



### □ 竞争法

超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式·····	翟巍	3
互联网不兼容行为的规制路径选择·····	焦海涛	17
比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的适用·····	黄军	34
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	46
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	63
反垄断罚款裁量权控制·····	潘宁	77
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	93

### □ 财税法

包税条款的法律效力分析		
——基于司法实践的观察和反思·····	郭昌盛	108
税收确定行为的法律性质二元化与解决路径·····	李貌	122

### □ 金融法

“你打你的，我打我的”：非对称性金融制裁反制理论及中美金融脱钩 应对·····	邵辉 沈伟	134
论数字货币的信用传承与形态变革·····	郑或	153
新发展理念与《商业银行法》的修改·····	刘志云 史欣媛	165
《商业银行法》修订背景下的绿色信贷政策法律化·····	王红一	183
论金融产品销售商的投资者适当性义务·····	何颖 阮少凯	194
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	206

## □ 经济法总论

经济法立法目的条款司法适用路径的考察与解释 .....	张 玮	222
民法典时代的经济法体系构造		
——兼论《经济法通则》的结构 .....	李玉虎	235
我国《经济法通则》研究的过去、现在与未来 .....	商红明	245
作为经济法哲学基础的分配正义：以罗尔斯为中心 .....	商红明	263
野生动物产业规制的双重失灵及其矫正		
——非法野生动物产业链的法律分析 .....	薛克鹏	275

## □ 国际经济法

美国二级制裁法律问题研究 .....	梁冰洁 孟 刚	284
--------------------	---------	-----

## 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

• 3 •

### 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。

在多方市场的资源，同时相应降低用户在多方市场的交易成本；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。<sup>〔1〕</sup>

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。<sup>〔2〕</sup>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。<sup>〔3〕</sup>

## 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。<sup>〔4〕</sup>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](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。<sup>〔5〕</sup>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。<sup>〔6〕</sup>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。<sup>〔7〕</sup>

#### (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。<sup>〔8〕</sup>

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。<sup>〔9〕</sup>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。<sup>〔10〕</sup>

### （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。<sup>〔11〕</sup>

〔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](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。

• 7 •

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。<sup>[12]</sup>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。<sup>〔13〕</sup> 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。<sup>〔14〕</sup> 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，<sup>〔15〕</sup> 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。

• 8 •

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。<sup>〔16〕</sup>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。<sup>〔17〕</sup>

## (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。”<sup>〔18〕</sup>

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。<sup>〔19〕</sup>

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。<sup>〔20〕</sup>

〔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。

• 11 •

#### 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。<sup>[21]</sup>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。<sup>[22]</sup>

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](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。<sup>〔23〕</sup>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。<sup>〔24〕</sup>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。<sup>〔25〕</sup>根据“生计预备”理论，<sup>〔26〕</sup>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。<sup>〔27〕</sup>

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

〔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，<sup>〔33〕</sup>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。<sup>〔34〕</sup>

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。<sup>[35]</sup>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。<sup>[36]</sup>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:《行政垄断之行政法规制》,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)

## 互联网不兼容行为的规制路径选择

焦海涛\*

**内容提要：**“恶意不兼容”是《反不正当竞争法》2017年修订时确立的互联网新型不正当竞争行为之一。不兼容行为可能同时损害特定主体利益和社会公共利益，因而既可能构成侵权行为，也可能构成垄断或不正当竞争。尽管从理论上讲，反垄断法与反不正当竞争法都可规范不兼容行为，但就特定的不兼容行为来说，它要么构成垄断，要么构成不正当竞争，两种性质不应同时存在，两部法律也不应同时适用。实践中，应当基于不兼容行为的损害大小来选择法律适用：严重损害竞争秩序的不兼容行为可以认定为垄断，大多竞争损害尚未达到垄断程度的不兼容行为，则可以适用《反不正当竞争法》第12条的“互联网专款”。该条从行为方式、损害后果和行为表现三个方面确立了“恶意不兼容”的认定标准。第12条的行为列举，只是为了便利法律实施而对现实中典型行为的类型化，第（三）项是“恶意不兼容”的主要规范依据，但也不排除其他列举项仍有适用于不兼容行为的可能性，但是，《反不正当竞争法》第2条原则上不应再适用。

**关键词：**恶意不兼容 竞争损害 法律适用 行为类型化

• 17 •

### 一、问题的提出

近年来，互联网产品或服务之间的不兼容现象时有发生。<sup>〔1〕</sup>2019年末新冠疫情的爆发，使得在线办公软件之间的竞争异常激烈，不兼容问题再次浮出水面。互联网产品或服务之间的不兼容，主要指不同互联网产品或服务之间发生冲突，以致不能同时使用或者一方对另一方的使用施加了较多限制的情况。这种行为早期多发生于终端软件之间，也被称为“软件冲突”，其产生原

\* 焦海涛，中国政法大学民商经济法学院教授。

〔1〕 互联网不兼容行为主要发生在不同的互联网服务之间，但有些情况下，某些互联网产品（如路由器、电视盒子等）也可能与其他互联网产品或服务发生不兼容。



因多是厂家的无心之失，即因技术上的不知情导致与他人软件发生运行冲突。在 2011 年“奇虎诉金山不正当竞争纠纷”案中，法院认为，对于经营者并非恶意造成的软件冲突，不应认定为不正当竞争行为。<sup>〔2〕</sup>

不兼容行为后来演变为某些企业打压竞争对手的一种方式。在工业和信息化部 2011 年发布的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》中，这种行为被称为“恶意不兼容”。行为人是否存在“恶意”，构成了不兼容行为是否合法的重要标准。中国互联网协会 2011 年发布的《互联网终端软件服务行业自律公约》采用了同样的提法。该公约指出，“终端软件在运行中由于技术原因可能产生冲突的，应当尊重用户的自主选择权”，但互联网企业不能实施“恶意排斥”行为。所谓“恶意排斥”，是指“某款终端软件在设计、安装、运行过程中，无正当理由，故意给其他合法终端软件设置障碍，妨碍用户安装或者使用其他合法终端软件”。2013 年《互联网终端安全服务自律公约》将“恶意排斥”扩展到安全服务领域，即“互联网终端安全服务产品在设计、安装、运行过程中，无正当理由，故意给其他合法产品设置障碍，妨碍用户安装或者使用其他合法产品的行为”。

工业和信息化部的上述规定与互联网行业的上述公约未能很好地解决“恶意不兼容”问题，围绕不兼容问题发生的争论与案件越来越多，其中也不乏引人注目的大案（如“3Q 大战”）。2017 年修订通过的《反不正当竞争法》正式将这种行为规定下来，“恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”，成为典型的互联网新型不正当竞争行为之一。《反不正当竞争法》延续工业和信息化部上述规定中的思路，只禁止“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”的“恶意不兼容”。这体现法律规制的谨慎态度，即只会干预那些主观上达到“恶意”程度的不兼容行为。

对不兼容行为是否需要规制、如何规制，人们看法存在较大分歧。站在用户立场，除非某种产品或服务真的存在安全或其他问题，否则产品或服务之间相互兼容显然更能便利用户使用。互联网的本质也在于信息交换、互联互通，如果不同产品或服务间彼此设禁、互不兼容，互联网也将丧失“沟通”“连接”与“分享”的价值。不过站在企业立场，是否需要兼容竞争对手的产品或服务，人们看法不可能一致。小企业或新企业为了推广自己的产品或服务，会更多地选择与他人产品或服务兼容，并希望自己的产品或服务也能被他人兼容；大企业对与他人产品或服务的兼容性则并没有太多顾虑，同时也不希望被他人“搭便车”，尤其是可能对自己构成较大威胁的竞争对手，所以不兼容的倾向可能更为明显。

在理论上，也有人主张不兼容本身就是市场竞争的应有之义，因为谁也没有义务来帮助竞争对手成长。<sup>〔3〕</sup> 市场竞争的确伴随着必然的损害，损害也并非法律介入的充分条件，但是，如果损害是有人刻意为之（如存在“恶意”），或者损害足够大以至于超出了市场的自我调节能力（如具有支配地位的企业实施的不兼容），则法律的介入就必不可少。只是，针对不同的损害类型

〔2〕 参见北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第 136 号民事判决书。

〔3〕 参见李阁霞：《互联网不正当竞争行为分析——兼评〈反不正当竞争法〉中“互联网不正当竞争行为”条款》，载《知识产权》2018 年第 2 期。



或损害程度,法律的介入方式会存在区别。不兼容行为也是如此:并非所有的不兼容都需要法律介入,如“无意的不兼容”法律一般不会干预;在需要法律介入时,也存在多个规制路径,不同的损害可以在不同的法律框架下予以解决。

在我国现行法中,虽然明确规定“恶意不兼容”行为的主要是《反不正当竞争法》,但不兼容行为也可能构成侵权行为,有时还符合《反垄断法》的规定,进而可能存在不同的法律适用。那么,这些法律间的适用关系是什么,并存还是互斥?《反不正当竞争法》与《反垄断法》的适用界限在哪里?两法的适用又有何区别,应当如何分工?本文主要围绕上述问题展开,并主要讨论《反不正当竞争法》的适用及其与《反垄断法》的配合问题。

## 二、不兼容行为的复合性质与多重规制

### (一) 不兼容行为性质的复合性

对不兼容行为的规制,侵权责任法是人们首先想到的规范依据,这也是司法实践中规制不兼容行为的主要方式。即便有时当事人提起不正当竞争之诉,法院也主要依据侵权责任法裁判,按照侵权责任法的逻辑来审查被诉行为的合法性,反不正当竞争法似乎只是作为侵权责任法的特别法,为侵权行为的法律适用提供一个额外的裁判依据。

有学者甚至主张,由于互联网领域新型不正当竞争行为与技术联系紧密,大多不具有普遍性、稳定性和长期性,市场本身即可调整,市场本身无法调整的通过个案即可解决,因而对强制跳转、干扰、恶意不兼容等新型不正当竞争行为的认定,应当适用侵权责任法。<sup>〔4〕</sup>侵权责任法的确是解决互联网不正当竞争包括不兼容行为的重要路径之一,因为不兼容行为如果有损害的话,首先会表现在不被兼容的产品或服务上,这是对特定竞争对手的损害,符合侵权责任法保护特定主体利益的私法属性。

不过,笼统地说所有的不兼容行为都可以或应当适用侵权责任法来调整,显然过于绝对,它忽视了不兼容行为损害的复合性,因而也就忽视了不兼容行为性质的多重性。

如果不兼容行为只造成特定主体损害,即只损害私益,那么认定为侵权行为就足够了,公权机构无需介入,但不兼容行为很可能同时损害不特定主体利益,进而涉及社会公共利益的保护问题,这时公权机构的介入可能就是必要的。<sup>〔5〕</sup>不兼容行为如果具有一定的普遍性,就会影响用户使用他人的互联网产品或服务,而用户就是消费者,这种损害就是消费者利益损害,消费者利益是典型的社会公共利益,难以依靠侵权法、合同法等私法路径解决,否则消费者权益保护法就没有必要存在了。此外,不兼容行为通过影响用户使用他人产品或服务,根本目的还是希望用户使用自己的产品或服务,如果这种行为是恶意为之、缺乏足够的正当理由,或者对竞争对手产生了较大的排斥效果,则还属于以不当手段争夺客户的行为,构成对竞争秩序的损害。上述两种损

〔4〕 参见李扬:《互联网领域新型不正当竞争行为类型化之困境及其法律适用》,载《知识产权》2017年第9期。

〔5〕 社会公共利益可理解为特定时期、特定区域内不特定多数人的利益,主体的不特定性是社会公共利益的最核心属性。所谓主体不特定,是指社会公共利益主要是一种“群体利益”,该群体中具体的人员数量无法确定化,它总是在变化,总是处于变动不居的状态。

害，不论是消费者利益损害，还是竞争秩序损害，都不能看作是单纯的特定主体损害，因而也就无法依靠私法方式寻求救济。不兼容行为的性质，由此除需要在私法上进行分析，还需要在公法上进行评价。

市场领域的很多行为都具有这种双重属性，一方面构成私法上的侵权行为或违约行为，另一方面也构成公法上的不正当竞争行为或垄断行为。两种不同性质的获得，源于同一行为造成的不同损害，而非行为本身的不同，行为仍是同一个。两种损害都需要救济，但因为不同类型损害，救济方式会有不同。特定主体的损害，由于受害人是确定的，可以由受害人自己通过谈判或诉讼的方式进行救济；不特定主体的损害，难以确定所有的受害人，只能由公权主体来代表这些受害人，通过罚款等公法方式进行救济。两种损害不同，救济方式不同，不可以互相替代，也非互相排斥。

正因如此，我们会看到，在现行法中，不正当竞争行为、垄断行为的法律责任，既包括对特定受害人的赔偿责任，也包括为弥补社会公共利益损害而承担的罚款责任。<sup>〔6〕</sup>前者是私法上的责任（民事责任），后者是公法上的责任（经济法责任）。两种责任的产生，源于同一行为造成的不同损害，需要同时施加于行为人，<sup>〔7〕</sup>各自独立、并行不悖。<sup>〔8〕</sup>

可见，对这些具有复合性质的行为进行的法律适用，需要在不同的法律框架内各自分析、分别审查。<sup>〔9〕</sup>侵权法、合同法等私法固然能够适用于不兼容行为，但它只能救济特定主体的损害，社会公共利益问题仍需通过其他法来解决；同样，反不正当竞争法、反垄断法等公法的适用，也只基于社会公共利益的维护，并不排除同时以私法手段来保护特定主体利益。

• 20 •

〔6〕《反不正当竞争法》除对不正当竞争行为设置行政处罚责任，第17条第1句还规定：“经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任”。《反垄断法》除对垄断行为设置行政处罚责任，第50条也规定：“经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任”。

〔7〕在法律适用中，不仅民事责任与行政处罚责任需要并用，如果同一行为因违法程度严重而构成犯罪（前提是该行为已经“入刑”，因为刑法实行罪刑法定原则），还要同时承担刑事责任。例如，侵犯他人商业秘密、假冒他人注册商标，都可能涉及三种属性的叠加，即既构成侵权行为，也构成不正当竞争行为，还可能是犯罪行为，因而需要同时承担民事责任、行政处罚责任和刑事责任，三种责任之间是相互独立的关系。当然，如果行为人的财产不足以同时承担三种责任，一般民事责任优先。《反不正当竞争法》第27条规定：“经营者违反本法规定，应当承担民事责任、行政责任和刑事责任，其财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。”之所以如此，是因为民事责任弥补的是特定受害人损失，需要向特定主体承担，行政责任和刑事责任是对公共利益的补偿，公共利益的主体不是特定主体，所以罚款、罚金要上缴国库，成为国家财政的一部分（由国家作为公共利益的代表）。违法行为人的财产不能用于支付罚款或罚金，不会对国家财政造成影响，也不会影响国家使用财政资金来维护公共利益，因为国家财政通常不存在资金不足的问题。

〔8〕参见焦海涛：《经济法责任制度再释：一个常识主义立场》，载《甘肃政法学院学报》2016年第3期。

〔9〕目前学界有观点认为，反不正当竞争法是对知识产权的“兜底保护”或“附加保护”。相关文章如杨明：《试论反不正当竞争法对知识产权的兜底保护》，载《法商研究》2003年第3期；郑成思：《反不正当竞争——知识产权的附加保护》，载《知识产权》2003年第5期。从不正当竞争行为的复合属性看，这种观点的合理性在于，它看到了反不正当竞争法也能规制某些知识产权侵权行为，但却忽视了反不正当竞争法之所以规制侵权行为，是基于这些侵权行为对市场竞争秩序的损害，即着眼于社会公共利益的维护，而非为了保护特定受害人利益。既然目的不同，反不正当竞争法的适用当然不能看作是为了保护知识产权。“兜底保护”或“附加保护”的观点则意味着，知识产权法在保护权利人利益方面有所不足，所以需要依靠反不正当竞争法来保护，似乎反不正当竞争法就是为了保护知识产权人的利益。这种观点的产生，很大程度上与反不正当竞争法的历史有关。在历史上，反不正当竞争法最初主要用于填补知识产权法的立法空白，并在《保护工业产权巴黎公约》中被作为工业产权保护制度的一部分，但现代反不正当竞争法经过不断发展，已经从知识产权法中独立出来，并增加了很多无法被知识产权法涵盖的内容，其与知识产权法相独立的竞争法属性已经确立。参见孔祥俊：《论反不正当竞争法的新定位》，载《中外法学》2017年第3期。

同时,正因为不同法的救济目标不同,其设定的违法性标准也就不同。相对于特定主体损害,社会公共利益损害是一种更大的损害,因而也就需要更重的法律责任来救济。不兼容行为只是造成特定主体损害,还是同时产生了更大的损害,需要通过不同的标准来评价,否则就可能会影响正常的市场竞争,造成过度的法律干预。反不正当竞争法和反垄断法之所以需要介入,一定是由于不兼容行为造成的损害已经超出了特定主体的范围,无法仅用侵权法的方式来救济。这也意味着,只有那些比较严重的不兼容行为,才需要反不正当竞争法或反垄断法的规制。从侵权法到反不正当竞争法,再到反垄断法,违法性标准一定会越来越高。例如,普通侵权行为的成立,仅要求行为人主观上有“过错”,我国《反不正当竞争法》禁止的不兼容,则要求行为人主观上必须达到“恶意”的程度,“恶意”显然是比“过错”(故意和过失)更严格的主观恶性要求;<sup>[10]</sup>到了《反垄断法》中,认定不兼容行为构成垄断,通常还要求行为人必须具有市场支配地位,这又比《反不正当竞争法》的要求更严。

## (二)“两反法”上的不兼容

如前所述,不兼容行为需要在多种法律之下进行评价。该行为毕竟涉及市场竞争问题,如果产生竞争损害,自然需要竞争法的介入。在日常生活中,不兼容行为多被形象地称为“屏蔽”“封禁”“封杀”“封锁”,“3Q大战”之后,“二选一”也用于指代部分限制程度较重的不兼容(无法并存的不兼容)。这些行为可能符合某些垄断行为的外在形式,也可能是一种互联网不正当竞争行为。

在反垄断法上,大多学者认为,滥用市场支配地位制度一定程度上可以规制不兼容行为。从行为表现看,不兼容行为可能与我国《反垄断法》规定的以下滥用行为相关:(1)限定交易。行为人对竞争对手的产品或服务实施不兼容,可能是在变相限定用户使用自己的产品或服务。如果不兼容已经达到了互相排斥、不能共存的程度,实际上就是在逼迫用户进行选择,本质上是限定交易。(2)附加不合理的交易条件。不兼容行为可能表现为对用户使用他人产品或服务施加限制,用户想要使用行为人的产品或服务,就必须接受这种限制。大多不兼容行为并未达到不能共存的程度,而只是影响到用户使用他人产品或服务的效果,如使用不畅、需要变通、需要更改设置等。这种情况下,用户受到的这些限制,可以理解为行为人附加的额外交易条件。(3)拒绝交易。如果行为人和对方之间存在交易关系,而对方又存在明确的交易意愿并提供了合理的交易条件,则不兼容对方的产品或服务,某种程度上可视为拒绝交易。(4)差别待遇。不兼容行为的实施如果具有歧视性,即对相同的产品或服务,有选择性地实施不兼容,或者不兼容的条件存在区别,则可能构成对特定产品或服务的差别待遇。

上述判断是指形式上的简单比对,不兼容行为在现实中多种多样,是否符合滥用行为的规

• 21 •

[10]《反不正当竞争法》对什么是“恶意”没有解释,但我国《商标法》多处提及“恶意”,如“恶意侵犯商标专用权”。对这里的“恶意”,大多学者认为是比“故意”更高的主观要求。例如,有学者认为,仅仅“故意”或者说明知侵权而为之,尚不足以构成“恶意”,“恶意”只针对造成严重后果的、具有较大“主观恶性”的侵权人。参见罗莉:《论惩罚性赔偿在知识产权法中的引进及实施》,载《法学》2014年第4期。相似观点还如:“恶意”指居心不良而“故意”是指存心、有意识的,两者皆表明当事人主观上明知某事不能为而为之,但“恶意”一词多了动机不良的意味,在道德上更值谴责;商标侵权虽采用过错责任原则,但实际上大多数侵权人均有侵权的“故意”,然而是否到达“恶意”的程度,则不一定。因此“恶意”在主观上的严重程度应高于“故意”。参见张红:《恶意侵犯商标权之惩罚性赔偿》,载《法商研究》2019年第4期。

定，只能基于个案判断。而且，在滥用市场支配地位制度下探讨不兼容行为的合法性，更大的争议必然会集中于相关市场的界定、支配地位的认定（包括“必需设施理论”的应用）等方面。这就回到了反垄断法上一个似乎已陷入“死结”的问题——如何认定互联网企业的市场支配地位。只要谈及这一问题，就不得不面对最高人民法院在“3Q”案判决中的一些判断，诸如“互联网环境下的竞争存在高度动态的特征，相关市场的边界远不如传统领域那样清晰”“市场份额只是判断市场支配地位的一项比较粗糙且可能具有误导性的指标”“高的市场份额并不当然意味着市场支配地位的存在”等。这些看法似乎已经成为互联网竞争的一个个典型“标签”，使得适用于互联网领域本就遭遇较大挑战的反垄断法，面临着更加难以逾越的“门槛”。

在反垄断法之外，还可寻求其他干预性的法律制度来规制不兼容问题，反不正当竞争法是一个重要途径。从行为表现看，不兼容行为既可能构成垄断，也可能构成不正当竞争，而不正当竞争行为的认定，不需要以行为人具有市场支配地位为前提。

《反不正当竞争法》第12条第2款（互联网专款）<sup>〔11〕</sup>规定的互联网新型不正当竞争行为中，第（三）项即为“恶意不兼容”。此外，第（二）项规定“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务”，即俗称的“干扰”，也可能和第（三）项发生交叉，进而指向不兼容行为。实践中，行为人对用户进行不兼容提示，然后要求用户修改甚至关闭、卸载他人产品或服务的情况比较常见，这种行为就可能同时符合（二）（三）两项的规定。例如，在“百度在线网络技术（北京）有限公司与北京三七二一科技有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷上诉案”中，法院判决“不恰当的软件冲突提示和警告”构成不正当竞争。<sup>〔12〕</sup>该案发生时间较早，涉案行为主要是：2002年百度公司推出地址栏搜索软件“百度IE搜索伴侣”，但只要“百度IE搜索伴侣”和三七二一公司的“3721网络实名”软件均安装在计算机中，后者便不能正常运行；如果用户先安装“3721网络实名”软件，再下载安装“百度IE搜索伴侣”，则弹出“软件冲突警告”对话框。如果以修订后的《反不正当竞争法》分析，阻止他人软件安装的行为，可以适用“互联网专款”第（二）项的“干扰”规定，而两款软件不能并存和对用户进行“软件冲突警告”，则又像是不兼容。

### 三、行为重合与法律适用选择

从上面表述可以看出，不兼容行为很可能同时符合多种行为的外在表现，即发生行为重合，这会引发法律适用的选择，即到底适用哪部法律或哪个法条的问题。

在竞争法上，行为重合可能在三个层面发生：一是不同法律制度间的重合，即一种行为既可能构成垄断，也可能构成不正当竞争；二是同一法律制度内不同行为类型之间的重合，如在反垄

〔11〕《反不正当竞争法》第12条有两款：第1款规定“经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定”，其内容仍是传统不正当竞争行为，只不过发生在互联网领域；第2款才是不能被传统不正当竞争行为涵盖的互联网新型不正当竞争行为。所以严格来说，目前学界将《反不正当竞争法》第12条称为“互联网专条”是不太妥当的，只有第2款才可以称为“互联网专款”。

〔12〕参见北京市第二中级人民法院（2004）二中民终字第02387号民事判决书。



断法上,一种行为既可能构成垄断协议,也可能构成滥用市场支配地位,在反不正当竞争法上,一种行为既可能构成市场混淆,也可能构成虚假或引人误解的商业宣传;三是同一行为类型中不同行为表现之间的重合,如滥用市场支配地位行为中,掠夺性定价与价格歧视的重合、超高定价与拒绝交易的重合、限定交易与搭售或附加不合理交易条件的重合,以及《反不正当竞争法》中,第12条列举的各项行为之间的重合。

第一种重合,可称为外部重合,其本质是反垄断法和反不正当竞争法之间的关系问题。后两种重合,可称为内部重合,涉及法律适用中的行为类型化问题,即在同一部法律中,对行为进行类型化列举,是否必须做到“既不重复、也不遗漏”。

#### (一) 外部重合:反垄断法与反不正当竞争法的适用选择

既然某种行为既可能构成垄断又可能构成不正当竞争,而两种行为的构成要件必然存在区别,那么对这种行为应当如何定性及选择法律适用?

以目前讨论较多的“二选一”行为规制为例,学界基本观点是,“二选一”可能具有“多元违法属性”,《反垄断法》《反不正当竞争法》和《电子商务法》等多部法律都可以适用,但存在适用门槛、适用顺序、侧重点等方面的差异,每部法律也可能具有各自的适用局限。例如,有学者认为,《反不正当竞争法》的适用门槛最低,《反垄断法》的适用门槛最高,但都可以适用。<sup>[13]</sup>有学者主张,相关行为损害消费者利益的,则适用反不正当竞争法,限制市场竞争的,则适用反垄断法。<sup>[14]</sup>也有观点认为,可以把适用哪部法律的权利交给当事人,由当事人自主选择依据哪部法律来起诉。<sup>[15]</sup>

上述观点不同程度地讨论了如何在反垄断法与反不正当竞争法之间进行选择,但未能彻底地解决某种行为同时符合两法规定时如何处理的问题。大多观点只谈及行为的违法属性,没有涉及行为定性及法律适用时两法到底是并存关系还是选择关系。虽然有观点对两法适用的侧重点进行了区分,但这更多只是理论上的,实践中这种区分非常困难。例如,一种行为完全可以既损害消费者利益又限制市场竞争。

如果不兼容行为只符合某一法律的构成要件,问题当然好办,比较棘手的问题是,反垄断法上的违法性标准普遍比反不正当竞争法要高,不兼容行为符合了反垄断法的规定,则基本会符合反不正当竞争法的规定,那么对这种行为到底是认定为垄断还是不正当竞争,还是同时认定并要求行为人同时承担两法上的责任?

不同法律制度调整同一行为的情况比较常见,因为现代社会很多问题具有复杂性,需要不同法从不同角度予以“综合”解决,但这些不同法在调整同一行为时,必然存在目标差异,并基于它们自身的特殊性,从与其他法不一样的角度来解决问题。从这个角度看,反垄断法和反不正当竞争法尽管都规范竞争行为,但法律适用必然存在区分。

目前学界的一个普遍看法是,垄断行为损害竞争自由,不正当竞争行为损害竞争公平,所

[13] 参见王先林:《电子商务领域限定交易行为的法律适用》,载《中国市场监管研究》2019年第11期。

[14] 参见王健、季豪峰:《电子商务平台限定交易行为的竞争法分析》,载《中国应用法学》2020年第1期。

[15] 参见伍富坤:《竞争法域下平台“二选一”的困境与应对》,载《北京化工大学学报》(社会科学版)2019年第4期。



以，反垄断法重在维护竞争自由，反不正当竞争法重在维护竞争公平。<sup>〔16〕</sup>换言之，垄断是一种竞争不自由（不竞争）的行为，不正当竞争则体现为存在竞争的前提下竞争手段的不正当性，二者都损害竞争秩序，但侧重点存在区别。

上述区分理论上是成立的，但实践中仍无法为垄断行为与不正当竞争行为的区分及两法的适用提供清晰的标准，因为竞争的自由与公平很多时候难以分开。对企业间的联合行为来说，这种区分相对比较清楚，联合行为限制的基本都是竞争自由，很少有人说垄断协议或经营者集中构成不正当竞争。但在滥用市场支配地位行为上，要区分损害效果到底限制竞争自由还是竞争公平就极其困难。滥用市场支配地位行为主要是各种排挤竞争对手的行为（排他性滥用），这固然是不想与他人竞争（即损害竞争自由），但以拒绝交易、限定交易、差别待遇等方式来排挤竞争对手，很难说就与公平竞争无关，就一定不是不正当竞争。不正当竞争行为形式上虽是一种过度竞争，但最终目的也是希望排挤竞争对手，最好消灭竞争。<sup>〔17〕</sup>

如果我们着眼于两种行为的法律责任与两法的实施方式，就会发现垄断行为与不正当竞争行为的更重要区别在于竞争损害的程度。

首先，从实施方式看，反垄断执法属于中央事权，只有国务院反垄断执法机构及其授权的省级市场监管部门才有垄断案件的执法权，<sup>〔18〕</sup>而不正当竞争行为的执法机构则是“县级以上人民政府履行工商行政管理职责的部门”。两法的实施之所以一个执法权集中另一个执法权分散，重要原因之一便是，垄断案件一般影响范围较广，损害效果较大，也相对较为复杂，并不适合由地方执法机构来处理，不正当竞争行为则相对简单，损害程度也不那么严重，地方执法机构完全可以处理。

其次，根据我国现行法，垄断行为的法律责任主要是上一年度销售额1%~10%的罚款，这是非常重的法律责任，可能会高达数亿甚至几十亿元人民币；不正当竞争行为的法律责任要低得多，大多只有几万、几十万罚款，多的也不过300万或500万的上限。<sup>〔19〕</sup>根据《行政处罚法》规定的过罚相当原则，设定和实施行政处罚必须“与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”，不正当竞争行为的法律责任既然普遍较轻，必然意味着不正当竞争行为的社会危害

〔16〕 相关文献如王晓晔：《再论反不正当竞争法与其相邻法的关系》，载《竞争政策研究》2017年第4期；孔祥俊：《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》，载《东方法学》2018年第1期；李胜利：《反不正当竞争法与反垄断法的关系：实然现状与应然选择》，载《社会科学辑刊》2019年第3期。

〔17〕 可能正因如此，尽管1993年《反不正当竞争法》也规定了部分垄断行为，但现在看来，基本都是滥用市场支配地位行为。

〔18〕 我国《反垄断法》第10条规定：“国务院规定的承担反垄断执法职责的机构依照本法规定，负责反垄断执法工作。国务院反垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照本法规定负责有关反垄断执法工作。”《市场监管总局关于反垄断执法授权的通知》（国市监反垄断〔2018〕265号）规定：市场监管总局负责反垄断统一执法，直接管辖或者授权有关省级市场监管部门管辖跨省级行政区域或案情较为复杂、在全国有重大影响的垄断案件；省级市场监管部门负责本行政区域内垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争案件反垄断执法工作，以本机关名义依法作出处理。

〔19〕 《反不正当竞争法》2019年修订时，将侵犯商业秘密行为的罚款上限由2017年修订时确立的300万提高到500万，其他不正当竞争行为的罚款上限，主要有50万（不当有奖销售）、200万（虚假或者引人误解的商业宣传、诋毁商誉）和300万（商业贿赂、互联网不正当竞争）三档，混淆行为的罚款上限稍特殊一点，为违法经营额五倍（没有违法经营额或违法经营额不足5万元的，罚款上限为25万元）。

程度远不如垄断行为那么大。

此外,两种行为损害程度的区分也可以在自由竞争与公平竞争两种价值的不同地位上得到印证。自由竞争是公平竞争的基础和前提,没有竞争的自由,就不可能有竞争的公平,但竞争的不公平并不必然意味着竞争自由的丧失,所以,以损害竞争自由为结果的垄断行为,必然比以损害竞争公平为结果的不正当竞争行为要严重得多。

由上可知,垄断行为与不正当竞争行为都损害竞争,而竞争本身就是社会公共利益,所以两种行为在损害类型上并没有实质性区别,它们的区别更多体现在损害程度上。在法律适用中,判断损害类型与损害程度非常重要,它不仅决定了行为性质的差异,也影响法律责任的承担。一般来说,如果某种违法行为同时造成了不同类型的损害,则需要同时赋予其不同的法律性质,进而需要同时承担不同的法律责任。例如,侵犯商业秘密行为既可能损害权利人利益(特定主体私人利益损害),也可能损害竞争秩序(社会公共利益损害),还可能危害社会秩序(刑法法益损害),所以一种侵犯商业秘密行为很可能既被认定为侵权行为(或违约行为),也被认定为不正当竞争行为,还被认定为犯罪行为,三种行为性质并存,亦会带来三种法律责任的并用。

如果某种行为造成的损害类型相同,只是损害程度存在区别,则较重损害会构成对较轻损害的吸收,责任追究上也只需要针对较重损害设定法律处罚即可,如治安违法与刑事犯罪就是如此。不正当竞争行为和垄断行为的关系,也可从这个角度进行理解:不正当竞争是一种违法性相对偏轻的损害竞争秩序行为,垄断行为则是一种违法性更为严重的损害竞争秩序行为;一种行为构成垄断的,就不必再认定为不正当竞争,而不构成垄断行为的,依然有可能构成不正当竞争;在法律处罚上,也不可能对一种行为既施加反垄断法上的责任,也施加反不正当竞争法上的责任。<sup>[20]</sup>

基于上述判断,本文观点是:就不兼容行为来说,尽管理论上反垄断法和反不正当竞争法都可以适用,但在具体个案中,两法的适用只能是选择关系而非并存关系;不兼容行为如果违法,则要么是不正当竞争行为,要么是垄断行为,不能认定为双重违法。

上述定位有助于为不兼容行为找到更合适的规制路径。实践中,到底选择适用反垄断法还是反不正当竞争法,主要基于不兼容行为的损害大小。行为人的市场地位、行为的普遍性与持续时间,以及行为的实现方式等,一般可作为预判不兼容行为损害大小的考虑因素。我们可以基于这些因素对不兼容行为进行定位,并选择不同的法律进行规制。例如,如果不兼容行为由具有市场支配地位的经营者实施,则行为的牢固性一般更强,限制程度往往较重,持续时间通常较长,竞争损害也会较大,这类不兼容行为更应认定为垄断,而不必再适用反不正当竞争法;有些不兼容行为的实施者未必具有市场支配地位,但它可能也会排挤其他竞争对手、影响用户利益,只不过尚未达到排除市场竞争的效果,限制竞争的程度也相对较弱,对这类不兼容行为就可认定为不正当竞争,而不必强调反垄断法的适用。

<sup>[20]</sup> 参见焦海涛:《电商平台“二选一”的法律适用与分析方法》,载《中国应用法学》2020年第1期。

此外，就我国当前现实来说，究竟选择哪种法律适用，还可以结合不兼容行为的发生领域。我们常说互联网企业支配地位的认定存在困难，但“互联网”只是一个领域，并非特定的行业，互联网领域不同行业的竞争状况不可能完全一致。虽然总体上看，互联网领域的竞争比较激烈，但有些行业的竞争格局已相对稳定，有些行业则存在高度动态性，不同行业内的互联网企业，面临的竞争压力存在显著差异。在这种情况下，不宜一概说互联网领域很难存在市场支配地位，不能因为反垄断法的适用门槛较高就完全放弃反垄断法的适用。

## （二）内部重合：行为类型化的意义与要求

即便确定了适用反垄断法或反不正当竞争法，行为重合的问题仍然存在，即在各种垄断或不正当竞争行为中，到底按照哪种具体行为类型来给不兼容行为定性，仍然面临选择。

在竞争法上，同一法律内部的不同违法行为，都具有相同的性质，损害程度也不会有太大差异，所以它们的法律责任一般相似。在这种情况下，只要违法行为是确定的，具体认定为哪种违法，对企业来说差别不大，企业不大可能纠结于到底被认定为哪种违法。但是，从法律适用的精确性以及理论上，不同的违法行为最好还是能有相对明确的界限。

我国《反不正当竞争法》“互联网专款”中的列举规定在学界就遭遇了不少批评。例如，有学者认为，“从立法技术来看，理想类型化条款中的各种类型应当满足互斥并周延的要求。但网络条款中的流量劫持、干扰和恶意不兼容却既不互斥也不周延。不互斥意味着行为可能同时被多个类型覆盖。……比分类不互斥危害更大的是分类不周延，因为它使网络条款在提高可预见性方面的作用大打折扣”<sup>〔21〕</sup>。该批评涉及行为类型化中的一个基础性问题，即类型化是否必须做到“既不重复、也不遗漏”。

行为类型化的意义，主要是细化抽象的违法性标准。一个行为是否违法，立法上先会确立一个共通性标准，即所谓的构成要件，为了确保标准的包容性与适应能力，标准的内容基本都比较抽象。这不利于执法机构和法院的具体适用，所以立法通常也会对那些比较典型的符合标准的违法行为进行列举。在《反不正当竞争法》第12条中，第2款包含两项内容：一是所有列举行为的“共通性规定”，即“利用技术手段”，“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”等内容；二是行为列举，包括（一）至（三）项的典型不正当竞争行为和第（四）项的兜底规定。“共通性规定”实际上确立了所有互联网不正当竞争行为的违法性标准，行为列举只是对那些经过实践检验，发现必然会符合“共通性规定”的不正当竞争行为予以提示，以便于执法机构和法院适用，也便于市场主体遵守。正因如此，列举中的四项行为，都被称为“下列妨碍、破坏……的行为”，兜底规定的表述也是“其他妨碍、破坏……的行为”。

由此可见，将抽象的违法性标准类型化，实际上是为了提供一种法律适用的简便机制。从理论上，只要立法中确立了违法性标准，不论是否作出行为列举，也不会影响这类行为的违法性认定，因为只要符合违法性标准，不论行为方式如何，都构成违法。但从实践角度出发，如果没有行为列举，则所有可能违法的行为都要一一比照抽象的违法性标准来分析，这将大大增加执法

〔21〕 蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》，载《中外法学》2019年第1期，第183页。

机构与法院的负担,也会提高法律适用的错误风险,对市场主体开展合规工作也非常不利。我国《反不正当竞争法》2017年修订之前,针对未列举的不正当竞争行为,第二条(所谓的“一般条款”)的适用现状已经充分证明了这点。

从行为类型化的意义出发,我们可能需要对类型化的“既不重复、也不遗漏”要求作出反思:

首先,就“重复”来说,它可能在形式上不符合并列项之间的逻辑关系,即只要并列就不应交叉,但从法律适用的角度看,它会更加便利执法机构或法院发现行为的违法性。只要行为的违法性是确定的,且列举的各项行为的法律责任相同,则具体符合哪一项规定并不重要。只要执法机构或法院能够判断涉案行为符合了最接近的列举规定,就可以认定相关行为违法,至于它是否还符合另一项列举规定,基本无需理会。相反,如果在类型化时非要追求不同列举项间的互斥关系,则很可能使得列举的行为又过于抽象,这样就起不到类型化的作用了。执法机构或法院在法律适用中如果过于纠结涉案行为到底符合哪一项列举规定,且要保证符合当前项规定就不应再符合其他项规定,也会严重限制法律的适用效率。

其次,就“遗漏”来说,如果法律列举采用穷尽的方式,则必须保证不能遗漏,但如果仅是列举典型行为,遗漏就不是一个问题。行为的类型化一般有“穷尽列举”与“典型列举”两种方式。第一种方式通常适用于立法上没有确立一般性违法标准或违法标准不明确的情况,因为这时无法依据一般性标准来认定列举之外的行为是否违法,列举就必须是全面的,否则法律适用就有漏洞。我国1993年《反不正当竞争法》就存在这个问题——第二章列举的不正当竞争行为不够全面,而第二条又不符合“一般条款”的要求,致使实践中很多不正当竞争行为无法规制,法院在不得已的情况下对第二条进行了扩大解释,这又带来法律适用的随意等问题。现行立法已很少采用“穷尽列举”模式,即便设置了一般性违法标准,通常在行为列举之后也会设置一个兜底规定。这样一来,“典型列举”就成了行为类型化的基本选择。“典型列举”下根本不存在行为遗漏问题,因为所列举的行为原本就不是所有的违法行为。我国《反不正当竞争法》第12条列举的三项行为就属于典型列举,显然不是说只有这三项才是互联网新型不正当竞争行为,更何况还有一个第(四)项的兜底规定。即便某种互联网竞争行为不能被(一)至(三)项涵盖,也可通过判断其是否符合第12条列举规定前的“共通性规定”,来认定其是否构成互联网新型不正当竞争行为。

总的来说,在分析类型化是否科学时,应立足于类型化的意义。立法上的类型化与学理上的类型化具有不同的目标定位与价值追求,前者更多是从便利法律适用的角度出发,所以重复、遗漏在所难免。只有在学理上对某种行为进行分类时,才需要做到真正的“既不重复、也不遗漏”,否则就不符合理论逻辑的一般要求。《反不正当竞争法》“互联网专款”列举的三项典型行为,都是源自修法之前的司法实践,是对已有典型个案裁判的归纳提炼。<sup>〔22〕</sup>它们的产生,本身就具有明确的实务导向,而不是一种严格的学理分类。

〔22〕 参见前引〔16〕,孔祥俊文。



当然，还需强调的一点是，说立法中的类型化存在重复无关紧要，必须以这些行为的法律责任相同为前提，如果列举的行为各有不同的法律责任，则法律适用就必须足够精确，否则会给人带来不必要的负担。我国目前《反垄断法》适用中，可能发生行为交叉的主要是垄断协议与滥用市场支配地位，以及滥用市场支配地位中的各项具体行为，它们的法律责任在立法中是完全一致的。《反不正当竞争法》中，不同的不正当竞争行为之间虽也可能发生交叉，但可能性极小，而且实践中区分不同的不正当竞争行为并不困难。目前学界担心的行为重复，主要还是第12条，而该条列举的各项行为，法律责任完全一样。

#### 四、《反不正当竞争法》的适用

如前所述，我国目前现实中的不兼容行为，有些宜认定为垄断，有些宜认定为不正当竞争。不过，鉴于大部分不兼容行为只够得上不正当竞争，加上滥用市场支配地位制度的适用中，不兼容行为涉及的相关市场界定、支配地位认定与其他互联网垄断行为并无实质区别，区别主要在于不兼容行为本身的认定，故这部分主要以《反不正当竞争法》第12条的规定为依据，讨论不兼容行为认定的基本条件。在适用《反垄断法》时，一旦完成了相关市场的界定和支配地位的认定，也要回到不兼容行为本身是否具有正当性的判断上，所以下文中的有些内容，对反垄断法的分析实际上也是适用的。

##### （一）第12条的适用条件

《反不正当竞争法》中的“互联网专款”从两个方面规定了不兼容行为的认定方法：一是所有互联网新型不正当竞争行为的共同要件，包括行为方式和损害结果两方面内容，即经营者“利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式”，实施的行为会“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”；二是不兼容行为的具体表现，即“恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”。

由此可见，认定某种不兼容是否构成《反不正当竞争法》上禁止的行为，需要从行为方式、损害结果和行为表现三个方面来分析。

##### 1. 行为方式：技术手段

互联网不正当竞争行为必须是“经营者利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式”来实施。对这个要件的理解，应当将前后两句话结合起来，“利用技术手段”是行为方式的主要内容，而“影响用户选择”或者“其他方式”则是行为人“利用技术手段”带来的结果，也可以理解为行为人的目的。

首先，这里的技术，当然指互联网技术，而不可能是其他技术。互联网技术，是在计算机技术的基础上开发建立的一种信息技术（IT），包括信息的存储、处理、传输和应用等各方面的技术。“技术性”是互联网不正当竞争行为的典型特征，如果某个行为没有使用互联网技术，它就没必要适用《反不正当竞争法》第12条来规制，即便它针对的是互联网产品或服务。例如，诋毁他人的互联网产品或服务，也不过是普通的商业诋毁。实践中，经营者是否利用了技术手段如



果存在争议,可以由互联网行业的相关从业人员来判断。

其次,技术手段的使用,结果之一便是影响用户选择。行为人之所以使用技术手段,一方面固然是因为互联网产品或服务本身就是以技术为基础,只要对他人互联网产品或服务进行干涉,基本都要用到技术手段;另一方面,使用技术手段可以更大程度地影响用户选择。对普通用户来说,互联网不正当竞争行为难以分辨、回避的主要原因,就是行为人利用了技术手段,用户因缺乏足够的专业能力,大多时候难以作出符合内心真实意愿的选择,而只能被行为人影响。这里的用户,与反不正当竞争法中“引人误认”“引人误解”的主体标准一致,坚持的都是“普通消费者”标准,即以具有一般生活经验和判断能力的消费者为基础,既不是相关领域的专业人士,也不能是严重缺乏生活经验和判断能力的特例。此外,用户的选择是否可能被影响,应以不正当竞争行为所涉及的产品或服务的使用者为限,即不正当竞争行为发生在哪个互联网产品或服务之上,就以该产品或服务的使用者为分析对象。由此可见,技术手段的高低并不重要,只要足以影响用户选择即可,某项互联网技术在专业人士看来可能非常简单,但普通用户仍有可能被影响,那么相关不正当竞争行为就有可能对他人产品或服务造成损害。

在行为方式的认定上,比较麻烦的问题是,《反不正当竞争法》第12条规定的“其他方式”如何理解。“其他方式”像是一个兜底,似乎不论用什么方式,只要对他人合法产品或服务造成妨碍或破坏,手段上就有了不正当性。对这里的“其他方式”,如果作出如此宽泛的解释,则设定行为方式的限制就没有意义了。“其他方式”应当是从属于“利用技术手段”的,即不论这里的方式如何,都必须是“利用技术手段”的结果;同时,这里的“其他方式”应理解为与“影响用户选择”产生了同等效果,即用户虽然没有主动作出选择,但也只能接受行为人给予的安排,他人的产品或服务事实上已经受到了影响。这样一来,我们可以这样理解《反不正当竞争法》第12条规定的行为方式要件:首先,行为人利用了技术手段;其次,该技术手段可能产生两种结果,一是用户主动作出了有利于行为人的选择,如关闭了他人的互联网服务,二是用户虽然没有主动选择,但也只能接受行为人给予的安排,如他人的互联网服务在未经用户同意的情况下被直接关闭。《反不正当竞争法》第12条列举的各种行为表现中,有些就是用户在受到影响下主动选择的结果,如误导、欺骗用户修改、关闭、卸载他人的网络产品或者服务,有些则是用户被动接受的结果,如强制目标跳转,强制修改、关闭或卸载等。

## 2. 损害结果:对他人合法产品或服务的妨碍、破坏

互联网不正当竞争行为在结果上必须“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”。这包括三层含义:

第一,他人网络产品或者服务具有合法性。合法性(正当性)是保护的基础,只有他人产品或服务合法(正当),才能产生需要法律保护的利益。相反,如果他人产品或服务不合法,如非法收集信息、构成诈骗,则对这些产品或服务的妨碍、破坏,恰恰是在保护用户利益。对这里的合法性,应当坚持更高的解释标准,应扩展到不仅合法还要正当。他人的产品或服务虽然合法,但如果不正当,也应解释为不具有法律保护的基础,对这些行为不兼容,不宜一概认定为不正当竞争。例如,竞争对手的行为虽未必违法,但损害社会公共利益、有违公序良俗或者已被用户普

遍投诉，如包含歧视、恶意广告、<sup>〔23〕</sup>不当劝诱等内容时，则行为人对其实施不兼容，通常应理解为竞争对手的产品或服务不具有合法性基础。

第二，对他人产品或服务的影响是妨碍或破坏其正常运行。妨碍与破坏是程度一轻一重的两种影响：妨碍是虽可运行，但运行不畅、使用不便，如需要用户重新设定或者需要设法变通；破坏是使他人产品或服务无法运行或部分功能受损，如打开当前服务则自动关闭他人服务或关闭他人服务的某项功能。妨碍与破坏的区分，可参照反垄断法中垄断行为的“排除、限制竞争”要件，对竞争的“限制”与“排除”，也是一轻一重的两种影响。

第三，妨碍或破坏的结果既可以是已经发生，也可以是具有发生的可能性。这与其他不正当竞争行为的结果标准一致，如混淆行为中的“引人误认”包括误认的可能性，虚假或引人误解的商业宣传中的“引人误解”也包括误解的可能性。也与反垄断法中“排除、限制竞争”的效果要件一致。

从《反不正当竞争法》第12条的表述看，包括不兼容在内的所有互联网不正当竞争行为，损害效果似乎都指向“其他经营者”，这里的“其他经营者”很可能被理解为特定的某个经营者，这样一来，这种损害后果更像是一种特定主体损害。这就与反不正当竞争法维护市场竞争秩序（社会公共利益）的目标不太吻合。如果这样的话，反不正当竞争法就是侵权法的特别法了。其实，《反不正当竞争法》列举的所有不正当竞争行为，哪怕损害效果有了比较具体的描述，它们在逻辑上也必须先符合第2条的一般性规定，即必须是一种“扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为”。所以，任何不正当竞争行为都隐含着共同的效果要件，即竞争秩序损害。

### 3. 行为表现：恶意不兼容

互联网不兼容行为的具体表现是“恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”。在“互联网专款”的“共通性规定”中，所列举的四项内容都被称为“下列妨碍、破坏……的行为”，这意味着（一）至（四）的行为类型，都是对“妨碍、破坏”效果的具体解释，即属于列举的行为类型，就构成了对他人网络产品或服务的“妨碍、破坏”。从这个角度看，第（一）至（四）项的列举规定，并不属于互联网不正当竞争行为的一项独立构成要件，而是从属于“妨碍、破坏”的效果要件，是效果要件的具体化，或者说一种效果推定机制。如同《反垄断法》第13条、第14条关于垄断协议的列举规定，并不属于构成要件一样，垄断协议构成要件的全部内容，体现在垄断协议的定义之中，列举的意义主要在于，只要某种行为符合列举规定，我们就可推定它符合了垄断协议的定义。不过，这并不影响我们将列举规定作为行为表现来看待。当我们分析某种行为是否构成不兼容的不正当竞争行为时，自然需要看是否符合第（三）项的规定，因为只要符合了第（三）项的规定，“妨碍、破坏”的效果要件基本就不用再专门审查了。

恶意不兼容的行为表现，包括“不兼容”与“恶意”两项内容。“不兼容”即不同产品或服务之间存在冲突，既包括无法同时使用（破坏），也包括无法顺畅地使用（妨碍）。目前现实中出

〔23〕 根据中国互联网协会2011年颁布的《互联网终端软件服务行业自律公约》，“恶意广告”包括频繁弹出的对用户造成干扰的广告类信息以及不提供关闭方式的漂浮广告、弹窗广告、视窗广告等。

现的软件无法下载或安装、软件运行冲突（软件排斥）、链接或内容无法显示、禁止分享等，都可看作是不兼容的典型表现。“不兼容”是一种客观描述，只要存在“不兼容”，在互联网领域一定会留下记录，所以它相对比较好判断。相比之下，“恶意”是一种纯粹的主观状态，实践中可能非常难以认定。

从字义看，“恶意”表述的是行为人的主观恶性，即不兼容现象的发生是行为人恶意为之。不兼容可能是无意的结果，例如，软件冲突可能只是因为软件厂商之间缺乏沟通，在程序设计时对他人的软件并不知情；不兼容也可能是行为人出于竞争的考虑，故意给竞争对手设置障碍。第二种情况就有可能被认定为恶意不兼容。

“恶意”大致可以解释为两个方面的内容：一是认知上的“恶意”，即行为人对不兼容处于“知情”状态，这里的“知情”通常还要求必须是“故意”，“过失”一般称不上“恶意”；二是意图上的“恶意”，即行为人实施不兼容就是为了追求一个不正当的目的，主要指的就是为“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”。

实践中，“恶意”的认定只能基于个案，并体现为一个客观化的过程，即并非真的探究行为人的主观状态，而是通过判断不兼容行为的具体属性、行为人及其竞争对手的行为表现，最终以客观证据来证明行为人存在“恶意”。必要时，也可以基于客观事实先行推定行为人存在“恶意”，然后由其反证自己不存在“恶意”。〔24〕

从上述分析可知，行为方式、损害结果和行为表现，每一项都可再分为两部分或以上内容，这样一来，认定互联网不兼容行为是否构成不正当竞争，可以从以下六个方面进行综合分析：（1）是否利用了技术手段；（2）是否对他人产品或服务实施了不兼容；（3）是否影响了用户的主动选择或让用户被动地接受了行为人的安排；（4）他人产品或服务的正常运行是否受到了妨碍或破坏；（5）他人产品或服务是否合法或正当；（6）行为人对上述行为及结果是否抱有恶意。将这六个方面结合起来，构成不正当竞争行为的“恶意不兼容”就可表述为：行为人通过技术手段，对他人产品或服务实施不兼容，使得用户无法同时使用或顺畅地使用行为人和他人的产品或服务，进而构成对他人产品或服务正常运行的妨碍或破坏，而他人产品或服务具有合法性及正当性基础，行为人实施上述行为出于“故意”，且具有明确的妨碍或破坏他人产品或服务的目的。

## （二）第2条的适用限制

在《反不正当竞争法》适用中，还有一个略带争议的问题，即新法通过之后，还能否适用第2条的一般性规定来规制互联网不正当竞争行为。

在《反不正当竞争法》2017年修订之前，规制不兼容等互联网不正当竞争行为的法律依据主要就是第2条，但是，随着“互联网专款”引入新法，第2条基本已经没有了适用余地。因为“互联网专款”不仅对典型的三种互联网不正当竞争行为作了列举，还设置了一个具有极大包容性的兜底规定。某种互联网不正当竞争行为即便不属于明确列举的范围，也基本可以被兜底规定包含。

在法律适用上，一个基本原理是“规则优先”，即既有具体的规制又有抽象的原则可以适用

〔24〕“恶意”的解释与认定比较复杂，内容也较多，无法在本文中说清。可参见本人另一篇文章：《互联网不兼容行为中“恶意”的解释与认定》（未刊文）。

时，不得越过“规则”径行适用“原则”。〔25〕第12条的兜底规定尽管也比较抽象，但该条在行为列举之前，毕竟还存在一个“共通性规定”。如果说《反不正当竞争法》第2条是所有不正当竞争行为的“一般条款”，那么第12条的“共通性规定”就可看作是网络竞争领域的“小一般条款”。〔26〕尽管其内容也有一定的原则性，但相比第2条的规定来说，依然要具体得多。因此，除非某种互联网不正当竞争行为连第12条的“小一般条款”都不符合，否则第12条已经提供了完整的规范依据，第2条也就不应再适用。

## 五、结 论

互联网不兼容行为在损害特定竞争对手利益（私益）的同时，也可能损害用户利益并破坏公平竞争秩序（社会公共利益），两种损害的并存使得不兼容行为既可能是一种侵权行为，也可能构成不正当竞争或垄断。从不兼容行为的具体表现看，我国《反不正当竞争法》第12条和《反垄断法》中的滥用市场支配地位制度都可能在这类行为上适用。不过，滥用市场支配地位行为的认定门槛较高，很多不兼容行为的实施者未必具有市场支配地位，且互联网领域的反垄断法适用在我国当前也面临诸多不确定性的难题。更重要的是，作为维持市场竞争秩序的两大法律，反垄断法和反不正当竞争法具有明确的分工：前者主要禁止严重损害市场竞争的垄断行为，后者则针对损害相对较轻的不正当竞争行为。实践中，应当基于不兼容行为的损害大小来选择具体的法律适用，在具体个案中，两法的适用只能选择其一。不兼容行为被认定为不正当竞争，意味着其竞争损害还达不到垄断的程度；一旦将其认定为垄断，就不应再认定为不正当竞争。换言之，不兼容行为如果违法，要么是不正当竞争行为，要么是垄断行为，不能认定为双重违法，行为人也无需承担双重责任。

我国目前现实中的不兼容行为，有些宜认定为垄断，有些宜认定为不正当竞争，但大多不兼容行为的竞争损害，可能并未严重到需要反垄断法干预的程度。在《反不正当竞争法》适用中，第12条第2款第（三）项的规定，构成了不兼容行为的核心规范依据，但也不排除其他列举规定仍有适用余地。因为立法上的行为列举，只是基于便利法律实施的考虑，而对实践中比较常见的典型行为予以类型化的结果。这些列举的行为之间可能会出现重合，因而就某一种行为来说，它可能会同时符合多项列举规定，这时，执法机构或法院只需找到最接近的列举项即可。

我国《反不正当竞争法》第12条主要从行为方式、损害后果和行为表现三个方面确立了“恶意不兼容”的认定标准，前两个标准是所有互联网不正当竞争行为的共同要件，“恶意”不兼

〔25〕 参见焦海涛：《不正当竞争行为认定中的实用主义批判》，载《中国法学》2017年第1期。

〔26〕 蒋舸将《反不正当竞争法》第12条第2款的第（四）项兜底规定即“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”视为“小一般条款”。参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》，载《中外法学》2019年第1期。其实严格来说，将第12条第2款四项列举规定前的共通性规定视为“小一般条款”更为合适，因为一般条款必须包含构成要件的基本内容，第（四）项规定的内容不够全面，共通性规定则提供了互联网新型不正当竞争行为的基本要件，即“利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式”，“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”。



容的特殊性体现在行为表现上,它包含“恶意”与“不兼容”两项内容,一个是主观要件,一个是客观要件。在2017年《反不正当竞争法》修订之后,“恶意不兼容”等互联网不正当竞争行为的规制,主要依靠第12条,原则上不能依据第2条的“一般条款”。因为相对于第2条的抽象标准,第12条属于更为具体的行为规则,应当得到优先适用。

---

**Abstract:** “Bad faith incompatibility” is a new type of unfair competition act related to the Internet established in the 2017 amendment of the Anti-Unfair Competition Law of the People’s Republic of China (AUCL). The act of incompatibility may damage the interests of particular subjects and social public interests at the same time. Therefore, it may constitute a tort, an act of unfair competition or a monopolistic conduct. Although in theory, both anti-monopoly law and anti-unfair competition law can regulate the act of incompatibility, in practice, it should be either identified as a monopolistic conduct or an act of unfair competition, and these two natures should not exist at the same time. The damage caused by incompatibilities determines the application of laws; incompatibilities that seriously damage the competition order can be considered as monopolistic conducts, and most of the incompatibilities have less damage than that, so they should be regulated by Article 12 of AUCL. Article 12 of this law establishes the standard of “bad faith incompatibility” from three aspects: means, damage consequences and behavior performance. The listing of acts in Article 12 is only a classification of typical acts in reality for the purpose of facilitating the implementation of the law. Among them, item (3) is the main basis for regulating “bad faith incompatibility”, but it does not exclude the possibility that other listed items still apply to such acts. However, Article 2 of AUCL should not be applied in principle.

