

CN 10 - 1281/D
ISSN 2095 - 9206



财经法学

2021 年 1 月 15 日出版

2021 年第 1 期 (总第 37 期) 双月刊

□ 财经法治热点：反垄断法治与平台治理

经济分析如何融入法律过程：欧盟竞争法改革的得失及启示

..... 吴 韬 郑东元 3

超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式 翟 巍 18

转售价格维持本身违法原则质疑：先例形成的历史探源

..... 兰 磊 32

比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的适用 黄 军 49

□ 专论

家政工职业化与城市居家养老社会化

——兼论劳动者人格塑造与社会保险覆盖 郑尚元 61

《商业银行法》修订背景下的绿色信贷政策法律化 王红一 75

地方政府债务风险的宪法学释析 王世涛 86

中国公司法产生源流考

——以日本法的影响为视角 朱大明 101

PPP 模式下政府的角色定位

——兼论担保行政法学模式的兴起 杨彬权 119

论金融产品销售商的投资者适当性义务 何 颖 阮少凯 134

日本刑法中对责任能力的认定 [日] 桥爪隆 著 赵新新 译 146

LAW AND ECONOMY

No. 1, 2021 (Serial No. 37)

January 15, 2021

How Economic Analysis Is Integrated into Legal Process: Lessons from the EU

Competition Law Reform *Wu Tao Zheng Dongyuan* (3)

The Regulatory Paradigm of Double Round Monopoly of Super-large Digital Economy

Platform Enterprises *Zhai Wei* (18)

Debunking the Per Se Illegality Rule of RPM: A Historical Enquiry of

Its Precedential Genesis *Lan Lei* (32)

The Application of the Principle of Proportion in the Operation of the Exception System

to the Fair Competition Review *Huang Jun* (49)

The Urban Home-based Aged Care: Also on the Personality Shaping and Social

Insurance Coverage of Domestic Workers *Zheng Shangyuan* (61)

On the Legislation of Green Credit in the Context of Amending the Law of

Commercial Bank in China *Wang Hongyi* (75)

The Constitutional Interpretation of Local Government Debt Risks *Wang Shitao* (86)

The Exploration to the Arising of Chinese Company Law: From the Perspective

of the Influence of Japanese Law *Zhu Daming* (101)

The Role Positioning of the Government and the Transformation of Administrative

Law Model in PPP Mode *Yang Binqun* (119)

The Research on the Investor's Suitability Obligation of the Financial Product Sellers

..... *He Ying Ruan Shaokai* (134)

The Judgment of Capacity for Criminal Responsibility in Japanese Criminal Law

..... *HASHIZUME Takashi Zhao Xinxin* (146)

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

一、引言

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

* 吴韬，中央财经大学法学院教授；郑东元，北京市集佳律师事务所律师。

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

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

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

经济分析方法源于美国反托拉斯法,是合理原则与经济学相结合的产物,是普通法实质主义法律传统在反垄断领域的集中体现。这种方法的引入,势必给欧洲大陆法系实体法中的形式主义法律传统带来强烈冲击,并使改革过程充满曲折。我国有浓厚的大陆法系色彩,并一直将欧盟竞争法作为我国反垄断法律制度建构过程中最为重要的形制意义上的模板,这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 Weitbrecht, 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〕, Weitbrecht, Andreas 文, 第81-88页。

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

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

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

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

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

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

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

〔14〕 参见前引〔2〕，Gerber D.J. 文，第1235页。

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

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

〔17〕 参见前引〔2〕Gerber D.J. 文，第1235页。

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

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

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

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

三、欧盟竞争法改革的成效

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

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

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

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

〔22〕 参见前引〔2〕，Gerber D.J. 文，第1235页。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

〔40〕 See Peepers 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 Restrictions, 55 (4) *The Antitrust Bulletin*, 783–818 (2010).

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

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

〔45〕 参见前引〔44〕，Monti G. 文，第 2–11 页。

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

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

四、欧盟竞争法改革的局限

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

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

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

〔48〕 Case COMP/37.990 Intel (13 May 2009) para 925.

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

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

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

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

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

领域。

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

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

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

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

[55] 参见《排他性滥用行为优先执法指南》第63段。

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

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

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

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

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

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

[60] 参见前引 [44], Monti G. 文,第 2-11 页。

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

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

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

五、对中国的启示

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

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

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

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

建议:

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

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

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

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

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

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

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

反垄断成文法规定的垄断行为的样态应否要件化？在大陆法系反垄断立法中，垄断行为样态通常以两种模式呈现：一是例举式，即对某类垄断行为概括禁止后，以几个典型行为样态为例对此类垄断行为进行说明，典型立法例如《欧盟运行条约》第102条；二是列举式，即在立法中尽量穷尽某类垄断行为的实践表现形式，并以兜底条款防止挂一漏万，典型立法例如我国《反垄断法》第17条第1款关于滥用行为的规定。例举式与列举式在法条表达方式上的主要区别在于，后者有兜底条款，而前者没有。二者在法律适用方面的区别则在于：在例举式立法下，法律给出行为样态的主要目的在于帮助理解相关禁止性规定，不具有要件意义，因此，适用法律时不必专门指出相关行为具体属于哪种行为样态；而在列举式立法模式下，行为样态则可起到提升法律适用效率、为主体建立预期的作用，通常具有要件意义，适用法律时应援引相关条款的具体规定，即指出违法行为属于哪种具体的行为态样，同时，为了维护法定行为态样创造的预期，行政执法机构通过援引兜底条款处理个案应受到严格约束。而基于效果的分析方法的引入，无疑将极大弱化行为样态在违法性判断中的意义——一方面，符合法定行为样态的行为不能被认定为违法；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。^[68]以经济学家出具的分析报告或执法机构主动收集的市场数据为主要形式的经济证据,已在我国反垄断执法中被广泛应用,但是,相关收集、提交和采信的规范尚付之阙如,这对规范执法和保障执法结论的科学性与公正十分不利,亟待完善。

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

六、结 语

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

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

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

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

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

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

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式

翟巍*

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

关键词：双轮垄断 超大型数字平台企业 反垄断法 数字化生态系统

一、引言

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

* 翟巍，华东政法大学经济法学院副教授。

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

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

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

二、超大型数字平台企业双轮垄断的基本特征

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

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

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

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

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

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

总括而言,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与附属性。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平台上的可见性,否则市场经营者在相关市场竞争中将处于严重劣势。^{〔6〕}然而,超大型数字平台企业出于经济人与理性人的逐利本性,有可能滥用其在轴心型相关市场的初始垄断地位,在平台准入与平台可见性层面针对竞争对手产品与自身旗下产品实施差别待遇,最终在辐射型相关市场固化与强化自身的市场支配力。譬如,依据欧盟反垄断监管机构的观点,谷歌公司涉嫌操纵其搜索引擎的排名结果,从而在偏袒自身旗下产品与服务的同时,人为降低竞争对手旗下产品与服务的排名。^{〔7〕}

(二) 经由整合与应用竞争相关性数据的路径遏制竞争

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

〔5〕 参见前引〔4〕,李勇坚、夏杰长文。

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

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

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

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

（三）弱化或排斥数据或服务之间互操作性以及遏制数据可移植性

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

（四）利用具有自组织性特征的宏观数字化生态系统限制竞争

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

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

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

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

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

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

三、超大型数字平台企业双轮垄断的反垄断法规制路径

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

(一) 通过增设新型禁止滥用市场力条款方式实现规制补强与补位目标

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

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

1. 基于“规制补强”目标增设“禁止滥用相对优势地位行为”条款

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

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

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

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

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、交易价格以及其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。”

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

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

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

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

(二) 施行全景式、前置式与穿透式反垄断监管方式

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

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

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

〔17〕 参见前引〔16〕。

〔18〕 前引〔11〕。

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

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

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

（三）重构垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制

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

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

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

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

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

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

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

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

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

四、双轮垄断格局下大数据资源爬取行为的违法性判定路径

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

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

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

[22] Vgl. Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Oktober 2017, S. 9, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf, besucht am 28. 12. 2020.

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

（一）双轮垄断格局下大数据资源的基本属性

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

就理想状态而言，由于超大型数字平台企业具备在轴心型与辐射型相关市场搜集、处理、应用大数据资源的意愿与能力，这类平台企业能够为使用平台服务的经营者与消费者提供精准契合需求的个别化与定制化服务，这客观上可以增进相关经营者利益与提升消费者福祉。但就实然状态而言，由于超大型数字平台企业兼具“经济人”与“理性人”的逐利属性，这类平台企业为了实现自身利益最大化目标，不仅有可能恶意拒绝其所掌控的大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作为一种新型生产要素。

〔25〕 在域外立法文献与学术文献中，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:《反垄断法公益研究:范式与路径》,中国社会科学出版社2013年版,第1页。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

五、结 语

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

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

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

[36] 参见关保英、黄辉、曹杰:《行政垄断之行政法规制》,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)

转售价格维持本身违法原则质疑： 先例形成的历史探源

兰 磊*

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

关键词：反垄断法 垄断协议 转售价格维持（RPM） 本身违法原则

一、问题的提出

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

* 兰磊，华东政法大学知识产权学院副教授。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

二、迈尔斯博士案的时代背景

（一）RPM野蛮生长期的大量反竞争表现

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

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

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

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

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

（二）早期美国医药领域广泛存在借助RPM实施卡特尔的现象

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

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

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

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

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

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

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

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

分的动力团结一致，要求维持经销利润率。

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

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

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

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

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

〔18〕 参见前引〔16〕，Peritz 文，第 65 页。

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

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

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

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

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

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

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

〔26〕 参见前引〔16〕，Peritz 文，第 79 页。

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

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

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

(三) 反垄断法界对医药领域RPM性质的认识转变

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（四）哈特曼案判决涉案 RPM 非法时适用的分析模式是合理原则

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

三、迈尔斯博士案的判决意见分析

(一) 迈尔斯博士案的诉讼史

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

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

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

(二) 迈尔斯博士案对涉案 RPM 的竞争效果评价

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

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

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

〔42〕 前引〔13〕,Hovenkamp 书,第 346 页。

〔43〕 参见前引〔11〕,Fortenberry 文,第 214 页。

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

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

性协议的有效性”（第 395 页）。

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

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

此等评价完全围绕涉案限制展开讨论，而非一般性地评价 RPM 的竞争影响。

（三）RPM 本身违法规则理据一的原意

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

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

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

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

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

〔47〕 即前引〔38〕所指整段引文。

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

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

（四）RPM 本身违法规则理据二的原意

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

整个推理过程的形式为：

由于经销商横向卡特尔无效（第二步的命题）（前提 1），

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

所以，本案生产商实施的包含众多相同合同的计划无效（第三步的命题）（结论）。

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

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

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

四、迈尔斯博士案的命运起伏

（一）迈尔斯博士案并未立即被视为 RPM 本身违法的先例

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

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

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

〔53〕 前引〔13〕，Hovenkamp 书，第 340 页。

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

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

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

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

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

（二）迈尔斯博士案向RPM本身违法先例的嬗变

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

〔63〕 前引〔54〕，Overstreet 文，第 3-4 页。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(三) 判例对RPM本身违法的唯一论证尝试

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（四）RPM 本身违法规则在实践中逐渐被“掏空”

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

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

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

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

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

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

〔87〕 前引〔5〕，Mathewson 等文，第 61 页。

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

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

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

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

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

(五) RPM复杂规则体系的“后遗症”

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

[88] 前引[52], Areeda等书,第249页。

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

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

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

[92] U.S. v. General Electric, 272 US 476 (1926).

[93] Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13 (1964).

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

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

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

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

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

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

五、结语：回到未来

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

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

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

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

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

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

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

比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的适用

黄 军*

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

关键词：公平竞争审查 例外制度 比例原则

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

* 黄军，青岛大学法学院讲师。

〔1〕 参见李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社2011年版，第127页。

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

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

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

一、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的前提厘定

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

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

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

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

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

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

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

通过以上简要论述可以看到，尽管目前学界对于比例原则的基本意涵总体上已经形成了共识，但是对于这一原则的具体内容或者说逻辑结构却存有一定的意见分歧，其主要表现为“三阶理论说”与“四阶理论说”之争。就本文而言，笔者更倾向于采纳后一种观点，也就是坚持“四阶理论”的比例原则。原因在于，在性质上，作为一项涉及公权力的手段与目的适当性的评价工具，比例原则理应兼顾目的与手段的双重正当性，而不可偏废其一。若依此标准来审视，三阶比例原则的不足之处便在于仅重视了手段层面的正当性，却忽视了目的层面的正当性。目前学界也有一种代表性观点认为，传统意义上的三阶比例原则与四阶比例原则实际上并无本质差别，因此主张比例原则之中并无必要引入目的正当性原则。其理由在于：一方面，作为我国行政法的基本原则，依法行政的基本要义之中已然涵括行政行为目的的合法性，也就是说，其预设目的本身就是正当的；另一方面，在适用比例原则过程中，借助其中的子原则——均衡性原则也可判定目的正当性。^{〔12〕}但在本文看来，前述两方面的理据阐发实际上均是值得进一步推敲的。详言之，应然层面的目的正当性不等于实然层面的目的正当性。虽然依法行政原则从形式上要求公权力行使目的应当具有正当性，但这并不意味着具体实践层面公权力行使目的的真实情况即是如此。而认为均衡性原则之中已经隐含判定目的正当性的内容这一观点，实则也是对这一子原则意涵的误读。如前所述，均衡性原则最为主要的目标在于解决公权力行使的手段与目的之间的比例相称性问题。基于以上论述，确立涵括目的正当性这一子原则的四阶比例原则也就顺理成章。

〔7〕 参见前引〔6〕，蒋红珍文。

〔8〕 参见前引〔5〕，刘权文。

〔9〕 参见范进学：《论宪法比例原则》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔10〕 前引〔6〕，蒋红珍文，第58-59页。

〔11〕 参见前引〔6〕，刘权文。

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

二、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的必要性与合理性

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

(一) 必要性维度

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

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

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

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

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

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

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

（二）合理性维度

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

三、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的具体展开

就认识论维度而言，如前所述，在公平竞争审查例外制度运行过程中，基于对这一制度本身的重要性与局限性的通盘考量，为了有效降低其所面临的较高滥用风险以及避免由此可能引发的不利后果，引入比例原则的必要性随之凸显。前述两者之间的高度契合性又进一步证立了在公平竞争审查例外制度适用领域确立比例原则的合理性。在此基础上，更为关键的则是运行论层面的问题，即如何确保比例原则在公平竞争审查例外制度具体适用层面得到有效落实，以真正发挥出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的缺失或者不明情形下的真实目的查明问题。事实上，政策制定机关有时在规范文本层面并未对政策目的作出明确规定，或者有关的目的表述本身并不明晰，此时便有必要综合考虑政策制定时其他方面的因素，诸如具体的条文规定、政策出台的相关背景资料、政策实施后的行为内容等，进而推断出其真实目的之所在。^{〔24〕}例如，在澳大利亚的公平竞争审查实践中，便会借助诸如国会针对有关立法的审议发言、管制机关出具的管制计划或工作报告、法律实施部门的相关发言等方面来确定其立法目的。^{〔25〕}三是多重目的交融情形下的政策真实目的确定问题。通常来说，某一政策所欲追求的目标往往并不是单一指向的，而是会涉及多元的目标层次。基于目的重要性或者所处位阶之考量，此时确定该政策的真实目的则主要借助对在其中居于主导性地位或者决定性地位的目的进行甄别来完成。

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

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

〔24〕 参见前引〔5〕，刘权文。

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

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

（二）政策措施之于目的的适当性审查

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

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

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

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

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

(三) 政策措施之于目的实现的必要性审查

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

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

(四) 政策目的实现与竞争损害之间的均衡性审查

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

〔27〕 参见前引〔21〕,孟雁北文。

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

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

〔30〕 参见前引〔17〕,翟巍文。

〔31〕 参见前引〔25〕,王磊文。

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

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

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

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

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

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

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

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

（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。

家政工职业化与城市居家养老社会化 ——兼论劳动者人格塑造与社会保险覆盖

郑尚元^{*}

内容提要：随着我国人口老龄化趋势的加快，未来居家养老需要大量的家政工，家政服务业已经被国家确定为产业序列之一，国家正在从全方位角度推动家政服务业“提质扩容”。家政服务业之从业人员中，最大比例者就是家政工，家政工的正名与职业规范是未来社会养老服务业的期待。家政工的正名就是将这些家政服务人员的职业身份予以明确，使家政工成为劳动法上的劳动者，使其能够获得劳动法的保护，获得应有的社会保险权益。

关键词：家政工 居家养老 劳动法 社会保险

一、居家养老与家政服务之结合——城市养老社会化之一环

（一）居家养老与社会化服务

2019年8月22日，国家统计局发布有关人口数据的相关报告指出，20世纪70年代以前，中国一直保持较高的生育率水平，1949—1969年，妇女总和生育率平均为5.8，出生率和自然增长率平均为33.9‰和20.8‰。进入20世纪70年代后，生育水平迅速下降，至1977年，总和生育率下降到3.0以下，20世纪末，总和生育率下降到1.8左右，出生率降至15‰以下，自然增长率降至8‰左右，2018年人均预期寿命为77岁。我国人口再生产类型进入低出生率、低死亡

^{*} 郑尚元，清华大学法学院教授。

本文为乐施会“家政工养老保险立法研究”项目（CHN-A0174-01-2021A-U）的阶段性成果。

率、低自然增长率的阶段,与现代经济发达和较发达国家类似。^{〔1〕}2018年底,我国60岁以上老年人口总数达到了2.49亿,根据百度文库检索,自1962年开始,我国1960年代出生人口,分别是2451万(1962年)、2934万(1963年)(新中国人口出生峰值)、2721万(1964年)、2679万(1965年)、2554万(1966年)、2543万(1967年)、2713万(1968年)、2690万(1969年)。^{〔2〕}据估计,未来短暂的九年时间内,我国将猛增老龄人口2.1亿,而每年死亡老龄人口均在千万以下,预计到2029年,我国老龄人口将超过4亿,人口结构更加老化,社会养老负担更加沉重。按照城乡一体建构养老保险制度之政策导向,这4亿多老龄人口或多或少都要领取养老金,养老金发放的数字将越来越“天文文化”。与上述数据相对应的是,1960年代出生的一代人的下一代多数为独生子女,除了养老之经济保障压力惊人之外,便是生活照料之问题更加难解。独生子女面临工作、子女照料、竞争教育的挑战,老年人的生活照料成为新时代诸多社会问题中较严重的问题之一。而求解这一社会难题几乎只有一个答案——社会化养老。社会化养老的方式包含居家养老与机构养老,于少数个体而言,可能不需要社会化服务即可完成“善始善终”的人生过程,但社会总体而言,不论居家还是机构,哪一种方式都无法摆脱社会化服务。

居家养老是中国人上千年的世代传统,既是世代繁衍和传承的社会习惯,也是历朝历代律令典章关于养老敬老之规定。以“孝道”为社会养老政策和精神导向的落脚点,便是居家养老的社会传统。“中国古代社会注重宗法伦理,其核心孝道思想不仅是一种道德准则,更内化于法律和国家政策之中,成为引导人们日常生活的行为规范。无论在法律层面还是道德层面,‘义务’都是其体系中的核心和基础。”^{〔3〕}在一个三世、甚至四世同堂的大家庭里,老者被养于家庭内部,包括物质层面的经济保障和精神层面的心理安慰,皆属于养老的范畴。这种家庭内部的养老模式代代相传,直至当代社会仍有相当的社会心理储备。当老龄化、少子化、城市化浪潮来袭之时,尤其是近二三十年,市场化养老走近之时,仍有相当多的老年人无法适应这种社会变迁。他们认为,进入养老院养老存在着子女不孝的嫌疑或猜忌。笔者认为,居家养老仍然是中国养老模式的重要选择。一方面,客观地讲,刚刚退出职业劳动的相对低龄如70岁以下的老年人,相当多的老年人身体健康,完全具有生活自理能力和社会交往能力,他们只不过没有了职业劳动,有些老年人退养之后,仍在从事自身喜欢的工作和个人爱好,不需要去机构进行封闭性的养老。另一方面,有的家庭主观上愿意居家养老,甚至一些不具备生活自理能力的高龄老年人也并不愿意去机构养老。不论是主观因素,还是客观因素,居家养老只是形式上与历史上的家庭养老一致,高龄、少子、高楼大厦封闭、没有平房时代的街坊邻居的情形下,居家养老与社会化服务的有机结合可谓未来养老的一种趋势。社会化服务越健全,越具备相应的福利色彩,居家养老的优点才可能被放大,如果没有社会化服务,居家养老于高龄老年人、生活没有自理能力的老年人而言,几

〔1〕 参见《国家统计局:中国开始步入老龄化社会》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1642564544042252715&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2020年7月19日。

〔2〕 参见《中国1949年至2019年历年出生人口》,载 <https://wenku.baidu.com/view/aeb3cb0848649b6648d7c1c708a1284ac950055f.html>,最后访问时间:2020年7月19日。

〔3〕 郑尚元、王昭:《“老年”年龄界定与社会实际养老关系之构建——从家庭养老到社会养老之社会保险创建逻辑》,载《中国劳动关系学院学报》2020年第4期,第3-4页。

乎不可能维系。一般来讲，居家养老与社会化服务中的“社会化服务”指的是社区服务。“社区”概念源自域外，何为“社区”？居家养老之社区服务内容包含餐饮配送、基础医疗护理、紧急救援、家庭保洁、助浴、援助出行、心理关怀等各个方面。上述服务皆属于有偿服务，并具备相应的社会福利性质。上述服务内容有时被称为“家政服务”，至少，有相当多的内容是重叠或近似的。

（二）家政业发展与居家养老服务

传统社会中的居家养老，乃是子女对父母的供养和生活照料，并没有外人的介入。大户人家可能有相关的服务人员，如丫鬟可以起到相应的服伺作用，具有鲜明的私人色彩，不属于现代社会意义上的“养老服务”范畴，而是家庭私生活的组成部分，丫鬟与主人间的关系亦非如今的服务合同关系。中华人民共和国成立后，大部分社会成员家庭生活之家务劳动全部由家庭成员亲自负担，在低工资的年代里，家庭收入并不含有支付服务人员工资的额外部分。而部分高级干部，因工作繁忙，按照国家规定配备相应的服务人员，例如厨师或警卫人员等，这些人员几乎全部为国家工作人员，或者军队人员，他们的服务完全属于革命工作，不属于服务合同关系。“家政”概念的使用决定于家政服务业的兴起，家政服务的对象中，有相当比例是老年家庭。我国家政业起步于改革开放后，大规模家政业是在 21 世纪后展开的，这一新型产业作为服务类产业的一种，是以提供家务劳动服务而形成的市场产业。其存在的社会背景便是收入差距的拉大，家庭收入可以“额外”负担相应支出。“我国新时期家政业的兴起，其萌芽于 20 世纪 80 年代中期之后，系社会收入拉大之后，社会收入分配、资源和福利分配从依靠计划分配到依靠市场分配的一个过程，例如以前养老育幼之服务多为单位和社会提供，如今，直接交给市场。”〔4〕家政业是一个市场化程度较高的产业。现实生活中，居家养老所雇佣“保姆”或家政人员皆属市场行为，一方愿买，一方愿卖，一方愿意提供合适的价格雇佣对方，另一方愿意提供相应的家务服务。养老由此开始社会化，不再是纯粹的私生活问题。

未来十几年，甚至几十年内，在智能机器人不能完全替代人工服务满足居家养老服务需求之前，家政工的人工服务将一直存在，并有可能不断发展和完善。目前，我国家政业的经营并没有相应的产业规划和产业标准，基本上处于原生态经营状态，国家只是认可了家政服务业这个业态。商务部于 2012 年 12 月 18 日公布了《家庭服务业管理暂行办法》，但该部颁规章层次较低，效力有限，对于将家政服务纳入特殊的市场消费予以规范和监督，至今也没有任何标准可言。2019 年 6 月 26 日，《国务院办公厅关于促进家政服务业提质扩容的意见》（国办发〔2019〕30 号）发布，该《意见》从“采取综合支持措施，提高家政从业人员素质”“适应转型升级要求，着力发展员工制家政企业”“强化财税金融支持，增加家政服务有效供给”“完善公共服务政策，改善家政服务人员从业环境”“健全体检服务体系，提升家政服务人员健康水平”“推动家政进社区，促进居民就近享有便捷服务”“加强平台建设，健全家政服务领域信用体系”“加强家政供需对接，拓展贫困地区人员就业渠道”“推进服务标准化，提升家政服务规范化水平”“发挥规范示

〔4〕 郑尚元：《家政工纳入养老保险制度及家政工劳动权益之保护》，载《社会科学家》2020 年第 4 期，第 17 页。

范作用,促进家政服务业可持续发展”等若干方面,促进该产业“提质扩容”。同时,该《意见》中提及,推动家政服务业与养老、育幼、物业、快递等服务业的融合发展。随着未来十年内我国老龄人口的急剧增加,养老服务将成为服务产业领域的一大板块,而居家养老恰恰与家政服务密切相关。随着技术挤压导致的失业人数增长,将有相当部分人员转身家政服务业,该产业扩容几乎可以肯定,何况市场本身具有相应的原动力。但提质问题则不是那么简单。一方面,家政服务业须纳入国家规范的产业序列,规定相应的服务标准和层次;另一方面,家政工这一群体是家政服务业的具体工作人员,他们的职业能力、职业技能将成为家政服务业提质的瓶颈和关键。事实上,早在2010年9月26日国务院办公厅曾发布《关于发展家庭服务业的指导意见》(国办发〔2010〕43号),强调“把家庭服务从业人员作为职业技能培训工作的重点,落实培训计划和农民工培训补贴等各项政策,按照同一地区、同一工种给予同一补贴的原则,统一培训补贴基本标准,统一培训机构资质规范,统一培训考核标准、考核程序和考核办法”。职业培训虽然成为《劳动法》规定的政府、企业的义务,但是,法律实施的实际效果显示,该项义务几乎成为摆设,没有得到相应的贯彻和落实。连规范的职业劳动者、明确适用《劳动法》的劳动者都难以得到相应的职业培训或规范的职业培训,那么,游离于劳动法保护之外的家政工,^{〔5〕}对其进行职业培训的义务岂是国家政策能够落实的?但是,家政服务业的发展恰恰无法离开家政工。

二、家政公司、家政工及居家仰赖服务家庭三角关系透视

首先是居家养老之老年人、家政工、家政企业间的三角关系。抛开通过亲戚朋友直接雇请熟人照顾老人外,大部分城市家庭居家养老所依赖的家政人员来源于市场。一般来讲,城市家庭需要家政服务,会直接询问或从网络上查询相关的信息,这些信息包括家政公司的口碑、业绩、规模,家政工的业绩、口碑、人品等。认为合适后,需要服务的家庭成员与家政公司签订服务合同,其中包含服务期限、服务内容和价格等。这种服务合同不包含家政工的报酬,报酬是家政公司与家政工在招聘时确定的。通过实践调研,目前很少有家政公司为家政工办理社会保险,更不用说缴纳住房公积金。家政公司与私人家庭签约后,按照约定,家政公司将私人家庭事先选定的家政工派往签约家庭服务,属于典型的三方关系,如图1所示。

其中,家政公司与家政工形式上属于劳动关系,但是,现实生活中这种劳动关系并没有当然成为劳动法上的法律关系,原因之一是,从事这一职业的劳动者大多为女性,且多数来自农村,双重歧视的影响,导致其劳动法、社保法上的社会保护之缺位时隐时现。^{〔6〕}此外,历史原因造成中华人民共和国成立以后近五十年时间里,家务劳动并非属于职业范畴,并非属于有偿劳动范畴,而是属于家庭私生活的组成部分,对于家务劳动的认知是一个渐进的过程。“照料劳动/关怀

〔5〕《劳务派遣暂行规定》明确将家政工排除在劳务派遣之外,使其工作场所保护、工作时间和职业健康的保护,以及其他人格权保护裸露于法律保护伞之外。

〔6〕参见张伟:《社会性别主流化视角下的家政工社会与法律保护分析》,载《河北法学》2010年第8期。

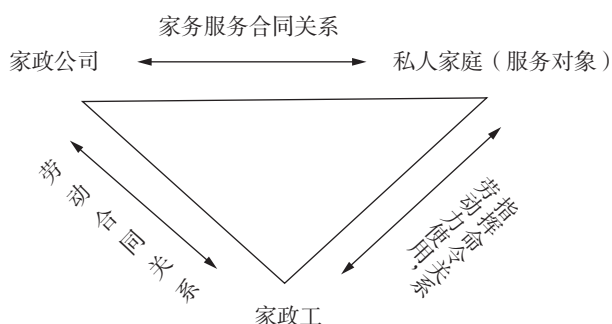


图1 三方关系示意图

劳动（care labor /work）是指为婴幼儿、老人、病人以及一切有照料需求的人提供的劳动。照料劳动提供的是与人类再生产相关的服务，而现代服务业也主要是基于人类照料需求发展出来的。”〔7〕可以预见，随着社会经济的不断发展，分工的细化，照料劳动的职业化趋势将越来越受到关注。毋庸置疑，人们对于“家政工”经常使用的是一些非职业化的称谓，例如，“保姆”“月嫂”等概念。社会歧视的因素是客观存在的，对于这一群体的劳动，劳动法主体的认知或弱于在机关事业单位做饭的厨师或相关服务人员，后者所形成的劳动关系往往被认为属于劳动法调整的劳动关系，而家政公司与家政工的劳动关系则相对模糊。现实生活中，家政工与家政公司之间多数依赖的是口头合同。如今，互联网平台服务涉入家政服务行业，如果技术得到合理、合法运用，平台用工将增加家政工招聘就业的机会、增加私人家庭养老服务获取信息的机会。但是互联网平台除了技术上的优势外，亦存在现实世界虚拟化的现象，平台与家政工之间并没有签订电子书面合同的程序，而是通过网络注册，或“加盟”后通过平台技术上的手段，实现指挥命令、服务质量考核、报酬给付的结转，这种报酬给付的形式往往表现为提成，这种技术控制下的家政工，较之实体家政公司中的家政工而言，丝毫不敢怠慢，平台控制程度丝毫不弱于实体家政公司。但是，于家政工而言，更无签订书面劳动合同的机会和可能，劳动关系更加虚拟化。

其次是私人被服务的家庭与家政公司之间的关系。从形式要件看，这往往被视为民事服务合同关系。这种形式上平等或社会习惯的认知往往会使本质的社会关系产生偏差。居家养老之老人或者其子女与家政公司签约后，相关服务必须由家政公司的家政工来提供。与其他服务类合同最大的区别在于家政工的服务类劳动并非完全自主，其劳动的指挥命令权部分地由家政公司转移至所服务的对象——老人或其子女，其工作的时间、工作的风险全部不能自控。〔8〕在典型的劳动派遣法律关系结构中，同样是类似的三重社会关系的叠构，只不过派遣单位、要派单位之间的劳动力派遣契约中呈现的是形式上的完全平等和契约内容履行上的复杂性。“劳务派遣协议具有双重性。一方面，劳务派遣单位和用工单位毫无疑问是两个独立的民事主体，二者之间没有任何从

〔7〕 佟新：《照料劳动与性别化的劳动政体》，载《江苏社会科学》2017年第3期，第43-44页。

〔8〕 部分家政工曾遭受服务对象的性骚扰，曾发生职业伤害等等皆属于职业风险。

属、管理关系，双方在劳务派遣协议中约定一方提供派遣劳动者的义务，另一方承担支付报酬的义务，这种法律关系所涉及的是私法意义上的财产关系。从这个角度，劳务派遣协议可以说是一种无名的民事合同。另一方面，劳务派遣协议同时也是劳务派遣单位与用工单位分配雇主义务的协议，这就决定了劳务派遣协议不能只受到合同法的约束，同时也涉及劳动基准法上的雇主责任分配和约定。”〔9〕劳动基准法属于典型的劳动公法，其国家标准和行业规范必须执行，例如域外关于家政工工作时间有严格的限定。〔10〕有关两个单位间的劳动力派遣协议是属于民事契约还是劳动类契约存在学术上的争议，现实中也并不清晰。家政工被家政公司派遣到私人家庭从事家政服务，《劳务派遣暂行规定》将此类派遣排除在劳务派遣范围之外，派遣单位与用工单位之间的派遣协议是否属于劳动法上的特殊协议？是否属于民事协议？关于这些问题立法未有明确规定，法理上也未厘清。从此意义上讲，居家养老中，私人家庭与家政公司之间签订的服务合同中有关服务质量标准、价款的部分属于相应的民事协议的内容，而涉及履行服务协议过程中家政工权益保护的部分则属于劳动保护的内容。在大多数上述服务协议的履行过程中，私人家庭与家政公司间不会发生纠纷，也没有家政工申诉自身权益的情况，并无区别此类服务协议性质的必要。而一旦双方产生纠纷，其中又关涉家政工权益，以公法优先于私法、雇佣特别法优先于雇佣一般法的原则，上述关系应当演变为劳动关系。

再次是私人家庭与家政工之间的关系。2006年7月10日通过的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第7条第（四）项规定，“家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷”不属于劳动争议，这一解释显然武断。家庭或者个人与家政服务人员之间的借款或其他与家政服务无关的纠纷不属于劳动争议；如果纠纷是因履行服务协议而生，不论是私人家庭对家政工的服务不满意，还是履行服务协议过程中私人家庭对家政工的指挥命令不当，皆应属于劳动争议范畴。其根本原因是照料劳动一样需要尊重。实践中，部分私人家庭的老年人仍有生活自理能力或部分生活自理能力，无非是找个家务帮手，做饭、洗衣、打扫卫生这些基本的生活服务类项目，家政工的工作属于最为一般的家务劳动服务。老年人可以直接与家政工进行有关服务的沟通和交流，老年人可以直接行使相应的指挥命令权，生活不具备自理能力或无法进行意思表示的老年人则可以通过子女或其他近亲属，行使对家政工的指挥命令权。家政工按照一般的社会习惯和公司的规定提供服务。我国法律实践中几乎没有将家政工的服务行为纳入劳动法上的职业劳动范围的情况，家政工尚未成为劳动法上的劳动者。由于私人家庭本属于私的范畴，目前公力并未介入私人家庭与家政工之间社会关系的调整，尽管已经出现了家政工权益受害的情况，甚至发生了保姆杀人的案件。〔11〕多数情况下，我国现实生活中私人家庭虽然从家政公司中聘请家政工，但其与家政公司的关系中“聘”的色彩非常淡。而私人家庭与家政工之间的关系是非常密切的。一方面，家政工每天服务于私人家庭，尤其是因居家养老的部分老年人生活自理能力的限制，家政工的服务是

〔9〕王桦宇、万江：《劳务派遣法律事务操作指引》，中国法制出版社2008年版，第70页。

〔10〕参见梁萌、陈玉佩、左际平：《照料制度与家政业劳动关系——西方主流发展模式述评》，载《中国人力资源开发》2019年第5期。

〔11〕参见《杭州保姆纵火案二审宣判：驳回上诉 维持原判》，载 https://www.sohu.com/a/233989571_658437，最后访问时间：2020年12月27日。

随时随地进行的；另一方面，服务对象之老年人或其子女对于家政工的服务指令也是随时随地发生的。家政公司与私人家庭之间存在着服务合同关系，而家政公司与私人家庭对家政工都有相应的指挥命令权。前者具有很强的控制性，尤其从利益角度更加具有直接的控制性；后者即私人家庭对家政工也具有相应的控制性。“家政工的劳动空间和生活空间是合一的。因此，对家政工劳动过程的监视，同时也是对其生活空间的监视。”^{〔12〕}私人家庭与家政工之间除控制性之外，并没有直接的契约关系、经济利益关系，两者仅仅是指挥与被指挥的关系。

三、居家养老之家政工劳动法上劳动者人格创制

在私人家庭服伺老年人的家政工，提供的是各项家政服务和伺候老人生活方面的服务，家政工的劳动到底能否成为劳动法上劳动者的职业劳动，家政工是否具有劳动法上劳动者人格，是家政工权益保护的关键。目前，家政工与家政公司之间的关系，形式上属于劳动法上的劳动关系，而且家政工工作场所具有特殊性，家政工与家政公司以及所服务的对象之间的法律关系只有少数劳动法学者关注，观点还是倾向于家政工也是“工”，属于劳动法保护的对象。^{〔13〕}“目前，我国并没有专门针对家政工的法律、行政法规或部门规章，仅有少量涉及家政工的条文散见于规范性文件或司法解释之中。”^{〔14〕}在法律实践缺少相应制度依赖的背景下，学者的论述往往成为纸上谈兵。至今，我国劳动争议处理案件中几乎很少有家政工作为劳动法上劳动者获得权利救济的先例。值此社会环境之下，家政工劳动法上劳动者地位的学术论证，即使是纸上谈兵，亦应以鼓与呼的方式向实务界宣示：“家政工也是工”。其中法理层面可以从以下几个方面展开：

其一，服务业是典型的第三产业，第三产业中的劳动者皆应属于劳动法上的劳动者。笔者在2004年主编的《劳动法学》教材中提出了劳动法调整的社会关系属于产业雇佣关系。^{〔15〕}所谓产业雇佣关系乃是雇佣关系产业化、规模化、经营化之后所产生的一类社会关系。最初，产业雇佣仅仅存在于以制造业为主的工业领域，所以，产业关系（industrial relation）在市场经济发达国家也被转换为劳动关系，尤其是指集体劳动关系，这个语境是特定的，并且产业关系还成为一个专门的研究领域，我国并无产业关系概念，而是以“劳动关系”进行表述，或者将产业称为“行业”，但不妨碍产业关系的客观存在。这种产业关系历经百年以上，早已从单纯的工业领域拓展至商业领域，目前已经遍及第三产业中的大多数领域，例如金融、保险、餐饮等产业。20世纪90年代前，零星出现的家政服务人员几乎都为私人雇佣，并没有形成产业及其经营。随着家政经营者的出现，我国近二十年来，家政业已经发展成为一个产业，《国务院办公厅关于促进家庭

〔12〕 苏熠慧：《控制与抵抗：雇主与家政工在家务劳动过程中的博弈》，载《社会》2011年第6期，第191页。

〔13〕 参见胡大武：《我国发达地区家政服务员劳动权益保障的法律思考——基于深圳市的实证分析》，载《河南政法管理干部学院学报》2011年第5—6期。

〔14〕 谢增毅：《超越雇佣合同与劳动合同规则——家政工保护的立法理念与制度建构》，载《清华法学》2012年第6期，第77页。

〔15〕 参见郑尚元主编：《劳动法学》，中国政法大学出版社2004年版，第27页。

服务业提质扩容的意见》(国办发〔2019〕30号)明确该产业需要提升质量、扩大容量,随着我国城镇化率的不断提升,大量进城务工人员需要吸纳,这些剩余劳动力中的一部分将成为家政工,而城市扩容后亦需要大量的社会服务,其中一项便是家政服务。诚如上文所述,我国在未来十年内,老龄人口将迅速提升到4亿以上,庞大的老龄人口中有相当部分需要居家养老照料,这是一个需要大量劳动力的服务产业。“现代劳工关系可以称为产业雇佣关系,市场经济发达国家一般称为产业关系(industry relation),产业雇佣关系是笔者的一种尝试性分析。现代产业关系的法律调整已经形成了特定的法律机制,既包括个别雇佣关系的法律调整,也包括团体契约的法律调整,其中团体契约涉及工会制度,甚至政治制度等因素,为了调和劳资关系,各国多建立了集体谈判制度。”^{〔16〕}家政业是由千千万万个家政公司组成的经营性产业,国家已经肯定了这个经营性产业,其“经营”的过程意味着有成本和利润,意味着有工资和剩余价值,意味着存在劳动和资本,意味着劳动法调整此类社会关系的必要。“产业”亦有“行业”之称谓,国家按照行业标准确定行业分类基准,凡是经营性活动性质相同与相类似的列为同一行业。国家大的产业分类包括第一产业、第二产业和第三产业。第一产业是农业,我国农业产业化相对缓慢,只有少数的农业经营者已经具有产业登记或注册的需要,大多数农民尚未完成经营化、市场化的过渡,我国劳动法调整的产业集中于第二产业和第三产业,家政服务业是第三产业中的一个组成部分。家政业的经营需要按照相应的登记和行业准入规则进行,其雇员,也就是家政工应当是劳动法上之劳动者。

其二,家政工须逐渐成为职业人群。在家政业产生之前,私人家庭并非通过市场与家政服务人员构建服务与被服务的关系,彼此之间形成的社会关系很容易被界定在“私法”关系的层面,家政人员也无法贴上“工人”的标签。但是随着家政服务业的发展壮大,随着家政公司经营者的经营,家政工需要逐步职业化,其服务也需规范化,这些家政工将被培训上岗,家政工获取的报酬将从家政公司的收入中分成,并被贴上“工资”的标签。并非职业劳动者都是劳动法调整的社会关系的主体,比如公务员、职业军人、医师、公立教师等,但是,劳动法上劳动者一定是职业劳动者,劳动者从事的职业是其谋生的手段。《国务院办公厅关于促进家庭服务业提质扩容的意见》也在推动家政工建立工会,使其融入职业劳动人群。该《意见》确定,支持院校增设一批家政服务相关专业,支持一批家政企业举办职业教育,甚至将家政服务列为职业教育校企合作优先领域。上述精神意味着,家政工将逐步成为规范的职业人群,既为职业人群,又是工薪劳动者,却无法获得劳动法的保护,这显然违背了“要马儿跑就需要马儿吃草”的一般社会常识。家政工,域外称之为“domestic workers”,这类工作人员同样属于工人范畴,需要执行劳动基准。家政工属于职业劳动者,职业的存在便是职业风险的存在,家政工亦须相应的风险遮蔽。

其三,家政工的从属性问题。劳动法上劳动关系双方当事人之间存在着相应的从属关系,这种从属性被广泛地运用于“劳动关系的认定”上,从属性认定劳动关系之存在在工厂法时代尤其

〔16〕 郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,载《中国法学》2005年第3期,第84页。

显著。由于经济发展的管制与去管制，劳动力市场的管制具有弹性，近三十多年来，世界各国劳动力市场的弹性加大，从属性判断劳动关系存否的理论受到质疑。事实上，从属性作为劳动法上认定雇主与雇员之间关系的要素永远存在，如果没有从属性，劳动关系自然也就不存在了。但是，从属性的理解或从属性的内涵则大大拓展了。“扩大解释从属劳动关系理论，将原有之人格的从属性与经济的从属性，扩大为组织的从属性与技术的从属性，促使劳动契约制度贴近从属劳动关系的新现实。”^{〔17〕}近些年来，我国平台雇佣与网络经济快速发展，使得从属性作为判断劳动关系的要素受到质疑，使得认定劳动关系与劳务关系的劳动法调整、民法调整性质上的选择出现了分歧。^{〔18〕}目前，家政工的使用上已经出现了实体家政公司外的平台家政服务，网络技术将私人家庭与家政工嫁接在一起，隐匿了实体经营的家政公司，弱化了家政工的组织性与职业从属性。事实上，家政公司需要对家政工进行相应的职业培训，对其服务的质量进行考核，家政工需随时接受公司指令，家政工对于公司而言具有劳动法上的从属关系是显而易见的。同时，因其工作场所的特殊性，私人家庭中的当事人，即老人或其亲属对家政工皆有一定的指挥命令权，毕竟家政工的服务对象较为特殊，^{〔19〕}自然需要与服务对象进行沟通。家政工提供的家务劳动及其他相关服务皆从属于家政公司的命令与指挥。从属性是判断劳动关系的重要因素，但不是那么绝对。“吾人不可拘泥于‘人格从属性’及‘经济从属性’之字义解释，或略劳务供给契约当事人间之实际关系。”^{〔20〕}我国有中国特色的事业单位，也有聘用制公务员，这些双方当事人之间形成的雇佣关系并非皆可直接适用劳动法，而上述这些当事人之间仍然存在着监督指挥和命令关系，具有明显的从属性。因此，判定劳动关系与劳务关系的标准须从多维角度入手，具体到家政公司、家政工及所服务之私人家庭之间，尽管显示出上文分析之三角关系的复杂性，尽管存在家政工工作场所的特殊性，但并不能否认家政工的劳动法人格。

其四，传统家政工属于劳动法上劳动者的其他因素。判断是否存在劳动法上劳动者人格，雇佣双方之间的关系是否属于劳动关系，还有其他若干因素。在普通法领域，雇员与独立承包商（independent contractor）之间的区别就是用人单位是否有权控制对方完成工作的方式以及步骤，除此之外，还有其他因素决定两者之间的关系，其中包括契约的期限、赔偿的方式方法、其他人是否从事同样的任务等等。^{〔21〕}家政工照料老人有特别专业的护理知识要求，看护小孩也需要专门的知识，这也是我国家政业“提质扩容”的内在需求。从法律调整的全方位观察，若家政工不属于劳动法上的劳动者，将成为民事法律主体之合同一方，将不再含有“工”的要素，那么，只剩下服务与报酬，没有职业培训，没有工资标准及其底线，没有工作时间及其他劳动基准，没有任何职业风险遮蔽（社会保险覆盖）。初期，这种情况可能属于“两厢情愿”，但是，长久来看，既不利于保护所服务家庭的权益，也无法保障家政服务人员的权益，家政服务人员将无法正名为

〔17〕 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第9页。

〔18〕 参见王天玉：《互联网平台用工的合同定性及法律适用》，载《法学》2019年第10期。

〔19〕 其实，其他服务性工作，尤其是窗口性服务工作皆需要相应的服务态度和工作的灵活性。

〔20〕 黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司2014年版，第A-17页。

〔21〕 See Alvin L. Goldman, Robertto L. Corrada, *labor law in the USA*, Wolters Kluwer law and business, 2011, p. 88.