**Key Words:** bad faith incompatibility, damage of competition, application of laws, the typification of acts in legislation

---

• 33 •

(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”。<sup>〔1〕</sup>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。<sup>〔2〕</sup>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。”<sup>〔3〕</sup>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。<sup>〔4〕</sup>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。<sup>〔5〕</sup>

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。<sup>〔6〕</sup>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。<sup>〔7〕</sup>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。<sup>〔8〕</sup>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。<sup>〔9〕</sup>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’”<sup>〔10〕</sup>。如此一来，其不可避免将会对比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，<sup>〔11〕</sup>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。<sup>〔12〕</sup>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。以下详细述之。

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。<sup>[13]</sup>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。<sup>[14]</sup>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

[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。<sup>〔15〕</sup>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。<sup>〔16〕</sup>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。<sup>〔17〕</sup>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。<sup>〔18〕</sup>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。<sup>〔19〕</sup>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。<sup>〔20〕</sup>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。<sup>〔21〕</sup>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。<sup>〔22〕</sup>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。<sup>〔23〕</sup>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。<sup>〔24〕</sup>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。<sup>〔25〕</sup>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

• 41 •

〔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。<sup>〔26〕</sup> 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。<sup>〔27〕</sup> 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。<sup>〔28〕</sup> 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。<sup>〔29〕</sup> 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。

• 43 •

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。<sup>〔30〕</sup> 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。<sup>〔31〕</sup> 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。<sup>〔32〕</sup>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”<sup>〔33〕</sup>以及欧盟国家援助控制制度中所涉及的“平衡测试”<sup>〔34〕</sup>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

• 44 •

〔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。<sup>〔35〕</sup> 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。<sup>〔36〕</sup> 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,<sup>〔37〕</sup> 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

---

• 45 •

(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。

## 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）<sup>〔1〕</sup>中判决，涉案转售价格维持（RPM）<sup>〔2〕</sup>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。<sup>〔3〕</sup>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：<sup>〔4〕</sup>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。<sup>〔5〕</sup>

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；<sup>〔6〕</sup>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，<sup>〔7〕</sup>甚至更具体地以迈尔斯博士案为依据<sup>〔8〕</sup>。

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。<sup>〔9〕</sup>

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。

• 47 •

〔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。<sup>〔10〕</sup> 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。<sup>〔11〕</sup>

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。<sup>〔12〕</sup>

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。<sup>〔13〕</sup> 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。<sup>〔14〕</sup>

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。<sup>〔15〕</sup> 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。<sup>〔16〕</sup> 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），<sup>〔17〕</sup>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。<sup>〔18〕</sup>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。<sup>〔19〕</sup>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。<sup>〔20〕</sup>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。<sup>〔21〕</sup>

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……”<sup>〔22〕</sup>在 1906 年洛德诉杰恩案<sup>〔23〕</sup>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。<sup>〔24〕</sup>

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。<sup>〔25〕</sup>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。<sup>〔26〕</sup>

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 or 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。<sup>[27]</sup>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。”<sup>[28]</sup>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》。<sup>[29]</sup>

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。<sup>[30]</sup>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。<sup>[31]</sup>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。<sup>[32]</sup>

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。”<sup>〔33〕</sup>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。<sup>〔34〕</sup>

#### （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）。”<sup>〔35〕</sup>

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。<sup>〔36〕</sup>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：<sup>〔37〕</sup>

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。”<sup>〔38〕</sup>

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”<sup>〔39〕</sup>，“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”<sup>〔40〕</sup>。

〔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。”<sup>〔41〕</sup>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”<sup>〔42〕</sup>。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

• 52 •

#### (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,<sup>〔43〕</sup>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。<sup>〔44〕</sup>

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。”<sup>〔45〕</sup>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。<sup>〔46〕</sup>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）；<sup>〔47〕</sup>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。<sup>〔48〕</sup>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。<sup>[49]</sup> 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。<sup>[50]</sup> 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”<sup>[51]</sup>。

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。”<sup>[52]</sup> 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。

• 55 •

## 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”<sup>[53]</sup>。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。”<sup>〔63〕</sup>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。”<sup>〔64〕</sup>“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。”<sup>〔65〕</sup>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”<sup>〔66〕</sup>。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。”<sup>〔67〕</sup>

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。”<sup>〔68〕</sup>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。”<sup>〔69〕</sup>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”<sup>〔70〕</sup>，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”<sup>〔71〕</sup>。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’。”<sup>〔72〕</sup>

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’。”<sup>[73]</sup>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’。”<sup>[74]</sup>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》。”<sup>[75]</sup>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”<sup>[76]</sup>;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》”<sup>[77]</sup>;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”<sup>[78]</sup>;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”<sup>[79]</sup>。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。<sup>[80]</sup>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<sup>[81]</sup>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”<sup>〔82〕</sup>。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，<sup>〔83〕</sup>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。”<sup>〔84〕</sup>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。<sup>〔85〕</sup>

#### （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。<sup>〔86〕</sup>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”<sup>〔87〕</sup>。

〔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”<sup>〔88〕</sup>。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”<sup>〔89〕</sup>。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”<sup>〔90〕</sup>。

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”<sup>〔91〕</sup>。

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<sup>〔92〕</sup>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<sup>〔93〕</sup>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。<sup>〔94〕</sup>

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。”<sup>〔95〕</sup>

#### (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

• 61 •

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。<sup>〔10〕</sup>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

• 63 •

### 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。<sup>〔1〕</sup>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。<sup>〔2〕</sup>

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。<sup>〔3〕</sup>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。

• 64 •

## 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。<sup>〔4〕</sup>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](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,<sup>[9]</sup> 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,<sup>[10]</sup> 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。<sup>[11]</sup> 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。<sup>[12]</sup> 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,<sup>[13]</sup> 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](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，<sup>[14]</sup> 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。<sup>[15]</sup> 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。<sup>[16]</sup> 《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。<sup>[17]</sup> 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）。<sup>[18]</sup> 同时囿于平台用户高昂的转换成本，<sup>[19]</sup> 这些无

• 67 •

[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 MacCarthy, 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](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。<sup>〔20〕</sup>

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。<sup>〔21〕</sup>

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。<sup>〔22〕</sup>

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,<sup>〔23〕</sup>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。”<sup>〔32〕</sup> 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。<sup>〔33〕</sup>

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。<sup>〔34〕</sup> 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，<sup>〔35〕</sup> 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。<sup>〔36〕</sup> 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。<sup>〔37〕</sup> 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”<sup>〔38〕</sup>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。<sup>〔39〕</sup>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。<sup>〔40〕</sup>

• 71 •

## 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。<sup>〔41〕</sup>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。<sup>[42]</sup>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”<sup>[43]</sup>。

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。<sup>[44]</sup>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。<sup>[45]</sup>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”<sup>[46]</sup>,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。<sup>[47]</sup>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。<sup>[48]</sup>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/ftjzp/202107/t20210708\\_332421.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjzp/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。<sup>〔49〕</sup>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。<sup>〔50〕</sup>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”<sup>〔51〕</sup>。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。<sup>〔52〕</sup>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](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。<sup>[53]</sup>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”。<sup>[54]</sup>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。<sup>[55]</sup>

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。<sup>[56]</sup>

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](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。<sup>[57]</sup>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。<sup>[58]</sup>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”<sup>[59]</sup>，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，<sup>[60]</sup>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。<sup>[61]</sup>

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”<sup>[62]</sup>。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

• 75 •

[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](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,<sup>[63]</sup> 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。



## 反垄断罚款裁量权控制

潘 宁\*

**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

• 77 •

### 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。<sup>〔1〕</sup>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,<sup>[2]</sup>“重定罚轻量罚”的结构性缺陷<sup>[3]</sup>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,<sup>[4]</sup>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,<sup>[5]</sup>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。<sup>[6]</sup>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<sup>[10]</sup>和周国江<sup>[11]</sup>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。<sup>[12]</sup>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。<sup>[13]</sup>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”<sup>[14]</sup>。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,<sup>[15]</sup>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<sup>[16]</sup>。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。<sup>[17]</sup>

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

[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一起联合抵制案中对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。<sup>〔18〕</sup>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<sup>〔19〕</sup>和天津振华国际物流运输有限公司<sup>〔20〕</sup>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<sup>〔21〕</sup>和天津振华海晶物流有限公司<sup>〔22〕</sup>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<sup>〔23〕</sup>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<sup>〔24〕</sup>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。 <sup>[25]</sup>
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反《反垄断法》第46条规定的原则的主张。 <sup>[26]</sup>

[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。 <sup>〔27〕</sup>
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。 <sup>〔28〕</sup>
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。

• 85 •

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,<sup>[29]</sup>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。<sup>[30]</sup>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

[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。<sup>[31]</sup>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%×受影响的商业量×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+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。<sup>[32]</sup>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,<sup>[33]</sup>而且在现实中也会陷入僵化困境<sup>[34]</sup>。

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=销售价值<sup>[35]</sup>×裁定比率×违法持续时间+进入费+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<sup>[36]</sup>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。<sup>[37]</sup>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

• 87 •

[31] 参见王锡铨:《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],王锡铨文,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],王锡铨文,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,<sup>〔38〕</sup>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,<sup>〔39〕</sup>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。

#### 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〕,王锡铨文,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<sup>〔40〕</sup>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。<sup>〔41〕</sup>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

---

(责任编辑:殷秋实 赵建蕊)



## 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

• 93 •

### 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。<sup>〔1〕</sup>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。<sup>〔2〕</sup>

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。<sup>〔3〕</sup>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。<sup>〔4〕</sup>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。<sup>〔5〕</sup>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。<sup>〔6〕</sup>

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,这与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 Weithrecht, 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〕, Weithrecht, 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。<sup>〔14〕</sup> 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。<sup>〔15〕</sup> 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。<sup>〔16〕</sup> 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。<sup>〔17〕</sup> 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。<sup>〔18〕</sup>

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，<sup>〔19〕</sup> 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。<sup>〔20〕</sup> 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。<sup>〔21〕</sup>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。<sup>〔22〕</sup>

### 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。<sup>〔23〕</sup>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。”<sup>〔24〕</sup>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）<sup>〔25〕</sup>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<sup>〔26〕</sup>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

• 97 •

〔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 Rölle 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。<sup>[27]</sup>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。<sup>[28]</sup>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〈欧共体条约〉第81条第3款的指南》<sup>[29]</sup>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”<sup>[30]</sup>。欧盟委员会2004年颁布的《横向合并指南》<sup>[31]</sup>和2011年颁布的《横向合作协议指南》<sup>[32]</sup>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。<sup>[33]</sup>

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》<sup>[34]</sup>提出要对《欧共体条约》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》<sup>[35]</sup>及2000年《纵向限制指南》<sup>[36]</sup>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](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。<sup>〔37〕</sup>在合并控制领域，2004年《合并控制条例》<sup>〔38〕</sup>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”。<sup>〔39〕</sup>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。<sup>〔40〕</sup>

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。<sup>〔41〕</sup>之后，根据第81条第3款评估协议的限制竞争效果是否会被其提升的经济效率所抵销。<sup>〔42〕</sup>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。<sup>〔43〕</sup>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。<sup>〔44〕</sup>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。<sup>〔45〕</sup>

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。<sup>〔46〕</sup>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 Peepkorn 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。<sup>[47]</sup> 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<sup>[48]</sup>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<sup>[49]</sup>却对该测试过程视而不见，未予以审查。<sup>[50]</sup> 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。<sup>[51]</sup>

#### 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。

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”，<sup>[52]</sup> 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。<sup>[53]</sup> 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。<sup>[54]</sup>

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。<sup>[55]</sup>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<sup>[56]</sup>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<sup>[57]</sup>和 1996 年 Tetra-Pak 案<sup>[58]</sup>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。<sup>[59]</sup>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。<sup>[60]</sup>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。<sup>[61]</sup>

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。<sup>[62]</sup>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。<sup>[63]</sup>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。<sup>〔64〕</sup>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。<sup>[65]</sup>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，<sup>〔66〕</sup>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；<sup>〔67〕</sup>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

〔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。<sup>[68]</sup>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。<sup>[69]</sup>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

---

• 107 •

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

## 包税条款的法律效力分析 ——基于司法实践的观察和反思

郭昌盛\*

**内容提要：**包税条款广泛存在于国内民商事交易及涉外商事合同中，其法律效力的认定已成为法院执行中面临的重要问题。近年来，包税条款争议频发，各地各级法院在实践中对包税条款的约定范围、法律属性、法律效力存在不同的看法，呈现出认定包税条款有效、认定包税条款无效以及回避对包税条款法律效力的认定三种裁判路径，而认定包税条款有效成为主流裁判观点。然而，在税法功能视角下，包税条款不利于税法分配功能和调控功能的实现；在税法属性视角下，包税条款违反了《税收征收管理法》及其实施细则的强制性规定；在规范性文件中，最高人民法院对包税条款的效力也倾向于否认；在操作规范视角下，包税条款在民商事交易中的认定也可能对税务机关的税款征管、纳税人交易对象的税负核算产生不同程度的影响。因此，应明确包税条款为无效条款，并在《税收征收管理法》修订中加以落实。

**关键词：**包税条款 税法功能 税法属性 法律效力 税收征收管理法

自党的十八届四中全会明确提出“切实解决执行难”以来，最高人民法院多措并举<sup>〔1〕</sup>切实落实破解“执行难”问题，取得了显著成绩。与此同时，涉税经济案件日渐增多，通过法院强制执行拍卖、变卖被执行人资产的数量也逐年增长，在解决执行难的过程中面临着许多涉税问题，如何处理则是绕不开的难题。执行程序涉税问题中，包税条款的法律效力始终备受争议，至今仍悬而未决。包税条款的法律效力涉及税法与民法的关系，涉及《税收征收管理法》具体条文的定位，涉及税法分配功能的实现乃至税收征管秩序的稳定。无论从理论研究的角度，还是从执

\* 郭昌盛，北京大学法学院博士研究生。

本文为司法部2019年度国家法治与法学理论研究课题“优化税收营商环境法律问题研究”（19SFB2051）的阶段性成果。

〔1〕参见《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告》（2018年10月24日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议）。



法和司法实践的角度，对包税条款进行重新审视并反映于《税收征收管理法》的修订中都尤为必要。

目前税收司法实践中对包税条款法律效力的认定大体上呈现出认定包税条款有效、认定包税条款无效以及回避对包税条款法律效力的讨论三种不同的裁判路径。现有研究基本上对包税条款的法律效力持“二分法”观点，即：包税条款属于民法上意思自治的范畴，在合同当事人之间有效；但该条款对税务机关无约束力，在税法上属于无效条款。本文拟对包税条款法律效力的司法实践进行梳理，进而对包税条款的法律效力进行分析，同时对当前流行的“二分法”观点进行反思和批判，以期对税收执法和司法实践提供理论指引，对《税收征收管理法》的修订有所助益。

## 一、包税条款的界定及实践现状

要明确包税条款的法律效力，首先应该明确包税条款的内涵及外延。“包税条款”一语在我国现行法律中并没有明确的表述，<sup>〔2〕</sup>而是源于税收法律实践的总结，因而讨论有必要从包税条款的实践着手。

### （一）包税条款的界定

关于包税条款的定义，虽然现行法律并没有该用语的直接表述，但国家税务总局在其发布的规范性文件中多次使用了“包税条款”的说法。<sup>〔3〕</sup>“包税条款”的说法更多来源于税法实践，从形式上看，包税条款是合同双方约定对于交易所产生的税费（税金）由协议的一方全部承担并缴纳的条款；从实质上看，承担缴纳税款义务的通常非税法上的纳税义务人。<sup>〔4〕</sup>因此，包税条款一般是处于优势地位或谈判力量较强的交易方要求处于劣势或谈判力量较弱的交易相对方承担交易所产生的税款，以促使交易顺利进行。<sup>〔5〕</sup>

从包税条款的实践历程来看，其最早出现在涉外经济合同中。在改革开放初期，为了吸引外资，中方投资者与外方投资者在签订的涉外经济合同中经常会约定“中方负担一切税收”，<sup>〔6〕</sup>这是包税条款的最早表现形式。在我国加入世界贸易组织之后，国际银团贷款的融资形式得到日益广泛的运用。在国际银团贷款合同中，贷款人经常会要求借款人承担贷款人应向我国税务机关缴

〔2〕也有人将“包税条款”称为“税费转嫁承担条款”，“包税条款”是目前税法实务界最为流行的说法，为了便于理解和交流，笔者亦采用“包税条款”的说法。参见徐战成：《拍卖公告中税费转嫁负担条款的合法性与操作性之张力》，载《第八届中国破产法论坛暨〈企业破产法〉实施十周年纪念研讨会论文集》，2017年6月3日。

〔3〕参见《国家税务总局关于中国银行海外分行取得来源于境内利息收入税务处理问题的函》（国税函〔2001〕189号）（简称“189号文”，已失效）；《国家税务总局文化部国家体委关于来我国从事文艺演出及体育表演收入应严格依照税法规定征税的通知》（国税发〔1993〕89号）（简称“89号文”）；《国务院办公厅转发商务部等部门关于进一步规范对俄贸易秩序若干意见的通知》（国办发〔2004〕70号）（简称“70号文”，已失效）。

〔4〕参见肖太寿：《包税合同条款的法律效力与涉税分析》，载《财会学习》2012年第1期。

〔5〕需要注意的是，本文所指的包税条款与分税制改革前的财政包干制以及政府和企业之间的包税协议有着本质的不同。财政包干制是上下级政府间就税收收入的形式、基数、超收分成比例进行讨价还价形成的财政分权体制。参见周飞舟：《以利为利：财政关系与地方政府行为》，上海三联书店出版社2012年版，第9页。

〔6〕参见李运淮：《对涉外经济合同中“包税条款”的处理意见》，载《涉外税务》1990年第10期。

纳的利息预提税、印花税等税款,以确保贷款人获得的纯利息所得与没有进行过预提税扣减的金额相等。<sup>〔7〕</sup>可见,国际贷款中的税收条款一般针对借款人所在国的利息预提税而设,如果按照借款人所在国法律,借款人在付款前必须预扣税款,那么借款人应向贷款人另行支付一笔相当于该扣除额的款项,或由借款人以自己的资金缴纳该款项。<sup>〔8〕</sup>因此,有学者将包税条款称为“税赋补足条款”(tax grossing-up)。<sup>〔9〕</sup>

此外,在司法拍卖以及民商事拍卖(尤其是土地、房屋等不动产以及股权等高价值标的物的拍卖)中,法院或者拍卖方经常会在拍卖公告中规定“拍卖标的物所有权转移过程中产生的一切税费由买受人承担”,这也是当前包税条款最常见的表达和最常见的领域。

综上所述,包税条款的使用在实践中具有广泛性,但无论哪种情形下的包税条款,其目的都是将本应由税法规定的纳税义务人承担的税款转嫁给交易相对方,由纳税义务人以外的主体承担该部分税费。因此,可以将包税条款定义为:在民商事交易活动中,交易当事人约定由税收法律规定的纳税义务人以外的其他主体承担基于该交易产生的税费负担的条款。

## (二) 包税条款的司法实践

目前关于包税条款的司法实践,存在三种截然不同的裁判路径:第一种认定包税条款无效;第二种认定包税条款有效;第三种则回避对包税条款法律效力的认定,由法院自由裁量。

### 1. 包税条款无效的裁判路径

法院认定包税条款无效的法律依据为《税收征收管理法》第3条以及《税收征收管理法实施细则》第3条,相关理由及认定举例如下:“协议中约定的‘包税条款’与国家法律、行政法规相抵触,属于无效条款,该约定不能免除缴纳税款的法定义务”<sup>〔10〕</sup>“‘甲方不承担任何税费,税费由乙方全部承担’违反了税收法律以及行政法规的有关规定,属部分无效,本院不予支持”<sup>〔11〕</sup>“(包税条款)约定变更了缴纳城市维护建设税、土地增值税、营业税、印花税、教育附加收入的纳税义务主体,与税收法律、行政法规(《税收征收管理法实施细则》第三条)相抵触,应属无效”<sup>〔12〕</sup>“企业在经营活动中依照法律规定缴纳税款是企业应该遵守的法定义务,企业不得规避纳税义务”<sup>〔13〕</sup>“约定仅属于民事法律关系中合同当事人双方的民事约定,并不能改变行政法律关系中……纳税主体的认定……且与相关法律、法规相抵触,不予支持”<sup>〔14〕</sup>“纳税义务是根据宪法和法律规定,公民必须履行的向国家缴纳一定税款的责任,双方虽在房屋租赁合同中明确约定政府

〔7〕 参见关茜雯、纪啸天:《浅析国际商业银团贷款合同中“包税条款”的合法性》,载《防灾技术高等专科学校学报》2003年第1期。

〔8〕 参见成先平:《国际经济法》,郑州大学出版社2009年版,第252页;冯梅、朱畅、李昌玉主编:《国际经济法》,华中科技大学出版社2012年版,第201页;郭寿康、赵秀文主编:《国际经济法》,中国人民大学出版社2006年版,第399页;张桂红:《国际经济法》,东北财经大学出版社2007年版,第167页;张瑞萍、高国柱:《国际经济法教程》,对外经济贸易大学出版社2008年版,第192页。

〔9〕 董世忠:《国际经济法》,复旦大学出版社2009年版,第346页。

〔10〕 铁岭市中级人民法院(2016)辽12行终119号行政判决书。

〔11〕 北京市第一中级人民法院(2007)一中民终字第13227号民事判决书。

〔12〕 仁化县人民法院(2015)韶仁法民一初字第214号民事判决书。

〔13〕 当涂县人民法院(2017)皖0521民初314号民事判决书。

〔14〕 海南省第二中级人民法院(2016)琼97行终64号行政判决书。

所征收的税费全部由承租人承担，因该约定违反法律规定，不受法律保护”〔15〕。

总体上，法院在认定包税条款无效时，并不区分包税条款在交易当事人之间的效力（民法效力）和该条款对税务机关的效力（税法效力），而直接以该条款属于《合同法》第52条规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”的条款而认定无效。

## 2. 包税条款有效的裁判路径

法院在认定包税条款有效时，也存在不同的裁判路径。

第一种路径认为税收法律法规中不存在关于包税条款的效力性强制性规定，因而包税条款有效。法院的相关理由及认定举例如下：“虽然我国税收管理方面的法律、法规对于各种税收的征收均明确规定了纳税义务人，但是并未禁止纳税义务人与合同相对人约定由合同相对人或者第三人缴纳税款，即对于实际由谁缴纳税款并未作出强制性或禁止性规定。因此，当事人在合同中约定由纳税义务人以外的人承担转让土地使用权税费的，并不违反相关法律、法规的强制性规定，应认定为合法有效”〔16〕“现实生活中经常有通过合同约定转移税负的情况，对税负的转移，法律并不禁止”〔17〕“在民事活动中，双方可另行约定税项实际分摊，确定费用实际支出及最终负担主体”〔18〕“（税收法律法规）明确规定直接负有纳税义务的单位和个人系缴纳税款的主体，但各项税收管理的立法中并没有纳税义务人不得约定税款由他人承担或负担的强制性、禁止性、效力性的规定，各项税收管理的立法并未禁止纳税义务人与合同相对人约定由相对人或第三人负担税款。同时，各项税收管理的立法仅对税种、税率、税额作出强制性的规定，而对于实际由谁负担税款没有作出强制性、禁止性、效力性的规定”“双方约定的税费负担条款，并非是约定谁负有法律上缴纳税款的义务，而是对税费实际负担主体的确认，其目的是实现税款负担义务主体的转移，属于双方在交易环节中经济利益的分配，并没有导致国家税收利益的流失”“系双方真实意思表示，且内容未违反法律、行政法规的强制性规定”〔19〕“税收管理法规对纳税主体的规定的目的是为了便于税赋征收，规范税务管理，防止出现偷税、漏税现象，并未禁止法定纳税义务主体以外单位、个人代为交纳税费，涉案竞买合同关于税费缴纳的约定不违反法律法规的禁止性规定，亦未使国家税收受到损失，该项约定处理的是当事人之间的民事权利义务，合法有效，当事人应当按照合同约定履行各自的权利义务”〔20〕。

有法院在认定包税条款在民事主体之间有效的基础上，否定了其对税务机关的效力，举例如下：“该约定不能对抗第三人，也不得改变税务机关依法确定纳税主体、税种、税率等，仅为双方之间关于税费费用数额具体承担的约定，只能约束双方当事人”〔21〕“合同约定属于内部约定，不能对外产生对抗法律法规关于法定纳税义务人的规定的效力”“税务机关和纳税主体之间的关

〔15〕 吐鲁番市中级人民法院（2016）新21民终695号民事判决书。

〔16〕 最高人民法院（2007）民一终字第62号民事判决书，载《最高人民法院公报》2008年第3期。

〔17〕 四川省高级人民法院（2017）川民申4553号民事裁定书。

〔18〕 河北省高级人民法院（2018）冀民申1299号民事裁定书。

〔19〕 最高人民法院（2014）民提字第23号民事判决书。

〔20〕 河南省高级人民法院（2016）豫民申1191号民事判决书。

〔21〕 贵州省高级人民法院（2013）黔高民终字第35号民事判决书。

系属于国家税法和行政法规调整的范畴……交纳和承担税费的约定,不能对抗国家法律、法规对纳税主体的确认”〔22〕。此外,实践中,如果非法定纳税义务人以法定纳税人名义缴纳税款后又向税务机关请求退还税款的,法院不予支持。〔23〕在交易双方约定包税条款的情况下,纳税人承担税款后可依约向非纳税义务人追偿。〔24〕法院这种做法实际上也是在肯定包税条款效力的同时,否定了其对税务机关的效力。

有法院对包税条款的法律性质进行了分析,主要有以下几种:(1)履行承担协议。有法院认为“约定系双方真实意思表示,且该约定的性质应归属于履行承担协议……法无明文禁止性规定,故应受法律的保护”〔25〕。(2)内部债务承担。有法院认为“(包税条款)只是就其内部债务承担的约定而已,不产生被征对象的转移问题,亦即该约定不能对抗国家税务部门依法向特定义务人征税,其约定并没有违反法律、行政法规的强制性规定……该约定是双方的真实意思表示,对于双方当事人而言应属于有效的条款,对双方均具有约束力”〔26〕。还有法院区分“税费缴纳”与“税费承担”两个不同的概念,并依据有关税费缴纳凭证对涉案的税费款项进行查明定性。〔27〕(3)代为履行。有法院认为“作为纳税义务人所负有的法定义务,不得通过约定改由他人承担。但税费作为一种金钱之债,却可通过约定由他人代为履行”〔28〕。

第二种裁判路径则认为税收法律法规并不属于强制性规定,因而认定包税条款有效。例如,有法院以“《营业税暂行条例》第一条并不是效力性的强制性规定”为由而认定包税条款有效。〔29〕有法院认为“(税收)法律、行政法规的调整对象是主体的行为资格,并不针对行为内容本身,不属于效力性强制性规定”〔30〕。

### 3. 回避对包税条款法律效力的认定,由法院自由裁量

有法院认为“‘拍卖成交后所发生的一切税费均由买受人自行承担’的约定并未明确约定出卖人所缴纳的税费应由买受人承担,且数额巨大,若该税款由买受人承担,双方应明确约定”〔31〕。实践中,法院会以税费负担条款约定不明〔32〕或存在重大误解〔33〕为由判决交易双方依照税收法律法规的规定承担各自应缴纳的税费或者依据公平原则判决交易双方各自承担一定比例的税费。〔34〕

在涉及土地增值税时,有法院认为“土地增值税与交易过程中产生的营业税、印花税等税费计税原因、性质不同,不属交易特定环节产生的税费”“(包税条款)应当系指因办理标的权属确

〔22〕 潢川县人民法院(2013)潢民初字第1114号民事判决书。

〔23〕 参见浙江省高级人民法院(2014)浙行终字第252号行政判决书。

〔24〕 参见重庆市高级人民法院(2015)渝高法民终字第00368号民事判决书。

〔25〕 南阳市中级人民法院(2015)南民二初字第00049号民事判决书。

〔26〕 最高人民法院(2013)民申字第2248号民事裁定书。

〔27〕 参见梅州市中级人民法院(2017)粤14民终975号民事判决书。

〔28〕 最高人民法院(2016)最高法民终51号民事判决书。

〔29〕 参见郴州市中级人民法院(2011)郴民一终字第379号民事判决书。

〔30〕 佛山市中级人民法院(2015)佛中法民三终字第235号民事判决书。

〔31〕 辽源市中级人民法院(2014)辽民二初字第30号民事判决书。

〔32〕 参见湛江市中级人民法院(2015)湛中法民三终字第317号民事判决书。

〔33〕 参见绍兴市中级人民法院(2013)浙绍民终字第1432号民事判决书。

〔34〕 参见最高人民法院(2015)民申字第1734号民事裁定书。



权、变更等手续的特定环节中产生税费金由买受人负担”“（土地增值税）纳税义务人的权利和义务是由法律明确规定的，法定效力高于约定”<sup>〔35〕</sup>，从而将土地增值税排除在包税条款范围之外。然而，有法院也作出截然相反的判决，认为“土地增值税在交易转让前就明确约定由买受人承担，理所当然包含在……一切税费之中”<sup>〔36〕</sup>。

虽然法院在判决中回避了对包税条款法律效力的认定，但实际上仍然将包税条款作为民事合同条款来处理，遵循《合同法》的相关规定做出裁判。这种裁判路径本质上仍然是默认交易双方当事人有权对交易过程产生的税费负担进行约定，即默认包税条款的合法性。

（三）小结：包税条款面临的困境

从前文所述来看，税法理论对包税条款的研究较为薄弱，特别是其定义、适用税种、存在领域，均欠缺全面的梳理；而理论上的缺失直接带来司法实践对包税条款的认定缺乏统一的标准，既包括包税条款的效力问题，也包括相关税收法律法规是否属于强制性规定的判断，以及对包税条款法律性质的界定。

通过对包税条款相关的 71 份裁判文书进行细致观察，笔者发现，95%以上关于包税条款的裁判均由民事审判庭做出，而仅有的三份行政判决均否定了包税条款的合法性。这也折射出民事审判庭的法官多倾向将包税条款视为一般的民事条款简单处理，认定包税条款合法有效，而未曾对税收法律各项制度设计背后的价值目标进行更多的探究。该 71 份裁判文书的情况请见表 1。

表 1 有关包税条款的税收司法实践统计				
裁判观点	认定包税条款无效	认定包税条款有效		回避认定包税条款法律效力
		税收法律法规中不存在效力性强制性规范	税收法律法规不属于强制性规范	
文书数量	16	41	3	11

（备注：笔者以《税收征收管理法实施细则》第 3 条为关键词在“中国裁判文书网”检索，检索结果为 96 份裁判文书，剔除与包税条款不相关的裁判文书，合并同一案件一审、二审及再审裁判文书数量后，得到 71 份有效文书。）

总体上，包税条款欠缺系统的理论梳理导致了包税条款在实践中面临裁判路径不一致、判决说理混乱的困境，给税务机关、纳税人、裁判者带来了执法、守法和司法上的困扰。然而，从司法实践看认定包税条款有效的裁判文书占绝对优势，这是否代表着其已经成为一种主流裁判路径？这种看似主流的裁判路径是否经得起推敲？笔者认为，这种裁判路径并不可取，包税条款应该认定为无效。

二、包税条款为何无效？

虽然包税条款在市场交易中较为常见，但该条款无论是民法上还是税法上都应认定为无效。需要强调的是，包税条款在税法上是否具有合法有效性，应当根据税收法律和政策的基本目标和

〔35〕 云浮市中级人民法院（2015）云中法审监民再字第 3 号民事判决书。  
〔36〕 莆田市荔城区人民法院（2013）荔民初字第 4091 号民事判决书。

价值予以分析判断。<sup>〔37〕</sup>

### （一）税法功能视角下包税条款的法律效力

在现代市场经济国家，税收在财政收入功能之外，也承载了许多附加性功能，可以说税收已经成为国家参与和调节国民收入分配、进行宏观调控的重要手段。“税法就是各类主体之间进行财富分割的利器”<sup>〔38〕</sup>，国家可以用课税这个工具缓和财富不平等<sup>〔39〕</sup>。税收可以影响社会财富的分配以至个人间的社会地位和阶级间的相互地位。因而税收的负担应当在各个人和各阶级之间进行公平的分配，通过政府征税矫正社会财富分配不均、贫富两极分化的流弊，从而缓和阶级矛盾，达到通过税收政策实现社会改革的目的。<sup>〔40〕</sup> 税收分配工具不仅要满足国家支出的需要，以实现其财政目的，还要矫正社会财富分配的不平等，以达到社会公正的社会政策目的。<sup>〔41〕</sup> “如果税法实效即税法的实施效果欠佳，则会影响整个分配秩序，导致分配领域的混乱和国家财力的分散。”<sup>〔42〕</sup>

税收作为国家取得收入和国家负担分配的法律，首先应该是一种公平的制度，<sup>〔43〕</sup>这也是税收公平原则作为税法基本原则的价值所在。因此，财税法具有促进与保障收入公平分配的制度功能，可以实现税收负担的合理分配、税收收益的公平分配与财政资金的正当分配。<sup>〔44〕</sup>

在税法的分配功能中，最重要的莫过于税收负担在纳税人之间的公平分配。为了实现税负的公平分配，税收实体法（各税种法）对纳税主体、税收客体、征税对象等税收要素进行了明确的规定，而税收程序法尤其是税收征管法律法规的主要功能在于保障税收实体法中以税负公平负担为价值追求的各项制度的落实，进而确保税负公平分配的实现。

税收法律和政策并不只是简单地为了获得财政收入，无论基于税收法定或税收公平，都需要纳税义务的形式承担主体与实际承担主体具有高度同一性。<sup>〔45〕</sup> 合同无效的本质是国家对契约自由的干涉，属于因为某项重大社会公共利益而对私人自治予以限制的问题。<sup>〔46〕</sup> 包税条款背后的社会公共利益正是税法功能的体现。如果允许交易双方当事人通过合同上的包税条款转嫁/转移税负，这种对税收法律法规相关规定的架空将导致税法对公平正义的价值追求以及税法的分配和调控功能无从实现，税法的基本目标和价值将被严重扭曲甚至完全落空。

### （二）税法属性视角下包税条款的法律效力

对于包税条款的属性，由于该条款通常出现于平等民事主体之间缔结的合同中，在形式上该条款仅约束民事法律关系的买卖双方主体。对于其是否改变了纳税人和税务机关的行政法律关

〔37〕 参见赵洲：《“一带一路”跨境融资合同中的利息所得包税问题研究》，载《北方法学》2018年第1期。

〔38〕 张守文：《财富分割利器：税法的困境与挑战》，广州出版社2000年版，第25页。

〔39〕 参见〔英〕约翰·斯图亚特·穆勒：《政治经济学原理》，金镛、金熠译，华夏出版社2013年版，第748页。

〔40〕 参见王传伦、高培勇：《当代西方财政经济理论》（下），商务印书馆1995年版，第233页。

〔41〕 参见毛程连、庄序莹编著：《西方财政思想史》，复旦大学出版社2010年版，第119-122页。

〔42〕 前引〔38〕，张守文书，第53页。

〔43〕 Lang, in: Tipke/Lang, § 4 Rn 1 ff; K. Vogel, DStJG 12 (1989), 123. 转引自〔德〕迪特尔·比尔克：《德国税法教科书》，徐妍译，北京大学出版社2018年版，第16页。

〔44〕 参见叶姗：《税收利益的分配法则》，法律出版社2018年版，第2页。

〔45〕 参见前引〔37〕，赵洲文。

〔46〕 参见黄忠：《违法合同的效力判定路径之辨识》，载《法学家》2010年第5期。

系，主张包税条款有效的论者则持否定回答。即尽管纳税义务人的法定身份不能基于约定而改变，但对于税费的实际承担者之约定，属于意思自治范畴，国家不应干涉。<sup>〔47〕</sup>关于该推理是否合适，本文认为：

首先，税收法定原则下，纳税主体必须法定，这种法定体现了纳税义务的人身专属性。在现代社会，公民个人的财产权负有社会义务已经成为共识，财产权规范承担社会利益分配与协调的功能（型塑社会秩序的功能）。<sup>〔48〕</sup>我国《宪法》第56条规定的公民纳税义务是宪法对古典的“纳税义务”的规定，属于公民基本义务的范畴；<sup>〔49〕</sup>而基本义务是宪法所规定的构建作为共同体的国家并维系其存续而要求公民必须履行的责任，<sup>〔50〕</sup>市民先天的纳税义务作为潜在有效的团结义务，通过法律具体化为共同体的责任承担，它们无须证立，只需要履行。<sup>〔51〕</sup>公民的纳税义务是现代国家构建国家与国民关系的重要纽带，具备极强的人身属性，如果任由纳税人在合同中对纳税义务或者纳税义务的履行进行约定，将无法确保宪法规定纳税基本义务的团结目标的实现。因此，具有人身专属性的债务通过包税条款约定由他人履行，应属无效。<sup>〔52〕</sup>

其次，税收征管法及其实施细则的相关条款属于效力性强制性规范。税法属于公法，而“公权对税收分配关系的干预……在性质上属于强制性分配法”<sup>〔53〕</sup>。有论者认为，税收法律法规中并没有对包税条款的效力性强制性禁止性规定。<sup>〔54〕</sup>这种观点是对税收征管法及其实施细则的误读。无论是1986年的《税收征收管理暂行条例》，还是1992年和2001年的《税收征收管理法》，都明确禁止任何单位和个人擅自作出同税收法律、行政法规相抵触的决定。<sup>〔55〕</sup>2002年的《税收征收管理法实施细则》第3条第2款明确规定：“纳税人应当依照税收法律、行政法规的规定履行纳税义务；其签订的合同、协议等与税收法律、行政法规相抵触的，一律无效。”该条款是现行税收法律、法规中关于涉税条款（合同、协议）法律效力最直接的规定，因而也成为分析包税条款合法性的重要依据。税收征管法及其实施细则在条文中使用“不得”“一律无效”的表述，完全符合民法学界以及最高人民法院主张的“效力性规范”判别标准，<sup>〔56〕</sup>2019年最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》中明确“强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观

〔47〕 参见前引〔2〕，徐战成文。

〔48〕 参见张翔：《财产权的社会义务》，载《中国社会科学》2012年第9期。

〔49〕 参见张翔：《基本权利的体系思维》，载《清华法学》2012年第4期。

〔50〕 参见姜秉曦：《我国宪法中公民基本义务的规范分析》，载《法学评论》2018年第2期。

〔51〕 参见王晖：《法律中的团结观与宪法义务》，载《清华法学》2015年第3期。

〔52〕 参见刘庆国：《合同中的几个税收问题》，载《中南民族大学学报》（人文社会科学版）2003年第1期。

〔53〕 李昌麒、应飞虎：《论需要干预的分配关系——基于公平最佳保障的考虑》，载《法商研究》2002年第3期。

〔54〕 参见司晓丽：《论包税合同的效力》，载《时代金融》2018年第7期。

〔55〕 2001年《税收征收管理法》第3条第2款规定：“任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。”

〔56〕 参见王利明：《论无效合同的判断标准》，载《法律适用》2012年第7期；沈德咏主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第112-113页。

政策等公序良俗的”应当认定为效力性强制性规定,<sup>[57]</sup> 财政税收具有明显的宏观政策属性,<sup>[58]</sup> 因而属于效力性强制性规范,包税条款违反税收征管法及其实施细则的规定应依据《合同法》第52条第5项认定无效。

此外,有论者主张税法仅仅规定了纳税义务主体(法律规定的“应然”),而没有规定税收实际负担主体(履约成本的“实然”),甚至以国家税务总局发布的文件<sup>[59]</sup>中间接承认雇主为其雇员负担个人所得税税款的合法性为由主张包税条款的合法性。<sup>[60]</sup> 对此,笔者认为,这种解释混淆了纳税人和负税人概念。一方面,负税人的概念来自经济学,但如增值税中产生负税人的概念,或者说特定税种中特定群体之所以成为负税人仍取决于税制规定;即无论是纳税义务人,还是所谓的负税人,均由税收法律法规规定。另一方面,基于合同可能产生负税人的概念,如“单位或个人为纳税义务人负担个人所得税税款”,但国家税务总局发文更突出对其带来税法上税收负担偏差的补正,而并不代表对其效力的承认。

### (三) 规范性文件视角下包税条款的法律效力

早在1982年,财政部就对包税条款的法律效力进行了明确,规定“在外国企业所得税法公布施行以后签订的合同,应依照国家税收法令确定合同条款,不得再用包税办法,违反税法规定的有关合同条款,一律无效”<sup>[61]</sup>。该文件发布于改革开放初期,外国投资者利用中方投资者急于引进外资的心态要求中方承担合同产生的一切税收负担,这种做法不仅给中方投资者的税收处理带来了困难,而且给外方投资者带来了逃税和避税的机会,最终导致了国家税收利益的流失。<sup>[62]</sup>

2001年国家税务总局发文规定“根据我国税法规定,外国企业来源于我国境内的所得,以收益人为纳税义务人,境内支付人为扣缴义务人。外国企业与国内企业所签订的合同中,有关税收问题,不论条款如何表述,不能改变上述税法所规定的义务。至于合同条款中约定由国内企业在经济上负担外国企业的税款,属于合同当事人之间的一种商业约定,税务部门将不予干涉。但凡合同中约定由国内企业负担外国企业税款的,税务部门将采取将上述不含税收入换算为含税收入后计算征税”<sup>[63]</sup>。

可以看出,国家税务总局与财政部在包税条款的法律效力上持相反的态度。国家税务总局对包税条款法律效力的意见也为司法实践中认定包税条款在民事主体之间有效、对税务机关不生效

[57] 参见《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第30点。

[58] 党的十九届四中全会公报中明确提出“健全以国家发展规划为战略导向,以财政政策和货币政策为主要手段,就业、产业、投资、消费、区域等政策协同发力的宏观调控制度体系”,该表述仍将财政政策作为主要宏观调控手段。参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》(2019年10月31日)。

[59] 参见《国家税务总局关于雇主为其雇员负担个人所得税税款计征问题的通知》(国税发〔1996〕199号)、《国家税务总局关于明确单位或个人为纳税义务人的劳务报酬所得代付税款计算公式的通知》(国税发〔1996〕161号)。

[60] 参见前引〔4〕,肖太寿文。

[61] 《关于外国企业所得税法公布施行前已批准的技术引进、借贷款、租赁合同有关税收问题的通知》(〔82〕财税字第102号)(简称“102号文”,已于1997年废止)。

[62] 参见前引〔6〕,李运淮文。

[63] 《国家税务总局关于中国银行海外分行取得来源于境内利息收入税务处理问题的函》(国税函〔2001〕189号)(简称“189号”文,已于2011年失效)。



的裁判路径提供了参考甚至依据。实际上，102号文和189号文都是针对涉外经济合同中包税条款的法律效力作出的规定，财政部和国家税务总局出台截然相反的文件背后的考量以及相继废止的原因不得而知，但国际上很多国家明文禁止在涉外经济合同尤其是国际贷款合同中约定包税条款，有的国家还对违反者追究刑事责任。<sup>〔64〕</sup>因此，以已经废止的189号文为佐证来证明包税合同的合法性不具有说服力，既无法解释102号文做出相反规定的原因，也不符合国际上通行的做法。

需要注意的是，2016年发布的《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（简称《网拍规定》）明确了法院在网络司法拍卖中税费负担的原则：因网络司法拍卖本身形成的税费，应当依照相关法律、行政法规的规定，由相应主体承担；没有规定或者规定不明的，人民法院可以根据法律原则和案件实际情况确定税费承担的相关主体、数额。<sup>〔65〕</sup>江苏省高级人民法院随后发文规定：因网络司法拍卖产生的税费，应当依照相关法律、行政法规的规定，由相应主体承担。在法律、行政法规对税费负担主体有明确规定的情况下，人民法院不得在拍卖公告中规定一律由买受人承担。<sup>〔66〕</sup>可见，已有法院意识到包税条款存在合法性问题，从承认包税条款的合法性转向禁止在拍卖公告中规定包税条款，而依据法律、行政法规的规定由相应的主体承担。然而，税收法律法规没有规定或者规定不明的，纳税人并不负有纳税义务，此时，法院并不享有自由裁量权，无权根据法律原则和案件实际情况确定税收承担的主体。而《网拍规定》授权“人民法院可以根据法律原则和案件实际情况确定税费承担的相关主体、数额”是存在瑕疵的，该规定应取消。

• 117 •

### 三、包税条款的可操作性质疑

如前所述，从税法功能、税法属性以及规范性文件三重视角对包税条款进行审视均无法支持其合法性。实际上，即便承认包税条款的合法性，也会面临操作性的问题。

#### （一）包税条款会导致交易价格失真，影响计税基础及政府税收收入

以不动产司法拍卖为例，如果在拍卖公告以及《拍卖成交确认书》等拍卖合同中约定由买受人承担不动产过户中的一切税费，买受人在参与竞拍时，就需要将依照税收法律法规规定应当由卖方承担的增值税、土地增值税、个人/企业所得税、印花税、契税、城市维护建设税、教育费附加等税费考虑在竞拍总成本之内，由于这些税费建立在交易成交价格基础上，虽然仍然是买受人为达成该项交易所支付的交易成本的一部分，但却无法纳入交易成交价格中。因此，为了确保竞拍总成本不超过预期，买受人便会通过压低成交价格来控制交易总成本，这实际上使得真实交易价格被隐藏。表面上看，买受人承担一切税费不会导致国家税收流失，但压低成交价格的

〔64〕 参见李仁真：《国际金融法》，武汉大学出版社2005年版，第155页；前引〔8〕，成先平书，第252页；前引〔8〕，张桂红书，第167页；前引〔9〕，董世忠书，第346页。

〔65〕 参见《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（法释〔2016〕18号）第30条。

〔66〕 参见《江苏省高级人民法院关于正确适用〈最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定〉若干问题的通知》（苏高法电〔2017〕217号）第四条。

同时也会导致计税依据的降低,最终会降低国家税收总收入。即使交易双方当事人并不存在恶意串通、偷逃税款的故意,但客观上减少了国家税收收入。另外,税收实际上还有经济统计或者经济监督的职能,包税条款不仅影响了交易价格,而且由于真实交易价格被隐藏,实际上也会导致国家经济统计不准确。

有论者认为,可以通过将交易价格还原为含税价格的方式实现税收负担的转移。<sup>〔67〕</sup>而国家税务总局对于“单位或个人为纳税义务人负担个人所得税税款”正是采用了换算的方法,即还原法。有人认为包税条款中的交易价格不需要还原,理由是现行法律法规没有规定要还原,还原没有操作依据,而且无论是否还原,税费负担均来源于买受人(扣缴义务人),含税与不含税价格的关系仅仅为“左口袋”和“右口袋”的关系,交易双方可以自行约定、自行调整。<sup>〔68〕</sup>

笔者认为,首先,将交易价格换算为含税价格虽然理论可行,但实际上无法操作。一方面交易涉及多个税种(增值税、土地增值税、个人/企业所得税、印花税、契税、城市维护建设税、教育费附加等),还原过程十分复杂;另一方面,适用累进税率的条件细,在还原的过程中有可能会改变税率,如土地增值税,使得交易价格更加具有不确定性。<sup>〔69〕</sup>其次,如前所述,包税条款会影响交易价格的确定,无论还原与否都会影响交易价格,使得交易价格失真。再次,通过还原交易价格的方式转移税收负担,人为增加了买受人的交易成本,有失公平。最后,税务机关通过换算反推将转移的负担增加为纳税人的所得或收入也会陷入无限循环的困境。被转移的税收负担如果增加为纳税人的所得或收入,纳税人就需要就这部分所得或者收入进行纳税。在纳税人为个人的情况下,就需要讨论该项所得的性质或者类别,到底是受赠所得还是交易所得,从所得产生的经济实质来看,应该属于交易所得,这部分交易所得同样具备可税性,需要按照该项交易的实质缴纳各种税收,从而会给纳税人带来新的税负,如果纳税人为了获得“纯收入”继续要求交易相对方承担纳税人的这部分税负,交易相对方承担后,纳税人就会产生新的所得或者收入,如此这般循环往复,终无尽头。

## (二) 包税条款会导致会计记账及税前扣除陷入困境

包税条款在实践中使得买受人在会计处理和税前扣除时面临尴尬的境地:买受人承担了应当由卖方缴纳的税款,而税务机关则需要依据税收法律法规的规定将纳税凭证、发票等开给法定的纳税义务人(卖方),卖方不仅不需要承担税款,还可以凭借发票、纳税凭证等进行税前扣除;而买受人实际承担了卖方的税款,这部分支出却无法进行税前扣除,因为只有与取得收入有关的支出才可以在计算企业所得税应纳税所得额时进行税前扣除,税务机关开具的纳税凭证上的纳税人仍然是卖方,买受人不能以该纳税凭证进行税前扣除。而在会计处理上,无论买受人将其承担的卖方的那部分税款视为捐赠或是赞助,均不符合企业所得税上的扣除政策。而且如果由买受人承担了卖方的税款,卖方实际上是获得了收入,该部分收入是因为交易获得的,理论上仍应该按

〔67〕 参见前引〔4〕,肖太寿文。

〔68〕 参见徐战成:《不动产司法拍卖购买者承担税费是否合法?》,载《中国税务报》2016年3月23日,第B03版。

〔69〕 参见前引〔2〕,徐战成文。

照交易行为征收该交易环节涉及的各类税收，由此又会产生新的税负，进而会导致包税条款无限循环下去，使得交易始终处于不确定状态。

### （三）包税条款会因格式条款而不被支持或因重大误解被撤销

实践中，包税条款大多数存在于格式合同（不动产买卖合同、拍卖公告）中。我国《合同法》（第39—41条）以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（第6、9、10条）对格式条款的订立有着严格的要求。对提供格式条款的一方的要求有：（1）应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务；（2）必须采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款；（3）必须按照对方的要求，对格式条款予以说明；（4）不得存在合同无效及免责条款无效的情形；（5）不得免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利；（6）格式条款有争议时，遵循不利解释规则；（7）遵守非格式条款优先原则。

实际上，包税条款很难同时满足以上要求。首先，包税条款无法满足公平原则，其本质是将交易一方的税收负担转移到交易相对方，且出卖人往往具有较强的谈判能力，在交易中处于优势地位，将包税条款列入合同中实际上使得买受人无法选择，只能被动接受，不符合公平原则；其次，包税条款违反了税收法律、法规的强制性规定，存在《合同法》第52条导致合同无效的情形；最后，包税条款实际上就是免除卖方责任，加重买受人责任的条款，应为无效。遗憾的是，目前关于包税条款的税收司法实践中，法院、税收中介服务机构甚至部分税务人员基本上仅仅以包税条款系双方真实意思表示为由而一边倒地肯定包税条款的合法性，而忽视了该条款的格式条款属性。

• 119 •

另外，即使交易双方当事人不采用格式合同而是在个别交易合同中自行约定包税条款，该条款也可能会因重大误解而被撤销。由于税法具有极强的专业性、复杂性，交易双方当事人一般情况下无法准确预估交易中的税收成本，尤其是在不动产、股权等高价值资产交易中，往往会因为标的物的溢价幅度较大而使得土地增值税、所得税等税种的税负很高，从而导致极高的综合税负，而这种极高的综合税负往往是买受人无法预料的。由此，交易双方就会因为对包税条款存在重大误解而发生纠纷。

### （四）包税条款会给税务机关征收税款带来困扰

如前所述，有些法院在判决中将包税条款定性为内部债务承担、履行承担协议、代为履行，这些定性实际上都是借鉴了民法上的制度。部分法院所称的内部债务承担、履行承担协议并没有明确该债务承担是狭义的债务承担还是广义的债务承担，广义的债务承担包括债务加入（并存的债务承担）与单纯的债务承担（免责的债务承担）。债务加入是指第三人加入债务关系，与原债务人并负同一内容之债务，原债务人并未脱离债务关系，与第三人为连带债务人。<sup>〔70〕</sup> 单纯的债务承担是指原债务人所负担之债务，移转于新债务人，由第三人替代债务人负担其债务，原债务人脱离债务关系。<sup>〔71〕</sup> 我国《合同法》第84条<sup>〔72〕</sup> 规定了债务承担制度，学界主流观点认为该条

〔70〕 参见林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第506页。

〔71〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第740页。

〔72〕 《合同法》第84条规定：“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。”

同时规定了单纯的债务承担和并存的债务承担,<sup>[73]</sup>该条指的是债务人和第三人订立的债务承担合同,债权人虽然没有参与缔约,但可以对之表示同意或者拒绝。<sup>[74]</sup>因此,如果将包税条款解释为内部债务承担或者履行承担协议,需要得到税务机关的同意或者认可,而实践中为了避免不必要的纠纷(非纳税义务人缴纳税款后又向税务机关申请退税),税务机关也没有动力认可包税条款的合法性。

部分法院所称的代为履行在学理上称为向第三人履行的合同(为第三人的合同或利他合同),规定于我国《合同法》第65条<sup>[75]</sup>中。根据立法机关人士胡康生所作释义,向第三人履行的合同是指双方当事人约定,由债务人向第三人履行债务,第三人直接取得请求权。如果第三人未取得请求权,则不是真正的向第三人履行的合同。<sup>[76]</sup>王利明教授认为我国民法典合同编应当在《合同法》现行规定的基础上,对利益第三人合同的相关规则予以完善,明确规定第三人不仅可以请求债务人履行,而且在债务人不履行时,可以请求其承担违约责任;但债务人在不履行债务时,仅应向债权人或者第三人承担违约责任,而不应承担双重责任。对利益第三人合同而言,第三人应当享有拒绝权。也就是说,即便合同约定为第三人设定利益,但该第三人仍然有权拒绝接受。<sup>[77]</sup>如果将包税条款解释为向第三人履行的合同,包税条款中的卖方为债权人,买方为债务人,而税务机关作为第三人则有权向债务人主张税收请求权,也有权拒绝债务人向其履行。而税务机关主动要求债务人履行时,则会面临违反税收法定原则的困境。可见,将包税条款定性为债务承担或向第三人履行均会使得税务机关在征税实践中面临困境。

• 120 •

#### 四、结 语

包税条款作为民商事交易活动中常见的合同条款,在理论研究中始终处于空白状态。理论上对包税条款研究的不足,导致包税条款的定义、法律属性、法律效力始终未能明确。实践中关于包税条款合法性的争议频频发生,已经成为解决执行难过程中面临的障碍之一。各地各级法院在解决关于包税条款的争议时,往往由于缺乏对税法功能、属性的正确理解而忽视税收法律法规中具体制度背后的价值和目标,简单地将包税条款视为普通的民事合同条款,进而依据《合同法》的规定一边倒地认可包税条款的法律效力。本文从税法功能、税法属性、规范性文件以及可操作性四个视角对包税条款的法律效力进行了较为详细的探讨。鉴于包税条款不利于税法分配功能和宏观调控功能的实现,且违反了税法中的强制性规定,同时法院系统也从认可包税条款转向禁止包税条款以及包税条款在操作性方面面临的诸多困境,应当将包税条款认定为无效条款。我国现

[73] 参见崔建远:《无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担》,载《法学研究》2013年第6期;王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2003年版,第258页;高富平主编:《民法学》,法律出版社2009年版,第633页;崔建远主编:《新合同法原理与案例评释》(上),吉林大学出版社1999年版,第412页。

[74] 参见肖俊:《〈合同法〉第84条(债务承担规则)评注》,载《法学家》2018年第2期。

[75] 《合同法》第65条规定:“当事人约定由第三人向债权人履行债务,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。”

[76] 参见胡康生:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999版,第112-113页。

[77] 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期。



行《税收征收管理法》及其实施细则虽然对涉税合同、协议的法律效力进行了规定，但该规定仍然不够明确，应当在本轮《税收征收管理法》修订中进一步完善，尤其是做好法律修订中的条文释义工作，以确保税法的顺利、有效运行。

---

**Abstract:** The tax package clauses are widely used in domestic civil and commercial transactions and foreign-related commercial contracts, and have become an important issue in the court's enforcement procedures. The disputes over the tax package are very common. In practice, the courts at various levels have different views on the scope, legal attributes and legal validity of the tax package clauses, presenting three different referee paths, which are valid, invalid and skirting the analysis of its legal validity, and valid became the mainstream referee. However, from the perspective of the function of tax law, the tax package clause is not conducive to the distribution of tax law (fair distribution of tax burden) and the realization of macro-control functions. From the perspective of the attribute of tax law, the tax package clause violates the Tax Collection and Management Law and its implementation rules. In the normative documents, the Supreme People's Court also began to deny the validity of the tax package clause. From the perspective of operability, the tax package clause caused the transaction price to be distorted and affected the government tax revenue, and the buyer's accountant accounting and pre-tax deductions may be in trouble. Therefore, it should be clarified that the tax package clause is an invalid clause and should be implemented in the revision of the Tax Collection and Management Law.