“工”。随着社会的发展以及家政业经营规模的不断扩张,一些规模较大的家政公司与家政工之间存在的仅仅是缔约前的“平等”,缔约之后便变成托大和欺辱弱者。当下,家政工大部分属于农家妹,她们文化层次较低,维权意识较差,社会歧视普遍存在,如果没有相应的社会保护,其权益的损害将更加难以想象。当然,未来或许有大学生加入家政服务队伍,她们素质高,文化层次高,维权意识强,具备搜集证据的能力,社会保护得以加强,例如将遭受所服务对象之性骚扰上升至就业歧视的高度,其获得的赔偿金额不再仅是安慰。那么,今日启动家政工劳动法保护适逢其时,因为一切皆有一个过程。

四、家政工社保法之社会保护

家政工的权益维护存在相应的难度,难点在于其劳动法上劳动者之正名,但成为劳动法保护对象并非是家政工权益维护的落脚点,换言之,家政工关注的并非仅仅是个职业劳动者的名声,而是具体的权益。从接触过家政工的人,以及接受过家政工服务的家庭的角度观察,目前,家政工权益维护最重要的不是能不能拿到工资,如果拿不到工资,当事人可以用脚投票——走人,关键的问题是职业风险无法遮蔽,家政工发生疾病、伤害、年老等事故后是否能够得到社会关怀和保护,此类问题的解决才是家政工权益维护的落脚点。其实,这些权益的维护也并不复杂。试想,假如公务员们生病需要自费、发生伤害自身承受、年老之后没有退休金,这些问题是否有人假设?其他职业群体,如医生、教师如果没有上述权益,这类问题是否有人设想?曾经有一名家政人员因为雇主擦玻璃摔倒受伤,法院判断双方属于个人劳务关系,在责任分担时,竟然认定“涂某在擦窗户时摔倒受伤,其作为成年人,并且系从事家政服务的专业人员,应对其自身安全负有相应的注意义务,故其应承担主要责任”^{〔22〕}。此等判决有待商榷,试问哪个合法劳动者不是“成年人”?又有哪个公务员执行公务发生事故后,需要拷问他或她作为专业人员应当对自身安全负有相应注意义务?显然,如果家政工有职业伤害保险(工伤保险)的覆盖,便不会出现上述毫无法理且没有任何法定依据的判决。

(一) 家政工属于劳动法上之非典型用工范畴

最近十多年来,国内学界开始探索家政工权益的维护问题,关键在于确立家政工劳动法上劳动者的地位,以期使家政工获得劳动法的保护。由于尚未明确家政工的劳动法主体地位,其在工作时间、休息休假、职场特别保护(如职场性骚扰干预与预防)等方面的权益损害是客观存在的。“2010年国际劳工大会第99届会议决定将‘家庭工人体面劳动’的项目列入第100届例会的议程,进行第二次讨论,以便通过一项全面的标准依赖,家庭服务员的劳动权益在全世界范围内受到特别关注。”^{〔23〕}国际劳工组织关注家庭工人的体面劳动问题,主要体现在政策导向上的价值指引,劳动体面与否涉及众多方面,它并非一个完全准确、科学无误的硬约束,而是为家庭工人

〔22〕 胡大武:《〈劳动合同法〉家庭用人单位资格新考——以家政工人保护为中心》,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2014年第12期,第88页。

〔23〕 黎建飞、石娟:《论我国劳动法律调整方式从一元化向多元化的转变——以家务服务员的劳动保护为视角》,载《河南财经政法大学学报》2012年第2期,第181页。

能够得到劳动法的保护提供了一种路径依赖。经济学界将就业分为正规就业与非正规就业，这种分类基本上从劳动者职业的稳定性、社会认可度、雇主经营的态势等各方面进行大类区分，并无法定的正规就业与非正规就业的界限，也没有任何绝对严谨的正规与非正规的要素判断标准。从表象上观察，一般来说，非正规就业劳动者与用人单位未签订书面劳动合同，就业人员技能低，缺少职业培训以及就业服务，岗位工作时间不确定等等。“家政工多为非正规就业，她们是中国非正规就业者中数量较大的群体之一。但是，因为城乡差异、培训缺乏、法律真空，家政工的整体素质低、劳动报酬低、职业化程度不够、社会保障不足。”〔24〕

非正规就业转换成劳动法领域使用的术语即为非典型雇佣。所谓典型雇佣乃是雇佣形态为社会主流的、劳动合同为不定期、没有特别事由不会轻易解雇的雇佣形式，换言之，岗位相对稳定、职业技能要求较高、用人单位相对规范且经营较为稳定、雇佣合同履行期限一般较长。而非典型雇佣的特征包括：雇佣期限短、岗位技能要求低、岗位不稳定、用人单位经营业态不稳定、雇佣形式多角化等。我国《劳动合同法》将“劳务派遣”列为特别规定范畴，劳务派遣被认定为非典型雇佣几乎没有异议，雇主没有工作场所、用工场所不是雇主的、三角用工关系的存在，这决定了被派遣的劳动者将受到名义雇主、实质雇主的双重监督、指挥与命令，相对于直接签订劳动合同的劳动者而言，被派遣劳动者因“两个婆婆”的存在，其弱势程度更深，存在明显的被歧视现象。〔25〕家政工属于非典型雇佣的范畴，根本决定因素不在于家政工技能较低、培训时间短、没有社会保障等表象，而在于其工作岗位的特殊性、雇佣与使用的分离。“总之，非典型劳动关系的产生和发展有其自身的环境土壤与演进规律，有着典型劳动关系所不可替代的功能和作用，其特殊的法律属性需要通过市场机制最大程度地发挥其灵活用工的功效，需要通过法律严格规制‘假派遣’等违法行为，明确劳动者的判断基准以及派遣与外包的区分基准，对不同劳动关系下的劳动者（就业者）按照使用从属性的强弱进行分层保护。”〔26〕虽然《劳务派遣暂行规定》将家政工排除出派遣劳动者的范围，但是，客观地讲，家政工恰恰是派遣劳动的典型，家政工权益的维护无法离开派遣劳动的法理。对于家政工的权益维护，家政公司作为用人单位须负担对劳动者的私法义务以及相关的公法义务，不止于给付一定的劳动报酬，还须负担家政工社会保护之公法义务。从接受服务的私人家庭角度，并不能因签订了家政服务这样形式上平等的服务合同，便存在私法不能干预的信条，对待家政工须有相应的雇主关怀义务，工作时间等劳动基准须得到相应的维护，人格尊严须得到保障。家政工若受到雇主性骚扰，应当与其他职场性骚扰一样，列为就业歧视之一类，除了依据《民法典》第1010条的规定承担民事责任（侵权损害赔偿）外，须承担相应的劳动法上的责任，如家政工因此离职应当推定为不当解雇，予以相当于经济补偿金两倍的赔偿。

（二）居家养老服务家政工需要社保法之社会保护——各类社会保险之覆盖

《社会保险法》第95条规定：“进城务工的农村居民依照本法规定参加社会保险。”此外，该

〔24〕 马丹：《北京市家政工研究》，载《北京社会科学》2011年第2期，第64页。

〔25〕 被派遣劳动者与正规就业的劳动者存在明显的收入差距，存在解雇保护上的制度落差。

〔26〕 田思路：《劳动关系非典型化的演变及法律回应》，载《法学》2017年第6期，第147页。

法未就非全日制用工、劳务派遣工参加社会保险作出特别的规定。该条规定之后再无其他有关法律法规就农民工参加社会保险的具体实施作出过相应的规定。从社会治理精细化的层面观察,我国民生领域诸多问题皆属于上述粗线条的精神导向或原则规定的情况,并无法律实施的可能性。家政工属于农民工范畴,其农民身份尚未去除,^[27]并未完成由身份向契约的社会转变。“农民工劳动权利未获应有的保护,受侵犯严重,主要体现在:因未被认定具有工人和市民的身份而与传统的城镇职工同工不同酬、同工不同时、同工不同权……”^[28]家政工又是女性农民工居多,其受到的社会歧视是毋庸置疑的。在此背景下,立法确立家政工的法律地位,制定家政工参加社会保险的具体法律法规显得异常必要。如果说《民法典》的颁布使我国民事法律从立法时代步入了解释时代,立法工作已经进入了“装修时代”,那么,我国社会保险法制建设尚处于打地基的前期阶段;如果说一般的城镇职工已经有了各项社会保险,缺乏的乃是法制的保障和权利实现的依据,那么,家政工们还尚未感受到什么是社会保险,无法体会其存在的便利和福利所在。家政工是服务类职业的一种,世界上不存在没有职业风险的职业,职业灾害、疾病、年老等都是相应的职业风险。

“无论是国内还是国外,非正规就业者多以女性为主。在家政服务业,女性特征更为明显,工作内容往往反映出她们作为妻子、女儿和照护者的传统角色。”^[29]家政工居家养老服务实质上就是传统社会家庭养老照料之社会化,在传统社会里,家庭养老在孝道的约束之下,照料者一般都属于晚辈,家庭地位较之被照料者为低,多数都属女性范围,精神层面、身体层面的压力只能通过自身排解。养老服务社会化之后,作为照料者,家政工须承担所有职业压力与职业风险。这些风险大体包括以下几类:

首先,家政工工作期间的患病风险。作为劳动者,不可能不生病,年轻家政工生病的次数少、时间短,年龄较大的家政工,生病的次数多、时间长,但总有部分意外生病的情形发生。目前,家政工身份上并未完成由农民向工人的职业转换,她们多数还参加的是户籍所在地的新农保,报销比例低,且外地门诊不予报销,她们在服务地的用药和一般性治疗,目前几乎全部自费。一般来说,医疗遵循所在地原则,当然需要服务所在地的医保覆盖。医疗保险是以填补医疗费用支出为目的的社会保障制度,医疗技术的高度发达推动医疗费用飞速增长,个人收入无法填补此项支出,^[30]尤其对于收入较低的劳动者而言,此项保险更为必要。家政工收入较低、职业不稳定,属于非正规就业群体,从客观需要角度她们自然不能缺少服务地医保之覆盖,从权利角度,她们的服务从个体观察,仅仅服务于私人家庭,从整体观察,其服务于社会,社会理应提供其相应的社会福利给付。这些家政工参加服务地医保,能够消除她们的职业顾虑,使其一心一意为服务对象提供服务,医保保费的缴纳应当由家政公司、家政工按比例负担,服务地政府财政按

[27] 孙立平教授认为,以户籍制度为基础的城乡壁垒,事实上是将城乡两部分居民分成了两种不同的社会身份。参见李培林主编:《农民工:中国进城农民工的经济社会分析》,社会科学文献出版社2003年版,第151页。

[28] 蒋月等:《中国农民工劳动权利保护研究》,法律出版社2006年版,第11页。

[29] 胡大武:《非正规就业劳动者“易受伤害性”及其法律规制——以家政工人为考察对象》,载《社会科学战线》2011年第8期,第211页。

[30] 参见李文静:《医疗保险法律制度研究》,中国言实出版社2014年版,第46页。

比例补贴医保保费，三方共同负担家政工的医保保费，将家政工纳入服务所在地的医疗保险体系。

其次，家政工从事居家养老服务是家政服务之一类，凡是职业都有职业伤害，也就是所谓的工伤，不论是一般的家务劳动，还是专门照料老人的生活起居，家政工都有可能发生相应的身体伤害事故。轻微伤通过治疗能够很快康复，并没有任何后遗症和伤残问题；而极少数伤害可能导致较高的医疗费用，通过治疗仍可能造成身体伤残和劳动能力的下降，虽然这种职业伤害的事故风险概率没有采掘、建筑、交通运输、冶金、机械制造等行业高，但总是存在相应的职业风险。一些相关的工伤认定申请的案件表明，即使是教师工作岗位都有风险，如工作过劳。家政工参加工伤保险并无任何制度障碍，工伤保险实行属地原则，即参加工作地的保险，而且，该类社会保险险种实行雇主缴费原则，无须个人负担费用，家政公司应当为家政工缴纳社会保险。“如果将家政服务作为一种职业，那么对发生在家政服务中的伤害事故仍然按照侵权来予以救济，既不符合现代社会工伤保险制度的意涵，也不利于对家政工和雇主的利益的保护，进而阻碍家政服务作为一项职业的发展。”^{〔31〕}家政服务业已经被确定为国家第三产业序列之一，作为服务业的一种，其产业经营自然存在利润空间，如果一个产业没有利润，只是亏损，那么这个产业将很快消失，家政服务业属于劳动密集型产业，它的利润不可能太高，但不至于无法赢利，即使所有社会保险费都负担也没有任何问题。市场经济发达国家和地区的非典型雇佣人员皆有社会保险覆盖，证明这些非正规就业人员一样能够参加社会保险。^{〔32〕}

最后，家政工从事养老服务，自己会不会老？答案是肯定的。任何人皆会变老，皆有养老之期待。目前，家政工多数都是年轻女性劳动者，她们形式上是“吃青春饭”的劳动者。事实上，所谓的“吃青春饭”是指青年时期的收入足以应付未来老年支出之职业类型，类似职业运动员、职业演员等等具有“明星”效应之职业类型，他们几年的收入或十几年的收入即可应付以后几十年的支出。世界范围内，养老保险缴费的基本原则，不仅设置了最低工资缴纳保费的最低基数标准，同时，对收入过高者，法律限定了最高缴费基数标准，以限定部分人群在标准之外享有相应的给付。因此，部分劳动者可能没有参加养老保险，或者参加养老保险但因给付标准与自己预期存在较大差距而对之不予关注，但这些“吃青春饭”者毕竟是少数。家政工不属于此类职业者，他们工作时虽然年轻，但工资较低，晚年没有收入保障生活将难以为继。^{〔33〕}一部分家政工随着国家城镇化率的不断提高，随着自身服务城市时间的拉长，将永远无法回到农村，而且也不愿回到农村。她们年老之后，留在城市却没有相应的养老金，晚年毫无经济保障，其早年曾经为这个

〔31〕 宓明君：《家政工人权利保护的多元制度模式构想》，载《西南民族大学学报》（人文社科版）2011年第5期。

〔32〕 需要说明的是，我国现行社会保险费率过高，且费基实行用人单位工资总额制，一般来讲，社会保险缴费都是以本人工资作为缴费基数予以缴纳。各类保险加在一起，也不可能超过本人工资的20%。目前，我国社会保险项目中，仅养老保险，用人单位缴费比例就达到工资总额的14%~20%，缴费比例过高。所以，用人单位就在缴费基数上做文章，一些中小型企业将工资作成了“最低工资”。

〔33〕 美国劳工部、女工局曾就女性家政服务人员参加老年保险作过专门的报告，该报告称家政工老年之后需要相应的保险给付，以保障晚年的经济安全。See United States Department of Labor, L. B. Schwellenbach, Secretary, Women's Bureau, Frieda S. Miller, Director, Old Age Insurance for Household Workers, Bulletin of the Women's Bureau No. 220, United States Government Printing Office Washington, 1947.

城市提供的社会服务及社会贡献被彻底遗忘。目前,城镇一般职业群体缴费年限累计达到 15 年(180 个月缴费记录),即可获得未来请领养老金的请求权,依法主张养老保险金。家政工从 20 岁左右开始工作,即使属于非正规就业,即使无法保证连续就业,但累计缴费达到 15 年是没有时间上的问题的,所缺失的乃是法律制度的依赖,只要法律制度作出明确的规定,当事人可能短期内的收入略有下降,但是对于未来的期待能够得到保障,职业安定有所依托,没有任何人会嫌弃社保。现实生活中,家政工干的“工”的活,却没有“工”的待遇。笔者认为,从家政业“提质扩容”角度,从家政工职业规范化角度,从国家城镇化导向角度,从提升国民素质角度,将家政工纳入社会保险覆盖范围,增加对她们的社会保护的厚度,无疑得益的是城市、整个社会,得益的绝不仅仅是家政工群体。

Abstract: With the increase of population aging trend, the home-based care for the aged needs a lot of labor in near future. Domestic services have been identified as industry sequence. The state promotes the quality and expansion of domestic service industry in an all-round way. The largest proportion is domestic workers in the domestic service, and it is the expectation of social service for aged in the future to rectify the name and professional norms of domestic workers. The correct name of domestic workers is to clarify the professional identity of these domestic service personnel, so that they can become workers in labor law and get corresponding protection, and obtain due social insurance rights and interests.

Key Words: domestic worker, home care, labor law, social insurance

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

《商业银行法》修订背景下的绿色信贷政策法律化

王红一*

内容提要：我国绿色信贷政策约束机制作用显著，也存在实施效果不佳等问题，以立法强化政策实施强制力是较为流行的治理对策。基于绿色信贷的企业社会责任属性和信贷政策实施市场化导向，绿色信贷政策法律化的方向，是因应政策实施市场化机制要求，监管以限制性信贷为重点。政策法律化，既是政策与法律的融合沟通，也是对二者的区分划界。政策法律化应将绿色信贷纳入现行法律框架，引入绿色信贷的理念和原则，建立健全政策实施透明度制度，强化银行的责任，明晰监管权限，完善税收和财政优惠制度等。《商业银行法（修改建议稿）》体现了绿色信贷政策法律化的方向，并作出了相关规定，但尚需进一步完善。

关键词：绿色信贷 政策 法律化

一、引言

在推动绿色发展或可持续发展的进程中，信贷、保险、证券和基金等金融手段对企业节能环保的影响，已受到国际组织、各国政策制定者、立法者、监管机构、金融机构、企业、社会组织和学术界等普遍重视，被称为绿色金融的相关实践在全球方兴未艾。于我国而言，在各种金融手段中，商业银行信贷是企业最重要的融资途径，也是环境保护和绿色产业融资的主要渠道之一，推动绿色信贷意义重大。^{〔1〕}新冠疫情过后，绿色发展面临更大的困境，利用绿色信贷推动绿色发

* 王红一，中山大学法学院教授。

本文为中国法学会 2017 年度法学研究课题“生态环境损害赔偿与生态环境修复制度研究”[CLS (2017) ZDWT24] 的阶段性成果。

〔1〕 参见陈鹏、逯元堂、高军、徐顺青：《我国绿色金融体系构建及推进机制研究》，载《环境保护科学》2016 年第 1 期。

〔2〕 参见王信、杨聘、姜晶晶、贺坤：《疫情冲击对绿色发展和气候相关风险防范的影响》，载 <http://opinion.caixin.com/2020-07-16/101580813.html>，最后访问时间：2020 年 7 月 16 日。

展具有更为迫切的现实需求。^{〔2〕}

绿色信贷含义广泛,涵盖政策制定、制度安排和金融实践等方面。^{〔3〕}从微观上看,绿色信贷是指银行采纳一定的环境标准开展信贷业务。从宏观上看,绿色信贷也是国家宏观调控政策的重要组成部分,是引导信贷投向的信贷政策。绿色信贷具有环保政策和产业政策传导功能,经由绿色信贷,银行可以对污染企业的资金予以遏制,对环保企业进行扶持,促使贷款企业承担环境责任,实现节能减排、优化产业结构和改变经济增长方式等政策目标。

推动绿色信贷发展,不同国家要解决的问题和推动模式有一定差异。发达国家重视市场化机制,发展中国家多依靠政府管理和金融监管。^{〔4〕}在发达国家,绿色信贷被视为银行企业社会责任,其实施主要依靠银行自律,如银行自愿加入赤道原则,签署联合国环境署(UNEP)银行业倡议和可持续发展承诺等。^{〔5〕}与其他国家相比,我国政府高度重视发展绿色金融,将绿色金融作为实现绿色发展和生态文明建设的重要途径,并上升到国家政策层面。2015年《生态文明体制改革总体方案》和2016年《“十三五”规划纲要》把发展绿色金融作为国家发展战略之一。十九大报告将“发展绿色金融”列为“推进绿色发展”政策的重要内容。中国人民银行(以下简称“央行”)和银监会等部门陆续出台了一系列有关绿色金融的规范性文件,其中,绿色信贷的政策力度最为显著。我国在世界上率先构建了绿色信贷制度框架。^{〔6〕}

在政府推动下,我国绿色信贷政策实施的效果十分明显。截至2020年上半年,绿色信贷余额已经超过11万亿元,位居世界第一。^{〔7〕}同时,政策实施也存在有待解决的问题,如政策实施效果不佳,出现了“资本空转”和“漂绿”等现象。^{〔8〕}同时,主要靠行政力量推动政策实施方式的科学性也受到一定的质疑。^{〔9〕}针对出现的问题,许多研究建议进行立法,如修订《中华人

〔3〕 参见陈立铭、郭丽华、张伟伟:《我国绿色信贷政策的运行机制及实施路径》,载《当代经济研究》2016年第1期。

〔4〕 参见国务院发展研究中心“绿化中国金融体系”课题组:《发展中国绿色金融的逻辑与框架》,载《金融论坛》2016年第2期。

〔5〕 至2017年,全球已有36个国家的83家金融机构宣布采纳了赤道原则。赤道原则是一套非官方规定的、由世界主要金融机构根据国际金融公司(IFC,世界银行的私营部门投资机构)的政策和指南制定的、旨在管理和发展与项目融资(是指为那些靠项目运营后产生的收入偿还贷款的项目提供的融资)有关的社会和环境问题的一套自愿性原则。参见李瑞民:《何为赤道原则》,载《国际融资》2007年第5期。已有来自40多个国家的200余家金融机构签署了UNEP的可持续发展承诺。我国兴业银行、浦发银行等多家银行也先后自愿加入了上述原则、倡议或承诺。参见张蓉、袁薇:《全球绿色信贷发展趋势与思考》,载《中国银行业》2017年第1期。

〔6〕 参见银监会宣传部:《银行业绿色信贷助力经济结构调整和产业转型升级》,载<http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/7538965EC2434257978072C2140BFD60.html>,最后访问时间:2018年11月20日。

〔7〕 参见《央行副行长陈雨露:建立和完善促进绿色金融发展的体制机制》,载http://www.xinhuanet.com/money/2020-09/21/c_1210809392.htm,最后访问时间:2020年12月8日。

〔8〕 关于绿色信贷政策实施的效果,学者通过对多家商业银行近三年企业社会责任报告的研究和分析发现,虽然我国商业银行绿色信贷余额大幅上升,但“两高一剩”行业的贷款余额只有小幅下降,而且贷款存量依然居高不下。参见周杰普:《论我国绿色信贷法律制度的完善》,载《东方法学》2017年第2期。2017年以来,银监会查出的全行业违反宏观调控政策套利,主要是银行通过同业业务和理财业务,向房地产、地方融资平台及“两高一剩”(高污染、高能耗和产能过剩)等行业“输血”,涉及金额2517.42亿元。参见《银监会“三三四十”大检查收官:查出问题近6万个 涉及资金17万亿》,载<http://finance.caixin.com/2018-01-08/101194839.html? NOJP>,最后访问时间:2018年1月8日。绿色信贷中出现“资本空转”和“漂绿”现象。参见吕荣、曾煜:《供给侧改革下我国绿色信贷法律问题研究——基于企业的角度》,载《金融经济》2017年第4期。

〔9〕 参见前引〔4〕,国务院发展研究中心“绿化中国金融体系”课题组文。

民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》），明确规定银行的环境责任并强化监管等。^{〔10〕}这些建议实际提出了有待探讨的绿色信贷政策法律化问题。

是否以及如何将绿色信贷政策法律化？正值《商业银行法》修订之际，如何对此予以回应？本文试从绿色信贷政策实施的特点和问题出发，界定绿色信贷的属性和政策导向，进而明确政策法律化的方向；同时，基于政策与法律的关系分析，探讨绿色信贷政策法律化的边界；最后考察政策实施的现有法律基础，提出立法完善建议。

二、绿色信贷政策的内容、实施特点及问题

关于政策的概念，学界未达成共识，一般是指由政党或国家制定，具有制约性、管理性、导向性功能，以及某种程度的象征性功能的行动计划或方案。^{〔11〕}政策与法律并非截然分立，如国家政策是国家的大政方针，往往体现在宪法和基本法律之中，属于广义法律的概念。^{〔12〕}本文所称法律，是指由立法权机关制定的规范性文件，包括法律、法规和规章。本文将国家和地方政府及行政主管部门下发的有关绿色信贷的指引、意见、指导意见、方案、评价指标和指导目录等统称为政策。我国绿色信贷政策大体包括国家和地方两大层面。

从国家层面上看，主要包括：2007年国家环保总局、央行、银监会发布的《关于落实环保政策法规防范信贷风险的意见》，主要是加强环保和信贷管理工作的协调配合；2007年银监会出台的《节能减排授信工作指导意见》，旨在配合国家节能减排战略的顺利实施，督促银行业金融机构把调整和优化信贷结构与国家经济结构紧密结合，有效防范信贷风险；2012年银监会发布的《绿色信贷指引》，对绿色信贷的组织和业务管理进行了规定；2014年银监会发布的《绿色信贷实施情况关键评价指标》，通过100多个指标，规范绿色信贷的组织管理和内控协调等；2015年银监会、国家发改委出台的《能效信贷指引》，为支持用能单位提高能源利用效率和降低能源消耗提供信贷融资，在重点服务领域、项目、信贷方式、风险控制和金融创新及激励约束方面提出了指引；2016年央行等七部委联合发布的《关于构建绿色金融体系的指导意见》（以下简称《指导意见》），提出了绿色信贷七项制度框架；2019年3月，国家发改委、工信部等七部委联合印发的《绿色产业指导目录（2019年版）》及解释说明文件，进一步厘清绿色产业边界，首次从产业的角度全面界定了全产业链的绿色标准与范围。

从地方层面看，2017年6月，国务院常务会议决定在浙江、江西、广东、贵州、新疆五省（区）选择部分地方，建设绿色金融改革创新试验区，推动经济绿色转型升级。同时，央行等多部委联合印发《浙江省湖州市、衢州市建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《广东省广州市

〔10〕 相关立法建议参见陈琪：《中国绿色信贷政策落实了吗？——基于“两高一剩”企业贷款规模和成本的分析》，载《当代财经》2019年第3期；刘志云等：《商业银行社会责任的法律问题研究》，厦门大学出版社2011年版，第418页；阳昭露、姜渊：《论我国绿色信贷法律制度的构建》，载《江西财经大学学报》2009年第4期；左振秀、崔丽、朱庆华：《中国实施绿色信贷的障碍因素》，载《金融论坛》2017年第9期等。

〔11〕 参见陈振民：《政策科学》，中国人民大学出版社1998年版，第59页。

〔12〕 参见沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社2009年版，第177页。

建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《新疆维吾尔自治区哈密市、昌吉州和克拉玛依市建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《贵州省贵安新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《江西省赣江新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》等文件。五大试验区先后出台了多个绿色金融专项政策文件，通过货币金融政策、财税政策和其他一系列政策支持绿色金融发展。试验区各级政府先后组建了省、市、区多层级的绿色金融工作领导小组推进各项试点工作。各试验区央行分支机构分别制定了《绿色信贷业绩评估办法》等文件，运用再贴现、将绿色信贷业绩纳入宏观审慎评估体系（MPA）考核等方式，积极引导金融资源有效流向绿色发展领域。

商道融绿与对外经济贸易大学 2019 年 5 月联合发布的《中国绿色金融分析政策报告（2019）摘要》显示，截至 2019 年，与绿色金融相关的各类政策超过 510 条，除中央政府外，31 个省级行政区发布了绿色金融政策，并有 20 个省级行政区发布了绿色金融专项政策。^{〔13〕} 这些政策内容中，绿色信贷占比最大。

绿色信贷政策的主要内容包括：一是通过不断更新绿色产业指导目录，建立绿色信贷标准体系，界定绿色信贷的范围；二是配合环保产业政策实施，督促金融机构优化信贷结构，防范环保政策实施传导引发信贷风险；三是建立绿色金融业绩评价体系；四是逐步丰富绿色信贷的约束和激励手段。

绿色信贷政策实施，与绿色金融体系建设同步，沿着“自上而下”的顶层推动和“自下而上”的基层探索两条路径进行。^{〔14〕} 具体而言，一是政府部门依监管层级推动政策贯彻落实，二是地方政府依据国家政策制定地方政策，结合地方特点开展绿色金融创新。

政府主导自上而下的政策推行中，金融监管居于重要地位。监管包括约束和激励两大方面措施，前者包括规定有关贷款的增速或减速、窗口指导、差别监管、现场和非现场检查、市场或业务准入许可等，后者包括给予政策优惠如再贷款、贴息、定向降准等。实践中，多采用“窗口指导”方式控制贷款投向。^{〔15〕} 地方银行业监管机构，通过考核评价实施差别化监管措施，对考评不合格的机构，视情况采取责令暂停部分业务、停办新业务、停设分支机构、约见谈话、通报批评等监管措施。^{〔16〕} 从监管手段看，政策实施具有较强的刚性。

实证研究表明，中国近年来实施绿色信贷过程中的障碍包括：一是政策有待继续完善，即与绿色信贷配套的绩效评价标准和行业环保绩效评价指南等技术性政策需不断跟进；二是监管不到位，政府缺乏监督和监管机制。^{〔17〕} 至于为何监管不到位，学者指出，主要是存在监管口径不合

〔13〕 转引自鲁政委、钱立华、方琦：《中国绿色金融发展六大趋势展望》，载《金融经济》2019年第9期。

〔14〕 参见《人民银行发布〈中国绿色金融发展报告（2018）〉》，载 http://www.gov.cn/xinwen/2019-11/20/content_5453843.htm，最后访问时间：2020年2月28日。

〔15〕 在我国各绿色金融改革创新试验区，“窗口指导”是绿色信贷实施的重要工具。例如，2017年6月，人民银行、发展改革委、财政部、环境保护部、银监会、证监会、保监会印发的《江西省赣江新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》第1条提出，“注重窗口指导，加快绿色金融机制建设”。参见《江西省赣江新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》，载 <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/21470B726F7C423FBB5831D78773671.html>，最后访问时间：2019年12月30日。

〔16〕 参见《江西银监局关于印发绿色信贷工作考核评价及差别化监管暂行办法的通知》。

〔17〕 参见前引〔10〕，左振秀、崔丽、朱庆华文。

理、监管标准不统一、监管不适应地方差异化需求，以及配套约束机制不足等问题。^{〔18〕}此外，政策执行不到位，从中央环保专项资金的具体使用来看，直接拨款补助和奖励的方式运用过多，贷款贴息方式运用得较少，对金融机构盈利产生负面影响。^{〔19〕}通过立法强化监管，提升政策实施的强制力，是较为流行的治理对策。

立法何以强化监管？政策与法律属于不同范畴的规范，以法律替代政策的“法律万能主义”和抛开法律框架随意实施政策的“法律虚无主义”均不可取。^{〔20〕}绿色信贷法律化，需定位绿色信贷的性质，界分政策与法律的功能，确立绿色信贷法律化的方向和边界，进而完善政策实施的法律基础。

三、绿色信贷政策定位及法律化的方向

绿色信贷政策法律化的前提，是对相关政策进行定位。定位绿色信贷政策，应基于绿色信贷的属性。绿色信贷政策定位，实为政策导向在市场化 and 行政干预之间的取舍。

从不同角度看，绿色信贷兼具银行企业社会责任和信贷政策等属性。

绿色信贷首先是银行企业社会责任。绿色信贷要求银行在关注贷款经济效益的同时，还需关注贷款人的贷款目的，以及贷款使用对环境的影响。银行实施绿色信贷，超出了营利的范畴，是对社会经济发展需求的回应，当属银行企业社会责任的组成部分。

绿色信贷还是一种信贷政策。信贷政策有多种层面，银行为提升自身社会责任形象，或出于防范企业环境风险传递导致信贷损失等目的，自愿将绿色标准纳入信贷业务中，体现为商业银行内部的信贷政策。银行制定实施内部绿色信贷政策，实为履行企业社会责任。在国家和各级政府层面上，绿色信贷属于宏观经济政策。央行将信贷政策定义为“是宏观经济政策的重要组成部分，是中国人民银行根据国家宏观调控和产业政策要求，对金融机构信贷总量和投向实施引导、调控和监督，促使信贷投向不断优化，实现信贷资金优化配置并促进经济结构调整的重要手段”^{〔21〕}。绿色信贷政策是通过调整信贷结构发挥商业银行等金融机构的金融中介作用，促进环保发展的手段。

以绿色信贷政策调控信贷结构，应采取何种机制？政策定位需审视政策实施效果不佳的根本原因，注重长效机制。

我国有着提升绿色信贷政策实施效率的迫切现实需求。在企业违法排污治理难，“两高一剩”（高污染、高能耗和产能过剩）企业占用信贷资源过高的情形下，迫切需要通过推动绿色信贷，利用银行的金融中介功能，从源头上对环境污染等项目进行抑制，对环保项目予以支持，实现生态文明建设和供给侧改革目标。由于绿色项目往往周期长，收益不高，银行在业绩压力和利益驱

〔18〕 参见胡静怡、陶士贵：《我国商业银行绿色信贷实践中的困境与对策研究》，载《武汉金融》2018年第2期。

〔19〕 参见赵以邳：《绿色金融的中国实践：意义、现状与问题》，载《武汉金融》2018年第2期。

〔20〕 参见陈树杨：《论产业政策法律化——以法律与政策的关系为视角》，载《法制与社会》2019年第6期（上）。

〔21〕 《信贷政策简介》，载 <http://www.pbc.gov.cn/jinrongshichangsi/147160/147289/147304/2899801/index.html>，最后访问时间：2020年11月2日。

动下,有可能继续为污染企业放贷,甚至骗取政策优惠,加之社会声誉等约束机制有限,政策实施效果需要保障。

解决现实迫切需求,保障政策实施效果,是否意味着强化监管,需回答以下问题:

首先,绿色信贷政策实施是否缺乏强制性?我国政府主导推动绿色信贷实施,形成了有一定刚性的政策约束机制。绿色信贷政策性文件的密集出台,以及实践中采用监管手段,是这种机制的突出表现。从前述研究揭示的问题看,政策实施不佳的根本原因,并非缺乏强制力,而在于政策本身有待完善、激励不足、行政标准不统一,以及欠缺政策实施的透明度机制等。进一步完善政策,探索更为有效的政策实施机制为当务之急。

其次,实施绿色信贷,是强化监管还是市场化引导?绿色信贷实施的机制,包括社会和经济压力、政策激励和监管强制等。国外的经验是重视绿色信贷实施的自愿性和市场机制的作用,政策以激励为主。国际金融机构自愿实施绿色信贷,如赤道原则等,相当一部分原因是来自公众和民间组织的声誉压力。另外,环境风险和社会风险向金融风险的快速传递,也是越来越多的金融机构(包括出口信用机构)主动宣布或被动接受赤道原则的原因之一。^{〔22〕}实践中,针对金融机构阳奉阴违、以环保之名逐利,以及环保金融执行困难等困境,国外的常见应对方法是采用市场化的政策工具,如税收优惠、财政支持等激励方式。例如,英国政府为从事环境保护的企业和项目提供融资担保,日本政府为绿色项目和企业提供财政补贴等。在监管方面的举措,是健全多部门参与的监管组织体系,加大环境金融信息披露力度,借助市场力量加强对金融机构的社会监督。^{〔23〕}

市场化的政策导向和共同治理的监管思路值得借鉴。商业银行做出贷款决策是按照市场化原则,绿色信贷政策导向不能脱离银行是营利法人和市场主体这一基本前提。基于市场的政策设计,以利益驱动机制进行激励和引导符合绿色信贷的银行业务属性,也有助于商业银行将绿色信贷内化于自主经营之中,达成政策长效机制。

目前各地绿色金融创新实践中,采用了贴息、发行补助、担保补贴、损失分担、设立担保基金、对绿色债券发行人和投资人提供税收减免的优惠政策,以及设立绿色发展基金和绿色产业基金直接投资绿色产业的投资政策等。^{〔24〕}这些制度降低了绿色金融的成本和风险,取得了良好效果。

我国市场导向的信贷政策机制正在确立。1998 年以前,央行信贷政策的贯彻实施依托于金融监管,带有明显的行政干预色彩。近年来,信贷政策正在从过去主要依托行政干预逐步向市场化的调控方式转变。央行信贷政策的内容,除限制性的信贷政策通过“窗口指导”或引导商业银行通过调整授信额度、调整信贷风险评级和风险溢价等方式,限制信贷资金向某些产业、行业及地区过度投放外,其余的信贷政策是“配合国家产业政策,通过贷款贴息等多种手段,引导信贷资金向国家政策需要鼓励和扶持的地区及行业流动,以扶持这些地区 and 行业的经济发展”和“制定

〔22〕 国外银行自愿实施赤道原则,来自社会和经济压力。参见前引〔5〕,李瑞民文。

〔23〕 参见张雪兰、何德旭:《国外环境金融的困境与应对举措》,载《经济学动态》2010 年第 11 期。

〔24〕 参见前引〔13〕,鲁政委、钱立华、方琦文。

信贷法律法规，引导、规范和促进金融创新，防范信贷风险”〔25〕。总体上，信贷政策是以激励引导为主，监管主要针对限制性信贷。

我国绿色信贷政策也同样体现了市场化的方向，并有一定的监管要求。《指导意见》等政策文件，多使用“支持”“引导”和“鼓励”等用语，主张通过激励方式，促使银行调整贷款结构，引导贷款投向绿色产业，同时切断污染企业的资金供应；同时，也原则性地提出了银行“必须”做的工作，如在信贷中纳入项目等准入标准，加强风险控制和管理能力，防范绿色信贷风险等。