**Key Words:** tax package clauses, function of tax law, attribute of tax law, legal validity, Tax Collection and Management Law

---

• 121 •

(责任编辑：郭维真 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。<sup>〔1〕</sup>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。<sup>〔2〕</sup>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。<sup>〔3〕</sup>

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

• 123 •

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,<sup>〔4〕</sup>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。<sup>〔5〕</sup>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頁參照。

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。<sup>〔6〕</sup> 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。<sup>〔7〕</sup>

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。<sup>〔8〕</sup>

## （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。<sup>〔9〕</sup>

〔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。<sup>[10]</sup>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”。<sup>[11]</sup>

### (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。<sup>[12]</sup>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。<sup>[13]</sup>“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”,<sup>[14]</sup>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<sup>[15]</sup>。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。<sup>[16]</sup>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。<sup>[17]</sup>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

• 125 •

[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。<sup>〔18〕</sup>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。<sup>〔19〕</sup>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。<sup>〔20〕</sup>这种观点被我国税法学界广泛接受。<sup>〔21〕</sup>

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。<sup>〔22〕</sup>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。<sup>[23]</sup>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。<sup>[24]</sup>

## (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。<sup>[25]</sup>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。<sup>[26]</sup>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,<sup>[27]</sup>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”。<sup>〔28〕</sup>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。<sup>〔29〕</sup>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。<sup>〔30〕</sup>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，<sup>〔31〕</sup>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。<sup>〔32〕</sup>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，<sup>〔33〕</sup>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。<sup>〔34〕</sup>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。<sup>〔35〕</sup>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。<sup>〔36〕</sup>

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

• 129 •

〔32〕 参见前引〔8〕，函子善信书，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〕，函子善信书，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。<sup>〔37〕</sup>

## 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。<sup>〔38〕</sup>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。<sup>[39]</sup>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

<sup>[39]</sup> 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。<sup>〔40〕</sup>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”。<sup>〔41〕</sup>

## 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

---

## “你打你的，我打我的”： 非对称性金融制裁反制理论及中美金融脱钩应对

邵 辉 沈 伟\*

**内容提要：**金融制裁反制措施包括两种类型：一种是基于金融制裁系统内部的反制措施，属于对称性的被动反制；另一种是超越金融制裁的系统外部反制措施，属于非对称性的主动反制。由于金融制裁具有不对称性，被动反制往往事倍功半，仅能起到部分宣示或威慑功能，实际实施效果不及于制裁措施本身。面对实力完全不对等的金融霸权国，处于弱势方的被制裁国并非毫无出路，破局的关键在于构建非对称性反制体系。通过非对称性反制化被动为主动，利用金融制度和金融科技创新等具有非对称性的创新实践，跳出金融制裁系统自我封闭运作的自循环逻辑，树立“主体间性”对话的金融主体意识和金融竞争式合作而非合作式对抗的反制目标，通过制度型反制措施创新完善金融开放的基础性制度，通过物理型反制措施创新助推人民币国际化，通过话语型反制措施创新构建全球金融治理中的制度性话语权，倒逼金融制裁的“长臂”向内收缩，在一定程度上化解金融制裁与金融脱钩的现实威胁。

**关键词：**金融制裁 反制措施 不对称性 非对称反制

### 一、引 言

美国一向将金融制裁视为维护本国经济安全利益的核心金融权力（financial power）工具，<sup>〔1〕</sup>并频繁依据国内法对他国实施经济制裁和单边金融制裁。<sup>〔2〕</sup>2018年初开始的中美贸易战

\* 邵辉，上海交通大学凯原法学院博士研究生；沈伟，上海交通大学凯原法学院教授。

〔1〕 See Juan Carlos Zarate, *Treasury's War: The Unleashing of A New Era of Financial Warfare*, Public Affairs, 2013, p. 423.

〔2〕 本文的金融制裁专指单边金融制裁，即由金融霸权国利用本国的不对称金融权力发起的，通过冻结资产、禁止金融交易、限制投融资、列入制裁名单、要求第三方制裁等手段，迫使被制裁国家妥协或限制被制裁国家发展，以维护本国金融利益的强制性行为。参见刘瑛、黎明：《美国单边金融制裁的国际法分析》，载《国际经济评论》2020年第3期。

正在向金融战扩展。美国开始讨论对中国企业和个人实施金融制裁。<sup>〔3〕</sup> 这严重损害了他国主权和国际法治的运行环境，影响到了全球治理体系的完善。如何有效应对美国单边金融制裁，防范和化解其对被制裁国家、企业和个人的现实威胁，成为当下亟待解决的影响金融安全的重要理论与实践问题。

目前，国内外关于金融制裁的应对方案研究，主要是针对金融制裁的不同层次及存在基础，在本国对应层面提出具有对称性的反制措施，形成了“存在基础—对称性反制”的研究框架。具体而言，存在着三种不同类型的研究进路及对应的反制措施：<sup>〔4〕</sup> 一是“制度基础—金融制裁”研究进路，针对金融制裁的国内法律制度基础，主张被制裁国实施制度型的反制措施；<sup>〔5〕</sup> 二是“权力基础—金融制裁”研究进路，聚焦于批判和揭示金融制裁的霸权本质和单边色彩，主张被制裁国通过舆论型反制措施呼吁国际社会共同反对金融制裁；<sup>〔6〕</sup> 三是“实体基础—金融制裁”研究进路，<sup>〔7〕</sup> 从金融制裁的运行实际出发，主张被制裁国积极构建物理型的反制措施，最好另起炉灶，搭建独立于美元体系的支付清算体系。

从金融制裁的多层次存在基础出发研究金融制裁的反制措施，具有重要的现实意义和较强的针对性。<sup>〔8〕</sup> 但“存在基础—对称性反制”的研究范式也存在着明显的局限性。该范式的关注焦点在于金融制裁的存在基础，所提出的对策只能是根据金融制裁的制度基础、权力基础、实体基础等被动地制定本国应对方案，忽视了金融制裁的不对称性特征以及被制裁国主动利用本国金融市场的实际情况形成不对称反制的可能。对称性反制措施的实践后果表明，无论是上述制度型反制措施、舆论型反制措施，还是直接触及金融制裁本质的物理型反制措施，其实际实施效力和效果都不及于金融制裁措施本身，这是由金融制裁国和被制裁国所处的资金链和彼此的金融实力所决定的。

有鉴于此，本文拟从单边金融制裁的本质属性—不对称性出发，在明确金融制裁具有不对称典型特征的前提下，反思“存在基础—反制措施”研究框架的现实局限性，并结合中国金融发展实际，尝试利用金融创新所具有的相对对称性，以非对称性反制应对金融制裁，将金融制裁反制措施的关注的焦点从制裁发起国的金融制裁转移到被制裁国的金融创新，以“核心特征（不对称性）—反制措施”思路，构建超越金融制裁话语体系的非对称反制措施逻辑。

〔3〕 例如，美国国务院和财政部 2020 年 8 月 7 日以所谓“破坏香港自治”为由，宣布制裁 11 名中国中央政府部门和香港特区官员，即为其利用金融霸权干涉金融机构正常业务的典型表现。

〔4〕 See Ziaee S. Yaser, Jurisdictional Countermeasures Versus Extraterritoriality in International Law, 4 (4) *Russian Law Journal*, 27-28 (2016).

〔5〕 See Harry L. Clark, Dealing with U. S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures, 20 (1) *The University of Pennsylvania Journal of International Law*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 81-97 (1999).

〔6〕 See Tonya L. Putnam, *Courts without borders? The politics and law of United States extraterritorial regulation*, Cambridge University Press, 2016, pp. 21-23.

〔7〕 See Joshua P. Zoffer, The Dollar and the United States' Exorbitant Power to Sanction, 113 *AJIL Unbound*, 152-156 (2019).

〔8〕 霍夫鲍尔基于美国 20 世纪 200 个经济制裁案例数据，提出了更有效运用经济制裁的“七条戒律”：不要好高骛远、朋友比对手更易支配、远离独裁政府、迅速直击优于迂回向前、更多不等于更好、对症下药、坚持适度原则。参见〔美〕加利·克莱德·霍夫鲍尔等：《反思经济制裁》，杜涛译，上海人民出版社 2011 年版，第 190-207 页。这为立足于多层次存在基础研究金融制裁的反制措施提供了明确的研究对象。

## 二、不对称性：金融制裁的典型特征

### （一）金融制裁不对称性的权力基础

美国发动的金融制裁具有不对称性，这种不对称性主要源于美国的全球金融中心地位、美元的世界中心货币地位、美元清算交易体系的重要应用以及垄断地位，以及美国和美国主要金融机构在全球范围内实施的金融监管措施。<sup>〔9〕</sup>

#### 1. 美元的世界中心货币地位是不对称金融制裁的权力基础

当前，美国在全球范围内推进的金融制裁所具备的核心特征是不对称性。<sup>〔10〕</sup> 国家间货币权力事实上的不平等是造成金融制裁不对称特征的政治和经济根源。国际社会中的权力资源在国家间复合相互依赖条件下，显示出难以衡量的非对称相互依赖特征。<sup>〔11〕</sup> “近 20 年中，美国通过经济不对称获得的权力能够产生显著影响力的范围扩大了 15%，通过市场和产品不对称依赖产生的权力的强度也有显著的提升。”<sup>〔12〕</sup> 而且，在非对称相互依赖的权力格局中，拥有垄断性权力的全球性超级大国，往往能够通过一定的机制设计将其所享有的权力资源转化为影响另一国家决策结果的有效权力手段。

在国际金融领域，这种非对称相互依赖趋势和不对称权力手段更加显著，中心货币国家与外围货币国家之间金融权力的不对称性比任何其他领域都更为明显。一般而言，在贸易领域的制裁和反制裁具有一定的对称性，尽管这种对称性随着国别与出口量而不同。但是，中心货币国家享有金融支配性话语权和绝对货币权力，非中心货币国家面对中心货币国家基于本国金融特权发动的金融制裁时，几乎没有相对应的反制能力。

国际货币体系从商品货币向信用货币、法定货币演进的过程，赋予了国际货币体系的中心国家更强的金融权力和更方便实施的金融制裁措施和手段。<sup>〔13〕</sup> 尤其是在布雷顿森林体系崩溃之后，国际货币体系中的原有均势被打破，“作为全球的霸权货币，美元既不受国际制度的约束，也不受其他国际货币的制衡，这就使得美国可以通过美元独大的国际货币地位对其他国家进行财富‘掠夺’和政治‘胁迫’”<sup>〔14〕</sup>。“在 1990 年之后，为了对付非国家形式的恐怖主义实体，作为经济制裁的主要内容，金融制裁已经开始成为美国利用不对称美元权力实施非对称打击的最重要工具。”<sup>〔15〕</sup>

由于全球经济体系中始终存在着中心与边缘的帝国秩序，<sup>〔16〕</sup> 美元的中心货币地位在国际货币多元化发展趋势下并未受到实质影响。“从一个以美元为国际主导货币的世界转向一个现在必

〔9〕 参见前引〔1〕，Juan Carlos Zarate 书，第 420 页。

〔10〕 参见徐以升、马鑫：《金融制裁：美国新型全球不对称权力》，中国经济出版社 2015 年版，第 71 页。

〔11〕 参见〔美〕罗伯特·基欧汉、约瑟夫·奈：《权力与相互依赖》，门洪华译，北京大学出版社 2002 年版，第 236 页。

〔12〕 冯维江：《美国全球权力的分布与消长：不对称依赖视角》，载《国际关系学院学报》2012 年第 4 期，第 90 页。

〔13〕 参见前引〔10〕，徐以升、马鑫书，第 71 页。

〔14〕 李巍：《制衡美元的政治基础：经济崛起国应对美国货币霸权》，载《世界经济与政治》2012 年第 5 期，第 97 页。

〔15〕 前引〔10〕，徐以升、马鑫书，第 152 页。

〔16〕 参见强世功：《帝国的司法长臂——美国经济霸权的法律支撑》，载《文化纵横》2019 年第 4 期。



须同其他货币分享这一角色的世界，其对美国追求地缘政治目标的能力的影响是相当有限的。”<sup>〔17〕</sup>而且从实践来看，“在过去 20—30 年间，得益于全球化要素流通和国际金融一体化，金融制裁取得日益显著的成效，并逐步成为重要的经济制裁方式”<sup>〔18〕</sup>，国际货币多元化趋势目前很难从根本上动摇美元的世界货币地位，也难以弱化美国金融制裁政策的实际功效。

## 2. 美国在金融领域的霸权地位是不对称金融制裁的现实支撑

非对称性国际货币权力格局赋予了制裁国实施不对称金融制裁的强制性权威，美国在金融领域的霸权地位则为不对称金融制裁提供了重要的现实物理支撑。目前的国际货币结算网络和支付系统均以美元为中心，美元是国际交易中报价、支付和清算的主要货币。美国事实上控制了以美元为核心的国际支付清算基础设施，即环球银行间金融电讯协会（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications, SWIFT）<sup>〔19〕</sup>和纽约清算所银行同业支付系统（Clearing House Interbank Payment System, CHIPS）。<sup>〔20〕</sup>两者承担了 95% 以上的银行同业美元支付清算与 90% 以上的外汇交易结算。SWIFT 为全球金融机构提供支付结算信息传输服务，<sup>〔21〕</sup>切断 SWIFT 系统就意味着中断所有外汇交易业务。同时，美元在全球外汇储备中的占比在 60% 以上，在全球资金交易中的占比达到 90%，许多国家的货币都与美元挂钩，利率政策和利率产品市场随美联储的利率政策波动而波动。这使得美国可以有效地发动金融制裁，同时又可以绕开主要国际组织和国际法的约束。

美国对其他国家的金融制裁通常会取得直接效果。比如，自 1979 年伊斯兰革命以后，伊朗的银行受到美国制裁的严重打击。美国在近几年加大了对伊朗的金融制裁，切断了伊朗的资金来源，导致伊朗银行和国际金融界的隔绝。由于伊朗经济结构单一，高度依赖石油出口，美国的金融制裁起到了效果。

中美两国事实上存在着微妙的金融均衡态势。中国在美国的资产规模过大，容易受到美国金融制裁和金融讹诈政策的绑架。中国的储备资产占对外金融资产的 40%，储备资产中美元资产占比为 51%，美元资产债占比为 38%。目前中国持有的美元资产价值约为 1.8 万亿美元。中国银行业对外金融资产中的美元资产占比达到 70% 左右，造成了非常大的风险敞口。

中国在国际交易体系中又高度依赖于以美元为中心的支付运转系统。因此，我们需要推动更大范围和规模的人民币跨境支付和清算安排，与更多国家建立本币结算机制，并且与全球产业链和金融服务供应链相互连接。中国初步建立的人民币跨境支付系统仍然无法绕开 SWIFT，而是依赖于 SWIFT 进行跨境支付的报文传送服务，凡是与美元进行交易的最终清算环节仍在美国，

〔17〕〔美〕巴里·埃森格林：《嚣张的特权：美元的兴衰和货币的未来》，陈召强译，中信出版社 2011 年版，第 218 页。

〔18〕郑联盛：《美国金融制裁：框架、清单、模式与影响》，载《国际经济评论》2020 年第 3 期，第 124 页。

〔19〕环球银行间金融电讯协会是一个总部设在布鲁塞尔的国际银行间非盈利性国际合作组织，其网站为 <https://www.swift.com/>。

〔20〕纽约清算所银行同业支付系统是一个由纽约清算所协会（NYCHA）运营的主要进行跨国美元交易的清算系统，是全球较大的私营支付清算系统之一，其网站为 <https://www.theclearinghouse.org/payment-systems/chips>。

〔21〕欧盟在美国单方面退出伊朗核协议之后，为了继续与伊朗保持贸易往来，避免美国制裁，打造了 INSTEX 支付系统（<https://www.managementstudyguide.com/instex-payment-system.htm>），以此绕开美国主导的 SWIFT 系统。中国也开发了以人民币为主要支付手段的 CIPS 跨境支付系统，但是在规模上小于 SWIFT 系统。

美国也可以对全球其他交易信息系统进行监控。

美国的长臂管辖还可以触及许多中国金融机构的活动。比如,任何一家外国公司,只要用美元计价并签订合同,或者通过设在美国的服务器收发、存储邮件,就会落入长臂管辖的范围。任何在美国设有分行并营业的外国银行,美国法院都有管辖权。根据最低限度联系原则,只要被告在某中资银行开户,作为协助执行的第三方,中资银行就会卷入诉讼。

《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》通过之后,美国正在酝酿金融制裁措施,实现港币和美元汇率的脱钩,限制港元兑换美元。汇丰银行、渣打银行和中国银行每发行7.8元港币,就要向香港金管局缴纳1美元作为保证。因此,港币本质上是美元代金券,而不是主权货币。香港放弃了港币的铸币税和独立货币政策,联系汇率制度保证了港币的稳定和有限汇率波动,确保了香港金融体系的稳定和金融中心地位。因此,如果美国禁止美国银行提供对港币的兑换业务,就会对港币的信用乃至香港的经济造成致命打击。

中国的国有银行需要制定紧急应急方案,在美国通过国内立法制裁中国的银行时,应对美元被切断或无法进行美元清算的可能性。<sup>[22]</sup>

## (二) 金融制裁不对称性对被制裁国家反制措施的影响

“法律是在权力关系这一基础上建立起来的上层建筑。”<sup>[23]</sup> 美国金融制裁在法律层面表现为制裁启动主体的单边性。尽管受到单边经济制裁的国家或地区可以依照国际法的基本原则采取反制措施。<sup>[24]</sup> 但是,金融制裁的不对称性仍深刻地影响并且决定着被制裁国家是否采取反制措施以及采取何种反制措施。

### 1. 被制裁国反制措施不存在同等报复的可能性

在当今的全球体系里,只有美国有能力发动比较彻底的金融制裁,其他任何国家包括发达国家都没有能力发动完全的金融制裁。<sup>[25]</sup> 与国际贸易和国际投资领域面对他国制裁时的可报复性不同,金融领域的被制裁国面对美国的单边金融制裁不存在同等报复的可能性。主要原因有二:一是美元处于全球资金链的顶端,美元基于美国的综合实力而作为世界储备货币的优势地位难以撼动。同时,美国金融制裁的方式也在不断地进行创新,尤其是以次级制裁(secondary sanctions)的方式,针对非美国实体的外国金融机构,通过美元在国际货币体系中的系统影响力让海外第三方金融机构屈服于美国的法律管辖,从而提高美国金融制裁的实际效果。<sup>[26]</sup>

二是被制裁国限于自身实力的有限性和国内金融法的天然属地性,无法采取类似国际贸易领域的同等或对等反报复措施。例如:“在国际贸易领域,美国专门针对中国采取的单边行为,既违反了WTO多边贸易规则,也违反了一般国际法规则,中国有权在WTO体制之下进行投诉以解决国际争端,同时,也有权选择采取对抗措施进行直接反击,而无需承担国际责任。”<sup>[27]</sup>

[22] 美国参众两院通过法案要制裁破坏香港特区自治的中国官员和其他人员,以及与之有业务往来的银行。其中一项制裁措施是,阻止一家银行通过美国的机构进行一些美元交易清算。被美国列入黑名单的客户可能突然失去流动性。

[23] [美] M. E. 泰格、M. R. 利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第291页。

[24] 参见张虎:《美国单边经济制裁的法理检视及应对》,载《政法论丛》2020年第2期。

[25] 参见前引[10],徐以升、马鑫书,第71页。

[26] 参见前引[18],郑联盛文,第136页。

[27] 李居迁:《贸易报复的特殊与一般——中美贸易战中的反制措施》,载《经贸法律评论》2019年第1期,第67页。

金融制裁的不对称性决定了被制裁国反制措施不存在同等报复的可能性，这一判断应该成为制定金融制裁反制措施的基本共识。有学者认为中国“可以对美国做出同等程度和效果的金融制裁行为”<sup>〔28〕</sup>。但至少在人民币完全国际化并成为世界货币之前、人民币跨境支付系统使用率超过SWIFT系统之前，这一观点在理论和实践上是很难成立的。结合中国当下金融市场和金融业的发展实际，“中国目前在世界金融体系中的实力较为有限，还不足以有效利用金融制裁措施”<sup>〔29〕</sup>，更无力打破美国单边金融制裁的不对称性特征。

## 2. 被制裁国反制措施难以主张金融制裁具有国际不法性

国际法主体行为或者国家行为的合法性问题可以分为国内法合法性与国际法合法性两个层次。首先，美国针对被制裁国实施的单边金融制裁，其主要依据为美国国内法，具有相应的国内法依据。“从20世纪初期开始，美国金融制裁行为不断深化，逐步构建了一个以《联合国宪章》为名义上的国际法律支撑，以美国国内成文法、总统决议及财政部等部门规章为核心支撑，以州政府法规等为补充支撑的金融制裁法律体系。”<sup>〔30〕</sup>例如，美国能以国家安全受到威胁为由，根据美国2001年《爱国者法》（Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act，简称USA PATRIOT ACT），动用《国际紧急经济权力法》《国家紧急状态法》《国防授权法》以及发布总统行政命令等手段，<sup>〔31〕</sup>对外国企业或者个人进行制裁，采取包括罚款、冻结资产以及切断其与美国金融系统的交易等在内的措施。

其次，“国际法并未一般性禁止单边金融制裁，既没有任何成文的国际性文件明确禁止单边金融制裁，也尚未形成禁止单边金融制裁的国际习惯法”<sup>〔32〕</sup>，“在《联合国宪章》和《国际法原则宣言》这两个重要的国际法文件中，也只是明确了武力强制为不允，而并未禁止经济性的强制。”<sup>〔33〕</sup>国际金融领域缺乏明确约束行为主体的多边制度规范，仅仅依据国际金融软法难以认定美国单边金融制裁行为违反了国际法上的国际义务，具有国际不法性，因此很难确定美国所实施的单边金融制裁需要承担必要的国际法律责任。不过也有学者从管辖权以及条约义务角度认为，“美国单边金融制裁中违反国际管辖原则以及违反美国在《服务贸易总协定》中具体承诺的行为，不具有国际法上的合法性”<sup>〔34〕</sup>，但是这是否足以认定美国金融制裁构成《国家责任条文草案》第1条规定的国际不法行为，仍需要进一步深入论证。

## 3. 被制裁国反制措施无法在短时间内消减制裁措施的不利影响

反制美国金融制裁较为彻底的方案是有效应对美元霸权。从理论上讲，主要存在四种路径：“缔造世界货币来替代美元；建立国际货币制度来约束美元；重新启用实物货币（特别是黄金）

〔28〕 前引〔2〕，刘瑛、黎萌文，第172页。

〔29〕 张辉：《论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考》，载《比较法研究》2019年第5期，第151页。

〔30〕 前引〔18〕，郑联盛文，第126页。

〔31〕 参见陈宇瞳、成戈威：《美国金融制裁的法律分析与风险防范》，载《金融监管研究》2017年第1期。

〔32〕 前引〔2〕，刘瑛、黎萌文，第164页。

〔33〕 葛淼：《美国单边金融制裁的国际法性质与应对》，载《上海金融》2018年第10期，第56页。

〔34〕 前引〔2〕，刘瑛、黎萌文，第159页。

来削弱美元；培育竞争货币来制衡美元。”<sup>〔35〕</sup>但是，上述四种路径无一不需要经历漫长的历史过程，均难以在短时间内迅即实现。被制裁国家基于该理论模型被迫启动的反制措施不仅顾虑重重，而且需要承担较大的代价和较长的时间成本，“要比规制贸易制裁难度相对更大、成本更高且效用更低”<sup>〔36〕</sup>。

首先，被制裁国采取反制措施时，最大的担忧可能是被动陷入金融封锁的困境，导致短期流动性枯竭和融资成本迅速上升。因为在以美元为基础的金融全球化过程中，一国的政府、企业和个人如果被刻意地孤立在全球金融体系之外，成为无法加入美元主导的国际货币金融体系的“金融孤岛”，则该国的政府、企业和个人在以美国主导的金融资本社会里，就意味着被切断了获得资本得以生存和发展的基本权利和能力。

其次，美元作为全球储备货币，影响和作用极其深远。即使被制裁国建立新的货币结算体系，亦非一朝一夕所能够完成，即使能够成型，也未必能够达到美元结算支付体系的规模。这意味着被制裁国难以在短时间内突破金融制裁措施中对使用美元和进入美国金融市场的诸多限制。<sup>〔37〕</sup>而且，美国发动的单边金融制裁正向金融霸权与政治霸权，乃至军事霸权联动发展，“平衡使用金融制裁、军事力量、外交介入等多种工具，以提高金融制裁的效率和效力”<sup>〔38〕</sup>，“有效避免了制裁双方政府间的长时期直接全面对抗，使制裁方受到目标方反制的力量较弱，成本支出偏小”<sup>〔39〕</sup>，使金融制裁更易于达到美国的对外政策目标，服务于美国的国家安全利益。

最后，被制裁国的反制措施实际效果往往不及制裁本身，无法在短时间内对冲和克服制裁措施的不利影响。从美国对伊朗的金融制裁实际效果来看，“金融制裁阻碍伊朗石油出口，恶化了伊朗国内的投资和消费环境，破坏了伊朗的贸易关系和条件，不仅导致伊朗GDP总额和增长率下降，同时加剧伊朗经济的波动性”<sup>〔40〕</sup>。伊朗尽管采取了一系列反制措施，但至今仍未摆脱金融制裁的经济影响，相反，所受的制裁效果不断显现。作为金融制裁反制措施的典范，“欧盟曾成功反制美国次级制裁，但因其在对伊朗制裁问题上与美国的利益趋同，一度易帜支持美国的次级制裁，导致现阶段缺乏反制美国次级制裁的有效手段”<sup>〔41〕</sup>。和美国经济总量接近的欧盟都如此，更不用说其他比美国弱小的单个国家了。

### 三、金融制裁对称性反制措施的类型化分析

面对美国近年来频繁而高效的金融制裁，被制裁国如何较好地应对，成为亟需深入研究的重要问题。目前，国内学者关于金融制裁反制措施的研究主要遵循“存在基础—对称性反制”的研

〔35〕 前引〔14〕，李巍文，第103页。

〔36〕 刘威：《美式金融制裁的实施体系、功效评价与可能趋势》，载《当代美国评论》2020年第1期，第111页。

〔37〕 参见殷明明：《美国金融制裁的影响及应对》，载《开放导报》2020年第3期。

〔38〕 马雪：《美国对俄罗斯金融制裁的效力、困境及趋势》，载《现代国际关系》2018年第4期，第39页。

〔39〕 前引〔36〕，刘威文，第111页。

〔40〕 姜薇、陶士贵：《金融制裁对目标国经济的影响——来自合成控制法下伊朗的证据》，载《金融论坛》2020年第2期，第20页。

〔41〕 杨永红：《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》，载《法商研究》2019年第3期，第177页。



究范式，根据金融制裁存在基础的不同层次，相应地构建具有显著对称性的反制措施，概括来看，这些反制措施可以分为制度型反制措施、<sup>〔42〕</sup>物理型反制措施<sup>〔43〕</sup>以及话语型反制措施<sup>〔44〕</sup>三种类型。

### （一）制度型反制措施

美国维持全球金融霸权的政治战通过“意识形态问题经济化”的方式，以经济战和经济制裁的形式表现出来，而“经济制裁的战争又通过法律战的方式展现出来”<sup>〔45〕</sup>。所以，从法律制度层面系统研究金融制裁的反制措施，具有重要的现实意义和政策意义。而“法律在任何社会中皆非是价值中立的，皆是政治社会紧密结构的组成部分”<sup>〔46〕</sup>，美国利用国内法作为其实施单边金融制裁的制度基础，将国内法转化为维护金融霸权的重要工具，用国内法治来掩饰金融制裁与资本掠夺之间的关系，进而为金融制裁这种更高层次的“不平等的新帝国主义世界秩序赋予了正当性与合法性”<sup>〔47〕</sup>。

但是，“法律意识形态具有二重性”<sup>〔48〕</sup>，也就是说，法律作为一种阶级意识形态既具有保守反动性，亦具有民主进步性，法律不仅是霸权者用来掩饰掠夺与压迫的意识形态工具和正当化理由，也是弱势方和反对者抵御掠夺与压迫的重要武器。在金融制裁反制措施的具体语境中，法律制度亦可以转化为被制裁国家反抗与抵御金融制裁的重要制度武器，“在立法、司法和行政层面形成组合拳，为我国依法采取有效反制措施提供法律依据和制度基础，逐步实现从被动应付到主动预防的转变”<sup>〔49〕</sup>。

#### 1. 立法型反制措施

##### （1）构建可域外适用的金融制裁法律体系

由于金融制裁具有导向精准、相对成本低、相对效力强等政策工具优势，有研究认为中国应加快建立包含金融制裁与反制裁在内的更丰富的对外政策工具箱。<sup>〔50〕</sup>更有学者提出建立中国的金融制裁法律和被制裁实体清单制度，制度内容则主要以原则性的宣示条款为主，以实现在法律层面明确中国对外金融制裁的基本立场，以及针对金融制裁的制度化预警机制和反制机制。<sup>〔51〕</sup>不过，该方案还存在诸多问题，主要包括以下三个方面：一是“目前我国并不存在关于对外经济制裁的整体性制度安排，特别是缺乏基础性立法”<sup>〔52〕</sup>，制定中国金融制裁法律缺乏必要的法律支撑；二是受制于金融制裁的不对称性，在制定金融制裁法律的必要性和可行性问题上还需要进一步论证；三是金融制裁法律的域外适用问题。上述三个问题中，亟需在理论上明晰的是金融制裁

〔42〕 参见肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，载《中国法学》2019年第6期。

〔43〕 参见石佳友、刘连焱：《美国扩大美元交易域外管辖对中国的挑战及其应对》，载《上海大学学报》2018年第4期。

〔44〕 参见黄风：《金融制裁法律制度研究》，中国法制出版社2014年版，第99-101页。

〔45〕 前引〔16〕，强世功文，第93页。

〔46〕 魏磊杰：《全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权》，载《环球法律评论》2013年第5期，第93页。

〔47〕 前引〔46〕，魏磊杰文，第102页。

〔48〕 前引〔23〕，M. E. 泰格、M. R. 利维书，第336页。

〔49〕 前引〔42〕，肖永平文，第59页。

〔50〕 参见张颖、刘晓星、柴璐鉴：《金融制裁传导机制及其有效性——基于全球金融制裁数据的实证分析（1945—2017）》，载《金融论坛》2020年第1期。

〔51〕 参见前引〔2〕，刘瑛、黎萌文，第174页。

〔52〕 前引〔29〕，张辉文，第142页。

法律的域外适用问题。

一般认为,“国内法域外适用指的是国家将具有域外效力的法律适用于其管辖领域之外的人、物和行为的过程。”<sup>[53]</sup> 构建可域外适用的金融制裁法律体系,就是要明确规定具有域外效力的金融制裁法律条款对本国管辖范围之外的规定事项具有法律约束力。目前,有学者认为,“赋予国内法域外效力并适度进行国内法域外适用,不仅能够保护本国公民和企业的利益,也能够为国际秩序和国际法的发展提供契机”<sup>[54]</sup>,故“建议我国修订《证券法》在域外效力方面的规定,通过赋予其适度的域外管辖权,在保护投资者利益、维护证券市场秩序与尊重他国的主权之间,寻求适当平衡”<sup>[55]</sup>;也有学者建议增设《证券法》域外效力条款,“其具体设计可保留现行的无域外效力推定,以行为地点作为判别管辖权的原则,同时辅以结果标准,允许中国法院对某些发生于境外但对境内有直接影响的证券行为进行管辖”<sup>[56]</sup>。这种具有域外效力的金融制裁域外适用法律条款,虽然希望“通过自身强有力的国内法域外适用法律体系,与采取滥用措施的国家形成制衡”<sup>[57]</sup>,但从本质来看,该类条款并不是实质意义上的域外管辖权条款,只是一种对外关系层面的政策宣示和法律威慑,其具体效力如何还需要进一步观察金融制裁法律域外适用的实践。

## (2) 制定金融制裁阻断法律制度

阻断法律属于冲突法的一种,是在出现管辖冲突的情况下,禁止在本国管辖范围内适用外国具有域外效力之法律并消除其影响的一类国内法的统称。<sup>[58]</sup> 当美国金融制裁无法避免时,可以通过国内金融安全立法的形式,“拒绝承认与执行以美国金融制裁相关法令为依据而做出的外国判决和行政行为”<sup>[59]</sup>。欧盟、日本、加拿大、墨西哥等国家和地区已经分别制定了阻断法,“它们均在次级制裁的非法性上表明了立场,也为本国个人和实体拒绝美国次级制裁提供了法律依据,更可以结合其他措施共同反制美国次级制裁”<sup>[60]</sup>,给被制裁国的企业和金融机构提供了一种缓冲机制,“在一定程度上降低美国金融制裁不可预见性和随意选择性的损害程度”<sup>[61]</sup>。

不过,实践表明,阻断法律虽然试图通过宣示他国金融制裁措施非法性的方式,排斥他国金融制裁的域外管辖效力,但是并没有能够成功阻断美国金融制裁的域外适用,也无法完全有效应对金融制裁的域外管辖风险。在受制于金融制裁的不对称性以及美元的世界中心货币地位前提下,阻断法律很难真正起到理想的反制作用。“综合考虑中国所处的国际环境及实际国情等因素,现阶段应谨慎制定针对美国次级制裁的阻断法”<sup>[62]</sup>,“避免将中国企业和个人陷入两难境地,也避免阻却立法执行效果不佳”<sup>[63]</sup>。

[53] 廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,载《环球法律评论》2019年第3期,第168页。

[54] 廖诗评:《中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善》,载《中国法学》2019年第6期,第20页。

[55] 前引[42],肖永平文,第60页。

[56] 石佳友:《我国证券法的域外效力研究》,载《法律科学(西北政法学报)》2014年第5期,第129页。

[57] 前引[53],廖诗评文,第178页。

[58] 参见叶研:《欧盟〈阻断法案〉述评与启示》,载《太平洋学报》2020年第3期。

[59] 前引[2],刘瑛、黎萌文,第175页。

[60] 前引[41],杨永红文,第176页。

[61] 前引[18],郑联盛文,第142页。

[62] 霍政欣:《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》,载《政法论坛》2020年第2期,第187页。

[63] 李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,载《国际法研究》2019年第3期,第21-22页。

## 2. 执法型反制措施

执法型反制措施主要是指国内行政机关通过适当行使自由裁量权，依据具有域外效力的法律条款，在执法过程中进行中国金融制裁法律的域外适用，以维护本国受制裁的企业和个人的合法权益。在立法型反制措施短时间内无法迅速实施的情况下，“我国行政机关应树立大国行政执法观，在实践中通过适当行使自由裁量权，合理解释法律法规及部门规章，妥当厘定其域外效力，增强中国法域外适用效力的实效性和威慑力”〔64〕。

在具体的执法主体层面，可以“成立专门机构统一协调国内各部门应对美国滥用‘长臂管辖’的措施，对内统一收集信息、发布政策、审核授权、提供指引；对外协调磋商、谈判和反制方法”〔65〕。具体则“以中国人民银行为主要行政监管机构，依据《反恐怖主义法》关于涉恐金融制裁的规定，以金融机构与特定非金融机构为执行主体，在执法实践中完善金融制裁预警机制和反制裁机制”〔66〕。对于域外送达、取证、金融监管合作中侵犯中国主权和违反中国公共秩序的部分，中国行政机关有权予以拒绝，〔67〕对于其中可以依据中国法域外适用条款进行处理的金融制裁争端，可以依法及时处理以增强反制措施的实际效力。

但是，当中国法院拒绝承认与执行外国法院做出的有效裁判、中国金融监管机构拒绝域外金融监管协作时，需要注意是否可能违反双边司法互助协定或者双边金融监管合作备忘录，以免所采取的金融制裁反制措施因违反条约义务转化为不法的国际法行为，从而承担不必要的国家责任。〔68〕

## 3. 司法型反制措施

司法型反制措施具体包括两种制度设计：一是向国际争端解决机构提出申诉，二是将金融制裁争端诉至美国国内法院。第一种反制方案主要是“将因美国实施单边金融制裁引发的争端提交至 WTO 争端解决机制裁决”〔69〕，但该方案首先需要考虑金融制裁争端的性质是否适合进行国际裁判。因为金融争端往往涉及被制裁国的国家金融根本利益，具有高度的政治敏感性，被制裁国很容易会因为认定之为“政治性争端”而不同意接受国际裁判。即使“政治性争端能够突破国家同意的过滤网进入国际裁判领域，不得不采用法律方法解决，裁判者亦会参循国际政治逻辑，审慎司法，以便为日后此类争端的政治解决（外交解决）留出法律上的空间”〔70〕，而且裁判者也可能陷入既不能依据《国家对国家不法行为的责任条款草案》这一不具有约束力的国际法进行裁判，又无法寻找到合适的准据法认定单边金融制裁属于国家不法行为的困境之中。

在第二种方案中，将金融制裁争端诉诸美国国内有管辖权的法院提起美国国内诉讼时，唯一可以作为诉因的是要求美国法院针对政府金融制裁行为作违宪审查，因为依据《爱国者法》第

〔64〕 前引〔62〕，霍政欣文，第189页。

〔65〕 前引〔42〕，肖永平文，第64页。

〔66〕 前引〔2〕，刘瑛、黎明文，第173-174页。

〔67〕 参见前引〔63〕，李庆明文。

〔68〕 参见前引〔4〕，Ziaee S. Yaser 文，第38-43页。

〔69〕 前引〔33〕，葛森文，第57页。

〔70〕 徐崇利：《国际争端的政治性与法律解决方法》，载《国际政治研究》2018年第2期，第11页。

106条的规定,受制裁方或者受制裁国不被允许向美国财政部申请行政审查或行政复议,也不能要求法院针对金融制裁进行司法审查,基本没有国内法上的权利救济渠道。<sup>〔71〕</sup>同时,也很难从现有的国际法律体系中找到关于金融制裁的国际法律救济渠道作为准据法进行裁判。而且,在美国国内发起跨境诉讼,“司法诉讼的过程过于漫长且成本高昂,加之美国法院近年来倾向于在国家安全 and 外交政策领域对政府决定采取较为宽松的审查态度,这使得利用美国国内法成功寻求法律救济存在不小的困难”<sup>〔72〕</sup>。

## (二) 物理型反制措施

### 1. 持续推动人民币国际化

人民币国际化具有突破美国对华金融与投资产生的脱钩和封锁作用。在以美元信用和美国消费市场为基础的美式全球支付体系中,其他经济体的经济发展让美元的购买力更加强大。美国通过发行国债筹集资金。国际贸易大多以美元计价结算,美元获得国际储备货币地位的基础在于美国国家信用体系。如果美国对中国机构在美资产进行征收,将会严重影响美国的国家信用和形象,动摇美元结算体系,严重危害全球金融和货币体系的稳定。

疫情之后,世界经济陷入严重衰退,发达国家和发展中国家的矛盾会更加突出。“美国扩张美元交易的域外管辖,客观上助推了‘去美元化’的趋势,越来越多的贸易主体开始采用人民币作为跨国结算货币,使用人民币跨境支付系统(Cross-Border Inter-Bank Payments System)进行清算。”<sup>〔73〕</sup>在国际金融领域,一方面,凯恩斯体系面临崩溃,但是新的体系又无法建立,全球货币和金融体系进入新的博弈。另一方面,美国持续推行单边主义、实施金融霸权获得国际经济利益,对他国实施各种单边制裁,世界进入“G0时代”,国际合作机制继续失灵。以美元为基础的布雷顿森林体系的松动为中国提供了战略机遇窗口。

加强人民币国际化可以为形成全球储蓄和资本循环系统提供新的机制和公共产品。全球储蓄者会在美元和欧元利率低位的时候,把钱放在资金池和流动性好的人民币上,人民币债券可以吸收资金,加速形成主权债务市场。“具体而言,可以在美国次级制裁辐射区域和‘一带一路’沿线国家将人民币作为主要硬通货进行建设,汲取美元跨境交易系统以及其他跨境交易系统具有借鉴价值的制度,发展并完善人民币跨境支付配套制度化与基础设施的建设。”<sup>〔74〕</sup>

尽管我国在2019年与“一带一路”沿线国家办理人民币跨境收付金额超过2.73万亿元,同比增长32%,外汇交易规模达到2042亿元,同比增长43%,但是相较于美元、欧元和港元,“一带一路”沿线国家货币在我国人民币即期外汇交易中仍然处于很低的比例,2019年和2020年上半年交易份额分别为0.37%和0.30%。即使在2020年第一季度,全球人民币储备规模达到2214.8亿美元,创历史最高水平,但是在国际储备总额中的占比仅为2.02%。<sup>〔75〕</sup>

〔71〕 参见前引〔10〕,徐以升、马鑫书,第72页。

〔72〕 前引〔53〕,廖诗评文,第174页。

〔73〕 前引〔43〕,石佳友、刘连炳文,第26页。

〔74〕 前引〔41〕,杨永红文,第177页。

〔75〕 参见新浪财经:《中国银行研究报告:“一带一路”人民币使用率逐步提高》,载 <https://finance.sina.com.cn/china/gncj/2020-08-10/doc-iivhvpwy0131363.shtml>,最后访问时间:2020年8月10日。



## 2. 完善人民币跨境支付系统

人民币跨境支付系统（Cross-border Interbank Payment System, CIPS）作为金融市场基础设施，由跨境银行间支付清算有限责任公司根据《人民币跨境支付系统业务规则》《人民币跨境支付系统业务操作指引》以及《人民币跨境支付系统参与者服务协议》等相关制度规则进行开发、维护和提供服务，从2014年成立以来，截至目前，CIPS共有33家直接参与者，947家间接参与者，其中亚洲730家（含境内420家）、欧洲120家、北美洲26家、大洋洲18家、南美洲15家、非洲38家。<sup>〔76〕</sup>“一带一路”沿线国家中有8个国家建立了人民币清算安排，CIPS覆盖了60多个国家。<sup>〔77〕</sup>

目前，利用推动全球金融公共基础设施运行机制完善的契机加速“去美元化”趋势的实现，成为被制裁国家反制金融制裁的重要选择，对于CIPS而言更是一个巨大的机遇。一方面，“加快推进人民币支付清算体系建设，尤其是将与国家安全紧密相关的能源、粮食、矿产、基础原材料等的经贸交易、支付、清算纳入其中，形成一个完整的支付清算系统”<sup>〔78〕</sup>；另一方面，“利用‘一带一路’倡议、亚投行影响力以及原油期货推出的契机，积极推动人民币在跨境交易中作为结算货币，稳步增加人民币在多币种储备货币中的比重”<sup>〔79〕</sup>。

不过，对人民币跨境支付清算系统的实际效果仍需要有一个客观而清醒的认识。尽管与欧盟建立INSTEX贸易结算支持机制相比，中国抓紧完善并推广人民币跨境支付清算系统更具优势和现实可能性，考虑到人民币占全球央行外汇储备份额仅2%的较低比例以及国际投资者使用人民币的较低现实需求，CIPS的发展难以一蹴而就，需要经历一个长期的发展过程。

• 145 •

### （三）话语型反制措施

话语型反制措施是指“被制裁国家在外交方面积极寻找盟友，加大与欧盟、新兴经济体国家的合作，以减轻金融制裁的负面影响”<sup>〔80〕</sup>，主要是通过联合国大会、多方会谈等国际多边平台发声。话语型反制措施作用有限，会经历一个长期的过程。毕竟“多数情况下，新兴霸权软权力的获得不是它自身努力争取到的，而是旧霸权自我败坏而流失掉的，由于霸权惯性的存在，这个过程可能历时日久”<sup>〔81〕</sup>。

“长远来看，美国频繁发起金融制裁缺乏广泛的道义认同，使包括美国盟国在内的更多国家认识到美元秩序的缺陷，推动改善现有国际金融秩序的积极能量正在聚集。”<sup>〔82〕</sup>而且支撑金融制裁的“法律作为正义工具和掠夺工具之间的张力明显地向后者倾斜”<sup>〔83〕</sup>，“推动联大宣布美国次

〔76〕 参见跨境银行间支付清算有限责任公司（CIPS Co., Ltd., 简称跨境清算公司）的公司概况，载 [http://www.cips.com.cn/cipsmobile/\\_2514/\\_2518/index.html](http://www.cips.com.cn/cipsmobile/_2514/_2518/index.html)，最后访问时间：2020年7月20日。

〔77〕 参见前引〔75〕。

〔78〕 前引〔18〕，郑联盛文，第142页。

〔79〕 唐婧：《美国的金融制裁与应对》，载《中国金融》2019年第14期，第80页。

〔80〕 前引〔37〕，殷明明文，第74页。

〔81〕 冯维江、余洁雅：《论霸权的权力根源》，载《世界经济与政治》2012年第12期，第4页。

〔82〕 郑金宇：《美国金融制裁机制的深层认知》，载《银行家》2019年第11期，第96页。

〔83〕 〔美〕乌戈·马太·劳拉·纳德：《西方的掠夺：当法治非法时》，苟海莹译，纪锋校，社会科学文献出版社2012年版，第241页。

级制裁的非法性是完全可以行的,也为中国采取反制美国次级制裁的措施提供合法性”〔84〕,故中国应积极利用联合国、世界贸易组织等多边机制与框架,推动国际合作,与受到美国次级制裁影响的其他国家一起,以集体的力量共同反制次级制裁,增强反制的影响力与实际效果。〔85〕

不过,无话语权的劣势实际上制约了话语型反制措施的批判功能。“在国际政治领域,西方少数发达国家通过牢牢地把握议程设置和框架建构这两个环节,成功地实现了对广大发展中国家的话语霸权。”〔86〕国际法上的话语权更是国家权力的具体表现,“在国际斗争中,国际法是国际行为者自我解释或自我辩护的法律,解释者的立场和权力决定解释的结果及其有效性”〔87〕,关于金融制裁国际法解释的话语权力不足也是话语型反制措施难以取得实效的重要因素之一。

#### 四、金融制裁非对称反制理论的提出

美国学者从制裁有效性出发,研究制裁失败的原因以强化制裁的有效性。制裁失败的主要原因是第三方的破坏和搅局,而不是被制裁对象的应对。失败的制裁可以归结为两类。一类是贸易型制裁破坏,另一类是政治型制裁破坏。前者主要是第三国出于经济利益的原因,与被制裁国进行贸易和其他经济活动,使得制裁措施失去了效果;后者主要是第三国出于政治考虑,对被制裁国进行经济援助,破坏了制裁的有效性。〔88〕另有研究认为,被制裁国与制裁国的经济(贸易)联系越紧密,制裁越可能失败。〔89〕这些研究的启发性在于,被制裁国对称性应对很难取得效果,而要使反制措施取得有效性,必须获得第三国的支持。

国际法的本质是建立在国家实力基础之上的规则,并且始终存在着法理层面的主权国家平等与事实上的不平等悖论,导致上述反制措施在制裁发起国与被制裁国之间实力对比未发生明显变化时,所能起到的实际作用微乎其微。这启发我们要主动思考如何跳出制裁看制裁,以一种新的思维方式来探寻金融制裁的反制措施。对于中国而言,美国单边金融制裁的行为意图在于“削弱和限制中国在未来技术和经济发展中的潜力,将中国封锁在世界产业链和金融资本链的中低端,防止对自己地位构成威胁”〔90〕,囿于中国在全球金融体系中的现实地位与美国金融霸权客观存在,中国要实现从被动应对到主动预防的转变,需要从内部“存量”和外部“增量”两个层面系统构建金融制裁的反制措施。〔91〕

由于金融制裁具有不对称性,金融制裁系统内部的存量反制往往事倍功半,仅能起到部分宣示

〔84〕 前引〔41〕,杨永红文,第176页。

〔85〕 参见前引〔62〕,霍政欣文,第187页。

〔86〕 袁三标、陈国栋:《西方话语权力生产背后的意识形态逻辑探究》,载《思想战线》2013年第1期,第119页。

〔87〕 李鸣:《国际法的性质及作用:批判国际法学的反思》,载《中外法学》2020年第3期,第801页。

〔88〕 See Brayan R. Early, *Busted Sanctions: Explaining Why Economic Sanctions Fail*, Stanford University Press, 2015, pp. 57-87.

〔89〕 See Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, Kimberly Ann Elliott, Barbara Oegg, *Economic Sanctions Reconsidered*, Peterson Institute for International Economics, 2009, p. 90.

〔90〕 前引〔29〕,张辉文,第146页。

〔91〕 参见胡海峰、王爱萍:《中国参与全球金融治理体系改革的思路和策略——基于存量改革和增量改革的视角》,载《天津社会科学》2017年第3期。

或批判作用，实际实施效果甚至不及于制裁措施。破局的关键在于通过非对称反制化被动为主动。首先，在反制战略上，从“以彼之道、还施彼身”的对抗式反制转向“你打你的、我打我的”的非对称反制，扬长避短、争取主动；其次，在反制战术上，从以制裁国金融制裁为中心转向以被制裁国金融创新为中心，其中，金融创新又包括制度层面的金融创新与科技层面的金融创新。

### （一）非对称反制理论的形成条件

#### 1. 金融霸权双维一体化是非对称反制的社会基础

金融制裁是金融霸权的两种面相之一，金融制裁的反制措施亦需建立在对金融霸权的内部区分和整体把握之上。金融的本质是价值的时间转移，在价值的跨时空交换之间，金融霸权体现为两种相异的时空面相，一种是面向过去和他我的金融制裁，另一种则是面向未来和自我的金融创新。其中，金融制裁是维系金融霸权垄断地位的重要制度保障，金融创新是支撑金融霸权持续发展的客观基础，金融制裁与金融创新之间既是自我指涉运作的，又呈现出运作封闭与耦合共振的基本特征，并在金融霸权系统内部相互依存、相互作用，共同构成金融霸权的两大框架性支柱。

目前，关于金融制裁的反制措施研究仍停留在一阶的反制层面，体现了对抗制下的被动反制。然而，若双方实力悬殊，那么反制措施反而会使自己陷入更加被动的不利地位。

究其实质，上述对抗制思维衍生出的金融制裁反制措施在逻辑上与金融霸权的双维一体化内在结构相悖，实质属于在金融制裁单一系统内部的封闭运作环境下所作的隔离式探索，既忽视了金融制裁作为金融霸权外化的子系统的重要事实，也未注意到金融制裁系统与金融创新系统之间的耦合共振与依存关系，更没有结合金融制裁反制措施实施的时代背景，反思自身的金融体系改革，学会主动利用当下金融科技发展给金融创新带来的巨大推动力，将金融创新作为反制金融制裁的突破口，巧妙通过金融创新带动的增量效应，倒逼金融制裁的“长臂”向内收缩，压缩金融脱钩的存在空间。

#### 2. 金融创新所具有的相对对称性是非对称反制的理论基础

非对称反制要找准自身比较优势所在，将博弈焦点从不对称性金融制裁转移到具有相对对称性的金融创新领域上来，形成有利于弱势被制裁方参与的国际金融竞争格局，规避与强大的制裁发起方在权力话语层面进行直面冲突和对抗，为本国金融实力提升赢得生存空间与时间。

一方面，相对对称性可以在一定程度上抵消金融制裁的不对称性，使得制裁发起方无法阻挡被制裁方利用相对优势进行金融创新，最多只能加速自己的金融创新步伐，保持或者扩大与被制裁方之间的科技代差以维持金融霸权持续存在。

另一方面，弱势参与者要改变不利的竞争地位，发现新的竞争领域和创建新的竞争规则是重要的途径。<sup>〔92〕</sup>新的竞争领域和新的竞争规则已经体现在新一代金融科技之中。“当重大的技术革命发生之后，不仅需要认识它的进步作用，抓住它带来的机遇，同时要充分意识到重大变革会随之出现，充分估计震动性影响和挑战”<sup>〔93〕</sup>，尤其是“人工智能导致的生产本地化和生产智能化可

〔92〕 参见陈元志、华斌：《非对称创新战略的内涵实质与理论诠释——习近平新时代中国特色社会主义思想探析》，载《海派经济学》2018年第3期。

〔93〕 刘鹤：《两次全球大危机的比较》，载《管理世界》2013年第3期，第3页。

能会引发传统的世界体系分工发生逆转”〔94〕。

## （二）非对称反制的主要内容

根据系统的开放性原理，我们尝试提出非对称反制理论，探索将传统反制措施的关注焦点转移到被制裁国的金融创新层面的实践方案，超越金融制裁话语体系构建非对称反制措施的核心理论逻辑，当然，“开放性只有在自成一体性的基础上才是可能的”〔95〕，“非对称反制”同样需要建立自成一体且逻辑自洽的理论体系。

### 1. 非对称反制要树立“主体间性”对话的金融主体意识

非对称反制的核心要义即在于被制裁方在主体意识的驱动下主动“跳出制裁看制裁”，不再被动地根据金融制裁发起国制裁措施的变化制定反制措施，将反制重心转移到提升被制裁国自身金融能力体系上来。被制裁方虽然在金融制裁话语空间体系内处处被动，但并不意味着毫无比较优势可言，例如，中国在金融科技领域的市场、资本、人才、战略、制度等方面即具有相对优势，只是这种优势需要我们跳出制裁话语的窠臼才能清晰地看到。

如果我们能够超越、跳出金融制裁的自循环权力系统，“重新思考法律及其未来走向而非在西方现代性话语支配下简单地鼓吹对其进行‘接轨式’的重构”或对抗式的抵制，〔96〕“确立可堪与西方文明平等对话的真正意义的主体性”〔97〕，才能真正拥有与金融制裁发起国进行“主体间性”对话的主体资格，才能主动构建中国国家金融目标和金融能力体系，真正消解金融霸权，从根本上破解金融制裁的现实威胁。

### 2. 非对称反制要实现金融制度和金融科技两个层面的金融创新

对中国这样一个金融尚未实现完全开放的转型发展中大国而言，金融制裁的最危险之处莫过于使中国被动陷入金融封锁的孤立状态。

目前，由于中国的金融体系仍依赖于美元以及美国主导的跨境支付体系，“在美国通过美元交易扩大域外管辖的背景下，中国已有多家银行受到美国制裁，相关银行的利益遭受巨大损失”〔98〕，而且，随着美国参议院近期通过的《控股外国公司问责法》（Holding Foreign Companies Accountable Act）的实施，在美上市的中国公司若无法满足审计要求，将面临被禁止在美国全国性交易所交易的退市风险。所以，非对称反制为了回应上述问题，要从金融制度和金融科技两个层面实现金融创新。

首先，要立足于金融对外开放的金融制度创新实践。“尽管金融工具在等级制的运转中发挥着作用，但是我们不能由此断定这些工具是造成社会等级分化的原因。”〔99〕如果我们能够对金融的本质和金融工具有足够了解和充分运用，“同一批金融工具可以帮助人们从任何一种等级制平衡关系中挣脱出来”〔100〕。通过扩大金融开放，引入新的金融工具和跨境资本流入，可以增强中美

〔94〕 高奇琦：《人工智能时代发展中国家的“边缘化风险”与中国使命》，载《国际观察》2018年第4期，第38页。

〔95〕 〔德〕卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第76页。

〔96〕 参见前引〔46〕，魏磊杰文。

〔97〕 前引〔46〕，魏磊杰文，第105页。

〔98〕 前引〔43〕，石佳友、刘连焘文，第25页。

〔99〕 〔美〕罗伯特·席勒：《金融与好的社会》，束宇译，中信出版社2011年版，第339页。

〔100〕 前引〔99〕，罗伯特·席勒书，第339页。



两国金融领域的相互依赖性，“延缓人民币与美元的战略对抗性，强化其基于市场选择和货币功能的互补与合作”<sup>〔101〕</sup>，有利于规避中美的不对称金融竞争，为中国金融整体实力的提升争取尽量长期的战略空间。

其次，要借助金融科技实现金融创新、借助金融科技助推金融开放。“科技不仅是科技，还是重要的权力，科技与法律的结合，导致强者恒强”<sup>〔102〕</sup>。目前，美国对外单边金融制裁与贸易制裁和技术制裁手段的联合趋势日益明显，一是进口限制和金融制裁相结合，二是利用金融科技手段和金融制裁相结合的方式提升制裁功效。<sup>〔103〕</sup>相应地，金融制裁反制措施急需充分利用金融科技在金融制裁中的相对对称性优势，实现金融制裁反制措施。

### 3. 非对称反制要通过金融创新将比较优势转化为非对称反制能力

非对称反制的通俗解读即“你打你的、我打我的”，目的是要掌握主动权，<sup>〔104〕</sup>聚焦自身问题的解决，因为“无论国际风云如何变幻，集中力量办好自己的事是我们应对外部巨大冲击，实现我国和平崛起的根本之策”<sup>〔105〕</sup>。例如，面对美国实施的不对称单边金融制裁，中国可转而通过货物贸易领域的反制达到一定的反制效果。<sup>〔106〕</sup>

非对称反制战略能否成功实施将取决于被制裁方的金融创新战略和政策、金融创新制度体系以及金融创新能力建设，因为被制裁方的非对称资源本身并不能自动生成竞争优势，而是需要通过积极的金融创新能力建设才能真正转化为反制金融制裁的金融实力，才能掌握新的金融标准设定、规则制定和话语构建，才能将金融制裁的互斥性转化为金融创新的包容性，“中美相容性国际金融制度竞争将有利于国际金融体系的良性治理，而中美互斥性国际金融制度竞争将造成国际金融治理的失效”<sup>〔107〕</sup>。

### （三）非对称反制的实现路径——金融创新

美国单边金融制裁措施的有效实施，最终将取决于全球金融、监管和外交等多元生态体系的共同作用。<sup>〔108〕</sup>因为制裁有时候也会失败，主要是由于制裁发起国在与受制裁国的全面关系中拥有交叉利益和相互矛盾的目标。<sup>〔109〕</sup>故探索非对称反制的实现路径，需要研究和制定拆解中美金融矛盾和问题的清单，利用创新所具有的相对对称性在弱化金融制裁不对称性的同时增加中美金融产业的关联度，打造中美金融命运共同体，将传统金融制裁系统的内部反制转化为多领域的金融创新，主要包括金融制度创新、金融科技创新和金融话语创新，从而跳出金融制裁不对称性与经济问题政治化的窠臼。

#### 1. 制度型反制措施创新——完善对外开放基础性金融制度

在美元支撑的全球金融贸易体系中，金融制裁系美国国内现实政治力量分化对比的客观反

〔101〕 张发林：“中美金融竞争的维度与管控”，载《现代国际关系》2020年第3期，第27页。

〔102〕 前引〔87〕，李鸣文，第807页。

〔103〕 参见前引〔36〕，刘威文。

〔104〕 参见何俊华：《论毛泽东“你打你的，我打我的”思想的产生及现实意义》，载《文史杂志》2013年第3期。

〔105〕 前引〔93〕，刘鹤文，第7页。

〔106〕 参见前引〔33〕，葛森文。

〔107〕 李巍：《中美金融外交中的国际制度竞争》，载《世界经济与政治》2016年第4期，第138页。

〔108〕 参见前引〔1〕，Juan Carlos Zarate书，第423页。

〔109〕 参见前引〔8〕，加利·克莱德·霍夫鲍尔书，第188页。

映,是美国国内对华态度存在“脱钩论”与“有限接触论”两个方向上推动力的分别反映。金融制裁的最大威力在于通过“封闭一国贸易结算通道”来制裁银行系统。<sup>〔110〕</sup>对被制裁国而言的最大风险即形成全面的金融封锁态势。所以,反制美国金融制裁的根本之策在于通过提高综合国力、扩大对外开放,深化与美国的经济和贸易往来,增强与美国的相互制约能力,打破金融封锁的现实威胁。<sup>〔111〕</sup>在金融扩大开放的背景下,就是要不断增加中国与美国和欧洲国家之间的双向经贸联系和金融联系,加快形成中国在全球金融体系中的系统性重要金融国家地位,迫使美国难以取得国内金融集团支持以及欧盟国家对切断 SWIFT 系统的同意。目前,中国的金融服务市场规模达到 47 万亿美元。中国继续扩大对外开放金融市场,美国和其他外国金融机构继续投资中国的金融市场,在中国经营的外资控股或独资的金融机构数量在不断增加。与金融对外开放实践不一致的是,金融基础制度尤其是资本市场基础性制度并未能及时跟进,特别是在当下面临美国单边金融制裁的重要时期,中国更应该持续“深化经济金融体制和机制改革,进一步深化金融开放,完善利率市场化、汇率形成机制与国债收益率曲线建设,提升内部金融体系的韧性和弹性”<sup>〔112〕</sup>,完善信息披露制度、会计审查制度等资本市场基础性制度,构建与未来资本账户开放相适应的跨境资本流动税制度和跨境资本流动国际监管合作制度等。

## 2. 物理型反制措施创新——利用数字货币推进人民币国际化

利用数字货币,抓住有利时机推进人民币区域化,减小人民币国际化的外部压力,建设跨境支付清算体系,是物理型反制措施创新的重要思路。目前,人民币国际化在数字货币金融科技的支持下积极推进。2020 年 5 月 11 日,中国最大的钢铁集团中国宝武宣布,与澳大利亚力拓集团完成首单利用区块链技术实现的人民币跨境结算,总金额一亿元;而 2020 年 1 月和 4 月其已分别与巴西淡水河谷、澳大利亚必和必拓完成首单人民币跨境结算。至此,宝武与全球三大铁矿石供应商之间实现了铁矿石交易的人民币跨境结算。<sup>〔113〕</sup>

去中心化货币的不可稀释属性会加速减少人们对法定政治货币的依赖,去中心化金融会成为取代传统金融的全球替代品,对边缘性货币和中小国家的货币产生侵蚀性的影响。央行数字货币本质上是现金的数字化和代币化。数字化的银行存款和银行账户绑定,数字化的货币不与银行账户相关,只和区块链上的一个地址相关,对银行存款有天然的替代性。在主权信用货币时代,人民币难以与美元竞争。在数字货币时代,央行数字货币使得央行可以通过全新方式管理流动性。

根据美国数字美元基金会于 2020 年 5 月发布的《数字美元计划——探索美国版央行数字货币》白皮书,美国也会推出自己的数字货币,因为数字美元是可以增强美元地位的基础要素,维护美国国家利益。<sup>〔114〕</sup>根据国际清算银行 2019 年的调查,超过 80% 的央行表示有设立相关央行数字货币项目。其他国家也已经开始注重投入开发区块链技术和发展数字货币,进而期望破除美

〔110〕 参见马鑫、许钊颖:《美国对俄罗斯的金融制裁》,载《美国研究》2015 年第 5 期。

〔111〕 参见米晓文:《美国金融制裁处罚机制研究与启示》,载《财政科学》2019 年第 6 期。

〔112〕 前引〔18〕,郑联盛文,第 143 页。

〔113〕 参见新浪新闻中心:《中国宝武与全球三大铁矿石供应商均实现以人民币结算》,载 <https://news.sina.com.cn/c/zj/2020-05-13/doc-iirczymk1229471.shtml>, 最后访问时间:2020 年 5 月 13 日。

〔114〕 See Digital Dollar Foundation, The Digital Dollar Project: Exploring a US CBDC, Accenture, May 2020.