总之，绿色信贷政策的定位是市场化导向，政策干预的范围限于限制性信贷方面。绿色信贷政策法律化的方向，需因应绿色信贷政策实施的需求，完善和规范绿色信贷政策的市场化机制，解决对限制性信贷的监管等问题。

四、绿色信贷政策法律化的边界

以立法因应政策实施的需求，应基于政策与法律之间的关系，明确不同规范的功用和界限。

政策与法律属于不同的规范范畴，各具特点和功用。政策具有宏观指导性和适应现实需求的灵活性，法律具有权威性和稳定性，二者在推动绿色信贷中应相互协调，共同发挥作用。信贷政策法律化的优势，在于它能够将信贷政策内容相对固定化，使银行有一个稳定的、可遵循的制度框架，使政府对金融机构信贷行为的调控或干预限定在一个固定、公开、可视化的框架内，在一定程度上弥补信贷调控失灵，发挥促进经济发展的积极作用。〔26〕绿色政策法律化，既是政策与法律的融合沟通，也是对二者的区分划界。

首先，哪些绿色信贷政策内容可以法律化？如果将绿色信贷内容一律法律化，与法律替代政策无异，也使绿色信贷缺乏灵活性，自不可取。绿色信贷涉及众多行业和产品种类，绿色标准在不同国家不同时期有所变化，绿色信贷的实施与所在地的市场化程度密切相关，需要因地制宜、与时俱进的政策调控。有关绿色信贷标准、绿色信贷实施情况关键评价指标等技术性政策，以及“窗口指导”“差别准备金率”、贴息等政策手段的作用难以替代，无需法律化。

政策法律化，一般是指将具有长期稳定性以及对全局具有重大影响的政策转化为法律规范，需具备一定的条件。〔27〕鉴于绿色信贷实践尚在探索和创新阶段，各地市场发展不均衡，以政策推进绿色信贷发展仍具现实性，将绿色信贷理念和倡导性的原则法律化较为可行。从国外经验看，信贷政策法律化的一个重要内容，是澄清金融机构的权利与义务。〔28〕

此外，政策实施的市场化机制需要制度保障，立法应规范激励性的制度，建立健全政策实施透明度制度。

〔25〕 前引〔21〕。

〔26〕 参见曹雷：《论信贷政策法律化：美国的实践与经验》，载《金融法制》2012年第4期。

〔27〕 学者认为政策向法律的转化必须具备外在条件，即内容上的适宜性，时机上的成熟性和过程上的制度化。参见方世荣：《论政策转化为法律的基础和条件》，载《湖北行政学院学报》2006年第4期。

〔28〕 参见前引〔26〕，曹雷文。

其次,绿色信贷政策法律化如何强化监管?限制性绿色信贷,如“两高一剩”信贷,属于监管的重要对象。在经济下行形势下,绿色信贷实施阻力加大,需要强化对该类信贷的监管。强化监管,并非一味靠行政干预,法律手段的作用更具有稳定性和强制力。绿色信贷政策的有效贯彻实施,需借助经济手段、行政手段和法律手段。行政手段对市场机制有较强的干扰作用,主观性强、成本高,无法从根本上解决问题,很容易造成快速反弹,效果难以持久。法律手段是实施信贷政策最重要的方式,在法治国家,经济和行政手段的运用均应依法实施。绿色信贷政策的市场导向定位,要求政策实施从行政手段向法律手段转变。许多国家包括美国、日本、印度等,在针对市场机制失灵的领域均采取推进信贷政策的法制化或制度化的措施,用法律的手段约束银行信贷投放。^[29] 这些国家的经验值得借鉴。

法律的强制,主要体现为对银行法律责任的规定,一是针对限制性信贷的银行法律责任,可将限制性信贷政策纳入银行违法违规放贷责任范围,二是出台有关银行绿色信贷法律责任的规定。目前研究多建议借鉴美国的《综合环境反应赔偿和责任法案》(又称《超级基金法》),直接规定银行在特定情形下的环境责任。后文将对此进行分析。

总之,政策法律化主要涉及立法引入绿色信贷的理念、原则,建立健全政策实施透明度制度,以及明确银行的相应责任等。

五、绿色信贷政策法律化的框架与《商业银行法》相关修订

(一) 绿色信贷政策实施的法律框架

综上所述,基于绿色信贷政策市场化导向定位和法律化边界,绿色信贷政策法律化的框架包括以下内容:

第一,将绿色理念和绿色原则融入现有法律体系。

最新出台的《民法典》第9条规定的绿色原则,^[30]《公司法》第5条有关公司应承担社会责任的规定,以及《环境保护法》第6条有关“一切单位和个人都有保护环境的义务”之规定等,均倡导社会主体践行绿色社会责任。

《商业银行法》第4条将“效益性”规定为商业银行的经营原则之一,该“效益性”可以理解为包括经济、环境和社会效益。但这一规定较为模糊。各种效益之间的关系如何,当不同效益发生冲突如何解决,这些问题并无答案。修订《商业银行法》,有必要衔接上位法的相关规定,明确绿色信贷等银行社会责任。

第二,在银行专门立法中强化银行违法违规放贷责任。

有关银行贷款业务的现行规范,规定了银行有依照项目或环保审批等进行放贷的义务。央行《贷款通则》第24条第2款规定,在“建设项目按国家规定应当报有关部门批准而未取得批准文件的”和“生产经营或投资项目未取得环境保护部门许可的”等情形下,不得对借款人发放贷

[29] 参见前引[23],张雪兰、何德旭文。

[30] 《民法典》第9条规定:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源,保护生态环境。”

款。2004年7月25日银监会发布的《商业银行授信工作尽职指引》（以下简称《指引》）第36条规定，客户未按规定取得包括环保批准等文件的，或虽然取得，但属于化整为零、越权或变相越权和超授权批准的，商业银行不得提供授信。

《贷款通则》和《指引》中规定了银行“应该”“不得”进行的活动，但未明确具体法律责任。《指引》第51条规定，商业银行应根据授信工作尽职调查人员的调查结果，对具有9种情节的授信工作人员依法、依规追究责任。授信工作尽职调查人员一般由商业银行内部自己选任。《指引》将违规放贷的查处权主要交由商业银行自己行使，难以有效制约违规放贷行为。因此，有必要建立有效的查处机制，并强化违规放贷的监督责任和完善对责任人的处理办法。

第三，在环保法中规定银行的环境责任。

在贷款人环境责任方面，《指导意见》第8条提出，研究明确贷款人环境法律责任。借鉴美国的《综合环境反应赔偿和责任法案》，规定银行的环境责任，是学界呼声较高的建议。^{〔31〕}有观点认为，应在环保法中规定贷款人对于环境污染的连带责任，让银行承担起监督责任，增加补偿环境费用来源。^{〔32〕}还有观点建议，通过侵权责任法和金融法两条路径尝试引入“潜在责任人”制度，强化商业银行的环境法律责任。^{〔33〕}

美国《综合环境反应赔偿和责任法案》为解决被污染财产的救济或清洁赔偿问题，将银行作为潜在的污染责任主体，对其施加连带义务和责任；银行承担责任的前提条件，是银行参与了借款人财产的管理，或拥有了该财产。^{〔34〕}该法案本质上属于环保法，规定银行等潜在责任主体承担环境责任，主要目的是解决环境赔偿的可得性，并不涉及金融问题。此外，环境责任的认定需要专业判断，属于环境监管部门的职权范围。因此，由环保法规范银行的环境责任较为适宜。

第四，体现银行经营的市场化本质并明晰监管权限。

有关绿色信贷的监管法律权限尚待明晰。根据《中国人民银行法》，中国人民银行被定位于国家的中央银行和宏观调控部门，肩负“制定和执行货币政策，维护金融稳定，提供金融服务”三大支柱职能。^{〔35〕}中国人民银行推动银行绿色信贷主要体现在制订和执行货币政策，以及维护金融稳定的职能方面。依据《银行业监督管理法》，银监系统推动绿色信贷，主要属于审慎监管范畴，与合规和风险控制相关。由于绿色信贷既有需要激励和引导的行业及产品，也有必须严格监管的限制性类别，有必要区分绿色信贷业务的类型，明确金融监管机构的职权范围。

第五，完善促进政策实施的透明度制度。

商业银行信息披露是透明度制度的主要体现，透明度制度的目的，既为便利监管，也有助于

〔31〕 譬如前引〔10〕，陈琪文；前引〔13〕，鲁政委、钱立华、方琦文。

〔32〕 参见仇京荣：《美国环境法中贷款人的责任》，载《当代金融家》2015年第1期。

〔33〕 参见沈娅云：《贷款人环境民事责任构建研究》，载《绿色科技》2015年第1期；前引〔8〕，周杰普文。

〔34〕 See 42 U.S.C. § 9607 (a).

〔35〕 参见《中国人民银行职能》，载 <http://www.pbc.gov.cn/publish/main/532/index.html>，最后访问时间：2019年12月21日。

调动社会监督。银监会《商业银行信息披露管理办法》要求商业银行进行披露的信息内容中,尚不包括绿色信贷信息。促进绿色信贷实施,应将商业银行实施绿色信贷的相关情况增加为商业银行信息披露的内容,银保监会应将该信息作为信息公开的内容。

《指导意见》已经明确,要建立强制性上市公司披露环境信息的制度。因此,对于上市商业银行等金融机构而言,所披露的信息应包括绿色信贷政策实施情况。

此外,环保部门在公布环境违法企业和违法项目时,可将为环境违法项目提供贷款的银行机构一并向公众披露,从而使社会公众能够了解并通过公益诉讼等法律渠道形成社会监督,营造商业银行实施绿色信贷的外部约束。

第六,对激励性的制度进行规范。针对目前激励性不足和激励措施适用不规范的问题,应完善税法、财政法等有关税收优惠和贴息等规定,将优惠范围、标准和方式与绿色信贷政策相衔接。

(二)《商业银行法》相关修订之评价

《商业银行法》是规范银行经营的主要法律依据,也是绿色信贷监管依据。该法修订工作已被列入第十三届全国人大常委会立法规划和2020年立法工作计划。央行起草的《商业银行法(修改建议稿)》(以下简称《修改建议稿》)正向社会公开征求意见。^[36]

《修改建议稿》虽未出现“绿色信贷”一词,但相关规定已涉及绿色信贷。

其一,在银行的经营原则上,沿袭了原有“效益性”规定(第4条);关于信贷原则的修订,旨在放宽信贷条件,仅规定“严格审查借款人的资信”(第7条);在业务经营规则中规定了“依法合规开展业务,履行社会责任”(第51条)。从原则和规则的含义看,原则较为抽象,具有统领性;规则更为具体,侧重操作性。社会责任含义宽泛,是一种理念和商业伦理,将银行社会责任作为经营原则或信贷原则规定在总则部分予以倡导,较为适宜,也与《民法典》和《公司法》总则相关规定相衔接。

其二,新增了商业银行信息披露义务规定,披露信息包含“履行社会责任情况等信息”(第41条)。同时,在差异化监管事项的规定中包含了“商业银行信息披露事项和具体要求”(第85条)。这些规定也回应了绿色信贷政策实施的透明度制度建设问题。但该规定仅涉及监管机构的职权,对于信息披露的对象和属性是什么,是否属于信息公开的范围,需要进一步明确。

其三,规定了商业银行贷款自主权利(第60条),以及强令放贷的个人和单位责任(第119条)。该规定确定了银行业务的市场化方向,对绿色信贷行政干预具有规制效力。

其四,加大了银行违反业务经营规则的法律責任(第106条)。其中第(九)项“其他违反本法开展业务的行为”,或可涵盖限制性绿色贷款责任。关于违反人民银行业务规则责任,第111条第(五)项规定的“违反中国人民银行其他业务管理规定的”,是否包含违反绿色信贷政策有待确定。

[36] 参见《中国人民银行关于〈中华人民共和国商业银行法(修改建议稿)〉公开征求意见的通知》,载 <http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4111071/index.html>, 最后访问时间:2020年12月8日。

其五，加重了对银行违法直接责任人员和违法违规工作人员的处罚。对“商业银行违反本法规定的”直接责任人员的处罚规定（第 114 条），以及对商业银行工作人员“违规发放贷款或者提供担保的”处罚规定（第 118 条），均对违反项目和环保审批放贷行为具有约束力，体现了对限制性信贷的监管。

此外，《修改建议稿》有关银行风险管理机制和策略的规定，以及银行内部治理的新规范，对绿色信贷的风险防范和监督机制建设具有积极作用。

总之，《修改建议稿》对银行社会责任及信息披露、银行经营的市场化导向，以及违法违规放贷的责任等作出了规定，体现绿色信贷政策法律化的方向和边界。尚需明确商业银行社会责任的经营原则地位，界定商业银行信息披露的属性，明晰银行违法信贷范围与限制性信贷政策之间的关系，完善商业银行违法违规贷款查处机制。

Abstract: In China, policy regulating mechanism produces marked effective in the green credit, however, the problems of ineffective performance of policies need to be solved. What is popularly proposed is to strengthen supervision by legislation. Accorded with the CRS nature of green credit, and market-orienting reform of credit policy, relevant legislation should adapt to market mechanism and focus regulation on restricted credit. Based on the relationship of law and policy, it is suggested to stipulate the green principle, transparency system, and environment liability of banks. Legal framework in China and the suggestion for amending Law of Commercial Bank embodies green principle and specifications, and they should be improved further.

Key Words: green credit, policy, legislation

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）

地方政府债务风险的宪法学释析

王世涛*

内容提要：地方政府债务风险的处理应当遵循宪法逻辑，即政府与公民是一种信托关系，只要公民权利的需求仍在，政府就没有破产的理由。因此，地方政府破产只是财政破产但行政不破产。在地方政府破产重整程序中，地方政府提供的保障民生的基本公共服务优先于地方债的债权，因为前者保护的是大多数人的基本生存权。诉诸民主体制才能从源头上控制政府的发债权进而从根本上消除地方政府债务风险。只有地方财政自主才能真正确立地方政府的财政主体责任，而央地关系的法治化是明确地方财政主体责任的基础。地方政府破产通常首先由上级行政机关进行干预，但为了保证破产程序的公正性，司法监督应当成为最终保障性程序。预算的议会中心主义原则决定了地方政府债务风险的宪法责任。

关键词：地方债 地方政府债务风险 地方政府破产 地方财政自主

一、引言

公债是政府破产的原因。国债可能导致国家破产，地方债则可能导致地方政府破产。前者需由国际组织和外国救助，属于国际法范畴。后者则是在一个主权国家内由上级行政机关或司法机关干预，属于国内法的领域。

在自由资本主义时代，公共服务的需求较少且单一，大量的服务由市场提供。然而，随着国家从自由法治国到社会福利国的转变，人们对政府提供公共服务的诉求在不断增长，小政府、少税收的理论被修正，其直接的结果是公共服务的价格虚高。20 世纪中期以后，西方国家的政府职能扩大，财政赤字也因福利国家政策的推行而日趋严重。政府的税收规模日益增加，预算议会主义受到严重贬损。^{〔1〕}近年来，西方各国越来越多的地方政府出现了债务风险，有的甚至宣告破

* 王世涛，大连海事大学法学院教授。

〔1〕 参见朱孔武：《财政立宪主义研究》，法律出版社 2006 年版，第 111 - 112 页。

产。虽然西方各国通过一定的法律程序处理破产问题，但未必都称其为破产，有的称为“支付不能”，有的称为“财政重整”。据公开资料显示，自20世纪30年代以来，美国已约有655次地方政府破产案例，日本也已有884个地方政府宣告财政重整。德国的《破产法》又称为《支付不能法》，其第12条规定了公法人破产问题。但根据德国《破产法》，联邦或州的财产不准许进入破产程序，这旨在维持国家和公共行政部门的职能。即便无力偿债或欠债过多，也只能靠国家或行政手段来解决。但受州监督的公法人的财产，在州法有特别规定时则可以进入破产程序。近年来欧洲经济危机导致州政府破产成为德国国内讨论的热点。

与西方国家不同，我国地方债产生的原因在于经济市场化背景下财政的地方分权。为重构中央与地方的财政关系，我国于1994年进行了分税制改革，把税源稳定、税基广的税种划给了中央，把税基较小、征收难度较大的税种划给地方。由此使中央财政收入占国家财政收入的比重从分税制改革前一年1993年的22%猛增至1994年的55.7%，此后维持在52%左右的水平；相应地，1994年地方财政收入所占比重较1993年骤降了32%。然而，中央财权增加，却没有相应增加事权；地方政府的财权锐减，但事权却反而逐渐增加。财权上收、事权下沉使地方政府的事权与支出责任非常不匹配，地方政府财政收支不平衡日益加剧。当地方政府土地财政难以维系时，发行地方债成为地方政府迫不得已的选择。然而，地方债的体制弊病和立法缺失又导致其滥发或超发，甚至一度失控。截至2016年，贵州和辽宁的债务率分别达到120.2%、197.47%，云南和内蒙古的债务率分别为111.23%、104.7%，均超过国际上100%债务率红线。^{〔2〕}2020年的疫情使我国的地方财政面临巨大压力，也使地方政府的债务风险增加。

可以说，只有正视破产，将资不抵债的地方政府纳入破产的法律程序才能降低地方政府的财政风险。然而，长期以来我国对“政府破产”却讳莫如深，因为破产对于公有制经济与社会主义国家来说是禁忌。尽管我国经历了经济市场化的改造，企业破产得到理念与制度的认同，政府破产却仍处于意识形态的禁区。但近年来，越来越多的学者认识到，我国地方政府破产是可能的而且是必要的。如果地方政府还不起债，就应该让其破产。^{〔3〕}尽管地方政府的债务以其税收作为担保（而且地方政府的税收在理论上可向未来无限延展，因而是很好的信用担保），地方政府完全可以通过向后代人征税的方式清偿债务，但“远水解不了近渴”，在一定时间内，税收的数量毕竟是有限的。同一预算周期内的税收不足以偿还到期债务时，即当地方政府出现了债务违约时，就不得不“破产”进行财政重整。但地方政府破产只不过是针对其暂时的财政能力而不是针对其公共职能，资不抵债不能导致地方政府丧失主体资格。正如破产法专家曹思源所言：地方政府破产是指地方财政破产，并不等于政府职能破产。^{〔4〕}因此，地方政府破产意味着地方政府的债务风险，破产对于地方政府而言只是一种经济运行危险的警示，并不会产生地方政府作为一个

〔2〕从法律意义上讲，地方政府破产指的是无力偿还到期债务，但各国评判标准各异。一些国家用偿债率指标来评判地方政府是否达到了破产的标准，对偿债率设置上限，超过该限度就被认为濒临破产。哥伦比亚把偿债率定义为偿债支出占经常盈余的比重。俄罗斯将其定义为偿债支出占总预算的比重。日本规定赤字额超过了标准财政规模的5%（都道府县）或20%（市町村）即发生破产。参见财政部预算司课题组：《地方政府举债的破产机制》，载《经济研究参考》2009年第43期。

〔3〕参见廖钦福：《公债财政健全原则之研究》，载刘剑文主编：《财税法论丛》第2卷，法律出版社2003年版，第355页。

〔4〕参见曹思源：《地方政府濒临破产怎么办？》，载《南方周末》2018年11月5日。

政治实体终结的结果。地方政府破产法律程序的适用只是为了避免政府陷入更严重的债务风险之中。^{〔5〕} 尽管地方政府破产可能会危及地方的政治秩序及社会稳定,导致政府公信力的贬损以及公共服务能力的降低,但地方政府破产是防范地方政府债务风险的有效机制:明确可预见的破产机制可以使地方政府时刻具有危机意识,重视财政可持续原则,对举债规模有所顾忌,倒逼政府成为“廉价”政府,从而达到防范债务风险的效果。另外,良好的破产程序能防止可能发生的道德风险。^{〔6〕} 因此,地方政府破产的结果是地方政府自我保护机制的启动——通过财政重整约束其各种非必要支出,通过预算和重整计划严格限制政府的不合理开支,恢复其偿债能力,形成对地方政府财政复兴的反向激励。可以说,对于地方政府而言,破产不是死亡而是重生。

我国地方政府的债务风险如何防范和化解? 直接规定应对性的措施和预案只是权宜之计,而治本之策在于宪法体制的完善。因为,地方债及地方政府破产的债务风险背后隐含着宪法逻辑。为什么地方政府财政破产而行政不破产? 因为地方政府“因公益而不倒”,政府作为公民权利的附属物,其存在的原因在于提供公共服务,只要公民权利的需求仍在,政府就没有破产的理由。而且政府提供的公共服务对应于一般纳税人,而地方债对应于特殊的债权人。在对地方政府进行破产重整时,对应于一般纳税人的公共服务应当优先于地方债的债权,这是宪法人权保障原则的根本要求。毫不夸张地说,我国地方政府债务风险产生的根源在于宪法体制,如果预算的议会中心主义原则以及人大对政府预算的刚性约束确立的话,地方政府的发债权便能得到有效控制,从而能在源头上防范地方政府的债务风险。倘若我国央地之间事权与支出责任的法治化以及地方财政自主制度能够建立,那么地方政府独立承担偿债的主体责任才能确立,否则中央政府不可避免地要为地方政府的债务“背书”。怎样才能更好地处理地方政府破产案件? 我国目前采取的单一行政手段虽高效但却有悖于公平原则,司法监督应当成为地方政府破产案件最终的保障性程序。我国目前地方政府债务责任的追究中,通常以法律责任甚至党纪责任代替宪法责任,导致权力与责任的错位,因而不能从根本上治理地方债的乱象。

二、处置地方政府债务风险的根本原则——民生保障优先

税收契约是基础性契约,地方债契约是附属性契约。因为,税收的对价是公共服务,体现的是国家与公民之间的普遍的基本的经济关系;而地方债只是税收的补充形式。税收作为基础性契约是政府之所以产生的原因,地方债作为附属性契约是政府存续的助力。地方债是一次性契约,而税收是永续性契约,地方政府可以因为债而破产,但却因为税收而不灭。

基础性契约权利的效力高于附属性契约权利的效力。即当两种权利发生冲突时,纳税人享受基本公共服务的权利优先于债权人的债权。因为前者具有公益价值取向,而且是更基本的权利——生存权利;而地方债的债权人主要是投资人、食利者(如银行等金融机构)。因地方政府

〔5〕 参见王世涛:《财政宪法学研究》,法律出版社2012年版,第200-203页。

〔6〕 参见孙悦:《地方政府破产与财政重建研究——以日本北海道夕张市为个案》,载《公共行政评论》2011年第1期。

破产造成的损失，在前者是民生保障的侵害，在后者则是少数债权人投资复利的丧失。也就是说，当地方政府出现债务风险时，必须首先保证其基本公共服务的支出——这是基本契约的义务，基本公共服务的满足是地方政府债务清理的前提。

在美国，因地方政府的大部分财产与公共利益的实现息息相关，即使该地方政府进入破产程序，也不允许债权人申请执行地方政府的财产，因为这样会损害其公共服务职能的履行（而晚近兴起的公共信托理论更是认为这些公共财产的所有权属于一般公众，债务却属于地方政府），故法院大部分时候会禁止债权人对地方政府财产的执行行为。因此债权人最为有效的救济方式就是向法院申请对地方政府未来税收的执行令，但即便如此，地方政府的税收收入仍必须首先满足其提供基本公共服务的需要，即地方政府的必要运营费用在破产程序中必须优先于一切普通债权得到满足，如有剩余才能分配给债权人。^{〔7〕}可见，美国地方政府破产制度赋予了地方政府超债务契约的特权，如地方政府有决定是否申请破产以及提出何种债务调整协议的完全自主权，其对于自身事务的管理权一般也不受破产程序的限制。这样地方债的债权人只剩下少得可怜的程序异议权和最终决定是否接受债务调整协议的权利。我国的地方债务处置程序也体现了民生优先的原则。在德国，根据《破产法》，一个州的公法人发生支付不能或者资不抵债的情形时，该公法人的雇员可以依《社会法典》第三编向劳工局和依《关于改善企业养老的法律》向破产保障机构请求薪酬或其他给付。在我国，地方政府实施财政重整计划的基本要求是必须在保障必要的基本民生支出和政府有效运转支出基础上，通过清缴欠税欠费、压减财政支出、处置政府资产等一系列短期和中长期措施，使债务规模和偿债能力相一致，以恢复财政收支平衡。

然而，地方政府债务风险中民生保障优先原则并不是绝对的，毕竟地方债的债权人基于契约享有的权利也应受保护，因此，不能为了公共服务而完全牺牲债权。也就是说，地方政府的公共服务也应当受到合理的限制，应寻求两者的合理平衡，遵循比例原则。首先，纳入破产程序的地方政府通常只提供基本的公共服务，如公共安全秩序、医疗卫生、道路交通等涉及公民基本权利（主要是生存权）的事项。其次，提供的基本公共服务只能是基础性标准，即破产后的地方政府提供的公共服务不可能达到破产之前的水平，其服务的品质和范围应当有一定的限缩，只要能够维持公共秩序的正常运行，不出现重大的公共安全和秩序危险即可。在这一合理的范围内，执行最低标准。这意味着因地方政府破产一般纳税人所享有的公共服务水平会降低，而且还要承受地方政府为还债而增加的税收。如日本夕张市进入破产程序后，终止了除必要最小限度的公共事业以外的一切其他事业，保持全国范围内最低水准的公共服务，而且提高了市税的税率和公共服务费，普遍向市民增税，并导入新型税，增加各种设施的使用费。破产后的四年间，夕张市公务员数量也从309人减少到127人，退休金在这四年里也阶段性地减少了四分之一，公务员的工资与2007年4月相比平均减少30%。^{〔8〕}2008年，美国阿拉巴马州杰斐逊县宣布破产后，该县地方

〔7〕 See Michael W. McConnell, Randal C. Picker, When Cities Go Broke, A Conceptual Introduction to Municipal Bankruptcy, 60 (2) *The University of Chicago Law Review*, 430-431 (1993). 转引自张力毅：《通过破产法解决地方政府债务危机——美国的经验和启示》，载《行政法学研究》2016年第3期。

〔8〕 参见前引〔6〕，孙悦文。

政府实施了一系列的重整措施,如解雇了一部分公务员,压缩了固定资产投资,削减了公共服务项目。但在美国,公民可以行使“用脚投票”的权利——迁徙自由——以规避这一损害。然而,人口数量的减少、财政复兴信心的下降可能会进一步增加地方政府的债务风险。

我国在处理地方政府债务风险时也注重民生保障与债权人权益之间的平衡,如《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》中规定:对于债务风险列入预警范围的地方政府“要通过控制项目规模、压缩公用经费、处置存量资产等方式”偿还债务。《财政部关于对地方债实行限额管理的实施意见》也规定,“列入风险预警范围的地方各级政府……通过控制项目规模、减少支出、处置资产、引入社会资本等方式,多渠道筹集资金消化存量债务”。对进入债务清偿程序的地方政府的财政进行“开源”与“节流”。在“开源”上,地方政府应当适当加大税费征收范围和征收幅度。在“节流”上,地方政府在保障基本公共服务前提下,应当适当减少或降低公共服务数量、规模。

三、防范地方政府债务风险的基本前提——财政民主

地方债的发行应当纳入当地预算审查的范围,遵循议会民主的原则。19世纪80年代,日本确立了“发行地方债务必须通过议会”的原则。后来这一原则被1946年《日本国宪法》进一步明确。正如洛克所言:“政府没有巨大的经费就不能维持,凡享受保护的人都应该从他的产业中支出他的一份来维持政府。但是这仍须得到他自己的同意,即由他们自己或他们所选出的代表所表示的大多数的同意。”〔9〕哈贝马斯程序主义民主观则把所有相关人参与了合理商谈之后的同意作为法律的正当性基础,这一民主观以交往为前提,以话语为核心内涵,可称为民主的话语模式。民主的形成过程是商谈和交往,民主的核心是交往的法治化和制度化。〔10〕哈贝马斯的程序主义民主观契合财政民主主义原则。即国家之收入与支出,对于国民生活有重大影响,应在民主宪制制度所提供的政治公共领域由国民参与,最后由人民对于重大财政事项作出决定。

按照洛克的观点,国家与人民之间不过是信托关系。财政民主原则着眼于财政的民意基础,财政权作为国家权力,其享有和行使必须经过人民的同意和授权才具有正当性。财政民主意味着财政的人民主体性、人民目的性,“取之于民、用之于民”只是财政民主的表层含义,实质意义上的财政民主是指财政的人民主权。国家财政应属于人民所有,受人民管理、制约,并为人民利益而存在。〔11〕财政民主就是经人民同意、按法定程序,公开透明地理财和治财的过程。财政民主基本上包括两个方面的内容,即:必须保障人民真正行使财政事务的权力;保证财政权力真正置于人民的监督之下。〔12〕地方债的发行、使用都应该由人民通过一定的法律程序加以决定。地方债的发行从国家理财到民主理财的转变,实际上是还权于民的过程。因为,公共财政的权利主

〔9〕〔英〕洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第88页。

〔10〕参见任岳鹏:《哈贝马斯:协商对话的法律》,黑龙江大学出版社2009年版,第128-131页。

〔11〕蔡茂寅:《略论财政法之基本原则》,载《第二届中国财税法前沿问题高端论坛:财政立宪与预算法变革论文集》(上),第1页。

〔12〕姚来燕:《论财政民主》,载刘剑文主编:《财税法论丛》第5卷,法律出版社2004年版,第256-258页。

体是人民，国家只不过作为代理人对人民财产进行管理和经营。民主理财意味着财政议会主权对财政行政主导的否定，虽然政府作为人民财产代理人的身份没有改变，但政府财政权力形成于、受制于代议机构。

我国《宪法》第99条第2款规定了县级以上地方人大对地方预算和预算执行情况的审议权。对预算的审查内容就包括发行地方债的数量与规模。因此，我国地方人大对当地地方债的预算审查的民主原则具有宪法的规范依据。这一宪法规定实质上确立了我国财政议会中心主义原则，即保证人大对重大财政事项的最终决策权，这成为财政民主主义的首要内容。这一财政议会中心主义原则通过议会审议以及预算控制对地方债的发行进行严格的审查，包括发行地方债的上限、地方债的规模，在健全财政主义的指导原则下，考量地方债带来的本息支出是否已造成财政僵化的效果，并充分考量偿债能力的高低，以及国民对地方债的忍受程度来综合评判，通过程序的民主性来保证地方债发行规模的适度性。^{〔13〕}

可以说，只有通过一定的民主机制限制地方政府滥发地方债，才能从源头上防范地方债的风险，即将地方政府债务纳入地方政府预算由人大进行审议。当然，这依赖于人大对政府监督权的强化，但不能因为目前的实际效果而否定其制度价值。因为，在我国现行宪法体制下，对地方债的发行，除了人大的预算监督，没有更好的监督方式。政治实体的财政管理与经济实体的财产经营一样会面临风险。地方政府作为政治实体，以一定的财政资金为运行的基本物质保障，因而也有必要进行有效经营，提高政府的资产效能，降低财政运行的成本和风险。政府其实就是纳税人财政资金的经营者，经营不善就应当对纳税人负责。纳税人通过选票选择政府，一个重要的目的就是让称职的政府掌管纳税人的财政资金。因此，防范地方政府破产风险的最根本措施是保障公民对地方政府的选举权及对官员的选择权。地方政府财政风险防控任务与民主制度（财政资金的委托管理）存在意义关联。据此，地方民主选举制度的完善既构成地方债务风险治理的重要条件，也是消解地方政府债务风险的基本前提。

但需明确的是，地方债及地方政府破产机制所涉及的是地方民主，即一定地域范围内的民主。世界各国宪制实践表明，特定地域内的民主机制更具有真实性和有效性。地方民主的正当性理由是：只涉及地方利益的事务由本地公民自主决定，既排除本地政府的专制，也防范中央政府或上级政府以整体利益之名实施的多数人的专制。美国经济学家奥茨在“联邦财政主义理论”中提出“奥茨分权化定理”，其认为地方政府将一个帕累托有效的产出量提供给它们各自的选民，总是要比中央政府向全体选民提供的任何特定且一致的产出量有效率得多。因为与中央政府相比，地方政府更接近自己的民众，更了解其管辖区选民的效用与需求，在他看来，“地方政府之所以被创建出来，是由于偏好在地域区域内都相差无几，而在地域区域之间则相差悬殊”^{〔14〕}。从这个意义上出现了地方民主与地方自主的价值耦合。

然而，地方财政民主也会产生“外部效应”，具体表现为两个方面：

一方面，在市场经济条件下，各地财政之间存在一种竞争关系，基于地方保护，为了局部利

〔13〕 王锴：《论公债的宪法基础》，载《中州学刊》2011年第3期。

〔14〕 Wallace E. Oates, An Essay on Fiscal Federalism, 37 (3) *Journal of Economic Literature*, 1120-1149 (1999).

益,地方议会完全可能不顾当地财政的实际状况而盲目发债。20世纪初,澳大利亚联邦缺乏系统的管理地方政府债券的制度,各州政府都有自主发债权,作为独立主体在市场上分别进行融资。这导致恶性竞争的出现,并使政府债务规模急剧膨胀,产生不良影响。我国各地的地方债也出现了类似的情形。

另一方面,地方债是由地方政府未来税收作为担保的,存在着代际间的公平问题。代际公平的实质是通过一定社会制度实现有关利益或者负担在当代人和后代人之间的分配。如果假定当代人和后代人都是具有道德感的主体,那么代际公平的核心就是要寻找不同时间的一致同意,即一种在一个社会的全部历史过程中公正地对待所有世代的方式。如果税收的正当性基础在于当代人的一致同意,那么可以说地方债的公平性前提在于当代人与后代人的价值信守,其主要约束的是当代人集体的自私的物欲冲动。由于各个世代存在时间上的先后顺序,而且这种时间顺序是不可能逆转的,当代人很容易运用对于后代人的压迫性力量,影响后代人的生存发展和享有人类文明。不同世代的人和同时代的人一样相互之间有种种义务和责任。现时代的人不能随心所欲地行动,而应受制于一定的正义原则的要求。^[15] 有鉴于此,自2003年以来,德国后代人权基金会(Foundation for the Rights of Future Generations,简称FRFG)提议在宪法中加入代际公正基本原则的宪法修正案。该草案曾被移送给法律委员会等待进一步的审议。其内容为:“国家必须考虑可持续性原则,在制定政策中必须保护后代人的利益。”另外,其还提议第109条国家财政准则应该增加相应限制公债的内容。^[16] 可以说,因地方债引发的代际利益突出尤为强烈,体现为地方债对未来税款的透支,纳税人与享受公共服务者之间出现了时间上的错位:享受公共服务者将来未必纳税,而真正的纳税人将来未必享受该项公共服务。在某种意义上,税收实际上是当期交易,纳税人缴纳税款的对价是现时的公共服务,而且税款的数额与公共服务的内容是双方经过博弈而达成一致的结果。而地方债却是非当期交易,后代纳税人要为前代的纳税人享受的公共服务买单。在宪法体制上,地方债的代际公平体现为先后不同届别的政府之间,决定发债的一届议会通常会将偿债的义务转嫁给下届议会。德国学者普特纳(Püttner)认为:“按民主政治体制下政府之权力系附有期限,不论政府或国会权力均只能行使到下届选期为止。现时对公债之发行,课未来政府以还返本息之义务,此侵犯到未来政府之收入权及未来国家之立法裁量权,而破坏宪法之限制,故属违宪之侵犯职权行为。”^[17] 政府官员的任期制加剧了上下届政府之间的代际不公平。在我国,地方政府行政首长任期较短,更关注任期内的政绩,当无足够的财政资金时,多借债融资。发债的地方行政首长会因政绩而异地升迁,而下届政府却陷入财政困境。

总之,地方民主体制是防范地方政府债务风险的基本前提,只有当地方民主机制的结果产生了“外部效应”,中央政府才有必要依法进行调整。但中央政府应避免干预地方自主的活动,在

[15] 参见〔美〕约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2014年版,第68页。

[16] See Marco Wanderwitz, Peter Friedrich, Anna Luhrmann, Michael Kauch, Changing the German Constitution in favour of Future Generations—Four Perspectives from the young Generation, 转引自冉富强:《公债的宪法控制》,中国政法大学出版社2012年版,第36页。

[17] 葛克昌:《国家学与国家法》,月旦出版社股份有限公司1996年版,第132页。

按照一定基准，满足各地方政府之基本财政收入需要，以维护全国统一的、最低的基本服务后，上级政府应尽可能维持中立，让地方政府自我治理、自主决定，并自行承担相应责任，使“自主”与“责任”相连接，这被称为财政调整的“事务中立原则”。^{〔18〕}

四、确立地方财政主体责任的基础——地方财政自主

地方政府破产涉及地方政府财政的主体责任，但如果地方政府不是独立的财政预算主体，不具有独立公法人资格，其破产必然面临着责任最终无法确立的窘境。而只有地方自主治理，才能确立其独立的公法人地位。中央政府对地方政府破产不救助是上述原则的必然要求。众所周知，地方政府对外发行债务时，是以未来税收及其他财政收入作为担保的，如果央地收入规则明确，地方政府的未来收入是可以测定的，通过对未来收入规模与借债数量的对比，评估机构可以对地方债的信用进行评级，为债券投资者决策提供必要的参考。^{〔19〕}但如果央地收支关系不明确，地方的未来收入就缺乏可预期性，地方债的信用就会降低，这也会增加地方债的风险。因此，地方政府破产的前提仍然是央地关系的法治化，财政纵向分权的规范化。

在联邦制国家，联邦与邦（州）各自预算独立，德国《基本法》第109条第1项即规定：联邦与各邦的财政收支管理各自独立，互不依赖。为实现宪法上的中央与地方均权制度，应确保地方政府的预算独立，地方政府在预算的编制上拥有自主权，此即所谓“预算自主原则”。因此，各邦有举债权，各邦也同样具有破产决定权以及独立承担债务的责任。美国联邦宪法第十修正案规定：“宪法既未委托给合众国，亦未禁止各州（使用）的权力，分别被保留给各州或人民。”由此可以推论：在联邦政府征税和举债之外，州和地方政府仍然享有自己独立的征税权和举债权。在美国，联邦与州是独立财政实体，进行独立预算，因此，州政府发行债券是其当然保留的权力，故而有联邦债券、州债券之区分。但实际上，因为州具有一定主权，所以州债券仍然属于国债的性质，而美国的地方债为市政债券。美国的州与市之间可视为中央与地方的关系，但州不决定市政债券的发行，而是通过立法将市政债券纳入法律控制体系中。美国联邦政府对地方政府的破产采取严格不救助原则，其债务风险由地方政府自行解决，这是地方政府破产的制度前提。其理念是权力自治、责任自负。这是联邦体制处理地方政府债务风险的必然要求。这一原则切断了地方政府对中央政府的财政依赖。如果中央政府对出现债务风险的地方政府给予救助，地方政府有了承担债务的依靠，会失去财政的自我约束能力，从而产生道德风险，而且对其他地方政府会形成扩散效应。与联邦政府原则上不救助相反，州政府一般会参与救助。美国各州对其辖区内的地方政府拥有广泛的权力，州法律对出现债务风险的地方政府通常要求其转让地方事务的控制权，在一定程度上部分接管地方政府的行政权力，包括修改或推翻原有预算方案、整合市政府各部门、削减政府官员薪水、变卖政府资产等重大事权。^{〔20〕}然而，州政府参与地方政府破产的救

〔18〕 参见陈清秀：《财政宪法的基本原则——从比较法的观点探讨》，2017年11月14日在大连海事大学的演讲稿。

〔19〕 参见熊伟：《财政法基本问题》，北京大学出版社2012年版，第146页。

〔20〕 参见赵全厚、王珊珊：《美国地方政府债务危机与债务重组》，载《财政科学》2016年第3期。

助并不意味着州政府最后承担偿债责任。而且美国联邦政府对地方债不救济也不意味着其坐视不管。^{〔21〕} 晚近美国联邦制发展的主流趋势——合作联邦主义理念,体现在联邦层面的地方政府破产机制与州层面的特别财政干预相结合,让联邦与州通力合作以解决地方政府的债务风险。^{〔22〕}

地方政府享有独立发债权并非联邦制国家独有的现象,单一制国家也会如此。法国传统上是一个相对集权的单一制国家,但20世纪80、90年代的地方分权体制改革合理划分了中央与地方权责范围,规范了中央与地方的关系:中央政府主要职责是制定国家战略层面的规划,并对国民经济进行宏观管理,省级政府主要职责是负责实施国家的各项福利和保障政策,市镇政府负责为本辖区的居民提供公共产品服务。^{〔23〕} 此后,市政债券逐渐发展起来。在地方分权改革以前,法国地方政府只能通过中央政府审批后才可以发行债券。改革以后,地方政府可以自主发行地方政府债券。1947年,日本出台了《地方自治法》,允许地方政府在一定条件下发行地方债。地方债券基本上分为普通债券和公共债券。普通债券由地方政府包括都、道、府、县、市、町、村直接发行。但由于财政上的高度集权,日本地方政府举债受到严格限制。2006财政年度前,日本地方政府发行债券实行严格的审批制度:除非中央政府批准同意,地方政府原则上不得举债;地方政府发行债券须向总务省申报,总务省与财务省协商审批后下达各地发债额度。从2006年起,基于分权化改革,日本将严格的审批制转变为协商制。地方政府在一定条件下可直接举债,但报请总务省审批的地方政府可获两项优惠,总务省在计算对地方政府的转移支付时考虑偿债因素。^{〔24〕} 可见,单一制国家的地方政府也可以同样享有财政自主权。这表明,在地方债发行上单一制或联邦制并不是决定性因素,地方政府的自主发债权取决于地方独立的预算权。也就是说,如果地方保有独立的预算权,就应当有独立的发债权。而且只要实行地方自治,地方自治体与层级无关,任何层级都有独立的预算权和发债权以及债务责任能力。^{〔25〕}