国在全球金融跨境支付结算体系中的主导地位。<sup>〔115〕</sup>

中国可以参照 Libra 锚定一揽子储备货币的方式和 SDR 的定值方式，以人民币和美元作为货币篮，确定价值锚。这样央行就可以成为第二个提供美元支付手段的央行，美元储备的规模就成为央行数字货币的发行上限。这一安排既可以避免与美元市场“脱钩”，又可以为央行数字货币提供兑付保证和信用基础。在数字货币时代，主要经济体之间通过区块链或者加密货币等金融科技手段完成交易支付会是一种新的选项。而且，通过“探索利用区块链等技术建立全新的非美元货币支付结算系统，可以逐步减少对美元体系的不对称依赖”<sup>〔116〕</sup>，从而利用金融科技蕴含的非对称竞争力量稳步推进人民币国际化进程。

### 3. 话语型反制措施创新

话语与实力之间并不存在必然相关性。话语的塑造是一个通过制度机制的主动参与、构建和引领的复杂过程，需要经由金融话语权生成的制度化机制逐渐形成。通过目前金融制裁的高频使用可以看出，中美之间并未出现金融话语权力转移的趋势或可能，中国虽有意愿但尚未有足够能力成为全球金融话语和全球金融治理的实践“引领者”，故中国未来任务仍在于自身金融和经济实力的增长，在于通过双边和多边货币合作制度化机制、金融科技标准国际化机制等综合方案系统生成自己的金融话语权。

第一，完善以双边货币互助协定为主的双边货币合作制度化机制。中国在过去十年间签订的人民币互换协定形成了“货币互换圈”，<sup>〔117〕</sup> 规模为 4860.04 亿美元。根据 SWIFT 的数据，在主要货币的支付价值排名中，前三位的是美元、欧元和英镑，分别是 40.88%、32.91% 和 5.75%，人民币排名第九；在国际支付份额中，人民币排名维持在全球第六；人民币支付金额排在全球第八。<sup>〔118〕</sup> “中国国际货币地位的提升除了需要夯实经济基础之外，还需要不断加强国际政治领导力，并在此基础上加强与周边国家的区域货币合作。”<sup>〔119〕</sup> 中国与被美国制裁的其他许多国家存在共同利益，可以而且应该通过合作抵消金融制裁的消极作用。<sup>〔120〕</sup> 中国可以继续扩大与周边国家签署双边货币互换协议的范围，借助数字货币，制定区域货币合作协定，通过双边货币互换协议巩固与周边国家的金融利益共同体，降低、弱化和消解可能的不利地缘政治格局。

第二，为了“持续推进金融业信息技术应用标准的国际化，中国应当积极参与国际标准制定，推动国内优秀行业标准转换为国际标准，促进我国金融科技创新全球化发展。”“中国应该立足于国家金融安全需要，想办法实质性地参与到资本市场会计、审计、独立性准则等金融技术规范的起草、制定、磋商和评估中，要从一般成员方逐步向实施组织和协调的角色转变”<sup>〔121〕</sup>，结

〔115〕 参见前引〔36〕，刘威文。

〔116〕 前引〔82〕，郑金字文，第 98 页。

〔117〕 俄罗斯也与其他国家签订货币互换协议，在 2015 年 4 月启用新的国家支付系统，将通过 VISA 和万事达卡交易的银行全部过渡到国家支付系统。

〔118〕 据 IMF 数据，截至 2019 年第三季度，已分配的外汇储备份额中，美元占 61.55%、欧元占 20.07%、英镑占 4.5%、日元占 5.62%，而人民币占 2.01%。根据 SWIFT 数据，截至 2020 年 3 月底，人民币是全球第五大支付货币，占全球所有货币支付金额比重的 1.85%，离岸市场 75% 的收付发生在香港。

〔119〕 前引〔14〕，李巍文，第 97 页。

〔120〕 参见前引〔63〕，李庆明文。

〔121〕 杨松：《全球金融治理中制度性话语权的建构》，载《当代法学》2017 年第 6 期，第 115 页。

合共建“一带一路”倡议，积极对外输出我国金融科技发展催生的技术、标准、产品和服务等，探索双边、多边的示范性项目合作，不断完善金融科技全球治理体系。<sup>〔122〕</sup>

第三，建立有国际影响力的中国评级机构及金融话语机构国际化机制。允许外资评级机构在华开展信用评级业务。

## 五、结 语

从理性反思金融制裁系统内部的被动反制，到结合中国金融发展实际，建构超越被动反制的非对称反制，再到被动反制与主动反制相融合，共同应对金融制裁的现实威胁，中国金融制裁反制措施的发展逐渐形成了一个以国内反制大循环为主体、国内国际反制双循环相互促进的层次清晰、逻辑完整的系统方案，实现了从对称性反制到非对称性反制的金融制裁反制措施的理论创新。

同时，本文仅从金融制裁的不对称性出发，分析和审视了关于金融制裁反制措施在国家层面的研究成果，尚从企业和个人层面分析不对称性的影响及其具体对策，实际上，企业和个人可以利用离岸金融中心开展离岸金融业务、围栏（Ring-fencing）隔离高风险业务等手段规避金融制裁的不对称性，这也是非对称反制在企业层面的具体应用，将在下一阶段的研究中继续推进。

---

**Abstract:** Countermeasures to financial sanctions include two types. One is based on the countermeasures within the financial sanctions system, and the other is the external countermeasures beyond financial sanctions. Due to the asymmetry of financial sanctions, passive countermeasures often get half the result with double the effort, and can only play some declaratory or deterrent function. As a matter of fact, its practical effect is far weaker than the sanctions themselves. Facing financial hegemonies with completely unequal strengths, the sanctioned countries on the weaker side are not equipped with no solutions. The key of breaking the situation lies in building an “asymmetric countermeasure” system, using relatively symmetric financial innovations and financial practices, actively jumping out of the self-circulation logic of self-referential closed operation of the financial sanctions system. Through institutional countermeasures to improve the openness of financial system, through physical countermeasures to promote the renminbi internationalization, through the innovation of discourse-based countermeasures to establish institutional discourse power in global financial governance, the sanctioned country may force the “long arm” of financial sanctions to shrink inward, finally to weaken and deal with the potential threat of financial sanctions.

**Key Words:** financial sanctions, countermeasures, asymmetry, asymmetric countermeasures

---

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）

---

〔122〕 参见中国人民银行印发的《金融科技（FinTech）发展规划（2019—2021年）》（银发〔2019〕209号）。



## 论数字货币的信用传承与形态变革

郑 彧\*

**内容提要：**如果说以现金为基础的纸币代表着货币的现在，那么以分布式记账凭证为基础的数字货币的崛起却可代表着货币的未来。在此过程中，人类社会几千年发展起来的货币的内涵与外在形式既有变化，又有保留。但无论是比特币、LIBRA 币，还是主权国家的法定数字货币，数字货币只不过是“数字时代”由计算机技术所催生的货币新形态，数字货币并没有改变人类几千年历史长河中货币作为信用工具的定位与功能。在本质上，数字货币的法律属性还是基于“信用工具”的定位，但其改变了货币发行的主体和信用方式，从而加速金融行业的“脱媒”速度，由此带来传统金融行业和交易方式的颠覆性变革，这种变革也将迫使以传统实物货币为基础的旧有金融监管措施和货币政策措施发生新的变化。

**关键词：**人民币 数字货币 信用工具 脱媒化

• 153 •

近年来，以分布式记账凭证技术为依托的数字货币已经越来越成为人们所熟知的热点名词。一段时间内，作为数字货币典型代表的比特币（Bitcoin）不仅成为商品交换的等价物，甚至一度还成为人们进行交易的商品本身，并在这些虚拟货币的发行人、持有人、购买人、使用人之间产生一系列复杂的法律关系，由此带来学界和业界对于这些以新技术为支撑的新型货币在法律属性上的不同理解和争论。而事实上，如果紧紧围绕人类社会经济生活发展的历史主线，不难发现数字货币在本质上并没有脱离人类对于一般等价物的理解与要求，数字货币在形式上虽然体现为看不见、摸不着的“数字”，但其本质仍然是一种人类社会用以进行未来信用传递的工具。在此过程中，我们也应该清醒地意识到，数字货币在替代纸币等传统货币形式的过程中，其直接性、对外匿名性的特性会改变原来传统货币依赖于钱庄、银行等的信用转介方式，从而将直接改变现有以纸币现钞为核心的反洗钱、货币发行和信贷政策的金融监管功能，这种在新技术特征下以“脱

\* 郑彧，华东政法大学国际金融法律学院教授。

本文为 2014 年度国家社科基金项目“‘负面清单’背景下金融产品创新与金融监管改革研究”（14BFX092）的阶段性成果。

媒化”呈现的货币特征将使得我们不得不应对新的金融监管理念和挑战。

## 一、数字货币的前世今生：从何而来？

1982年密码学家大卫·乔姆（David Chaum）发表了题为《用于不可追踪的支付系统的盲签名》的论文，首次提出了一种具备匿名性、不可追踪性的电子货币系统（即数字货币，Digital Currency）概念。不仅如此，他还在1990年成立Digi Cash公司将其提出的数字货币的概念运用“电子现金”（E-cash）的方式予以实现，由此得到了“数字货币之父”的称号。<sup>〔1〕</sup>而后广为人知的比特币，其实是中本聪（Satoshi Nakamoto）在前述电子货币概念的基础上利用区块链“点对点”的技术而构建起的一种电子现金系统架构。<sup>〔2〕</sup>以比特币、LIBRA币等为代表的联盟币的出现确实挑战了现有世界既有的支付结算方式，因此数字货币对于全球各国货币主管当局来说都是一个慎之又慎的话题，因为其中涉及诸如什么是货币、货币为什么存在、货币的供给由谁来监管以及怎样被监管等一系列容易引起激烈争论的话题。<sup>〔3〕</sup>

在中国，对于比特币的态度和立场坚定而明确：早在2013年中国人民银行牵头下发的《关于防范比特币风险的通知》就有了“比特币不是由货币当局发行，不具有法偿性与强制性等货币属性，并不是真正意义的货币……不能且不应作为货币在市场上流通使用”的定性。<sup>〔4〕</sup>但对于比特币作为“非法定货币”进行严厉打击的态度并不意味着监管部门对“数字货币”时代的到来充耳不闻。2014年中国人民银行就已着手论证在我国推行法定数字货币的必要性和可行性，由此成为全球最早研发法定数字货币的央行之一；2017年初，央行数字货币开始进行线下的模拟试运行；2017年末，经国务院批准，中国人民银行在深圳正式成立数字货币研究所，与部分商业银行和有关机构共同开展数字人民币体系的研究；2019年2月，中国人民银行最新的“三定”方案中设立了“数字货币与防伪管理处”，专司我国法定数字货币的研发和管理工作；2020年4月，人民币数字货币（DC/EP）首次在苏州于实际场景中上线实测。

除了中国以外，随着全球对现金需求的下降，货币的性质正在发生变化。央行发行数字货币可以实现多个公共政策目标，包括促进普惠金融、保护消费者支付隐私安全以及提供私人部门无法提供的服务等，因此，世界各国和地区对于法定数字货币的研究与尝试也是如火如荼。<sup>〔5〕</sup>比如美联储提出了重构更快、更实时支付体系的行动计划，英格兰银行提出将法定数字货币发行纳入其研究日程（RSCoin），加拿大央行、香港金管局、新加坡金管局等纷纷开展基于区块链技术的数字货币实验。<sup>〔6〕</sup>甚至瑞典、委内瑞拉已经推出电子克朗（E-Krona）、“石油币”等法定电子货币，而更多国家的法定数字货币（CDBC）也正蓄势待发，准备度势而生。<sup>〔7〕</sup>

〔1〕 参见张雨婕、陈林萍：《关于数字货币的文献综述》，载《金融经济》2018年第3期。

〔2〕 参见项峰：《未来数字货币替代纸币可期》，载《证券时报》2017年2月14日，第A03版。

〔3〕 参见〔英〕本·布劳德本特：《中央银行与数字货币》，载《中国金融》2016年8期。

〔4〕 参见《关于防范比特币风险的通知》第1条。

〔5〕 See Committee on Payments and Market Infrastructures & Markets Committee, Central Bank Digital Currencies (March 2018), available at <https://www.bis.org/cpmi/publ/d174.pdf>, last visited on Apr. 30, 2020.

〔6〕 比如加拿大央行Jasper项目的CAD-Coin和新加坡金管局的Ubin项目。

〔7〕 参见〔立陶宛〕维塔斯·瓦希劳斯卡斯：《中央银行数字货币之辩》，载《金融市场研究》2019年第7期。

## 二、数字货币的形态变革：从“贝壳”到“数字”的迭代

从历史上看，当从偶发的“以物易物”交易转换到贝壳、奇石等最先作为“一般等价物”充当交换的媒介时，贝壳、奇石本身除了特定的观赏性外，并没有内在的使用价值，它们之所以成为作为货币雏形的一般等价物，主要是来源于其因为人类认同其“稀缺性”而产生的“价值贮藏”〔8〕功能。换句话说，人们因为对物品交换过程中的价值贮藏的需要而产生了对于交换价值度量中介的需求，由此产生了贝壳货币等货币雏形。在此基础上，为了度量的标准性，金、银、铜等贵金属（同样呈现稀缺性）替代了之前这些奇异的贝壳、石头充当起了一般等价物。可见，作为一般等价物的货币最早并非基于国家的强制性规定而产生，最开始的货币是一种社会制度，而非国家制度。〔9〕如同农业生产过程中发明的铁制工具，货币在本质上也是人类社会为了更好地生存和更有效率地发展而发明的“制度性”工具。

在此前提下，不论是民间私下认可的黄金、白银还是后来王权国家发行的以金、银或者铜形式出现的“法定”〔10〕铸币，在本质上都是对于未来继续通过该等实物货币换回自己所需物品的稳定预期。基于使用的便利性考虑，即使实物货币在使用过程中发生磨损的情况，人们并不再因此等磨损而拒绝按照“官价”或者“市价”使用，尽管这会造成在物理意义上因为旧币的磨损而导致新、旧铸币之间“质量不同”，进而使彼此“内在价值”不同。人们对于新、旧币仍视为具有相同价值进行交易，此时法定铸币作为一般等价物已经无法用“劳动时间所衡量的内在价值”进行解释了。再之后，随着货币使用的频繁，不仅磨损的实物货币可以使用，即使有残缺的实物货币（当然最初可能是因为自然损坏）基本上也可毫无障碍地流通，因此一些动机不良的人们发现可以将实物铸币切下一角（即硬币剪裁，coin clipping），既不影响实物铸币的使用，还可以积少成多地把剪下来的贵金属部分再熔化铸造变成其个人私有的财产。这样的“小动作”意味着实物铸币在充当买卖媒介时，货币所对应的贵金属实际含量减小了。在此之后，国王的金库也开始对收上来的金属货币做同样的事情，因为无论是统治者还是民众们都已经发现实物铸币是否“足额”已经不是其被接受作为一般等价物的主要原因。

因此，随后货币的形态从实物铸币走向纸币就是历史必然性与偶然性的充分叠加。实物铸币时期的商品交换首先是从满足“一手交钱、一手交货、钱货两清”的钱、货所有权的现实互换开始的，这种“银货对付”的“实物结算”方式能够在最大程度上解决双方当事人对于交易对手信用的顾虑问题。但实物结算需要大量地携带、运输、检验、交割（移交）实物货币，这使其在日常使用中的成本与风险（主要是携带过程中的灭失与被盗）越来越高。由此，一种全新的、作为贵金属货币替代支付工具的“钱庄票据”开始登上历史舞台。钱庄票据出现的一个很重要的原因

〔8〕有关货币的“价值贮藏”功能可参见〔英〕劳伦斯·哈里斯：《货币理论》，梁小民译，商务印书馆2017年版，第9-13页。

〔9〕See Karl Menger, On the Origins of Money, 2 (6) *Economic Journal*, 239-255 (1892).

〔10〕所谓“法定”并非指现代意义上通过法律所确定的国家货币，而是指通过王权或者统治权力而强行铸制并要求民众使用的货币。比如中国秦汉时的“半两钱”，唐朝时的“开元通宝”，美索不达米亚的“斯塔特”（Stater）、古希腊的“四德拉克马银币”（The Tetradrachm）以及罗马的“塞斯特斯”（Sesterces）。

就是其起到支付媒介的作用,即其将原来的现金清算模式转变为钱庄收取现金签发票据的“记账清算”(account-based arrangement)模式。换句话说,钱庄通过在账务上以“借记”负债的方式转换为对持有所签发票据的任何人予以无条件支付的“支付承诺”,由此完成了支付信用从“实物货币”到“钱庄票据”的媒介转换。随后,国家也开始用发行纸币的方式替代传统的铸币,比如在英格兰,首批纸币是由查理二世发行的国库证(exchequer order),它是一种纯法定的但未被广泛使用的纸币。1696年国库证被国库券(exchequer bill)所取代。早期法定纸币最为明显的特征在于其是以发行者所拥有的黄金作为担保,政府需保证有足够多的铸币和金条来充当抵押物。<sup>[11]</sup>老百姓之所以能够认同国家发行的纸币是因为他们认为这些纸币对应着一定的黄金或者贵金属,纸币成为“硬通货”的原因在于纸币背后统治者对于兑换黄金的承诺,这也即是“金本位”制度的核心。

早期的法定纸币制度严格遵循着“金本位”的原则演化,无论是内国的货币发行还是国际间跨境的外汇流动都严格遵循着货币发行的金本位制度。但受限于黄金数量的限制,在经济扩张背景下,以金本位为前提的货币发行无法满足统治者对于财政扩张及经济刺激的需求。在此背景下,第一次世界大战开始时,为了维持战争所需的资金,金本位制度在欧洲被正式终止。而在美国,为了刺激1929年股灾后的经济,美国国会于1934年通过了《黄金储备法》,对美元发行采取了40%的黄金储备比例(后来进一步降到25%)。1944年,基于二战后重建需要,西方主要国家之间建立了固定汇率制度,各国同意使其各自汇率盯住美元(即“以美元为锚”的联系汇率制度),而美元则以每盎司35美元的固定价格盯住黄金,从而各国货币变为遵循通过美元挂钩黄金的间接金本位制,美元自此开始成为“世界货币”。在“庞大帝国”的信用光环下,美国通过二战后的“经济援助”使得美元成为全球货币的“硬通货”,美元在美国境外的流通一方面减轻了美国本土货币通胀的压力,但另一方面在金本位下也加大了美国政府在通过国债转换成美元发行过程中的黄金需求负担。1971年7月,迫于第七次美元危机,尼克松政府最终决定取消黄金对于美元的支持,使得美国货币制度成为100%的纸币制度,<sup>[12]</sup>美元的价值从此不再具有黄金备兑的担保,而完全成为美国政府的主权信用问题,世界进入一个完全凭借国家主权信用的“纸币”时代。

而从货币使用的发展过程上看,货币的流动和收付清算一开始是遵守“一手交钱、一手交货”的两方模式(即交易方与交易方之间)。但实物货币需要面对持有、交付、运输、回收等一系列的成本问题,因此,为了减少实物货币的使用,降低大额现金转送的风险,<sup>[13]</sup>通过中介(如钱庄或银行,以下统称“银行”)的“三方模式”(即交易方-银行-交易方)开始流行。此时银行作为清算中介是通过调整相关各方存款账户的记录以增减债权债务的方式进行资金清算,不需要动用真正的实物货币。<sup>[14]</sup>在此三方模式基础上,通过银行间的结算慢慢地从“一对多”发

[11] 参见〔美〕G. 爱德华·格里芬:《美联储传:一部现代金融史》,罗伟等译,中信出版集团2017年版,第178-179页。

[12] 参见〔美〕威廉·华莱士:《美国货币体系》,陈代云译,上海人民出版社2017年版,第22页。

[13] See Gary Gorton, Private Clearing Houses and The Origins of Central Banking, Business Review (Federal Reserve Bank of Philadelphia), January/February 1984, pp. 4-5.

[14] 参见王永利:《直击记账清算下的货币金融裂变》,载《经济观察报》2018年2月12日,第33-34版。



展为“多对多”的“多边净额”结算，并逐渐发展出跨行支付的“两两相记、余额支付”的四方净额轧差清算模式（四方模式包括在“交易方-银行-清算中介-交易方”），<sup>〔15〕</sup> 现金的使用量得以大幅减少。而随着计算机技术的发展和新型商业模式创新，各国支付体系均出现了电子化的趋势。全球批发支付体系的货币所有权的承认、划转早已实现了全部的电子化过程，转账、入账只不过是电子系统的数字记录的变化。<sup>〔16〕</sup> 而在零售支付体系中，非银行在其中开始扮演越来越重要的角色，在美国、欧盟、加拿大、澳大利亚、中国等 30 个国际清算银行成员重要的零售支付创新中，创新主要集中于移动支付、互联网支付的第三方支付领域。<sup>〔17〕</sup> 作为非金融机构的第三方支付公司以互联网技术为基础，通过与银行签订协议，进行某种形式的支付数据交换和信息确认，在消费者（付款人）、商家（收款人）与各个银行之间搭建了一个便捷、快速的支付流程，无论是扫码支付、近场支付（NFC）还是刷脸支付，都大大减少了现有法币货币的使用，甚至在某些国家（比如中国）日益成为主流的零售支付手段，由此出现以电子货币为承载（主要形式是“电子钱包”）的“无现金社会”，由此构成的非现金支付手段冲击着形式主义的货币法律概念。<sup>〔18〕</sup> 但无论如何，“电子货币”仍主要是指账户的电子化，本质上还是以纸币为基础的交付方式的无纸化，其基础关系仍要对应电子钱包账户中所存入的实物“纸币”。<sup>〔19〕</sup>

从经济角度来看，数字货币的崛起反映了现实世界供需关系的因素，其中包含了纸币在反洗钱、普惠金融、跨境支付等方面的痛点。数字货币本质上是一套“代符+簿记”系统，其中簿记系统就是区块链（或称分布式账本），运行在区块链上的代符就是数字货币，代符仅仅是区块链簿记系统中的一串数码，其本身没有任何内在价值，只有赋予其一定意义才能与现实世界中的价值体系相联系。<sup>〔20〕</sup> 因此，国际货币基金组织（IMF）把数字货币称为“价值的数字表达”，而国际清算银行（BIS）则把数字货币认定为一种具有一定的货币特征、可以用法定货币计价并由发行人发行和负责赎回的数字形式资产。当“通证化”（tokenization）及智能合约（smart contract）的推广可以使得更多定制化的货币有机会在支付、证券交易等经济活动中大大降低经济交易和社会管理的成本时，<sup>〔21〕</sup> 数字货币也就逐渐呈现出“星火燎原”之势。

• 157 •

### 三、数字货币的属性传承：货币作为信用工具的本质

尽管马克思在《共产党宣言》中指出“货币对于历史进程的作用最大”，但时至今日对于货

〔15〕 See Ben Norman, Rachel Shaw and George Speight, The History of Interbank Settlement Arrangement, Exploring Central Banks' Role in the Payment System, Bank of England, Working Paper No. 412, June 2011, pp. 1-13.

〔16〕 比如美国的美联储转移大额付款系统（FEDWIRE 系统）和纽约清算所银行同业支付系统（CHIPS 系统）、欧盟内部统一的货币清算系统（TARGET 系统）；中国的中国人民银行大额实时支付系统（HVPS 系统）、人民币跨境支付系统（CIPS 系统）等。

〔17〕 See Bank for International Settlements, Innovations in Retail Payments, CPMI Papers, No. 102, May 2012, p. 1. available at <https://www.bis.org/cpmi/publ/d102.pdf>, last visited on Mar. 12, 2020.

〔18〕 参见赵天书：《比特币法律属性探析——从广义货币法的角度》，载《中国政法大学学报》2017 年第 5 期。

〔19〕 参见王波、王玥：《中国法定数字货币：影响、挑战与建议》，载《证券法律评论》（2018 年卷），中国法制出版社 2018 年版，第 295 页。

〔20〕 参见周永林：《从货币本质看数字货币未来》，载《清华金融评论》2018 年第 12 期。

〔21〕 参见杨燕青、周艾琳：《对话 IMF 何东：数字化时代商业银行与科技平台各有千秋 央行数字货币促进公平竞争》，载《第一财经日报》2020 年 3 月 2 日，第 A10 版。

币的本质仍存在争议。传统上,货币被认为主要行使三种职能:价值尺度、交换媒介和价值储藏。但从前面货币变迁的过程中可以看到,如果说,原本“金本位”项下的纸币发行还可以具有原先实物货币所具有的价值尺度、交换媒介和价值储藏的三个功能,那么无论是民间的“交子”还是英格兰银行发行的“英镑”,纸币之所以能够被民众接受是因为人们相信纸币是代表硬通货的权利凭证,由此产生“纸币=黄金”的对应联系。在这个认知下,老百姓之所以能够认同国家发行的纸币是因为他们认为这些纸币对应着一定的黄金或者贵金属,国家或银行每发行特定单位的纸币都会有对应价值的黄金或者贵金属作为担保,否则老百姓不愿意使用这个纸币,这也就是所谓的“金本位”制度的由来。但脱离“金本位”制度后的纸币,其价值尺度、交换媒介的功能较为容易理解,而其“价值储藏”功能又从何而来呢?对此,诺贝尔经济学奖得主米尔顿·弗里德曼在其著作《货币的祸害》中引用“石币之岛”的故事,认为“货币是一种共识,共识具有公信力,无论石币、黄金还是纸币,都因为大众无可置疑的信念而变得‘真实且合理’”〔22〕。如果说石币、黄金的公信力来自于马克思所解释的“劳动时间”这个尺度,因为马克思认为“货币作为价值尺度,是商品内在的价值尺度即劳动时间的必然表现”〔23〕,通过“劳动时间”的发现与度量才能实现“价值储藏”的功能,但不难发现,单纯制造纸币所需的劳动时间根本无法匹配纸币对应的交换价值,那脱离金本位支撑的纸币的公信力之源又到底为何?通过下文的解释,我们会发现纸币最为重要的秘密不在于纸币自身的价值,而在于其本质是人类社会所发明的“信用机制”的自然延伸。

从货币发明开始,货币形态的每一种发展都是严格沿着“信用”的轨迹而进行的工具创新。货币的发明只是人类金融活动的起点,通过货币这个信用载体,人类实现的是对于处在不同时间(间)空(间)的物品进行交换的可能,在这样的交换价值“时空转换”中,货币承载的是当下使用货币的人对于同样的货币在未来进行等值交换功能的信任,其在本质上是人类对于未来交换的“信用工具”。在早期的商品交易中,交换首先是从满足“一手交钱、一手交货、钱货两清”的钱、货所有权的现实互换开始的,这种“银货对付”的“现金清算”〔24〕方式能够在最大程度上解决双方当事人对于交易对手信用的顾虑问题。但随着人类生产力水平的提高,人类的商品交换活动越来越频繁,商品交换的数量和品种呈现出几何级的增长,以金、银、铜等贵金属作为介质的货币产生了携带不方便、运输成本、灭失风险等问题,这使其在日常使用中的成本越来越高,无法满足城邦内大额交易与城邦之间跨区域交换产生的对于安全、低成本支付的需求,由此专门从事“兑付”职能的钱庄就应运而生了。如前所述,钱庄出现的一个很重要的原因就在于钱庄起到支付媒介的作用,从此完成了支付信用从“实物货币”到“钱庄票据”的媒介转换。在记账清算模式下,商人们的交易不需要动用真正的实物货币,“一个中心化(centralized)的支付解决方案得以实现,人们再也不需要担心与陌生人从事交易的信任问题了,他们通过选择信任银行

〔22〕〔美〕弗里德曼:《货币的祸害》,安佳译,商务印书馆2006版,第7-52页。

〔23〕中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯文集》(第5卷),人民出版社2009年版,第114页。

〔24〕此处所述的“现金”并不是指纸币形式的现金,而是指以黄金、白银等贵金属充当一般等价物的实物货币(包括国家发行的以黄金、白银为基础的法定铸币)。

的方式来转换信用风险”〔25〕。

但就“信用”的使用而言，早期的钱庄或者银行〔26〕作为支付中介的信用在本质上是以钱庄所吸收到的“最终支付人”存在钱庄的实物货币作为保障的，因此与其说人们对于钱庄票号的信任是基于钱庄主人的信用，还不如说是在这种信任基础上对于钱庄所存储的实物货币的信任。不过，随后的变迁可能远远超过了钱庄这一支付形态被设计之初的预见，因为在从事资金支付中介服务的过程中，钱庄主（银行家）们发现，虽然他们按照“一对一”的方式签发黄金或者白银的凭证，但这种凭证支付的便捷性和可转让性使得并不是所有存入钱庄代为保管的黄金或者白银最终都会被提取，使用凭证的商人会以转让凭证的方式替代货币的支付，这样就产生了“货币的沉淀”。对于这部分沉淀的资金，钱庄主们并不满足收取保管费和运输费，他们发现其实可以将存在他们金库的金、银偷偷借给其他有需要的人并收取利息，而在放款过程中，随着大家普遍接受凭证方式，他们也开始偷偷尝试用签发自家凭证的方式向借款人进行借贷。而无论是以实物货币方式还是签发自家凭证方式进行的借贷，只要他们挪用了“客户”存储在钱庄的实物货币或者凭空创设了根本无法被支取的实物货币承诺，它们其实就已经开始了“信用扩张”（现代银行话语体系称之为“信贷创造”〔27〕）之旅。理论上，银行家们可以无限发行自家的凭证，只要不出现发行在外的凭证被全部要求兑付实物货币的情形，此时钱庄发行在外的支付凭证可被真正转换为实物货币的可能在本质上已经从人们所想象的钱庄所保管的实物货币的信用偷偷转换为钱庄主自身的支付能力〔而此等支付能力又和钱庄对于私下放贷出去的“凭证”（贷款）的收回能力直接挂钩〕。在这样的模式下，钱庄主们或银行家们不难发现，其能够吸引到钱庄进行保管的实物货币越多，可偷偷进行放贷的规模就越大，私下获取的额外利润也就越多。由此形成的必然结果就是钱庄突破原有单纯的“保管—支付”业务模式，开始以有偿支付“利息”的方式吸引他人（“储户”）在钱庄存入实物货币，并借助储户实物货币的信用作为掩护，对外积极放贷以收取“利差”。此时，钱庄已经从货币信用单纯的支付中介转向货币支付的信用中介，钱庄的业务呈现出用“别人的钱”（other people's money）而“以钱生钱”的特点：一方面，对于储户而言，其未来收回实物货币的保障已经不是依赖于钱庄原来1:1配比关系下的实物货币保管关系，而是取决于钱庄自身偿付能力的信用；另一方面，对于贷款人而言，其存在一种通过钱庄提前获得“货币”用于自身需要的可能，尽管这种可能是以其支付贷款利息作为对价。在从“保管—支付”模式转为“吸储—放贷”模式的过程中，钱庄从单纯的支付中介转换成了信用中介的角色（包括后来由此衍生出的纸币发行），并经过逐步的演化历程，发源于钱庄形式的银行作为人类经济活动的工具最终将实物货币上的“价值信用”或明或暗地渐变为银行的“人身信用”。

纸币通过银行的信用放大作用，使得脱钩于“金本位”后的单纯纸币发行制度能够满足现代生产力快速发展后将其作为一般等价物进行交换的需求，纸币的发行与流通很好地解决了工

〔25〕 Paola Fico, Virtual Currencies and Blockchains: Potential Impacts on Financial Market Infrastructures and on Corporate Ownership, 2016 Financial Institution, Regulation & Corporate Governance Conference, p. 7.

〔26〕 为论述方便，此部分中有关早期银行，本文均以“钱庄”一词统一指代。

〔27〕 参见〔英〕尼尔·弗格森：《货币崛起》，高诚译，中信出版社2018年版，第42页。



商业的支付与结算的问题,促进了统一、开放的金融体系的形成。而随着纸币需求量的激增,一方面,纸币的防伪、印刷、运输、保管、回收也都需要发生相应的成本(虽然对于国家而言,这种成本相对于发钞的收益要小得多);另一方面,过往动荡世界带给人类对于未来世界的危机感和不信任感增强了寻找更为有效的信任机制的动力。因此,区块链技术的出现就为人类提供了一种新的在更大范围内达成信任共识的途径。以比特币为代表的虚拟货币实际上是一场社会实验,这场社会实验虽然暴露出虚拟货币的致命缺陷,但客观上却发挥了播种机和宣传队的作用,让人们认识到通过互联网达成共识的可行机制及其巨大价值,由此为数字货币的出现开辟了道路。〔28〕

在此意义上,货币之所以作为一般等价物被世人所接受并使用,其根本原因并不在于货币自身所拥有的交换价值,货币的秘密乃藏身于货币背后的“信用”(credit)机制。换句话说,货币之所以成为交换的一般等价物只是因为“钱是农业、制造和贸易等所有创业活动的必要工具”〔29〕,货币最为关键、重要的功能在于其承担起了“信用转换”的功能,只有依托于货币这种工具背后的“信用”的依赖,货币才有可能在特定区域的特定群体内得以大规模承认与使用。在“金本位”制度下,货币作为一种货物的交换媒介,将原来实物铸币项下的直接信用表现转换为以黄金为担保的间接信用表现,其从根本上仍是对货币发行者现实支付能力的信任。在这个意义上,诚如“信用创造学派”〔30〕对于货币的理解,“信用就是货币,货币就是信用;信用创造货币;信用形成资本”〔31〕,失去金本位的法定纸币制度已经突破了一百多年前马克思有关货币价值的论断,法定纸币的存在与流通已经完完全全依赖于抽象的“国家信用”的支撑,而且这种“国家信用”是以法币在未来保持稳定支付能力的预期作为基础。如果说传统经济学家对于实物货币起源的解释强调实物货币充当一般等价物的原因来自于实物货币自身的价值,那么从法学的角度而言,还不如说这种信任是基于实物货币的持有人对于未来持续使用该货币以换回其所需物品的信任,也即只有基于对未来可持续使用该一般等价物的信任才构成了实物货币得以创设并维持的核心所在。否则即便是珍贵的金、银也仅能充当值得收藏的首饰品。〔32〕由此,一个结论就是:货币在本质上是国家或者社会对于商品交换中“一般等价物”的法律承认或者社会承认。当此等一般等价物上升至国家承认和强制使用时,就成为法律所指定的“法定货币”。〔33〕相应地,国家依据法律承担起对于法定货币的发行和管理责任,而民众和商业组织承担起按照法律要求使用法定货币的权利与义务。在此意义上,不管是比特币、LIBRA币还是法定的数字货币,数字货币只不过是“数字时代”由计算机技术所催生的货币新形态。因此,数字货币的法律属性还是信用

〔28〕 参见张若雪:《从技术角度看数字货币演进方向》,载《清华金融评论》2019年第12期。

〔29〕 TURGOR, Mémoire sur les prêts d'argent, oeuvres de Turgot, Paris: T. III, Gustave Schelle, 1919, p. 173, 转引自〔法〕罗莎-马里亚·杰尔皮、弗朗索瓦·朱利安-拉布吕耶尔:《消费信贷史:理论与实践》,江红译,商务印书馆2014年版,第96页。

〔30〕 信用创造学派主要是以18世纪的约翰·劳为先驱,以19世纪的麦克鲁德以及20世纪的熊彼特等人为代表。

〔31〕 斯凯恩:《极简金融史》,民主与建设出版社2017年版,第31页。

〔32〕 比如距今2200多年前的西汉,在丝绸之路,《史记·大宛列传》就记载“自大宛以西至安息国……不知铸钱,……得汉黄金,辄以为器,不用为币”。很显然按今天的眼光,汉帝国用黄金白银作为“货币”,但对安息国而言,他们得到的金银在很大程度上只是作为一般商品(装饰材料),而不是用作“货币”。

〔33〕 参见张庆麟:《论货币的法律概念及其法律属性》,载《经济法论丛》2003年第2期。



工具，只不过因为“法偿性”的不同而产生法定货币与非法定货币之分。但无论如何，与金币、纸币等实物货币相比，数字货币变化的地方只在于其数字化的形态，数字货币并没有改变人类几千年历史长河中货币作为信用工具的本质定位与功能，未必适用以“新货币论”<sup>〔34〕</sup>的方式对数字货币的法律属性进行解读和监管。

#### 四、数字货币的监管变革：货币“脱媒化”的趋势与挑战

货币流通的社会现象历史久远，可以说当人类社会的生产力发展到出现可供用于经常交换的剩余产品，并且为这些剩余商品的交换产生专职充当一般等价物的交换媒介时，货币的出现对于人类社会的发展就至关重要。正是这种充当一般等价物的信用载体的交换、度量功能，使得任何货币的融通活动在本质上要么是一种货币与其他主体信用的互换，要么是货币的一种信用的转移，由此无论从古至今金融活动是以何种形态呈现，其均通过“货币”这个信用工具的媒介而自然承接着人类经济活动中的“信用转换”角色。在此过程中，传统货币信用工具的使用需要依赖典型的外在媒介或者中介（intermediary）而发挥特定的功能，“媒介活动的核心就是具备获得并使用信用和市场风险信息的能力”<sup>〔35〕</sup>。在人类历史长河中，货币的发展以渐进式的方式形成了以“银行”为主导的信用媒体，银行这一组织形式是货币流动过程中最为基本的工具创新，它改变了原来货币单纯作为支付工具的功能，将货币的作用从支付延伸到了融资，一头连着资金闲置方，一头连着资金需求方，这样的信用中介特点使得银行承担起作为中间人连接借款人和贷款人以承担资金交换媒介的作用。<sup>〔36〕</sup>由此构成 19 世纪麦克鲁德在他的《信用的理论》一书中所描述的“银行及银行业者的本质是信用的创造和发行，所以银行绝不是借贷货币的店铺，而是信用的制造厂”<sup>〔37〕</sup>。

在传统货币理论下，货币依据其在市场中的流动情况被区分为 M0（指流通中的现金）、M1（包括 M0+单位活期存款）、M2（包括 M1+个人存款+单位定期存款+外币存款+证券公司客户保证金+其他类存款）和 M3（包括 M2+金融债券+商业票据+大额可转让定期存单等）。<sup>〔38〕</sup>在 M0~M3 的货币分层统计口径中，M0 是最为基础的货币，代表着由个人或者企业所保管的现金，对于 M0 部分，货币政策体现为监管当局对于基础货币的现金管理和反洗钱监管要求，工作重点是在保证现金普遍“法偿性”的基础上实现对于伪钞防范和大额现金交易流向的跟踪。而 M1~M3 的货币供给分层逐级代表着基础货币通过银行等存款和非存款金融机构在吸储、转贷、再存款过程中的信用放大，对于 M1~M3 的统计直接影响着现代金融体系中非常重要的“货币政策宏观调控”的设计与执行。货币当局往往通过“利率”这个价格机制引导和约束市场上的货币供应量，即通过利率的调节和货币发行（或者回收）机制向市场注入（或者收回）流动性，从

〔34〕 有学者认为，数字货币相对于传统实物货币存在的不同无法通过“商品说”“数据说”和“证券说”等理论进行解释，而提出了“新货币说”理论。参见杨延超：《论数字货币的法律属性》，载《中国社会科学》2020 年第 1 期。

〔35〕 沈伟：《银行的影子：以银行法为中心的影子银行分析框架》，载《清华法学》2017 年第 6 期，第 32 页。

〔36〕 See Christopher Viney, *Financial Institutions, Instrument and Market*, McGraw-Hill Education, 2007, pp. 54-55.

〔37〕 Macleod, Henry Dunning, *The Theory of Credit*, Longmans, Green, and Co., 1889, pp. 332-333.

〔38〕 参见《中国人民银行货币供应量统计和公布暂行办法》。

而帮助政府实现对于经济的宏观调控目标。比如当经济过热时,通过加息回笼货币为不理性的投资和投机“降温”;而经济增长后劲不足时,通过降息以向市场投入货币的形式满足经济发展所需资金。但问题在于,在现有以法定纸币为主的货币形式下,货币当局名义利率的政策无法做到“负利率”,因为当名义利率为负值时,储户会产生从银行和金融机构大量提现的需求,而这会引发M0的增加和M1~M3的倍降,货币当局原本意图通过大幅降低利率刺激货币投放的政策目标就难以实现,整个社会可能会陷入货币的“流动性陷阱”,<sup>[39]</sup>而挤兑的后果也会额外引发金融市场的系统性风险。因此在存在纸币现金的情形下,零售市场的“负利率”政策存有极大困难。<sup>[40]</sup>

过往,针对货币政策“流动性陷阱”的一个另类尝试就是量化宽松计划(Quantitative Easing,简称“QE”)。“量化宽松计划”是一种在以利率降低为主的货币政策失效下的“非常规货币工具”,其本质是中央银行通过公开市场操作从商业银行等金融机构购入国债、房贷债券等证券,从而使得银行体系能够保持充裕的货币流动性,进而支持金融机构对于实体企业的流动性注入。量化宽松政策的经济目标是在经济下行时通过低利率帮助企业将成本维持在低位,同时通过低利率促进消费以实现对于经济增长的推动作用;另外,通过央行向市场注入充足资金以确保那些负有大量贷款的大型企业或者金融机构能够有足够的流动资金应对偿付危机,不至于出现流动性枯竭而引发“挤兑”或者“连锁破产”的系统性风险反应。理论上,量化宽松政策不一定就注定意味着“货币放水”或者“通货膨胀”,因为量化宽松政策的根基是央行要有能够提供流动性支持的充足“弹药”,这些“弹药”可以是国库的盈余,也可以是央行的储备“现金”(广义)。但在大多数情况下,量化宽松政策还是以“开闸放水”的印钞方式促进市场上货币的流动性,由此量化宽松计划带来的另外一个问题就是市场谈虎色变的“通货膨胀”问题。

但数字化的发展对于银行法与货币法产生了巨大的影响,因为基于非物质化与数字化的进程,无论是中央银行还是商业银行均有必要对金融和货币进行重新分类,并且规划出建设性的方式以应对改变。<sup>[41]</sup>比如,相对于纸币在监管及货币政策调控上的“盲点”,发行法定数字货币则具有天然的优势:法定数字货币的发行将有助于降低传统纸币发行、流通的高昂成本,消除纸币容易匿名伪造、用于洗钱或恐怖融资等非法活动的风险,提升经济交易活动的便利性和透明度。<sup>[42]</sup>而且,通过利用央行数字货币的数字化特性,在货币发行时预先设定符合政策导向的条件,可以实现货币的精准投放、实时传导、前瞻指引以及逆周期调控,解决现代货币政策不可实现“负利率”的流动性陷阱困境。<sup>[43]</sup>因此央行数字货币将在相当程度上扭转乃至终结私人数字货币对于法定货币的竞争优势,使央行的货币政策手段能够延伸到数字货币流通领域,且能够使央行具备通过数字货币回流银行货币的能力与渠道,大大优化央行货币支付功能,提高央行货币

[39] 所谓“流动性陷阱”是指当一定时期的利率水平降低到不能再低时,市场对于货币的需求就会无限增大,无论增加多少货币,都会被人们以现金的方式持有,而不愿意把这些现金以资本的形式作为借贷(如存款)或者投资,由此也起不到国家希望通过降息而刺激人们持有货币并消费的目的,由此便利宽松货币政策完全失效,无论市场增加多少现金,但对总体需求、所得及物价均不产生任何影响。

[40] 参见梁斯:《对发行法定数字货币的思考》,载《清华金融评论》2019年第8期。

[41] 参见〔德〕塞巴斯蒂安·欧姆勒:《德国法与欧盟法下的金钱、货币数字化》,张佳丽译,载《私法研究》第23卷,法律出版社2018年版,第241页。

[42] 参见李志杰:《法定与非法数字货币的界定与发展前景》,载《清华金融评论》2017年第4期。

[43] 参见姚前:《法定数字货币的经济效应分析:理论与实证》,载《国际金融研究》2019年第1期。

地位和货币政策有效性。<sup>〔44〕</sup>但与此同时，由于数字货币不需要绑定任何银行账户，可以直接对接使用人的身份识别，由此摆脱了对于传统银行账户体系的依赖。在“触媒化”的时代，传统的央行是国家唯一的货币发行主体，商业银行则是信用中介，商业银行的吸储、放贷、再吸储、再放贷这一系列的功能实现了货币信用的放大，因此“存款”是银行一切活动的基础和“命根”。但在数字货币的时代，因为数字货币可以直接发行和存储，使得原有的“央行—商业银行”二元银行体系有可能转向“央行—存款”的一元体系，商业银行原有的“债权—债务”式的存款关系将被央行“委托—代理”的保管支付关系所大量吸纳。<sup>〔45〕</sup>在经济形势发生波动时，社会公众更加倾向于把存款从商业银行转移到人民币法定数字货币账户中去，这种存款“国家化”的趋势和现象将会对商业银行的授信能力和信用货币创造能力产生损害，从而削减银行对实体经济的信贷支持，市场的信贷体系、规模可能由此被重塑。<sup>〔46〕</sup>正如英格兰银行副行长本·布劳德本特在其题为“中央银行与数字货币”的演讲中所提到的，如果央行负债表扩大至企业和家庭，中央银行数字货币账户与银行存款账户越相似，所产生的银行存款流失的问题就会变得越严重。这种情况下，中央银行发行数字货币就不仅仅关乎货币交易安全性和成本问题，而将涉及宏观审慎，有可能对现代金融体系的基础结构产生重要影响。<sup>〔47〕</sup>

为了避免数字货币直接发行而给传统以银行为核心的“触媒化”货币体系带来冲击，我国现阶段的人民币数字货币的试运行仍保留了“央行—商业银行”的二元结构发行方式，即央行将数字货币发行给商业银行，商业银行向央行缴付全额准备金而获得数字货币的双层运营模式（商业银行获得数字货币后再向特定目标客户交付数字货币）。现有人民币数字货币试验的主要目标还是在可控匿名的前提下实现对于流通中货币（M0）的替代，降低人民币纸币的发行成本。由此不同于比特币、LIBRA 币等各种代币的去中心化发行模式，现有的人民币数字货币试验呈现以下四个特点：第一，因为央行数字货币仍然是中央银行对社会公众的负债，其债权债务关系并未随着货币形态而改变，因而仍必须保证央行在投放过程中的中心地位；第二，需要保证并加强央行的宏观审慎与货币政策调控职能；第三，不改变二元账户体系，保持原有货币政策传导方式；第四，为避免运营机构超发货币，需要有相应的安排以实现央行对数字货币投放的追踪和监管。但尽管如此，数字货币仍带来很多挑战，其中最大挑战就是以科技手段重塑原有传统货币使用的整个流程和结构。比如，在“去中心化”“脱媒化”的趋势下，所有传统的“银行”的组织形式或者“存款”“投资”“保险”的行为将会被区块链、虚拟货币、加密发行等新型行为所替代。原先被监管机构所重视的以银行为核心的信用中介体系会越来越被交易主体之间的直接交易体系所替代。信用中介功能不再由某个机构单独完成，而是通过金融市场上的不同机构和工具相互配合而实现，出现“以金融市场来代替传统金融机构实现信用中介功能，通过直接融资工具、交易来

〔44〕 参见周子衡：《中央银行发行数字货币的五个问题》，载《清华金融评论》2017年第4期。

〔45〕 有关从法定纸币到法定数字货币之间流通关系的变化影响可参见刘少军：《法定数字货币的法理与权义分配研究》，载《金融法学家》第9辑，中国政法大学出版社2017年版，第254-257页。

〔46〕 参见何德旭、姚博：《人民币数字货币法定化的实践、影响及对策建议》，载《金融评论》2019年第5期。

〔47〕 参见温信祥、张蓓：《数字货币对货币政策的影响》，载《中国金融》2016年第17期。

开展信用中介活动,减少间接融资过程中的中介机构成本”〔48〕的发展态势。在“脱媒化”的背景下,传统银行客户除了银行存款之外的资金来源和银行贷款之外的资金去处变得更多,存款作为银行资金来源的重要性下降,市场越来越成为重要的资金来源,金融机构与金融市场之间的界限逐渐模糊。〔49〕由此原先以“存款—贷款”为基础的间接融资方式和以“存贷比”“资本充足率”“核心资本充足率”“风险资产权重比例”为主要方法的银行偿付能力和流动性指标的监管要求也将得以重新塑造。

## 五、代结论

随着现代科学技术的发展和人类个体对于金融风险认知和自我保护程度的提高,货币的形式和使用路径正在摆脱传统意义上对于作为货币信用转换媒介的银行的依赖,作为信用工具的货币本身的“脱媒化”趋势也已初见端倪。数字货币的“脱媒化”既包括对于货币工具的“脱媒”,也包括对于信用中介的“脱媒”。数字货币的出现改变了货币发行的主体和信用方式,运用区块链技术所发行的法定数字货币会逐渐以分布式记账的功能替代传统银行、清算所的中心化记账功能,从而加速金融行业的“脱媒”速度。数字货币的“脱媒”在本质上是一种基于传统信用机制理论的新的技术集成和表现方式,数字货币作为信用中介的本质没有发生改变,但其载体却发生了翻天覆地的变化。由此可能带来传统金融行业和交易方式的颠覆性变革,这种变革也将迫使原本以传统实物货币为基础的旧有金融监管措施和货币政策措施发生根本性的变化,而这种变化代表着数字时代人类的前进方向和货币形态的新迭代。

---

**Abstract:** If cash represents the current existing of currency, the digit currency based on DLT represents the future of currency. During the past history, the formality of currency has changed but the content of currency has never changed. Whatever Bitcoin, LIBRA or the legal currency, digit currency is one of the new formalities of the currency in the digit time. Digit Currency will never change the characteristic and function of the currency as the credit tool in the long-time human history. But we have to acknowledge that the digit currency changed the issuer and credit channel of the currency and speed the disintermediation of the currency. Such change will cause the revolutionary reform in the traditional financial market and trading methods and it will cause the new regulation on the digit currency from the traditional regulation based on the cash currency system.

**Key Words:** RMB, digit currency, credit tool, disintermediation

---

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

---

〔48〕 郭雳:《中国式影子银行的风险溯源与监管创新》,载《中国法学》2018年第3期,第214页。

〔49〕 参见前引〔12〕,威廉·华莱士书,第116页。



## 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

• 165 •

### 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，<sup>〔1〕</sup> 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。<sup>〔2〕</sup> 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。<sup>〔3〕</sup> 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。<sup>〔4〕</sup>

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。<sup>〔5〕</sup>

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。<sup>〔6〕</sup>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。<sup>〔7〕</sup>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](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。

• 169 •

### 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。”<sup>〔10〕</sup> 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”<sup>〔11〕</sup>。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，<sup>〔12〕</sup> 有推进可持续性发展的能力<sup>〔13〕</sup>。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”<sup>〔14〕</sup>。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

〔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。<sup>[15]</sup>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。<sup>[16]</sup>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,<sup>[17]</sup>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。<sup>[18]</sup>

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。

• 171 •

#### 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。<sup>〔19〕</sup>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。<sup>〔24〕</sup>

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。<sup>〔25〕</sup>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<sup>〔26〕</sup>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。<sup>〔27〕</sup>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。<sup>[28]</sup>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

• 177 •

<sup>[28]</sup> 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。<sup>〔29〕</sup>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”<sup>〔30〕</sup>。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。<sup>〔31〕</sup>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。<sup>〔32〕</sup>

〔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<sup>[33]</sup>与《商业银行法》第71条<sup>[34]</sup>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。<sup>〔35〕</sup>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,<sup>[36]</sup>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。

• 181 •

## 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

---

(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

• 183 •

### 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。<sup>〔1〕</sup> 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。<sup>〔2〕</sup>

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。<sup>〔3〕</sup>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。<sup>〔4〕</sup>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。<sup>〔5〕</sup>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。<sup>〔6〕</sup>

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。<sup>〔7〕</sup>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。<sup>〔8〕</sup>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。<sup>〔9〕</sup>针对出现的问题,许多研究建议进行立法,如修订《中华人

〔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](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。<sup>〔10〕</sup>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。<sup>〔11〕</sup>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。<sup>〔12〕</sup>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

• 185 •

〔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。<sup>[13]</sup>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。<sup>[14]</sup>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。<sup>[15]</sup>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。<sup>[16]</sup>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。<sup>[17]</sup>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](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。<sup>〔18〕</sup>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。<sup>〔19〕</sup>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。<sup>〔20〕</sup>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”<sup>〔21〕</sup>。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

• 187 •

〔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。<sup>[22]</sup> 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。<sup>[23]</sup>

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。<sup>[24]</sup> 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,以扶持这些地区和行业的经济发展”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。<sup>[29]</sup> 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

### (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,<sup>[30]</sup>《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。<sup>〔31〕</sup>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。<sup>〔32〕</sup>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。<sup>〔33〕</sup>

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。<sup>〔34〕</sup>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。<sup>〔35〕</sup>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。<sup>[36]</sup>

《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。

<sup>[36]</sup> 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

---

• 193 •

（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

### 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。<sup>〔1〕</sup>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。<sup>〔2〕</sup>

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”）<sup>〔3〕</sup>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。<sup>〔4〕</sup>

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。<sup>〔5〕</sup>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。<sup>〔6〕</sup>

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。<sup>〔7〕</sup>

### （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。<sup>〔8〕</sup> 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)<sup>〔9〕</sup> 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<sup>〔10〕</sup> 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。<sup>〔11〕</sup> 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。<sup>〔12〕</sup>

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)<sup>〔13〕</sup> 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”<sup>〔14〕</sup>。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。<sup>〔15〕</sup>

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。<sup>〔16〕</sup>“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。”<sup>〔17〕</sup>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。<sup>〔18〕</sup>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”<sup>〔19〕</sup>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”<sup>〔20〕</sup>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。<sup>〔21〕</sup>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;<sup>[22]</sup>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;<sup>[23]</sup>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,<sup>[24]</sup>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,如果金融从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。<sup>[25]</sup>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<sup>[26]</sup>以及给成员的通知01—23<sup>[27]</sup>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之知识和经验、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.<sup>〔28〕</sup> 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。<sup>〔29〕</sup> 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）；<sup>〔30〕</sup> 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。<sup>[31]</sup>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。<sup>[32]</sup>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,<sup>[33]</sup>“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”<sup>[34]</sup>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。<sup>[35]</sup>

## (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。<sup>〔36〕</sup> 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，<sup>〔37〕</sup> 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。<sup>〔38〕</sup> 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。<sup>〔39〕</sup> 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。<sup>[40]</sup>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。

## 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。<sup>[41]</sup>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,<sup>[42]</sup>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,<sup>[43]</sup>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

---

---

## 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

• 207 •

〔1〕 习近平：《习近平谈治国理政》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。<sup>〔3〕</sup>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，<sup>〔4〕</sup>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，<sup>〔5〕</sup>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。<sup>〔6〕</sup>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。<sup>〔7〕</sup>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。

• 209 •

## 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,<sup>〔8〕</sup>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。<sup>〔9〕</sup> 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，<sup>〔10〕</sup> 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，<sup>〔11〕</sup> 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，<sup>〔12〕</sup> 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。<sup>〔13〕</sup> 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，<sup>〔14〕</sup> 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。

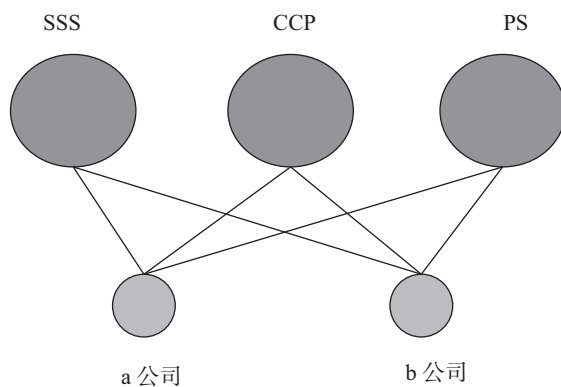


图 1

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,<sup>[15]</sup>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。<sup>[16]</sup>

## (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。<sup>[17]</sup>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,<sup>[18]</sup>从而促进了信息在金融网络中的广泛共享,<sup>[19]</sup>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。<sup>[20]</sup>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,<sup>[21]</sup>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

• 211 •

[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，<sup>〔22〕</sup> 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，<sup>〔23〕</sup> 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”，<sup>〔24〕</sup> 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。<sup>〔25〕</sup> 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。

• 213 •

### 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,导致交易所需利用自有资金向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，金融科技公司、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。<sup>〔29〕</sup>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。<sup>〔30〕</sup>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。<sup>〔31〕</sup>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佳设计效果，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，<sup>〔32〕</sup> 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，<sup>〔33〕</sup> 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，<sup>〔34〕</sup> 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,<sup>[35]</sup> 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。<sup>[36]</sup> 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。<sup>[37]</sup>

#### 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

• 217 •

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。

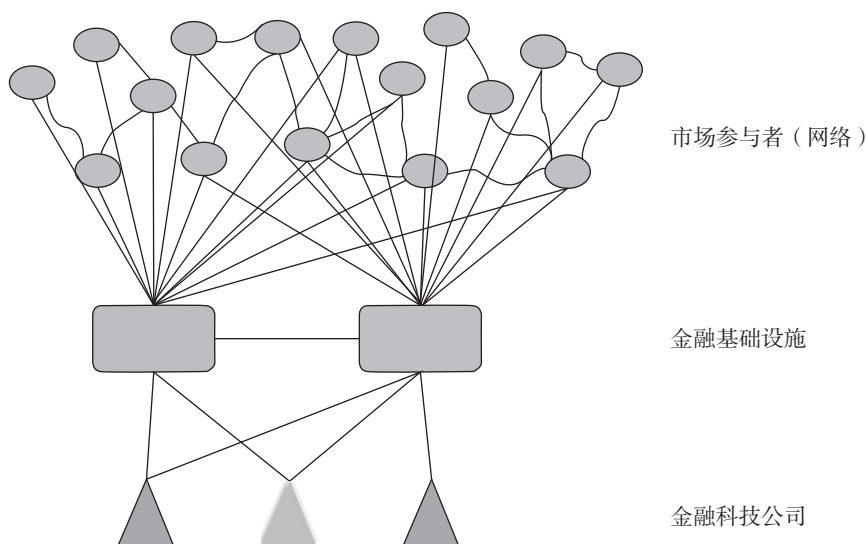


图 2

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，<sup>〔38〕</sup>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。<sup>〔39〕</sup>

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”。<sup>〔40〕</sup>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的,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,<sup>〔41〕</sup>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)

## 经济法立法目的条款司法适用路径的考察与解释

张 玮\*

**内容提要：**经济法的适用方式包括制定经济法政策、经济监督、经济法执法、经济法诉讼及合宪性审查等，经济法与其他部门法相比的显著特点在于非可诉性的法律规则比例较高。大多数经济法文本都设置了立法目的条款。经济法立法目的条款的功能包括明确经济立法的权限来源、为政府干预与市场调节设定边界、展示经济立法的价值等。立法目的条款的司法适用为政府干预设定正当程序并有助于经济法知识的普及，为市场主体提供稳定的预期。在司法适用过程中，市场规制类经济法的立法目的条款被援引的频率较高，而促进型经济法、宏观调控经济法的立法目的条款被援引的频率相对较低。我国现有的税法没有设置立法目的条款，导致税收法定原则及纳税人权利保护的司法适用较为困难。立法目的条款的质量瑕疵和技术缺陷也影响了司法适用的效率。因此需要重视经济法立法目的条款司法适用路径的构造，具体包括明确立法目的条款的功能、强化语言表述的法律规范性、增加上位法依据及政府责任的表述、区分不同类型经济法立法目的条款的适用方式等。

**关键词：**立法目的条款 经济法 司法适用 经济法实施

学界对立法目的条款的争议主要在于立法目的条款是否有实质性的内容。<sup>〔1〕</sup>有学者认为立法目的条款的实质意义并不大，但仍然有学者对立法目的条款的法学理论基础及表述方式进行了专

\* 张玮，铜陵学院法学院讲师。

本文为2018年安徽省高校人文社会科学项目重点项目“安徽省资源枯竭城市转型过程中的政企关系法治化研究”（SK2018A0534）的阶段性成果。

〔1〕例如梁慧星便认为立法目的条款仅仅具有宣示的性质，不是实质性的东西。参见易继明：《学问人生与人生的学问——访著名民法学家梁慧星教授》，载易继明主编：《私法》，北京大学出版社2004年版，第39页。转引自刘颖：《民法典中立法目的条款的表达与设计——兼评〈民法总则〉（送审稿）第1条》，载《东方法学》2017年第1期。但依然有很多学者认为立法目的条款值得研究。叶卫平认为立法目的之间的冲突会对法律适用产生影响，反垄断法的价值目标是反垄断法立法和实施中的核心和前置性问题。参见叶卫平：《反垄断法的价值构造》，载《中国法学》2012年第3期。

门研究。<sup>〔2〕</sup>我们假设现行法律中的每一款法条都有实际意义,那为什么又有相当多的立法目的条款没有被直接适用呢?经济法是制定法和回应型法,其立法目的条款实质上是国家干预意图的呈现。立法目的条款的内容残缺与表述模糊势必影响国家干预的合法化与合理性。<sup>〔3〕</sup>现有的学术研究成果主要包括经济法的实施方式、<sup>〔4〕</sup>经济法司法适用的制度设计、<sup>〔5〕</sup>具体的经济法单行法立法目的条款语义结构分析<sup>〔6〕</sup>等内容,但专门以经济法整体的立法目的条款为研究对象及研究其司法适用的成果较少。笔者认为经济法立法目的条款的实质性不仅在于内容的全面性,更体现在个案的司法适用环节中。本文以我国现行的经济法法律文本<sup>〔7〕</sup>为样本,结合北大法宝数据库中的经济法案例判决中对立法目的条款援引的现状进行分析,试图考察并解释经济法立法目的条款司法适用的现状、问题并提出改进建议。本文将围绕以下三部分内容展开论述:第一,经济法立法目的条款的司法适用现状;第二,经济法立法目的条款在司法适用中存在的问题;第三,对立法目的条款进行司法适用的建议。

## 一、经济法立法目的条款的司法适用现状

“立法目的条款是立法者开宗明义以‘为了’或‘为’为标识语,用规范化的语句专门用来表述整个法律文本之目的的特定法条形式。”<sup>〔8〕</sup>立法目的条款与立法者的意图之间是形式与内容的关系。“经济法的适用是指经济法律的宗旨、价值与目标在社会经济生活中的实现。”<sup>〔9〕</sup>经济法的适用分为公共机构实施和私人诉讼实施两种方式。立法目的条款与其他条款相比具有抽象性和宏观性的特点,经济法的立法目的条款如果不能被实际适用,那么立法目的公开便没有任何实质意义。在经济法的实施过程中,执法机构有可能在模糊化的立法目的条款指引下扩大政府干预的范围,突破法律程序的约束。若完全脱离司法诉讼的方式适用立法目的条款,守法主体便无法感知立法目的条款的实质内容和真实意图。因此,将抽象化的立法目的条款转变为可以在纠纷解决中直接适用的裁判规则有助于提高经济立法的质量。卡尔·拉伦茨也认为:“法律规范并非是借解释由原则中发现的,而是借裁判的统合过程被创造出来的。”<sup>〔10〕</sup>如若立法目的条款只是为

• 223 •

〔2〕 参见刘风景:《立法目的条款之法理基础及表述技术》,载《法商研究》2013年第3期。

〔3〕 有学者认为经济法的“政策”特质是经济法立法目的条款创制的必要性之源。参见叶金育、褚睿刚:《环境税立法目的:从形式诉求到实质要义》,载《法律科学》2017年第1期。

〔4〕 应飞虎认为应当依赖非政府的力量实施经济法。参见应飞虎:《中国经济法实施若干问题》,载《现代法学》2013年第5期。蒋悟真认为预算法的实施包括政治化路径、社会化路径和司法化路径三种方式。参见蒋悟真:《中国预算法实施的现实路径》,载《中国社会科学》2014年第9期。

〔5〕 相关研究成果包括张守文:《经济法司法理论之拓补》,载《法学论坛》2017年第5期;薛克鹏:《经济法实施困境及其体制创新》,载《法学论坛》2017年第5期;张家宇:《最高人民法院介入宏观调控的实践与反思》,载《燕山大学学报》(哲学社会科学版)2017年第3期。

〔6〕 相关研究包括王霞、刘珊:《消费税立法目的条款的考量与设计》,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2019年第1期;前引〔3〕,叶金育、褚睿刚文。

〔7〕 本文主要选取的经济法文本仅指全国人大及其常委会制定的法律,地方经济立法成果不在本文讨论之列。时间跨度从1979年到2019年。

〔8〕 前引〔2〕,刘风景文,第48页。

〔9〕 刘光华:《经济法的分析实证基础》,中国人民大学出版社2008年版,第268页。

〔10〕 〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第29页。

了应付立法规范的要求而无实际适用的可能性，便有可能沦为“僵尸条款”。关于“僵尸条款”的讨论多见于刑法和民法学者的论著之中。<sup>〔11〕</sup>僵尸条款是一种形象化的比喻，有学者从条款的实施效力和保障强度进行定义。<sup>〔12〕</sup>也有学者以民法中的僵尸法条为研究对象，认为此类法条因逻辑结构或者体系构造存在瑕疵而欠缺适用可能。<sup>〔13〕</sup>笔者认为僵尸条款是在司法适用中从未被法院或者当事人主张与援引的，也很少被学界及社会广泛讨论的法律规定。这些条款的行业专业性较强但法律规范性较弱，或者与实际生活较远从而难以被直接援引适用。在传统大陆法系国家，立法的数量完备性、形式严密性似乎比法律的实际适用更加受到关注，法律条文的精细化、部门法之间明确的界限、法律概念严谨化在法学研究者心目中的地位似乎比解决实际问题更重要。但法学终究是回归实践的科学，经济立法所确定的法律规则若不能诉诸诉讼则不能推动经济法被实际遵守，也不能够为经济法学研究奠定社会认知基础。因此有学者认为经济法的遵守是实现经济法宗旨或者目标的重要路径。<sup>〔14〕</sup>但也有学者认为一些经济法的执法存在管制化的趋势，导致了私人诉讼处于补充性和附带性的地位。<sup>〔15〕</sup>立法目的条款的适用不能仅靠政府的自我约束、自我证明及自我调整。我们需要明确立法目的条款不是一经公开或者适时修改就能够起到应有的效果。<sup>〔16〕</sup>立法目的条款经过公众参与、讨论、质疑、在判决中援引才能摆脱长期沉睡的尴尬处境。笔者根据北大法宝的数据库对裁判文书援引立法目的条款的情况进行统计，本文所指的司法适用包括当事人和法院对立法目的条款的援引，也包括法院在判决说理部分对立法目的条款的解释。具体情况如表 1 所示：

• 224 •

表 1  
经济法立法目的条款司法适用的次数统计

法律	总次数	法院主动援引次数	当事人请求援引次数
《消费者权益保护法》	21	13	8
《反不正当竞争法》	36	34	2
《反垄断法》	3	3	0
《注册会计师法》	1	1	0
《电力法》	3	1	2
《海上交通安全法》	1	1	0

〔11〕 笔者在中国知网中以“僵尸条款”为关键词进行搜索，发现相关成果主要是讨论刑法中的正当防卫条款。详见陈兴良：《正当防卫如何避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析》，载《法学家》2017 年第 5 期。民法学者李宇认为民法典分则草案中存在大量无规范意义的“僵尸法条”。详见李宇：《十评民法典分则草案》，载《中国海商法研究》2018 年第 3 期。贺剑则直接从民法中的僵尸法条的表现、危害及形成机理的角度进行研究。参见贺剑：《民法的法条病理学——以僵尸法条或注意规定为中心》，载《法学》2019 年第 8 期。

〔12〕 有学者认为缺乏国家强制力保障、效力较弱的法律条款是“僵尸条款”。参见刘风景：《法律隐喻学》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 57 页。

〔13〕 参见前引〔11〕，贺剑文。

〔14〕 参见孟庆瑜：《中国经济法实施问题理论检视与思考》，载《法学杂志》2010 年第 10 期。

〔15〕 参见李剑：《反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展》，载《法学研究》2011 年第 5 期。

〔16〕 有学者认为法律人容易陷入制度主义的陷阱中，认为制度到位便等同问题的解决。参见郑戈：《美国财政宪法的诞生》，载《华东政法大学学报》2015 年第 3 期。



续前表

法律	总次数	法院主动援引次数	当事人请求援引次数
《邮政法》	2	2	0
《土地管理法》	8	3	5
《森林法》	1	1	0
《渔业法》	1	1	0
《动物防疫法》	3	2	1
《种子法》	2	0	2
《产品质量法》	7	7	0
《广告法》	4	3	1
《价格法》	2	0	2

总体而言，立法目的条款虽不至于是绝对意义上的僵尸条款，但其适用范围也相对有限。笔者认为经济法中的国家具有事前干预的偏好，由此经济法中含有较多的进行事前规制的法律，这便要求实施主体不能等到危害结果发生后再事后补偿，而是要在事前便设定市场准入资格、维护市场秩序，这都是司法机关较难做到的。<sup>〔17〕</sup>

笔者发现经济法立法目的条款的司法适用具有如下特点：第一，市场规制类经济法的立法目的条款援引较多，例如《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等。究其原因在于这两部法律具有一定的私法属性，与经营者、消费者的关系较为紧密，私人诉讼是其主要实施方式。第二，资源管理型的经济法立法目的条款援引也较多，例如《土地管理法》。究其原因在于《土地管理法》立法目的中含有“依据宪法、制定本法”的明文规定，并且和社会主义基本经济制度相关，与当事人的切身利益相关，法律普及程度也较高。第三，宏观调控、促进型经济法的立法目的条款很少被援引，主要原因在于此类经济法并不以私人诉讼为主要实施方式，而是依靠宏观调控机构来实施。笔者认为，经济法在适用时应考虑社会成本因素。“诉讼成本较高或者诉讼结果不可预测时，监管就是一个社会成本较低的选择。”<sup>〔18〕</sup>

立法目的条款司法适用的具体方法归类如下：

### 1. 具体部门法适用的判断依据

在大陆法系传统国家，部门法之间往往有清晰的边界，这种划分背后的逻辑不仅是法律调整对象的差异，也意味着各个部门法在司法适用中具有不同的法律责任、国家干预程度、权利义务关系等。在诉讼前明确法律调整对象、诉讼主体资格是有必要的，有助于防止滥诉，节省诉讼资源，也能够防止政府对市场调节的过度干预。

在现有的司法判决实例中，立法目的条款常被援引用来明确案件适用何种具体的部门法，主要包括《反不正当竞争法》和知识产权法的区分、《电力法》与《侵权责任法》的区分等。<sup>〔19〕</sup> 有学者

〔17〕 有学者以经济法的实施方式为对象进行了论述，薛克鹏便认为传统的三大诉讼程序法难以成为经济法的程序法。参见前引〔5〕，薛克鹏文。

〔18〕 〔美〕丹尼尔·P. 凯斯勒主编：《监管与诉讼》，武立译，化学工业出版社2018年版，第29页。

〔19〕 参见四川省高级人民法院（2017）川民再565号民事判决书。

认为私法在适用时更加注重“保持技术性，而尽量避免过分的价值嵌入”〔20〕。但是如果将法律的概念仅限于成文法典中的依据而无视现实生活中的依据显然是狭隘的。〔21〕法律的技术性并非意味着对立法目的背后价值解释的漠视，因此需要超越立法目的条文的内容领会立法者意图。不同法律的适用严格程度是不一样的，其社会关注热度也有区别。例如法院在认定职业打假的时候通常会引用立法目的条款。根据案件的具体情况，法院的认定也会有所区分，有的采取开放性的扩张解释，有的采取审慎型的限制解释。例如在岳卫与邓小斌买卖合同纠纷上诉案中，法院基于立法目的并结合消费方式、消费理念变化的内容，认为消保法是对弱势消费者群体的倾斜性保护，并结合本案情况作出了认定〔22〕。因此，在案情较为复杂、社会关注度高且具有较强的示范效应的案件中，援引立法目的条款可以对自由裁量权进行必要的限制，使其符合比例原则和绩效原则的要求。

## 2. 对争议性概念进行解释的依据

由于立法技术局限性的原因，经济法中主体的区分及相关概念存在模糊性的边界。比如对消费者、经营者、〔23〕竞争关系、不正当竞争等概念需要结合立法目的进行解释。笔者认为，解释的范围不能突破立法目的背后的立法者意图。虽然有学者认为法律主体与部门法之间并不存在一一对应的关系，但经济法中仍然还有一些惯常使用的法律主体。〔24〕以消费者概念为例，法院主要依据《消费者权益保护法》的第2条区分“消费者”和“职业打假人”的概念。但《消费者权益保护法》第2条中“生活需要”的规定存在较大的模糊空间，不同地区的法院存在不同的解释。因此需要结合该法的立法目的条款根据不同的案情对消费者概念进行解释。法院援引立法目的条款多为解释经济法中的主体，也体现了经济法主体的认定是目前经济法整体司法适用中的难点之一。究其原因在于经济法主体具有如下特点：第一，经济法主体并非严格意义上的法律拟制概念。经济法主体之间的差异性客观存在的，在不同的场景中有不同的能力和地位。因此，若严格按照字面意义进行解释容易偏离立法者的原旨，也脱离了司法适用的具体生活场景。第二，经济法主体整体上具有集合体的特点。集合体的特征并非能够通过单一的个案予以整合和提炼。有学者认为组成集合体的个体成员各自具有集合体的属性，对集合体概念的解释需要发掘社会事实和价值诉求等因素。〔25〕因此，法院希望通过一次性的解释方法来类推集合体内不同主体的具体情况是不可能的，遵循前例的思维在此具有较大的局限性。第三，经济法主体具有差异化和不均衡化的属性。经济法追求实质公平的理念，经济法主体之间的差异在立法中得以体现。以消费者的概念为例，组成消费者概念的是具体的进行消费活动的个体，但在每一个具体的语境中，消费者个体之间存在差异。对消费者概念进行认定时要结合具体的案例环境，即通常考虑的是否是

〔20〕 尚连杰：《“知假买假”的效果证成与文本分析》，载《华东政法大学学报》2015年第1期，第91页。

〔21〕 参见〔美〕博登海默：《法理学：法哲学与法学方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第486页。

〔22〕 参见江苏省常州市中级人民法院（2017）苏04民终第3400号民事判决书。

〔23〕 关于个人是否是经营者的问题，在申请再审人张鋈、张宏岳、北京泥人张艺术开发有限责任公司与被申请人张铁成、北京泥人张博古陶艺厂、北京泥人张艺术品有限公司不正当竞争纠纷一案中，主审法院在认定经营者概念时援引了《反不正当竞争法》第2条，认为我国的《反不正当竞争法》并未将个人排除在经营者之外。参见最高人民法院（2010）民提字第113号民事判决书。

〔24〕 参见焦海涛：《经济法主体制度重构：一个常识主义的视角》，载《现代法学》2016年第3期。

〔25〕 参见前引〔9〕，刘光华书，第182页。

“生活消费”，除此之外，消费者权益保护法在“消费者—经营者”之间设置了不均衡的“权利—义务”结构，这仍然要结合具体案件中的双方当事人力量对比情况，看是否存在明显的力量不对等及信息不对称的情形。虽然不同的时代会有不同的消费模式，但消费者作为整体的弱势地位具有一定的稳定性，为了避免过于机械和僵化地适用法条而偏离消费者权益保护的基本价值，在此援引立法目的条款是最可靠的，也是双方当事人都能够接受的，不至于对社会整体利益和公共秩序造成冲击。

### 3. 对案件具体事实进行解释说理的依据

法院通常将立法目的条款作为剖析案情进行解释说理的依据。立法目的条款并非和法律文本中的具体规则制度相分离，而是作为对其他法条进行解释的参考标准。在这种情况下，法院在判决中会将立法目的条款和具体的条款相结合进行说理，例如《反不正当竞争法》中的一般条款常和立法目的条款相配合。<sup>〔26〕</sup>因为法条本身承载的语义信息量是有限的，结合立法目的条款有助于辅助理解案件中的争议性焦点。我们还发现，经济法所调整的经济关系具有较强的变动性，为了避免新经济形态和交易模式对传统的权利义务关系认定造成颠覆性的影响，立法目的条款发挥了“稳定器”的作用。

### 4. 法律判决效果的评价标尺

一方面，立法目的条款可以作为评价法院判决效果的标尺。在江阴市天天快递服务有限公司与陆二方等机动车交通事故责任纠纷上诉案中，法院认为判决符合《邮政法》的立法目的。<sup>〔27〕</sup>另一方面，立法目的条款可以评价相关主体的行为是否符合法律规定。在乳山市新嘉华水产有限公司、中交烟台环保疏浚有限公司海上养殖损害责任纠纷案中，法院认为，新嘉华公司未取得海域使用权证和养殖证就从事水产养殖的行为，存在脱离国家有关部门的监督管理的可能，这违背制定法律的目的，所以其养殖利益不能与合法养殖行为受到同等法律保护。<sup>〔28〕</sup>笔者认为，经济法立法目的条款是界定政府与市场关系的标尺。唯有和立法目的条款明显相抵触的行为才能被认定是侵害市场经济秩序的行为，国家干预才有必要介入。没有明显违背立法目的条款且对他人及社会公共利益危害不大的行为则是正当的市场经营行为，此时监管机构应当限制干预。

• 227 •

## 二、经济法立法目的条款在司法适用中存在的问题

比利时法学家德尔莫马尔曾以“鸡尾酒”为例说明经济法构成的复杂多变性。<sup>〔29〕</sup>经济审判庭的取消以及经济法独立责任的缺失使经济法在现有诉讼模式中存在感较弱，一些经济法的部门法甚至不以私人诉讼为主要实施模式。目前对立法目的条款最大的争议就是其是否真的是立法者

〔26〕 在加多宝（中国）饮料有限公司等与广州医药集团有限公司等虚假宣传纠纷上诉案中，法院在解释《反不正当竞争法》第9条中的“虚假宣传”时结合了该法的立法目的条款，在江苏古城酒业有限公司与江苏银河酒业有限公司不正当竞争纠纷上诉案中，法院在解释《反不正当竞争法》中“虚假表示”的相关内容时也援引了立法目的条款。参见北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第879号民事判决书；江苏省高级人民法院（2017）苏民终第297号民事判决书。

〔27〕 参见江苏省无锡市中级人民法院（2017）苏02民终第2376号民事判决书。

〔28〕 参见山东省高级人民法院（2017）鲁民终1899号民事判决书。

〔29〕 参见〔法〕阿莱克西·雅克曼、居伊·施朗斯：《经济法》，宇泉译，商务印书馆1997年版，第52页。

意图的真实体现，即立法目的如何从纸面走向现实。大多数立法目的条款规定较为宏观和宽泛，导致其法律规范性较弱。<sup>〔30〕</sup>立法目的条款不通过司法适用的方式来实现，便使得立法目的条款仅留存于形式，使得经济法的规定和立法目的条款关联性并不大。目前的司法适用大部分是消极的、主要停留在表面的字义解释，而缺乏穿透法条的说理。立法目的条款的适用难题并非因为自身语言表述的“病态化”，而是更多的源自于解释水平不足。

#### （一）税法立法目的条款的缺失导致税收法定原则适用的障碍

有学者研究了我国税务行政诉讼发生频率较低和税法内容的相关性。<sup>〔31〕</sup>笔者认为这和税法立法目的条款的模糊不明有关，税收法定原则无法从现行法律规范中直接提取。税收法定原则要求税收征收权、税收的目的、税收的用途都要有明确的法律依据。税收法定原则也是纳税人自觉纳税的安全感之来源。但现阶段的立法目的条款缺失导致税收法律的技术性较强、法律规范性较弱，与税收学无法区分。税法强调税收的国家目的性和强制性，与税收政策无法区分。其原因在于立法机关重视的仍然是税收的经济功能。除此之外，税收的目的并非是绝对静止的，在不同的阶段会有不同的需求，因此在立法目的条款中将税收目的直接精准定位绝非易事，也容易导致实践中的税收功能与立法目的产生较大背离，进而影响税法的公信力。笔者认为，纳税人现有的纳税行为主要是基于国家权力的威慑，而非税收道德的驱使。税收强制性的内容若在立法目的条款中过度体现，这对纳税人权利体系的建构也是不利的。

若仅将法律作为技术治理工具，此时的立法目的条款似乎没有必要精心设计。但若将法律作为社会集体行动的指南，则有必要将立法目的条款予以精确化。学术界和立法机关对税收立法目的条款的认知存在分化现象，学界对于税法立法宗旨的讨论较为热烈，但立法机关似乎对税法立法目的条款的设置并没有明确的表述和回应。税法立法目的条款的缺失使得税收的定位不明确，纳税人对税收的心理抗拒便不可能完全消除。在缺乏立法目的条款指引的情况下，税法呈现出过度技术化和碎片化的特点。而税法规则过于复杂也一定程度影响了法院对其的适用。<sup>〔32〕</sup>税法立法目的条款的缺失也使得税法与经济法的基本原则、价值理念的衔接存在缺位。因为立法目的条款的缺失，税收的功能也没有办法被具体廓清，因此纳税人提起诉讼也变得更加困难。笔者认为，税收行为具有一定的特殊性，与某些税收征收之前的“试点”工作密不可分，立法者在试点阶段无法事先预测税收的实际效用，而且税收的功能具有一定的浮动性，这也导致了税法立法目的难以固定和类型化。在实践中，税法和税收学边界模糊不清的情况也时有发生。立法目的条款中虽不排除政策性的表述方式，但政策内容成为立法目的条款的组成部分后就具有了法律效力。法律目的是内化性的，是最终的解释边界。<sup>〔33〕</sup>因此，税收法定原则不能仅是学术研究的封闭议题，也应当具有

〔30〕 有学者以金融监管法的立法目的条款为对象分析，认为立法目的普遍存在原则性与概括性过强的问题。参见贺小丽：《我国金融监管法立法目的条款的问题及完善》，载《甘肃社会科学》2016年第5期。也有学者以促进法为例进行分析，认为《中小企业促进法》《清洁生产促进法》《农业机械化促进法》的法律规范性较弱。参见郭延军：《立法是促进循环经济还是规范物质资源综合利用——以修订我国〈循环经济促进法〉为视角》，载《政治与法律》2017年第8期。

〔31〕 参见张守文：《财税法疏议》，北京大学出版社2005年版，第11页。

〔32〕 参见崔威：《中国税务行政诉讼实证研究》，载《清华法学》2015年第3期。

〔33〕 参见杨小强：《中国增值税法律技术的重大进步》，载 [http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caijingshidian/cjzylm/201701/t20170118\\_2522398.html](http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caijingshidian/cjzylm/201701/t20170118_2522398.html)，最后访问时间：2019年7月20日。



可视化的载体,在立法目的条款中体现税收法定的相关内容则是一种可行的方式。

## (二) 立法目的条款的技术缺陷导致法律适用困难

### 1. 立法目的条款的宏观性与个案微观性之间的冲突

立法目的不可能完全体现经济法的实质正义的观念,因为实质正义的标准是开放的,也随着时代变化而有新的内容,所以不能完全地体现在以文本形式固定下来的规则中。<sup>[34]</sup>大量的意识形态、道德性的用语和量化性表述具有开放性和过度自由裁量的特征,这对司法适用是不利的。立法目的条款中的大量表述与国家宏观调控政策有关,无法通过个案的裁判进行具体适用,因此个体难以将自身具体的权利义务关系融入相应的法律场景中,只能被动依靠国家干预的介入。比如立法目的条款中“消费者权益保护”“中小企业权益保护”等表述便突出了国家自上而下推行的整体性与统括性的保护,个体间的不同情况则并非立法最先关注的。因此,个体除非自身的权利受到直接影响,否则很难主动去援引立法目的条款维护自身权益。

### 2. 立法目的条款中的政府责任缺位

经济法立法目的条款中相当多的内容必须依赖于政府干预才可以适用,这些手段包括政策扶持、持续性的资金投入等。现有的立法目的条款只能为政府干预的合理性进行佐证,而看不出对政府干预责任、规范政府行为的必要规定。因为政府责任的缺失,立法目的即使无法完成也无法通过司法适用的方式进行归责。调控受体对调控主体没有达到立法目的规定的内容而进行起诉一般是很难的。

## (三) 立法目的之间的冲突并没有统一的解释标准

经济法的价值观较为多元,这和市场经济情况的复杂性及不同利益集团的诉求多元化有关。不同单行的经济法律的立法目的之间有可能存在矛盾和冲突的情形。目前的处理方法是将众多立法目标罗列出来,但并没有厘清子目的之间的逻辑关系。立法目的条款中的多个目标之间发生冲突在所难免,兼顾所有目标并将其置于同等重要的地位也很难做到。<sup>[35]</sup>立法目的背后隐藏的深层次的价值冲突是法律适用存在障碍的重要原因。<sup>[36]</sup>立法目的之间的关系包括法律内部的立法目的之间的关系,也包括法律之间的立法目的之间的关系。以《中小企业促进法》为例,政府对中小企业进行补贴和实施优惠政策可能导致经济效率的低下,尤其是对一些经济效益不佳、生产效率低下的中小企业的过度保护和扶持可能造成对消费者权益的间接侵害,也是对公平竞争秩序、市场效率提高等法益保护目标的违反。那是否要在众多目标之间设置一个价值序列或者价值冲突时的解决办法呢?有学者认为《反垄断法》的“法律文义上的含糊之处必须得到澄清,反垄

• 229 •

[34] 参见〔美〕米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第37页。

[35] 德国的《经济增长和稳定法》第1条要求联邦和各州在采取经济和财政措施时必须遵守四个目标:(1)物价水平稳定;(2)较高的就业率;(3)外贸经济平衡;(4)经济持续和谐增长。理论上四个目标应当得到兼顾,但事实上这些目标从来没有真正实现。在实践中,德国联邦政策的经济政策追求的仍然是处于最薄弱环节的那个目标。参见〔德〕乌茨·施利斯基:《经济法》,喻文光译,法律出版社2006年版,第109页。罗尔夫·施托贝尔也持类似的观点,他认为《经济增长和稳定法》第1条所确定的四个目标在实践中并没有完全达到。相关内容参见〔德〕罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,谢立斌译,商务印书馆2008年版,第335页。

[36] 参见前引〔1〕,叶卫平文。

断法执法机关要么囿于语义的含糊不敢作为，要么在法律适用过程中将出现过多的分歧”〔37〕。立法目的条款表述的模糊化在经济法中并不鲜见，比如《反不正当竞争法》第1条的“公平竞争”“不正当竞争”就有不同的解释标准。若是严格按照文义解释则体现为狭义上的竞争关系。〔38〕若是法院发挥能动性对立法目的条款进行解读，则倾向于认定广义上的竞争关系。〔39〕与此同时，一些新兴市场中的竞争秩序也适用反不正当竞争法的规范。〔40〕不同层级的法院、不同地区的法院对立法目的条款的解释也会发生冲突，甚至会偏离立法目的原意。在现有的反不正当竞争法的判决中，立法目的条款的适用相对较少，例如《反不正当竞争法》第2条一般条款的适用要多于第1条。〔41〕这容易导致在不正当竞争行为的认定过程中引入过度的主观价值判断、道德评价等非法律元素，容易扭曲立法目的条款的真实意图。

#### （四）人为割裂经济法与其他部门法的关系

经济法适用的难题也在于当今法律部门的交叉化的趋势越来越明显，立法目的条款中对法律调整对象的划分终究是一种主观的解释，传统的经济法部门法化思维方式使得其他部门法的研究成果难以供给到经济法的研究之中，造成部门法之间较大的学术交流隔阂。现实生活中的法律问题是复杂的，不可能通过单一的部门法或者某部具体的经济法实现定纷止争的目的。但是经济法的部分法典化、责任独立化、部门法专业化的提议开始涌现，在司法适用中也出现了金融法院、知识产权法院的专门管辖的现象。也有学者呼吁建立专门的税收法院、〔42〕恢复经济审判庭〔43〕等。法律的立法目的不聚焦于具体的问题，通常采用较为宽泛和原则化的表述方式，但现实生活中的法律问题则是非常具体的，也可能出现学科的交叉。当新的问题和学科观点出现交锋之时，法律判断会出现无法兼顾的尴尬境地。〔44〕传统的法律适用需要将法律关系放置于特定的部门法调整框架之中。例如法院在审理消费者权益保护、不正当竞争纠纷等案件时需要参考特定部门法的立法目的条款，以此判断“消费者”“竞争关系”等概念在具体案件中的含义，进而将复杂的现实问题转化为单一部门法可以解决的问题，这种专业化的分析方法固然可以体现法律适用的严谨性和规范性，但却造成了部门法之间不必要的阻隔。现有的对立法目的条款的解读方式仍然是以具体的经济法单行法为依托的，而没有思考不同部门法之间立法目的条款之间的关系。例如

〔37〕 前引〔1〕，叶卫平文，第143页。

〔38〕 在一些判决中，法院对《反不正当竞争法》的竞争关系的认定采用的是狭义标准，即直接竞争关系。

〔39〕 在北京创磁空间影视文化传媒有限公司等与穆桂某某等不正当竞争纠纷上诉案中，法院采取了广义竞争关系的解释方式，认为反不正当竞争法由民事侵权法发展而来，起初仅仅保护竞争者利益，但在其发展过程中，其立法目标已经由保护竞争者利益不断向保护消费者权益和维护公共利益方面拓宽，由单纯的私权保护不断向实现市场管制目标发展。这就使不正当竞争行为的界定不限于同业竞争者之间的竞争行为，而拓展到非同业竞争者的竞争损害。参见北京知识产权法院（2016）京73民终第156号民事判决书。

〔40〕 在王跃文诉叶国军等著作权侵权、不正当竞争纠纷案中，法院在拓宽“市场”概念范围的前提下将“竞争关系”予以拓展，将文化市场、技术市场中的竞争也认定为一般的市场竞争行为。参见长沙市中级人民法院（2004）长中民三初字第221号民事判决书。

〔41〕 根据北大法宝的统计，《反不正当竞争法》第2条的案例与裁判文书数量为1417篇，是该法中适用最多的。

〔42〕 参见朱大旗、何遐祥：《论我国税务法院的设立》，载《当代法学》2007年第3期。

〔43〕 相关研究包括颜运秋：《关于经济审判庭宜改不宜废的思考》，载《法学论坛》2001年第2期；邢会强：《重提经济审判庭的设立》，载《法商研究》2009年第2期。

〔44〕 参见吴凯、汪劲：《论作为领域法的环境法：问题辨识与规范建构》，载《辽宁大学学报》（哲学社会科学版）2019年第1期。

《反不正当竞争法》《反垄断法》《消费者权益保护法》等法律的立法目的条款中都有“保护消费者合法权益”的类似表述,但其权重不尽相同。如今的消费者权益保护问题是跨领域的综合性问题,纠纷产生的根源也超越传统的合同关系和消费关系,涉及竞争法、金融监管等复杂领域。因此,法院若仍然以立法目的条款的规定将复杂的法律问题人为归类于单一的经济法可以调整的问题,则有可能产生审判不科学、不精细的问题,对当事人的权利保障也是不利的。

### 三、经济法立法目的条款司法适用路径的改进建议

经济法立法目的条款的适用并非只有司法适用的单一方式,但也不能以此否定司法适用的可能性。经济法学在其发展过程中仍需要回答以下三个问题,即:经济法是否具有自身独立发展的特殊问题;经济法是否具有其他法律部门不能涵盖的内容;经济法潜藏的危险价值判断能否排除。这些都可以通过立法目的条款的设置、调整以及适用得以体现。从这方面说,立法目的条款的司法适用最终是立法科学性、民主性、普及性的问题。经济法若要通过司法适用的方式予以普及仍然需要回归到立法目的条款本身的构造与改进。

#### (一) 明确立法目的条款的功能及必要性

一些部门法的立法目的条款缺失、法律规范性弱的现实缺陷造成了其法律适用的困难。长期以来立法目的条款实质性内容的忽略导致立法目的条款虚无化的倾向。笔者认为,立法目的条款内容范围的恰当性、表述的科学性、子目标之间逻辑关系的清晰性决定了立法目的条款是否具有实质性的效用。在现有的立法传统与惯例之下,立法目的条款的设置仍会继续存在,所以税法的立法目的条款应当加以补充和明确。税收法律立法目的条款的缺失易导致税收行为过度的“技术化”和“工具化”,使得纳税人形成对税收功能的片面认识,不利于国家与纳税人间关系的和谐。长期以来形成的税收“强制性”“无偿性”的刚性约束使纳税人将税法的目的单纯理解为国家目的,而无法将自身的利益诉求带入其中。但税法立法目的条款的缺失并没有被学界所遗忘,黄茂荣认为税法应当考虑社会目的、经济目的与秩序目的。<sup>〔45〕</sup>叶姗解释了在税收单行法中规定立法目的条款对落实税收法定原则的重要性。<sup>〔46〕</sup>征税行为存在的基础源自于政府与公民之间的社会契约,并通过正当合理的政治议程和法律程序得到了纳税人的同意。因此,征税目的必须要完全公开才能体现财税行为的合法性。笔者认为税法立法目的条款中应当包括纳税人权利保护的规定,淡化税收增加国家收入功能的提法,引入对税收发展功能的细化解释,以此减少对税收行为的片面认识,提高自觉纳税的意识,从而能够降低税收征收的成本。税法的立法目的条款应当体现税收的法律规范功能、征税权的来源和程序。对税法立法目的条款进行补充的意义在于更好地规范政府征税行为、落实税收法定原则、保护纳税人的权利等。以促进型经济法为例,促进型经济法中的鼓励性、激励性的措施并不具有强制性,因此需要在促进型经济法的立法目的条款中增加对“国家责任”的相关表述。笔者认为应当重视立法目的条款的设置,并以立法目的条款作为

• 231 •

〔45〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代税法》,北京大学出版社2011年版,第75-78页。

〔46〕 参见叶姗:《资源税法建制之法定原则诠释》,载《经济法研究》2018年第1期。



法律适用的价值指引和技术指南。具体观点如下：

### 1. 立法目的条款应处理好与时俱进与相对稳定的关系

立法目的条款的内容应当尽可能稳定，较多体现基础法益保护、社会整体利益保护，保留较为成熟的社会共识而尽量减少政策性目标的比重。相对稳定的价值目标应当基于宪法规定中的内容、党内法规的内容、党的大政方针和基本路线的内容、其他部门法已确定的相关内容，并非所有的社会经济发展的微观变化都要体现在立法目的条款中，尤其是一些看上去属于新的经济问题实质上仍然可以用传统的立法目的予以解读，除非是周期性出现或者长期存在的社会根本矛盾问题。

### 2. 立法目的条款应当明确直接目的和最终目的之间的关系

由于政策资源、监管资源和诉讼资源的限制，立法目的中的多元目标的实现不可能同时兼顾，因此要明确多元立法目的之间的逻辑关系。立法目的杂糅容易造成多元利益间的冲突，造成司法适用标准的缺失。在现有的条件下优先考虑直接目的进入立法目的条款，尽量简化立法目的条款中冗余、重复的套话。在具体的语言设计上，可以在子目的之间加上适当的连接词，体现目标之间的权重和逻辑关系。例如《中国人民银行法》中的货币政策目标的表述形式就能够体现子目标之间的序列关系，即经济增长需要建立在币值稳定的基础之上。

### 3. 立法目的条款要协调程序性内容与技术性实体内容的比例

立法目的条款中的实体内容及技术性内容的增加并不意味着立法科学性和完整性的进步，反而可能模糊法律与经济、法律与政策之间的区别，而使法律原本具有的价值判断和程序正义弱化。笔者认为立法目的条款仍然要基于法律规范性的属性，减少技术性的实体内容。比如要区分具体的经济性目的和经济法的目的，税收的目的和税法的目的，尽量减少变动性较大的经济现象对相对稳定的立法目的条款的影响。在促进型经济法的立法目的条款中尽量减少具有倾向性的言语表述，而应当适量增加激励手段、政府责任的表述，强化对国家干预权力进行必要限制的程序性规定。

## （二）明确部分经济法立法目的条款的上位法依据

传统的经济法部门法化研究思路为论证经济法的学科独立性提供了大量的学术资源供给，但也忽略了经济法与其他法律部门沟通对话的渠道。片面强调经济法的学术个性为政府干预经济提供了难以挑战的权威性，使得限制政府干预的救济渠道相对缺失。长期以来，其他法律部门对经济法的质疑多来自于国家干预对私人权利的侵犯及难以控制的危险性。我国《宪法》第15条为国家加强经济立法提供了合宪性依据，这当然是经济法立法目的条款得以存在的依据。但加强经济立法并非意味着国家干预对市场功能的替代，其最终目的在于为市场配置资源的决定性地位提供秩序保障。国家与市场的关系转型的基础建立在政府限制自身权力之上，但对国家干预权力的限制绝非作为部门法的经济法单独可以完成，最终需要上升到宪法控权的高度。为了体现宪法对公民权利的保障，需要根据宪法建立起受调控和受规制主体依据立法目的条款救济权利的制度。我国在经济立法过程中取得的成果固然来自于对宪法授权的合理拓宽，但基于“良性违宪”得来的改革成果绝非是超越宪法规定的“借口”，更应当成为对宪法规定的积极补充。除此之外，在经济法立法目的中体现合宪性依据是对经济法与宪法关系的进一步强化。在经济法立法目的条款中写明上位法依据有助于经济法的法律品格的进步。



### （三）区分不同类型经济法立法目的条款的适用路径

笔者认为立法目的条款中的“公共利益”“经济秩序”“经济增长”等目标在法律上需要得到程序性的控制，应强化对政府责任、政府信用、干预效果的考察和检验，向被调控的主体明确立法目的条款的存在和功能。立法目的条款不仅要追求形式上的严谨和完整，更要成为经济法良性运行的保障。

我国现行的经济法立法目的条款的类型多元且内容庞杂，因此需要进行类型化处理。对不同类型的经济法而言，司法适用的概率可能会有所不同。宏观调控类和市场规制类经济法的立法目的条款有不同的适用路径，国家干预的重心和介入阶段也各有所侧重。但笔者认为宏观调控类经济法立法目的条款绝非司法适用的真空地带，反而更应当体现被调控主体依据立法目的条款维护自身的合法权益。<sup>〔47〕</sup>适用宏观调控类经济法立法目的条款时应当引入对国家责任的考量、对干预程序的考察、被调控主体合法权利被侵犯时的救济机制。长久以来，宏观调控本身是否可诉的争议导致了国家干预行为多通过公共实施的方式进行，法院在其中的地位被弱化和虚化。经济发展的迫切性、社会整体利益的模糊性、市场经济的专业性、政策调整的灵活性往往成为经济法脱离司法适用的理由。守法主体也往往习惯于政府调控的权威性，对其正义性和合理性也难以有质疑和究问的渠道。《中小企业促进法》的立法目的条款中有“促进中小企业发展”“维护中小企业合法权益”的表述，但其实施仍然是基于地方政府的政策供给，来自于自上而下的线性资源供给。具体的中小企业主体基于该法的立法目的条款主张促进发展的权利仍然欠缺司法路径。此外，对于中小企业发展过程中的政府责任、激励措施是否落实、政府信用等问题也缺少可以具体问责的路径。促进型经济法法律责任的弱化也使得立法目的条款中的内容难以得到检验和考察。市场规制法立法目的条款的适用也需要进行科学化的解释，法院在具体适用时应当回归立法者意图本身，结合案情本身的具体情况拓展到领域法分析的进路。在具体方法上，立法目的解释并非只是概念的堆叠和杂糅，应当有明确的价值判断与排序，笔者建议的排序是：（1）宪法中若有直接规定优先；（2）尊重市场自发调节、当事人意思自治的地位；（3）体现经济法特殊价值的元素优先，例如市场竞争秩序、环境保护、消费者权益保护、经济安全等目标；（4）现阶段发展的突出矛盾和新问题优先。总之，对立法目的条款进行解释和适用时应当优先结合合法性和程序性的内容，再去结合合理性和专业性的内容。

• 233 •

## 四、结 语

对立法目的条款的援引是实现经济法价值的普及和适用的有效方式，也是理解经济法功能最为便捷的途径。长期以来，经济法学教育较为重视经济法的具体规则制度，而对经济法基础理论的关注热情不够。人们习惯了被动接受已经确定好的经济法立法目的，而较少关注立法目的条款的科学性、发展变化以及对具体经济法制度的影响。经济法立法目的条款包含了经济法的基本价

〔47〕 因此有学者认为宏观调控法中的行政实施机制有违自然公正原则，难以实现宏观调控法的目的。参见薛克鹏：《经济法的实施模式及其创新》，载《天津法学》2019年第1期。

价值理念，是具体经济立法功能的简要说明，其在法律适用和法学教学中的功能仍需发掘。笔者认为应当以经济法立法目的条款为样本传播经济法的价值理念，使之成为经济法普法的文本载体。经济法立法目的条款可以作为公民参与市场经济的必要法律信念准备，社会主义核心价值观融入立法的实践对经济法立法目的条款的功能提出了新的要求，经济法立法目的条款也可以仿效《民法总则》设置社会主义核心价值观的相关内容。总之，立法目的条款对经济法理念转型、经济法知识传播普及有重要作用。只有当事人频繁援引经济法立法目的条款，法院在判决说理时重视立法目的条款，才能够证明经济法适用真正走向深入。对立法目的条款的重视及适用也有助于市场经济参与主体从被动消极的守法到主动积极的守法，从而降低法律适用的成本。

---

---

**Abstract:** The application of economic law includes the formulation of economic law policies, economic supervision, economic law enforcement, economic law litigation and constitutionality review, etc. The distinguishing feature of economic law compared with other departmental laws is that the proportion of non-actionable legal rules is relatively high. Most texts of economic law set up legislative purpose clauses. The functions of the legislative purpose clause of economic law include clarifying the source of authority of economic legislation, setting boundaries for government intervention and market regulation, and demonstrating the value of economic legislation. The judicial application of the legislative purpose clause sets up due process for government intervention, contributes to the popularization of knowledge of economic law, and provides stable expectations for market entities. In the process of judicial application, the legislative purpose clauses of market regulation economic law are cited more frequently, while the legislative purpose clauses of promotion-oriented economic law and macro-control economic law are cited relatively lowly. Chinese existing tax law does not set up legislative purpose clauses, which makes it difficult to apply the legal principles of taxation and the protection of taxpayers' rights. The quality defects and technical defects of the legislative purpose clauses also affect the efficiency of judicial application. Therefore, it is necessary to pay attention to the construction of the judicial application path of the legislative purpose clauses of economic law, specifically including clarifying the function of the legislative purpose clauses, strengthening the legal normative expression of language, increasing the basis of higher law and the expression of government responsibilities, and distinguishing between different types of economic law legislative purpose clauses application method, etc.