不同层级代议制机关只意味着表达民意范围的不同,中央代议制机关体现的是全国范围内的

〔21〕 同属联邦制国家的澳大利亚,在有关地方债的问题上与美国有不同的进路:从放任,到管制,再到宽松,最终通过市场化机制调节联邦与州的发债权。20世纪初,澳大利亚联邦缺乏系统的管理地方政府债券的制度,各州政府都有自主借债权,作为独立主体在市场上分别进行融资。这导致恶性竞争的出现,并使政府债务规模急剧膨胀,产生不良影响。1927年,澳大利亚借款委员会成立,代表联邦接管地方债务,实施严格管理。地方债券由中央政府代发,借款数量、利率、时间和种类都受到管制,这对规范借贷行为、提高政府信用起到了重要作用。但随着经济发展,这种管制政策逐渐暴露出过于僵化的弱点。20世纪50年代后,联邦政府放松了管制,澳大利亚各州通过成立国库公司,对地方债进行市场化运作,既规避了中央政府代发地方债券带来的信息不对称和道德风险问题,又避免了州政府自主发债模式容易产生的过度发债现象。参见陈碧声:《由乱到治:澳大利亚地方债管理式演变的启示》,载 http://www.xinhuanet.com/world/2014-07/18/c_126769891_3.htm,最后访问时间:2014年7月18日。

〔22〕 传统的二元联邦主义往往认为联邦与州的权力泾渭分明,并特别强调州主权不受联邦权力的侵犯,认为这是联邦制存在的必要基石。但随着经济的发展与社会生活的多样化,联邦与州的权力划分与管理范围却不再清晰,越来越多的领域(典型如环保、医疗保健)单纯依靠联邦与州都无法完成有效的治理,而必须有赖于二者的紧密合作,因此合作联邦主义的理念应运而生。地方政府破产对地方经济负有重大负面效应,对其他地方也会产生传导效应。因此,联邦和州有必要合作化解这一债务风险。参见前引〔7〕,张力毅文。

〔23〕 参见黄凯斌:《法国中央与地方政府行政职责划分情况及其启示》,载《江汉论坛》2007年第9期。

〔24〕 参见刘晓风:《美日法地方债制度的变迁及特点》,载《中国财政》2010年第6期。

〔25〕 我国现行《预算法》只允许省级地方政府发行地方债,省级以下地方政府的地方债只能由省级政府代发。实际上我国的地方债多数是由市级地方政府发行的,而且层级越低的地方政府面临着越严重的债务风险。下级政府不具有发债权却是实际的债务人,省级政府发债但却不是真正的债务人。最后的债务责任到底由哪一级政府承担?哪一级政府应当被宣告破产?我国的省级地方政府能破产吗?参见赵晓、陈金保:《“中央不兜底”地方债风险的前提》,载《金融博览》2014年第11期。

民意，而地方代议制机关体现的则是地方范围内的民意。同样作为代议制机关，全国性的代议制机关与地方代议制机关并不存在行政科层的上下级关系。在我国，宪法虽然没有对全国人大与地方人大之间的关系做出明确规定，但是地方人大也拥有其确定范围的法定职权。也就是说，地方人大在地方事务上依法拥有相对独立的法定职权。我国现行《宪法》第3条规定：“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则”，“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。上述宪法规定中的“民主集中制原则”中民主是集中的前提，这与人民主权的国体相适应，而“充分发挥地方的主动性、积极性的原则”实际上赋予了地方一定的自主权，当然包括财政自主权。根据《宪法》第96条、第99条的规定，作为地方国家权力机关，地方各级人大有权审查和决定地方的经济建设和公共事业建设计划，有权批准当地的国民经济和社会发展规划、预算以及它们的执行情况的报告。而目前地方债已成为地方国民经济和社会发展规划、预算的一部分。由此可以推论，地方人大发行地方债是宪法赋予地方人大的职权。但宪法的上述规范内涵是引而不发的，被实际运行的财政体制遮蔽了。

我国单一制的宪法体制并不排斥地方政府作为相对独立的财政主体的地位。1994年我国分税制改革后的中央与地方财政分权实行的是所谓的“财政联邦制”，地方政府取得了一定的财政自主权。但“宪制单一制”却严重压制了地方财政主体地位，地方仍不具有独立的财政自主权。在单一制国家，应当相信地方民主机制能够做出理性选择，因为当地民众是地方债的直接利害关系人，他们最有资格也最有能力做出决定。如果让中央替地方决策，实际上是让局外人或无直接利害关系人在替他们决策，而且如果中央代替地方在地方债问题上进行决策，就意味着中央要承担地方债的责任与风险。《企业破产法》适用的前提是企业法人主体资格的确立，如果企业法人主体资格未定、产权不明，就无法适用破产程序，破产还债的责任也无法落实。^{〔26〕}同样，如果不具有独立的公法人资格，不享有独立的财政预算权，地方政府破产也会面临着巨大的体制上的障碍。尽管《预算法》规定一级政府一级预算，并要求各级预算收支平衡，但地方政府并没有独立的收入权，而受制于中央政府的单方决策。^{〔27〕}而且由于我国财政立法权的法律保留，地方政府并无财政立法权，这极大地限制了地方政府财政预算的自主性。地方政府财政权力的非自主性决定了我国地方政府债务责任的非独立性。在地方不自治、财政不独立的体制下，中央不可避免地成为地方债的最后担保人。

1923年《中华民国宪法》在第十二章规定了地方制度，实行地方自治。1947年的《中华民国宪法》按照孙中山“均权主义”思想，确立了地方自治。关于地方债，即省债、县债，这部宪法划分了省、县之间的权限：“省债由省立法并执行之，或交由县执行之”；“县债由县立法并执行之”。由此确立了地方债由相应地方层级的政府享有立法及执法的自主权。这两部曾生效的宪法实际上已经开辟了中央与地方的财政关系的路径，即通过地方自治，让地方自主决定自己的财

〔26〕 我国1986年12月2日通过《企业破产法（试行）》，载明需等《全民所有制工业企业法》实施满三个月之日才开始试行。因为《全民所有制工业企业法》赋予了全民所有制工业企业自主经营、自负盈亏、独立核算的法人资格。此前全民所有制工业企业并无法人资格。当然，这一法人资格当时也只是理论上的、法定意义上的。因为全民所有制工业企业实际上仍处处受制于政府，并不真正享有自主经营权。结果导致《企业破产法（试行）》实施后相当长的时间内，全民所有制工业企业被宣告破产的寥寥无几。参见前引〔19〕，熊伟书，第145页。

〔27〕 参见前引〔19〕，熊伟书，第146页。

权行使。财权明确，财政责任自然明晰。然而时至今日，我国的财政法学者仍在不断地探讨中央与地方财权、事权以及支出责任的关系问题。这是因为我国现行《宪法》关于央地关系的体制上的弊病是财政法无法解决的。可以说，没有宪法以法治为基础的地方自主治理，我国的中央与地方的财政关系不可能理顺。

由此可见，地方自主发债权、地方政府破产的前提是地方自主治理及其财政自主权。我国只有在法治基础上实现地方的自主治理，才能完全厘清中央与地方的关系，也才能明确中央与地方之间财权与事权的划分，进而确立地方财政主体责任。

五、地方政府债务风险的公平性保障——司法监督

地方政府破产的债务风险是地方财政主体性失灵的体现，是地方自主治理机制出现了“外部效应”的结果，此时，对地方政府进行外部干预是必要的。地方政府破产应当由行政机关介入还是由司法机关主持，各国采用的模式不同。前者强调上级政府的积极干预，程序简单、效率较高，但容易导致行政擅断和偏私；后者则重视司法体系的作用，法治化与公平性较强，但成本较高。

在日本，政府破产要向总务大臣提交申请。由总务大臣作出“财政重建适用团体”的指定以后，在国家的监督指导下制定财政重建计划。以北海道夕张市为例，在接受中央政府与北海道厅监督的前提下，地方政府制定了18年返还353亿日元的财政重建计划，其财政规模也减少了七分之一。可见，日本地方政府的破产重整主要是在上级国家机关督导下通过行政程序来完成的。但由于日本的法治化程度比较高，其重整计划一般能够保证实施。

美国主要采用司法手段，使法院在其中发挥关键作用。美国1934年批准了《地方政府破产法》（即 Summers-Wilcox Bill）。该法案对联邦破产法院的权力予以约束，不允许其接管地方政府管辖权或控制地方政府财政，以保障州政府控制地方政府的权力不受联邦破产法院侵犯。然而，联邦最高法院并不认可这部法案，并于1936年以5：4的投票结果判决其违宪。^{〔28〕} 根据美国《联邦破产法》的规定，在地方政府申请破产保护之后，联邦巡回法院任命一位资深法官来帮助市政当局进行债务重组和谈判。如2013年底特律市正式申请破产保护，便是通过司法机关进入破产程序。2014年11月7日，美国联邦法官对底特律市破产退出计划做出许可裁决。债权人实现其债权通常也是通过司法途径执行债务人的财产，最为有效的救济方式就是向法院申请对地方政府未来税收的执行令。当然，这并不意味着行政权力完全不发挥作用。美国《联邦破产法》明确规定地方政府在申请破产前必须得到州的特别授权。因此各个州完全可以根据自己的实际情况来决定是绝对禁止、有条件许可还是无条件许可本州的地方政府申请破产。^{〔29〕} 而且在实践中，州政府往往还会参与债务重组，缓解地方政府破产期间的流动性困境，即通过向地方政府提供信用担保、提供贷款、协助偿还债券、技术援助等措施化解债务风险，实现财政复兴。^{〔30〕} 经过破

〔28〕 参见陈松威、朱莎：《地方政府破产制度在我国的适用性研究》，载《上海金融》2017年第10期。

〔29〕 参见前引〔7〕，张力毅文。

〔30〕 参见前引〔20〕，赵全厚、王珊珊文。

产的一系统重整措施，使地方政府尽快恢复财政公信及偿债能力。

总体而言，各国在地方政府破产的行政干预手段上存在的最大问题是：上级行政机关倾向于维护地方政府的利益，从而使债权人受到不公平的对待。因为上级政府与下级政府利益攸关，上级政府不可避免成为下级政府破产的隐性担保人。在美国，地方政府申请破产会影响该州内其他地方政府的融资。因为美国的地方政府债券市场已经完全实现了市场化的运作，因而，一旦某个地方政府申请破产，投资者们就会对该州的整体债务偿还能力产生怀疑。因此，州政府会在保护破产地方政府资产的基础上制定债务调整计划，偏重于维护地方政府权利，债权人的利益不免受到挤压。因此，世界上实行地方政府破产制度的国家，多数都会兼容行政与司法两种手段，并将司法审查作为破产案件处理的最终选择。在南非，地方政府出现债务风险时，首先采取行政手段进行干预，努力化解财务风险，若这种干预无效，地方政府仍面临破产的危机，则转而采用司法手段。其实美国的地方政府破产也是行政与司法并用的模式。即当地方政府面临破产时，地方政府可提高税率或收费比率，增加财政储备，以提高偿债能力。但对暂时性或技术性财务风险，地方政府可与债权人直接协商，达成清偿债务的协议，按约定履行偿债义务。如上述债务风险自救机制无效，某些州政府会设立专门机构帮助地方政府摆脱债务风险。如果这一方案仍然无效，则只能依照《联邦破产法》，由司法机关适用破产程序。可见，美国的这一模式是以行政手段为前置程序，司法监督为最终程序。也就是行政手段解决不了的才通过司法手段处理，但司法手段是最后的保障性程序，因为无论如何地方政府破产案件的公正性价值至关重要。

我国对地方政府的债务风险采取的是纯行政手段。2016年11月，国务院发布的《地方政府性债务风险应急处置预案》（以下简称《预案》），应当被认为是我国关于地方政府债务风险的应对机制。《预案》规定：“省级政府对本地区政府性债务风险应急处置负总责，省以下地方各级政府按照属地原则各负其责。国务院有关部门在国务院统一领导下加强对地方政府性债务风险应急处置的指导。”《预案》的上述规定表明，我国地方政府性债务风险应急处置完全限于行政体制内部，并未提及司法权的介入。这是由于受我国财政行政主导的传统观念的支配，我国地方债的发行、使用和偿还被认为属于行政权的范畴，对其监督也封闭于行政权力体系内，而排斥司法监督。表现为：注重对地方债的问责，而忽略了对债权人的救济。然而，我国的上下级政府构成财政利益的共同体，下级政府债务重整的结果决定上级政府的财政总量，从而严重影响上级政府的财政状况和政绩指标。因此，上级政府参与下级政府债务重整，自然会维护政府的共同利益而不利于债权人。《预案》对司法监督的漠视凸显了我国地方政府债务风险处置的局限性，而且由于我国地方政府财政重整的法治化程度较低，也弱化了其救济功能及程序的公正性。

为此，应当实现我国地方政府破产的法治化，通过立法明确将地方政府破产案件纳入司法程序。当然，上级政府的行政干预仍有保留的必要，但司法程序应作为最后的保障性程序。其宪法意义在于，地方政府破产的司法程序构成一道制度屏障，保护公民的财产免受政府的进一步侵害。应当注意到，我国存在着司法地方化的问题，司法机关受制于地方政府特别是地方政府的财政部门，司法机关难以发挥对行政机关的有效监督作用，这在一定程度上限制了司法机关对地方政府破产案件审理的公正性。但这不应当成为否定将地方政府破产案件纳入司法程序的理由。无论如何，司法程序比行政程序公正性更强。正如，不能因为司法机关过分受制于行政机关而否定

将行政案件纳入司法程序一样,否则,整个行政诉讼制度变得毫无意义。

六、地方政府债务风险的责任形式——宪法责任

从某种意义上,地方政府破产责任是一种无限责任而不是有限责任。不能仅以破产清算时地方政府现有的财产为限进行清偿,而应当以未来的财政收入所得进行清偿。20世纪末21世纪初,巴西陷入了地方政府债务风险的泥潭。为此,巴西制定《财政责任法》确立了联邦“不救助”的规则,并以明确的量化指标设定了州政府在支出控制、债务上限、举债途径之禁止等多方面目标,^[31]以此确立了地方政府债务风险的法律风险。然而,基于民主宪制原理,包含地方债的预算案必须由立法机关审议通过,具有法律之形式,故被称为“措施性法律”,有别于通常意义的法律。因此,议会对地方债的预算进行审议并作出决定,承担的是一种政治责任,即宪法责任。在西方国家,因预算产生的财政风险导致的宪制危机时有发生,最终的结果可能是议会解散或内阁下台。然而,地方政府的破产只是财政破产,其政治上的法人主体资格永续,因此,地方政府破产一般不会产生地方政府整体的宪法责任。在美国,在一般情况下,地方政府一旦出现债务风险,州政府可以强势介入,其中最为彻底的一种方案为接管模式,即地方政府由州所任命的紧急管理委员会接管其职权,该紧急管理委员会拥有极为广泛的权力,有权决定原有政府工作人员是否留任,并有权进行财产变卖、税务改革、预算变更、开支审核、先期的财政重整以及决定该地方政府可否申请破产。但在特殊情况下,美国州法会撤销地方政府之政治实体资格,停止其公共权力行使,将此权力收归州所有。地方政府债务风险可能会导致地方政府的权力被取代。^[32]在日本,如果地方政府依照《地方财政再建促进特别措置法》成为财政重建团体的话,就意味着在重建期间其地方自治权被剥夺,而且其预算规模和公共服务范围要受到严格的限制。可以说,地方政府的政治实体资格被收回、地方自治权被剥夺是一种宪法责任。这一宪法责任是建立在地方自治宪法体制基础上的。

我国与西方国家的宪法体制迥异,所以地方债的预算可能会产生财政风险,但不会导致宪制危机。因为地方政府并不具有独立的公法人资格,很难追究地方政府整体的宪法责任。所有预算蕴含的债务风险都会被一院制的代议体制及政治化的纪律责任所消解。但这并不意味着,因地方债的预算产生的风险不存在宪法责任。2018年7月17日,财政部通报安徽、宁波、云南、广西

[31] 具体包括:其一,支出控制。它为各州及其政府分支确定了非常刚性、细化的支出上限。州人事支出不得超过当前净收入的60%,每个分支的人事支出上限是立法3%、司法6%、行政49%、检察官办公室2%。在州长、市长任期结束之前的180日内,不得增加人事支出。如果人事支出超过上述限制,则超出部分必须在此后的两个四月期内被减除。其二,债务上限。各州预期的借款收入不得超出年度《预算法》草案中的资本支出。联邦总统向参议院提交各州总债务数额上限的提案,由后者批准。如果州总债务在四月期结束时超出了其上限,它必须下面的三个四月期结束前减至法定上限之内,第一个四月期最低削减不少于25%。其三,举债途径之禁止。禁止联邦政府以直接或间接方式接手各州债务,禁止一州向其所控制的金融机构借款,禁止以预期收入为担保进行借款。禁止中央银行购买各州的政府证券、将州债券转为联邦公债(地方债)和授予担保。通过这些禁止性规定,《财政责任法》堵住了此前各州举债的各种途径。参见谭道明:《巴西化解和防控地方债务危机的启示》,载《法学》2014年第4期。

[32] See Omer Kimhi, Reviving Cities, Legal Remedies to Municipal Financial Crises, 88 (3) *Boston University Law Review*, 641 (2008), 转引自前引[7], 张力毅文。

等地违法违规举债，对地方人大违法违规出具决议举债的，由上级人大常委会或本级人大全体会议作出决议，撤销原违法违规决议。这是我国首次由上级人大常委会撤销下级人大关于地方债的决议。可以说，这是地方人大承担的关于地方债的宪法责任。然而，令人困惑的是，这一宪法责任的追究却是由财政部通报的。这表明，上述责任并未作为宪法责任而是作为“违反财经纪律”处理的，财政的宪法责任被遗忘是集体无意识的结果。

可见，地方政府债务风险的宪法责任是现实存在的，只不过可能的宪法责任通常会被转化为实际的法律责任甚至是纪律责任。在上述财政部的通报中，同时对负有主要领导责任的时任地方人大常委会领导给予党内警告、行政记过等党纪政纪处分。^{〔33〕}笔者认为，这不符合宪法中关于国家机构的组织原则。与行政机关的首长负责制不同，人大是合议制机关，审议的事项由集体决议，因此，人大对集体决议的结果应当集体负责，人大常委会领导不应当承担个人责任。上述宪法责任的消解意味着权力与责任的分离，“罚不当责”的结果是地方政府债务风险得不到根本的治理。

在我国当下宪法责任缺失的情况下，应当加强人大及专门机关对地方政府财政权力的责任追究。通过预算的事先监督、审计的事后监督以及国家监察机关的特别监督来追究地方政府的财政责任。

七、余 论

地方债作为公债，属于公法范畴，相应地，地方政府破产应当纳入公法调整的范围。由于普通法传统，美国《联邦破产法》作为统一的破产法典在第九章专门规定地方政府破产。^{〔34〕}属于大陆法系的日本并未制定专门的地方政府破产法，但出台了《地方财政再建促进特别措置法》，该法相当于专门的地方政府破产法。我国秉承大陆法的特色，注重区分公法与私法，在《企业破产法》之后，单独制定《地方政府破产法》应当顺理成章。《地方政府破产法》应明确地方政府要承担的债务风险责任，在地方政府资不抵债时，允许地方政府宣告破产，并规定债务重组及债务清偿程序，确定上级及中央政府的责任。^{〔35〕}我国《地方政府破产法》的制定应符合我国的宪法体制，应明确政府可以申请破产的条件、标准，政府破产保护的司法救助程序和制度等内容。^{〔36〕}这是成熟的市场经济国家法律体系的重要组成部分，也是国家治理现代化的要求。

〔33〕 另一起违规发债的典型案件是：2016年8月，云南省宜良县金汇国有资产经营公司与光大兴陇信托公司签订信托融资协议，计划融资金额5亿元。宜良县人大常委会出具决议，承诺将该笔融资资金列入县本级财政公共预算，按时足额偿还贷款本息；宜良县人民政府签订了关于“财产信托标的债权”的《债券债务确认协议》，承担无条件和不可撤销的标的债权支付义务；宜良县财政局出具将相关偿付“财产信托标的债权”列入财政预算和中期财政预算的函。截至2017年2月底，该笔融资到位4.24亿元。整改期间，相关承诺函被撤回。对相关责任人问责处理情况包括，对负有主要领导责任的宜良县人大常委会副主任马某（时任宜良县委常委、常务副县长）给予党内严重警告处分。对负有主要领导责任的宜良县政协副主席许某（时任宜良县人大常委会副主任）给予行政记过处分。

〔34〕 美国《联邦破产法》第九章规定的政府破产不适用联邦政府与州政府，只适用于包括市、县、镇等的“政治性分支”。

〔35〕 参见周潇泉：《未来需研究地方政府破产法》，载《21世纪经济报道》2014年11月13日。

〔36〕 张婉苏：《中央政府不救助地方政府债务的纠结、困惑与解决之道》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2016年第5期。

尽管我国尚无《地方政府破产法》，但《预案》所要解决的其实就是地方政府破产的问题。《预案》虽然还不是严格意义上的法律，但其提供了我国地方政府债务风险的应对方案。就总体而言，地方政府的破产机制应该由两部分组成，首先是事前控制和规范，预先防范地方政府财政恶化陷入破产的境地，其次是地方政府破产时的重整。后者是下策，但却构成地方政府破产机制的主要内容。

我国 2016 年修改的《企业破产法》扩大了该法的适用范围，但并未当然也不可能将地方政府破产作为其调整范围。但政府破产与企业破产具有一定的相似性。在美国，地方政府破产程序在一定程度上是仿照公司破产制度设计的，因为地方政府与公司确实具有较大的相似性。正如地方政府的成立，主要是为当地居民提供公共产品，而公司之成立，主要是为了向社会大众提供产品和服务；就治理模式而言，围绕本地居民、代议机关、行政机关设计的地方政府治理模式，也颇类似于由股东、董事会、法人代表组成的公司治理结构。^{〔37〕}因此，笔者认为，在我国《地方政府破产法》出台之前，地方政府的破产程序可以准用我国现行的《企业破产法》，其意义在于可将地方政府破产纳入司法程序，以确保地方政府破产的合法性和公平性。

Abstract: The local government debt risk follows the constitutional logic. As long as the demand for civil rights is still there, there is no reason for the government to go bankrupt. Therefore, local government bankruptcy is only financial bankruptcy but not administrative bankruptcy. In the process of local government bankruptcy reorganization, the basic public services provided by local government to protect the people's livelihood are prior to the claims of local debts. Only by resorting to the democratic system can we control the government's right to issue debt from the source and then fundamentally eliminate the local government's debt risk. Only local autonomy and financial autonomy can establish the financial responsibility of the local government, and the legalization of the relationship between the central government and the local government is the basis of defining the responsibility of the local financial subject. In order to ensure the fairness of bankruptcy procedure, judicial supervision should be the final safeguard procedure.

Key Words: local government debt, local government debt risks, local government bankruptcy, local financial autonomy

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔37〕 See Kevin A. Kordana, Tax Increases in Municipal Bankruptcies, 83 (6) *Virginia Law Review*, 1055 - 1058 (1997).

中国公司法产生源流考 ——以日本法的影响为视角

朱大明*

内容提要：在我国公司法的历史上，作为第一部完整规定公司制度法律的 1904 年《钦定大清商律》、作为第一部单行法的 1929 年《公司法》以及 1914 年《公司条例》具有重要的意义。这三部法律文件不仅在内容上存在差异，同时各自所面对的立法背景与立法环境都存在很多的不同。这三部法律文件之间具有内在关系，其中包含对于今天公司法完善仍然有益的信息，这有助于更深刻地了解我国公司法自身，而且对于未来公司法的发展具有重要意义。

关键词：大清商律 商事立法 法律移植 公司法的历史

一、序 言

我国最早的公司法一般认为是 1904 年 1 月由清政府颁布的《钦定大清商律》。《钦定大清商律》共有两编，第一编为《商人通例》，第二编为《公司律》。虽然《公司律》只是作为《钦定大清商律》的一编，并不是一部独立的法典，但是毫无疑问，《钦定大清商律》是我国第一次以法典的形式确立了公司这种经营组织，也是我国第一次建立了一套较为完整的公司制度，具有划时代的意义。

我国第一部作为单行法的《公司法》是 1929 年由中华民国政府正式颁行的。该《公司法》在大陆地区一直适用到 1949 年中华人民共和国建立为止，在我国台湾地区沿用至今。1929 年《公司法》不仅在我国实施的时间较长，更重要的是它真正确立了我国公司法相关的诸多基本理论与基本制度。1929 年《公司法》作为我国第一部较为完备的公司法在我国公司法的历史上具有重要意义。

* 朱大明，北京大学国际法学院副教授。

在1904年《钦定大清商律》与1929年《公司法》之间,我国还有一部经常会被遗忘的重要法律文件,那就是中华民国政府于1914年颁布的《公司条例》。1914年的《公司条例》由于未经立法程序,而是以大总统令的方式颁布的,因此从严格意义上来说,其并非一部法律。但是,从中国公司法法统的传承上来说,1914年颁布的《公司条例》不仅是1929年《公司法》的源头,而且也是1904年《钦定大清商律》与1929年《公司法》之间的连接点。从1914年到1929年近15的时间里,《公司条例》不仅发挥着一部公司法的作用与功能,而且也作为日后1929年《公司法》的正式出台积累了大量的经验与教训。因此,《公司条例》在我国公司法最初的形成与发展中具有不可忽视的作用。

在历史的长河里,这三部法律之间究竟是一种什么样的关系?它们对中国公司法日后的发展究竟发挥了什么样的作用?这对于今天我国公司法的发展而言,仍然是值得思考的重要问题。大量的公司法制史的文献中都指出中国公司法产生的初期受到了日本法的较多影响。本文希望全面梳理对我国公司法的建立与发展具有重要意义的三部法律的制定过程以及三者之间的内在关系,并在此之上,试探寻日本法对我国公司法的产生以及发展初期究竟具体产生了哪些影响。此外,伴随着我国经济的迅猛发展,我国公司法的实践与理论积累已经远不是百余年前公司法建立之初的场景。采纳万国之精华,构建中国公司法的完整理论、实现公司法的现代化已经成为当前公司法学界的重要使命。而面对未来,我们更有必要回顾我国公司法成立的艰难历程,从历史的角度更深刻地去认识自己,这对于完善我国公司法具有重要意义。

二、中国公司法演进的明线

首先有必要对1904年《钦定大清商律》、1914年《公司条例》以及1929年《公司法》这三部法律的基本情况来进行一个整理与说明。

(一) 1904年《钦定大清商律》

1904年1月清政府颁布了《钦定大清商律》。这是我国历史上第一部也是到目前为止唯一的一部商法典。《钦定大清商律》共计两编,其中第一编为《商人通例》,共有九个条文,第二编为《公司律》,共有131个条文。^{〔1〕}

大清商律的起草时间非常短,从1903年4月开始起草到1904年1月草案被批准一共只有九个月的时间。^{〔2〕}因此,可以说大清商律的出台非常仓促,作为我国第一部公司法典,显然其内容并没有经过慎重的研究与设计。

不仅如此,在制定大清商律的时候,我国尚没有制定民律(民法),^{〔3〕}未有民法、先有商

〔1〕《钦定大清商律》第二编《公司律》作为一部公司法来看的话,内容非常完整,全文共由十一节构成。其中,第一节是公司分类及创办呈报法,第二节是股份,第三节是股东权利各事宜,第四节是董事,第五节是查账人,第六节是董事会议,第七节是众股东大会,第八节是账目,第九节是修改公司章程,第十节是停闭,第十一节是罚则。因此,从内容上来看《公司律》可以说是一部完整的公司法。

〔2〕1903年4月22日清政府任命载振、袁世凯、伍廷芳三人作为修律大臣,共同主持《钦定大清商律》的编纂,由此正式启动了《钦定大清商律》的立法工作。到《钦定大清商律》草案于1904年1月21日被批准正式成为法律,共耗时大约九个月。

〔3〕我国历史上第一部民法典草案《钦定大清民律草案》完成于1911年,由于清王朝的覆灭该草案并没有成为法律。

法，这是一种并不正常的现象。即使是在清末，当时我国的学术界也已经较为广泛地接受了商法是民法的特别法之一的基本理念，因此，从逻辑上来说，当然应当首先制定作为私法一般法的民法。^{〔4〕}那么，清政府为什么要如此仓促地制定大清商律？事实上最重要的理由并非是出于对立法本身相关问题的考虑，而是由于当时列强经常以中国缺乏完善的商事制定法为拒绝清政府收回领事裁判权的理由。^{〔5〕}因此清政府急切地希望通过颁布商法典彰显商事制度立法的完备，尽快收回领事裁判权。^{〔6〕}

《钦定大清商律》的内容参考了英国、德国以及日本等许多国家的法律制度，并没有刻意地依照某一个国家的制度来构建，因此也谈不上受某一个国家的影响极深。但是，仍然值得注意的是，大清商律的主要起草人伍廷芳^{〔7〕}曾在英国留学，并取得了英国的大律师执照，由此可以合理推测，大清商律在设计上会较多地参考英国的法律制度。^{〔8〕}

大清商律颁布以后，很多人批评大清商律只是照搬了外国的法律制度，并没有兼顾我国固有的商事习惯，因此，清政府于1906年决定启动修改大清商律的工作。关于大清商律的修改本文会在后面进行详细说明。

（二）1914年《公司条例》

1914年由中华民国北京政府颁布的《公司条例》是我国历史上第一部作为单行法规的公司法，但是，《公司条例》并未经过严格的立法程序，它是将清末的《修订大清商律草案》进行简单修改之后，以大总统令的方式颁布的，因此并非法律意义上的法律。^{〔9〕}大总统令的立法方式相比通过立法程序制定一部法律，程序较少因此也更加便捷迅速。

为什么要简单地修改《修订大清商律草案》，匆忙推出《公司条例》？其中的原因主要来自两个方面：一方面是在清朝法统断绝、不能继续沿用《钦定大清商律》的背景下，为了解决社会经济发展对制定公司法的迫切需求；另一方面，在民商分立的立法理念之下，中华民国政府另有制定包括公司法在内的商法典的计划，所以《公司条例》的颁布最终没有选择通过严格的立法程序而采用了大总统令的方式。

《公司条例》实施后民国政府严格执行，有力地促进了公司制度在我国的普及。当时发生了

〔4〕事实上，当时也有学者批判大清商律，认为中国未有民法，先有商法，不免有倒置之消矣。参见苗延波：《中国商法体系研究》，法律出版社2007年版，第143页。

〔5〕领事裁判权在当时已经不仅仅是一个治外法权的问题，更使当时国人感觉居于世界劣等地位，在与外国的交涉中国家不享有平等地位，所以当时的清政府迫切希望解决领事裁判权的问题。西方各国不归还领事裁判权的主要理由在于认为中国法律制度落后。英国政府更是明确表示，如果清政府可以完善法律制度，英国可以放弃领事裁判权。参见王铁崖主编：《中外旧约章汇编》（第二册），三联书店1957年版，第188页。

〔6〕参见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第241页。

〔7〕清政府任命了载振、袁世凯、伍廷芳三人作为修律大臣，共同主持《钦定大清商律》的编纂。载振和袁世凯都是当时清政府的重臣，也没有文献表明载振和袁世凯熟悉商法制度，因此可以合理推测载振和袁世凯只是名义上的编写负责人，而实质上承担编纂工作的应该是伍廷芳。伍廷芳是我国近代著名的法学家，对我国近代的立法发挥了重要的作用。

〔8〕有学者指出，大清商律的内容主要参考了英国法，参见季立刚：《民国商事立法研究》，复旦大学出版社2006版，第31页；也有学者认为1904年《钦定大清商律》的内容中有五分之三参考了日本法，五分之一参考了英国法，参见魏淑君：《近代中国公司法史论》，上海社会科学院出版社2009版，第65页。但是，笔者仔细研究了大清商律的内容后认为，大清商律与其说主要参考了英国公司法或是日本法，不如说在编纂的过程中，更多地从英国法的理论或者理念出发制定了大清商律，从制度的直接比较来看，德国法与日本法的制度也并不少。

〔9〕大总统令的方式由于没有经过国会审议批准的过程，其性质类似于我国目前立法体系中的行政法规。

一个著名事件,即1918年南阳烟草无限公司要将公司的组织形式变更为股份有限公司,在修改公司章程时,在章程中规定“简照南”为公司永远的总理(根据《公司条例》的规定,当时公司的经理被称为“总理”)。农商部作为公司的政府登记机关在进行登记时,认为《公司条例》中不允许一个自然人可以作为公司永远的经理,因此做出了不予登记的决定。^[10]该事件发生后,公司,特别是相对比较大的公司都开始认真遵守《公司条例》。^[11]在“重刑轻民”的长久历史传统观念之下,《公司条例》开始逐渐获得国民的重视与尊重。这对于我国一般大众在思想上真正接受公司这一新型的商业组织、接受公司的相关制度、接受公司法制具有重要的意义。

《公司条例》不仅在法律理论、立法技术等方面可以说非常先进,^[12]也给公司提供了更好的法律环境,奠定了公司这一种商业组织形式在我国迅速发展起来的基础,^[13]促进了民国初期的经济发展。^[14]从1912年到1921年,新设立的公司达794家。新设公司平均每年有约80家。^[15]《公司条例》实施前,从1903年到1908年间,新设公司的总数为265家,平均每年有约44家。^[16]

(三) 1929年中华民国《公司法》

1914年《公司条例》施行后,在经过两次修改之后,^[17]中华民国南京政府决定制定新的公司法。^[18]

当时的中华民国政府计划制定民法典和商法典,分别设置了民法起草委员会和商法起草委员会。^[19]同时,根据商法起草委员会的决定,任命时任立法委员的卫挺生^[20]具体负责公司法的制定工作。^[21]

根据当时中华民国的立法要求,在制订新法律的草案之前,必须先制定法律草案的“立法原则”和“立法政策”。^[22]因此,按照这样的原则,新公司法在起草过程中,也首先制定了一部《公司法原则》作为公司法立法的基本原则与基本的立法政策。^[23]《公司法原则》是在1929年8月的第191次中央政治局会议上通过的。^[24]

[10] 参见中国社会科学院上海经济研究所编:《南洋兄弟公司史料》,上海人民出版社1985版,第13页。

[11] 参见前引[8],魏淑君书,第100页。

[12] 参见前引[4],苗延波书,第71页。

[13] 参见前引[8],魏淑君书,第103页。

[14] 参见前引[4],苗延波书,第72页;前引[8],魏淑君书,第102页。

[15] 参见前引[8],魏淑君书,第103页。

[16] 参见前引[8],魏淑君书,第103页。

[17] 关于1914年中华民国《公司条例》的修改,第一次是在1915年9月21日进行,第二次是在1923年5月8日进行。

[18] 参见前引[8],魏淑君书,第136页。

[19] 参见前引[4],苗延波书,第146页;前引[8],魏淑君书,第136页。

[20] 卫挺生,湖北人,1906年留学日本大成中学,1911年公费留学美国哈佛大学。回国后,担任复旦大学经济系主任、中央大学会计系教授,1927年后长期担任国民政府立法院的立法委员。曾负责起草过税政管理法、会计法、统计法、公司法等的法律草案。

[21] 参见前引[8],魏淑君书,第136页。

[22] 参见前引[8],季立刚书,第53页。

[23] 参见王效文:《中国公司法论》(复刻版),中国方正出版社2004版,第5-11页。

[24] 参见前引[23],王效文书,第10页。《公司法原则》中除了无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司以外,还规定了保证有限公司。对此,商法起草委员会提出,保证有限公司是一种新的公司形式,其立法应当慎重进行。因此,根据当时立法院院长胡汉民的提案,第206次中央政治局会议中决议通过了《公司法原则保证有限公司一章暂行保留并另订单行法案》,事实上删除了《公司法原则》中规定的保证有限公司。参见前引[8],魏淑君书,第136页。由于随后也没有制定与保证有限公司相关的特别法律,保证有限公司也昙花一现地从我国公司法的历史上消失了。参见前引[23],王效文书,第26页。

根据《公司法原则》，商法起草委员会于1929年12月4日完成了《公司法草案》的制定，该草案在民国政府立法院第64次会议上正式通过。1929年12月26日南京政府颁布了《公司法》，新的《公司法》于1931年7月1日起正式开始实施。

1929年中华民国政府颁布的《公司法》是中国历史上第一部作为单行法的公司法。从1904年《钦定大清商律》到1929年《公司法》，我国公司法从落地到发展已经经过了25年的时间，这25年中，公司制度作为一种经营组织渐渐深入人心，公司制度的诸多基本制度以及相关的概念已经被社会大众所逐渐接受。并且在此期间，我国公司法的实践与理论积累已经有了长足的发展，1929年《公司法》对于公司制度的诸多问题进行了反复地讨论，从内容上来看，相比1914年《公司条例》，1929年《公司法》在许多方面都得到了极大地完善与改进，被评价为“是一部比较完整的现代公司立法”^[25]。

1929年《公司法》对于公司法中很多的基本问题、重要问题进行了规定。这也是对我国多年来实践公司制度中所涉及的诸多问题的一种确认，是一部在我国公司法建立与形成过程中具有代表意义的法典。

三、中国公司法演进的暗线：被忽视的《修订大清商律草案》

（一）《钦定大清商律》的修订

1904年《钦定大清商律》编纂时间仅有九个月，在制定过程中也未针对商事活动中的问题征求我国商人阶层的意见，绝大多数条文只是原封不动移植了外国法律的条文，因此在《钦定大清商律》出台之后，很多人批评其规定中存在许多不符合我国商业习惯的规则。^[26]因此，清政府于1906年决定启动对《钦定大清商律》的修改工作。^[27]

为了完成大清商律的修订，清政府决定聘请一位外国专家来华负责起草修改草案。最初，清政府希望聘请日本著名的民法学家梅谦次郎博士，但是，当时梅谦次郎博士已经担任了韩国的法律起草顾问，所以无法分身，后经梅谦次郎博士的推荐，清政府聘任参加过日本商法典起草工作、时任东京高等商业学校（现日本国立一桥大学的前身）教授的志田钾太郎博士为修订法律馆的外国顾问，负责起草《钦定大清商律》的修订草案。

1909年志田钾太郎完成了《钦定大清商律》的修订草案，该草案包括总则、商行为、公司、海商、票据共五编，全文共计1008条。从外观来看，其体例与1899年通过的日本《商法典》完全一致。后人将志田钾太郎博士负责起草的《钦定大清商律修改草案》称为“志田案”。^[28]

当时我国工商界认为志田钾太郎博士负责起草的大清商律修改草案大量参考日本商法，与我国国情不符，因此极为反对，并最终由上海立宪公会发起^[29]设立了商法起草委员会，实地考察

[25] 前引〔8〕，魏淑君书，第141页；前引〔8〕，季立刚书，第149页。

[26] 参见前引〔8〕，季立刚书，第27页。

[27] 参见前引〔8〕，魏淑君书，第64页。

[28] 例如，前引〔8〕，魏淑君书，第66页。

[29] 上海立宪公会倡议自行编纂商法的建议得到了上海商务总会、上海商学公会的赞成，三会共同作为发起人制订商法草案。参见前引〔8〕，魏淑君书，第70页。

我国商事习惯、参考世界各国最新立法例，并经过全国商会共同讨论，自行编纂了商法草案，请求政府加以实施。该草案共完成了《商法总则》与《公司律》两编。清政府采纳了该草案，并对草案进行逐条考校之后形成了共计367条的新的修改草案，并将其定名为《修订大清商律草案》，经宪政编查馆审核后提交给资政院进行审议，但是资政院未及通过清政府就灭亡了。（为了方便区别，本文以下将志田钾太郎博士负责起草的大清商律修改草案简称为《志田案》，将上海立宪公会主导起草的商法草案简称为《商法草案》，将清政府提交资政院审议的大清商律修改草案简称为《修订大清商律草案》。）

虽然中华民国政府成立后，以《修订大清商律草案》中的《公司律》为蓝本，几乎原封不动地制定了《公司条例》，但是，《修订大清商律草案》作为一部法律修改草案，其本身最终没有直接成为一部法律。

（二）志田钾太郎博士在我国公司立法中的作用

虽然很多公司法制史的文献中都提到了志田钾太郎，但是基本都是停留在简单介绍的程度，笔者认为有必要对其进行更为深入和全面的研究与说明。

整理我国现有的文献，提到志田钾太郎博士的地方大致有如下几处：第一，清政府聘请其负责起草大清商律修改草案。^{〔30〕}第二，在我国民商法立法模式讨论的过程中，志田曾针对我国的立法模式，明确表达了自己反对民商分立，赞成民商合一的观点。同时，志田也认为，作为权宜之计，为了收回领事裁判权，可以先行制定商法典。^{〔31〕}第三，志田在负责起草大清商律修改草案的同时担任京师法律学堂的教习，在京师法律学堂教授商法。^{〔32〕}这些信息并不足以让我们完整地了解志田，更无法让我们在本就很模糊的历史中寻找志田在我国公司法形成过程中真正发挥的作用。

志田钾太郎1868年出生于日本东京，1894年毕业于日本东京帝国大学法科大学（日本东京大学法学部的前身），同年进入东京帝国大学法科大学大学院（相当于今天的研究生院）继续学习，主要研究方向为公司法与保险法。1896年大学院在读期间经东京帝国大学法科大学教授、也是志田的大学院指教教授穗积陈重的推荐被任命为法典调查会商法修改委员会辅助委员。^{〔33〕}这可以说是志田人生中最为重要的一次经历。