**Key Words:** legislative purpose clause, economic law, judicial application, economic law enforcement

---

---

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

## 民法典时代的经济法体系构造 ——兼论《经济法通则》的结构

李玉虎\*

**内容提要：**我国民法典的制定历时 60 余载，期间几经起落沉浮，可以说是我国社会主义法治建设历程的“标本”。随着民法典的定型，我国社会主义市场经济体系将进入国家治理的法典化时代。与此同时，与民事立法齐头并进的经济法也面临着对既有单行法体系化整合的任务，以解决“经济法是个筐，什么法都能装”的窘境。从经济体制改革以来民法与经济法立法的演进轨迹看，民法的法典化之所以相对容易，是因为民法具有明显的法律移植属性，并存在可资借鉴的大陆法系成文民法典，而经济法的法典化纯粹是首创，其难度可想而知。民法典之后，与社会主义市场经济密切相关的其他重要法律部门的法典化，是完善中国特色社会主义法治体系的必由之路。对经济法而言，如果短时间内难以成典，则可以采用逐步推进的方法，首要任务是从理论上完善经济法的体系结构，增强经济法体系结构的科学化、体系化和逻辑自洽性，使经济法立法与民事立法等相互衔接、相互协调，进一步完善我国的法治体系。

**关键词：**民法典 经济法体系 统合立法 经济法通则

• 235 •

### 一、问题与任务

2017 年《中华人民共和国民法总则》的颁布施行，标志着民法典编纂工作第一步已经完成。按照国家立法计划，2020 年民法典各分编将一并提请全国人民代表大会会议审议通过，从而形成统一的民法典。由此，我国民事领域即将开启法典化治理的“民法典时代”。按照国家立法计划及当前立法进程，如期完成民法典编纂并使其生效，基本上没有多少悬念。在此背景下，部门法学研究者在关注民法典的同时，也着眼于各个部门法的法典化问题。由于短时间不具备法典化

\* 李玉虎，西南政法大学经济法学院副教授。

的条件，各部门法学者都寄期望于首先制定部门法中具有统领性的单行法律，而且几乎都将这一重要立法命名为“通则”。〔1〕民法典的编纂，不仅是对既有民事单行立法进行体系化整合重组，而且是我国法律体系完成和法治国家建设进程中具有里程碑意义的立法大事。民法典在型构我国成熟民事立法的同时，也为经济法的发展进步开辟了更为广阔和清晰的空间，因而将会对经济法的调整对象、结构和体系产生重大影响。尤其在社会利益日益多元化的今天，跨学科立法是一种必然趋势，因此，可以通过不同学科之间的交流和对话，扩大经济法的理论影响和制度适应性，从而构建经济法的话语体系。〔2〕实际上，在改革开放初期民法学界提出制定民法典之际，经济法学界也在努力推动经济法的法典化。一些经济法学研究者一直存在制定一部具有纲领性或者统领性的法律、用以统合经济法部门的想法，而且付诸实践。在不同时期，经济法学界提出过制定《经济法纲要》《经济法通则》《经济基本法》《基本经济法》《经济法典》《经济法总则》等想法。〔3〕这些想法和做法的出现，不仅是经济法学人的学术使命担当使然，更重要的是由于学人们意识到我国经济社会发展中所面临的如何处理好政府与市场的关系、经济与法治的关系的问题，都涉及经济法学和经济法立法。从20世纪80年代以来，一些经济法学者积极倡议并亲力亲为地起草《经济法通则》，有的甚至还得到中央领导的关注。〔4〕经济法学界提出并草拟了学者建议类型的《经济法纲要》〔5〕《经济法通则》等具有纲领性、统领性的经济法立法，这不仅是经济法学者将经济法理论付诸我国法律实践的艰苦努力，而且是学者参与完善我国法律体系的重要表现。

从国家法律体系的逻辑性和完整性看，民商法和经济法都是我国法律体系的组成部分，在我国经济发展和法治国家建设中缺一不可，二者并非相互冲突的对抗关系，而是在调整社会关系中分工合作，共同发挥各自的作用。不可否认的是，民法典的逐步成型，对经济法理论构建和制度完善的影响不可小觑。民法典的形成过程，尤其是《民法总则》的颁布实施，一方面，使民法与经济法相互交织的制度，例如民法与经济法在主体制度、权利义务、责任制度等领域的界限更为清晰；另一方面，使经济法的逻辑起点、主导性理念、调整对象、体系结构等方面，在逻辑上与民法体系的协调兼容的矛盾更为凸显，以至于在制度层面存在与民法不一致的现象。在民法典业已成型的背景下，经济法的发展遇到一些亟待解决的问题，主要涉及以下几个方面：经济法统整性立法的名称问题、立法目的与调整对象、统领性的体现、内部体系结构，以及经济生活的复杂变化与经济法统整性立法的稳定守成关系等。其中，最核心的是经济法的体系结构，要想解决“经济法是个筐，什么法都能装”的尴尬境况，就要注重研究民法典对既有经济法学理论体系完

〔1〕例如，2017年10月中国法学会商法学研究会公布了《商法通则（立法建议稿）》，对商法的地位及其在民法典编纂中的安排进行了制度设计，力求突破民商合一与民商分立两种传统模式，以民法典与商事单行法相结合的方式解决民商立法衔接问题。1997年国家税务总局组织起草的《税收基本法（草案）》，完成了第六稿，共九章114条。也有学者提出制定《税法通则》的设想。行政法学界提出过制定统一的行政法典的讨论。参见江必新：《迈向统一的行政基本法》，载《清华法学》2012年第5期。

〔2〕参见冯果：《关于构建经济法学话语体系的若干思考》，载《财经法学》2017年第6期。

〔3〕参见张守文：《经济法的立法统合：需要与可能》，载《现代法学》2016年第3期。

〔4〕在1980年召开的学术研讨会上，经济法学者杨紫烜教授提出制定《中华人民共和国经济法纲要》的倡议，并设想在条件成熟时再制定《中华人民共和国经济法典》。1985年，杨紫烜、刘文华、徐杰、李昌麒教授等联合提出制定《经济法纲要》的建议。1986年杨紫烜教授等学者再次向党和国家领导人提出制定《经济法纲要》的建议，中央领导予以关注，并委托国务院经济法规研究中心考虑落实。

〔5〕参见杨紫烜：《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》，载《南华大学学报》（社会科学版）2015年第4期。



善和经济法制度创新的影响。通过增强经济法体系结构的科学化、体系化和逻辑自洽性,使经济法立法与民事立法等相互衔接、相互协调,进一步完善我国的法律体系。

## 二、民事立法与经济法立法演进轨迹

### (一) 民事立法与经济法立法相互交织

我国民事领域立法的法典化,并非近些年来才出现的现象。早在1954年,全国人大常委会就组织力量起草民法典。<sup>〔6〕</sup>期间几经周折,民法典编撰和起草工作不时被中断,直至1982年形成民法草案第四稿,才有了一个相对完整的草案。虽然,当时的草案并未正式通过成为法律,但是其作为制定《民法通则》的基础,为《民法通则》的顺利颁行提供了立法素材。与民事立法相比,在1949年到1979年期间,我国的理论和实务界还没有产生经济法的概念。直到改革开放后,在经济体制改革和经济建设的背景下,政策话语界和学术界出现了“经济法”的表达。最初的经济法并非一个成熟的法律概念,而是用“经济法律”“经济法规”“经济立法”“各种有关经济的法”等词语来表达经济领域的法律现象。<sup>〔7〕</sup>当时,经济体制改革主要依靠党和国家政策推行,尤其是以行政法规和国务院发布的规范性文件来推行具体落实经济改革的措施,导致经济改革的法治化程度普遍较低。之所以出现这种情况,是因为立法形式的法律供给跟不上改革的要求和节奏。在此背景下,全国人大授权国务院制定与经济体制改革有关的行政法规,这作为一种权宜之举,不仅可以加快党和国家经济政策的实施,而且在一定程度上克服了立法的相对滞后性与经济改革的迫切需要之间的矛盾。然而,在对外开放领域,则主要通过立法推进,以便符合国际贸易与外商投资对法律的需求。随着国内经济与国际经济的融合,制定一系列符合国际贸易规则的国内法律制度就成为当时立法的重要目标。

改革开放初期,一度存在民事立法滞后于经济立法(或者说经济法立法)的现象,经济法领域成为当时立法的重要领域,例如“三资”企业法、经济合同法等。在制定《民法通则》之际,首先遇到民法与经济法立法方向、定位之争。<sup>〔8〕</sup>在《民法通则》制定过程中,有学者认为,民法调整的范围太宽,与经济法调整范围有交叉之处,应明确民法只调整平等经济基础上的横向经济关系;<sup>〔9〕</sup>有经济法学者呼吁《民法通则》和《经济法纲要》应协调同步制定<sup>〔10〕</sup>。当时,经济法学界关于制定《经济法纲要》的呼吁,并没有引起国家立法机关的重视和认真对待,经济法的框架性立法没有被纳入国家立法计划。在改革初期的部门法理论划分与立法实践中,针对民法、经济法、行政法之间调整对象的争论,国家立法机构的态度是先筛选出民法的调整对象,民法调整之外的领域由经济法和行政法调整。正如六届人大四次会议上《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》指出:民法主要调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关

• 237 •

〔6〕 我国曾于1954年、1962年、1979年、2001年、2014年先后5次启动民法制定和民法典编纂工作。

〔7〕 例如,1979年五届人大二次会议《关于七个法律草案的说明》中提到:随着经济建设的发展,要陆续制定各种经济法和法律,使社会主义法制逐步完备起来。1980年五届人大三次会议《全国人大常委会工作报告》提出:今后随着经济的调整和体制改革工作的进展,需要进一步加强经济立法工作,特别是工厂法、合同法等。

〔8〕 参见胡康生:《民法立法曲折坎坷渐行渐进》,载《法制日报》2018年12月18日,第02版。

〔9〕 参见苏阳:《民法通则(草案)座谈中涉及的理论问题》,载《法学研究》1986年第1期。

〔10〕 参见胡康生:《从民法通则到民法典》,载《学习时报》2019年4月3日,第003版。

系。政府对经济的管理、国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系，不是平等主体之间的经济关系，主要由经济法、行政法调整，民法基本上不作规定。<sup>〔11〕</sup>可以说，改革开放以来，民事（商事）立法与经济法立法相互配合、相互交织的立法模式，是一种与我国市场化经济体制改革和法治国家建设相适应的法律构建途径。经济法内含的大量发展导向型规范构成了“发展型经济法制度”。<sup>〔12〕</sup>而且，从经济改革目的角度而言，促进经济发展是经济体制改革的首要目标，而经济法也正是因应经济发展而不断扩大其调整范围。

## （二）民事立法与经济法立法相互补充

纵观民法与经济法的立法进程，从20世纪80年代开始，经济法与民法基本呈现齐头并进的趋势。民法立法经历了从先制定《民法通则》，后分散立法，再到重启民法典的过程；经济法立法则始于吸引外资的立法，对国内市场主体的规范和约束主要依据行政法规、规章和各种规范性文件，也由此形成了经济法立法中一直缺乏主干性法律的现状。尽管，在立法上，经济法领域缺乏统合性立法或者贯通性立法，但是，不可否认的是，改革开放以来的经济立法，是中国经济建设与法制建设的重要领域，贯穿于国家的规划、决策与具体立法活动之中，对于界定市场主体与政府部门的权力边界发挥了重要作用。特别是在改革进程中，经济立法肩负着为经济体制改革提供法律保障的使命，制定必要的经济法律和经济法规，作为经济体制改革进程中人们进行经济活动的准则。例如，1993年《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》明确提出，社会主义市场经济体制的建立和完善，必须有完备的法制来规范和保障。此后，八届全国人大及其常委会把加快经济立法作为重要任务，对财税、金融、外汇、投资等体制进行改革，建立了与市场经济相适应的宏观管理体系。正如有学者所归纳的，经济法的发展演进以“经济法规→经济法规范体系→市场经济法律体系→中国特色社会主义法律体系中的经济法”为轨迹，渐次推进。<sup>〔13〕</sup>

纵观四十年来经济法单行立法，其立法数量和立法领域取得了巨大突破，在为市场经济体制改革提供合法性和巩固经济改革成果方面做出了重要贡献。促进经济体制改革和创造经济发展环境的立法，是在没有明确的体系结构和框架的情况下、以解决经济改革与发展中存在的问题为导向、遵循“成熟一个制定一个”的理念而进行的分散立法。在处理改革政策与立法的关系上，采取“先改革后立法”“边改革边立法”的策略。对立法机关而言，部门法的划分并非那么泾渭分明，甚至采取务实折中的立法技术，将学术界所认定的民法、商法、行政法、经济法等领域的法律规范混合在一部单行法中。就民商法和经济法的部门单行立法而言，二者相互补充，各自发挥着调整特定经济关系的功能。这种立法模式不仅加速了市场经济法律制度的供给，而且降低了经济改革初期的立法成本。

## 三、民法典对经济法体系结构的影响

### （一）民法典之后的经济法

法典（拉丁语：codex），一般是指一部一体化的、科学和系统地规范特定法律事宜（通常是

〔11〕 参见《关于〈中华人民共和国民法通则（草案）〉的说明》，载《中国法律年鉴》，法律出版社1987年版，第78页。

〔12〕 参见张守文：《经济法的发展理论初探》，载《财经法学》2016年第4期。

〔13〕 参见单飞跃：《中国经济法部门的形成：轨迹、事件与特征》，载《现代法学》2013年第4期。

一个法律部门)的各项根本方面的法律,是某个法律体系内关于某一方面的所有法律的成文法。现代的法典编纂活动自18世纪末才真正开始,它因应了理性主义,是对新法律的综合、科学和系统化的产物。汉语中常用的“法典”概念,是指具有系统的排序,并依照预设的计划编号的法律条款的总和,实际上是对现行法律法规的一种松散的汇编,是为了学习和查阅法律规范的方便,而非法典编纂。<sup>[14]</sup>但是,其中所体现的编排结构、内容等,对经济法的统合性或者综合性立法具有一定的影响。因为,这类汇编的长期存在会影响公众对经济法及其体系的认识。正如经济学教材在法学教育中的大量使用,这种长期的知识传播过程,就会在学术意义上和法律实践意义上形成定势思维,从而反过来影响立法,乃至法典的编纂。各种经济法汇编采取的编排结构体例和经济法教材的章节结构设计的明显差异,反映出专业领域和社会公众对经济法及其体系结构认识的分歧。

社会关系的多样性和复杂化导致不同法律部门的产生,不同的法律部门分别调整特定领域的社会关系,因而出现民法、刑法等部门法的法典化。艾伦·沃森对民法法系的演变及形成过程梳理后指出,成功的法典编纂绝不是对某种感性需求的简单响应,甚至对民法国家来说,私法的法典化相对而言也是一个近代现象。我国近代以来的法制传统深受德国大陆法系影响,自清末继受于德国民法的一整套概念、理论、原则、制度体系,在改革开放后被再次激活,成为我国民法教育和民事立法“话语体系”的主要认知来源。而源于德国的民法传统亦经历了百年演变。《德国民法典》从1881年德意志帝国时期开始研究编纂,最终于1896年8月公布,1900年1月1日正式施行,至今历经德意志帝国、魏玛共和、纳粹时期、两德分裂、德国统一,其内容及形式所树立的风格,不仅成为大陆法系之代表性体例之一,而且影响我国民法典的制定。《德国民法典》最为世人所称道的是其“逻辑性形式理性”(韦伯语),即整个法典及法典的每一部分在结构上都按照由一般到具体的严密的逻辑体系进行编排,在具体运用时,可以纲举目张,方便适用。<sup>[15]</sup>也正因如此,我国正在制定的民法典,主要借鉴了体系化的《德国民法典》的编纂体例和主要内容。

按照梅因在《古代法》中所阐述的观点,在成文法的法典产生之后,法律的自发发展即告终止。当然,这种观点与梅因对罗马法推崇备至有关,但是该论断并不意味着民法典之后,法律的发展全部来自外界的构建。然而,从德国经济法的出现看,梅因的这一论断并非完全没有道理。德国法学家赫德曼在论述经济法时认为,从19世纪到20世纪,人们还不知道“经济法”(das Wirtschaftsrecht),在20世纪的前一二十年,人们开始认识到法律和经济是必须相互接近的。到了第一次世界大战时,贯通各种领域的“经济法”概念,便猛然抬起头来了。但是,最初处理经济法材料的方法是拙劣不堪的,凡是不能装进普通民法、商法或者行政法的现成范畴的,都毫无系统地归为一堆,写上“经济法”的字样。<sup>[16]</sup>如果说源自罗马法的大陆法系民法典的传承和构造是“自生自发秩序”的产物的话,那么,近代出现的经济法则表现出更加强烈的“构建理性主义”痕迹。

[14] 例如,原国务院法制办编的《中华人民共和国经济法典》(中国法制出版社2012年版)、法律出版社法规中心编的《中华人民共和国经济法典》(法律出版社2013年版)等工具书,都属于法律法规汇编,而非法典意义上的经济法。

[15] 参见丁宇翔:《民法典编纂中的历史主义》,载《人民法院报》2016年12月23日,第05版。

[16] Justus Wilhelm Hedemann, Der Aufstieg Wirtschaftsrecht, forschungen und fortschritte 16 Jahrgänge, 1940, Nr. 19/20. S. 201-205.



## （二）经济法体系结构的传承与重构

对于我国经济法的结构体系，无论是学术层面，还是立法、执法、司法等法律实践层面，都还没有达成广泛的共识。即使在学术层面，分歧依然存在，而学术与实践之间的分歧更难愈合。尤其在早期的经济法研究中，经济法体系几乎涵盖了所有经济领域，这与当时对经济法认识的泛化趋势有关。随着从计划经济向市场经济转型，经济法学界对经济法与民商法边界的认识趋于客观务实，经济法体系的内部结构与外部结构也越来越清晰。在立法领域，我国经济法的立法进程和节奏与经济改革，甚至不同阶段党和国家的重大经济决策有关。尽管没有清晰可见的规律，但重大的经济改革决策之后随即展开的相关领域的立法，是经济法制度供给的主要方式。例如，与1992年经济改革相伴生，1993年颁布了《产品质量法》《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》等规范市场经济中供给与需求各方权利义务基本边界的法律，并由此奠定了被公认为经济法体系关键构成部分的市场规制法（也称为“市场监管法”“市场管理法”等）。再比如，与1993年财税体制改革相适应，1994年颁行了《预算法》；与1995年金融体制改革相伴生而颁布了几部重要的金融领域的单行法，这些单行立法初步确立了我国宏观调控法的框架和基础。

从1992年经济体制改革和相应的经济立法开始，到2001年的近十年间，是经济法立法数量迅速增长的阶段，这一时期的立法，基本上形成了我国经济法制度体系的框架。除2001年加入WTO前后因适应国际贸易规则而修改的部分法律之外，此一阶段的经济法立法基本上采取实用主义导向的思路，而不是按照既定的体系和框架对既有民商法的补充完善。直到2011年10月国务院新闻办公室发表《中国特色社会主义法律体系白皮书》（以下简称《法律白皮书》），我国的法律体系都存在分散化、碎片化、不成体系的特征。虽然，《法律白皮书》主要是向外界宣告我国法律制度建设，其本身不具有约束力，但其宣示性和一定的导向性会影响以后的立法。从对部门法的定义和内容设定看，《法律白皮书》相当于将此前法学界和法律实务中关于法律部门的划分加以概念化和定型化。按照调整对象，《法律白皮书》将民商法和经济法都作为中国特色社会主义法律体系的法律部门，但是二者还存在不少的交叉重叠现象。例如，在主体制度上，将《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《商业银行法》《证券投资基金法》《农民专业合作社法》等法律归类为商事主体制度；将《中外合资经营企业法》《外资企业法》《中外合作经营企业法》单独作为一类，放在列举民商法的框架之中。<sup>〔17〕</sup>然而，在经济法学界所构造的经济法体系中，除了市场规制法和宏观调控法之外，一般还包括市场主体法，作为经济法主体制度的重要内容，甚至将《社会保障法》等社会性立法作为社会分配法（或经济分配法），纳入经济法的体系之中。从《法律白皮书》对部门法的划分看，经济法主体与民商法主体的界限就不是那么清晰了。例如，在土地制度上，也存在诸多交叉，《土地管理法》《农村土地承包法》等单行法，既具有强烈的物权属性和契约特征，又具有浓厚的规制色彩。

民法典完成之后，经济法与民法的边界应当更加明确，从而有望彻底摆脱民法与经济法数十年的争论，同时也为经济法的发展留下充分的空间。经济法体系化是完善经济法立法，尤其是将既有经济法立法成果系统化整合的过程，必然要采取系统思维方法，尊重经济法特有的内在规律和调整对象，以及经济法在我国经济改革发展和法治中所承担的使命，兼顾经济法的回应性、开

〔17〕 尽管，这个白皮书对法律部门的划分和对每个部门法内容的归类存在诸多逻辑性矛盾，甚至有的和现行立法不一致，但是其毕竟由国家机关发布，在国家立法中具有实践意义，立法机关可以此作为立法中的分类标准。



放性、时代性等特征。通过不断“合并同类项、提取公因式、寻求公约数”逐级合并、重新系统构架经济法的体系结构,是经济法走向成熟的必然趋势。由于我国经济法观念的基本制度产生于计划经济时期,20世纪90年代的经济法单行法立法受“纵横统一论”“管理经济论”等当时的经济法理论的影响较大,可以说这些理论正好迎合了立法者所固有的计划经济观念,通过经济法将计划管理转变为法律治理。这种隐含的思路体现在经济法单行法立法中,就是同一部法律中既有规范民事主体、民事权利义务、民事活动、民事责任的内容,也有规定监管管理制度的内容。这种立法思路和立法技术,给人的印象是,经济法就是民法与行政法的合成物。也正是基于这种现象,一些民法学者倾向于认为不存在经济法部门法,行政法学界也出现主张“经济行政法”等现象。就目前经济法学界关注的制定《经济法通则》的话题,应从经济法的体系结构方面重整思路,并形成广泛共识,要将既有经济法单行法和未来的经济法立法统合在同一个框架内,就应当首先构造经济法体系框架。否则,经济法典就可能变成简单法律法规汇编,这种汇编工作对经济法理论和经济法统整性立法是毫无意义的。

#### 四、重构经济法体系结构的认知资源

##### (一) 从民法典立法结构中寻找线索

自古以来每一部民法典都是历史选择的结果,我国目前正在制定的民法典,必然要符合我国社会发展的实际和反映我国的民事生活需要。<sup>〔18〕</sup>从社会生活的同一性和法治的统一性角度,我国民法典的框架设计,可以为今后制定经济法典提供素材。民法典作为我国首部规范民事和经济生活的法典,其几十年的编纂过程积累了大量宝贵经验,对经济法法典化具有重要参考价值。在民法学界长期研究总结《法国民法典》《德国民法典》各自优缺点的基础上,以我国社会现实为依据而制定的《中国民法典》,是21世纪一个正在崛起的发展中大国的民法典,其既不同于19世纪资本主义工业文明国家的民法典,也不同于苏联东欧社会主义国家的民法,而是具有中国特色的独一无二的民法典。众所周知,在民法典中设总则是《德国民法典》的独创,其目的是作为民法所具有的一般而抽象原则的归纳和汇总,被多数大陆法国家民法典仿效,但不存在各国完全相同的民法典。我国《民法典》分为总则和分编,从陆续进入四审程序的民法典草案的结构看,分编包括物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编,每编下设章、节,节下有条、款、项。这种总分则的结构体例在法典的理性建构中,具有结构层次清晰、易于作为裁判依据的优点。当然,经济法典不可能是民法典的翻版,但是总分结构、分编之间既相互独立、又相互关联的结构设计思路是可以借鉴的。

关于经济法典的总体结构设计,采用总则和分则,然后再将分则分为不同的篇章,基本上是目前经济法学界的共识。也正是基于此种共识,近几年经济法学界提出并积极推动制定《经济法通则》,以此作为经济法部门法的框架性和纲领性立法。《民法总则》的结构,按照一般规定、民事主体、民事权利、民事行为、民事责任的逻辑依次展开,如果仿照《民法总则》,《经济法通则》应该包括经济法主体、经济法权利、经济法行为、经济法责任等。这种简单模仿显然不符合

〔18〕 参见傅静坤:《我国民法典的图景与图式:一个现象学的视角》,载《财经法学》2019年第1期。

经济法的内在逻辑，而且这些要素基本上都缺乏实质内容，也难以通过分别立法的方式加以实现。对于作为具有提纲挈领作用的经济法立法产物，无论命名为《经济法总则》还是《经济法通则》，只要符合《立法法》规定的立法权限及与之对应的法律文本名称，就不会妨碍其在经济法部门中的核心地位。

在经济法统整性立法中，首先遇到的一个不可回避的问题就是法律文本的命名。回望《民法通则》立法，也遇到命名的问题，当时就出现《民法通则》和《民法总则》的争论，吊诡的是，经过了30多年后，从《民法通则》的名称又回到了《民法总则》，而且《民法总则》的主要内容来自于《民法通则》。尽管《立法法》没有规定法律名称的类型或者表达模式，但在我国立法实践中，法律层次的立法名称出现过“××基本法”“×法”“××条例”“××决定”“××决议”“××规定”“××规则”“×法总则”。<sup>〔19〕</sup>比较立法中的“通则”与“总则”：“通则”应当具有贯通性和高度概括性，要涵盖部门法调整对象的全部，这种框架体现出更强的封闭性；“总则”应当具有综合性和总括性，不需要规定部门法调整对象的各个方面，所体现的是该部门法系统的开放性更强，可以根据实际需要增加新的内容。所以，借鉴我国民法综括性立法的经验，将《经济法通则》称为《经济法总则》也未尝不可。在“总则”的框架下构造经济法体系结构，可以契合经济法的应变性、开放性等属性。

《民法通则》制定之际正处在有计划商品经济体制下，加之对调整民事关系立法的迫切需要和立法技术的限制，制定《民法通则》被作为一种权宜之计，因为制定完整的民法典条件不成熟，所以采取“零售”的方法，根据实际需要，成熟一个制定一个。<sup>〔20〕</sup>从经济法立法看，经济体制改革的进程对经济法立法具有决定性作用。我国四十多年的经济改革已经奠定了社会主义市场经济体制的大致形态，这就要求经济法的体系构造既要在现有的法律框架下处理好与民商法在调整对象领域的交叉重叠问题，同时要加快与市场化改革密切相关的经济法单行法的立法。

## （二）从经济改革发展实践中提炼规律

我国民法立法是从民事关系这一独特的调整对象出发，按照人身关系和财产关系两类调整对象的逻辑进路，整合与此有关的单行法。在计划经济体制下，民事立法以人身关系为主，在市场经济下，才会具有财产关系立法的制度基础。反观我国经济法的生成，经济法制度基本上是从计划经济向市场经济转型过程和市场经济体制确立后迅速发展而来的。在改革开放前的三十年，由于“阶级本位”法律观在国家经济立法领域的贯彻，我们常常赋予经济活动以政治色彩，给经济活动贴上政治标签，忽视了法律对国家权力的制约，对公民个人权利的保护。<sup>〔21〕</sup>经济体制改革初期，为了推动经济体制改革和发展经济，开始普遍重视法律在经济中的作用，将经济法制度作为经济改革推动力和确认经济改革成果的法律依据。在经济法理论塑造方面，依托西方经济学的“市场失灵”理论和公共选择理论提出的“政府失灵”，作为构建中国经济法理论的逻辑起点，将政府干预作为经济法的核心范畴，但是忽视了政府干预所引发的一系列非效率性资源分配的公共状态，其作用往往会恶化其所要克服的市场失灵导致的后果。实际情况是，西方和我国的政府职

〔19〕 根据作者的统计，截至2019年8月底，我国现行有效的法律共有277部，这些名称前面都省略了表示法律适用地域范围的“中华人民共和国”的表述。

〔20〕 参见前引〔10〕，胡康生文。

〔21〕 参见武树臣：《从“阶级本位、政策法”时代到“国、民本位、混合法”时代——中国法律文化六十年》，载《法学杂志》2009年第9期。

能演变历程表明政府和市场是一对优势互补的对应力量。<sup>〔22〕</sup>

从我国经济法形成发展过程看,导致经济法制度变迁的因素,至少包括经济体制、经济管理体制、经济宪法对政府与市场关系的影响。<sup>〔23〕</sup>所以,时至今日,各类法律汇编将同经济体制改革有关的法律归入经济法,而且尚未定型的经济体制需要更多法律制度的推动,这些因素都增加了经济法体系化的难度。在改革决策与立法决策的互动关系上,形成了“立法授权改革、立法引领改革、通过修改法律消除改革的障碍”的逻辑链条。一个值得注意的重大变化是,十八届四中全会《决定》提到:“实现立法和改革决策相衔接,做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。实践证明行之有效的,要及时上升为法律。实践条件还不成熟、需要先行先试的,要按照法定程序作出授权。”由于经济法是与经济改革最为密切的法律部门,所以,发挥经济法对改革提供合法性依据的先导性和“引领力”的一个重要前提是经济法具有相对明确的边界,有符合基本逻辑的稳定结构体系。

## 五、结 语

从近代大陆法系传统的法典编撰历史和经验看,一部法典的编撰,要想获得成功,需要付出巨大的努力,甚至是几代人坚持不懈的结果。无论是起草新的法典,还是将既有法律编撰成法典,都是一项持久性的工作,因而,期盼用恒定不变的法典适应不断变化的社会生活,其难度可想而知。正因为法典是一项使动态的存在固化的尝试,所以科学而一体的系统化立法,完全可能是令人失望的尝试。即便是具有千年传统的民法,其法典化的过程也需要持续几十年甚至上百年的时间。令人振奋的是,21世中国民法典开启的法典化进程,激发了各部门法法典化的动力。虽然,我国的经济法法典化之路尚属遥远,但对大量的既有经济法和未来可期的立法进行体系化整理,是经济法理论研究中不能被忽视的内容。因为,经济法不仅是我国法律体系的重要组成部分,而且是社会主义市场经济体制的重要法治基础和保障。

民法典创制的过程,是将既有的属于民法典组成部分的各单行法,按照法典编撰的要求和方法进行体系化整合,变成一部法律的过程,所以,是一种汇编式的立法。而经济法典的创制,由于缺乏既成的单行法,无法简单仿照民法典等成熟的法典编撰模式。因为,经济法的法典化立法,并非建立在既有单行法基础之上,而是试图通过预先设定的体系化结构,为以后的单行立法划定范围。这就面临经济法典内部构造的问题:一方面要对既有经济法单行法进行体系化归纳整理,另一方面也要为将来的经济法单行立法预留广阔的空间。在构造多层次的经济法体系时,既要取舍、归纳、整合既有经济法,也要为未来的经济法预留空间。经济法通则性立法,既要立足于经济改革发展对法律制度的需求,也要有前瞻性和预期性,因此,在经济法统整性立法中,要彻底摒弃计划经济思维,而采取面向市场经济体制和法治国家建设未来的客观立场。

经济法体系的构造,是经济法走向体系化、合理化的必由之路,也是经济法成熟的重要标志,如果一个部门法缺乏内在的逻辑性,就无法有效调整特定的社会关系,也就不能视为一个成

〔22〕 参见陶广峰:《构建与创新:经济法哲学研究》,中国检察出版社2017年版,前言,第1页。

〔23〕 参见张守文:《回望70年:经济法制度的沉浮变迁》,载《现代法学》2019年第4期。

熟的部门法。尽管，当今时代的法系已经无法简单地划分为判例法和制定法，甚至出现“混合法系”的现象，但是，由于深受大陆法系影响，我国的法律传统仍然以成文法为核心，所以，经济法的成文法化的程度直接决定着经济法是否是一个成熟的部门法，从而决定着经济法在我国法律体系中的地位和在经济社会发展进程中的作用。目前，将市场规制关系和宏观调控关系作为经济法的调整对象，是经济法学界在四十年的研究中提炼总结我国经济体制改革及其立法规律的重要共识，可以作为经济法体系构造的基点。但是，这种二元划分在理论上看似完美，但在经济法实践中却存在相互交错的领域，<sup>〔24〕</sup>加之宏观调控法的内部结构混乱，存在为了丰富该部分内容而东拼西凑的情况，比如将相对能够自成一体的财税法作为宏观调控法的主要内容，反而干扰了经济法体系的构建。<sup>〔25〕</sup>总而言之，和谐有序的经济法体系结构，是经济法立法走向体系化、科学化、理论化的客观要求。

---

**Abstract:** The formulation of the Chinese Civil Code lasted for more than 60 years. It can be said that it is the “specimen” of rule of law in China. With the stereotype of the Civil Code, China’s socialist market economy system will enter the era of codification of governance. At the same time, the economic law that goes hand in hand with civil legislation is also faced with the task of systematically integrating the existing one-way law to solve the dilemma of “economic law is a basket and everything can be installed”. From the evolution track of civil law and economic law legislation since the economic system reform, the codification of civil law is relatively easy. It is because the civil law has obvious legal transplant attributes and its reference to the civil law system. But the codification of economic law is purely a kind of initiative, and its difficulty can be imagined. After the Civil Code, the codification of other important legal departments closely related to the socialist market economy is the only way to improve the socialist rule of law system with Chinese characteristics. For economic law, if it is difficult to form a code in a short period of time, it can be gradually promoted. The primary task is to theoretically improve the economic law system and enhance the scientific, systematic and logical self-consistency of the economic law system, and to make economic law legislation and civil legislation co-ordinate and coordinate with each other to further improve China’s rule of law system.

**Key Words:** civil code, economic law system, integrated legislation, general principles of economic law

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

〔24〕 参见李玉虎：《经济法体系二元结构的界分与调适》，载《经济法论坛》2018年第1期。

〔25〕 参见“马工程”经济法学编写组：《经济法学》，高等教育出版社2018年版，第111页。



## 我国《经济法通则》研究的过去、现在与未来

商红明\*

**内容提要：**在法典化的时代，面对各部门法的帝国主义及经济法领域内的分离运动和法系冲突难题，经济法的通则化主张再度兴起，其一定程度上可以看作是统一主义的反应。然而，截至目前四次有关《经济法通则》的讨论，依旧存在共识不足、理论准备不充分、立法推进乏力的问题。为此，在回顾过去，传承经济法前辈经济法通则化/法典化理想的同时，我们更应立足当下，把握未来，着重做好以下三个层面的工作：在立法定位方面，可以以《民法通则》为参照；在学术准备方面，可以将调制论作为方向选择；在立法准备方面，则应做好对既有经济单行法的评估与通则的制定、《经济法通则》的制定与各经济法板块基本法创制之间的“双重并进”。

**关键词：**经济法通则 法典化 法系冲突 经济法总论

• 245 •

### 一、基本背景：时代契机与学科危机

#### （一）时代契机

法典化的成功往往都因其恰到好处地契合了时代的机遇。例如，《法国民法典》确立的意思自治、契约神圣等重要内容，就迎合了即将到来的资本主义社会的时代需求；而《德国民法典》通过其高度的体系化则满足了德国统一的正当性建构。而近几年来，我国经济法学界一些学者有关经济法的通则化或者说法典化的呼吁，亦具有强大的时代契机方面的因素。

首先，这种时代契机的影响表现在经济法的通则化或者说法典化很大程度上受到了民法法典化的外部影响。诚如张守文教授所认为的，民法典时代的到来会激发经济法学界对经济法立法统合问题的思考。<sup>〔1〕</sup>进一步地，有人认为，只有经济法典和民法典并举才能真正做到推动经济社会持续健康发展。<sup>〔2〕</sup>

\* 商红明，南京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见张守文：《经济法的立法统合：需要与可能》，载《现代法学》2016年第3期。

〔2〕 编撰经济法典第二研究小组：《我国编撰经济法典的评估》，载《南华大学学报》（社会科学版）2015年第1期。

其次,这种时代契机的影响还表现在经济法各部门法通则制定的呼声日益高涨。例如,在税法领域,十多年前施正文教授就呼吁制定税法通则。<sup>〔3〕</sup>又如,在金融法领域,邢会强教授主张中国应尽早制定一部法典化的《金融服务法》。<sup>〔4〕</sup>

再次,这种时代契机还表现在我国宏观调控方面立法施加的紧迫性。自20世纪80年代《计划法》的草拟开始,中间历经《关于制定〈中华人民共和国宏观调控法〉的议案》,再到2014年国家发改委明确指出,应加快推进《发展规划法》的起草、审议工作。<sup>〔5〕</sup>这些年来,作为经济法重要组成部分的宏观调控法的立法研究工作也在不断推进。这些毫无疑问地提高了制定《经济法通则》的紧迫性。

最后,这种时代契机的影响还表现在,经济法的通则化主张亦契合了我国经济立法的阶段性特征转换。即我国经济法立法风格将由确认型转向引领型,而制定《经济法通则》可以说是立法整合的第一步。<sup>〔6〕</sup>

因此,从时代契机的角度看,经济法的通则化或者说法典化,既是外部民法法典化冲击的结果,亦是内部,无论是从微观层面来说的经济法部门法通则制定,还是从中观层面宏观调控立法不断推进的必然结果,当然,其亦符合了我国经济法立法的规律演进。

## (二) 学科危机

### 1. 经济法学会继续被肢解吗?

以法制史的宏观视角看,从古代的诸法合体到现今的部门法分立,法律科学取得了巨大进步。“部门法在西方的分离标志着人类立法技术已经告别了它的漫长的童年时代逐步走向成熟、严谨、科学。”<sup>〔7〕</sup>虽然可以肯定的是,大经济法时代的论战,使民法、经济法相分离具有重要意义,但同时,自那时起中国经济法学的分离运动似乎一直未曾停歇。

起先是社会法的分离。在早期的一些经济法学权威教材中,社会保障法是经济法的重要组成部分。但一些学者主张环境法、劳动法、社会保障法,这些法律部门应纳入社会法的范畴而不属于经济法,<sup>〔8〕</sup>而且,2001年《全国人民代表大会常务委员会工作报告》明确将中国特色社会主义法律体系划分为宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门。此后,社会法的独立地位不仅是社会法学者的主张,<sup>〔9〕</sup>也得到了经济法学者的承认。如李昌麒教授在文章中就认为,经济法是国家干预经济的基本法律形式,社会法是国家解决社会问题的基本法律形式,二者都是隶属于第三法域的现代法。<sup>〔10〕</sup>

〔3〕 参见施正文:《论税法通则的立法架构》,载《税务研究》2007年第1期。

〔4〕 参见邢会强:《论金融法的法典化》,载《首都师范大学学报》(社会科学版)2016年第1期。

〔5〕 参见袁达松、黎昭权:《经济法类型学与经济基本法的制定次序》,载《经济法研究》第17卷,北京大学出版社2016年版,第33-37页。

〔6〕 参见叶姗:《再议制定经济法通则的必要与可能》,载《人大法律评论》2016年卷第3辑,法律出版社2017年版,第316-317页。

〔7〕 王云霞:《部门法在西方的分离》,载曾宪义主编:《法律文化研究》(第2辑)(2006),中国人民大学出版社2006年版,第396页。

〔8〕 参见刘大洪、吕忠梅:《现代经济法体系的反思与重构》,载《法律科学》1998年第1期。

〔9〕 参见王全兴:《社会法学研究应当吸取经济法学研究的教训》,载《浙江学刊》2004年第1期。

〔10〕 参见李昌麒、甘强:《经济法与社会法关系的再认识——基于法社会学研究的进路》,载《法学家》2005年第6期。

与此同时，先前自认从属于社会法的环境法，近些年来也在不断谋求其法典化及独立学科地位。在立法层面，吕忠梅教授建议将环境法典编撰纳入十三届全国人大立法计划。<sup>〔11〕</sup>在学术层面，也有学者认为经过近40年的发展，环境与资源保护法已经初步形成由《环境保护法》为基础，以污染防治法、资源保护法、生态保护法等为主体的相对完整的体系，未来需要进行体系化整合，作为中国特色社会主义法律体系的一个独立法律部门。<sup>〔12〕</sup>

当然，对经济法学最大的冲击也许是财税法学近些年来对经济法的若即若离，甚至可以说是脱离。这个问题之所以重要，是因为其直接冲击了经济法学界对经济法“宏观调控”和“市场规制”二元体系的艰难共识。毕竟财税法之于宏观调控法的地位，犹如竞争法于市场规制法之地位。然而，目前看来，财税法的这种分离运动，短期内似乎会愈演愈烈。财税法学者也坦言，可以大胆预见，随着我国市场经济的不断成熟，经济法可能也会出现一个从“诸法合体”到“诸法分立”的发展趋势，从中剥离出财税法、社会法等独立学科，而经济法也在这一过程中获得活力。<sup>〔13〕</sup>有学者甚至认为，税法在《立法法》中地位显赫，但在我国法律体系中却地位不彰，其原因在于税法的经济法化。因此，实现税法的去经济法化，谋求税法的独立地位，方能实现税法的真正变革。<sup>〔14〕</sup>诸如此种独立论、去经济法化论，不一而足。庆幸的是，已有经济法学者注意到了这一问题。<sup>〔15〕</sup>

## 2. 法系冲突与经济法学的方向难题

如果说经济法学是否会被继续肢解是经济法面临的内部危机，那么大陆法和英美法两大法系的方向选择，则构成了经济法的外部危机。基于民法典时代的大量德国法移植，经济法亦受到了传统大陆法的强烈影响。一方面，曾经被视为经济法中劳动社会保障法重要组成部分的劳动法，现今已有学者主张将之纳入民法体系。有学者认为，民法是私法的一般法，劳动法应是私法的特别法。<sup>〔16〕</sup>另一方面，财税法学界，尤其是税法学界，也经由我国台湾地区采用了德国法上的“税收之债”的概念，据此认为，我国亦当采用“税收之债”概念，进而实现税法理论研究转型。<sup>〔17〕</sup>甚至有学者预言，新税收征管法对债法制度的引入预示着税收债务关系说时代的来临。<sup>〔18〕</sup>

然而，随着美国法的全球化及巨大影响，<sup>〔19〕</sup>美国法中的规制理论，尤其是诸如布雷耶《规制及其改革》、桑斯坦《权利革命之后：重塑规制国》等规制法著作的大量引入，对中国经济法学，尤其是市场规制法的研究产生了重大影响，一定程度上，规制法成为经济法学研究中的热词和显学，并产生了诸多极具开创性和分量的成果。论文如应飞虎教授发表于《中国社会科学》上的《公共规制中的信息工具》（2010年第4期），著作如宋亚辉教授的《社会性规制的路径选择：行政规制、司法控制抑或合作规制》（法律出版社2017年版）、段礼乐博士的《市场规制工具研

〔11〕 参见吕忠梅：《将环境法典编撰纳入十三届全国人大立法计划》，载《前进论坛》2017年第4期。

〔12〕 参见李艳芳：《论生态文明建设与环境法的独立部门法地位》，载《清华法学》2018年第5期。

〔13〕 参见刘剑文、陈立诚：《财税法总论论纲》，载《当代法学》2015年第3期。

〔14〕 参见王茂庆：《税法的经济法化及其反思》，载《政法论丛》2017年第5期。

〔15〕 参见姚海放：《财税法学需要“走出宏观调控误区”吗？》，载《经济法学评论》2017年第2期。

〔16〕 参见沈建峰：《劳动法作为特别私法——〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》，载《中外法学》2017年第6期。

〔17〕 参见刘剑文：《“税收之债”：改变我国税法理论研究》，载《中国税务报》2004年7月23日。

〔18〕 参见叶金育：《债法植入税法与税收债法的反思：基于比例原则的视角》，载《法学论坛》2013年第3期。

〔19〕 参见高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，载《中国法学》2011年第1期。

究》(清华大学出版社2018年版),等等。这些规制法成果的集中涌现,在一定程度上似乎预示着中国经济法学中规制法的兴起。然而问题在于,在经济法的宏观调控和市场规制两大基础性组成部分中,一方面,宏观调控法中的主体部分财税法侧重于以德国法为学习借鉴方向,另一方面,在市场规制法领域,我们又似乎以美国规制法为蓝本。那么,经济法的整体方向是德国化还是美国化?抑或其他?

### 3. 统一主义的艰难努力与初步成效

十多年前,应飞虎教授在分析经济法的非传统性时就曾呼吁:从市场经济与经济法的实践中去探寻经济法特有的“问题与主义”,<sup>[20]</sup>力求做到主义和问题研究的统一。然而十多年过去了,经济法中的研究变成了更多的关注问题,而主义不能说是没有了,但的确是大规模减少了,这一点至少从法学核心期刊发文的初步观察中就不难感受到。<sup>[21]</sup>问题与主义的分离,或者说总论和分论的分离,是经济法中存在着几十年的老大难问题。这一问题的出现,除了经济法的现代性、非传统性等诸多因素外,也一定程度上与经济法学界对经济法研究采取的不同路径有关。初步看来,对“主义”关注较多的大多是采用建构主义的,其突出成果以张守文教授对经济法学的重构为代表;<sup>[22]</sup>而对具体问题关注较多的大多是偏向于演进主义的,比如李友根教授基于司法判例的研读,而对“经营者”“经营者公平竞争权”等经济法基本概念的提取。<sup>[23]</sup>当然,无论是从上至下的建构主义路径,还是由下至上的演进主义路径,二者都同属于统一主义的立场,虽然它们都尚在途中,但均可视为统一主义的艰难努力。当然,除了“总论分论”视角的统一成果之外,还有可以看成是对经济法学部门法学科分离运动反击的统一主义的直接成果。<sup>[24]</sup>

• 248 •

## 二、历史回顾:草拟情况与成果评估

### (一)《经济法通则》草拟的历史情况

从20世纪60年代的《经济法(草案)》到2018年程信和教授洋洋洒洒300条的《经济法通则(学者建议稿)》,《经济法通则》在过去半个世纪中经历了以下四次草拟阶段。

第一次草拟,最早可能是1963年3月中国人民大学民法教研室起草的《中华人民共和国经济法(草案)》,全文共两章70条。这是一部深受苏联法影响的经济法草案。

第二次草拟,发生在1986年的中国经济法学术研讨会上,由杨紫烜、李昌麒等专家领头正式形成了“中华人民共和国经济法纲要(起草大纲)的征求意见稿”。同年,经济法学会的17名教授提出要求将《经济法纲要》和《民法通则》的制定同步进行的建议。中央也因此成立了国务

[20] 参见应飞虎:《问题及其主义——经济法学研究非传统性之探析》,载《法律科学》2007年第2期。

[21] 事实上,学者也已实证发现了这一问题:“发现当前总论研究在学术队伍上呈现萎缩。”蒋悟真:《经济法总论研究之检视——以近年来法学主流刊物论文为视角》,载《法学评论》2011年第6期,第56页。

[22] 参见张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版。

[23] 参见李友根:《经营者概念的解构与〈食品安全法(草案)〉的完善建议》,载《法学家》2008年第4期;李友根:《经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2009年第4期;等等。

[24] 初步概略统计,近些年来包含以下文章:前引[1],张守文文;前引[6],叶姗文;邢会强:《“苏式调整对象理论”与中国经济法的未来》,载《经济法研究》第8卷,北京大学出版社2011年版;薛克鹏:《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》,载《北方法学》2016年第5期;等等。



院经济法研究中心牵头的小组，将《经济法纲要（草案）》的起草列入日程并于1988年形成了定稿。然而，在1986年出台《民法通则》后，《经济法纲要》的立法建议却被无限期搁置。

第三次草拟，发生在20世纪90年代初，此时经济法学界也基本理清了经济法与其他部门法的关系；经济法学者们认为，制定一部经济法典是不适宜的，但制定纲要则是可以的，也是必要的。<sup>〔25〕</sup>其中，1999年，程信和、王全兴、张守文等七人小组研究分析了制定《经济法纲要》的迫切性及法理基础；此后，该研究小组又进一步推出了《经济法纲要》的学者试拟稿。<sup>〔26〕</sup>此后十几年，经济法学界整体上没有再集中讨论经济法综合立法问题。

第四次草拟。关于制定《经济法通则》的第四次集中讨论，初步看来，始自2015年前后。<sup>〔27〕</sup>2015年，全国经济法前沿理论研讨会以“经济法的综合立法问题研究”为主题。当然，更为直接的推动是由中国法学会经济法学研究会领衔的有关《经济法通则》立法研讨的系列会议。“制定经济法通则第一次学术研讨会”于2018年9月在南昌举行。“制定经济法通则第二次学术研讨会”2018年10月在沈阳召开。在此期间，程信和教授提交了其初步设计出的《经济法通则（学者建议稿）》，该建议稿由总则、分则和附则三编组成，共17章，总计300个条文。<sup>〔28〕</sup>“制定经济法通则第三次学术研讨会”于2019年8月由南京大学法学院承办。

## （二）《经济法纲要/经济法典》的初步评估

### 1. 对既有《经济法纲要》的一个初步评估

《经济法通则》历经四次草拟，亦有四个版本。而这其中，1963年的《经济法（草案）》，因当时尚处于计划经济时代，且民法和经济法的关系尚未厘清，本文不予讨论。第四次程信和教授的《经济法通则（学者建议稿）》，因其刚推出，经济法学界尚未展开充分讨论，本文也不予讨论。故此处仅以1986年的《起草大纲》和1999年的《经济法纲要》为例，简要进行一点初步讨论。有人认为，1986年《起草大纲征求意见稿》与1999年《〈经济法纲要〉的法理与设计》两项重要成果，是我国创制经济法典的最初尝试，具有开拓性的意义，也对经济体制变革起着积极的反作用，而且，提出先制定《经济法纲要》，待条件成熟时再制定《经济法典》，亦是相当务实。当然，两项成果虽然意义重大，但也有其草拟时代的局限性。<sup>〔29〕</sup>上述评论虽然中肯，但在笔者看来，其恰恰反映出了两份草案的最大特点，亦即草案或许仅仅具有宏观层面的宣示意义，

• 249 •

〔25〕 上述研究部分可参见：李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1995年版，第232-235页；程信和：《经济法的创新》，载《湘江法律评论》，湖南人民出版社1999年版；王全兴：《〈中国经济法纲要〉的体系设计与框架结构》，载《湘江法律评论》，湖南人民出版社1999年版；何文龙：《制定〈国民经济基本法〉的框架构想》，载《湘江法律评论》，湖南人民出版社1999年版；陆三育、李德庆：《试论〈经济法纲要〉的立法价值》，载《法商研究》2000年第1期；杨紫烜：《建立和完善适应社会主义市场经济体制的法律体系与〈经济法纲要〉的制定》，第八届全国经济法理论研讨会交流论文（2000年）；程信和、王全兴等：《关于〈中国经济法纲要〉的初步论证和设计》，载徐杰主编：《经济法论丛》第2卷，法律出版社2001年版。

〔26〕 参见程信和、王全兴、张守文、单飞跃、陈乃新、孔德周、何文龙：《〈经济法纲要〉的法理与设计》，载《法治研究》1999年卷，浙江大学出版社2000年版，第6-21页。

〔27〕 这一年前后，又开始有一些讨论经济基本法的文章出现。如袁达松、朱成林：《论经济法治的顶层设计——兼重提经济基本法的制定》，载《中山大学法律评论》2014年第3期；编撰经济法典研究小组：《创制〈中华人民共和国经济法〉构想——创制基本经济法是编撰经济法典的题中应有之义和浓墨重彩》，载《南华大学学报》（社会科学版）2015年第1期。

〔28〕 参见程信和：《经济法通则原论》，载《地方立法研究》2019年第1期。

〔29〕 参见前引〔2〕，编撰经济法典第二研究小组文。

而于学术整合和立法整合而言,其实际作用不能被高估。然而,在通则化或者说法典化已经丧失其政治正当性证成和法律信息收集功能的当下,谋求高度的体系化进而实现找法和传法的高效率,可以说是通则化或者说法典化的唯一目标。因此,从这个角度来讲,既有的《经济法通则》草案,无论在学术层面还是在立法层面,都没有实现通则化或者说法典化对体系化的那种高要求,这或许才是既有草案文本的最大不足。

## 2. 经济法规汇编与《经济法典》评估

与学者谋求高度体系化的《经济法通则》或者经济法法典化不同,实务部门则更多地表现出了对于法律汇编的偏好。

首先即是南京国民政府时期的经济法规汇编,这也是目前所知的我国第一次正式编印经济法规汇编。1938年8月,国民政府经济部编印了一部重要的法规汇编,并正式命名为《经济法规汇编》“第1集”,这也是第一次在官方文书中使用“经济法规”这一概念。“第1集”共辑录经济法规43件。同年12月该部又编印了《经济法规汇编》“第2集”,辑录法规44件。次年1月,收录有56件法规的《经济法规汇编》“第3集”问世。在第一部经济法规汇编问世约10年之后,即1947年夏秋之际,国民政府的经济法规汇编工作又以更大规模展开。1947年的《经济法规汇编》共有“官制类”“管制类”“工业类”“矿业类”“商业类”“电业类”“国际贸易类”7集,共辑入法规182件。除此之外,国民政府的有关部门也编印过一些专门性的部门经济法规汇编。如1929年农矿部《农矿法规汇编》、1933年铁道部《铁道法规汇编》、1935年交通部《交通法规汇编》、1940年交通部《交通法规汇编增补》、1948年审计部《审计法令汇编》,等等。<sup>[30]</sup>

而当下的中华人民共和国的经济法规汇编,则主要体现在法律出版社组织编撰的“中华人民共和国分类法典”系列中。该系列共有35个分册,涵盖了宪法、民法、商事法、刑法、经济法、行政法、社会法、国际法八大领域。其中,经济法领域包含以下11部法典:《经济法典》(14)、《国土资源法典》(15)、《建设法典》(16)、《房地产法典》(17)、《交通法典》(18)、《财务会计法典》(19)、《税收法典》(20)、《工商管理法典》(21)、《商务法典》(22)、《能源环境法典》(23)、《农业法典》(24)。单就《经济法典》内容来看,其目录包括:一、总类、经济体制,二、财政,三、国有资产管理,四、税务,五、金融,六、地质矿产,七、能源,八、交通,九、铁路,十、民航,十一、邮电、信息产业,十二、土地,十三、水利,十四、农林牧渔,十五、专营、专卖,十六、审计,十七、统计,十八、价格,十九、技术监督,二十、工商管理。<sup>[31]</sup>单就这些目录内容来看,不仅与同属经济法领域内的其他法典交叉重复,如“税务”章与《税收法典》、“交通”“铁路”“民航”三章与《交通法典》,等等,而且也与属于其他领域的法典相重叠,比如“金融”章与属于商事法领域的《金融法典》,等等。尤其是,相较于同样体系庞大,但系统非常明晰的民法领域法典(《民法法典》《物权法典》《合同法典》《侵权法典》《知识产权法典》《民事诉讼法典》)而言,经济法领域的法典化编撰更显得杂乱。

当然,除了法律出版社20章的《经济法典》,还有国务院法制办6章版的《经济法典》。然

[30] 参见戴凤岐:《国民政府经济立法述评》,转引自中国法制出版社编:《经济法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第419-441页。

[31] 参见法律出版社法规中心编:《中华人民共和国经济法典:应用版》,法律出版社2011年版。

而，无论哪种《经济法典》都存在经济法典内部、经济法典与其他法典内容相互交叉重叠的问题。因此，两部法典虽然一定程度上反映了我国在经济法的立法方面取得的成绩，但另一方面，其并没有形成新的、具有科学性和层次性的体系。因此，它们依旧属于经济领域的法律法规的汇编，而不是编纂。<sup>〔32〕</sup>同时，对比国民政府时期的经济法规汇编和当下的经济法规汇编，虽然二者总体上呈现出的是一种“汇编”体例，但其中也蕴藏着谋求更高体系化的影子。例如，1947年国民政府的《经济法规汇编》虽一共有7集，但其第1集是“官制类”；而法律出版社的《经济法典》虽有20章之多，但其第1章即为“总类、经济体制”。而无论是“官制类”还是“经济体制”，其实质相当于《经济法通则》/《经济法典》中的体制法部分或者说是主体制度部分，由此，使得既有《经济法典》在“汇编”的整体背景下，又带有一丝“编纂”的色彩。

### 三、学术成果：基本共识与一些争议

#### （一）既有学术成果的一个初步概览

总的看来，关于《经济法通则》的研究成果并不充分，尤其是相对于民法通（总）则或者商法通则的研究成果来说，更是薄弱。例如，在中国知网，以“民法总则”为篇名，得到检索结果1175条，以“民法通则”为篇名，得到370条结果。即便是对于最近十多年才兴起的商法通则的讨论，其研究文献也相对充实，以“商法通则”为篇名，检索结果为60条，且其中讨论的内容相对较为深入，如蒋大兴《〈商法通则〉/〈商法典〉的可能空间？——再论商法与民法规范内容的差异性》（《比较法研究》2018年第5期），以及《〈商法通则〉/〈商法典〉总则的可能体系——为什么我们认为“七编制”是合适的》（《学术论坛》2019年第1期），等等。

然而，以“经济法通则”为篇名，只得到4条结果，其中主题直接相关2篇；以“经济法总则”为篇名，得到结果1条，与主题无直接相关性；以“经济法纲要”为篇名，得到9条搜索结果，8篇主题直接相关；以“经济基本法”为篇名，得到34条结果，其中主题直接相关的只有3篇；以“基本经济法”为篇名，得到365条结果，其中只有2篇是主题直接相关的结果。即以“经济法通则”“经济法总则”“经济法纲要”“经济基本法”“基本经济法”为篇名，总共得到的真正讨论《经济法通则》的文献不过15篇。在这15篇文献中，又以“经济法纲要”为题的最多，而这其中又以杨紫烜教授为最。当然，还有一些未被中国知网收录的文献。<sup>〔33〕</sup>

#### （二）对制定《经济法通则》的一些共识

通过对既有相关文献的阅读，发现经济法学界目前对《经济法通则》的共识还是相当欠缺，

〔32〕 参见前引〔2〕，编撰经济法典第二研究小组文。

〔33〕 按杨紫烜教授自己的叙述，对制定《经济法纲要》的研究成果，部分地反映在下列论文和有关材料之中：一是《关于制定〈中华人民共和国经济法纲要〉的建议》（该文作者为杨紫烜，载《法制建设》1986年第1期）；二是《中华人民共和国经济法纲要起草大纲——征求意见稿》（1986年2月25日至3月3日，国务院经济法规研究中心召开了《经济法纲要》起草工作会议。与会的全国近二十位经济法学者经过认真研究讨论，共同草拟了分为10章、共54条的《中华人民共和国经济法纲要起草大纲——征求意见稿》）；三是《〈经济法纲要〉的理论与设计》（前引〔26〕，程信和、王全兴、张守文、单飞跃、陈乃新、孔德周、何文龙文，第6-21页）；四是《建立和完善适应社会主义市场经济体制的法律体系与〈经济法纲要〉的制定》（该文作者为杨紫烜，载李昌麒主编：《中国经济法治的反思与前瞻》，法律出版社2001年版，第3-14页）。参见杨紫烜：《国家协调论》，北京大学出版社2009年版，第387页注1。

如果说是取得了一些共识,那么其主要表现在以下两个方面:其一,关于必要性和可行性的一些共识;其二,关于“三篇制”体例的共识。

首先,对于制定《经济法通则》的必要性和可行性而言,基本来说经济法学界还是取得了一定程度的共识。如李昌麒教授认为,制定《基本经济法》具有必要性的原因在于:它是发展我国有计划商品经济、建立完备的经济法法规体系、统一和协调我国经济法制建设的要求。<sup>[34]</sup> 张守文教授在这些基础之上,增加了“学术积累”的角度。<sup>[35]</sup> 就可行性而言,杨紫烜教授认为,制定《经济法纲要》已具备了社会条件、法制环境和相应的理论准备。<sup>[36]</sup> 除此之外,还有一些学者对制定《经济法通则》的必要性和可行性问题有所论述,当然这些论点基本大同小异。<sup>[37]</sup>

其次,对于《经济法通则》由总则、分则和附则三篇构成的体例,也可以说取得了一定程度的共识。例如,杨紫烜教授在论证称为《经济法纲要》比称为《经济法总则》要好的原因时说,称《经济法纲要》可以作出较为合理的结构安排,它除了总则以外,还可以包括分则和附则;而称《经济法总则》则不能再包括分则和附则。<sup>[38]</sup> 程信和教授认为,《经济法通则》可由总则、分则、附则组成。总则加附则部分,将来或可发展为“经济法典”的总则编;分则部分,则可发展为“经济法典”各分则编。<sup>[39]</sup> 除此之外,还有一些学者认为,我国经济立法应主要采取“总则——分则——附则”的体例结构。<sup>[40]</sup>

### (三) 对制定《经济法通则》存在的一些争议

在一些《经济法通则》的学术会议中,经济法学界对经济法通则化或者说法典化,目前还存在很多很大的争议,比如说:经济法能否法典化/通则化的问题,经济法是法典化还是基本法化的问题,法典化是编纂、汇编还是适度法典化的问题,等等。从目前既有文献的阅读来看,这些争议主要体现在以下两个方面:其一,对于名称提法的争议;其二,关于章节设定的争议。

首先,经济法学界对于名称提法存在着较大的非实质性争议。杨紫烜教授认为,称为《经济法纲要》较好。对于较多不赞同的声音认为“纲要”不是一个法学概念的问题,他认为,“纲要”并不是法学概念,并没有所谓法律味,但是,不能据此认为,《经济法纲要》没有“法律味”,不宜使用。<sup>[41]</sup> 李昌麒教授认为,《基本经济法》称呼可以清楚地反映《基本经济法》是诸多经济的基本法或者说是“经济法群之首”。<sup>[42]</sup> 而张守文教授则对提法问题进行了全面的综合分析。第一,他认为,采取“基本法”形式的立法,往往是宪法或宪法性法律。第二,“纲要”的形式一

[34] 参见李昌麒:《关于制定〈中华人民共和国基本经济法〉的几个问题》,载《当代法学》1991年第4期。

[35] 参见前引[1],张守文文。

[36] 参见杨紫烜:《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》,载《南华大学学报》(社会科学版)2015年第4期。

[37] 如李建华:《略论经济法立法的模式和体例结构》,载《中央检察官管理学院学报》1997年第2期;前引[25],陆三育、李德庆文;前引[6],叶姗文;前引[28],程信和文;等等。

[38] 参见前引[36],杨紫烜文。

[39] 参见前引[28],程信和文。

[40] 参见前引[37],李建华文。此外,李昌麒教授在论及《中华人民共和国基本经济法》的体例问题时,其主张的章节体系,其实也可以调整为“总—分—附”的体例。因为,除第一章总则和第十章附则内容外,中间八章主要属于分则内容,对于不属于分则内容的,也可以进一步调整进入总则或者附则。参见前引[34],李昌麒文。

[41] 参见前引[36],杨紫烜文。

[42] 参见前引[34],李昌麒文。持“基本经济法”主张的,还有胡光志教授,参见胡光志:《关于制定基本经济法的几个问题》,载李昌麒主编:《中国经济法治的反思与前瞻:2000年全国经济法理论研讨会论文精选》,法律出版社2001年,第231—247页。



般用于计划类或规划类的立法，以往制定的基本法律尚未采用过“纲要”的形式。第三，相对来说，《经济法通则》的形式受到了不少学者的肯定。第四，他认为，制定《经济法总则》也许是目前成本较低、阻力较小、效益较高、技术上较为可行的选项。<sup>〔43〕</sup>然而，称《经济法总则》，一方面按前文杨紫烜教授所言，其体例结构不太好安排，无法涵盖分则和附则内容；更重要的是，“总则”是一部法律的一个组成部分，其不可单独作为一部法律的名称。程信和教授则认为，通则比纲要更有法律味，比法典更有可行性。<sup>〔44〕</sup>

其次，经济法学界对通则章节的设定也未形成一致。杨紫烜教授认为，对于《经济法纲要》的结构，可以考虑作如下安排：第一章总则，第二章基本经济制度和经济体制，第三章经济法主体，第四章市场监管法，第五章宏观调控法，第六章经济法责任，第七章附则。<sup>〔45〕</sup>李昌麒教授则主张按下列章节构筑框架：第一章总则，第二章经济法主体资格及其权限，第三章经济管理关系，第四章经济协作关系，第五章市场管理关系，第六章涉外经济管理关系，第七章经济核算关系，第八章经济法规范中的冲突，第九章法律责任，第十章附则。<sup>〔46〕</sup>程信和教授则主张以“国民经济发展法”为基调，围绕“经济法任务即定位”，建议稿“总则”部分，列出原则、主体、权利、行为、责任五个要点，“分则”部分，设为市场基础、规划导向、宏观协调、基本动力、监督机制五大板块。<sup>〔47〕</sup>张守文教授认为：第一，必须先对其立法宗旨、调整对象或调整范围、基本原则等作出“一般规定”；第二，体制法或组织法规范是经济法各类立法中不可或缺的内容；第三，经济法的实体法制度是核心内容；第四，经济法的程序法制度亦不容忽视。<sup>〔48〕</sup>此外，袁达松教授、叶姗教授也对《经济法通则》的章节设定有不同意见。<sup>〔49〕</sup>

#### （四）沉默的大多数

相较于庞大的经济法学研究群体而言，区区十来篇的有关《经济法通则》的直接文献，以及为数不多的相关度较高的间接文献，一定程度上也反映了整个经济法学界对制定《经济法通则》的一些态度。当然，这些态度不一定全然就是直接反对制定《经济法通则》，而更多的，也许是对经济法学真正学术研究的热诚，以及对《经济法通则》研究可能存在问题的某种担忧。正如十年前有学者所言：“随着形势的发展，制定《经济法纲要》的可能性越来越小，而经济法学界核心成员持续地集中于这一理论研究的领域……它不断地集结着经济法研究的力量，消耗着经济法学术研究的资源……不断吞噬着外界的物质，却不见有明显的产出。……不仅经济法的一些基本理论问题没有澄清，在外界看来，对经济法的认识更是一团雾水。……经济法学者不应再抱着一个与其他法律部门争地盘的心态来研究经济法，而应当更理性地、以一个法学者应有的良心和社会责任感来对待自己的学术研究。”<sup>〔50〕</sup>

〔43〕 参见前引〔1〕，张守文文。

〔44〕 参见前引〔28〕，程信和文。叶姗也持类似观点，认为，相比之下，“通则”是比较好的选择。参见前引〔6〕，叶姗文。

〔45〕 参见前引〔36〕，杨紫烜文。

〔46〕 参见前引〔34〕，李昌麒文。

〔47〕 参见前引〔28〕，程信和文。

〔48〕 参见前引〔1〕，张守文文。

〔49〕 参见前引〔27〕，袁达松、朱成林文；前引〔6〕，叶姗文。

〔50〕 许明月：《经济法学术研究定位的反思》，载《政法论坛》2006年第6期，第22-23页。

## 四、延伸讨论：目标参照与方向选择

### （一）《民法通则》作为目标参照

#### 1. 《民法通则》是一部有重大历史意义的通则

历经三十多年，民法学界对《民法通则》的好评不减。江平先生认为，1986年《民法通则》是我国民事立法的一个重大里程碑，是我国立法史上具有重大影响和巨大成就的一部法律，其在我国民事立法史上，有着不可磨灭的功绩。<sup>〔51〕</sup>王利明教授认为，《民法通则》是我国民事立法发展史上的一个里程碑，其颁布实施，是完善市场经济法制、建立正常的社会经济秩序的重大步骤。同时，它为民法典体系的构建奠定了坚实的基础。<sup>〔52〕</sup>梁慧星教授更是直言：“如果当时民法通则未能通过，中国民事立法、中国民法学、中国社会主义法律体系，能够是今天的模样吗？”<sup>〔53〕</sup>

#### 2. 为什么叫通则及其当下意义

据学者考究，《民法通则》名称的选择与确定，与整个民事立法的过程一样曲折，大致经历了从“民法”到“民法总则”，再到“民法通则”三个阶段。据参与民法起草的江平先生回忆，“民法总则”框架基本确定后，名称已经不合适了，大家想尽办法找一个更合适的名称。最后，彭真定了调子。他说，既然这里面不仅包括总则的内容，而且也包括分则的一些内容，叫总则不合适，那就叫通则吧，总则和分则都通起来了。进一步地，通则的提法，对当下经济法基本法的制定有何意义呢？有人认为，应保留“通则”的法律名称，明确其运用的具体领域。在诸如行政法、经济法、商法等调整范围广、难以实现或短期内不易实现法典化的法律领域，在制定相关单行法的同时，可尝试制定各自的“通则”，以提高立法的科学化水平。<sup>〔54〕</sup>

#### 3. 以解决实际问题为导向的通则

诚如王汉斌在《关于〈民法通则〉草案的说明》中所指出的，民法通则制定的首要问题是解决“民事活动的一些共同性的问题，如公民和法人的法律地位、民事法律行为、民事代理、民事权利、民事责任、时效等，还缺乏法律规定”<sup>〔55〕</sup>的问题，而非为了通则而通则。事实上，《民法通则》自1987年1月1日起施行，其9章〔基本原则、公民（自然人）、法人、民事行为、民事权利、民事责任、诉讼时效、民事关系、附则〕，共计156个条文，很难说哪条是没用的。除了法治层面的实际作用之外，在学术层面，《民法通则》的制定对终结长达七年之久的民法经济法大论战、进而确立民法学的地位无疑也是有用的。当然，研究制定《经济法通则》，无疑也对中止目前愈演愈烈的经济法学内部的分离运动、进而推进经济法学的理论整合，具有重要意义；问题的关键在于：如何确保其具体条文在执法、司法中的切实可操作性、有用性是个难题。毕竟，通则化或者说法典化除了服务于学术理论整合之外，也应当实现如德国学者维亚克尔所说的“通

〔51〕 参见江平：《空前启后，功不可没——〈民法通则〉颁布十周年记》，载《研究生法学》1996年第2期。

〔52〕 参见王利明：《中国民法典制定的回顾与展望》，载《法学论坛》2008年第5期。

〔53〕 梁慧星：《新中国第三次民法起草亲历记》，载《武汉文史资料》2015年第1期，第9页。

〔54〕 参见刘风景：《〈民法通则〉名称的历史考察与现实价值》，载《社会科学研究》2016年第5期。

〔55〕 李开国：《〈民法通则〉的历史功绩与历史局限》，载《现代法学》1997年第4期，第8页。

过新的体系化和创造性的法律来构建一个更好的社会”的目标。<sup>〔56〕</sup>

#### 4. 早的是否就是好的——演进与建构

《民法通则》从1979年开始起草，至1986年通过，表面看来，历时只有七八年时间。但若放在整个近代中国法律现代化的宏大背景来看，民法通则的立法资源准备极为丰富、充分。“清末修律虽未竟其功，但近世以来中国向法律国的转化无疑奠基于清末修律。”<sup>〔57〕</sup>而这其中亦包含民法。从清末修订法律馆翻译外国法典简表中可以看出，早在清末，德国民法总则、奥地利民法总则、瑞士民法总则、法国民法、日本民法部分、俄罗斯民法部分都已有中译本。<sup>〔58〕</sup>而在南京国民政府时期极具水准的六法全书中，民法的成就也相当突出。除法典翻译之外，中国民法法典化的进程自1911年首部民法典（《大清民律草案》）起草至今方兴未艾，历经1925年《民国民律草案》、1930年《中华民国民法》、1949—1982年间三次民法草案及改革开放以后的分编制、分步走的立法。其中，1982年，中华人民共和国成立以后的第三次民法典起草的第四稿民法草案由43章465条构成。这一草案虽未正式成为法律，但现行的诸多民事法律包括《民法通则》在内，都是以该草案的相应编章为基础，适当修改损益而成。<sup>〔59〕</sup>

总之，无论是在清末修律的法典翻译中对民法的翻译工作，还是民国时期极具水准的六法中的民法部分，乃至中华人民共和国成立后的民法起草，这些无疑都对中国民法总则或者通则的制定产生了影响。反观目前的《经济法通则》的制定或者经济法的法典化，似乎并不具有当初制定《民法通则》时的立法条件和学术准备。

当然，这就牵扯出另一个与之相关而不尽相同，且尤为重要问题，即如何在制定通则的时候，避免急功近利的“图快”思想。经济法的通则化，最终还是逃脱不了法典化的愿景。然而，就法典化而言，萨维尼和蒂堡有关德国民法是否应当法典化的论战最具启示意义。在萨维尼看来，法典化意味着法的精神的极度衰落，但同时他也不得不承认正因为法典化而使罗马法再次复兴。因此，问题的关键似乎不在于是否法典化，而在于何时法典化。从萨维尼的角度看来，在法还处于其发展历程之中时，往往不应过于盲目地去建构并无多少实际意义的法典，而应任其演进。当然，如此放任演进，并非是放弃法典化，而是等待其法典化的时机成熟。正如萨维尼和蒂堡的论战促使《德国民法典》被推迟了80年，然而这也许并非坏事。因为，以蒂堡政治上所持的开明君主专制思想，如果德国在1814年编纂法典，那么它极有可能是另一部类似于《普鲁士民法典》那样的开明君主专制下的封建法典。但是，被推迟了82年于1896年产生的《德国民法典》则是一个不折不扣的资本主义法典，它在一切方面都超越了《普鲁士民法典》。因此，可以断言：这一论战的最重大的影响是改变了《德国民法典》的性质。<sup>〔60〕</sup>

无独有偶，梁慧星教授在评价1980年代立法机关解散民法起草小组时，亦是持类似看法。

〔56〕 参见王利明：《民法典体系研究》，中国人民大学出版社2012年版，序言。

〔57〕 商务印书馆编译所编译，冷霞点校：《德国六法》（清末民国法律史料丛刊·汉译六法），上海人民出版社2013年版，序，第6页。

〔58〕 参见前引〔57〕，商务印书馆编译所编译书，序，第6-7页。

〔59〕 参见张新宝、张红：《一个世纪以来的中国民法之形成与演变》，载《私法研究》第12卷，法律出版社2012年版，第14页。

〔60〕 参见薛军：《蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产——围绕〈德国民法典〉编纂而展开的学术论战述评》，载《清华法学》第3辑，清华大学出版社2003年版，第129-130页。

“但我们设想一下，如果当时真的制定了一部中国民法典，可以肯定，这部中国民法典必定是苏联模式的民法典，是反映单一的计划经济本质特征和要求的民法典，不可能为中国改革开放的推进和发展社会主义市场经济提供法制基础。应当肯定，1982年立法机关决定解散民法起草小组、暂停民法起草，是正确的。”<sup>〔61〕</sup>而对在2012年十一届全国人大五次会议期间，由黄河等人大代表提出的制定经济法的议案，全国人大财经委认为，实现经济法的法典化还需要更多的实践探索。<sup>〔62〕</sup>此种拒绝，一定程度上亦非坏事。毕竟，为了制定出一部有重大历史价值和学术水准的《经济法通则》，花心血和时间是值得的，因为这个过程，不仅是通则的制定过程、法典化的过程，同时于经济法学术而言，亦是集大成的过程。如果说，民法自20世纪80年代始，历经三十多年终于迎来其法典化的时代，那么，经济法如果从现今算起，历经二三十年迎来其通则化的时代，亦是值得的，因为经济法通则化的难度并不亚于民法法典化的难度。

## （二）调制论作为方向选择

### 1. 几无域外经验可资借鉴的《经济法通则》

德国于1896年制定了《德国民法典》，1897年公布了《德国商法典》，1975年颁布了《社会法典》；但在经济法的市场规制领域，自1896年第一部竞争法——《反不正当竞争行为斗争法》诞生以来，期间虽经1909年《反不正当竞争法》、1958年《反对限制竞争法》，但至今并未出现市场规制基本法之类的法律。在宏观调控领域，德国联邦议院于1967年通过了《经济稳定与增长促进法》，该法可以说是世界上第一部较为系统化的“宏观调控法”，它首次确定了宏观调控的“四大魔方”，即“价格水平的稳定、高就业状态、对外经济平衡和稳定而合理的增长”，对于宏观调控的制度和程序具有重要的参考作用。<sup>〔63〕</sup>但即便如此，德国至今并未出现任何有关经济基本法的法律。日本虽于1961年颁布了《农业基本法》、1963年颁布了《中小企业基本法》、1993年颁布了《环境基本法》，但亦无经济基本法之类的法律。美国虽早在1890年便通过了《谢尔曼法》，于1914年国会建立了联邦贸易委员会，并通过了《克莱顿法》，但其亦无经济基本法之类的法律。英国也是如此。总而言之，从目前以上诸国的立法史看来，基本均未采取制定经济基本法的立法思路，而更多的是呈现部门单行立法、分散立法的特征。<sup>〔64〕</sup>因此，基本可以说，制定经济基本法或者说《经济法通则》无域外经验可供参照借鉴。

### 2. 苏联法的影响及其淡去

当然，基本无域外经验可资参照借鉴，亦并非完全没有。其一，即是现今早已不存在的捷克斯洛伐克的《经济法典》；其二，即是大经济法时代，苏联的经济法法典化争论。事实上，在我国备受推崇的拉普捷夫，在其生活的时代，苏联就已经出现了经济法是否应当法典化的争论。以B. B. 拉普捷夫和B. K. 马穆托夫为代表的经济法学家与以C. H. 勃拉图西等为代表民法学者就已经展开了论战。B. B. 拉普捷夫指出了经济立法落后于经济发展的需要，认为“通过经济法典就能够创立调整我国经济生活的根本法，就能够在法典中规定社会主义经营管理的重要原则、形式和方法以及经济法的基本制度，就能够使经济法的重要原则严格协调一致，并为经济立法的

〔61〕 前引〔53〕，梁慧星文，第7页。

〔62〕 参见陈丽萍：《经济法法典化还需实践探索》，载《法制日报》2013年1月16日。

〔63〕 参见吴越：《经济宪法学导论》，法律出版社2007年版，附件一“德国经济稳定与增长促进法”。

〔64〕 参见魏琼：《西方经济法发达史》，北京大学出版社2006年版，第62-109页。



今后发展奠定基础”〔65〕。C. H. 勃拉图西、B. П. 格里巴诺夫、O. C. 约菲等民法学家则从经济关系的多部门综合调整的基本论点出发，认为不可能制定一个像经济法典那样的统一调整全部经济关系的法律文件。〔66〕最终的结果是，苏共中央和苏联部长会议 1975 年 8 月 25 日的“关于进一步完善经济立法的措施”的决议在所规定的各项措施中并未提到要制定经济法典的问题，这十余年来也未见法典草案变成正式的法律文件。看来，苏联的立法者对制定经济法典的建议也没有予以采纳，至少到目前为止还没有加以采纳。〔67〕

我们虽无法直接推断，苏联关于经济法法典化争论的以失败告终的结果，是否与中国后来历次的《经济法大纲》《经济法纲要》的不能出台存在某种程度的联系，但苏联经济法理论对中国的影响不可谓不深，历经半个世纪，依旧尚未消散。按照张世明教授的总结，经济法学说的继受不外乎三种模式：第一种模式，即以德国为模版的基于学说的卓越性而导致的继受；第二种模式，基于二战后美国影响的美国化；第三种模式，以苏联为发源的势的作用，其典型例子是苏联经济法学理论对中国的影响。〔68〕这种影响的突出表现即是，苏联经济法学理论曾经长时间充斥于我们的经济法学教科书，而且至今亦难说被取代了。尤为严重的是，受苏联经济法理论影响的我国法学界后来开创的“诸论”，亦一定程度上遗传了苏联经济法理论的基因。然而这种近乎“意识形态”的经济法理论，亦难说不对我国现今《经济法通则》的制定产生阻力。事实上，在民法学界，孙宪忠教授曾经就把我国制定民法典的主要困难归结为三点，其中最重要的一点即为：旧意识形态无法摆脱的问题，亦指苏联法学的影响。〔69〕当然，在讨论苏联经济法理论不利一面的同时，也并非意味着需要全盘否定苏联经济法理论，而应理性地正视其弊端。正如邢会强教授所认为的，我们不应全盘抛弃“苏式调整对象理论”，毕竟“苏式调整对象理论”有其可取之处，特别是当后发国家借鉴先发国家进行立法之时，采取“苏式调整对象理论”可以相对明晰地确定传统部门法之间的界限，但是，这一理论的弊端也是不容忽视的。〔70〕因此，总体而言，在我们研究和制定《经济法通则》的过程中，理应对苏联法的潜在消极影响保持警醒，进而在有关《经济法通则》的学术研究和立法文本中，更应克制这种潜在的消极影响，无论是思维习惯还是话语表达。

### 3. 德国式法典还是美国式汇编

大陆法系近世轰轰烈烈的法典化运动，其实起源于英美法系。在 17、18 世纪的英国，以培根和边沁为代表的立法派主张将部分普通法法典化，但以柯克和布莱克斯通为代表的反对法典化的主张占据了主要地位。随后，新统一的德国发生了蒂堡和萨维尼的论战。在欧洲法典化运动的影响下，美国也不断开始了大规模的法典化运动，诞生了一批对美国甚至世界法律发展产生深远影响的立法，如美国《统一商法典》《联邦证据规则》《国内税法典》。因此，有些美国学者也提出美国现在的法律制度是一个混合制度，甚至有人断言美国已经从普通法占统治地位的法律体系

〔65〕 B. B. 拉普捷夫：《苏联的经济立法》，载《苏联经济法论文选》，法律出版社 1982 年版，第 1-14 页。转引自陈汉章：《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训》（连载），载《中国法学》1985 年第 3 期，第 63 页。

〔66〕 参见前引〔65〕，陈汉章文。

〔67〕 参见陈汉章：《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训》（连载），载《中国法学》1986 年第 1 期。

〔68〕 参见张世明：《经济法学理论演变研究》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 158-202 页。

〔69〕 参见孙宪忠：《中国民法典制定现状及主要问题》，载《吉林大学社会科学学报》2005 年第 4 期。

〔70〕 参见前引〔24〕，邢会强文。

转变为制定法成为主要渊源的体系。当然,这些观点在威廉姆·博纳姆看来,均不成立,因为在普通法系里,制定法规就像是一桶水里放置石头;石头只排除相当于石头重量的水,但是水会立即填满未被石头占据的空间。英美国家的法典和法典化仍然是普通法浩如烟海的判例法中的小舟,并没有完全改变普通法的判例传统和司法技术。古老的普通法仍然是美国人津津乐道、不愿放弃的文化财富。〔71〕

另一方面,由于社会与法律当中新的力量的影响,大陆法系已经发生了根本的转变。多种因素表征了法律变迁的动力,其中较为紧要的两个因素即是解法典化与法典重构的进程。到20世纪末,已经变得明朗的是,法典重构的进程在欧洲与拉美产生出了真正的推动力;这表明在不远的将来,它将影响到大陆法系的发展。〔72〕即便如此,有学者认为,应当从法典化的理念来看待法典化问题。不同的“去法典化”和“再法典化”的法律进程,涉及的不是法典化理念的存废问题,而是法典化理念的有机组成部分。不是法律的停滞状态,而是保守与进步的辩证法才是“适合法典的”立法和法律续造的主要特征。〔73〕

普通法系的法典化运动,与大陆法系的解法典化运动,二者似乎一同预示着一个新的“混合法系”的日渐成熟。混合法系在全球化中的重要性体现在:南非法和苏格兰法,以及其他真正的混合法系都证明了,世界上最主要的两大法系,民法法系和英美法系可以在一个法律体系中共存,而且其中一些概念和制度还在混合法系下得到了发展,例如南非法和苏格兰法中的“信托法”,以及苏格兰法中的土地担保替代了英国法中模糊陈旧的抵押制度。〔74〕进一步地,有学者甚至主张,中国也应属于混合法系。在霍普勋爵看来,中国的法律体系当然不是普通法体系,但也并非仅是民法法系。它混合了其他元素,其中一些或许可以追溯到存在于普通法中的理念。因此,虽然中国与苏格兰之间无疑有重大不同,但他认为,与苏格兰一样,中国有充足的理由主张自己是混合法系大家庭中的一员。〔75〕

当然,霍普勋爵主张中国应当是混合法系的提法,无疑仅仅是一家之言。毕竟,如果称得上“混合”大陆法系和英美法系在一国整个法律体系中占比大体应呈五五开,但在我国的法律体系中,普通法继受的内容占比远没有那么高。大陆法系的主体特质,不仅仅是因为我们迎来了民法典时代,甚至可以说在清末修律时的法律移植中已经种下了种子。但“混合法系”的提法对“经济法”的系统立法方向选择来说或许是有意义的。如前文第一部分中的“法系冲突与经济法的方向选择难题”中所言:目前经济法研究中明显呈现出了在财税法领域,经由我国台湾地区借鉴德国税收之债、财政宪法的提法,似乎以德国法为借鉴蓝本;但同时,在市场规制领域,尤其是消费者保护法和食品安全法领域,则明显的以借鉴美国规制法及理论为主;呈现出了大陆法系和英美法系借鉴方向分庭抗礼之势,表现出了强烈的“混合”特质。在此背景下,经济法立法的系统

〔71〕 参见李晓辉:《“水中之石”:普通法传统中的美国法典化》,载《人大法律评论》2009年卷,法律出版社2009年版,第207-218页。

〔72〕 参见〔秘鲁〕玛丽亚·路易莎·穆里约:《大陆法系法典编纂的演变:迈向解法典化与法典的重构》,许中缘、周林刚译,孙雅婷校,载《清华法学》第8辑,清华大学出版社2006年版,第66-82页。

〔73〕 参见〔德〕卡斯滕·施密特:《法典化理念的未来——现行法典下的司法、法学和立法》,温大军译,载《北航法律评论》2012年第1辑,法律出版社2012年版。

〔74〕 参见科尼利厄斯·G.凡·德尔·马儿维:《大陆法系与普通法系在南非与英格兰的融合》,翟寅生译,韩世远校,载《清华法律评论》第4卷第1辑,清华大学出版社2010年版,第81-93页。

〔75〕 参见〔英〕霍普勋爵:《普通法世界中的混合法系》,刘晗译,载《清华法学》2012年第6期。

化也极有可能呈现强烈的“混合”特质，它既非德式的法典化，亦非美式的汇编，而是表现出带有法典化雏形的通则加单行立法汇编组合而成的一种“混合”体系。的确，这看似是个怪胎，但或许就是经济法立法整合的未来。事实上，国内目前关于环境法法典化的主流意见的所谓“适度法典化”，<sup>〔76〕</sup>一定程度上亦是这种“混合”体系的体现。

#### 4. 各家之言与提取公因式

正如民法总则是民法的公因式一样，<sup>〔77〕</sup>《经济法通则》理应是经济法的公因式，在一定程度上，《经济法通则》也理应是经济法学既有学术成果的公因式。然就前文第三部分目前学术成果的共识和争议来看，对公因式的提取可以说是目前研究制定《经济法通则》最为紧迫的任务。

自萨维尼提出物权概念，并在此基础上，将物权行为和债权行为进一步抽象为民事法律行为，民法的宏观体系基本建立。行政法也因其调整关系的特殊性，在行政行为统领下形成了由抽象行政行为、具体行政行为、行政合同行为和行政事实行为等构成的完整体系。刑法更因其之前的四要素说（主体、客体、主观方面、客观方面），现今的“三阶层论”（构成要件该当性、违法性、有责性），进而构成了刑法特有的分析框架。然经济法到目前为止，各位学人在其经济法教材和著作当中对其都进行了不同种类的划分，但尚未形成公认的体系。“学术研究的现实正相反，学界有关经济法体系的共识还很不充分。”这种前提性共识的欠缺，一方面，影响经济法学学术交流，甚至影响经济法学的教学，因为“学科教育内容的体系完全依赖于本学科知识的体系化”<sup>〔78〕</sup>；另一方面，也将会直接阻碍诸如《经济法通则》篇章体系安排讨论的继续深入。

《经济法通则》的制定与否以及制定出来的质量如何，很大程度上取决于经济法学界的理论共识形成多少、水准多高。从这个意义上讲，《经济法通则》的制定，是对经济法学界多年来学术积累的一次大考。目前看来，在这些共识当中，一个最基本的共识，即是承认经济法体系都包含宏观调控和市场规制两大部分。正如邢会强教授所认为的，我国的经济法学界已经为中国经济法学找到了所谓的“调整对象”，为中国经济法争得了合法地位。尽管这些“调整对象”众说纷纭，但大家基本上都承认，宏观调控关系和市场规制（或市场管理）关系是经济法的“调整对象”，这是难得的“基本共识”，也是区别于德国和日本经济法的特色之处，是中国的“自主知识产权”。因此，我们不应在“调整对象”上再花费太多的时间，而应淡化区别，凝聚共识，最终形成一个强大的中国经济法学术共同体。<sup>〔79〕</sup>

而立足于宏观调控和市场规制这一“基本共识”上的理论建构，目前来说，当属调制说构建得最为成功。这一学说不仅可以构造出经济法独有的主体理论（调制主体、受体）、行为理论（调制行为）等基本范畴，更重要的是这些基本范畴不仅与传统法律教义基本范畴构造相一致，同时也切合了经济法学界已基本取得的基础共识。这一建构不仅对于经济法内部来说可以完成一定程度的整合，亦可能较容易取得外部传统各部门法一定程度的认可，毕竟传统各部门法对经济

〔76〕 国内目前关于环境法法典化的争论有四种观点：第一种观点，认为环境法没有必要法典化，因为环境法已经有了环境保护法这一个基本法；第二种观点，主张形式法典化模式，走的是法国的汇编模式；第三种观点认为，应当采用实质法典化模式，即瑞典的模式，乃至德国的总分则模式；第四种观点，也是现在的主流意见，主张“适度法典化”，就是说在汇编和编纂之间。

〔77〕 参见王利明：《民法总则：民法的“公因式”》，载《北京日报》2017年8月28日，第16版。

〔78〕 肖江平：《经济法学体系的构造——兼论经济法体系》，载《经济法研究》第3卷，北京大学出版社2003年版，第62、64页。

〔79〕 参见前引〔24〕，邢会强文。

法的傲慢与偏见很大程度上是由经济法对传统法学理论的解构太多所致。<sup>〔80〕</sup>事实上,商法在谋求其独立部门法地位的进程中,也创制了商主体(商人)、商行为这些基础概念,并且在商法通则的制定研究中也广为采用。<sup>〔81〕</sup>当然,需要着重说明的是,本文无力也不敢否认其他诸种经济法学说以及前辈无论是在经济法初创时的披荆斩棘还是经济法失势时的殚精竭虑的付出和贡献。毫无疑问,从学术史的角度而言,没有他们,就没有我们。人尚不能数典忘祖,况学者乎?但是,从另一个方面讲,毕竟从经济法引入我国至今,屈指算来已有半个世纪,无论经济法与民法的大论战也好,还是经济法内部各种学说的长期混战也罢,现在处于各部门法法典化的时代,面对各部门法的帝国主义以及经济法内部的分离运动,“经济法”三个字能否在未来存在或者说有存在的必要,的确需要整个经济法学界在围绕《经济法通则》的制定过程中,对各种学说有个大致的取舍。否则,对于以经济法(而非仅仅以某一部门法)为研究志业的后学来说,也许未来某一天,突然发现,不仅失去了荣光,还有韶华。

## 五、结语:理想传承与具体进路

### (一) 经济法通则化/法典化的理想传承

从20世纪60年代的《中华人民共和国经济法(草案)》,到2018年的《经济法通则(学者建议稿)》,在过去的五十年当中,中国经济法学历经苏联经济法理论的全盘引入,我国民法的德国化进而民商、经济法的分离,受美国法影响的规制法的兴起。中国经济法学在跌跌撞撞中走过了半个世纪的成长时期,其一直期待着成熟时期的到来,而经济法的通则化或者说法典化,在我们看来,亦是这种对经济法成熟期待的诉求与表达。从前文梳理的关于《经济法通则》四次的草拟情况来看,这种理想、追求与期待在过去的半个世纪中,历经老中青几代经济法学人,一直传承了下来。即便由于特定历史背景及学者个人知识结构局限,前辈们关于《经济法通则》的一些观点未必成熟,但一代代经济法先进对经济法孜孜以求的信念尤当吾辈后学引以为楷模。纵然经济法不同于传统部门法那样基于“公私”此类抽象观念基础而进行的划分,而是基于具体“问题”域而进行的分类,但随着社会的变迁,谁又能肯定基于“问题”域而进行的部门法划分不会兴起呢?因此,经济法的通则化或者说法典化的理想,理应继续传承。

如前文所述,经济法的通则化或者说法典化,除了先前捷克斯洛伐克的《经济法典》之外,纵观两大法系,可以说几无成例,因此,要实现经济法的通则化或者说法典化,归根结底,只能是由我们中国自己的经济法学者来做这件事。从这个层面来讲,我们所要推进的经济法的通则化或者说法典化乃是世界法制史上的一个立法创新。进一步地,我们能否形成世界经济法领域中的“中国模式”,彰显法律东方主义,甚至进行制度输出,则是另一个更大的学术与立法的雄心。当然,雄心、抱负的实现纵然道路艰难,但切不可被轻视、被嘲笑;“莫欺少年穷”,对于还处于成长时期的中国经济法而言,此种宏愿与雄心亦诚不可欺。

〔80〕 参见陈云良:《傲慢与偏见——经济法的现象学分析》,载《法商研究》2009年第4期。

〔81〕 参见蒋大兴:《〈商法通则〉/〈商法典〉总则的可能体系——为什么我们认为“七编制”是合适的》,载《学术论坛》2019年第1期。



## （二）制定《经济法通则》学术准备的分步实施

如前文所述，对制定《经济法通则》而言，最为紧迫的任务是对经济法基本理论的公因式的提取。甚至可以说，《经济法通则》制定过程中的困难，初步看来是立法方面的困难，其实更为重大的也许是学术准备方面的困难。而历经大经济法时代的民法经济法的论战，到不久前经济法内部各种学说的混战，现今似乎到了经济法基础理论方面进行理论整合的时候了。当然，有整合，就要进行取舍，有取舍就会有利弊得失。在此，往大的方面看，学术乃天下公器，属于自己但又不全然属于个人；往小的方面看，经济法乃是学术共同体，我们需要考量，作为一个整体该如何存在；况且退一步来说，百年之后，每个人的学术成果只会大浪淘沙，一切且留后世评说。如若放下种种利弊得失，《经济法通则》的学术准备进程将会大大推进。

当然，理论方向的选择对于《经济法通则》的学术准备而言固然重要，但其分步实施策略亦不可或缺。其中，首先的一点，即是《经济法通则》或者说总论的人才的培养问题。如前文所述，目前经济法总论的研究已经呈现萎缩的趋势，这其中除了经济法中“问题”与“主义”的争论所引起的一些学者的研究转向之外，另外一个更重要的原因，即是总论研究的人才的日益减少。而这其中最为重要的一个原因又是目前关涉青年经济法博士生、学者毕业、晋升的期刊基本不大喜好刊发总论的文章，由此导致一些青年经济法博士生、学者一般情况下已不再做有关经济法总论的论文，个人的研究领域也更侧重于部门法。因此，如何发现、扶持好经济法总论方面的青年经济法博士生、学者就显得尤为重要。

其次，做好整体把控和具体研究的结合。如果说经过三次有关《经济法通则》的学术会议，使得经济法学界大体对制定《经济法通则》的必要性、艰难性与阶段性、适度法典化的总体愿景等宏观问题达成一定共识，那么接下来，即可考虑以中国法学会经济法学研究会为依托，就《经济法通则》关涉的具体问题进行专门立项招标和学术讨论，比如具体采用的立法体例模式、有关经济法的立法目的条款、基本原则，等等。以期通过专项课题、专门会议，形成较高水准的成果和共识，进而为《经济法通则》所需要的学术准备奠定基础。

再次，加强《经济法通则》相关研究的对外学术交流。相较经济法各部门法板块，如竞争法、金融法、消费者保护法、财税法领域，同美国、欧盟、日本等的学术交流的频率和深度而言，经济法总论部分的对外学术交流，除了张世明教授作了一些翻译工作外，似乎再无其他学者在做这一工作。纵然，研究制定《经济法通则》主要依赖于我们自己，但了解传统法制强国有关经济法通则化或者法典化的学术和立法的最新进展，汲取其经验教训，对我们经济法的通则化或法典化无疑也大有裨益。

## （三）《经济法通则》立法准备的双重并进

《经济法通则》在目前尚未进入立法规划，但未来何时进入立法规划则是需要我们经济法学界一起为之努力的。除了需要加强《经济法通则》学术研究成果的推广宣传、人大代表尤其是全国人大代表的呼吁提案之外，具体回到经济法学术本身而言，我们认为可以从以下两个方面同时进行准备，可以说是“双重并进”。

其一，即是对既有经济单行法的整理与《经济法通则》的创制研究并进。经过40年的发展，目前我国的经济单行法已达70余部这样一个庞大规模，那么这70余部既有经济单行法实施效果如何、存在什么问题、有何可待完善之处等等，都需要进行系统化的梳理和整理。只有在对既有

经济单行法进行综合评估的基础之上,我们或许才能找准制定《经济法通则》的必要性,或许才能提炼《经济法通则》所需要的一些共通性规则,才能正确处理制定后的《经济法通则》与既有经济单行法之间的关系问题。

其二,将《经济法通则》的制定同各经济法板块基本法的制定齐头并进。如前文所述,经济法的通则化的难度并不亚于民法法典化的难度,可谓是一场“持久战”。如果说经济法的通则化或者法典化是我们的长远目标,那么中期或者短期内,我们是否可以在推进这一最终目标研究的同时,在现实立法策略层面,将这一长远目标阶段化。换言之,我们可以在推进《经济法通则》制定的同时,各经济法板块,比如金融法板块、竞争法板块、财税法板块,也推进其基本法的制定,当然考虑到和最终需要通过的《经济法通则》名称方面的协调等问题,各板块基本法的命名需要斟酌,比如金融法板块的统合立法是否可以称为“金融服务法”?只有长远有目标,中期有成果,短期有行动,经济法的通则化或者说法典化才有未来。<sup>〔82〕</sup>

---

**Abstract:** In the era of codification, facing the imperialism of sectoral laws, the separation movement in the field of economic law and the conflict of legal systems, the generalization of economic law has risen again, which can be seen as a reaction of unification. However, up to the present four discussions on generalization of economic law, there are still some problems, such as insufficient consensus, insufficient theoretical preparation and weak legislative promotion. To this end, while inheriting the ideals of the generalization/codification of the economic law of the predecessors, we should do some job in the following three aspects. In the legislative positioning, we can refer to the general principles of civil law. In the academic preparation, we can choose the modulation theory as the direction. In the aspect of legislative preparation, we should do some job between the evaluation of the existing economic laws and the formulation of the generalization of economic law, at the same time, we should also do a good job between the formulation of the general principles of economic law and the formulation of the basic laws of various economic law plates.

**Key Words:** general principles of economic law, codification, conflict of law system, general theory of economic law

---

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

---

〔82〕 此部分的一些建议,得益于2019年8月于南京召开的“制定经济法通则第三次学术研讨会”上一些专家学者的观点,在此一并致谢,当然文责自负。

## 作为经济法哲学基础的分配正义： 以罗尔斯为中心

商红明<sup>\*</sup>

**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

• 263 •

黑格尔曾说：“法的基地一般说来是精神的东西。”<sup>〔1〕</sup>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。”<sup>〔2〕</sup>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，<sup>〔3〕</sup>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

<sup>\*</sup> 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：《伤害与侮辱——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。<sup>〔10〕</sup>不同年代居民的努力具有不同的再分配效应。<sup>〔11〕</sup>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，<sup>〔12〕</sup>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。”<sup>〔13〕</sup>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”<sup>〔14〕</sup>“公正是一切德性的总括”<sup>〔15〕</sup>，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，<sup>〔16〕</sup>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，

• 265 •

〔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”<sup>〔17〕</sup>。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。”<sup>〔18〕</sup>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。<sup>〔19〕</sup>“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。”<sup>〔20〕</sup>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。”<sup>〔21〕</sup>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。”<sup>〔22〕</sup>

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。<sup>〔23〕</sup>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。”<sup>〔24〕</sup>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”<sup>〔25〕</sup>。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。<sup>〔26〕</sup>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。<sup>〔27〕</sup>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。”<sup>〔28〕</sup>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。<sup>〔29〕</sup>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。”<sup>〔30〕</sup>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。<sup>〔31〕</sup>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

• 267 •

〔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,其不同于主要立足于“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,<sup>[32]</sup>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。”<sup>[33]</sup>“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。”<sup>[34]</sup>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。”<sup>[35]</sup>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。<sup>[36]</sup>

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”<sup>[37]</sup>,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”<sup>[38]</sup>,则是站在主动者的立场。这一主动一被动间就可

[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。”<sup>〔39〕</sup>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”<sup>〔40〕</sup>，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”<sup>〔41〕</sup>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。

• 269 •

## 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”<sup>〔42〕</sup>。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。”<sup>〔43〕</sup>“‘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。

• 271 •

## 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”。<sup>〔52〕</sup>

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，早在巴基案中大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。<sup>〔53〕</sup> 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。<sup>〔54〕</sup> 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。”<sup>〔55〕</sup> 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。<sup>〔56〕</sup> 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

〔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。<sup>〔57〕</sup>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。<sup>〔58〕</sup>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。<sup>〔59〕</sup>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。

• 273 •

## 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

---

(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。

## 野生动物产业规制的双重失灵及其矫正 ——非法野生动物产业链的法律分析

薛克鹏\*

**内容提要：**所有社会问题都能从人的行为中找到原因，并可以通过法律的规范化和体制创新进行化解。SARS 事件后，国家通过连续修法和立法重构的野生动物保护、动物防疫、传染病防治和食品安全等法律制度和监督管理体制，如不发生整体性失灵，足以起到预防公共卫生危机和维护公众健康生命安全的目的。但非法野生动物产业链的客观存在表明，规制猎捕、运输、交易、加工和食用野生动物等行为的法律以及监管体制已同时出现失灵。法律应当从改限为禁、全面禁止和重点规制三个方面进行完善，预防双重失灵的关键是规制监管者。

**关键词：**野生动物产业链 法律规制失灵 监管失灵

• 275 •

### 一、引言

回眸历史，20 世纪既是经济和社会快速发展的世纪，也是经济和社会危机频繁爆发的世纪，同时也是法律数量急剧增长的世纪。危机之后便有新法诞生已成为一个基本规律，即法律从社会行为的主人转变为社会行为的奴隶。<sup>〔1〕</sup>如美国 1906 年制定的《肉类检查法》、1934 年《证券交易法》和《银行法》等系列立法以及 1960 年的环境保护立法，都与之前发生的社会和经济危机相关。

21 世纪仍然如此。2010 年的《多德—弗兰克法案》无疑是 2008 年次贷危机的产物。2004 年，即 SARS 事件后的次年，我国即对《野生动物保护法》和《传染病防治法》进行大修，后又连续制定《畜牧法》（2005 年）、《重大动物疫情应急条例》（2005 年）和《突发事件应对法》（2007 年）。2008 年的三聚氰胺事件直接推动了《食品安全法》的出台。同理，此次疫情之后立

\* 薛克鹏，中国政法大学民商经济法学院教授。

〔1〕 参见〔美〕施瓦茨·伯纳德：《美国法律史》，王军译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 244 页。

法活动定然不会少。<sup>〔2〕</sup>但不论是制定新法还是修改或废除旧法,都应当以现有法律制度及其实际表现为基础,否则就无的放矢。本文拟结合野生动物产业链,对现行的野生动物保护相关法律以及监管体制运行效果进行分析,以期法律和体制能日臻完善。

## 二、野生动物产业法律规制的失灵<sup>〔3〕</sup>

野生动物曾经是人类食物的主要来源,在个别地方仍然与人们的生产和生活密切相关。20世纪中叶开始,为了保护生态环境,保护人类自身安全,各国普遍从自由放任转变为国家干预,以法律形式对野生动物的猎捕、交易和利用进行一定的限制或者禁止,即规制。<sup>〔4〕</sup>我国在20世纪80年代就制定了《渔业法》和《野生动物保护法》,后来又陆续制定通过了《动物防疫法》《畜牧法》《传染病防治法》《进出口商品检验法》《进出境动植物检疫法》《农产品质量安全法》《食品安全法》和《重大动物疫情应急条例》等法律和法规,对野生动物的猎捕、饲养、收购、储藏、运输、销售和加工等行为进行系统规制,立法目标也从最初的保护濒危和珍贵野生动物、维护生物多样性和生态平衡,向保护公众健康方面扩展。近年来,一些地方存在着合法和违法并存的野生动物交易市场,形成一个从猎捕、收购、运输、销售,再到餐饮服务的完整产业链。现实告诉我们,面对法律的精心设计,有关野生动物的立法不只是一个环节存在失灵,而是出现了整体性失灵。

1. 猎捕环节。猎捕是野生动物产业链的第一环,也是野生动物及其制品的源头。《野生动物保护法》对猎捕采取了禁止和限制两种规制措施。对国家重点保护的野生动物,采取全面禁止原则;对非重点保护的野生动物猎捕进行限制,由监督管理部门通过发放猎捕许可证,对猎捕的种类、数量、地点、工具、方法和期限进行控制。<sup>〔5〕</sup>这些规制措施虽然存在不足,但如果猎捕者都能严格遵守,那么非法野生动物产业链也很难形成。但是,近年来个别地方的市场公开或半公开出售国家重点保护的野生动物的现象说明,禁止或限制猎捕的法律规定并未正常发挥作用。正是非法狩猎的存在,才为非法野生动物产业的形成提供了充足的货源。

2. 流通环节。现行法律在野生动物的收购、储藏、运输和终端交易等各个环节进行了规制,即全面禁止重点保护野生动物及其制品的流通,合法运输、携带、寄递必须通过许可、强制检疫、批准等程序。对非国家重点保护的野生动物,法律规定:(1)运输非国家重点保护的野生动

〔2〕 截至目前,除全国人民代表大会常务委员会通过了《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》外,天津市、福建省、青海省、北京市和广东省等地方人大常委会已先后通过禁止野生动物猎捕、交易、滥食的地方性法规。参见中国人大网,载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c190/list.shtml>,最后访问时间:2020年4月1日。

〔3〕 法律规制失灵是指法律规定的禁止或强制性规范因行为违反而未发挥作用,立法目的没有实现或实现得不理想。法律规制失灵既不同于法律失灵,也不同于经济学中的政府规制失灵。法律失灵是指现有法律在适用过程中发生的作用偏差和不合理现象,是就法律效果而提出的一个概念。参见芮卫东:《法律失灵——一个客观的法律现象》,载《华东政法大学学报》2003年第1期。经济学中的规制失灵或政府规制失灵,指的是政府实施的公共政策完全没有改善经济效率或使经济低于之前的效率。参见李郁芳:《政府规制失灵的理论分析》,载《经济动态》2002年第6期。

〔4〕 为简化论述需要,本文主要采用狭义的规制概念,即规制是社会公共机构(政府)依照一定的规则,对企业的活动进行限制和禁止,或者是出于秩序的目的对一定行为的限制。参见〔日〕植草益:《微观规制经济学》,朱绍文等译,中国发展出版社1992年版,第1-2页;〔日〕金泽良雄:《经济法概论》,满达人译,中国法制出版社2005年版,第45页。

〔5〕 参见《野生动物保护法》第20-24条。



物出县境的，应当持有狩猎、进出口等合法来源证明以及检疫证明；（2）农产品批发市场应当设立或者委托农产品质量安全检测机构，对进场销售的农产品质量安全状况进行抽查检测；（3）运输动物和动物产品的，托运人托运时应当提供检疫证明，没有检疫证明的，承运人不得承运；（4）网络交易平台和商品交易市场等交易场所不得为违法出售、购买、利用野生动物及其制品或者禁止使用的猎捕工具提供交易服务。<sup>〔6〕</sup>如果运输经营者拒绝运输或快递服务，商户拒绝销售野生动物及其制品，农产品交易市场没有提供交易场所，那么，猎捕野生动物的行为也就难以为继，非法供应链也不会形成。但一些地方频繁出现的非法野生动物交易，说明流通领域的法律已经失灵。

3. 餐饮服务环节。野生动物需要经过加工制作才能供人们食用或用于其他消费。餐饮服务作为加工者和食品提供者，既联系着销售者，又联系着消费者，是供需双方的连接点。为保护野生动物和保证食品安全，维护公众身体健康和生命，《野生动物保护法》和《食品安全法》禁止生产和经营使用国家重点保护的野生动物及其制品制作的食品，禁止使用没有合法来源证明和未经检验检疫或者检验检疫不合格的肉类加工食品。如果餐饮经营者能遵守这些规定，拒绝采购违法野生动物及其制品，那么，野生动物的消费将会受到遏制，非法野生动物产业也很难形成。但是，事实说明，上述规定并未发挥应有的作用，大量的野生动物被餐饮服务者加工成食品，完成了野生动物供应链的关键一环。

4. 消费和利用环节。消费是野生动物产业的最后一个环节，也是猎捕、销售和加工制作的最终目的。狩猎者、运输经营者、商户、批发市场和餐饮经营者之所以积极加入野生动物供应链，都是有消费需求。鉴于消费和野生动物产业之间的关系，在倡导文明消费的基础上，法律对消费者食用和利用行为进行了规制。<sup>〔7〕</sup>但是，滥食野生动物现象说明，法律对消费者的规制和倡导同样失灵。

• 277 •

### 三、野生动物产业监管的失灵

现行法律不仅对非法野生动物产业进行了全面规制，而且为了保证立法目标实现，还设立了相应的监督管理机构，专司监管职责。<sup>〔8〕</sup>之所以在司法体制外设立一个专门监督分类实施的机关，是因为致力于保护环境、濒危物种、保护野生动物和保证食品安全等方面的法律，属于与分散的众多受益人以及组织严密的受规制阶层有关的制定法。<sup>〔9〕</sup>受集体行动难题的影响，虽然人数众多但又极度分散的环境受益人很难采取行动实现大家的共同利益。<sup>〔10〕</sup>所以，如果没有一个代表社会公众的监管机构，被规制者不但会单独实施违法，而且会通过严密的组织结构集体对抗法律。如果监管机构能正常发挥作用，或者不全部失灵，违法猎捕、流通、交易和食用行为能被

〔6〕 关于野生动物的交易和运输，可参见《野生动物保护法》第27-33条、《传染病防治法》第25条第2款和《动物防疫法》第44条、第47-48条。

〔7〕 关于消费者利用和食用野生动物的规定，可参见《野生动物保护法》第29条和第30条第2款的规定，即：利用野生动物及其制品的，应当以人工繁育种群为主，有利于野外种群养护，符合生态文明建设的要求，尊重社会公德，遵守法律法规和国家有关规定；禁止为食用非法购买国家重点保护的野生动物及其制品。

〔8〕 参见《畜牧法》第52条和《传染病防治法》第25条。

〔9〕 参见〔美〕凯斯·R·桑斯坦：《权利革命之后：重塑规制国》，钟瑞华译，中国人民大学出版社2008年版，第116页。

〔10〕 参见〔美〕曼瑟尔·奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，格致出版社2011年版，第2页。

及时追究法律责任,那么非法野生动物供应链同样不会形成。但事实证明,立法机关苦心孤诣建立的监督管理体系不只是在某一个环节未发挥作用,而是出现整体性失灵。

1. 监管猎捕者的失灵。猎捕者处于非法野生动物供应链条的首端,通过捕杀为市场提供了源源不断的野生动物。为了对猎捕行为进行监督管理,县级以上人民政府普遍设立了林业草原部门(沿海地区为渔业部门),法律同时授予其没收猎获物、猎捕工具和违法所得,吊销特许猎捕证和罚款等权力。<sup>[11]</sup>有的地区还成立了森林公安部门,通过刑事手段遏制非法猎捕活动。但是,一些地方交易市场存在的出售国家重点保护野生动物及其制品现象说明,狩猎环节的监管防线已经失守,不仅大量非法猎捕活动未被发现、未得到有效查处,而且猎物都被成功出售,进入流通环节。

2. 监管运输行为的失灵。运输是现代物流的关键环节,也是野生动物供应链的重要一环。缺少畅通的物流,任何交易都难以持续,市场也难以形成。为了规范野生动物及其制品的运输,《野生动物保护法》规定,运输、携带、寄递国家重点保护和其他规定的野生动物及其制品出县境的,应当持有或者附有规定的许可证、批准文件的副本或者专用标识和检疫证明。《民用航空法》《铁路法》《道路运输条例》《邮政法》和《快递暂行条例》等运输法律法规也明确规定,运输经营者不得运输法律、行政法规禁止运输的货物,并授予经营者检查和查验权力。为规范运输行为,我国已建立了一个庞大的交通运输监督管理体制,分别对公路、航空、铁路、水路、邮政和快递等各类运输实施立体交叉式的监督管理。按照现有的运输监管体系和规模,要完成非法野生动物及其制品从乡下到城市的运输几乎不可能。但是,不无遗憾的是,市场上存在持续不断的非法野生动物及制品供给,说明为阻断非法猎捕和未经检疫的野生动物运输的监管机制并未正常发挥作用。

3. 市场交易监管的失灵。非法野生动物产业之所以能够运行,关键是存在一个销售以及为供需双方提供安全、便利的交易场所。交易场所(包括网络交易平台)开办者为买卖双方提供交易场所,销售商将收购的野生动物出售给餐饮企业或者消费者。为规制野生动物及其制品交易,《野生动物保护法》《传染病防治法》《动物防疫法》《农产品质量安全法》《食品安全法》和《电子商务法》都规定了严格的禁止或强制性义务,同时设置林业草原、渔业、兽医主管、动物卫生监督、农业农村和市场监督管理等部门对野生动物的交易进行监管。但是必须承认,市场交易环节的监管并没有正常发挥作用,从而使非法野生动物产业能够顺利运行。

4. 餐饮服务监管的失灵。在现有监管机构体系中,食品安全监管体制可谓最为严密和全面。在国务院层面,除设有食品安全委员会和国家市场监督管理部门外,卫生健康行政部门和其他有关部门根据法律和国务院规定的职责也承担有关食品安全工作。在地方层面,各级人民政府均设有市场监督管理部门对食品安全实施监管,市场监督管理部门还可以在乡镇或者特定区域设立派出机构。此外,法律还规定县级以上人民政府实行食品安全监督管理责任制以及评议考核制度。<sup>[12]</sup>至于监督管理措施,《食品安全法》同样也是最为齐全和完备的法律之一。有如此严密的监督管理体制,非法野生动物及其制品不应该再出现在餐饮服务环节和餐桌上。然而,事实并非如此。大量的野生动物正是在餐饮服务者的场所被宰杀后制作成美味佳肴,供食客消费,这与该

[11] 参见《野生动物保护法》第7条、第45条和第46条规定。

[12] 参见《食品安全法》第5-7条。

环节的监管失灵不无关系。

总之，“制定法失灵的很多例子，问题都出在实施上”<sup>〔13〕</sup>。规制野生动物行为法律的失灵在我国可能更具典型性。

#### 四、野生动物产业法律失灵的矫正

现有法律和体制有不完美之处，但如果能得以遵行，绝不至于让非法野生动物的产业长期存在。法律规制和监管的双重失灵，必定会增加发生公共危机的风险。我们需要反思和矫正野生动物产业法律失灵。

##### （一）规制方式的重新选择

现行法律主要区分国家重点保护野生动物和非重点保护野生动物进行规制，前者实行全面禁止，后者从猎捕种类、数量、地点、工具、方法、期限、运输和强制检疫方面进行限制。全面禁止重点保护野生动物在任何时候无疑都是正确的。虽然禁止性规则屡被违反，但这并不意味着全面禁止本身存在问题，而应当从监管环节去寻找原因。实践证明，双轨制的规制方式存在很多弊端，根据违法野生动物日趋产业化的现实和保护公众健康形势需要，应当采取全面禁止的规制原则，即全面禁止非法猎捕、饲养、运输和交易野生动物，革除滥食野生动物陋习。<sup>〔14〕</sup>

首先，现有禁止和限制的标准存在缺陷。重点和非重点保护划分主要基于野生动物的珍贵、濒危程度以及是否具有重要生态、科学、社会价值的标准，目的是拯救珍贵、濒危野生动物，维护生物多样性和生态平衡，推进生态文明建设。<sup>〔15〕</sup>这种划分显然存在不足，缺少了公共卫生安全和公众健康因素。因为携带病毒与是否具有生态、科学和社会价值无关，不属于珍贵、濒危和不具有所列价值的野生动物，如果可能携带病毒，也应当予以禁止，否则将会增加病毒传播的风险。所以，以限制方式进行规制存在着明显的缺陷。

其次，禁止和限制的并存，容易被违法者利用，将违法与合法猎捕的野生动物相混淆，既增加了消费者辨识的难度，也增加了监管的难度。实践中，之所以存在违法野生动物猎捕、交易和食用行为，就是因为法律允许一定范围的猎捕、交易和消费，一些违法者正是在合法形式掩护下从事非法活动。

再次，限制性的规制方式监管成本较高，不利于规则的实施。从猎捕环节看，限制猎捕者的主要形式是以许可方式对猎捕的种类、数量、地点、工具、方法和期限进行控制。而许可证发放的数量、允许猎捕的种类和数量等数据，都需要有充分的信息作为依据，这无疑需要很高的获取成本，否则，许可就完全成为监管人员的一种随意行为。至于猎捕者是否按照许可进行猎捕，在分散的猎捕范围内，同样需要很大的监督成本。从流通环节看，除了进行强制检疫外，还需要检查许可证和运输证等各种有效证明，成本同样很高。相反，全面禁止是法律上最为简单，同时从

〔13〕 前注〔9〕，凯斯·R·桑斯坦书，第110页。

〔14〕 参见《全国人民代表大会常务委员会关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202002/c56b129850aa42acb584cf01ebb68ea4.shtml>，最后访问时间：2020年3月20日。

〔15〕 参见《野生动物保护法》第1条、第2条。

执法和司法上最容易识别和判断的一种规制方式,能大幅降低监管成本,提高监管效率。

最后,全面禁止还可以防止监管机构和执法人员滥用职权。如前所述,限制实际是通过颁发猎捕许可证、运输批准文件以及颁发检疫证明等方式进行控制,实际是授予监管部门自由裁量权、监督检查权和处罚权。这无疑增加了监管者被俘获、监管部门工作人员滥用职权或玩忽职守的风险,为监管套利和腐败提供了机会。<sup>〔16〕</sup>

当然,全面禁止会对传统狩猎业和一些养殖经营者带来冲击,要求以狩猎为生的猎民重新选择职业。这是全面禁止制度实施后政府应当考虑的另外一个问题,但不应当成为否定全面禁止制度的理由。