1890年通过的日本第一部《商法典》由于出自德国人罗斯勒（Karl Friedrich Hermann Roesler）之手，^{〔34〕}（1890年通过的日本《商法典》是日本历史上第一部商法典，这部《商法典》在日本商法学界一般被称为《旧商法典》），在日本一经颁布就受到了日本社会各界的激烈批评。在这样的

〔30〕 许多文献中都提到了这一点，例如，李秀清：《中国近代民商法的嚆矢——清末移植外国民商法评述》，载《法商研究》2001年第6期；前引〔8〕，魏淑君书，第67页。

〔31〕 参见前引〔6〕，何勤华、李秀清书，第241页。

〔32〕 参见李贵连：《近代中国法律的变革与日本影响》，载《比较法研究》1994年第1期。

〔33〕 志田俊郎『志田钾太郎の生涯』（文艺社、2015年）41页参照。

〔34〕 日本商法典的编纂最早是于1876年聘请了荷兰人阿达姆拉帕德（Adam Rappard）来帮助起草，但是阿达姆拉帕德最终只是将法国《商法典》翻译了一遍而已，最终遭到了日本的弃用。1881年日本明治政府聘请德国人罗斯勒（Karl Friedrich Hermann Roesler）再次开始起草商法典，罗斯勒于1884年完成了商法典的草案编纂，该草案经过多次讨论最终在1890年通过了国会讨论，正式成为了法律。但是，由于反对声音非常强烈，该《商法典》的实施被多次推迟，最终于1898年正式开始施行。

背景下，1893 年日本政府决定由日本人自己来起草一部商法典。这次的商法典起草在当时可以说是万众瞩目。

日本政府于 1893 年成立了“法典调查会”，全面负责修改日本商法典的工作。^{〔35〕}法典调查会中设置了商法修改委员会的起草委员三名以及辅助委员两名，志田钾太郎被任命为辅助委员。^{〔36〕}1896 年法典调查会制定了《商法修改理由书》，其中志田钾太郎负责撰写了公司法的部分。法典调查会最终于 1899 年完成了商法修正案的起草，该商法修正案于 1899 年在日本国会审议通过，正式成为了法律（这是日本商法史上第二部《商法典》，也是日本至今仍然在实施的现行《商法典》。日本商法学界一般将其称为《新商法典》）。

1897 年志田钾太郎开始担任东京高等商业学校的教授（到 1919 年）。1898 年被日本政府派遣到德国与法国学习商法，^{〔37〕}1902 年回国。1903 年被东京帝国大学法科大学授予法学博士学位。^{〔38〕}1904 年开始担任东京帝国大学法科大学兼职教授。1908 年受清政府邀请，^{〔39〕}来华担任法律修订馆顾问，同时还兼任京师法律学堂教习。1914 年被中华民国政府授予四等瑞宝勋章。

志田钾太郎 1912 年离华回到日本，1919 年转任日本明治大学，1940 年任日本明治大学校长，1951 年逝世。^{〔40〕}

志田钾太郎的研究主要集中在商法，特别是商法总则、公司法与保险法等领域。

作为日本早期的一位杰出的商法学者，志田钾太郎不仅熟知日本商法的情况，同时对于德国与法国的商法也有较深的了解，并且还具有编纂日本商法典的经历，因此可以说是帮助中国修法的一位合适的人选。

1899 年通过的日本《新商法典》本身就是由于日本对于由德国人起草的商法典极为抵触而出现的产物，因此可以推测志田钾太郎对于以我国工商界为首反对他负责起草商法典的中国民众心理非常了解，同时志田钾太郎还在中国担任京师法律学堂的商法教习，因此有理由推测志田钾太郎会尽可能地宣传自己制定大清商律草案的想法以及其对公司法制度的理解。^{〔41〕}

从时间上来看，志田钾太郎于 1908 年至 1912 年受清政府的邀请在中国工作了大约四年，在此期间，不论是其负责的《志田案》还是由上海立宪公会主导起草的《商法草案》都顺利完成。

〔35〕 法典调查会的负责人为伊藤博文。法典调查会虽然任命了 3 位商法起草委员会委员，但是，并没有让各位委员分担一部分章节各自起草，而是采用合议的方式共同起草。合意起草商法典的方式是经过慎重讨论决定的。高田晴仁「明治期日本の商法編纂」企業と法創造 2 号（2013 年）67 頁参照。

〔36〕 日本政府对于商法典的起草共任命了三名起草委员以及两名辅助委员。三名起草委员为梅谦次郎、田部芳、冈野敬次郎，两名辅助委员为志田钾太郎，加藤正治。两名辅助委员都是当时东京帝国大学法科大学的在读学生。

〔37〕 志田钾太郎赴德国与法国主要研究公司法与保险法。参见前引〔33〕，志田俊郎书，第 57 页。

〔38〕 志田钾太郎获得的东京帝国大学法学博士学位并非通过课程学习授予，而是按照日本旧教育体制，通过大学推荐的方式，由日本文部大臣（相当于教育部长）授予。这种制度也称为推荐制博士学位。这种博士学位授予机制被后世认为是一种对过往功绩的综合评价，可以说是一种荣誉称号。参见前引〔33〕，志田俊郎书，第 95 页。

〔39〕 清政府并非直接找到志田钾太郎，而是首先给日本政府发文，然后日本政府向东京帝国大学发了照会，后由梅谦次郎经东京帝国大学向日本政府推荐了志田钾太郎，清政府才最终选定了志田钾太郎。而志田钾太郎本人对于接受清政府邀请赴中国负责编纂商法典本身并没有特别的积极，当然反之也没有特别的抵触，其中梅谦次郎的举荐或许是志田钾太郎最终决定接受清政府聘请的一个重要原因。参见前引〔33〕，志田俊郎书，第 146 页。

〔40〕 志田钾太郎『日本商法典の編纂と其改正』（復刻版）（新青出版社、1995 年）159 頁参照。

〔41〕 关于这一点，可以参考后来出版发行的京师法律学堂笔记——商法总则、会社、商行为等著作。参见志田钾太郎口述，熊元襄编：《商法总则》（复刻版），上海人民出版社 2013 年版；志田钾太郎口述，熊元襄、熊仕昌编：《商法、会社、商行为》（复刻版），上海人民出版社 2013 年版。

虽然志田钾太郎制定的《志田案》最终没有成为修改草案的正本,但是,很难想象完成时间晚于《志田案》的《商法草案》在内容上完全不受《志田案》的影响,^[42]也很难想象对于由民间主导的《商法草案》在制定的过程中提出的对《志田案》的批评或者说是不同意见,志田钾太郎会完全不加以说明。

综上所述,志田钾太郎对于我国公司法形成的影响可能存在于两个方面。一方面,从客观上来看,志田钾太郎受清政府委托完成了《志田案》,并完整地向大量的中国学生讲授了商法的理论与制度。另一方面,可以合理推测,首先,大量的优秀中国学生在学习商法的过程中受到了志田钾太郎的影响,从而间接地受到了日本法的影响,这种影响可能更多是在商法的理念上、具体公司制度的认知上。其次,《志田案》虽然最终没有成为大清商律的修改草案,但是,《志田案》是当时的官方文本,其对社会所产生的意义必然是深远的。这种影响主要集中在我国最终完成的《修订大清商律草案》的具体制度设计上,它将直接影响到后来的1914年《公司条例》以及1929年《公司法》。我们从表面可以看到某些公司法制度确实参考了日本法,但究竟是由于受到了志田钾太郎的影响还是我们进行了慎重的思考与判断做出的选择今天已经很难考证了。

(三)《修订大清商律草案》与《志田案》之间的关系

从结果上来看,清政府最终提交给资政院审议的修改文本是以上海立宪公会主导起草的《商法草案》为蓝本制定的,由此产生两个问题:第一,这是否意味着清政府放弃了作为官方文本的《志田案》呢?第二,《志田案》是否只是一个日本商法典的翻版,没有吸收中国的商事习惯呢?

关于上述第一个问题,首先必须指出的是,有些文献指出《志田案》由于社会的反对最终被清政府抛弃。^[43]这样的说明并不符合事实。按照清政府的原计划,大清商律的颁布时间是在1913年,而实施时间为1915年。^[44]但是,1909年清政府认为大清商律的修改计划需要提前,而此时《志田案》尚未全部完成,由于大清商律中“商法总则”与“公司”两部分最为紧要,而上海立宪公会主导起草的《商法草案》不仅符合我国的商事习惯,更得益于精通商事法律的实务界人士博采众长的精细制订,^[45]因此清政府决定以上海立宪公会等民间主体起草的《商法草案》为蓝本制订一个临时法案,先对大清商律中最为紧要的“商法总则”与“公司法”两个部分进行修改,然后等《志田案》全部完成后,再对大清商律进行全面修改。简单来说,《修订大清商律草案》只是一个临时法案草案,而《志田案》才是大清商律的真正修改草案。而且,《志田案》是一个完整的修改草案,是一部完整的商法典草案。而《修订大清商律草案》只包括《商法总则》与《公司律》两编内容,并不是一个完整的商法典草案。所以,根本没有《志田案》被清政

[42] 上海立宪公会等还制定了《公司律调查案理由书》,仔细观察《商法草案》以及《公司律调查案理由书》的具体内容,可以发现《商法草案》里的规定大量地参考了日本法与德国法,考虑到当时志田钾太郎在中国作为官方聘请的专家负责大清商律修改草案的起草,可以合理推测《商法草案》的形成一定会或多或少地受到《志田案》的影响。关于《商法草案》以及《公司律调查案理由书》的具体内容可以参考张家镇、秦瑞玠、汤一鶚、孟森、邵义、孟昭常编著:《中国商事习惯理由与商事立法理由书》(复刻版),中国政法大学出版社2003年版。

[43] 参见前引[30],李秀清文。

[44] 参见顾明晔:《清末商事法制变革及其现代启示——兼论商事法律移植》,南京师范大学2006年硕士学位论文,第11页。

[45] 上海立宪公会等民间团体起草的商法草案是由秦瑞玠、孟昭常两人作为代表通过邀请全国各地商会派代表开会商议等形式最终完成的。参见前引[8],魏淑君书,第70页。

府抛弃的问题。

关于上述第二个问题,《志田案》本身确实更多只是一个日本商法典的翻版。但是,《志田案》只是志田钾太郎负责修改大清商律所提出的一个尚未最终完成的草案。事实上,清政府修改大清商律的过程中,可以说是极为重视我国商事习惯的调查。并且从1907年开始清政府的法律修订馆就通过在全国各地方设立专门机构、派专人等方式在全国各地大规模调查商事习惯,由于各个地方的调查进展并不一致,至清朝灭亡都尚未全部完成。^[46]因此,事实上,《志田案》只是一个尚未最终完成的修改草案的初稿或者是基本方案,根据清政府的计划,尚需要全面揉入我国的商事习惯之后才会成为最终的修改草案。

四、民商法立法模式的摇摆——公司法定位的形成

近年以来,由于我国制定民法典,民商法的关系以及我国民商法的立法模式成为学术界乃至社会关注的热点问题。毫无疑问,民商法立法模式将会直接影响公司法在整个法律体系中的定位。虽然今天无论是我国法律的实际情况还是法学理论研究,都认为我国是采用民商合一的立法模式,但是,事实上,关于我国的民商法立法模式,早在我国公司法制定之初,就曾在我国立法界与理论界发生过至少两次激烈争议。第一次是发生在制定大清商律的时候,第二次是发生在制定1929年《公司法》的时候。值得注意的是,在不同的民商法立法理念之下,公司法在法律体系中的定位是存在差异的。

(一) 关于民商法立法模式的争议

1. 制定1904年《钦定大清商律》时的第一次争议

从结果上来看,清政府于1904年颁布了大清商律,于1911年颁布了大清民律,从而在立法结构上明确采用了民商分立的立法模式。事实上,在1904年《钦定大清商律》制订之前以及大清商律颁布后进行修订的过程中,围绕着我国的民商法立法模式发生过争议。

时任翰林院侍讲的朱福诜主张,我国应当采用“民商合一”的立法模式,其主要理由是当时的日本著名法学家梅谦次郎^[47]主张民商合一,虽然在日本没有实现,但是我国可以利用后发优势,集各国之大成。^[48]对此,清政府负责法律修改的核心人物沈家本提出了著名的“法律继受论”,认为我国立法主要参考的国家为德国、日本等大陆法系国家,而这些大陆法系国家中基本采用了民商分立的立法模式,因此,我国也应该采用民商分立的立法模式。^[49]

此外,清政府制定大清商律的一个主要动机在于尽快通过颁布大清商律,堵住外国列强的口实,来实现收回有损国家主权的领事裁判权。而在一个国家的法律体系中居于私法领域基本法地

^[46] 参见前引[8],魏淑君书,第65页。

^[47] 梅谦次郎是日本近代著名法学家,时任日本东京帝国大学(现东京大学)教授。曾担任日本民法典起草委员与日本商法典起草委员。

^[48] 朱福诜主张采用民商合一立法模式的主要理由是以日本民法学者梅谦次郎的思想作为立论支持,梅谦次郎作为日本明治时代民法典以及商法典制定的重要人物,其本人受瑞士法的影响,并不赞成民商分立的立法模式。参见聂卫锋:《中国民商立法体例历史考——从晚清到民国的立法政策与学说争论》,载《政法论坛》2014年第1期。

^[49] 参见张生:《中国近代民法法典化研究(一九〇一至一九四九)》,中国政法大学出版社2004年版,第62页。

位的民法事实上是必须要颁布的,因此,颁布了大清商律,事实上也就是默认了必然会选择民商分立的立法模式。因此,从这个意义而言,在我国历史上第一次面临民商法立法选择的问题时,清政府所作出的决定更多的是出于政治层面的考虑而非基于法学理论本身的选择。

从某种意义上而言,这样的选择是一种无奈的选择。日本制定商法典时也曾经面对同样的问题,^[50]或许也正是因此,志田钾太郎在制定《志田案》的过程中,虽然其本人并不赞成民商分立的立法模式,但是也表示作为权宜之计可以先采用民商分立的立法模式,在时间上可以先颁布商律。^[51]

正是由于清政府中负责修订法律的大臣沈家本、俞廉三等主要人物都不赞成“民商合一”的立法模式,以及尽快收回领事裁判权的政治考虑,清政府在制定以及修订《钦定大清商律》的过程中都始终坚持采用“民商分立”的立法模式。^[52]

2. 制定1929年《公司法》时的第二次争议

1904年《钦定大清商律》颁布以后,围绕着民商法立法模式的争议虽然暂时告一段落,但是,随着中华民国的成立,采用何种民商法立法模式再次成为法学界讨论的焦点问题。特别是在1929年中华民国《公司法》制定过程中,可以说围绕民商法立法模式的选择学术界的争论达到了顶峰。^[53]虽然从结果上来看,中华民国政府转而采用了“民商合一”的立法模式,但是在立法的过程中,反对采用“民商合一”立法模式的声音极为强大,当时,赞成派与反对派对于民商法立法模式进行了激烈的争论。^[54]

在这激烈的争议中,有两个外国学者的意见对我国的民商法立法模式的探讨产生了重要的影响。第一位是法国学者让·约瑟夫·爱斯嘉拉(Jean Joseph Escarra)。^[55]爱斯嘉拉于1912年发表了论文《中国私法之修订》,主张中国应当采用民商合一的立法模式,具体可以瑞士的立法例为参考对象,将已经存在的《商人通例》《公司条例》编入民法典的债法编中。具有戏剧性的是,爱斯嘉拉在被中华民国政府聘请协助起草商法典之后,其本人的观点发生了转变,改为支持民商分立的立法模式,主张中国应当建立独立于民法的商法典。^[56]

第二位是当时的日本著名民法学者我妻荣教授。^[57]我妻荣教授主张中国不应当采用“民商合一”的立法模式,而应当采用民商分立的立法模式,理由有三:第一,商法的性质不同于民法,商法是不同于民法的独立领域;第二,在立法技术上民法很难涵盖商法;第三,商法具有显

[50] 日本编纂商法典的其中一个重要理由是收回领事裁判权,这一点与我国清朝政府当时所面临的情况几乎完全一样。1894年日本与英国签署了《日英通商航海条约》,正式撤销了英国的领事裁判权(1899年开始生效)。参见前引[35],高田晴仁文,第65页。

[51] 参见前引[6],何勤华、李秀清书,第241页。

[52] 参见前引[4],苗延波书,第144页。

[53] 例如,当时的学者施霖主张引入民商合一的立法模式,并写下了有名的《民商法合一之理由》。参见前引[4],苗延波书,第148页。

[54] 参见前引[48],聂卫锋文;前引[4],苗延波书,第147页。

[55] 让·约瑟夫·爱斯嘉拉(Jean Joseph Escarra)是法国商法学家,主张中国民商法立法应当注重法律的传承,强调中国商法典应当注重法律的本土化。参见前引[48],聂卫锋文。

[56] 参见前引[48],聂卫锋文。

[57] 我妻荣是日本近代著名民法学家,时任日本东京帝国大学(现东京大学)的教授。

著的国际性。因此，必须要考虑商法应及时对应商业社会需求的特点。^{〔58〕}我妻荣教授的主张在中国产生了巨大的影响。

针对我妻荣教授的主张，时任中华民国立法院院长的胡汉民与立法院副院长林森表明了反对的观点。^{〔59〕}同时，在胡汉民与林森的支持与主导下，在1929年6月召开的中央政治会议第183次会议上通过了《民商法统一提案审查报告》，在该报告书中明确地说明了采用民商合一立法模式的理由。^{〔60〕}这也改变了自清末《钦定大清商律》以来我国一直采用的民商分立的立法模式。我国开始走向“民商合一”的立法模式。^{〔61〕}

关于1929年《公司法》制定时南京政府采用“民商合一”立法模式的原因，一般认为是受瑞士民法典的强烈影响。^{〔62〕}事实上，在具体的立法设计上还是有别于瑞士民法典立法模式的。具体来说，中华民国政府虽然在理念上希望制定一部类似于瑞士民法典那样的内容广泛的民法典，但是并没有采用将公司法也纳入民法典这一瑞士的做法，而是将公司法等部门法作为单行法进行了立法。^{〔63〕}换言之，在“民商合一”的立法模式之下，没有制定商法典，而将公司法等无法纳入民法之中的商法内容作为民法的特别法以单行法的方式进行规范。这样的民商法立法模式不仅不同于瑞士，也不同于传统大陆法系的代表国家德国与日本，可以说是我国独创的立法模式。^{〔64〕}

之所以设计这种立法模式，或许是因为民法典作为私法领域的一般法，其修订必须非常谨慎，而公司法、保险法等商法领域的规则必须及时地去应对市场中所出现的诸多变化，因此将公司法等作为单行法制定的话，则能够更容易配合社会实际情况灵活地进行修订。^{〔65〕}

以1929年《公司法》的制定为标志形成的这种民商立法模式和“民商合一”的立法思想，对后来中国民商法的发展产生了深远的影响。^{〔66〕}时至今日，距离1929年已经过去了九十余年，如后面所述，虽然1993年制定的《中华人民共和国公司法》仍然采用民商合一立法模式的原因与1929年时并不相同，但是，无法否认的是，1929年形成的“民商合一”的理念至今依然发挥着重要的影响并占据着支配地位。^{〔67〕}

（二）公司法定位的变化

1. 民商分立模式下作为大清商律的一部分

1904年《钦定大清商律》是在清政府坚持民商分立的前提下制定的，这一点即使在后来大

〔58〕 我妻荣『中華民國民法債編總則』（中央大学出版社、1993年）3頁参照。

〔59〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第147、148页。

〔60〕 《民商法统一提案审查报告》是根据胡汉民与林森向中央政治会议提出的《编订民商统一法典，以符本党全民精神》制定的。《民商法统一提案审查报告》可以说是当时体现民商法立法模式的官方态度。根据该报告书，采用民商合一的立法模式主要有八个方面的理由：第一，因历史关系认为应当制定民商统一法典；第二，因社会进步认为应制定民商统一法典；第三，因世界交通认为应制定民商统一法典；第四，因各国立法趋势认为应当制定民商统一法典；第五，因人民平等认为应当制定民商统一法典；第六，因编订标准认为应当制定民商统一法典；第七，因编纂体例认为应当制定民商统一法典；第七，因编订体例认为应当制定民商统一法典；第八，因商法与民法之关系认为应当制定民商统一法典。参见前引〔48〕，聂卫锋文。

〔61〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第147页。

〔62〕 参见谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第108页。

〔63〕 参见前引〔8〕，魏淑君书，第157页。

〔64〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第149页。

〔65〕 参见前引〔23〕，王效文书，第12页。

〔66〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第149页。

〔67〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第149页。

清商律修订的过程中也从没有发生过变化。公司法（《公司律》）是作为大清商律的一部分存在的，因此公司法在法律体系中所处的位置是非常清晰而明确的，那就是公司法只是作为与民法典平行的商法典的内容而存在的，因此，公司法应当遵循独立商法典的基本法律适用关系。

2. 民商分立模式下作为单行法的《公司条例》

1914年《公司条例》是一部单行法规（严格意义上来讲不是法律），在制定《公司条例》时，中华民国政府秉承的是民商分立的立法理念，因此，1914年《公司条例》是在民商分立的立法模式之下作为商法典中的一部分而被制定的。虽然此后1929年《公司法》也同样是单行法，但是两者所处的立法模式不同，因此在法律体系中所处的地位也完全不同。

应当指出的是，1912年中华民国建立后，我国公司法学界对于民商法立法模式问题的探索逐渐开始越来越多地倾向于民商合一。^{〔68〕}但是，中华民国政府并没有回应理论界的主张，在制定《公司条例》的过程中，并没有采用民商合一的立法模式，而是继续秉承清政府所采用的民商分立的理念，^{〔69〕}并以清末的《修订大清商律草案》作为蓝本，在进行了简单的修改之后，迅速地作为中华民国《公司条例》进行了颁布。

由此可见，当时作为单行法出现的《公司条例》并非是在中华民国政府对民商法立法模式进行深思熟虑之后的选择，这种模式更多是充满了现实考虑、匆忙而为的偶然之举。^{〔70〕}然而，流逝于历史之间的这个偶然因素却开启了中国公司法作为单行法进行立法的先河，并对此后的中国公司法的形成与发展产生了深远的影响。

3. 民商合一模式下作为单行法的公司法

如上所述，在1929年中华民国政府制定我国历史上第一部作为单行法的《公司法》的时候，我国改变了此前坚持的民商分立的立法模式，转而采用了民商合一的立法模式。在此前提下，公司法在整个法律体系中的地位也发生了重要的变化。

1929年的《公司法》从形式上来看，虽然是秉承“民商合一”的立法理念而制定的单行法，但是，又第一次将公司法的地位定位于民法的特别法。这样的立法模式区别于传统的民商合一的立法模式，没有将商法的内容完全规定在民法典之中，而是在民法典之外以单行法的方式将不易纳入民法典之中的商法内容进行了单独的立法。在这样的立法理念之下，公司法在民商合一的前提下，作为民法的特别法存在于法律体系之中。这种立法模式是一种非常独特的，甚至可以说是我国独创的一种立法模式。

（三）小结

如上所述，在我国公司法形成与发展的初期，公司法事实上随着民商法立法模式的变动在民商法中的地位一直在变化。从结果上来看，虽然掺杂了种种因素，但是我国最终形成了在民商合一的立法体系之下公司法作为单行法进行立法的独特的立法模式，这一点一直到今天都还深刻地影响着我国的民商法立法。

〔68〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第144页。

〔69〕 有学者指出，中华民国政府在1914年制定《公司条例》前后选择民商分立立法模式是基于一种路径依赖。参见前引〔48〕，聂卫锋文。

〔70〕 参见朱大明：《从公司法的历史沿革探索我国民商法立法模式的选择》，载《南京大学学报》（哲学社会科学版）2017年第3期。

五、中国公司法形成过程中受到的日本法影响

（一）公司法形成时中日法学界交流的大环境

如上所述，清政府为了修订大清商律专门聘请了日本专家志田钾太郎博士赴华负责起草大清商律修改草案。这一点可以说是中国公司法形成与发展初期中国公司法受日本法影响的最重要的一个因素。由此，自然就会有一个疑问，那就是我们为什么要聘请日本专家负责立法。关于这个问题，跳出公司法本身，而从当时的时代背景以及中日法学界之间交流情况的大环境出发来进行考察与思考或许更容易理解，也会更全面、更准确地了解我国公司法形成与发展初期与日本法之间的关系。

1. 法律修订馆中的日本专家

法律修订馆是清政府设立的专门从事法律修改的政府机构。在法律修订馆中，清政府决定聘请外国人来协助我国进行法律的编纂。这个方针最早是由时任两江总督的刘坤一和湖广总督张之洞提出的，^{〔71〕}后得到了时任刑部左侍郎的沈家本以及出使美国大臣伍廷芳等大臣的支持。^{〔72〕}

本来，当时的方针是在每个主要国家中聘请一名专家，为此，清政府总理衙门甚至向清朝各驻外使节发电文，要求访求各国著名律学专家，以聘请来华协助编纂法律。^{〔73〕}但是编纂法律的核心人物沈家本深信取法日本为我国的正确方案，因此，沈家本作为该方针最忠实的执行者，坚定地执行了方针，但是聘请的外国专家却全部为日本专家。^{〔74〕}

在沈家本的支持下，由清政府聘请来华协助编纂的日本专家包括时任日本东京帝国大学教授冈田朝太郎、^{〔75〕}东京控诉院部长松冈义正、^{〔76〕}商法学专家志田钾太郎、监狱法专家小河滋次郎^{〔77〕}共四人。其中冈田朝太郎负责起草刑法与法院编制法，松冈义正负责起草民法与诉讼法，志田钾太郎负责起草商法，小河滋次郎负责起草监狱法。由于当时京师法律学堂缺少教员，因此根据清政府的安排，四位日本专家除了负责协助编纂法典以外，同时还在京师法律学堂担任教习，向中国学生讲授法律，其中冈田朝太郎担任法律修订馆的总教习。^{〔78〕}

由于法律修订馆聘请的外国专家全部为日本专家，甚至有人嘲讽说法律修订馆编纂的法律草案是日本法律。^{〔79〕}

2. 京师法律学堂的日本教习与法律科目

京师法律学堂是1905年10月清政府为了实施新法而设立的专门培养法律专业人才的学校，

〔71〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔72〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔73〕 参见李贵连：《晚清立法中的外国人》，载《中外法学》1994年第4期。

〔74〕 参见前引〔73〕，李贵连文。

〔75〕 冈田朝太郎时任日本东京帝国大学教授，是日本著名的刑法学者。

〔76〕 松冈义正毕业于东京帝国大学法科大学，时任东京控诉院法官与部长（相当于今天的我国省高等法院庭长）。松冈义正曾担任日本民法典起草委员会辅助委员。松冈来华的原因与志田钾太郎有些类似，也是由于梅谦次郎的推荐。

〔77〕 小河滋次郎毕业于东京帝国大学法科大学，在东京帝国大学教授穗积陈重的指导下研究监狱法，1897年任日本警察厅监狱长，1906年被东京帝国大学授予法学博士学位。

〔78〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔79〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

也是我国第一所法律学校。京师法律学堂中的法律科目包括宪法、民法、商法、公司法、海商法、票据法、保险法。教习中除了中国人以外,还聘请了外国人。根据清政府的安排,来华协助编纂法律的冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎、小河滋次郎在担任法律修订馆顾问的同时,还要在京师法律学堂担任教习。京师法律学堂的外国人教习中除了上述四位日本专家,还有岩井尊文、中村襄,共6人,全部为日本人。

京师法律学堂于1906年10月正式开学,学制三年,另设立了速成班,学制一年半,到1912与法政学堂、财政学堂合并为北京政法专门学校为止,京师法律学堂共有了近千位毕业生,为国家培养了大量的法律人才,^{〔80〕}同时,也在我国掀起了学习法律的热潮。

3. 日本法学著作的翻译

从鸦片战争结束后至戊戌变法之前,共计30多年的时间里我国出现了大约18部翻译的外国法律著作,其中没有一部是日本法学著作。但是,随着清政府取法日本的基本政策出台,翻译日本法学著作开始增多。仅1905年,由修订法律馆组织出版的翻译著作共计12部,涉及4个国家,其中日本的就有7部。^{〔81〕}当时的大环境对于日本法学的偏重可见一斑。

4. 对日本法学的认识与对法律移植的态度

清政府确立的基本立法指导思想是“参酌各国法律”,即学习各国的法律制度。^{〔82〕}但是,从现实情况来看,当时的中国并没有足够的既通晓西方语言又了解法律的人才,同时,西方法学理论丰富、著作的数量极多,不仅翻译本身难度很大,同时也很难迅速掌握其精髓。^{〔83〕}日本并非法学的发祥地,但是日本成功引入了西方国家法律制度,并且在短时间内成为了世界强国,这对于中国的震动是巨大的。如果我国学习日本法制,面临的问题可能都会迎刃而解。^{〔84〕}

日本过去长期受中国文化影响,遵从儒家思想,同时,由于我国与日本“同洲同文”,^{〔85〕}我们学习起来比较方便,而且日本法学专家都能读懂我国的文献,^{〔86〕}了解我国的风土人情。因此取法日本,更符合我国国情,更容易被接受,这也成为了当时清政府的一致意见。再加上当时我国财政紧张,又有迅速变法强国的急功近利的思想,学习日本法律制度,恐怕是清政府编纂法律的唯一选项。^{〔87〕}

在上述背景之下,以沈家本为代表的清政府编纂法律的核心人物决定取法日本,学习日本的法律制度。事实上,对于引入法律制度带来的对国民的思想殖民,当时沈家本也有清晰的认识,但是面临国家贫弱的局面,沈家本认为与其闭门造车,不如两害相权取其轻。最终,清政府在制

〔80〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔81〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔82〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔83〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔84〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔85〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔86〕 例如,冈田朝太郎博士甚至用中文撰写了法学著作《汉文刑法总则讲义》(有斐阁1897年出版)。冈田朝太郎博士与沈家本私交甚好,两人经常共同研究刑法,甚至共同编写了《刑法理由书》等著作。参见前引〔32〕,李贵连文。志田钾太郎了解中国文化,了解并尊重儒家思想甚至非常熟悉《论语》等一些主要思想著作。志田钾太郎在担任修订法律馆顾问与京师法律学堂教习期间与中国人教职员相处融洽。参见前引〔33〕,志田俊郎书,第146页。

〔87〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

定大清商律的时候，作为外部大环境，学习日本法可以说是当时清政府在编纂法律上的一个基本国策。^{〔88〕}

值得注意的是，事实上，主要学习日本法律制度的基本政策在我国持续的时间并不长，1912年中华民国政府建立以后，我国开始对日本以外的其他国家，特别是大陆法系国家关注明显增强，到制定1929年《公司法》的时候，我国的相关讨论中不仅包括日本法，也包括德国、法国等其他大陆法系国家的法律制度。

（二）制度设计上的影响

在1904年《钦定大清商律》、1914年《公司条例》以及1929年《公司法》中，有很多制度都可以看到外国法的影子，其中包括大量与日本商法典相似的规则。本文的重点并非在于对具体制度进行分析说明，因此，虽然从比较法的角度可以更全面地来找到更多的法律制度，但是笔者仅仅从今天的视角出发挑出了几个重要的制度作为具体的例子，来说明我国公司法受到的日本法影响。

1. 公司类型的确定

1904年《钦定大清商律》第一次用法律的方式在我国确立了公司制度。关于公司的类型，在大清商律第二编《公司律》中明确规定为四种，即合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司（《公司律》第1条）。这样的公司类型选择一般认为是参考了日本《新商法典》。

1914年《公司条例》中规定的公司类型也同样是四种，即无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司（《公司条例》第2条）。同时，对比1904年《钦定大清商律》，《公司条例》对于每种公司类型都规定了独立的章节，进行了比较详细的规定。1929年中华民国《公司法》在公司类型的设计上与《公司条例》一样，采用了无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司四种公司形式（1929年《公司法》第2条）。^{〔89〕}

关于公司类型，虽然有学者指出1904年《钦定大清商律》是参考了日本旧商法的规定，但是对比1890年日本《旧商法典》的规定，可以发现两者确实存在相同之处，但是也存在不同之处。抛开1904年《钦定大清商律》，从1914年《公司条例》到1929年《公司法》，对于公司类型的规定与日本《新商法典》的规定完全相同，因此，可以认定从1914年《公司条例》开始我国公司类型的选择受到了日本《新商法典》的影响。可以合理推测，这样的制度选择与志田钾太郎在中国主持大清商律修改以及在京师法律学堂教授公司法等商法科目之间是密不可分的。

2. 公司经营的监督机关

1904年《钦定大清商律》第79条明文规定，公司必须设立“查账人”。这就是今天监事的雏形。关于查账人的选聘由股东大会决定（1904年《钦定大清商律》第80条）。1914年《公司条例》第166条将“查账人”的概念调整为“监察人”，仍然由股东大会选举产生。1929年《公司

〔88〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔89〕 该《公司法》的立法准则《公司法原则》采用五种公司形式，规定了保证有限公司这一公司形式。后来，中央政治会议第205次会议中通过决议，采取了“将保证有限公司在别法中进行规定”这一立法方针，因此最终《公司法》中删掉了“保证有限公司”的内容。

法》第152条沿用了“监察人”的概念及其选聘制度。

“查账人”“监察人”的理念与制度内容应该说与日本公司法是基本一致的，但是用语本身并不相同，日本采用的是“监查役”。关于法定监督主体的名称，在日本1899年《新商法典》制定的过程中，日本曾经讨论过“监事”的用语，主要原因是日本《民法典》中已经采用了“监事”的概念，^[90]但是，最终1899年《新商法典》中没有采用“监事”的术语，而采用了“监查役”的术语，并一直沿用至今。有趣的是，1993年我国再次制定《公司法》时放弃了“监察人”的用语，采用了“监事”的概念并使用至今。

从1904年《钦定大清商律》开始建立的查账人（1914年《公司条例》与1929年《公司法》中为监察人）的概念与制度虽然在今天用语发生了变化，但是其背后对应的含义并没有发生改变。监事制度的建立与形成对于中国公司法而言无疑是极为重要的。

3. 三角制公司结构的确立

公司结构模式是公司制度中的核心问题。今天来看，世界各国的立法中公司结构大致可以分为以美国与英国为代表的单层制、^[91]以德国为代表的双层制^[92]以及以日本为代表的三角制^[93]。在我国公司法的历史中，1904年《钦定大清商律》第78条、第113条就明确规定了公司采用三角结构。即在股东大会之下设立董事会与监事会。1914年《公司条例》中虽然将“查账人”的概念修改为“监察人”，但是由股东大会选举来产生董事会以及监事会（监察人）的规则本身并没有发生变化。在1929年《公司法》中，公司结构完全继承了1914年《公司条例》的规定，继续维持了三角制结构（1929年《公司法》第138条规定了选任董事，第152条规定了选任监察人）。

在三角制公司结构之下，公司的股东大会以及董事会与监事会的制度设计与功能发挥与英美法以及德国法之间都存在重大的差别，我国至今仍然采用三角制公司结构，因此1904年《钦定大清商律》开始确立的三角制公司结构对于我国公司法的发展具有极其深远的影响。

（三）概念及理论上的影响

1904年《钦定大清商律》与1914年《公司条例》之间的差别是巨大的，1914年《公司条例》与1929年《公司法》使用的一些概念与日本商法的概念完全相同，规定的一些制度也几乎完全一致，例如，“法人”^[94]“公积金”^[95]“清算人”^[96]，股份有限公司成立需要7个发起

[90] 日本在1890年日本民法典第59条中直接使用了“监事”的用语。

[91] 单层制公司结构是指由股东大会选聘董事会的公司结构。在这样的公司结构中由董事会在内部通过独立董事、董事之间互相监督等制度来实现对公司经营的监督。代表国家是美国与英国。

[92] 双层制公司结构是指由股东大会选举产生监事会，再由监事会选聘董事，由董事来组成董事会。在这样的公司结构中，监事享有对董事的选聘与解聘权是其中最核心的一个特征。双层制公司结构的代表国家是德国。

[93] 三角制公司结构是指由股东大会选举产生董事会以及监事会，董事会与监事会之间是平行的公司机关，互不隶属。这样的公司机构是日本最早发明并使用的，在公司法理论中一般被称为“三角制公司结构”。

[94] “法人”的概念规定在1914年《公司条例》第3条，在1929年《公司法》第3条中也有规定。

[95] “公积金”的概念与相关制度规定在1914年《公司条例》第183条等条文中，在1929年《公司法》第170条等条文中也有规定。

[96] “清算人”的概念与相关制度规定在1914年《公司条例》第218条等条文中，在1929年《公司法》第205条等条文中也有规定。

人、〔97〕股东大会决议诉讼制度、〔98〕三角制公司结构、〔99〕监事单独行使监察权〔100〕等。

而事实上，上述的概念与制度同时也与日本1899年《新商法典》中的相关规定完全一致或高度相似。这其中究竟有何种考量，又存在什么样的因素，是另一篇论文的任务，站在本文的视角来看，在公司法形成的过程中，特别是考虑到清末国家贫弱的情形，参考甚至直接移植外国法都是可以理解的，甚至也可以说是一个国家法制发展的必经之路。但是，从客观来看，在公司法形成的初期，公司法的概念与理论受到了较多的来自日本法的影响是一个客观的事实。也正是因为这个事实，所以我们需要尊重这个事实、利用好这个事实。

（四）小结

如上所述，我国公司法的形成与发展初期较多地受到了日本法的影响。但是，值得注意的是，这并不是一个孤立的偶然现象，而是在清政府采用“取法日本”的基本立法政策的大环境下的一个局部。同时，随着清政府的灭亡，我国的立法政策开始发生变化，我国的法律编纂与法律修改开始参考更多国家的法律制度。

从清末开始在公司法形成之初，特别是考虑到当时的国情，参考外国法制可以说是一个必然的且必要的过程。当然，在公司法形成与发展的初期，还可以看到很多法律以外的因素影响了公司法制的发展，甚至还存在偶然的因素也给公司法的形成与发展带来了影响。

在清末以及中华民国初期我国公司法形成与发展中，公司法在内容上主要受到了日本法，也包括德国法以及英国法等其他国家公司法的影响。但是也可以看到，1904年《钦定大清商律》作为我国的第一部公司法，其内容基本以移植为主，1914年《公司条例》从内容上来说已经开始揉入了大量的本土化色彩，1929年《公司法》可以说已经基本完成了从简单移植到结合我国商事习惯与国情进行重述的巨大转变。

然而，在公司法发展的初期，由于处于移植与模仿的阶段，立法也许更多关注的是如何结合我国的商事习惯来建立符合我国国情的公司法制度，尽快摆脱法律移植与模仿的局面。因此，在理论构建方面更多考虑的是本土化改造，并没有从国际化的角度来关注公司法的共通性设计。过于执拗于本土化的做法在外部立法政策不断发生变动的情势之下，最终使我国公司法没有完成公司法发展所必需的、完整而协调的公司法理论建设。而这个弊端事实上直至今天都还或多或少地影响着我国公司法的发展。

回顾历史的重要意义在于深刻了解自己，特别是存在的不足，在公司法形成与发展的初期，日本公司法对我国公司法产生了巨大的影响，可以说日本法在我国公司法形成发展过程中具有独特地位，甚至直到今天，日本公司法与我国公司法之间仍然在制度与结构的设计上存在共通性。这个客观事实也给我们提供了一个完善自身的思路，那就是挖掘、重视我国公司法根基下埋藏的众多问题，深入地研究日本法，将其作为一个参照或者说是一个思路，从而在学习与借鉴的基础

〔97〕“股份有限公司成立需要7个发起人”规定在1914年《公司条例》第97条，在1929年《公司法》第87条中也有规定。

〔98〕“股东大会决议诉讼制度”规定在1914年《公司条例》第150条，在1929年《公司法》第137条中也有规定。

〔99〕“三角制公司结构”规定在1914年《公司条例》第152、166条，在1929年《公司法》第138、152条中也有规定。

〔100〕“监事单独行使监察权”规定在1914年《公司条例》第173条，在1929年《公司法》第160条中也有规定。

上全面地构建完善的中国公司法理论。^{〔10〕}

六、结语——面对历史我们应该思考些什么

我国公司法的形成与发展经历了曲折的历程。回顾历史，有偶然也有无奈。百余年之前中国公司法形成之初所采用的制度设计，有些已经发生了改变，有些时至今天虽然仍然存续着，但内涵已大不相同。因此，从完善公司法的角度（不是从公司法制史研究的角度）出发，在公司法经历了百余年的历史沉淀之后，也许我们已经无法考究、也不愿去考究甚至也有人认为不必去考究哪些是由我们原生而来的、哪些是我们参考模仿而来，因为在今天来看这些都已经不再那么重要。但是，笔者仍然认为准确地把握中国公司法自身对于迎接中国公司法的明天具有不可或缺的重要意义，因为，中国公司法终究是这样产生、形成，并从历史中一步一步走来的。

Abstract: In the history of Chinese company law, there are three important Company Law: Qing Business Law in 1904, which is the first law regulating the company system completely; the Company Law in 1929, which is the first commercial separate regulation, and the Company Regulations in 1914. These three legal documents not only have differences in content, but also have many differences in legislative background and legislative environment that they are faced with. There is internal relationship among the three legal documents, and there is information which is still useful for the perfection of corporation law. It is of great significance not only to understand the company law itself, but also to the development of the company law in the future.

Key Words: Qing Business Law, commercial legislation, legal transplantation of law, the history of company law

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）

〔10〕 有学者指出，公司法制度设计的国际标准并不存在，在公司法的立法中努力地对照外国法的路径背后隐藏着自我殖民的心态，而中国公司法也由此陷入反复模仿的过程。参见郭锐：《公司词义考——再思语言游戏、法律移植和政企关系》，载《财经法学》2020年第4期。笔者对此并不赞成。恰恰是由于我国公司法需要为国家经济发展提供支撑，同时还迫切地需要及时回应实践中出现的问题，才在制度设计的过程中大量参考了外国公司法制，这其中寻找解决问题工具的现实需要，也有全球化的浪潮下追求与外国，特别是美国等发达国家之间规则的一致性，从而希望减轻外国投资者对我国制度的陌生感，实现促进外国投资者来我国投资等超越公司法本身的政策因素。在今天的公司法制度设计中，已经较少有简单的制度模仿或是制度移植，很显然无论立法还是学术研究已经开始更加重视中国公司法制度之间的衔接以及构建完整的公司法理论，而在这个过程中，研究甚至借鉴外国法仍然是极为重要的，这并非自我殖民，而是为了立足我国国情、在博采众长的基础上建立更为科学、更为先进的公司法理论与制度。

PPP 模式下政府的角色定位 ——兼论担保行政法学模式的兴起

杨彬权*

内容提要：PPP 是政府和社会资本共担风险、合力达成公共任务的创新模式。在 PPP 模式下政府不再承担公共任务的履行责任，转而承担国家担保责任。政府承担国家担保责任，使得政府的角色从公法上的公共任务的“履行者”转变为“担保者”和“合作者”。政府角色和职能的重大转变导致传统行政法学模式转向担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础，以法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱，通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为，以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段，通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。

关键词：PPP 模式 担保行政法学 国家担保责任

20 世纪 70 年代以降，福利国家遇到了前所未有的挑战，^{〔1〕}“但资本主义又不能没有福利国家”^{〔2〕}。同理，社会主义更不能没有福利国家。“福利国家已成为几乎无法撼动的图腾，不论何种国家形态皆不会轻易掠其锋，其不但不会消失，反而会继续推动，只是福利国家当初形成的社会环境与现今已有显著不同，福利项目与给付内容亦有所变化，国家财政问题日益恶化迫使必须

* 杨彬权，西北政法大学行政法学院讲师。

本文为司法部 2018 年度国家法治与法学理论研究课题“政府与社会资本合作（PPP）纠纷解决机制研究”（18SFB2013）的阶段性成果；河南省 2017 年度哲学社会科学规划项目“政府与社会资本合作的行政法规制问题研究”（2017BFX014）的阶段性成果；西北政法大学行政法学院中青年教师学术能力提升基金项目“论 PPP 背景下政府的角色定位与行政法学模式的转变”的阶段性成果。

〔1〕 福利国家面临人口挑战、经济挑战、社会挑战、国际挑战和文化挑战。详见〔德〕弗兰茨-克萨韦尔·考夫曼：《社会福利国家面临的挑战》，王学东译，商务印书馆 2004 年版，第 56-121 页。

〔2〕 〔德〕克劳斯·奥菲：《福利国家的矛盾》，郭忠华等译，吉林人民出版社 2006 年版，第 7 页。

对给付国家作全面性的检讨,以便能够在革新后,以新的面貌出现,因应现代社会的需求。”〔3〕由于PPP模式〔4〕将私人部门引入公共服务的提供中,既缓解了公共财政压力,发挥了私人部门的创造性,又引入了债权人监督机制,提高了公共服务质量,〔5〕因此被福利国家作为改革的首选举措推上了历史舞台。在PPP模式中,私人部门承担了公共任务的履行责任,政府不再承担履行责任,那么政府的角色和职能如何定位?这种角色定位对传统行政法学模式提出了哪些挑战?传统的行政法学模式应该如何予以回应?这些都是PPP模式亟需解决的关键问题,事关PPP模式的可持续健康发展和国家治理能力之现代化。

一、PPP模式下政府角色定位的争论与重塑

政府角色是将政府人格化来定位其功能作用。〔6〕整个国家不同的政治、经济、社会运行方式决定了政府扮演不同的角色,又决定了政府所拥有的职能。〔7〕PPP模式下,政府的角色也在发生相应地转变。

(一) PPP模式下政府角色定位的争论

2014年以来,随着PPP模式在我国的大力推进和迅猛发展,学界对PPP模式中政府角色及职能进行了初步研究,主要形成了以下观点:

第一,“双重职能说”。“双重职能说”认为,政府在PPP过程中既是监管者又是参与者或合作者。例如叶晓甦、徐春梅认为,政府在PPP项目上必须定位于促进、主导和管理的功能,但同时又应是参与合作的一方。〔8〕邢会强教授认为,在交易成本公共物品理论之下,政府不再是公共物品的垄断提供者,尤其是在PPP模式之下,政府应该转变角色,转变为合作者和监管者。〔9〕

第二,“三重职能说”。例如湛中乐、刘书燃认为,在PPP模式中政府具有三重角色与职责,分别为规则的制定者与执行者、公共服务的采购者和提供者、公共服务的监管者。〔10〕而王俊豪、付金存则认为,政府及其公共部门在PPP模式中至少承担三种职能:其一,作为公众利益的代表,须保证公共产品的质量和数量符合标准,一旦公共产品数量和质量不能满足公众需要,或在公共服务活动中出现重大事故,政府就必须承担相应的政治责任;其二,作为PPP模式的主要参与主体之一的政府和公共部门还应承担规则制定与执行的职责,包括法规政策和PPP规则程序的制定、违规行为的纠正等;其三,作为公共服务的采购者,公共部门主要承担确定采购标

〔3〕 萧文生:《福利国家与财政行政法——国家辅助私人经费之财政监督》,载台湾地区行政法学会主编:《全球化、福利国家、特别权力关系、公私协力》,元照出版公司2012年版,第55页。

〔4〕 PPP具有广义和狭义之说,广义PPP是指公共和私营部门共同参与生产和提供物品与服务的任何安排。但是由于广义PPP的内涵和外延不好掌控,难以有效规范和约束,因此从多数国家的PPP运作实践来看,一般都是从狭义的意义上来谈论和开展PPP模式。狭义PPP,是指公部门和私经济主体间基于自由意愿,透过正式之协议形塑合作关系,并且彼此分担风险与责任的行政任务执行模式。根据财政部《关于规范政府与社会资本合作合同管理工作的通知》(财金〔2014〕156号)文件规定,我国的PPP模式是指在基础设施和公共服务领域,政府与社会资本基于合同建立的一种合作关系。

〔5〕 参见刘尚希、王朝才:《以共治理念推进PPP立法》,中国财政经济出版社2016年版,第46页。

〔6〕 参见彭澎:《政府角色论》,中国社会科学出版社2002年版,第2页。

〔7〕 参见前引〔6〕,彭澎书,第208页。

〔8〕 参见叶晓甦、徐春梅:《我国公共项目公私合作(PPP)模式研究述评》,载《软科学》2013年第6期。

〔9〕 参见邢会强:《PPP模式中的政府定位》,载《法学》2015年第11期。

〔10〕 参见湛中乐、刘书燃:《PPP协议中的法律问题辨析》,载《法学》2007年第3期。

的、选择合格的私方合作者、签订与履行合约等职责。政府主管部门要履行好这些职责就必须由传统的“经营者”向“监管者”转变，由传统的“命令—控制”的管理理念向“经济—激励”的服务导向转变。^{〔11〕}

第三，“多重职能说”。该种观点认为，PPP 模式中政府至少具有四种以上的角色，四种以上的职能。例如有学者认为，PPP 模式中，政府承担四种职能：规则的制定职能；项目的参与职能、公共产品或服务的购买职能；项目的监管职能以及争端的仲裁职能。^{〔12〕}也有学者认为政府的职能更多，例如，王东认为政府在不同的阶段承担着不同的角色与职能：PPP 项目启动阶段的规划者、PPP 项目的发起者、PPP 项目产品的购买者、PPP 项目建设和运行进程的保障者、PPP 项目的监管者及各方利益的协调者。^{〔13〕}

学者们普遍认为，PPP 模式中政府的角色职能不具唯一性，但是对于具体的政府职能认定上存在差异，尚未达成一致。有的学者仅认识到政府公法上的角色和职能，没有认识到其私法上的角色和职能；有的是按 PPP 项目的全生命周期中的阶段不同，来认识政府的角色和职能定位的。从总体上来看，都没有从国家形态的转变和国家责任方式的转变来研究国家的角色定位。上述学者基本上都认为在 PPP 模式中，国家仍然要承担监管职能，可是并没有阐述清楚，PPP 模式中的国家管制或监管职能与给付行政时代国家作为公共任务的直接提供者时的管制职能和管制手段的区别，从而有可能导致陷入传统的管制窠臼，而这显然与国家采行 PPP 模式的宗旨不符。国家采取 PPP 模式不仅是为了融资，更重要的是为了实现公共部门的改革和政府治理模式的转变。另外，虽然大多数学者认识到了 PPP 模式中政府承担的管制责任，但是没有认识到政府应该承担的合作责任。尽管持“双重职能说”观点的部分学者也认识到了政府的合作职能，但却是站在公法的角度来谈论合作职能，而没有站在私法的平等民事主体角度。

（二）重新定位 PPP 模式下的政府角色

PPP 模式中行政任务提供方式和履责模式的转变与革新，使得政府的角色转变为公法上的担保者和私法上的合作者，政府的职能也相应地转变为担保职能和合作职能。

1. 政府作为公法上的担保者

20 世纪后期，受新自由主义思潮的影响，伴随国家形态的转变，公共任务的责任与公共任务的国家履行逐渐脱钩，国家不再承担给付行政任务的履行责任，但仍须承担国家担保责任。所谓国家担保责任（Gewährleistungsverantwortung des Staates），是指在特定行政任务转由私人机构履行的情况下，国家承担的必须通过管制立法与措施，积极促进其符合一定公益与实现公共福祉的责任。^{〔14〕}政府承担的国家担保责任是一种公法上的预期责任。^{〔15〕}作为一种公法上的预期

〔11〕 参见王俊豪、付金存：《公私合作制的本质特征与中国城市公用事业的政策选择》，载《中国工业经济》2014 年第 7 期。

〔12〕 参见任超：《政府和社会资本合作（PPP）模式下政府职能重构》，载顾功耘主编：《公私合作（PPP）的法律调整与制度保障》，北京大学出版社 2016 年版，第 158 - 167 页。

〔13〕 参见王东：《PPP 主体关系中的政府：角色定位与行为机制框架》，载《中国政府采购》2015 年第 3 期。

〔14〕 Vgl. Wolfgang Weiss, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1175 ff.; J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, 2001, S. 179 ff.

〔15〕 所谓预期责任，主要指在一个事件发生前，责任主体应当尽自己最大努力完成的事项，其常常与责任主体具有的特殊角色和地位相关。参见〔澳〕皮特·凯恩：《法律与道德中的责任》，罗李华译，张世泰校，商务印书馆 2008 年版，第 49、50 - 51 页；〔德〕底特·本巴赫尔：《责任的哲学基础》，易小明、聂文军译，载《齐鲁学刊》2005 年第 4 期。

责任,国家担保责任要求政府积极采取管制监督等措施去促成公益之实现,“不能等到不幸或者危机发生之后才去反应,而必须尽可能预见错误的发展方向,并通过及早的应对措施把它消灭在萌芽当中”^[16]。如果私人部门出现运营困难,公共服务供给中断或有严重不利于公众的不良事态时,政府应该采取临时接管或最终接管的措施,以保障公众利益不受损。因此,国家担保责任本质上是一种管制、监督和接管的责任,其目的是担保私人主体及其他竞争者能够在一个公平的、开放的市场上进行有序竞争;担保一般公众能够获得普适的、便宜的给付产品和给付服务。^[17]

PPP模式中政府转而承担确保公益实现的国家担保责任,使得政府的角色定位从“履行者”转变为“担保者”。“担保者”既表明了政府在公共服务提供方面严格贯彻了国家辅助性原则,^[18]具有行政“辅助者”的角色和地位,又能够证成PPP模式的正当性和合法性,更能凸显行政管制方式的重大革新和转变。担保行政,简单来说就是行政机关落实国家担保责任的行政行为状态或过程模式。^[19]作为担保国家之展现和作用领域的担保行政是管制、影响与监督的行政,并借由国家最低限度的影响来确保私人执行公共任务可以符合公益或法定之要求。^[20]然而政府履行担保行政职能所采用的管制和监督手段已经不同于以往所采用的强制性的命令与服从式的管制手段,而是采取比较温和的契约、认证、验证、设置诱因等手段间接“驯服”私人部门,以达成PPP模式之目的。这种管制手段的变化刚好契合政府的“担保者”的角色定位。作为“担保者”,政府管制监督的重点应该是透过公平、公正的具有竞争性的甄选程序选出合格的私人部门,然后持续性地监控私人部门对合作契约之履行。在公私部门伙伴关系的整体调控结构中,如何利用市场竞争机制选定受托执行任务之私人部门,以及决定合作对象后,如何持续性地调控私人部门履行任务之行为,实为公部门担保行政任务得以实现之两大关键问题。^[21]只要政府立于“担保者”角色,严格依法履行担保行政职能,采用新式的管制手段和措施进行重点监控,PPP模式中的公益必然得以确保,也不会出现所谓“利润私人化,损失国家化”的固有弊端。

2. 政府作为私法上的合作者

在PPP模式中,公共任务的完成必须依靠公私双方的相互协助、真诚合作、严格履约,唯有在双方平等、互信的基础上,尤其是政府要脱下“制服”,换上“便装”,将自己置于私法上的平等地位,成为一个真正的“合作者”,才能完成公共任务的高效提供。在PPP模式中,“热爱多样的公民们,他们会顾及使之联系在一起相互依存性,自愿接受合作,接受共同体规则,并为共同体的利益和生存而放弃他们的一部分自由”^[22]。PPP强调各个参与方平等协商的关系和

[16] [德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第105页。

[17] 参见杨彬权:《论国家担保责任:担保内容、理论基础与类型化》,载《行政法学研究》2017年第1期。

[18] 按照辅助性原则,本于国家权力行使的补充特性,对于公共物品的制造与服务的提供等涉及人民生存照顾之事项,首先应由人民自身透过工作权等自由权行使之方式自由实现,唯有待人民或社会无法自行满足时,国家始得介入,进而扮演给付者与执行者之角色。参见詹镇荣:《民营化法与管制革新》,元照出版公司2010年版,第287页。

[19] 参见林明锵:《担保国家与担保行政法——2008年金融风暴与毒奶粉事件谈国家的角色》,载《政治思潮与国家法学》(吴庚教授七秩华诞祝寿论文集),元照出版公司2010年版,第584页。

[20] 参见许登科:《德国担保国家理论为基础之公私协力(ÖPP)法制》,台湾大学法律学研究所2008年博士学位论文,第158页。

[21] Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts J, 2. Aufl., 2012, S. 119.

[22] [法]皮埃尔·卡蓝默、安德烈·塔尔芒:《心系国家改革——公共管理建构模式论》,胡洪庆译,上海人民出版社2004年版,第116页。

机制，故伙伴关系是其首要特征。^{〔23〕}为了能够实现各自所需，公私双方必须进行具有伙伴关系的合作。其次，PPP 模式中公私双方是一个“责任共同体”，都负有私法上的合作责任。与人民发生私法上法律关系或从事私法上行为，而依私法或契约应负协作与配合责任。最后，各国政府大多陷于“预算赤字”“绩效赤字”“执行赤字”的困局中，为了满足民众多样化需求，提升行政效能和扩大内需，政府借用私人部门的资金、专业技术和先进的管理方式促进和提高行政效率和服务产品质量。

政府作为私法领域的“合作者”应当积极履行合作职能。具体来说，在 PPP 契约履行的全过程中，政府要为私营合作者及时办理和提供 PPP 项目建设所需的各种许可文件与文书，协助办理土地审批、政府补贴、投融资协助、筹资协助等事务，配合私营合作者做好物有所值评价、财政承受能力评价等技术工作，严格依据法律和契约的规定履行合同的相关条款，遇到订立合同无法预料之情势时，及时沟通协商解决，禁止单方擅自变更和调整合同条款。当然，如公共产品和服务的持续供给有中断、停止之先兆时，政府作为公益的“担保者”，在与私人合作者协商未果时，有权单方采取解除合同、临时接管等措施，但应该严格遵守正当行政程序。营运期满，私营合作者移交项目、设施和相关资料时，政府应当积极不迟延的予以配合和接收。PPP 模式出现纷争时，政府应当主动与私营合作者商定或约定纠纷解决管道机制。特别要注意的是，PPP 的本质是合作，^{〔24〕}是共享裁量权^{〔25〕}。因此，应该与私营合作者在共享自由裁量权的基础上就相关的风险、责任与义务进行合理的分配，从而达到既促进公共利益，又能使私人合作者获得合理利润回报的目的。

综上所述，政府在 PPP 模式中的角色定位应当是公法上的“担保者”和私法上的“合作者”，并相应地履行担保行政职能和合作职能。政府“担保者”的角色定位不仅可以正当化政府行为，同时也可以约束政府行为。政府担保行政职能的发挥确保了公共利益不因 PPP 模式而受损害。政府“合作者”的角色定位不仅能够正当化政府的合作伙伴身份，也可以规范政府契约行为。政府的合作职能强调政府应当作为真正的“合作者”积极履行义务，善意配合私营合作者顺利达成公共任务。但是，PPP 模式中政府的两种角色定位虽说都是为了公共利益而设，但也有可能存在冲突。例如，政府作为合作者应该完全按照合同的约定全面履行义务，但是如果严格按照合同履行将要或已经损害公共利益时，政府履行合同的责任就和担保公益的责任发生冲突。平衡和消弭冲突的方法就是在 PPP 契约中细化公共利益，科学论证 PPP 合作契约条款和相关内容，严格履行契约条款，如果履行契约条款危害到公共利益，政府此时应该作为“担保者”履行担保职责。PPP 模式中政府的双重性角色定位决定了对 PPP 模式既有来自公法的规制，又有来自私法的规制，更有来自 PPP 契约群的规制。具体来说，在 PPP 模式之规制中，要以公私法“相互援助秩序理念”^{〔26〕}为指导，发挥公私法秩序之不同管制效能。“两秩序的相互援助过程，目的在

〔23〕 参见刘薇：《PPP 模式理论阐释及其现实例证》，载《改革》2015 年第 1 期。

〔24〕 参见孙洁：《政府和社会资本合作模式概论》，山西出版传媒集团、山西经济出版社 2016 年版，第 20 页。

〔25〕 参见〔美〕约翰·D. 多纳休、理查德·J. 泽克豪泽：《合作：激变时代的合作治理》，徐维译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 259 页。

〔26〕 “相互援助秩序理念”联系公私法秩序的不同管控效能，强调公共任务的一体性，在一部分法秩序框架下无法有效达成规制的必要性时，探询与另一法秩序有关之效力要素来使之获得满足。参见〔德〕施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社 2012 年版，第 276 页。

于维持两法秩序之手段上的差异性,同时有意识地重构其复杂结构来总体地提升法体系之问题解决能力。”〔27〕政府角色的重新定位(本文主要指政府的“担保者”角色定位,政府的“合作者”角色将另文论述)对传统的行政法学模式构成了冲击和挑战,亟需传统行政法学模式予以积极回应。

二、PPP模式下政府角色转变对传统行政法学模式的挑战

模式就是“用以解释现象和影响现象的模型”〔28〕。模式的本质就是某一固定的学术共同体认同、接受的基本理论和基本研究方法,这些理论和方法不仅划定了一定时期他们的研究内容和研究领域,也为后续的科学研究的奠定了基础。具体到行政法领域,所谓行政法学模式,就是行政法学者对一定时期内的行政实践及行政法的理念、理论体系、基本观点以及基本方法所形成的一种相对稳定的观察和解释行政法发展和变革的固定模式,其目的是为了能够更好地指导行政立法实践和推动行政法学的发展。传统行政法学模式是建立在国家与社会两元分立基础之上,以行政行为形式理论作为行政法学体系建构的砥柱,主要采用高权管制手段进行社会管制,通过行政程序控制行政权的运作过程,并使法院处于纠纷解决的中心地位的理论模型。PPP模式的兴起对传统行政法学模式提出了巨大的挑战,这些挑战主要体现在以下方面。

(一) 对国家理念和行政法学理论基础的挑战

传统的行政法学模式无论是维持秩序,抑或提供给付服务,基本上都是建立在国家与社会二元对立基础之上。国家独占公共事务,私人原则上不得染指。私人在法律规定的范围内从事自己的事务,行政机关不得非法干涉,是这一时期的国家图像的典型写照。在此基础之上秉持的国家理念就是“行政作为预防主体”的秩序国理念,抑或是“行政作为给付主体”的社会国理念,也即行政作为秩序和给付的履行主体,亲身提供秩序维护和公共服务,并承担由此而产生的全部法律责任。此时行政法学的理论基础只能是建立在两元对立基础之上的“管理论”“控权论”“服务论”等。然而,在公私部门透过PPP模式共同实现公共任务的情况下,私人部门成为公共任务的履行主体,国家行政机关仅承担担保责任,履行担保行政职责,从而使得国家从给付行政的履行主体,转变为公共任务提供的“担保者”和“合作者”。政府这一角色和职能的重大转变使得建立在国家与社会对立基础之上的“秩序国”理念、“社会国”理念和相应的行政法学理论基础无法有效因应。

(二) 对行政行为形式论的挑战

行政行为形式理论,系指有关“行政行为法律形式之学说”(Die Lehre von den Rechtsformendes Verwaltungshandelns),此一理论构成传统行政法教义之核心概念。行政行为形式理论之任务,主要是借由厘清各行政活动基本单元之概念内涵与外延(范围)、容许性与适法性要件,以及法律效果等问题,确保依法行政要求,并同时保障人民权利。〔29〕行政行为形式理论自提出以来,最大的功能和作用在于将行政机关的行为予以类型化和模式化,从而实现了法律的有效规

〔27〕 前引〔26〕施密特·阿斯曼书,第276页。

〔28〕〔法〕莫里斯·迪韦尔热:《政治社会学——政治学要素》,杨祖功、王大东译,华夏出版社1987年版,第200页。

〔29〕 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,元照出版公司2002年版,第53页。

制，构成了传统行政法学体系建构的砥柱。

行政行为形式理论只集中观察具有基准行为性质的行政机关意志形成的行政行为，而对于其他法律关系主体特别是人民的行为，则常常忽略；只集中在“瞬间捕捉”（Momentaufnahmen）发生关系的那一个点，而无法掌握行政与人民间之法律关系的时间与程序面向；^{〔30〕} 建立于国家与相对人此一双面法律关系之前提上，先天即有忽略或不重视第三人利益之倾向，对于日趋复杂之行政法律关系或法现象，此一理论亦未提供足够之认识与解释工具。

然而，随着 PPP 模式的兴起和政府角色的变化，私人部门参与了公共服务的提供，成为了公共服务的提供者，其他第三人也以不同的面貌参与了法律关系成为复数利益主体。公私部门之间的合作关系往往不再只是短期的，甚至是单次性的，合作的事项通常也不是单一的，而是彼此之间具有计划执行上紧密关联性的阶段性措施，从而使得行政机关在履行国家行政职责的过程中与相关主体之间发生的法律关系，成为了一种持续性的、长周期性的多边合作法律关系。这种多边合作关系不仅涉及行政主体与行政相对人之间的利害关系，行政主体与第三人之间的利害关系，也涉及行政相对人与第三人之间的利害关系，更涉及公共利益与私人利益之间的平衡协调问题，然而行政行为形式论只能捕捉和解决有限的利害关系，难以掌握和关怀 PPP 模式中的所有关系。此外，PPP 模式的管制手段不再受限于传统的形式化的行政行为，更多地适用和灵活选择非形式化的行政行为，实现行政任务最佳履行的目的追求。^{〔31〕} 由此导致以行政行为形式论为支柱建构的传统行政法学模式无法适应合作行政的结构性变革，无法全面、动态地观察 PPP 模式中的法律关系，无法有效规范公私合作行为，无法有效保护公共利益和正当的私益。

（三）对行政程序理论的挑战

20 世纪以降，由于社会、经济的迅速发展和市场在“自由”运作过程中不断发生“失灵”，政府不得不广泛介入人们的社会、经济生活，从而使得权力作用的领域越来越宽，管理的事务越来越复杂。“分权”制度和“以权力制约权力”的控权机制在 20 世纪中叶以后也开始部分“失灵”，作为事后监督的司法审查构建的控权、救济机制，也随着行政事务的增多和案件复杂程度的增加，导致公民维权需要付出高成本的代价。这些缺陷和不足导致了新的控权机制的出现，这种新的控权机制就是行政程序。相较于实体控权机制，“行政程序可以避免传统实体控权机制的僵硬、死板，用行政程序规范行政权的行使既可不过于束缚政府行为的手脚，又可防止政府实施行政行为的恣意、滥权”^{〔32〕}。但是传统的行政程序主要是建立在国家与社会对立基础之上，是通过控制行政权达到保护公民权益之目的。此时的行政程序就是行政机关行使行政职能所应该遵循的程序，此时的行政程序法适用的主体范围就是行政机关，例如美国联邦《行政程序法》（APA）第 551 条的规定。然而，随着行政任务民营化和 PPP 模式的兴起与发展，私人部门和行政机关以合作方式履行公共任务将成为一种新常态。这种合作履行公共任务的模式，对建立在两元对立基础上的以行政机关为主要规范对象的行政程序理论提出了巨大的挑战。

〔30〕 Vgl. D. Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1986, S. 912 (914).

〔31〕 参见章志远：《迈向公私合作型行政法》，载《法学研究》2019 年第 2 期。

〔32〕 姜明安：《行政程序研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 5 页。

（四）对传统行政管制方式的挑战

我国传统行政法的建构立足于“高权行政”的行政国家或全能政府思维，公共任务不仅由国家所独占，并且具有上下支配的优越性和隶属性，行政行为形式充满单方性与强制性。国家实现公益主要依靠高权色彩较浓的行政行为形式来完成，确切来说，主要依靠命令服从式的单方行政行为完成。方便性、高效性和易于合法性控制，使得单方行政行为作为一种有效的管制手段成为传统行政法学模式研究的核心内容。然而，PPP模式下，政府的角色发生了重大转变，公益实现的方式由强制命令手段转变为柔性合作方式，行政行为遂趋向契约、协商、诱因或事实行为等多样化发展，特别是契约手段取代了命令与服从的单方管制手段，一跃成为主要的管制手段。契约、协商、诱因以及非正式行政行为等作为PPP模式的管制手段，对以规制单方高权行政行为为内容的传统行政法学模式提出了巨大的挑战，仅靠无限拉伸行政行为内涵和范围已经无法因应PPP模式治理的需要。契约作为PPP模式最主要的管制手段，也对传统行政法学模式下的行政契约范式提出了挑战。传统行政契约范式受到上下（官民）秩序两分关系的限制，是一种具有浓厚的纵向色彩的行为态样，既无法应付多元的利益关系，也缺乏公私合作的理念。与此相适应，传统行政契约法制规范的对象“以取代行政处分的隶属性契约为主，强调对于弱势人民权益的保障，对于对等性的合作契约，欠缺规范的框架，实不足以因应在公私协力趋势下行政与私人合作的多元关系发展所带来的挑战。”〔33〕

（五）对法院纠纷解决中心地位的挑战

传统的行政法学模式中的法律关系相对较为简单，采取司法中心主义的行政诉讼模式对行政行为进行合法性审查，甚至有限的合理性审查，即可达到监督行政和保护行政相对人合法权益的目的。然而，PPP模式的兴起让行政法律关系由双方法律关系演变成多方法律关系，行政法律关系的利益主体增多，复数利益交织且错综复杂，司法审查的解决管道和救济方式就显得有点捉襟见肘、力不从心。另外，PPP项目又都牵涉到公共利益的不中断持续供给，而传统的事后司法审查救济手段旷日持久，效果不彰，难以及时保障公共利益。最重要的是，PPP模式中公私主体之间的角色和责任的重新架构，使得纠纷解决的司法任务民营化于社会组织，从而将法院从行政法的中心转移到纠纷解决的边缘，〔34〕使得其用武之地严重收缩。因此，PPP模式的兴起和政府角色的转变对法院纠纷解决中心地位构成了严峻的挑战。

综上所述，PPP模式的兴起和政府角色与职能的转变，对传统行政法学模式提出了一系列挑战。面对这些新挑战，传统行政法学模式自身难以应对和化解，逐渐陷入困境。走出困境的办法之一也许就是转变传统的行政法学模式，确立新的行政法学模式。

三、PPP模式下行政法学模式的转变

行政法学模式是一个动态系统，是不断由低级向高级发展的，每一新的行政法学模式的出现都是对以往旧的行政法学模式的否定，但不一定是全盘否定。如果旧的行政法学模式在本质上是

〔33〕 江嘉琪：《德国（含欧盟）行政契约理论发展之局势》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司2013年版，第5页。

〔34〕 参见〔美〕朱迪·弗里曼：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆2010年版，第130页。

过时的，我们应该全盘更替它，如果只是个别的外在形式过时，可以进行适当修改与调整，在此基础上形成新的行政法学模式。^{〔35〕} PPP 模式的兴起，对传统行政法学模式提出了巨大的挑战，传统行政法学模式对此难以积极应对，因此，必须转变行政法学模式。行政法学模式转变的最终目标就是担保行政法学模式，其主要体现在行政法学的国家理念和理论基础、体系建构的砥柱、行政程序、行政管制手段和纠纷救济机制等内容的转变和革新上。

（一）国家理念的更新与行政法学理论基础的调整

1. 国家理念更新——由“给付国家”转变到“担保国家”

传统行政法学模式转变为担保行政法学模式最主要的体现就是国家理念的革新。“理念是重要的，人的行为不仅受到利益的支配，也受理念的支配；社会的变革和人类的进步基本上都是在新理念推动下出现的，没有理念的变化就没有制度和政策的改变”。^{〔36〕} 因此，“没有任何事物比一个时机已经成熟的理念更强有力”^{〔37〕}。一个时机恰当并已经成熟的国家理念对一个国家行政法学模式的影响是巨大的，甚至决定着这个国家的行政法学模式的根本走向。PPP 模式的兴起，代表着国家理念的重大变迁。国家理念从昔日的“给付国家”变迁到今日之“担保国家”。担保国家（Gewährleistungsstaat）理念生根于 20 世纪 90 年代的德国。担保国家理论的代表性人物舒珀特教授（Gunnar Folke Schuppert）认为，“担保国家作为一种具有前瞻性的先进理念，促进了新的历史时期国家与社会之间相互关系的重新构建”^{〔38〕}，其本质上是国家角色与定位的改变。在担保国家理念下，公共任务是一种通过市场自由竞争方式而提供的“私经济活动”。而国家则对涉及公共事务的私经济活动，透过引导、管制和监督等多种担保措施，确保人民所需的相关产品和服务得以如同由自己提供一般，能够由私人部门为普及、无差别待遇，且质与量兼顾地提供，甚至在价格及质量上较国家提供更具优势。担保国家的本质就是国家和社会之间通过合作行政法律制度共同完成公共任务时，国家立于“担保者”的角色，对公共利益履行担保职能，从而形成一个不同于传统给付国家的新的国家形态或理论。“每一种行政法理论背后，皆蕴藏着一种国家理论。”^{〔39〕} 而且，“行政法在任何时候都是与当时流行的国家主导理论直接相关的”^{〔40〕}。因此，当国家理念从给付国家转变到担保国家时，建立在给付国家理念基础上的行政法学模式也就必然要发生相应的变化与革新。

2. 行政法学理论基础的调整

行政法的理论基础“是指能够揭示行政法所赖以存在的基础，并用以解释各种行政法现象以及指导行政法学研究和行政法制建设的最基本理论”^{〔41〕}。“行政法理论基础是要解决一个行政与人民、政府与人民之间基本关系的问题。”^{〔42〕} 行政与人民、政府与人民之间具有什么样的基本关

〔35〕 参见关保英：《行政法模式转换研究》，法律出版社、中央文献出版社 2000 年版，第 13—14 页。

〔36〕 张维迎：《理念的力量》，西北大学出版社 2014 年版，序言第 2 页。

〔37〕 Vgl. Von Bargen, Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive, EuR2008, S. 200.

〔38〕 Gunnar Folke Schuppert, “Der Gewährleistungsstaat-modische Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit”? in: ders. (Hrsg.): Der Gewährleistungsstaat—Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden, 2005, S. 13ff.

〔39〕 [英] 卡洛尔·哈洛、理查德·罗林斯：《法律与行政》（上卷），杨伟东等译，商务印书馆 2004 年版，第 29 页。

〔40〕 [美] C. 阿曼：《面向新世纪的行政法》（上），袁曙宏译，载《行政法学研究》2000 年第 3 期，第 85 页。

〔41〕 周佑勇：《行政法理论基础诸说的反思、整合与定位》，载《法律科学》1999 年第 2 期，第 41 页。

〔42〕 杨海坤：《行政法的理论基础——政府法治论》，载《中外法学》1996 年第 5 期，第 53 页。

系,相应就有什么样的行政法的理论基础。行政法的规范对象是国家与其公民的关系,因此,无论是基于社会环境事实条件的变迁,还是因为宪法中国家观念的变动,只要国家与其公民之间的关系有重大的改变,行政法体系就不能不随之变化。^[43] 昔日的行政法理论基础例如“控权论”“管理论”“平衡论”都是建立在国家与社会二元分立的基础之上,价值体系单一,无法解释 PPP 模式的新事实和新现象。以 PPP 模式实现公共任务使得国家的形态从“给付国家”迈向“担保国家”;国家的角色从“执行者”转化为“担保者”;国家应负的责任从“执行责任”转化为“担保责任”。国家责任的这种重大转变使得国家与人民之间的基本关系从直接的提供关系转变为间接的担保关系,即国家与人民之间成为了一种担保与被担保的基本关系。国家与人民、政府与人民之间的担保基本关系的确立,必然要求调整这种担保基本关系的行政法的理论基础是“国家担保责任论”。

以“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础,一方面,使得政府始终位于“担保者”的立场,明确自己“担保者”的角色和责任,更多地依靠契约、认证和验证等新型管制手段,监督和担保公共产品、公共服务的高质量持续供给;另一方面,责任不仅是政府存在的合理性和治理过程的基础,也是担保行政法律制度建构的根基。从责任的角度出发,摒弃传统行政法学“先权力——后责任”的权力配置程序规则,采用科学的“先责任——后权力”的权力配置程序规则来配置行政权力,理顺了国家责任和行政权力的源与流、目的与手段之正确关系,能够利用责任机制之绳索有效控制 PPP 模式中行政权力的滥用和扩张,从而为 PPP 合作法律制度之构建提供了民主的责任制度根基。^[44] 但是需要说明的是,行政法学没有永恒不变的理论基础,行政法的理论基础只有相对性,没有应用上的绝对性。它要随着时代发展,社会变化而发展变化,是行政法理论源头在特定历史条件下的具体化,具有阶段性。^[45] 因此,“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础,是仅就 PPP 模式下的担保国家构建的政府与社会合作法律制度(PPP 法律制度)而言的,而非对任何国家形态下构建的行政法而言,例如秩序行政法和给付行政法。

(二) 法律关系理论作为行政法学体系建构的另一砥柱

行政行为形式理论为传统行政法学体系的建构起到了中流砥柱的作用。然而,面对 PPP 模式中复数的利益主体和多边法律关系,行政行为形式理论难以有效作为担保行政法学体系建构之砥柱,法律关系理论可以作为 PPP 模式中担保行政法学体系建构的砥柱。法律关系论者认为,整体的法秩序是由无数的法律关系所组成,法律关系是由法律规范所形成的两个或多个主体之间的关系。^[46] 法律关系理论以生活关系的连续性和持续性作为观察的重心和焦点。与行政行为形式理论不同的地方,在于法律关系理论不只关心决定,而是以当事人相互间的关系作为联系点,并将之归整为法律关系。^[47] 法律关系理论的提出,能够满足行政行为体系之启发、结构与释义

[43] 参见陈爱娥:《契约作为公私部门合作的行政行为形式》,载《程序正义、人权保障与司法改革》(范光群教授七秩华诞祝寿论文集),元照出版公司 2009 年版,第 315-328 页。

[44] 关于“国家担保责任”作为 PPP 模式下行政法理论基础的缘由及对传统行政法理论基础的缺陷的论述,请详见杨彬权、王周户:《论我国 PPP 行政法规划框架之构建》,载《河北法学》2018 年第 3 期。

[45] 参见孙笑侠:《法律对行政的控制》,光明日报出版社 2018 年版,第 34-35 页。

[46] Vgl. Norbert Acherberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 31.