## (二) 规制的重点选择

全面禁止在立法层面上容易实现,但要真正落实,还应当根据野生动物产业链的运行特点和监管能力可及程度,在全面规制基础上进行重点规制。

猎捕是野生动物产业链的首端和供给侧起点。没有猎捕就没有供给,也不会有消费。全面禁止交易和食用,必须禁止猎捕。但猎捕者是一个庞大的群体,分布的空间又十分宽广,监管资源又非常有限,所以要全面禁止需要很高的监管成本。运输环节同样存在类似问题。随着交通工具的多样化和现代运输业的多元化,利用现代科技手段固然可以提高发现违法运输的概率,但全面禁止运输违法野生动物及其制品难度非常之大。在野生动物产业链中,商户将所收购的野生动物及其制品出售给餐饮服务者或消费者,在黑色产业链中扮演着重要角色。如果忽视对商户行为的规制,将很难遏制野生动物或者其他有害食品的交易行为。但是,商户多是小规模经营,数量多,交易手段也多样化,政府监管成本也较高。

消费者是非法野生动物产业链中容易被忽略的法律主体。消费者虽然作为弱势一方应当加以保护,但我们不能就此忽略其应负的社会责任,忽视对消费者的规制。没有消费,就没有供给,消费者消费得越多,越能够带动生产。根据消费和经济增长关系的原理,消费在野生动物供给方面发挥了关键的基础性作用。<sup>〔17〕</sup> 狩猎者、运输者、商户、批发市场和餐饮经营者都属于供给一侧,他们之所以积极参加野生动物产业供应链,都是因为消费者的存在。正是对野生动物的消费,才保证了供给侧所有经营者利益的实现,带动了整个产业的运转。所以,如果缺少对消费者的约束,野生动物黑色产业的基础将永远存在,全面禁止将会十分艰难。当然,与商户、交易市场和餐饮经营者相比,消费者不应当成为重点。

综合在产业链中的位置、作用和监管难易程度,重点规制的对象应当锁定为交易场所的提供者和餐饮服务者两类经营者。

严格讲,交易场所经营者(包括农产品批发市场和网络交易平台经营者)只是为商户售卖和餐饮服务者或消费者购买提供买卖场所和相关服务,本身并不售卖野生动物,其责任应当是保障其提供的房屋或场地符合工程质量安全标准,保障相关设施设备的正常运行。但是,将其作为规制重点是基于多种因素的考虑。

首先,交易市场以及交易平台模式只是从内部物业权属和内部管理上进行了分化,并未从本

〔16〕 关于监管者被俘获的原理,可参见王俊豪:《政府管制经济学导论》,商务印书馆2001年版,第56页以下。

〔17〕 参见聂新伟:《中国经济运行中消费作用的演变与发展趋势》,载《中国物价》2018年第9期。



质上改变传统模式下销售者应负的法律 responsibility。在传统商业模式中，销售者既是商品和服务的提供者，也是交易场所的拥有者，当然也是法律责任的承担者。随着商业领域的分工细化，以往由一个经营者提供商品的行为，分化为交易场所和商品销售两个经营者共同完成。交易场所经营者为销售者和消费者提供交易场所和相关服务，销售者向消费者提供商品。电子商务出现后，这种模式也被复制到电商领域，形成平台经营者和平台经营者模式。商业领域的这种分化只是传统模式下应当由一个经营者完成的行为，在交易场所管理、定价模式和结算服务等方面进行了重新分工，是供给一侧为了各自利益分担成本和分享利润的新模式。但是，不论其内部分工如何细化，各方经营者围绕的仍然是“商品”的销售这一核心问题。而就所交易“商品”的合法性问题，包括质量瑕疵问题，所产生的法律责任，不应当因为供给一侧的分工而转移。人们在购物时常常忽略具体的商户，而将某个市场或平台经营者作为自己的交易相对方，原因正在于此。至于交易场所或平台经营者经常在交易规则中为商户规定的规则或条款，只是双方确定合同责任和分担民事责任的依据，并不能代替交易“商品”合法性和安全性等强制性要求。

其次，交易所在产业链以及市场交易中的位置决定了应当将其作为规制的重点。非法野生动物之所以屡禁不止，是因为始终存在着一个隐蔽或半隐蔽可供利用的交易场所或平台。交易场所或平台一方面为上游环节的经营者提供销售便利，另一方面联结餐饮服务提供者和食用者，使得交易得以顺利进行。所以，交易市场或平台在整个产业链中处于咽喉要地，从这一环节进行规制无疑能够起到事半功倍的效果。

再次，交易场所或平台经营者在新的商业模式中通常具有明显的市场优势，对分散的商户有着极强的控制力和影响力。因为交易场所或平台经营者除了出租场地、柜台或平台外，还控制着交易的设施设备，对场所进行管理并负责支付结算。特别是大量分散的个体商户，对交易场所或平台已经形成了依赖关系，使得交易市场和平台经营者的支配地位越来越强，足以对商户进行控制，包括进场的资格条件、经营的商品种类和范围等。所以，只有将交易场所或平台经营者作为规制的重点，才能控制商户的非法交易行为，切断非法交易产业链。

最后，交易市场作为现代城市居民和餐饮经营者购买食材原料的场所，汇集了各类畜禽和野生动物及其制品以及交易人员，既是商品的集散地，也极易成为疾病的传播地，所以，应当作为规制的重中之重。

正是认识到交易市场和网络平台等交易场所的重要地位，《野生动物保护法》《农产品质量安全法》《食品安全法》和《电子商务法》都分别对商品交易市场、农产品批发市场和网络交易平台等交易场所进行规制，包括禁止为违法出售、购买、利用野生动物及其制品或者禁止使用的猎捕工具提供交易服务，要求农产品交易市场承担质量安全检验和检测等强制性义务等。<sup>〔18〕</sup>但是，如何落实全面禁止规则，除了对现有规则进行优化整合外，关键是要对各种交易场所包括网络交易平台进行重点监管，将纸上的法律规定，变为实实在在的法律行动。

除交易场所经营者外，落实全面禁止绝不能忽视餐饮服务经营者。与普通食品不同，野生动物食品具有稀缺性，绝大多数消费者缺乏加工野生动物食品的经验，通常都是由餐饮经营者制作

〔18〕 关于交易场所和网络交易平台的法律义务和责任可参见《野生动物保护法》第32条和第51条、《农产品质量安全法》第37条、第50条和《食品安全法》第64条等。

加工售卖。餐饮服务者处于供给侧末端,购买野生动物或其制品后加工成美味佳肴再提供给食客。在高额利润的驱使下,一些餐饮经营者不但积极向消费者宣传和推介,鼓励、吸引和扩大消费,甚至还直接收购非法野生动物。餐饮经营者作为供需双方的连接点,在满足食客消费的同时,最终使供应链中所有主体的利益得以实现。如果没有餐饮服务者的供给,也就没有对野生动物的消费,野生动物产业循环也难以继。所以,餐饮服务者是整个野生动物黑色产业链条中至为关键的一环。以往对餐饮经营者的规制不足,是非法野生动物产业得以生存和运行的主要原因之一。全面禁止野生动物交易,革除滥食野生动物陋习,必须将餐饮经营者作为规制的重点。

## 五、野生动物产业监管失灵的矫正

以法律形式禁止捕猎、交易和食用野生动物,只是规制的开始而非全部。在高额利益诱惑之下,如果缺乏外力强制,任何法律都会成为文字摆设。完整的规制除了设定禁止性义务和法律责任外,还必须有专门的监督管理部门的严格执法,以及时发现、制止和处罚违法行为。没有监管或监管失灵,等于没有规制。所以,要全面禁止交易和滥食野生动物,就必须防止监管失灵,这是全面禁止战略的决定性环节。

如前所述,我国已建立了一个多元化、多层次的与野生动物相关的监管体制。这种体制固然存在一定不足,但如果不出现失灵,不可能使非法野生动物产业长期存在。国家之所以投入巨资设立如此庞大监管机构,目的就是为了保护人类赖以生存的生态环境,维护公众健康。监管失灵,不仅浪费了有限的人力和财力,而且导致法律的失灵,使人们对监管丧失信心,进而伤及法治的权威。

野生动物产业监管失灵的根源在于缺乏对监管者的有效监督和责任追究机制。监管者无论是何种组织形式,都具有一切经济人和代理人的本性。“代理人作为理性的人有他自己的利益,他可能去追求他自己的利益而把委托人的利益放在次要的位置甚至以牺牲委托人的利益为代价。”<sup>[19]</sup> 所以,要全面实施禁止交易和滥食野生动物战略,防止监管失灵,除了完善监管者的法律责任,从纵横两个角度对监管权重新优化配置外,至为关键的是要建立一个对监管者进行监督的体制和机制。当负有监管职责的机构和个人不履行或不能正确履行其法定职责时,能够及时启动监督程序进行调查并追究法律责任。从某种意义上讲,规制监管者的意义甚至超过了规制市场主体的意义,是规制能否成功的决定性环节。

监督监管者的关键是应当建立一个独立和公正的体制,因为监督权是不同于且外在于被监督权力的一项专门权力。<sup>[20]</sup> 当前法律并不缺乏监督监管机构及其直接责任人的机构。<sup>[21]</sup> 但实践中,法律规定的监督监管机构的机制基本未发挥作用,其中一个重要原因是监督体制的非独立性,即行政监督行政的自我监督模式。

要让各个野生动物和其他相关监管机构及其工作人员忠实履行监管职责,必须从政府之外寻

[19] 方福前:《公共选择理论——政治的经济学》,中国人民大学出版社2000年版,第160页。

[20] 参见刘小妹:《人大制度下的国家监督体制与监察机制》,载《政法论坛》2018年第3期。

[21] 可参见《野生动物保护法》第42条、《农产品质量安全法》第43条和《食品安全法》第144-146条。

找监督力量。<sup>〔22〕</sup> 监察委员会克服了以往行政机关内部监督的弊端，足够保证监督管理机构严格执法，依法行使监管职责。如果再辅之以行政公益诉讼，就可以形成一个能矫正监管失灵的体制机制。

## 六、结 论

虽然有关野生动物的法律早已制定，体制也已建立，但不能就此说明在这一方面的国家治理体系和治理能力已经现代化。相反，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》直言不讳指出的“法治建设领域有法不依、执法不严、违法不究现象比较严重，执法体制权责脱节、多头执法、选择性执法现象仍然存在”等问题，犹如野生动物领域法治状况的真实写照。野生动物黑色产业链的表述似乎是对所有市场主体的不敬，整体性和双重失灵的论断似乎也有些危言耸听或者有全盘否定之嫌。不过，事实让我们完全有理由怀疑“在其他条件不变的情况下，私人企业中的个人活动最有可能符合公共利益”这一表述的正确性，同时也应当思考“在行政机构中，人们也最有可能恣意追求最大化个人利益，而不管这些个人利益是否符合公共利益”<sup>〔23〕</sup>的道理所在。全面禁止的主张并非单纯为全国人大常委会的决定进行辩护，也并非一味地支持过正才能矫枉，而是确有其据。但整个制度体系中最需要深刻检讨的仍然是政府及其监督管理机构，最后要保证不再出现双重和整体性失灵，仍离不开体制机制这一核心命题。

• 283 •

---

---

**Abstract:** All social problems can be found in human behavior and be resolved through the standardization of laws and institutional innovation. After the SARS, the state has continued to amend laws and legislation to reconstruct the legal system and regulatory system for wildlife protection, animal epidemic prevention, infectious disease control, and food safety. It is sufficient to prevent public health crises and maintain public health and life safety, if overall failure does not occur. However, the objective existence of the illegal wildlife industry chain shows that laws and regulatory systems that regulate hunting, transportation, trading, processing, and eating have failed at the same time. The law needs to be improved from three aspects: changing from restriction to prohibition, comprehensive prohibition, and key regulations, and the key to preventing double failure is to regulate regulators.

**Key Words:** industry chain of Illegal wildlife, failure of legal regulation, failure of supervision

---

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

---

〔22〕 参见胡税根等：《政府规制失灵与对策研究》，载《政治学研究》2004年第2期。

〔23〕 前引〔19〕，方福前书，第258页。

## 美国二级制裁法律问题研究

梁冰洁 孟 刚\*

**内容提要：**冷战结束后，美国利用其经济优势地位，频繁运用二级制裁，通过国内立法扩大其域外管辖，限制第三国的企业或个人与制裁目标方的经济交往。二级制裁违反国际通行的管辖原则，不尊重联合国的相关决议，具有明显的非法性。美国的二级制裁立法实践和执法实践众多，破坏国际经济交往的正常秩序，对此欧盟、英国、加拿大等先后制定法案予以因应。当前，美国的二级制裁实施频率提高，打击手段更为精密，给中国参与国际经济交往的企业和个人带来了巨大的风险。中国应当在宏观层面和微观层面上同时着手，促使国家、企业或者个人及时有效地应对美国二级制裁，以尽可能地消除不利影响。

**关键词：**经济制裁 美国二级制裁 域外管辖 国内立法

经济制裁通常是有预谋的、由政府发起的、断绝或者威胁断绝正常条件下的贸易和金融联系的行为，<sup>〔1〕</sup>其目的多样，不仅包括政治目的，还包括经济目的，或仅仅是为惩罚的目的。<sup>〔2〕</sup>有学者将其界定为，制裁国为表达对被制裁国的不满，并迫使其改变不利于制裁国利益的政策而采取的一种限制性经济行为。<sup>〔3〕</sup>经济制裁作为当今国际上常用的非战争手段，对解决反恐、核扩散、军事冲突以及其他外交危机问题发挥着重要的作用。<sup>〔4〕</sup>

\* 梁冰洁，浙江大学光华法学院博士研究生，国家空管法规标准研究中心副研究员；孟刚，国家开发银行法律合规局副局长。

本文为国家社科基金“一带一路”战略研究专项项目（重大）“价值链视角下的‘一带一路’建设与国际产能合作研究”（17VDL019）、中国银行业协会和浙江大学“一带一路”高质量发展智库研究课题“制裁合规和反洗钱”的阶段性成果。

〔1〕 See G. C. Hufbauer, *Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy*, Institute for International Economics, 1990, pp. 44 - 45.

〔2〕 See David A. Baldwin, *Economic Statecraft*, Princeton University Press, 1985, p. 9.

〔3〕 参见柳剑平、刘威：《美国对外经济制裁问题研究——当代国际经济关系政治化的个案分析》，人民出版社2009年版，第42页。

〔4〕 参见〔美〕加利·克莱德·霍夫鲍尔：《反思经济制裁》，杜涛译，上海人民出版社2019年版，第1页。



美国凭借自身的经济优势地位，惯于使用经济制裁作为国际关系处理中的重要手段，〔5〕 仅在 2018 年美国就发起或者重新发起了 17 起对外经济制裁。〔6〕 美国经济制裁实践丰富，效果和影响显著，〔7〕 形式愈发多样，手段日趋激烈，其中二级制裁逐渐成为美国实现其目的的有力武器。所谓二级制裁（Secondary Sanction），又称次级制裁，是指制裁发起方在对目标方进行制裁的同时，限制第三国的公司或个人与目标方进行金融和贸易往来，并对违反规定的第三国公司或个人施加处罚的制裁行为。〔8〕 一级制裁是切断美国的企业和个人与被制裁国之间的经济贸易往来，其限制对象是美国的企业与个人。而二级制裁将适用范围扩大至任何第三国的企业与个人，〔9〕 极大地扩大了制裁的打击范围，在经济全球化的背景下，对全球经济有着极为不利的影响。

## 一、美国二级制裁的实践

美国的二级制裁实践通常分为三种，即贸易制裁、投资制裁和金融制裁。贸易制裁是最基本的制裁方式，特别是限制某些特殊产品的贸易往来，如 2010 年《伊朗全面制裁、问责和撤资法》规定制裁故意向伊朗提供某些货物、技术等行为。〔10〕 投资领域的二级制裁是指，美国限制第三方国家或者企业对某些国家的投资。〔11〕 如 1996 年 8 月 5 日，美国总统克林顿签署通过的《对伊朗和利比亚制裁法》规定，所有在利比亚和伊朗进行石油项目投资且每年投资额超过 4000 万美元的外国公司均将受到美国的二级制裁。金融领域的二级制裁是指，限制非美国金融机构与被制裁者在美国境外进行金融交易或者向其提供金融服务，并对违反此项禁止性规定的非美国金融机构实施制裁。美国政府的金融二级制裁措施一般表现为以下两种形式：第一种是将有关外国金融机构列入黑名单，予以罚款；第二种是直接禁止有关外国金融机构通过美国银行及其海外分支机构办理业务、开立或维持美国账户、进行清算，或对上述行为、账户余额以及可经账户办理的交易体量等添加限制性条件（如限制从事金融业务的种类、限制金融交易的货币种类、要求进行金融交易需获得预先批准等）。通过二级制裁，美国可以迫使第三国及其企业在被制裁国和美国的金融市场之间做出选择，从而达到一种事实上的多边制裁。〔12〕

从法律角度探讨美国的二级制裁，可以分为立法实践和执法实践。立法实践，主要是指美国关于二级制裁的相关立法，主要包括 1917 年的《对敌贸易法》和 1977 年的《国际经济紧急状态

• 285 •

〔5〕 See Mark J. Riedy, US Economic Sanctions, 26 (8) *International Business Lawyer*, 354-358 (1998).

〔6〕 See US Department of the Treasury, Sanctions Programs and Country Information, available at <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/Programs.aspx>, last visited on Jun. 19, 2019.

〔7〕 See Sarah H. Cleveland, Norm Internalization and U. S. Economic Sanctions, 26 (1) *Yale Journal of International Law*, 1-102 (2001).

〔8〕 See Scott Maberry, Overview of U. S. Economic Sanctions, 17 (1) *International Trade Law Journal*, 52-58 (2008).

〔9〕 参见刘道纪、高祥：《美国次级制裁合法性问题研究》，载《南京社会科学》2018 年第 10 期。

〔10〕 See The Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010, Section 102 a (2).

〔11〕 参见王淑敏：《国际投资中的次级制裁问题研究——以乌克兰危机引发的对俄制裁为切入点》，载《法商研究》2015 年第 1 期。

〔12〕 参见黄凤：《金融制裁法律制度研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 84 页。

法》，以及其后相继制定的针对专门对象的制裁法案，如《赫尔姆斯-伯顿法》<sup>〔13〕</sup>《对伊朗和利比亚制裁法》<sup>〔14〕</sup>等等。执法实践是指美国实施二级制裁的具体措施，以对违反美国相关制裁法规的个人或实体进行惩罚。

#### （一）美国二级制裁的立法实践

前文提到的《对敌贸易法》《国际经济紧急状态法》《赫尔姆斯-伯顿法》《对伊朗和利比亚制裁法》等均是典型的二级制裁立法。美国总统、国会和地方政府均有权通过相关的规定进行二级制裁。当前，较为典型的二级制裁对象是伊朗。

美国财政部于2010年8月11日发布的《伊朗金融制裁条例》规定：如果外国机构明知有关活动将有助于伊朗政府购买和发展大规模杀伤性武器而与其进行金融交易或者为其提供金融服务，财政部副部长将有权对该国金融机构采取制裁措施，即便相关的金融交易或者金融服务是在美国境外进行的。<sup>〔15〕</sup>2011年底时任美国总统奥巴马签署2012年《国防授权法》，规定将以下对象纳入制裁范围：伊朗中央银行和与伊朗金融机构交易的国外金融机构。该法案“允许对与伊朗央行结算石油进口费用的外国机构实施制裁；并对同伊朗中央银行或其他列入制裁清单的伊朗金融机构进行交易的国外金融机构在美国新开设代理账户或通汇账户，或禁止继续维持这类账户，或对这类账户施加严格条件”。<sup>〔16〕</sup>

对伊朗二级制裁相关规定曾在《伊朗核协议》实施期间被极大地放松，但当前美国政府已决定分两阶段恢复对伊朗的二级制裁：第一阶段于90天缓冲期届满时（2018年8月6日）结束，第二阶段于180天缓冲期届满时（2018年11月4日）结束。上述两个期间届满后，此前被撤销的第13574、13590、13622、13628和13645号行政令都将恢复效力，此后继续在上述行业中从事违规交易的个人及企业将面临制裁。<sup>〔17〕</sup>

#### （二）美国二级制裁的执法实践

美国财政部外国资产监管办公室（OFAC）是经济制裁实施的主要管理机构。由该机构负责制定制裁措施，并负责具体的执行问题。在美国相关法案的授权下，OFAC可以针对企业或个人展开调查，就其是否存在违规行为进行判断，并采取不同措施。具体措施多种多样，包括命令停止违规行为；拒绝、修改或撤销许可证或将违规个人或企业列入“特殊指定国民名单”（Specially Designated Nationals List），冻结其资产及禁止美国人与其交易；处以民事罚金或转交检察官追究刑事责任。OFAC在违规个人或企业的处罚措施方面具有较大裁量权。<sup>〔18〕</sup>

通常，OFAC针对违反美国相关规定的企业或者个人进行二级制裁，触发因素并不明确，不受美国司法管辖的非美国人不能向OFAC申请许可，因此很难清楚判断自身是否受到美国的二

〔13〕 又称《古巴自由和民主声援法》，于1996年通过。

〔14〕 于1996年生效，2006年改为《对伊朗制裁法案》。

〔15〕 See Iranian Financial Sanctions Regulations, § 561.201 (a) / (b).

〔16〕 See National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012, sec. 1245.

〔17〕 参见任清、徐征：《美国对伊制裁：中国企业风险提示及防范》，载 [http://www.glo.com.cn/content/details\\_13\\_1329.html](http://www.glo.com.cn/content/details_13_1329.html)，最后访问时间：2019年9月18日。

〔18〕 See OFAC, Office of Foreign Assets Control-Sanctions Programs and Information, available at <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Pages/default.aspx>, last visited on Sept. 10, 2019.

级制裁。而且，二级制裁并没有相关通知，部分情况下，OFAC 可能和某些实体联系，但这种联系不是必需的，因此很多公司或者个人可能会突然发现其被进行了制裁。

### 1. 金融制裁实践

由于美国在金融领域的二级制裁，许多国家的银行受到了“违规的惩罚”，以欧洲几大银行为例：

2010 年 8 月 17 日，巴克莱银行向华盛顿联邦法院提交和解协议，同意支付 2.98 亿美元以了结美国对其违反金融制裁协议的相关指控。此前，美国政府曾指控巴克莱银行违反了其针对古巴、伊朗、利比亚、苏丹和缅甸实施的金融制裁规定。8 月 18 日，美国联邦法院法官批准了巴克莱银行的和解协议。

2012 年 8 月 6 日，纽约州银行监管机构发布监管指控报告，称渣打银行为伊朗客户隐瞒了超过 60000 起非法金融交易，总金额达 2500 亿美元，此举违反了美国制裁伊朗的措施。美国监管机构表示将吊销渣打银行的营业执照，并开出巨额罚款。2012 年 12 月 10 日，美国联邦监管机构宣布渣打银行已与其达成和解，将支付 6.67 亿美元的和解金。

2013 年 12 月 12 日，美国当局宣布，苏格兰皇家银行同意支付 1 亿美元，以了结针对其是否违反美国对伊朗、苏丹、缅甸和古巴的制裁法令而进行的调查。

2014 年 6 月 30 日，美国司法部宣布，法国巴黎银行违反美国法律，为美国实施制裁的国家转移资金。法国巴黎银行最终同意认罪，并支付 89.7 亿美元的巨额罚款。

美国利用其货币和金融系统在全球的特权优势地位服务自身利益，在二级制裁的导向下，众多国际银行不得不根据美国的指令行事，服务于美国的金融体系，否则将会被排除在美国控制的全球金融体系之外。

### 2. 贸易制裁实践

中兴事件是违反贸易制裁的典型事例。OFAC 指出，中兴公司自 2010 年 10 月至 2016 年 11 月期间明显违反《伊朗交易与制裁条例》的行为有：（1）直接或间接向伊朗出口、销售或提供美国产品；（2）从第三国转出口美国《出口管制条例》限制的美国产品，且知晓这些产品最终将运往伊朗；（3）故意掩饰或利用第三方公司规避《伊朗交易与制裁条例》。上述违规行为达 251 次，涉及交易价值为 3962 万美元。OFAC 认为中兴公司的从重情节包括：中兴公司内部文件显示该公司高层知晓这些交易将不可避免的违反美国出口管制与制裁法，并且中兴公司未主动披露违规行为。由此 OFAC 对中兴公司所列的每项违规行为处以最高法定罚金，总额达 1.061 亿美元。<sup>[19]</sup>

## 二、美国二级制裁的理论分析

1996 年美国制定了具有域外效力的《赫尔姆斯-伯顿法》和《对伊朗和利比亚制裁法》，根

[19] See Settlement Agreement, available at [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20170307\\_zte\\_settlement.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20170307_zte_settlement.pdf), last visited on Oct. 19, 2019.

据这两部法律,美国得以对与目标国从事商业往来的第三国实施制裁。自此,美国的二级制裁愈演愈烈,对世界经济造成剧烈影响。研究美国二级制裁,对其进行理论上的分析和讨论,能够明晰其产生的根源与实质及其法律属性和基本内涵,进而对其合法性进行探讨,并以此为应对二级制裁提供可靠的支撑。

### (一) 二级制裁的实质:域外管辖

一国对某项事项的管辖,基于其管辖权。管辖权是国家调整或影响人、财产或情势的权力,是国家主权一个核心的特征。<sup>[20]</sup> 根据行使标准和依据的分类,主权国家在国际法上的管辖权分为属人管辖权、属地管辖权、保护管辖权和普遍管辖权。管辖权基于领土和国籍,属人管辖与属地管辖是管辖权的基本原则,而保护管辖和普遍管辖通常在一些重大的刑事犯罪中得以适用。

然而,美国在实践中,将许多领域的国内法律适用到境外,通过国内法确立对域外行为的管辖,扩张自身的管辖权。以《谢尔曼反垄断法》最为典型,其以效果原则作为管辖的依据。在“美国诉美国铝业公司”<sup>[21]</sup>案中,巡回法院法官 L. Hand 认为:“任何国家甚至可以对外国人在国外的行为施加责任,只要该行为在其边界之内具有该国谴责的后果。”<sup>[22]</sup> 反垄断法从而突破了传统的国内管辖。美国证券交易法在经历同样的域外适用之后,美国最高法院在 Morrison 案<sup>[23]</sup>中推翻了效果原则,转而采用交易标准原则,该原则认为凡是在美国证券交易所上市的证券,其交易行为均将受到美国证券交易法的约束。然而,其后国会通过《华尔街改革和消费者保护法案》(Dodd-Frank Act),根据该法案,重新引入了效果原则,肯定了美国证券法的域外效力。<sup>[24]</sup> 美国《第三次对外关系法重述》认为:“一个国家可以针对发生于该国境外的行为制定法律,只要该行为会在本国领域内产生或者意图产生实质性效果。”<sup>[25]</sup>

根据联合国国际法委员会的观点,域外管辖可以理解为“一国在其境外行使主权权力或权威”。<sup>[26]</sup> 美国的域外管辖,首先是制定国家域外管辖规则,其次是实施这类规则,<sup>[27]</sup> 对发生在美国领域之外的行为进行约束,产生对域外行为制裁的效果。美国在实践中,通过各种方式,扩张其域外管辖,从而实现其进行域外制裁的目的,主要有以下手段:

第一,扩大属人管辖。以 2017 年的《美国敌对国家制裁法案》(Countering America's Adversaries Through Sanctions Act)为例,该法案将美国人界定为美国公民、合法拥有美国永久居留权的外国人、依据美国法设立的实体包括其分支机构。美国财政部亦将美国人所有或控制的实

[20] 参见〔美〕马尔科姆·N·肖:《国际法》,白桂梅等译,北京大学出版社 2011 年版,第 505 页。

[21] 148 F. 2d 416 (1945).

[22] 前引〔21〕,第 443 页。在后来的一系列案件中,该方法得到再次确认。如 US v. Timken Roller Bearing Co., 83 F. Supp. 284 (1949), affirmed 341 US 593 (1951); US v. General Electric Co., 82 F. Supp. 753 (1949) and 115 F. Supp. 835 (1953).

[23] Morrison et al. v. National Australia Bank Ltd., 561 U.S. (2010).

[24] 参见彭岳:《美国证券法域外管辖的最新发展和启示》,载《现代法学》2011 年第 6 期。

[25] American Law Institute, Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States (Revised), available at <https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Third-Foreign-Relations-Law-of-the-United-States-Revised/?letter=R>, last visited on Jun. 20, 2019.

[26] 参见联合国大会第六十一届会议正式记录,补编第 10 号, A/61/10, 第 390 页。

[27] 参见廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,载《环球法律评论》2019 年第 3 期。



体纳入“美国管辖下的人”的解释范围，即使该实体位于外国。<sup>〔28〕</sup>第二，扩大保护管辖。保护管辖的核心在于本国利益的保护，无论是国家还是个人。国家利益本身的模糊性，使得保护管辖的范围更具任意性，各国可以根据自身情况、需求对其进行解释，成为一国对外实施制裁的有力依据。如美国以维护自身国家安全为由，制裁伊朗发展核技术和研制核武器，先后针对伊朗颁布《伊朗核不扩散法》、2010年《伊朗全面制裁、问责和撤资法》，这两项法案均认为伊朗发展核武器将危及自身安全，而予以制裁。第三，扩大对物管辖。美国主张，任何来源于美国的或者使用美国技术的商品都要受到美国管辖。2018年，俄罗斯苏霍伊民用飞机公司发布消息，该公司就向伊朗出口客机迟迟未收到美国财政部的答复。俄罗斯卫星通讯社援引以色列 iHLS 网站报道称，美国拒绝向苏霍伊民用飞机公司颁发对伊朗出口的许可证，因为客机上的美制零部件比例超过了10%，未经美国许可不得向他国出口。<sup>〔29〕</sup>因此，苏霍伊民用飞机公司被认为必须受到美国的管辖，其所有交易都应当得到美国财政部的批准。

通过管辖权的域外扩张，美国制定的相关法案得以在域外适用，构成了二级制裁的法律依据，得以实现二级制裁的效果。二级制裁的执法对象是美国领土范围之外的个人或者实体，其可能与美国有某种联系抑或是没有任何联系。因此，二级制裁的本质正是域外管辖，对域外实体进行不符合国际管辖原则的管辖。

对于二级制裁，国内实践中经常使用“长臂管辖”予以描述。国务院新闻办公室2018年9月24日发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书指出：“长臂管辖是指依托国内法规的触角延伸到境外，管辖境外实体的做法。近年来，美国不断扩充‘长臂管辖’的范围，涵盖了民事侵权、金融投资、反垄断、出口管制、网络安全等众多领域，并在国际事务中动辄要求其他国家的实体或个人必须服从美国国内法，否则随时可能遭到美国的民事、刑事、贸易等制裁。”<sup>〔30〕</sup>但长臂管辖作为美国法的一个重要概念，是法院在处理民事案件过程中用来确立对非美国居民的外国被告拥有属人管辖权的一项原则，是民事司法领域的概念。因此，从严格意义上说，长臂管辖是行使司法管辖权的基础，并非针对制裁领域，而是作为民事诉讼领域的一个重要原则。在国内学者近期的研究中，已经主张区分长臂管辖和域外管辖，不应将其混用。<sup>〔31〕</sup>

## （二）二级制裁的动因及特点

二级制裁作为一级制裁的升级，其得到频繁使用是在20世纪90年代之后。在这一期间，美国转换了其制裁政策，更倾向于采用定点打击的二级制裁。主要原因包括：第一，冷战的结束打破了传统的国际外交格局，苏联的解体使得美国不再存在一个集中且首要的打击对象。区域性的

〔28〕 See The U. S. Department of Treasury Public Circular No. 187 Fed. Reg. 2503, 2504 (Apr. 1, 1942). 例如财政部的文件对“美国管辖下的人”解释为：1. 任何位于美国境内或境外的美国公民（citizen）；2. 美国境内的任何人；3. 任何合伙、协会、公司或其他组织，只要符合（1）根据美国法律组建，或（2）其主营业地位于美国境内，或（3）被美国管辖下的一个或多个人直接或间接拥有或控制；4. 美国管辖下的任何人所直接或间接拥有的或控制的任何代理人、分支机构、成员或其他人。

〔29〕 参见俄罗斯卫星通讯社：《媒体称美国封锁对伊朗的苏霍伊超级喷气100供货》，载 <http://sputniknews.cn/russia/201901071027288891/>，最后访问时间：2019年6月19日。

〔30〕 国务院新闻办公室：《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》，载 [http://www.xinhuanet.com/politics/2018-09/24/c\\_1123475272.html](http://www.xinhuanet.com/politics/2018-09/24/c_1123475272.html)，最后访问时间：2019年6月20日。

〔31〕 参见李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，载《国际法研究》2019年第3期；前引〔27〕，廖诗评文。

不稳定、恐怖主义成为制裁的首要目标,具有较强针对性的二级制裁对于打击此种行为更为有力。第二,经济全球化对于制裁的消极影响。经济全球化改变了世界的贸易和经济格局,使得一级制裁的效果不断降低,难以彻底切断某一制裁对象的经贸往来,二级制裁弥补了这一缺陷。第三,美元在国际货币体系中的独特地位促使美国得以实施二级制裁。美国是世界上最大的经济体,其主导下建立的布雷顿森林体系和而后的牙买加体系均保证了美元的强势地位。美元作为世界上最主要的支付结算货币,保证了美国二级制裁特别是金融制裁的效果,使得相关主体为参与国际经济交往,不得不屈服于美元的霸权地位。美国频繁使用二级制裁,力图通过二级制裁的方式迫使第三国的公司与个人加入其制裁阵营,形成一种事实上的多边制裁,从而强化美国的制裁效果。<sup>〔32〕</sup>

二级制裁在实践中呈现以下显著特点:第一,二级制裁的对象多元化。二级制裁的对象由冷战时期的国家扩展为非国家主体的个人或组织。二级制裁的直接对象是目标方,但却波及与目标方进行经济往来的任何第三方,第三方可以是世界范围内的任何国家、组织和个人,只要该实体触犯了二级制裁的有关法令,就可能受到相关制裁。第二,二级制裁执法存在随机性。二级制裁的核心执行机构为OFAC,该办公室的执法权限范围大,在美国相关法案的支持下,将其认为违反美国法律的实体纳入制裁之中,但其执法并没有形成固定的选择方式,具有较大的自由裁量空间,没有有力的外在约束。第三,二级制裁的手段不断变换。如选择针对特定的人员或者部门采取禁运、资产冻结的“聪明制裁”,为美国对外制裁提供了更为丰富的手段,在实践中不断以各种方式被运用,以实现其打击目的。

### (三) 二级制裁的合法性问题

美国频繁地使用二级制裁,以此将本国法律所规定的责任与义务强加于第三国企业与个人,引发了各界对于二级制裁是否具有合法性的激烈争论。

一种观点认为二级制裁符合国际法,认为根据“效果原则”,一个国家可以针对该国境外的行为制定法律。二级制裁能够弥补国际法执行机制不足的问题,可以保护美国国家及公民利益。二级制裁符合保护管辖或效果管辖原则,美国对来自伊朗的核威胁拥有保护性管辖,如果第三国协助了伊朗,如提供核原料,美国就有理由制裁那些第三国;一级制裁直接对抗伊朗,二级制裁则制裁那些帮凶,两者的国际法效力是相同的。<sup>〔33〕</sup>另一种观点认为美国的二级制裁是不具有合法性的,“它们有悖国际法,因为发起制裁国试图使用不合理的强迫手段规制完全发生于境外的行为,以实现其自身的司法管辖权……虽然尚未建立准确的规范体系,针对二级制裁这类问题,国际习惯法应当限制使用单边的域外法权”<sup>〔34〕</sup>。

结合美国二级制裁的实践和动因来看,二级制裁并不具有合法性,其非法性有以下原因:

#### 1. 违反了国际法上的国家管辖原则

得到普遍承认的国家管辖原则,包括属人管辖、属地管辖、普遍管辖和保护管辖,<sup>〔35〕</sup>而美国的二级制裁并不符合上述管辖原则的基本要求。第一就属人管辖来看,二级制裁针对的是非美

〔32〕 参见杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,载《法商研究》2019年第3期。

〔33〕 参见前引〔7〕,Sarah H. Cleveland文,第1-102页。

〔34〕 Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008, p. 926.

〔35〕 参见邵沙平:《国际法》,高等教育出版社2017年版,第71-73页。

国的主体，并不是美国的公民或者实体，因此美国不享有对其的管辖权；第二，就属地管辖来看，二级制裁所针对的行为发生在美国领土之外，超出了美国管辖权的空间范围；第三，就普遍管辖来看，普遍管辖针对的是国际上公认的严重违法犯罪行为，明确属于普遍管辖的罪行有两类，分别是海盗罪和战争罪，而二级制裁所针对的是正常的经济行为，并不应涵盖在普遍管辖之内；第四，保护管辖虽然承认一国可以对外国人在境外实施的危及相关国家安全的行为行使管辖权，但更多的是针对国家安全和领土完整的犯罪行为，对正常的经济贸易行为予以负面评价，显然是该原则的滥用。<sup>〔36〕</sup>因此，美国的二级制裁很难得到国际管辖原则上的合理解释，构成了对国际管辖原则的违反。

## 2. 违反了《联合国宪章》及相关决议

《联合国宪章》作为重要的国际法，赋予了联合国安理会以国际制裁维护国际和平的权力，但是并未赋予美国对他国实施单边制裁的权力。1996年联大第51/22号决议否认二级制裁的合法性，强调各国不应利用单方面经济强制措施胁迫发展中国家。<sup>〔37〕</sup>美国的二级制裁无疑是对联合国相关决议的践踏。同时，美国实施经济制裁往往援引联合国的相关决议，如2010年《伊朗全面制裁、问责和撤资法》表明，其依据之一是安理会2010年6月作出的1929号决议。<sup>〔38〕</sup>但是，联合国安理会在针对伊朗的金融制裁决议中并未授权成员国进行二级制裁，美国在制定对伊朗制裁的措施时，却使用了二级制裁，明显逾越了联合国安理会的授权范畴。同时，美国以安理会决议为理由实施二级制裁，并不符合安理会的要求，安理会并未将履行效果的监督权下放给联合国成员国。<sup>〔39〕</sup>因而，美国援引联合国的制裁决议作为制裁的合法依据并不成立，其是以安理会决议为借口遮掩自身的政治目的。在美国对古巴进行的二级制裁案中，联合国曾明确表明其对二级制裁的否定态度。1996年联合国大会以138票赞成、3票反对、38票弃权禁止美国对古巴的这项制裁。自1992年至2008年，联合国大会连续17次通过了《必须终止美利坚合众国对古巴的经济、商业和金融封锁》的决议，<sup>〔40〕</sup>但这并没有阻止美国加强对外进行二级制裁。

## 3. 不符合单边经济制裁的一般要求

单边经济制裁作为战争的替代性措施，在一定程度上满足了国际社会对于打击不法行为的需求。纵然对单边经济制裁没有一个通行的定义，但从一般意义上单边经济制裁的性质来看，不以联合国决议为依据的二级制裁如果要获得合法性必须满足两个要求：一是以不法行为为前提；二是应同国际社会的整体利益协调一致。<sup>〔41〕</sup>以不法行为为前提中的“不法行为”是指，恐怖主义或大规模杀伤性武器的扩散等严重威胁国际社会安全的行为。美国声称二级制裁发起的目的是为了制止不法行为，比如阻止第三方向伊朗提供资金或者武器帮助，或向进行核试验的国家提供资金上的帮助和支持等，但这一理由是值得深思的。二级制裁的最终目的是阻止伊朗等国家进行核研发的活动，但是其直接目的是阻止第三方和伊朗之间的一切经济往来。而第三方和伊朗之间的

〔36〕 参见杜涛：《美国单边域外经济制裁的国际法效力问题探讨》，载《湖南社会科学》2010年第2期。

〔37〕 参见前引〔32〕，杨永红文。

〔38〕 See The Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010, sec. 2.

〔39〕 参见赵海乐：《安理会决议后美国二级制裁的合法性探析》，载《国际法研究》2019年第1期。

〔40〕 参见阮建平：《战后美国对外经济制裁》，武汉大学出版社2009年版，第136页。

〔41〕 参见简基松：《关于单边经济制裁的“司法性”与“合法性”探讨》，载《法学》2007年第1期。

经济往来包含大量与核扩散无关的贸易。将第三方和伊朗之间的一切经济往来定义为不法行为是不当的。因而,认为美国二级制裁是为了制止不法行为的理由不充分。

与国际社会的整体利益协调一致包含两方面的含义,一是指发起方在实施二级制裁的过程中要减少对国际社会其他成员的不利影响,二是指这一制裁行为的执行过程应该符合人道主义的精神,不应给平民造成不必要的伤害。<sup>〔42〕</sup>但是美国在实施二级制裁的过程中,严重破坏了国际贸易、金融、投资的正常往来,例如对伊朗的制裁使得大量在伊朗的他国企业受到极为不利的影响,只能被迫撤出伊朗,前期投入损失重大。美国的二级制裁同样饱受人道主义的质疑。海湾战争后美国对伊拉克持续十余年的经济制裁,使得伊拉克90%的工厂停工,物价上涨,货币贬值。联合国儿童基金会关于伊拉克国内儿童状况的统计资料显示,婴儿死亡率从1990年的4%增长到1998年的10.3%,5岁以下儿童的死亡率从1990年的5%上升到1998年的12.5%。<sup>〔43〕</sup>美国的制裁给平民带来了严重的伤害,显然不符合人道主义精神。

因此,从法律角度审视,美国的二级制裁显然是不具有合法性的,其既是对国家管辖原则的违反,亦是对他国国家主权的不正当干涉,在国际上难以得到广泛的支持。美国得以运用二级制裁实现自身目的,凭借的是其政治、经济的优势地位,凭借的是其美元、科技的影响力,其二级制裁是典型的“滥权行为”。

### 三、对美国二级制裁的因应

• 292 •

当前,美国的二级制裁愈演愈烈,对国际经济交往产生了极为不利的影响。中国作为重要的国际经济主体,中国的企业和个人亦积极参与国际经济交往,美国二级制裁为中国带来的风险也不断增加。及时应对美国二级制裁,成为跨国经济活动亟需考虑的因素。应当对美国二级制裁的发展趋势进行研判,进而为应对提供方向。国际上,部分国家应对美国二级制裁的实践,也为我国提供了借鉴。

#### (一) 美国二级制裁的发展趋势

##### 1. 制裁发起多元化

根据《对敌贸易法》和《国际经济紧急状态法》,总统是美国对外经济制裁的主要发起者,在实施制裁方面享有较大的权力。但是在美国近期的实践中,国内其他主体的作用也开始凸显。首先是美国国会通过的对外经济制裁法案急剧增加,美国国会成为仅次于美国总统的第二个重要主体。美国国会以法案的形式发起多次制裁,影响甚巨,如《苏丹和平法案》,该法案要求在苏丹从事商业活动的第三国企业披露在苏丹投资的范围、结构以及与苏丹政府违反人权和宗教自由行为的关系,并且全面禁止在苏丹石油和天然气行业投资的外国公司从美国资本市场筹集资本,在美国证券市场发行股票。第二,州和地方政府发起针对性的二级制裁活动。据统计,整个20世纪90年代共有33个州和地方政府通过制定歧视性的政府采购法案以及禁止投资基金的投资活

〔42〕 参见前引〔41〕,简基松文。

〔43〕 See Mohan Rao, Kill Children in Iraq, 35 (18) *Economic and Political Weekly*, 1520-1521 (2000).



动，来对在制裁目标国从事商业活动的第三国公司进行制裁。<sup>〔44〕</sup>第三，特殊利益集团对经济制裁政策的影响日趋巨大。美国的特殊利益集团通过游说美国国会等方式，在制裁中扮演着重要的角色。《对伊朗和利比亚制裁法》的通过离不开美以公共事务委员会的推动，《赫尔姆斯-伯顿法》也深受古巴裔美国人的影响。

## 2. 制裁手段精密化

随着二级制裁的进一步发展，为了达到制裁目的，同时规避国际不利舆论，美国的二级制裁手段亦愈发精密，集中表现为“聪明制裁”。“聪明制裁”的出现是为了提高制裁措施的针对性，使其能够聚焦于特定目标，发挥最好的效果。<sup>〔45〕</sup>这个概念最早出现于1998年，时任联合国秘书长科菲·安南（Kofi Annan）在一份报告中首次提到“聪明制裁”。“聪明制裁”是对传统经济制裁方式的改革，目的在于在最大限度地影响目标国政治决策的同时，最低限度地损害目标国一般民众的利益，避免出现误伤和人道主义伤害。美国意图通过“聪明制裁”一方面对制裁对象进行定向打击，另一方面减少国际上人道主义的质疑。除此之外，美国通过制裁惩罚威胁第三国的企业或个人，使其自愿服从美国的相关制裁指令，以换取免于处罚，也在一定程度上降低了国际社会对美国域外管辖的不满。

## 3. 制裁对象模糊化

如美国2012年《国防授权法》规定，对凡是与伊朗央行进行石油进口费用结算的外国金融机构实施制裁。这种规定方式，仅划定了制裁的基本范围，没有给出具体的指引，给予了OFAC极大的自由裁量权，使得相关机构难以清晰判断被制裁的风险，只能随时准备着面临OFAC的指控。OFAC在执法过程中的任意性十分明显，外国企业的罚金在2003—2011年期间占55.37%，而到2012—2018年期间占93.86%。没有确定的法律边界，而是基于自身利益诉求随意选择制裁对象，这极大地加剧了制裁带来的风险，使得相关企业终日惴惴难安。

## 4. 制裁效果不稳定

对于制裁效果的讨论一直伴随着经济制裁而存在，肯定者认为制裁有着解决问题的显著能力，是战争手段之外的有力的对外政策。但否定者通过数据研究认为，制裁的效果并没有想象中那样显著。<sup>〔46〕</sup>具体到二级制裁，由于二级制裁本身往往涉及第三国的企业和个人，极易引起第三国的不满，致使制裁受到影响。以美国的《赫尔姆斯-伯顿法》为例，该法一经推出就受到了欧洲的强烈反对，致使美国不得不暂时停止第3条的适用。在世界经济严重相互依赖的今天，二级制裁无疑为绝大多数跨国企业所厌弃，企业被动地配合，效果并不十分显著。

## （二）国际社会对抗美国二级制裁的因应

美国任意使用二级制裁，严重威胁了国际经济的和平与稳定，使得其他国家企业在国际经济交往中面临着比较大的风险，极易招致各国的反对。英国提出美国扩大国内法管辖的做法侵犯了

〔44〕 参见颜剑英、熊伟：《20世纪90年代以来美国经济制裁的发展趋势》，载《国际关系学院学报》2005年第2期。

〔45〕 See David Cortright, George A. Lopez, *Smart Sanctions: Targeting Economic Statecraft*, Rowman & Littlefield Publishers, 2002, p. 23.

〔46〕 参见前引〔4〕，加利·克莱德·霍夫鲍尔书，第186—188页。

他国主权利益,且其国内法域外管辖实施前后不一致,执法通常是为保护或提升美国公司的利益。<sup>[47]</sup>大多数发展中国家更是反对美国的二级制裁,它们通过联合国大会决议呼吁“立即废除对外国个人与公司施加的制裁”。<sup>[48]</sup>

欧盟、英国、加拿大、澳大利亚和墨西哥等直接制定了国内立法,抵制美国经济制裁法对其本国个人与法人的管辖,并拒绝承认美国法院基于美国经济制裁法所作出的判决。1980年英国的《保护贸易利益法》授权国务大臣向所有英国国民发布指令,要求他们不得遵守损害英国利益的外国贸易制裁法令。1985年加拿大的《外国治外法权措施法》授权加拿大总检察长阻止加拿大境内的个人与法人遵守妨碍加拿大贸易利益的外国贸易措施。<sup>[49]</sup>1996年欧洲理事会第2271/96号条例对美国1996年《赫尔姆斯-伯顿法》与《对伊朗和利比亚制裁法》予以抵制;2018年美国宣布对伊朗进行新一轮制裁后,欧盟委员会宣布会重新启动第2271/96号条例,对美国多项经济制裁法予以抵制。<sup>[50]</sup>

#### 1. 欧盟反制裁指令

1996年,由于美国与古巴矛盾加剧,《赫尔姆斯-伯顿法》应运而生,随后为针对伊朗和利比亚,美国国会又通过了《对伊朗和利比亚制裁法》。以上两部法律相关条文允许美国对外进行二级制裁。针对这一情况,欧盟理事会1996年11月22日专门颁布了2271/96号条例,以保护欧盟成员免受第三国实施二级制裁的影响。该条例第1条规定,凡附件中所提及的可以域外适用的法规(主要针对的是美国实施二级制裁的法规),若对共同体成员相关实体利益造成影响,欧盟均提供保护和抵消。该条例第2条规定,对于欧盟之外的法院、仲裁庭或者是行政当局根据域外适用法规作出的生效决定,欧盟成员国不得在任何情况下予以承认或强制执行。此外还设置了所谓的“补偿条款”,即授权因美国经济制裁而受损的欧盟成员国国民或者公司在欧盟成员国的法院提起反诉以获得补偿,补偿的办法是查封美国公司的资产。该条例第11条规定,该条例所适用的对象包括欧盟境内的居民和成员国的国民、欧盟境内成立的法人等等。<sup>[51]</sup>该条例在附件中,罗列了美国相关制裁法案,主要包括《赫尔姆斯-伯顿法》《对伊朗和利比亚制裁法》等等。

#### 2. 英国、加拿大反制裁立法

针对美国的域外管辖,英国制定了《保护贸易利益法》<sup>[52]</sup>进行对抗。虽然该法案针对的是反垄断领域,但对于反对美国二级制裁也有着可借鉴的价值。该法案第1条规定,外国管理或者控制国际贸易的法律适用于该国管辖领土之外的英国国民的活动时,对英国的贸易利益发生损害或者有损害的风险时,国务大臣可以向英国相关从事商业活动的国民发出指令,禁止其服从外国

[47] See *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chem. Indus., Ltd.* 19521 2 All E. R. 780, 782.

[48] See *Elimination of Coercive Economic Measures as a Means of Political and Economic Compulsion*, G. A. Res. 51/22, U. N. Doc. A/RES/51/22 (Dec. 6, 1996); G. A. Res. 53/10, U. N. Doc. A/RES/53/10 (Nov. 3, 1998); G. A. Res. 57/5, U. N. Doc. A/RES/57/5 (Nov. 1, 2002).

[49] See *Act to Amend the Foreign Extraterritorial Measures Act*, R. S. C. 117, c. 28, § 6686 (Can.).

[50] See *European Council Regulation 2271/96*, 1996.

[51] 参见杜涛:《欧盟对待域外经济制裁的政策转变及其背景分析》,载《德国研究》2012年第3期。

[52] See *The National Archives, Protection of Trading Interests Act 1980 Chapter 11 Article 1*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11>, last visited on Jun. 28, 2019.

法律。该法案还规定，在相关情况下，禁止英国国民向外国法院或行政机关提供相关信息或文件，以此损害英国利益；在侵犯英国的司法管辖权或者主权，抑或是为了在外国提起的民事或刑事诉讼之外的目的之时，应拒绝向外国法院或当局提供不在该国管辖范围之内的商业文件或者情报；限制英国法院执行外国法院有关多种损害赔偿的判决；保证英国公民和公司在英国从事商业活动以弥补外国法院针对他们做出的判决而导致的多种损害。

同样的，针对反垄断领域的域外管辖，加拿大在 1975 年修订了自 1889 年以来实施的《联合调查法》，授予加拿大竞争委员会和管理局抵制外国法院判决的执行、外国法律的适用等权力。1984 年，加拿大通过了《外国域外管辖措施法》<sup>[53]</sup>。根据该法，加拿大国民或者经济实体禁止执行有损于加拿大国家利益的外国法律或者判决。1996 年 6 月 17 日，针对美国《赫尔姆斯-伯顿法》，加拿大修订了《外国域外管辖措施法》，保证加拿大国民免受美国域外制裁的影响。

### （三）中国的因应

#### 1. 中国面临的风险

中国所倡导的“一带一路”倡议涉及国家地区众多，存在着大量不同的政治、经济、法律、文化制度。伊朗、古巴、委内瑞拉等被美国制裁的国家均是“一带一路”倡议沿线国家，这给中国企业在相关合作中带来了不小的风险。一方面，“一带一路”倡议所蕴含的共商共建共享的精神，构建人类命运共同体的主张，要求中国企业积极走出去，与每一个乐于参与的国家合作共赢。另一方面，美国二级制裁的域外打击，为跨国企业的生产经营带来了风险。

美国的霸权主义和单边主义，渗透到世界的各个角落，为了达到其政治、经济等种种目的，美国对任何使其不满的国家均有采取二级制裁的可能性。美国的二级制裁让国际经济不稳定的趋势增强，甚至在某些利益集团的推动下，美国滥用二级制裁，给众多国家和地区带来了风险。如中东地区，美国长期在此搅动风云，通过各种办法在当地攫取利益，其在该地区随时可能采取二级制裁。中国应当提前作出相关防范。

#### 2. 宏观层面的应对

面对美国二级制裁带来的风险，中国在“一带一路”倡议下积极走出去的同时，首先应当从宏观上，在国家层面吸取其他国家相关经验进行及时应对。

积极推动阻却性国内立法。阻却性国内立法，是一国针对他国具有域外管辖权的法律而制定的阻断他国域外管辖的法律。如前文所述，为了应对美国的经济制裁，许多国家都曾经采取过阻却性国内立法措施。如英国 1980 年通过的《保护贸易利益法》、加拿大 1984 年通过的《外国域外管辖措施法》以及欧盟的反制裁指令，均在一定程度上遏制了美国的二级制裁，降低了其对本国企业的影响。中国在这一领域尚未有相关实践，但国际社会的相关做法为中国提供了丰富的经验。阻却性国内立法彰显了一国反对二级制裁的态度，为企业和个人提供了基本法律支持。

降低对美元的依赖，推动人民币国际化。美国的二级制裁依赖于美元霸权，为应对这一情况，短期来看，中国可以与其他国家特别是受到二级制裁威胁的国家通力合作，构建新的支付结算体系，降低对美元的依赖。长期来看，推动人民币国际化是必行之路。推动人民币国际化，能

[53] Foreign Extraterritorial Measures Act (1985) R. S. C., 1985, c. F-29, Article 3 (1).

够彻底地去除美国金融霸权所带来的消极影响,保证中国在国际经济交往中的权益。

积极寻求国际合作,降低制裁影响。美国二级制裁打击对象众多,不仅仅对中国,对许多重要的国际经济主体如欧盟、英国均带来了消极影响。中国应当与其他受美国二级制裁影响的国家 and 地区积极合作。一方面,通过彼此的经济合作规避美国制裁的不利影响;另一方面,在国际层面联合发声,打击美国二级制裁的运用。

### 3. 微观层面的应对

作为国际经济贸易活动的主要参与者,相关企业和个人同样应当注意美国二级制裁带来的风险,并积极化解。一方面,加强内部合规建设,进行风险研判,尽可能地避免制裁风险。对美国的二级制裁保持密切关注和重视,及时关注其最新政策。谨慎开展与二级制裁涉及对象的经济交往,相关贸易和投资活动应当提前进行全面的尽职调查,识别高风险客户。重视内部法律建设,对于 OFAC 等美国执法部门的询问和调查应注意及时回应。

另一方面,在遭受二级制裁之后,尽可能采取多种救济方式。重视通过美国国内法提供的救济方式,寻求相关救济。美国的二级制裁是基于美国的相关立法,这些法案中通常提供了例外或者豁免条款,受到制裁的相关企业或者个人,可以积极尝试利用相关规则维护自身权益、减少损失。重视美国二级制裁的和解制度,大部分二级制裁的最终结果均为和解。和解制度为受到制裁的对象提供了一个缓冲谈判的空间,善用和解制度能够有效降低二级制裁带来的不利影响。

• 296 •

---

**Abstract:** Since the end of the Cold War, the United States has used its economic superiority to apply secondary sanctions and expand its extraterritorial jurisdiction frequently through domestic legislation, and restricted economic interactions between enterprises or individuals in third countries and sanctions targets. The secondary sanctions violate the internationally accepted principle of jurisdiction and show no respect to the relevant resolutions of the United Nations, indicating United States' illegal intention and action obviously. The United States has a large number of secondary sanctions legislation practices and law enforcement practices that undermine the normal order of international economic exchanges. In this regard, the EU, the United Kingdom and Canada have enacted law to respond. At present, the implementation of the secondary sanctions in the United States has become increasingly more frequent, and the means of secondary sanctions have become more sophisticated. This has brought enormous risks to enterprises and individuals involved in international economic exchanges. In order to eliminate adverse effects as much as possible, China should respond from the macro and micro levels simultaneously, and promote countries, enterprises or individuals respond to the United States secondary sanctions in a timely and effective manner.

**Key Words:** economic sanctions, U. S. secondary sanctions, extraterritorial jurisdiction, domestic legislation

---

(责任编辑:肖芳 赵建蕊)