[47] 参见前引 [26],施密特·阿斯曼书,第 282 页。

学等不同功能的需求，促使行政法学界跳脱传统的行政行为形式理论的偏狭格局，从全方位的、动态的角度观察和思考 PPP 模式中的行政法问题，并将长周期性和复杂性因素纳入行政法学的思维体系，不再只是捕捉静止的 PPP 事实现象，而是要关照 PPP 全程运作过程中的社会关系。法律关系论下的担保行政立法或政府与社会资本合作（PPP）立法，不再采用行政行为形式理论下的“条件模式”，^{〔48〕}而是采用“目的模式”^{〔49〕}规范和调整公私合作行为，从而实现行政机关维护公共利益之担保行政职责。如果没有法律关系，PPP 模式中不同法律主体及其法律地位均无法从程序法或契约法上获得观察和总结，并最终获得救济。正是由于法律关系理论能够满足行政行为体系之启发、结构与释义学等不同的功能的需求，德国公法学者彼得·哈贝勒（Peter Haberle）宣称行政法律关系将成为行政法学体系重新建构的砥柱。^{〔50〕}

但是，必须注意的是，法律关系理论并非完美无缺，其也面临制度化和体系化程度不高、核心理论难以突破等困局，^{〔51〕}且目前可见者只有基于 PPP 债务法律关系所产生的损害赔偿请求权，以及在确认诉讼中确认 PPP 法律关系存在与否而已。如果过分偏爱“法律关系论”，难免再陷入像“行政行为形式论”那样的单一理论体系之迷思，衍生新的问题与困境，除非“行政行为形式论”因逻辑之误谬不堪，已达到难以修补以致有结构松动或解构之虞，方需扬弃，^{〔52〕}但现实是“行政行为形式论”仍是行政法的砥柱。“法律关系论”与“行政行为形式论”不应该被建构成两个相对立的理论或理念，而应该取长补短、相互支援。“这种结合传统以法律形式为中心与重视法律关系的实质内容要素的补充，有助于一个完备的行政法体系的建构。”^{〔53〕}因此，法律关系理论作为担保行政法学体系建构的另一砥柱实属行政法学模式发展之必然。^{〔54〕}

（三）行政程序担保化并成为公私合作的平台

在 PPP 模式中，社会资本承担了公共任务的具体履行工作，其提供的公共任务的质量优劣、收费高低等会直接影响消费者和一般公众的合法权益。因此，规范和约束行政机关行为、保障公众利益的行政程序应该进行相应的改革，也即要进行行政程序的担保化。所谓行政程序的担保化，就是随着行政任务的民营化和行政机关的角色转变为“担保者”，行政程序相应地从控制行政机关合法履行公共任务撤退到担保公共利益实现所应遵循的程序，也即担保行政程序。担保行政程序主要包括选择私人合作对象的程序、确保私人提供给付产品和服务品质的程序、特许经营的撤回和接管程序、PPP 合作契约条款的设计和瑕疵效力等程序。行政机关严格贯彻和执行这些

〔48〕 条件模式是指法律规定一定的构成要件与效果，一旦构成要件被满足，便会发生一定的法律效果。条件模式与相应之形式理性是传统行政法学模式的基本运作逻辑，也是现代法治国家的基本前提，然而其制式、呆板以及欠缺灵活性使人无法容忍。

〔49〕 所谓目的模式是指法律并不规定明确的构成要件，仅规范要达成的目的，至于达成的手段则须通过个案才能确定。也就是说，行政决定不再着重于过去的事实调查，而是预测行政决定未来之效果。通过取向目的模式的立法，能够确保行政机关切实履行担保行政职能，维护公共利益。

〔50〕 参见李建良：《行政法基本十讲》，元照出版公司 2012 年版，第 185 页。

〔51〕 参见赵宏：《法律关系取代行政行为的可能与困局》，载《法学家》2015 年第 3 期。

〔52〕 参见李震山：《行政法导论》，三民书局 2019 年版，第 234—236 页。

〔53〕 张锦盛：《法律关系理论作为行政法体系革新的动力》，载《当代公法新论》（中），元照出版公司 2002 年版，第 58 页。

〔54〕 有学者甚至认为，在民营化架构秩序下，“行政法律关系”势将取代“行政行为样”的思维模式，在依法行政原则的基础上，不再只是探求、审视行政行为的合法性，而是建立以行政法律关系为基础的“行政法上之请求权体系”。参见李建良：《2011 行政管制与行政争讼——民营化时代行政法的新局势》，新学林出版公司 2012 年版，第 11 页。

具体的担保行政程序,可以有效地确保公共任务的顺利达成。同时由于PPP背景下,私人部门不可避免地要作出决策和行使一部分公法上的权力,例如收费权、进入权等,这有可能会涉及公民宪法权利的保障和公共利益的维护。因此,行政程序的适用范围应该逐渐扩展到承担公共任务履行的私人机构;行政程序法的透明、公平和参与等价值也必须延伸到各种混合的公私制度安排之中,以确保合作关系的正当性。^{〔55〕}行政程序适用范围的扩展和程序法价值的延伸渗透,使得私人机构成为了行政程序的适用主体,私人机构适用的行政程序也可以称为私行政程序。因此,PPP模式下的行政程序应该理解为行政机关和私人机构合作履行行政任务应该遵循的程序,也即行政机关作为“担保者”应该履行的担保行政程序和私人机构作为“执行者”履行的私行政程序。私行政程序具有补充功能,是对担保行政程序已经撤回事项范围的补强。由于“程序参与者在角色就位之后,各司其职,互相之间既配合又牵制,恣意的余地自然受到压缩”^{〔56〕}。故而,在PPP模式下,将行政机关与私人机构按照不同的角色定位纳入行政程序法的规制范畴,不仅可以控制公私权力之滥用,又可以担保公共利益的顺利达成。

政府和社会资本的合作者地位也要求公私双方抛弃命令服从关系,在平等的基础上进行对话与合作。这必然要求行政程序从传统的对立程序转向为合作程序,行政程序法的建构必须要有合作化的要素。这种合作化要素主要表现在让公众和人民提早参与、及早将潜在的不同意见者及利益第三人纳入行政程序、提早对公众为信息告知和意见听取。例如,为了确认PPP项目在PPP契约签订后是否具有“融资可行性”,政府部门应该考虑在采购程序的早期阶段或者竞标激烈阶段就让贷款银行及相关机构开始参与。由于公私双方借用了行政程序这个合作平台,进行了充分的协商,PPP项目的落地率和成功率会大为增加。在PPP模式的执行、移交和终止阶段,“人民仍应享有向行政机关请求阅览卷宗的权利;相对而言,行政机关据以作成行政行为的资讯或事实基础若有改变,人民亦负有告知的义务,俾利行政机关做进一步的因应”^{〔57〕}。因此,在PPP模式盛行之今日中国,行政程序就是公私双方通过对话与合作共同实现公共福祉的合作平台。行政程序法也就相应地从具有隶属关系的公私对立程序法走向具有公私合作因素的行政程序法,也即行政合作程序法。PPP背景下行政合作程序法的目标并不仅在于控制行政权,而是调整公权力部门与私人机构之间的合作关系,引导和担保公私主体顺利达成公共任务。

(四) 合作契约成为重要的管制手段和规制对象

契约是PPP模式运作的主轴和公私部门合作的行政行为形式,同时也是一种重要的管制手段。凡是实行PPP模式的国家,必然是或者正在变成契约国家。这是因为契约是由当事人合意创造拘束彼此之法秩序的手段,在强调公私部门合作(而非公部门单方强制)的领域里,其为形塑双方法律关系的重要手段。^{〔58〕}以PPP合作契约条款作为担保国家的主要管制手段,除了可以充分发挥PPP模式的制度特性,也即公私部门双方透过平等对话,共商双方在任务执行以及规范框架、财务、人事等方面的风险及公益责任分担之解决方案,更可以使PPP双

〔55〕 参见〔美〕C. 阿曼:《由下而上的全球化——一个国内的观点》,林荣光译,载《全球化下之管制行政法》,元照出版公司2011年版,第57页。

〔56〕 季卫东:《法律程序的意义》,中国法制出版社2012年版,第26页。

〔57〕 前引〔50〕,李建良书,第184页。

〔58〕 参见前引〔43〕,陈爱娥文,第317页。

方当事人于形塑合作法律关系时，对于彼此权利义务事项具有预见可能性，并且可以将“给付提供”及“公益实现”视为契约的整体责任，列入双方权利义务具体形塑之考量，使双方当事人于议约时即可以对主要风险及责任分担方式有一定程度的掌握，避免进入履约阶段后，使私人部门产生过多因当初申请时始料未及的“契约外义务”而生之讶异，降低“民间参与失灵”的风险。^[59]

PPP 合作契约较以往的行政行为或传统的行政契约，涉及公共建设的规划、资助、兴建、营运以至移转和接管等。此种长生命周期取向的特性，使契约关系因长期合作且事项多元，往往呈现出极为复杂而利益交织的事实与法律关系。^[60] 因此，为了落实国家担保责任，履行担保行政职能，保障公共利益，PPP 合作契约就成为行政法重点规制的对象。行政法应该重点规制和调整 PPP 契约缔结前（包括投标人的资格、甄选机制等）、契约履行（包括给付标的、不履行给付、契约的调控与管理、契约的变更与调整等）以及契约的终结（包括接管、财产移交等）三个阶段的法律关系。通过对 PPP 合作契约全程的动态的合法性规制，确保 PPP 契约管制手段的“依约行使”和“依法行使”。当然，由于 PPP 契约的不完备性和无法预见性，“法律对于公私合作的条件规定就不能是事无巨细的、僵化严苛的，法律更宜做出框架性条件规定，而为合作双方未来的合作内容的调整留下灵活处理的空间”^[61]。

在公私部门合作履行行政任务领域，行政契约法学的重要任务在于透过“法所引导的契约形塑准则”发展不论公法或私法契约皆可适用之合作契约类型与条款。然而由于我国没有行政程序法，也没有相关的部门行政法的指引，行政契约法学形塑契约条款内容的素材只能来自实务中政府与社会资本为合作执行行政任务所缔结的各种 PPP 合作契约。行政法学的任务在于透过法律所引导的观点，整理实务上所运用的契约类型与条款并检验其适法性，以建构并储存适应各种合作契约的基础结构，并提供合法的契约条款以供使用。^[62]

最后，必须指出的是，除合作契约管制手段外，担保管制手段的“弹药库”十分丰富，例如协商、指南、认证、鉴证、接管等都可以成为 PPP 模式的担保管制手段。

（五）诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显

在 PPP 模式下，公私协力思想和政府角色的转换也使得法院的角色从传统的纠纷的“裁判者”转换为纠纷解决的“担保者”和“监督者”。作为“担保者”，法院不再垄断纷争解决之权力，而是提供多元管道，由当事人选择最符合其利益之途径。法院之功能不仅在于裁判纷争，更应积极提供当事人更多纷争解决途径，^[63] 并为其他纠纷解决主体解决纠纷提供指导和帮助。作为“监督者”，法院不仅要确保其他多元纠纷解决管道合法和有效，而且要确保行政机关不贱卖公共利益。法院“担保者”和“监督者”的角色定位，必然要求协商、调解、仲裁、裁决等诉讼

[59] 参见詹镇荣：《国家担保责任之实践与检讨》，载台湾地区行政法学会主编：《现代行政之正当法律程序/公私协力与行政合作法制》，元照出版公司 2014 年版，第 184 - 185 页。

[60] 参见江嘉琪：《我国行政契约法制之建构与发展》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司 2013 年版，第 209 页。

[61] 马怀德：《行政法前沿问题研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 334 页。

[62] Vgl. Hartmut Bauer, Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2Aufl., 2012, S112f.

[63] 参见刘建宏：《法治国图像变迁下司法权功能之再探讨——德国行政诉讼中法官调解制度之研究》，载《政大法学评论》2015 年总第 142 期。

外纠纷解决机制逐渐进入 PPP 领域，诉讼外纠纷解决机制为民众提供了便利，帮助当事人节省了时间和金钱，减轻了法院的案件负担，有利于提高民众对司法系统的满意度，有助于保持当事人间原有的合作关系，使纷争得到迅速的解决。^{〔64〕}正是基于这些原因，诉讼外纠纷解决机制“前移”到纠纷解决的“前线”，成为纠纷解决的“排头兵”，诉讼机制慢慢地“退隐”于纠纷解决的“第二线”，仅对诉讼外纠纷解决机制的良善运行进行担保和监督。实质上，诉讼外纠纷解决机制就是法院将垄断纷争解决的权力释放由民间行使，由非司法机关和相关机构对 PPP 纠纷做出处理决定，司法机关仅做担保和监督的纠纷解决机制，也即受担保的纠纷解决机制。我们可以将这种由诉讼纠纷解决机制和诉讼外纠纷解决机制形成的“担保与被担保、监督与被监督”的纠纷解决机制称之为“担保纠纷解决机制”。

诉讼外纠纷解决机制在国际上的运用非常普遍，基本上实行 PPP 的国家都在法律法规、政策指南或指导手册中规定了仲裁、调解等诉讼外纠纷解决机制，即使没有明确法律规定的国家对 PPP 模式的诉讼外纠纷解决机制也不明确禁止或排斥。从国内来看，PPP 模式的大力推进和迅猛发展、PPP 专业化和经济化的高压要求，以及社会经济的发展和国家治理体系现代化等多种因素的综合作用也使得仲裁、^{〔65〕}调解等诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显，必将成为 PPP 模式下司法权有限撤退后，契约当事人和第三人纷争解决的首选和主要的救济管道。尽管诉讼外救济机制，也即受担保的救济机制成为 PPP 纠纷解决的主要管道，但人民法院基于“担保者”和“监督者”的角色定位，应该担保诉讼外纠纷解决机制不会失灵，以免侵害宪法所要求的民主法治与人权保障的基本秩序。^{〔66〕}

四、结 语

政府与社会资本合作模式（PPP）导致国家责任发生了重大转变，国家不再承担公共任务的执行责任，转而承担担保责任和合作责任。相应地，PPP 模式中政府的角色从公共任务的“提供者”“垄断者”，转变为“担保者”和“合作者”。从公法的角度来看，这种重大的政府角色和职能转变对传统行政法学模式提出了严峻的挑战，传统行政法学模式在其自身理论框架内难以解释和应对，从而使其发展为新的担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础，以行政法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱，通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为，以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段，通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。担保行政法学模式是传统行政法学为了回应 PPP 实践以及政府职能向担保行政职能的变革发展而做出的一种理论选择。担保行政法学模式并不是对传统行政法学模式的全盘否定，并非要全然逃脱传统行政法学模式

〔64〕 参见林福来：《活用诉讼外纷争解决机制解决劳资争议问题——以检视协调、调解机制为中心》，载《国立中正大学法学集刊》2013 年总第 41 期。

〔65〕 尽管《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 26 条规定，行政协议约定仲裁条款的，人民法院应当确认该条款无效。但对于 PPP 协议来说，其并非由单一的行政协议组成，而是一个协议群，因此，应该根据行政协议的定义确定具体的 PPP 协议的法律属性。如果不属于行政协议，而是民事合同，则合同中约定的仲裁方式有效。参见最高人民法院行政审判庭：《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 360 页。PPP 协议中的大多数纠纷都属于民事纠纷，因此仲裁在 PPP 协议纠纷解决中具有重要的地位和作用。

〔66〕 Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Justizdienstleistung im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 422.

及理论体系的束缚，而是在借鉴和吸收传统行政法学模式合理因子的基础上对行政法学理论体系的进一步发展和完善，是对 PPP 模式下政府角色转变和担保行政法律制度建构现实需求更好的回应和解决。

Abstract: PPP is an innovative model in which government and social capital share risks and work together to provide public tasks. In the model of PPP, the government no longer assumes the responsibility for the performance of public tasks, and instead assumes the responsibility of state guarantee. The government's responsibility for state guarantees transforms the role of the government from a "fulfiller" of public tasks in public law to a "guarantor" and a "collaborator" in private law. The significant transformation of the role and function of the government inevitably requires the traditional administrative law mode to turn to a model of guarantee administrative law. The guarantee administrative law model is the administrative jurisprudential model which is based on the theory of state guaranty responsibility as the legal basis of PPP administrative cooperation, takes legal relationship as one of the pillars of the construction of administrative law system, regulates public-private cooperation through privatization and cooperation of administrative procedures, takes cooperative contract as the basic control means of PPP model, and introduces dispute resolution mechanism outside the jurisdiction to effectively solve disputes and protect public interests.

Key Words: PPP mode, guaranteed administrative law model, state guarantee

(责任编辑：刘 权 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。^{〔1〕} 此类案件审理争议较大，原被告双方围绕“销售机构是否应承担适当性义务”“销售机构是否存在不当推荐行为”“投资者是否有过错”等问题展开激烈交

* 何颖，华东政法大学经济法学院副教授；阮少凯，华东政法大学互联网金融法律研究中心硕士研究生。

〔1〕 有研究表明，在2018年7月14日之前的100件投资者适当性案件中，金融机构承担赔偿责任的概率大约在40%~50%。从时间分布上看，在2016年以前，金融机构承担赔偿责任的案件仅有两起，因此可以看出近年来金融机构承担赔偿责任的比率会更高。参见曹兴权、凌文君：《金融机构适当性义务的司法适用》，载《湖北社会科学》2019年第8期。

锋，法院判决往往一波三折。^{〔2〕}

2019年7月30日，历经三审的“中国建设银行股份有限公司北京恩济支行与王翔财产损害赔偿纠纷案”（以下简称“王翔案”）^{〔3〕}尘埃落定，法院判决建行恩济支行违反适当性义务应对投资人的损失承担全部赔偿责任，赔偿王翔全部本金576481.95元及相应利息损失。在该案中，王翔经建行恩济支行工作人员推荐购买了一款基金产品。建行方面将该基金产品的风险评估为“中风险”，对客户投资风险评估结果显示王翔的风险等级为稳健型。建行据此认为该产品与客户风险承受度匹配，即已履行适当性义务。法院则认定该款基金产品属于“较高风险”品种，建行对王翔的推荐存在重大过错，违反了适当性义务。因此判决建行恩济支行承担全部赔偿责任。对此市场反应强烈，认为银行作为销售商承担责任是否过重，还有观点质疑司法机关直接判断建行对王翔的风险评估是否合理，相当于否定目前行业对客户风险评估的做法。^{〔4〕}

金融产品销售机构是否应当承担投资者适当性义务？如果承担的话其义务内容如何？相应的民事责任又如何认定？本文以下试图进行探讨。

二、销售机构承担适当性义务以存在信赖关系为前提

在我国现行立法中，投资者适当性要求主要规定在各类金融监管规范的具体条款当中。^{〔5〕}尽管《证券投资基金法》有个别条款要求基金销售机构应当“根据投资人的风险承受能力销售不同风险等级的基金产品”，但是该条显然缺乏可操作性，且该法未有相应的民事责任规定。司法实践中，主要还是根据民法上的诚实信用原则或者投资者的弱势地位来论证销售商需要承担适当性义务，抑或直接通过监管规范认定销售商需要承担适当性义务。^{〔6〕}

2019年9月11日，最高人民法院审议通过的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）明确规定了卖方机构在推荐、销售投资类金融商品时应当履行适当性义务，并且首次明确规定金融产品发行人、销售者等卖方机构违反适当性义务应当承担民事责任。自此，法院在审理投资者适当性纠纷案件时，可以直接根据《九民纪要》的规定对当事人的适当性义务及责任承担进行认定。^{〔7〕}

（一）投资者适当性义务的法理基础

投资者适当性开始是对证券经纪自营商的一种义务设定，来源于20世纪30年代的美国自律

〔2〕 在“胡象斌诉中国银行股份有限公司上海市田林路支行侵权责任纠纷案”中，一审判决银行无需承担任何赔偿责任，二审判决颠覆性改判为赔偿投资者100%本金损失，再审又再次改判为银行赔偿40%本金损失。参见上海市第一中级人民法院（2015）沪一中民六（商）终字第198号民事判决书。

〔3〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民申3178号民事裁定书；北京市第一中级人民法院（2018）京01民终8761号民事判决书。

〔4〕 参见赵宏韬：《3万字长文！从王翔案、“九民纪要”视角复盘金融机构在资管业务中的适当性义务》（上），载“法询资管研究”微信公众号，2020年3月12日。

〔5〕 目前，《证券投资基金法》第98条规定了基金销售机构的适当性义务，以及新修订的《证券法》第88条规定了证券公司的适当性义务。

〔6〕 参见前引〔1〕，曹兴权、凌文君文。

〔7〕 《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》指出，尽管“纪要不是司法解释，不能作为裁判依据进行援引。《会议纪要》发布后，人民法院尚未审结的一审、二审案件，在裁判文书‘本院认为’部分具体分析法律适用的理由时，可以根据《会议纪要》的相关规定进行说理”。

组织 (Self-Regulatory Organizations, SROs), 其最初设计目的是为了 保护纽约证券交易所成员免受不诚信以及破产投资者的侵害, 并且无明确的适当性要求, 但是在后来, 投资者适当性义务逐渐被理解成为保护投资者不被诱使购买风险超过他们所能承担范畴的证券。^{〔8〕} 1939 年全美证券交易商协会 (National Association of Securities Dealers, NASD) 为对《马洛尼法》(The Maloney Act of 1938)^{〔9〕} 作出回应, 将投资者适当性义务作为道德指南。在 20 世纪 60 年代, 投资者适当性义务在“锅炉房骗局”(Boiler Room Operations) 中受到广泛关注与适用, 并于此后的 40 年得到发展, 目前主要规定于 FINRA Rule 2111^{〔10〕} 中。

早期, 美国证券交易委员会以“代理理论”(The Agency Theory) 证明了经纪自营商的适当性义务是一种信义义务。代理理论认为代理关系是来源于一个人对另一个人表示同意的信赖关系, 这种同意是指另一个人代表其行事并受其控制。证券经纪商作为代理人在为客户执行交易时, 成立代理关系, 对客户负有注意和忠诚的义务。适当性义务刚好与代理人为委托人提供相关信息的信赖义务相契合。^{〔11〕} 但是, 代理理论的适用具有局限性, 因为代理关系的存在仅限于证券经纪商与投资者因委托理财、执行交易等情形, 而证券交易商与投资者之间不存在代理关系, 对投资者不负有信义义务。^{〔12〕}

为克服代理理论适用的局限性, 美国证券交易委员会发展出“特殊情节理论”(The Special Circumstances Theory) 和“招牌理论”(The Shingle Theory)^{〔13〕} 以证明适当性义务是一种信义义务。特殊情节理论主要是法院公平地对 在特殊情况下的人们施加超出普通法所规定的通常注意的义务, 这种信义义务的识别通常取决于某种特殊关系背景。美国证券交易委员会意识到在证券商与客户之间, 客户具有鲜明的脆弱性, 因此, 即便证券商并不是正式地扮演代理人的角色, 也负有信义义务, 但是, 这种信义义务仅适用于经纪自营商与客户建立信任关系的情形。正如路易斯·罗斯 (Loss) 教授所总结的, “证券商与客户的关系产生于证券商请求客户购买证券的过程, 在这一过程中, 证券商不可避免地会提出一些建议, 逐渐使客户对其建议产生信赖并认为证券商是在为其利益着想。当到达此种程度时, 这不再是一个独立的交易, 无论是实际效果还是法

〔8〕 See Andrew M. Pardieck, *Kegs Crude, and Commodities Law: on Why It is Time to Reexamine the Suitability Doctrine*, 7 *Nevada Law Journal*, 301, 306 (2007).

〔9〕 1938 年通过的《马洛尼法》授权美国证券交易委员会注册全国性的证券协会, 注册条件是这些协会必须采用旨在防止欺诈和操纵行为及实践, 并促进公平公正的贸易原则。See Kathleen C. Engel, Patricia A. McCoy, *A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending*, 80 *Tex. L. Rev.* 1255, 1321 (2002).

〔10〕 2007 年 7 月全美证券交易商协会和纽约证券交易所 (New York Stock Exchange, NYSE) 会员监管、执行和仲裁部门合并, 设立了美国最大的非政府证券业自律监管机构——金融业监管局 (Financial Industry Regulatory Authority, FINRA), 并将投资者适当性规则规定于 FINRA Rule 2111 中, 表述如下: “(a) 成员或关联人基于通过合理努力获得客户的投资概况的基础上, 必须有合理的依据相信涉及一项或者多项证券的推荐交易或者投资策略对客户是适当的……” See FINRA Rule 2111, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/rulebooks/finra-rules/2111#the-rule>, last visited on Oct. 17, 2019.

〔11〕 See Frederick Mark Gedicks, *Suitability Claims and Purchases of Unrecommended Securities: An Agency Theory of Broker-Dealer Liability*, 37 *Arizona State Law Journal*, 535, 550-553 (2005).

〔12〕 See Norman S. Poser, *Liability of Broker-Dealers for Unsuitable Recommendations to Institutional Investors*, 2001 *Brigham Young University Law Review*, 1493, 1563-1568 (2001).

〔13〕 招牌理论是在普通法上的“自持理论”(the common law doctrine of holding out) 的基础上发展的。自持理论认为一个自称拥有专业知识和技能的人, 必须遵守与这一表述相一致的更高的职业标准。参见前引〔11〕, Frederick Mark Gedicks 文, 第 560 页。

律上都是信托关系”^{〔14〕}。相较于特殊情节理论，招牌理论的要求则更高，其认为当证券商对外悬挂招牌开始营业，即蕴含对世的默示宣示，宣示其将秉持其专业，公正尽责地对待客户，其所为有关证券的陈述与推介，必须具有充分的依据。^{〔15〕}

大陆法系国家则是在民法上的诚实信用理论中为适当性义务寻求理论依据。^{〔16〕}“诚实信用原则要求尊重他人，以对待自己事务的注意对待他人事务，不得损人利己，保证法律关系的当事人都能得到自己应得的利益。”^{〔17〕}在现代民法中，诚实信用原则大致经历了从单纯的“无害他人”到在特定情形下的“适当关爱他人”的转变。^{〔18〕}诚实信用原则主要包括两个层面的内涵：一是消极的诚信义务，即要求在交易中不得欺诈、不诚实；二是积极的诚信义务，即不仅仅要求在交易中不得欺诈，还要求在交易中应像对待自己利益一样，对待他人利益。投资者适当性义务规则正是诚实信用原则在金融领域的具体化。在消极义务层面，投资者适当性义务规则要求金融机构在金融交易中不得欺诈投资者，不得将不适当的产品销售给投资者；在积极义务层面，投资者适当性义务要求金融机构在了解客户和了解产品的基础上，从投资者利益角度考虑，向投资者推荐适合的金融产品，克服投资者由于知识水平和经济实力所造成的差异，从而实现诚实信用原则所追求的实质公平和正义。在我国的司法审判实践中，法官也主要以诚实信用原则为依据确定销售商的投资者适当性义务，例如在“中国建设银行股份有限公司信阳湖东大道支行与刘保刚财产损害赔偿纠纷案”^{〔19〕}和“沈伟珍与广发银行股份有限公司上海虹口支行财产损害赔偿纠纷案”^{〔20〕}中，法院认为在目前法律规范未明确规定的情况下，应依据诚实信用原则确定金融机构的投资者适当性义务。

综上所述，不管是英美法系的信义义务，还是大陆法系的诚实信用原则，两者都强调投资者适当性义务规则源于金融机构与投资者之间的信赖关系。

（二）域外主要立法模式及我国选择

当前，各国及地区对投资者适当性义务按适用对象划分，主要有以下两种立法方式：一是采取宽泛立法模式，将投资者适当性义务适用到整个金融市场从业机构。典型的我国台湾地区“金融消费者保护法”规定投资者适当性义务适用于“金融服务业与金融消费者订立提供金融商品或服务之契约前”，而不论是否有推荐行为。^{〔21〕}二是采取限定立法模式，规定投资者适当性义务仅适用金融机构进行推荐的情形。如新加坡《投资顾问法》规定，如果金融交易并非基于投资

〔14〕 Louis Loss, The SEC and the Broker-Dealer, 1 *Vand. L. Rev.* 516, 529 (1948).

〔15〕 See Allen D. Madison, Derivatives Regulation in the Context of the Shingle Theory, 1999 *Columbia Business Law Review*, 271, 280 (1999); 前引〔8〕, Andrew M. Pardieck 文, 第 309 页; Lewis D. Lowenfels, Alan R. Bromberg, Suitability in Securities Transactions, 54 *The Business Lawyer*, 1557, 1581 (1999). 亦可参见何颖：《金融交易的适合性原则研究》，载《证券市场导报》2010 年第 2 期。

〔16〕 参见王锐：《金融机构适当性义务司法适用的实证分析》，载《法律适用》2017 年第 20 期；张付标、李玫：《论证券投资者适当性的法律性质》，载《法学》2013 年第 10 期；钱玉文、吴炯：《论商业银行适当性义务的性质及适用》，载《湖南社会科学》2019 年第 4 期。

〔17〕 徐国栋：《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 3 页。

〔18〕 参见王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社 2009 年版，第 54 页。

〔19〕 参见河南省高级人民法院（2016）豫民再 544 号民事判决书。

〔20〕 参见上海市虹口区人民法院（2016）沪 0109 民初 25028 号民事判决书。

〔21〕 参见陈肇鸿：《重思金融消费者保护之管制手段》，载《月旦法学杂志》2017 年第 7 期。

顾问或者只是单纯执行客户的指令而无推荐行为时,金融机构则不需要进行投资者适当性义务的判断;^[22]美国FINRA Rule 2111规定投资者适当性义务仅适用于推荐交易或投资策略(Recommended Transaction or Investment Strategy)的情形,义务主体不仅仅包括经纪交易商,还包括那些通常业务是从事交易的主体,以及在美国从事投资银行或者证券业务的分支机构;^[23]欧盟《金融工具市场指令》将投资者适当性规则区分为适当性(Suitability)和适合性(Appropriateness)两方面,^[24]规定适当性适用于提供投资建议和投资组合管理(Investment Advice or Portfolio Management)的情形。上述两种立法模式对投资者适当性义务所适用行为的严格程度有所不同,但是总体上,采限定立法模式的国家和地区较多,即以金融从业机构存在推荐等能形成信赖关系的行为作为承担适当性义务的前提。

《九民纪要》第72条采取的也是后一种模式,即规定金融商品发行人、销售者等金融从业机构只有在“向金融消费者推介、销售”高风险等级的金融商品或为高风险投资活动提供金融服务时,才需要履行适当性义务。结合实践来看,如果金融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。^[25]但为了便于金融机构判断,美国金融业监管局提出了一些非穷尽的指导性原则,用于判断沟通行为是否应被视为推荐行为。在金融业监管局监管公告11—02^[26]以及给成员的通知01—23^[27]中,列举

[22] See Article 27 of Financial Advisers Act.

[23] See FINRA Rule 2111, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/rulebooks/finra-rules/2111#the-rule>, last visited on Oct. 17, 2019.

[24] See Article 25 of MiFID. 欧盟《金融工具市场指令》中适当性与适合性的主要区别在于:(1)适当性适用于提供投资建议和投资组合管理的情形,而适合性适用于非提供建议的情形;(2)所要求获取的信息不同,适当性要求获取客户的知识和经验、财产状况、投资目标,而适合性获取的为客户的知识和经验;(3)在适当性下,如果公司未获取到必要的信息,那么其不能进行个人推荐和交易,而在适合性下,如果公司未获取到充足信息,那么其需要警告客户,而客户仍可以交易。参见武俊桥:《证券市场投资者适当性原则初探》,载《证券法苑》2010年第2期。

[25] See FINRA Rule 2111 (Suitability) FAQ, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/key-topics/suitability/faq>, last visited on Apr. 4, 2020.

[26] See Regulatory Notice 11—02 of FINRA, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/notices/11-02>, last visited on Apr. 4, 2020.

[27] See Notice to Members 01—23 of FINRA, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/notices/01-23>, last visited on Apr. 4, 2020.

的指导性原则包括：（1）分析沟通的内容、背景和陈述方式；（2）针对特定客户的沟通越个性化，就越有可能被视为推荐；（3）一系列单独考虑可能不构成推荐的行为，整体考虑可能构成推荐；（4）分析沟通是否能够合理地被视为“行动呼吁”（Call to Action），以及对客户购买证券的影响程度等内容。这些指导性原则也在具体判例中得以运用，例如，在 Michael F. Siegel v. S. E. C.^{〔28〕} 案中，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院爱德华兹（Edwards）法官认为在调查西格尔（Siegel）是否存在 Conduct Rule 2310 规则下的推荐行为时，美国证券交易委员会恰当地考虑了西格尔沟通的“内容、背景和陈述方式”，其沟通是否可以合理地被视为“行动的号召”以及合理地影响投资者决策。美国证券交易委员会重点关注了以下重要因素：西格尔与唐纳夫妇（Downers）的密切关系、唐纳夫妇对西格尔投资建议的信赖、特定对话的性质以及西格尔与唐纳夫妇开始关于案涉产品的对话。在这些证据的基础上，美国证券交易委员会认为西格尔的行为构成推荐，因为这是一项合理影响唐纳夫妇决策的“行动呼吁”。爱德华兹法官对上述调查结果予以认可，认为西格尔存在推荐行为。综上所述，对于销售商在金融产品销售中是否存在推荐行为这一事实问题，需要在个案中基于具体的沟通内容等因素加以判断。

三、销售商承担适当性义务的基本内容

关于投资者适当性义务的内容，一般而言包括了解客户、了解产品以及在此基础上的适当匹配三个方面。^{〔29〕} 此外，一些国家还包括特殊的规定，例如，美国规定了“量的适当性义务”（Quantitative Suitability）；^{〔30〕} 日本《金融商品交易法》第 8 条对销售方式和推广时间的适当性作了规定。《九民纪要》也采取类似表述，同时规定“在确定卖方机构适当性义务的内容时，应当以合同法、证券法、证券投资基金法、信托法等法律规定的基本原则和国务院发布的规范性文件作为主要依据。相关部门在部门规章、规范性文件中对高风险等级金融产品的推介、销售，以及为金融消费者参与高风险等级投资活动提供服务作出的监管规定，与法律和国务院发布的规范性文件的规定不相抵触的，可以参照适用”。我国有关投资者适当性义务在监管法律文件中规定得较为详细，也是法院审判的重要参考依据。但是这些规则效力层级低，且在内容上相互不一致甚至存在冲突，使得此类案件的判决结果呈现出较大偶然性。以下展开具体分析。

（一）了解客户

了解客户是指金融机构在向投资者推介产品时，应尽可能地收集投资者的年龄、学历、投资经验、财务状况、投资目标以及风险偏好等信息，从而能够对投资者有一定程度的了解。具体到金融产品的销售场景中，了解客户主要表现为销售商在为投资者推荐金融产品前，需要对投资者进行风险评估，从而确定投资者的风险等级。关于客户风险评估的具体要求及标准，目前监管规范并未明确进行规定。《商业银行理财业务监督管理办法》第 28 条第 1 款规定，商业银行应对非

〔28〕 Siegel v. S. E. C., 592 F.3d 147 (2010).

〔29〕 参见侯国跃、刘玖林：《经营机构违反投资者适当性规则的民事责任》，载《证券法苑》2019 年第 1 期；杜怡静：《关于金融消费者保护法中“适合性原则”之再反思》，载《月旦法学杂志》2019 年第 4 期。

〔30〕 参见前引〔23〕。

机构投资者的“风险承受能力”进行评估,确定投资者风险承受能力等级,由低到高至少包括5级;《基金募集机构投资者适当性管理实施指引(试行)》第26条第2款则规定,要按照“风险承受能力”,将普通投资者至少划分为5种类型;《证券期货投资者适当性管理办法》第10条规定,经营机构应综合考虑收入来源、资产状况等因素,确定普通投资者的“风险承受能力”;《证券公司代销金融产品管理规定》第13条第2款规定证券公司应详细披露金融产品的风险特征与客户“风险承受能力”的匹配情况。从上述规定可以看出,目前监管规范要求金融机构对普通投资者的划分,主要依据“风险承受能力”这一指标。

“风险承受能力”是指投资者应对其所投资的金融产品价值发生不利变化这一不确定性的能力。^[31]过去对“风险承受能力”存在误解,常常将风险承受能力等同于投资者的财产状况。^[32]其实风险承受能力指标可以具体划分为投资者的客观承受能力和主观承受能力,客观承受能力主要取决于投资者的财产状况,主观承受能力主要取决于投资者的投资目标、风险偏好。目前监管规范对主客观承受能力在风险评估中的优先顺序没有进行详细规定,使得金融机构在对投资者进行风险评估时容易引发道德风险,更愿意根据不同客户的具体状况,优先适用客观承受能力或者主观承受能力作为投资者风险评估的主要标准。而对于客户风险承受能力的高估也是适当性纠纷的主要原因,^[33]“王翔案”就是很好的一个例证。在该案中,王翔在对《中国建设银行个人客户风险评估问卷》进行作答时的投资态度表明不希望本金发生损失,对本金10%范围内的损失会出现明显焦虑,但是,建行恩济支行仍确定王翔的风险评估结果为稳健型。这一具体问答与综合评估结果相冲突的问题,究其根源,还是归因于主客观承受能力在风险承受能力判断中的优先顺序未在监管规范中确立。

关于主客观承受能力在风险评估中的优先顺序问题,或可考虑根据“木桶效应”^[34]原理在个案中进行确定。首先,当投资者财产状况良好,具备承担一定风险的财产基础时,主观承受能力应具有优先性。因为,投资者拥有财产的多少与其是否愿意承担风险是没有必然关系的,当客户在评估中对其风险偏好等信息作出明确回答时,这就是该客户所愿意承担的最大风险的决定。其次,当投资者的客观承受能力比较薄弱,而其主观承受能力强烈时,客观承受能力应具有优先性。因为虽然投资者主观上具有承受高风险的意愿,但是如果不加以规制,极有可能导致投资者血本无归。最后,无论投资者的财务状况如何,销售商都不应确定投资者的风险等级高于其主观承受能力范围。^[35]

(二) 了解产品

了解产品是指金融机构在对投资者进行产品推介前,必须了解金融产品的产品结构、流动

[31] See Risk Tolerance, available at <https://www.investopedia.com/terms/r/risktolerance.asp>, Last visited on Apr. 8, 2020.

[32] 参见曾洋:《投资者适当性制度:解读、比较与评析》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2012年第2期。

[33] See Blair H. Wallace, A Proposal to Refine the Suitability Standard by Quantifying Recommendation Risk and Client Appropriate Risk Levels, 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 231, 260 (2006).

[34] “木桶效应”是由美国管理学家彼得提出的,其核心内容是指一只木桶盛水的多少,并不取决于桶壁上最高的那块木块,而恰恰取决于桶壁上最短的那块。

[35] 参见前引[33], Blair H. Wallace文,第260页。

性、杠杆情况以及产品的风险等级等信息，从而确保其推介的产品适合特定投资者。了解产品的关键在于确定金融产品的风险等级，目前我国监管规范规定金融机构在划分金融产品风险等级时应综合考虑流动性、杠杆情况、结构复杂性等因素，至少将金融产品划分为 5 个等级。^[36] 具体而言：首先，关于金融产品风险等级的划分主体，目前监管规范规定为金融机构本身，^[37] 金融机构可以自己完成金融产品风险等级划分，也可以委托第三方机构完成；其次，关于金融产品风险等级的划分标准，目前监管规范规定金融机构应在考虑金融产品流动性、杠杆情况、产品结构等因素的基础上，进行综合认定。

在“王翔案”中，建行恩济支行委托第三方证券公司对基金产品的风险等级评估为“中风险”。但是，法院认为，基金管理人及销售机构与该基金存在一定程度的利害关系，其对基金的风险评级缺乏客观性，并且该风险等级与招募说明书中“较高风险”的表述不一致，因此，认定建行恩济支行存在重大过错，这一点值得商榷。首先，在该案中，法院直接否定了现行监管层面的金融产品风险评级规则关于金融产品风险等级划分主体的规定，认为基金募集机构自身对金融产品风险等级的评级缺乏客观性；其次，在对金融产品风险等级进行司法认定时，法院并非采取监管规范中的综合认定方法，根据各项因素的分值和权重，对金融产品的风险等级进行认定，而是直接以招募说明书中“较高风险”的表述，将金融产品风险等级定性为原银监会颁发的《商业银行个人理财业务风险管理指引》第 23 条规定的“市场风险较大的投资产品”。通过上述对比，可以看出目前司法审判中对于金融产品风险等级的认定，采取的是与行政监管层面截然不同的做法。究其根源，这实际上是关于剩余立法权分配的问题。

剩余立法权的分配问题，产生于法律内在不完备的现实。一国或地区的证券立法往往带有很大的原则性和宏观性，在具体微观操作层面需要依据相对低位阶的制度，这种安排实际是剩余立法权行使的结果。^[38] 在“王翔案”中，主要表现为行政部门内部剩余立法权分配和司法权与行政监管之间剩余立法权分配两方面。

第一，在涉及金融产品风险评级的行政部门内部剩余立法权分配方面，表现为监管规范的冲突问题。银监会《商业银行个人理财业务风险管理指引》第 23 条规定对“市场风险较大”的投资产品，商业银行不应主动向无相关经验或经评估不适宜购买该产品的客户推荐。而证监会《证券期货投资者适当性管理办法》第 15 条规定经营机构应对销售的产品划分风险等级。银监会和证监会的剩余立法权在金融产品风险等级划分上存在不同规定，在“王翔案”的审理中，法院有选择地参照适用了前一监管规范。^[39] 随着 2018 年银保监会颁发的《商业银行理财业务监督管理办法》取代《商业银行个人理财业务风险管理指引》，行政部门内部剩余立法权分配问题因在金融产品风险等级划分上达成共识而得到解决。

第二，在涉及金融产品风险评级的司法权与行政监管之间剩余立法权分配方面，表现为司法审判在个案中的介入问题。关于剩余立法权的行使，在普通法国家和大陆法国家有着显著的差

[36] 参见《证券期货投资者适当性管理办法》第 16 条。

[37] 参见《商业银行理财业务监督管理办法》第 27 条；《证券期货投资者适当性管理办法》第 15 条；《基金募集机构投资者适当性管理实施指引（试行）》第 36 条。

[38] 参见黄韬：《公共政策法院：中国金融法制变迁的司法维度》，法律出版社 2013 年版，第 304-306 页。

[39] 参见何颖：《比较视野：投资者适当性的基础与边界》，载《金融博览》2019 年第 12 期。

异,在普通法国家,剩余立法权由行政部门和司法部门分享,而在大陆法国家,剩余立法权通常由行政部门行使。^[40]在我国,在金融监管方面的剩余立法权主要由“一行两会”行使,司法权较少介入金融监管领域,更多的是对监管规范进行参照适用。在目前金融监管层面已经形成一套较为成熟的金融产品风险等级的确定机制的情况下,法院在个案调整中直接推翻现行监管规范和行业惯例的做法,或有违“尊重专长”的原则。金融产品风险等级的确定,需要在考虑流动性、产品风险、杠杆情况等多种因素的基础上进行综合认定,这需要依靠算法完成。因此法院介入在监管层面已经成熟的金融产品风险等级确认机制时,应持谨慎的态度,一个可行的做法是参照适用监管规范对于金融产品风险等级的确定方法,聘请第三方机构对金融产品风险等级进行重新认定,以判断金融机构在了解产品上是否存在不适当问题。

(三) 适当匹配

适当匹配是指金融机构在了解产品和了解客户的基础之上,将适当的产品匹配给适当的投资者,不能将不适当的产品推荐给投资者。目前我国监管规范对投资者和金融产品风险等级都分别划分为5个等级,适当性匹配主要表现为销售商在对投资者进行风险评估的基础上,将特定的金融产品推荐给投资者,不得将高于投资者风险承受能力的风险等级的金融产品推荐给投资者。

适当匹配的关键在于金融机构对投资者风险承受能力以及金融产品风险等级的确定。在“王翔案”中,北京市银监局认为建行恩济支行将“中风险”的金融产品匹配给“稳健型”的投资者,并未违反适当匹配的要求。而法院并未参照北京市银监局的调查结果,而是穿透式地直接对投资者的风险承受能力以及金融产品的风险等级进行认定。固然“王翔案”中法院直接推翻现行监管层面以及行业做法的思路不可取,但是,通过该案,我们需要反思现行监管规范关于投资者主客观风险承受能力优先顺序标准规定的缺失,这是造成王翔案中行政监管与司法审判关于适当匹配问题分歧的关键,有必要在今后监管规范中明确投资者主客观风险承受能力优先顺序的确定方法。

四、销售商违反适当性义务的差异性责任认定

(一) 销售商承担适当性义务的归责原则

目前司法实践中,法院主要适用合同法下的缔约过失责任或者侵权责任法下的侵权责任对投资者适当性案件进行认定。^[41]不管是缔约过失责任还是侵权责任,都主张销售商承担责任的前提在于存在过错,即违反投资者适当性义务。《九民纪要》第74条第2款对销售商的归责也是采取过错责任原则,即销售商违反投资者适当性义务的,导致金融消费者遭受损失的,需要承担赔偿责任。并且,《九民纪要》第75条规定,销售商应当对其销售过程中不存在过错行为进行举证认定,即适用举证责任倒置原则。综上所述,销售商对投资者承担民事赔偿责任的归责原则属于过错推定原则。

^[40] 参见前引[38],黄韬书,第305、306页。

^[41] 参见陈洁:《证券公司违反投资者适当性原则的民事责任》,载《证券市场导报》2012年第2期;前引[16],王锐文。

在划分销售商与发行机构责任时,《九民纪要》第74条第1款的规定采取的是“连带责任”模式,金融消费者可以选择发行人或销售商作为被告,两者承担连带赔偿责任。该规定实际上是采用了《消费者权益保护法》第40条关于生产者和销售者承担连带赔偿责任的立法技术,其目的在于保护在金融交易中处于弱势地位的金融消费者,使金融消费者在索赔中更便利,同时能够获得充分的赔偿保障。

但需要注意的是,在《消费者权益保护法》第40条中,销售者和生产者对消费者承担连带责任是不考虑其中一方是否存在过错的,^[42]即只要销售者或者生产者对消费者人身或者财产造成损害的,消费者均可主张销售者与生产者承担连带责任,而过错的判断,是在索赔后对生产者和销售者内部责任划分时才需要考虑。而《九民纪要》规定金融产品发行人与销售者的连带责任的依据是《民法总则》第167条。根据该规定,在代理人知道或者应当知道代理事项违法仍实施代理行为,或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示时,被代理人 and 代理人应当承担连带责任。代理人或者被代理人对另一方的行为承担连带责任是有条件的,如果以《民法总则》第167条为依据,要求销售商与金融产品发行人承担连带责任需要投资者举证证明销售商或者发行人对另一方行为违法在主观上是应知或者明知,这对于投资者来说比较困难。如果以《消费者权益保护法》第40条为依据,对于投资者来说更有利。《九民纪要》第74条第1款确定投资者有选择发行人和销售者承担连带责任的权利,从表面上来看有利于金融消费者保护,但由于其依据的是《民法总则》第167条,导致投资者举证困难,而使该条款实际效果大打折扣;若能够将其依据修改为《消费者权益保护法》第40条,则可以解决这一问题。

(二) 销售商承担民事责任的比例认定

销售商违反适当性义务,承担民事赔偿责任的归责原则是过错推定原则,因此在司法审判中,需要对销售商与投资者之间的过错进行划分,从而明晰销售商承担责任的范围。在《九民纪要》出台前,我国监管规范及司法文件对金融机构违反投资者适当性义务情形下承担民事责任的比例认定应考虑的因素未作规定,司法审判中法官对此拥有较大的自由裁量权,造成案件审判结果存在偶然性,实践中销售商违反适当性义务承担责任的从20%到100%不等,^[43]而判决中往往缺乏对责任比例认定所考虑因素的论述,常常只笼统地说明投资者存在过错甚至直接忽略投资者是否存在过错问题,而这在美国司法判例中是不允许的。在上文提及的Michael F. Siegel v. S. E. C.案中,爱德华兹法官认为美国证券交易委员会的赔偿令(Restitution Order)未能连贯地分析损失在多大程度上是西格尔不当行为造成的,其作出全额赔偿的判决缺乏充分解释,也没有先例支持,这是对自由裁量权的滥用,因而对美国证券交易委员会的赔偿令予以否定。

[42] 参见杨立新:《修订后的〈消费者权益保护法〉经营者民事责任之解读》,载《法律适用》2013年第12期。

[43] 在北京市第二中级人民法院(2018)京02民终7731号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为20%;在河南省高级人民法院(2016)豫民再544号、江苏省南京市鼓楼区人民法院(2019)苏0106民初4842号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为30%;在上海市第二中级人民法院(2016)沪02民终9478号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为50%;在北京市第二中级人民法院(2019)京02民终5844号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为70%;在浙江省永康市人民法院(2019)浙0784民初2945号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为本金部分100%;在北京市第一中级人民法院(2018)京01民终8761号、浙江省金华市婺城区人民法院(2019)浙0702民初4240号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为100%本金加同期存款利息。

虽然美国法对违反适当性义务情形下承担民事责任的比例认定应考虑的因素也未作出规定,但是作为判例法国家,其奉行的是遵循先例原则,在司法审理中进行裁量时强调对损失分担应考虑因素的充分的说理与分析。例如在 *Zobrist v. Coal-X, Inc.*^{〔44〕} 案中,法院列举了认定客户对金融机构信赖是否具有过错的八个考虑要素,分别是:(1)原告在金融和证券事务方面的熟悉程度、专业知识的多寡;(2)是否存在长期的商业或者个人关系;(3)原告获得相关信息的渠道的多少;(4)是否存在信任关系;(5)欺诈的隐蔽性;(6)是否存在识破欺诈的机会;(7)在一项证券交易中原告是否处于主动地位或者是否寻求交易的尽快完成;(8)误导性陈述是概括的还是具体的。^{〔45〕} 而在对于损失赔偿问题的分析,本案巴雷特(Barrett)法官认为在金融机构在私募备忘录非常显眼的位置陈述了投资风险的情况下,投资者仍然十分鲁莽地故意闭上双眼,不调查虚假陈述与备忘录信息之间的矛盾之处,因此投资者具有过错。

《九民纪要》第78条对销售商违反适当性义务可以减免责任的情形作出规定,主要包括以下两种情形:一是因为金融消费者故意提供虚假信息、拒绝听取卖方机构建议等自身原因造成损失的;二是根据金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实,适当性义务的违反并未影响金融消费者做出自主决定的。第一种情形的适用比较明确,销售商能够通过所掌握的投资者信息以及销售过程中的录音录像,判断投资者是否存在提供虚假信息以及拒绝听取卖方机构建议的行为。但是对于第二种情形,司法实践存在不同认识,如在“沈伟珍与广发银行股份有限公司上海虹口支行财产损害赔偿纠纷案”^{〔46〕}中,法院认为原告作为具有较高文化程度、具备长期金融理财经验的成熟投资者,应根据自身能力审慎决策,对自身投资损失的发生存在一定过错;而在“王翔案”中,一审法院认为虽然王翔具有多次购买理财产品的投资经验,但其投资经验不构成对涉案产品内容的理解,不存在过错。

虽然金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实对于金融消费者的投资决策具有一定的影响,但其影响程度是比较主观化的,存在于金融消费者内心,难以通过客观化的形式呈现出来。在诉讼中,销售商往往仅能提供金融消费者的既往投资经验以及受教育程度信息,对适当性义务的违反是否并未影响金融消费者作出投资决策这一主观心理问题,则难以举证证明。因此,有必要对第二种情形进行修正,更改为“卖方机构能够举证证明根据金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实,金融消费者在投资决策过程中存在过错的,卖方机构请求减免相应责任的,人民法院依法予以支持”,从而降低销售商的举证难度。对于金融消费者依靠自身投资经验和受教育程度所作出的投资决策是否存在过错的判断,可以借鉴上文“*Zobrist v. Coal-X, Inc.*”案列举的认定客户对金融机构信赖是否具有过错的八个考虑要素。

五、结 语

综上,如果说“王翔案”是销售商全面承担适当性民事赔偿责任的重要标志,那么《九民纪

〔44〕 *Zobrist v. Coal-X, Inc.*, 708 F. 2d 1511.

〔45〕 参见韩祥波:《金融产品销售的适当性法律问题研究——以金融产品的纠纷解决为中心》,法律出版社2013年版,第89、90页。

〔46〕 参见上海市虹口区人民法院(2016)沪0109民初25028号民事判决书。

要》的出台，就正式为金融产品销售商违反适当性义务承担民事责任提供了明确的依据。《九民纪要》统一规定了举证责任倒置、连带责任等规则，在一定程度上便利了投资者寻求法律救济。但是，投资者适当性的具体要求主要存在于各类金融监管规范文件中，这些规范也是司法审判中判定销售商适当性义务是否履行到位的重要参考依据。我国投资者适当性规范存在诸如客户风险承受能力评估指标忽视主观要素等缺陷，加之现行监管规范政出多门，在产品风险等级评估等方面存在冲突与不一致，导致相关案件判决的较大随意性，需要通过监管规范的协调统一来解决。此外，司法实践的积累也可加快形成一些可操作性的责任认定参考指标，以提高规则和判决的可预期性。

Abstract: The existence of faith relationship is the prerequisite for financial product sellers to undertake the obligation of suitability. The identification elements of customer's risk tolerance include subjective elements and objective elements, and the neglect of subjective elements is an important reason leading to overestimation of customer's risk tolerance, which can be reasonably evaluated by using buckets effect theory. For the determination of financial product risk level, the method of penetrating identification in judicial trial may violate the principle of "respecting expertise", and it is a solution to entrust an independent third party to re-evaluate. The publication of the Ninth Meeting Summary stipulated for the first time the rules of civil liability for sellers violating investors' obligation of appropriateness, which provided a clear basis for judging such disputes. The sellers and issuers of financial products are listed as joint liability subjects, and the burden of proof is inverted, all of which reflect the inclined protection concept of legislation for financial consumers. However, taking Article 167 of the General Principles of Civil Law as the basis for sellers and issuers to bear joint and several liability will make it difficult for financial consumers to give evidence effectively. Therefore, it is suggested that the basis for sellers and issuers to bear joint and several liability should be revised to Article 40 of the Consumer Protection Law. On the issue of seller's fault liability and loss allocation, definite and operational identification rules should be formed to eliminate the arbitrariness of judgment result, and it is worth learning from the fault consideration factors of case law.

Key Words: the investor's suitability, risk tolerance, financial consumer

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

日本刑法中对责任能力的认定

[日]桥爪隆 著 赵新新 译*

内容提要：在日本刑法中，责任能力的判断是法律判断。通说是将规范责任论具体化，以反对动机形成可能性、他行为可能性为基础的非难为基本内容来把握责任能力。行为人是否可能具有规范意识（辨认能力），是否可能控制自己的行为（控制能力），是进行责任能力判断的核心内容。因此，在司法实务中，当行为人基于精神障碍而犯罪时，需要对其辨认能力、控制能力进行规范判断。但是，在近来的学说中，出现了不以他行为可能性为前提的责任能力判断，即将行为人能够理解自己行为意义并作出选择的理性存在作为刑事责任能力的基础，对于控制能力则没有要求。在该学说之下，如何论证能够理解自己行为意义但不能控制自己犯罪冲动的重大精神疾病或者脑部异常患者具有免责余地，仍是今后有待研究的课题。

关键词：责任能力 精神障碍 法律判断 辨认能力 控制能力

一、导 言

所谓责任能力，是指行为人具有能够被追究刑事责任的能力。为确定其内容，有必要在刑事责任本质的基础上理解责任能力。另外，在司法实务上，精神鉴定评价的应然状态，特别是裁判员裁判中的应对等等，都是责任能力的重要课题。全面讨论这些问题，实非笔者力所能及。因此，本文在阐明关于责任能力基本理解的同时，对重要的判例动向进行考察，进而得出今后值得研究的课题。^{〔1〕}

* 桥爪隆，东京大学法学部教授；赵新新，一桥大学法学研究科博士研究生。

〔1〕 本文原文载于甲斐克则主编：《围绕刑法重要课题的中日比较法实践》，成文堂2020年版，第33-58页。

二、责任能力的意义

（一）总说

所谓责任能力，即行为人所具有的能够对自身行为承担（刑事上的）责任的能力，行为人必须具备这种能力，法律才能对其进行非难。当行为人欠缺责任能力时，则不能对其进行非难。其行为虽被认定为具有构成要件该当性、违法性，但因为责任被阻却，故不能对其进行处罚。

日本刑法并没有对责任能力认定进行积极规定，而是例外地规定了责任能力减弱、丧失的情形。日本《刑法》第39条中规定了心神丧失和心神耗弱，心神丧失是指行为人由于精神障碍被否定责任能力（无责任能力）（该条第1款），心神耗弱是指行为人具有责任能力，但其程度明显受到限定（限定责任能力）的情形（该条第2项）。心神丧失者因欠缺责任能力不可罚，心神耗弱者则应减轻刑罚。另外，日本《刑法》第41条对于未满14周岁的未成年人（刑事未成年人）一律否定其刑事责任能力，不予处罚。

对于心神丧失、心神耗弱的含义，判例（大审院1931年12月3日判决，刑集第10卷第682页）作出如下解释：“心神丧失和心神耗弱都属于精神障碍状态，但两者程度不同。前者是指由于精神障碍，行为人丧失辨认事物是非善恶的能力，或者欠缺在辨认基础上控制其行为的能力；后者是指行为人的精神障碍尚未达到上述能力欠缺程度，但是已经显著减退。”换言之，所谓心神丧失，是指由于精神障碍，行为人欠缺辨认事物是非善恶的能力（辨认能力）或者控制行为的能力（控制能力）或者两种能力都欠缺的状态；所谓心神耗弱，是指由于精神障碍，行为人虽然尚未达到欠缺辨认能力或者控制能力的状态，但是其中一种能力或者两种能力都显著减退。如上所述，判例的定义并非只是根据精神障碍的生物学要素判断责任能力，而是要求辨认能力或者控制能力的欠缺、减弱这种心理学要素对其具有影响。这种将生物学要素和心理学要素两者并用的判断方法，一般被称为混合的方法。

那么，在生物学要素和心理学要素中，何者才是刑事责任的决定要素呢？无需赘言，是心理学要素。根据传统刑事责任的理解（规范责任论），行为人具有认识到自己的行为是违法行为的可能性（违法性认识可能性），在此可能性基础上，尽管可以不实施该行为（他行为可能性），但依旧选择实施该行为，因此值得进行责任非难。在责任能力的判断中，辨认能力是引导违法性认识可能性的能力，控制能力是引导他行为可能性的能力，在此理解中，心理学要素恰好与责任论的基本构造对应。如果贯彻这一观点，在日本《刑法》第39条的解释中，最终重要的只是辨认能力、控制能力的判断，而生物学要素本身不具独立意义。这种理解虽然可以解释得通，但是，在心理学要素方面产生问题时，往往也会伴随着一些生物学要素的问题。同时，由于单独判断被告人的心理是极其困难的，因此，作为心理学判断的重要资料——生物学要素也应当被考虑到。^{〔2〕}

〔2〕 这样的理解，参见诸如安田拓人：《关于责任能力的判断》，载《现代刑事法》2002年第36号，第35页以下。与此相对，对《刑法》第39条的另一种理解为，其宗旨是当具有导致辨认不能、控制不能的精神障碍时，承认责任阻却，这是超越一般理论、扩张责任阻却范围的规定。参见町野朔：《“精神障碍”和刑事责任能力：再考、再论》，载《内田文昭先生古稀祝贺论文集》，青林书院2002年版，第148页以下。

（二）精神障碍的意义

在上述理解前提下，心理学要素是判断责任能力的决定性要素，因而没有必要通过精神障碍的生物学要素判断，过度限定日本《刑法》第39条的适用范围。因此，即使在精神医学上未被诊断为精神疾患，但只要行为人的精神状态、精神症状出现了一定的异常，并且影响到其辨认能力、控制能力时，即属于广义的“精神障碍”（法律上的疾病概念）。〔3〕

另外，关于精神障碍对意思决定的影响这一问题的见解，存在着可知论和不可知论的对立。不可知论认为，不能具体判断精神障碍会对意思决定产生什么样的影响，因此，对于患有一定程度精神疾病（根据疾病程度）的行为人，通常必须认定为心神丧失或者心神耗弱。该理解倾向于把“精神障碍”限定为一定程度的精神疾患。与此相对，可知论认为，关于精神障碍对意思决定产生的影响程度存在认识可能，应当根据具体案例，具体分析其是否存在影响以及影响的程度。可以说重视心理学要素的见解，基本上是以后者的立场为前提的。并且，从后者的立场出发，“精神障碍”本身并不具有限定责任能力的必然性，而心理要素的机理、影响才是重要的。

实际上容易产生问题的精神障碍类型有综合性失调症、持续性妄想障碍、抑郁症（双相障碍）、与酒精药物相关的精神障碍、智能障碍等。近来，关于在人际关系发展和交流方面产生困难的广泛性发育障碍（自闭症、阿斯伯格综合症等）以及变异、偏离于人格平均水平的人格障碍等是否属于精神障碍的问题也不断增多。曾经，此类障碍不属于疾病、因此不适用日本《刑法》第39条之类的主张十分有力。在实务中，以此类障碍为由适用日本《刑法》第39条的规定亦仅限于极其例外的情形。不过，如上所述，很明显，是否有具有上述障碍的诊断并不重要，重要的是其在心理上是否会对行为人产生影响以及产生什么样的影响。因此，不应当将此类障碍一律从“精神障碍”中排除，而是应当根据其是否对行为人的辨认能力、控制能力产生影响进行个别判断，进而检讨是否应该适用日本《刑法》第39条。〔4〕

另外，即使是正常人，也会产生像恐怖、激愤、憎恶、性冲动等暂时性、急剧性的强烈情感，并因此引发冲动性犯罪行为，这种情况下一般将此称为情绪行为（情绪反应）。〔5〕仅仅由于激情引发犯罪时，责任能力的判断不是问题，但是当其与生理条件、其他精神障碍相结合，达到意识障碍状态的精神障碍时，就会产生是否存在责任能力的疑问。不过，在日本实务中对情绪行为适用日本《刑法》第39条是十分慎重的。〔6〕

（三）辨认能力、控制能力

1. 辨认能力

关于辨认能力的内容，前述1931年判例将其定义为“辨识事物是非善恶的能力”。虽然如此，假设行为人不能区分道德上的善恶，但具有能够区分行为是否是违法行为的能力，因而完全能够期待其回避犯罪行为时，此时不如将辨认能力的内容理解为违法性认识能力。〔7〕当然，即

〔3〕 相关观点参见安田拓人：《刑事责任能力的本质及判断》，弘文堂2006年版，第66页以下。

〔4〕 关于人格障碍对责任能力影响的案例分析，参见山口雅高：《裁判员裁判和责任能力》，载安广文夫编：《裁判员裁判时代的刑事裁判》，成文堂2015年版，第109页以下。

〔5〕 最近的判例，参见林美月子：《情绪行为和意识障碍》，载《立教法务研究》2016年第9号，第131页以下。

〔6〕 否定适用的案例，参见东京高等裁判所1979年5月15日判决，载《判例时报》1979年第937号，第123页等。

〔7〕 关于此观点，参见前引〔3〕，安田拓人书，第75页以下。

使是在综合失调症患者中，大部分患者一般还是能认识到杀人行为是违法、犯罪行为。在此，问题并不是通常的违法辨认能力，而是行为人对自己所欲实施的行为的意义及违法性的认识能力。例如，由于受幻觉、妄想的影响，行为人将被害人当成恶魔、猛兽，认为如果不将对方杀掉就会危害自己的生命，因此做出杀人行为时，在行为人的主观认识里（其到底是正当防卫还是紧急避险暂且不论），杀害对方的行为是正当行为，可以说此时不能够期待行为人具有此种认识之外的认识，因此，其对自己的行为欠缺违法性认识。笔者认为由于妄想的影响，误认为对方挥着刀杀害自己（暂且不论是否属于假想防卫）时，行为人同样欠缺辨认能力。

理论上的难题是，行为人虽然知道自己的行为是恶的行为，但是因为受幻想症的影响，不得已触及犯罪行为，此时应当如何认定其辨认能力。例如，综合失调症患者妄想被害人妨碍自己就职，认定为了自己的将来，唯一的办法就是杀掉被害人，因此做出了杀人行为。又如，抑郁症患者有强烈的自杀愿望并决定自杀，但是想到自己死后，孩子将无人照料，就逼着孩子和自己一起自杀。在这些情形中，行为人虽然认识到杀害被害人的行为是恶的行为，但是由于此时陷入“除此之外，别无他法”的心理困境，因此选择了“恶的”行为。^{〔8〕}一种可以考虑的思路是，对于上述案例，认定行为人具有辨认能力，这样如何认定控制能力就是一个问题。如后面提到的2008年的判例，裁判所对此种情形作出了如下判决：“被告人虽然对于其行为是犯罪行为具有认识，并有记忆，但是仅凭这些就直接评价行为人实质具备辨认事理的能力是有疑问的。”这里，对辨认能力的判断超出了行为人能否认识到违法性的范围，将能够认识犯罪行为以外的其他选择的能力也放在了辨认能力的范畴内加以探讨。

2. 控制能力

控制能力是指行为人具有的能够控制犯罪冲动、不做出犯罪行为的能力。控制行为的过程由两部分组成：（1）控制欲做出犯罪的意思、不实施犯罪行为的意思决定能力（意思能力）；（2）伴随该意思决定，从物理层面控制自己行为的能力（行为能力）。关于二者之间的关系，根据以往的理解，前者中的意思能力（责任能力的问题）被认为是控制能力的内容。当然，后者欠缺时（如因疾病发作或者药物作用，做出跟自己意思相反的行为）也能否定犯罪的成立。在此情形下，无法贯彻“基于意思的身体动静”这一概念，因此不能认定存在刑法上的行为，这为否定犯罪提供了依据。^{〔9〕}

在结果上行为人引发了犯罪的场合，意味着行为人最终没能控制住自己的犯罪冲动。在此情形下，要明确区分是因为精神障碍而“不能控制”还是“虽有控制可能性，但不控制”是困难的。例如，尽管行为人充分认识到了被逮捕的可能，仍然实施犯罪行为的，能够推定其控制能力丧失、减弱的情形很多。^{〔10〕}但是，即便在这些场合，也有行为人基于“即使被逮捕，也必须完成犯罪”这样的信念做出犯罪行为，因此，通常未必能够将其评价为丧失控制能力。

〔8〕 在这些案例中，行为人认为为了解决自己的困境，除了做出上述犯罪行为而别无他法，因此可以认为行为人具有与紧急避险补充性相对应的认识。但是，即使有补充性也未必阻却违法性，故即使有上述意识，通常也未必欠缺违法性认识。

〔9〕 与此不同，将前者包含在辨认能力范围，后者主要属于控制能力的问题，该见解参见高嶋智光：《责任能力和精神鉴定》，载高嶋智光等编：《新时代刑事实务》，立花书房2017年版，第65页以下。

〔10〕 关于此点，参见安田拓人：《责任能力的意义》，载《法学研讨》2016年第430号，第18页以下。

如上所述,独立判断控制能力是非常困难的。实务中,并没有将两者分开认定,一般是进行一体性判断。^{〔11〕}的确,对于行为人而言,不论辨认能力还是控制能力,任何一个丧失或者减弱,即可被认定为心神丧失或者心神耗弱,严密切割二者没有实际意义。就理论上而言,在行为人认识到自己行为的意义及违法性,打消了做出犯罪行为的念头方面,辨认能力与控制能力作为阻止犯罪行为的刹车具有一体性机能,因此将两者进行一体性评价具有充分的可能。不过,假如将两者的区别相对化,控制能力的观点也并非对实务完全没有意义。例如,行为人充分理解侵害法益的行为是不被允许的,但是由于精神障碍无法控制冲动,导致犯罪发生的,暂且不论是作为辨认能力还是控制能力的问题理解,关键是适用日本《刑法》第39条是否适当。^{〔12〕}

(四) 作为法律判断的责任能力

在责任能力的判断中,关于精神障碍这一生物学要素是如何影响行为人的心理要素的判断是重要的,对这些事项的诊断的确是临床精神医学上的问题。但是,因为日本《刑法》第39条中的心神丧失、心神耗弱是法律上的概念,故上述问题作为法律判断,最终应由裁判所进行评价。如上所述,在认定责任能力的判断要素时,虽然需要参照精神医学上的专门判断,但是因为责任能力本身属于法律判断,因此,医学诊断和法律判断的关系就变得微妙起来。

在最高裁判所1958年2月11日(刑集第12卷第2号第168页)的判决中,对于被告人用菜刀杀害妻子的案件,两次精神鉴定结论均为心神丧失,但是第一审判决却认定被告人心神耗弱,对此,最高裁判所作出如下判断:“一审判决没有采纳精神鉴定的结论部分,而是结合鉴定书的全部内容和证据,认定了被告人心神耗弱的事实,这并不足以说明该认定违反了经验法则”,进而认定一审判决对被告人属于心神耗弱的判断。另外,最高裁判所1983年9月13日(刑集第232号第95页)的判决,是有兴奋剂使用历史的被告人盗窃案件,被告人产生幻听认为自己进入了空宅,在此强烈幻听的影响下做出了犯罪行为。被告人的精神鉴定结果虽为心神耗弱,但是控诉审否定了被告人存在幻听,认定其具有完全责任能力。对此,最高裁判所作出判断如下:“被告人的精神状态是否属于日本《刑法》第39条所规定的心神丧失或者心神耗弱,此为法律判断的问题,应由裁判所进行认定;作为其判断前提的生物学、心理学要素与前述判断的关系,最终也应由裁判所评价。根据记录显示,本案中犯罪行为发生时被告人说发生了幻听,非常不可信。因此肯定其责任能力的原审判决,能够被认定为是正当的”,维持了原判决的判断。判例如此判断的立场是,不论对于生物学要素还是心理学要素都应当由裁判所进行法律评价,裁判所不应当被精神鉴定的结论所束缚。在这一点上,判例的立场是一以贯之的。

在对判例理论进行检讨时能给予我们充分启示的判例是原自卫官杀人案件(最高裁判所1978年3月24日判决,刑集第32卷第2号第408页)。本案中,曾是自卫官的被告人,因为朋友B

〔11〕 关于此点,参见三好干夫:《责任能力判断的基础方法》,载《原田国男判事退官纪念论文集·新时代的刑事裁判》,判例时报社2010年版,第262页以下;稗田雅洋:《责任能力和精神鉴定》,载池田修、杉田宗久编:《新实例刑法(总论)》,青林书院2014年版,第175页等。

〔12〕 类似论述,参见樋口裕晃、小野寺明、武林仁美:《责任能力1(2)》,载《判例时报》2012年第1372号,第90页以下。另外,在近来东京地方裁判所立川裁判所2010年4月14日判决中,载《判例时报》2016年第2283号,第142页,盗窃案件中被告人由于非痉挛性癫痫持续状态(NSCE)陷入意识障碍的可能性很高,不能排除欠缺控制能力的可能,因此被宣告无罪。

的妹妹 A 拒绝与自己结婚而心生不满，且 A 的家人对于自卫队不抱好感亦让其心生恨意，因此打算杀害朋友一家。被告人准备好铁棒后，在正月的深夜前往 A 宅，因受到 B 的妹妹 C 的冷漠对待，坐上出租车准备回家，但因极度愤怒，又强迫司机开车返回 A 宅，并将司机也带到 A 宅，殴打司机的头部之后，用铁棒依次强烈打击了 C、C 的三个孩子以及赶到 A 宅的朋友们，共杀害 5 人，重伤 2 人。一审（参见高知地方裁判所 1970 年 4 月 24 日判决，刑集第 32 卷第 2 号第 416 页）判决认为：尽管被告人曾因精神分裂症^{〔13〕}有过住院经历，但是本案中的犯罪行为与幻听、妄想等疾病体验没有直接关系，被告人为犯罪作了周到的准备，在犯罪时切断了电话线，完成犯罪后丢掉了铁棒、外套等，考虑到其毁灭证据的行为等，认定其具有责任能力。控诉审（参见高松高等裁判所 1975 年 4 月 30 日判决，刑集第 32 卷第 2 号第 419 页）也以被告人的精神分裂症已经缓解，并且犯罪发生时其精神状态没有明显的缺陷或者障碍，驳回了其控诉请求。

对此，最高裁判所作出以下裁决：“从被告人的病历、犯罪样态等奇怪的举动以及犯罪以后的病状综合考量，不得不怀疑被告人在本案犯罪行为发生时受精神分裂症的影响辨别是非善恶的能力或者行为能力已经显著减退……因此，原判决未将被告人认定为限制刑事责任能力，有对判决产生重大影响的事实认定错误之虞，如果不将其否决，则明显违反法律正义。”最高裁判所否定了高松高等裁判所的判决，并把案件驳回重审。

之后，驳回重审的第二次控诉审（参见高松高等裁判所 1983 年 11 月 2 日判决，刑集第 38 卷第 8 号第 2789 页）认定被告人为具有限定责任能力人，判处无期惩役。对此，被告人再次提起上告，第二次上告审（参见最高裁判所 1984 年 7 月 3 日判决，刑集第 38 卷第 8 号第 2783 页）最高裁判所作出以下判决：“被告人的精神状态是《刑法》第 39 条所规定的心神丧失还是心神耗弱，应当专门由裁判所进行法律判断。原判决没有采纳精神鉴定书（包括对鉴定人进行的证人询问调查）中被告人实施犯罪行为时处于心神丧失状态的鉴定结论，而是结合鉴定书整体内容、其他精神鉴定结果以及被告人犯罪时的病状、犯罪前的生活状态、犯罪动机、样态等进行综合考量，原判决认定被告人在本案犯罪行为发生时受精神分裂症的影响处于心神耗弱的状态，是正当的”，维持了控诉审判决。

第一次上告审判判决认为，虽然鉴定意见认为被告人的精神障碍症状不严重，且并未达到不能辨别是非善恶的程度，但是因为其有可能心神耗弱，因此否决了原判决认定的完全责任能力。^{〔14〕}但是，本判决并没有完全排斥鉴定意见，而是在精神鉴定的基础上进行考量，认为被告人处于综合失调症的状态，本案犯罪动机的形成是受综合失调症引发的妄想的影响。因而，本判决虽与鉴定结论不同，但可以说是在充分考量鉴定书内容的基础上进行的责任能力判断。

对此，虽然方向不同，但第二次上告审的判决也是一样的。精神鉴定的结论虽为心神丧失，但裁判所没有必要拘泥于此。并且，作为法律判断，在进行责任能力判断时，已经表明结合精神鉴定的内容和“被告人犯罪时的病状、犯罪前的生活状态、犯罪动机、样态”等进行综合考量的

〔13〕 综合失调症，曾被称为精神分裂症，但是“精神分裂症”这一病名容易招致误解和偏见，从 2002 年开始变更病名为现在的综合失调症。

〔14〕 关于此点，参见松本光雄：《判解》，载《最高裁判所判例解说刑事篇昭和 53 年度》法曹会 1982 年刊，第 120 页以下。

判断路径。从本案来看,虽然被告人犯罪行为的动机、样态极其怪异,但是,在裁判中其犯罪前平时生活状态,以及周到的犯罪准备和犯罪隐蔽工作等都被进行了综合考量。并且,在这些考量中,精神鉴定上的内容具有重要意义。

另外,从上述不可知论的立场出发,过去对于综合失调症患者,除病情显著好转之外,原则上是应当认定为心神丧失的。但是,纵观本案第二次上告审,明显与以往不同,司法实务并没有采取该观点。^[15]

(五) 裁判员裁判和责任能力

近来,在裁判员参与裁判的案件中,也有不少存在被告人是否具有责任能力之争的重大案件。责任能力的内容取决于法律解释,关于日本《刑法》第39条的解释本身,在裁判员裁判中同样属于裁判官的权限(日本《裁判员法》第6条第2款第1项)。不过,被告人是否具有责任能力的具体判断,正是日本《刑法》第39条的法律适用,故应当由裁判官和裁判员合议决定(日本《裁判员法》第6条第2款第1项)。总之,关于责任能力的意义、一般理解,没有必要改变一直以来的判例解释,实际上,在认定被告人的精神状态、判断日本《刑法》第39条适用与否的过程中,裁判官和裁判员的协同作业是必要的。因此,为了使得不是法律解释专家的裁判员也能进行实务操作,对于“责任能力本身是什么样的概念,从什么观点判断责任能力”进行简明易懂的解释,成为促进裁判员裁判的必不可少的前提。

基于上述问题意识,2007年度的司法研究报告针对关于责任能力解释的应然现状提出了重要建议。^[16]该报告认为,对于被告人因受综合失调症的影响在责任能力上产生争议的情形,一直以来判例格外重视犯罪行为是否受妄想的直接支配,动机以及犯罪样态的异常性是否偏离被告人的平素人格等。因此,直接从“被告人是因为精神障碍犯罪,还是基于平素的人格、根据自己的判断有意识地犯罪”的视角来检讨被告人的责任能力是合理的。即使在综合失调症患者中,亦有正常人格的人,这些人依然有意思决定的余地。上述意见着眼于此,可以说是从以下方面着眼判断被告人的责任能力,即在被告人犯罪过程中,是由于精神障碍而产生的幻觉、妄想等疾病体验影响重大,还是被告人基于平素的人格发挥了意思决定的机能。^[17]可以说,是能够根据“异常性和正常性的比较衡量”进行判断的。依据此判断基准,即使幻觉、妄想成为犯罪契机之一,在日本《刑法》第39条适用与否的判断中,其和意思决定的直接性、密切性也是重要的。例如,行为人想杀掉对方,在杀对方之前被“必须杀掉对方”这样的幻觉、幻想支配而实施杀害行为的,可以说是疾病体验导致了意思决定,正是“由于精神障碍实施了犯罪”,能够认定为责任能力丧失或者减弱。与此相对,以“对方正在说自己的坏话”这样的幻觉、妄想为契机,产生了攻击对方的意思,这种情形中,即使将对方杀伤,幻觉、妄想的内容也只不过是犯罪行为的一个契机,并未全面支配行为人的意思决定,因此,原则上应当肯定行为人的责任能力。如上所述,以

[15] 关于此点,参见高桥省吾:《判解》,载《最高裁判所判例解说刑事篇昭和58年度》,法曹会1987年刊,第358页以下。

[16] 关于此点,参见佐伯仁志、酒卷匡、村濑均、河本雅也等:《难解的法律概念和裁判员裁判》,载《司法研究报告》2009年第61辑第1号,第32页以下。

[17] 关于此点,参见佐伯仁志:《裁判员裁判与刑法的难解概念》,载《法曹时报》2009年第61卷第8号,第37页以下。

司法研究的建议为前提，分析导致犯罪行为发生的意思决定的机制十分重要。^{〔18〕}

三、最近判例的动向

近来，最高裁判所不断作出关于责任能力的重要裁判。故在此，笔者将对三个重要判例展开检讨。

（一）最高裁判所 2008 年 4 月 25 日判决（刑集第 62 卷第 5 号第 1559 页）

1. 事实关系

在距犯罪行为发生约 7 年前，被告人开始出现综合失调症病状，脑中出现人说话的幻视、幻听症状。在这些异常的体验中，被告人脑中频繁出现距离犯罪行为发生 9 年前其工作的油漆店老板嘲笑自己、跟自己说话的幻视、幻听。特别是犯罪行为发生的 3 日前，被告人脑中频繁出现被害人，幻视、幻听混乱，以至于不想去工作，闭门不出。犯罪行为发生当天，被告人又产生了幻听，被害人又出现在其脑中。因为幻听到被害人说“来干活，打电话去！”，被告人怒气难平，想殴打威胁被害人，让其停止欺负自己。因此，被告人赶到上述油漆店，总觉得被害人在看着自己不停地笑，于是，被告人实施殴打被害人的脸部等暴行，导致该人死亡。

搜查阶段的简易精神鉴定（A 鉴定）认为，被告人因综合失调症产生幻觉妄想的症状正处于恶化期，其责任能力相当于心神耗弱。另外，一审阶段的精神鉴定（B 鉴定）认为，被告人因综合失调症产生的激烈幻觉妄想对本案犯罪行为产生了影响，处于心神丧失的状态。另一方面，被告人恰如其分地应对现实生活，在本案犯罪行为发生前后做出符合常理的行为等，在精神医学上称为“双重认识”现象，与心神丧失状态的判断之间并不矛盾。第一审判决（参见东京地方裁判所 2004 年 10 月 20 日判决，刑集第 62 卷第 5 号第 1592 页），基本上以 B 鉴定为依据，将被告人评价为心神丧失，判决无罪。

在控诉审中，由 C 医师出具的意见书（C 意见）被提交。该意见认为，被告人行为时的症状为综合失调症慢性化状态而非重度化状态，因此仅仅属于心神耗弱。另外，D 医师出具的精神鉴定（D 鉴定）认为，本案犯罪行为是基于综合失调症导致的异常体验基础上发生的，被告人欠缺辨认能力和控制能力。控诉审判决（参见东京高等裁判所 2006 年 3 月 23 日判决，刑集第 62 卷第 5 号第 1604 页），既未采纳 B 鉴定亦未采纳 D 鉴定，认为被告人动机形成、犯罪的行为经过、犯罪样态、犯罪后的经过等并无特别异常之处，对其行为有充分了解的可能，因此认定被告人心神耗弱，判处 3 年惩役。

2. 判决要旨

最高裁判所依据职权作出以下判决，否决了原判决，将案件驳回重审。

（1）对于 B 鉴定、D 鉴定的评价

“被告人的精神状态是日本《刑法》第 39 条规定的心神丧失还是心神耗弱，这属于法律判断，应当由裁判所进行专业判断，对于作为判断前提的生物学、心理学要素，在与上述法律判断

〔18〕 关于这些分析，参见松藤和博：《综合失调症者的责任能力》，载《警察学论集》2014 年第 67 卷第 5 号，第 121 页。

的关系上,终究亦是裁判所判断的问题……但是,对于生物学要素上精神障碍的有无及其程度以及其对心理学因素影响的有无及程度,其诊断是临床精神医学的本责,鉴于此,精神医学专家的意见作为鉴定证据时,除非有对鉴定人的公正性和能力产生质疑、鉴定前提条件存在问题等能够认定存在不能采用其意见的合理事由,否则应当充分尊重精神医学专家的意见并给予认可。”

从上述观点来看B鉴定、D鉴定,两位医师都充分具备相应素质,诊查方法和前提资料的检讨也具有合理性,另外,两鉴定所依据的精神医学知识亦没有异常之处。因此,未采用两鉴定的原判决的证据评价,不能说是合理的。

(2) 对于诸事项的综合判断

“虽然被告人在犯罪行为发生时患有综合失调症,但是仅凭此不能直接肯定被告人处于心神丧失的状态,关于其责任能力的有无、程度,应当结合被告人在犯罪行为发生时的病状、犯罪前的生活状态、犯罪的动机、状态等综合判断……因此,如果能够从这些事项中认定被告人行为时责任能力的有无、程度,原判决中的上述证据评价错误就是对判决就没有影响的。在此,根据这一观点进一步展开检讨。”

本案行为是在被告人患有综合失调症,且恶性幻视、幻听加剧的强烈影响下产生的。至少可以说本案的行为动机是由此而生的。因此,认定被告人在本案行为时,处于疾病异常体验状态是合理的。“‘在此幻觉妄想的影响下,被告人对前提事实的认识能力也是问题,被告人虽然对本案行为是犯罪具有认识,且留有记忆,但是,以此为由能否直接评价其实质具备辨认事理的能力是有疑问的。’这样,不得不说,对于被告人在综合失调症幻觉妄想的强烈影响下实施本案行为,难以认定其心神耗弱。”〔19〕

3. 检讨

可以看出,在本判决中,责任能力的判断是法律判断,作为其前提的生物学要素、心理学要素终究也应由裁判所评价,在这一点上该判决沿袭了1983年判例的观点。另外,关于“生物学要素上精神障碍的有无、程度及其对心理学要素影响的有无、程度”的判断,因为裁判官不具有专门知识,所以并不允许裁判所自由评价。为了强调该点,不能无限制地适用1983年的判例,所以,本判决的判决要旨可以理解为关于“生物学要素上精神障碍的有无、程度及其对心理学要素影响的有无、程度”的判断,应当充分尊重精神医学专家的鉴定意见。〔20〕因此,在未采纳精神医学专家的鉴定意见时,作为裁判所必须提供未采纳鉴定意见的合理理由。

判决认为,被告人处于心神丧失状态的鉴定基本可信,对此不予采纳的原判决的证据评价不具有合理性。不过,本判决进而指出,如果通过对事实关系的综合评价,能够认定责任能力的有无、程度,原判决的证据评价错误对判决就没有影响。在此基础上,本判决又进行详细的综合评价。在此,同时出现了两个判断:(1)应当采纳被告人处于心神丧失状态的鉴定;(2)根据综合

〔19〕 另外,重审(东京高等裁判所2009年5月25日判决,刑集第62卷第2号第1页)判决认为,以“双重认识”说明被告人的精神状态,从现代精神医学知识来看是不合适的,不论B鉴定还是D鉴定都无可信度,因此,不能认为“被告人的精神症状是重度异常的”,认定被告人是心神耗弱具有合理性。对于重审判决,被告人再次提起上告,但是,该上告于2011年11月28日被驳回。参见前田严:《判解》,载《最高裁判所判例解说刑事篇平成20年度》,法曹会2012年刊,第370页注24。

〔20〕 类似论述参见安田拓人:《判例点评》,载《法学家》2009年第1376号,第179页;前引〔11〕,三好干夫文,第261页以下。

判断认定责任能力，因此原判决的结论（心神耗弱）仍有正当性余地。两者的关系虽然未必明确，但是本判决的前提是：（1）即使采用了B鉴定、D鉴定，也应仅限于有关“生物学要素上精神障碍的有无、程度及其对心理学要素影响的有无、程度”的判断，没有必要全面采纳心神丧失的结论。^{〔21〕}因此，（2）即使以B鉴定、D鉴定中有关“生物学要素上精神障碍的有无、程度及其对心理学要素影响的有无、程度”的意见为前提，也可能得出心神丧失以外的结论。故可将本判决理解为，应当不断通过综合判断进行责任能力的查证。

另外引人注意的是，本判决认为，即使能够认定本案被告人对殴打被害人的行为有违法性认识，但“仅凭这些就直接评价为行为人实质上具备辨认事理的能力是有疑问的”^{〔22〕}。因幻觉妄想的影响，被告人认为被害人对其不断进行诽谤中伤，并妨碍其就职活动，因此，被告人陷入为了中止这些妨碍行为，不得不对被害人实施攻击的心理状态，因而做出了本案犯罪行为。通常，认识到自己行为的违法性，是抑制该行为动机形成的重要契机，但是，在本案中，被告人尽管认识到殴打被害人是违法的，但是其陷入了为了恢复自己的正常生活必须殴打被害人的心理状态。基于这种认识的扭曲，被告人在主观上虽然认识到殴打被害人是违法的，但已经无法发挥抑制行为契机的作用，估计是从这一考虑出发，判决认为“直接评价为行为人实质具备辨认事理的能力是有疑问的”。

（二）最高裁判所 2009 年 12 月 8 日判决（刑集第 63 卷第 11 号第 2829 页）

1. 事实关系

被告人案发前和父母生活在一起，从 2002 年夏天起，开始从窗内用气枪朝外面的路人射击。2003 年 2 月，被告人被诊断为可能患有综合失调症，强制入院治疗。之后，被告人又用气枪瞄准附近的女性朝其射击，被采取措施强制入院治疗，主治医师却诊断其为“广泛性发育障碍”。^{〔23〕}被告人在第二次出院后，在祖母的住宅内生活，病情有所缓解。但是，从 2004 年 3 月起，被告人精神状态再次恶化，说邻居（男性、被害人）的长子过来偷听、偷窥等，认为被害人的家人故意说让自己不痛快的话，因而产生仇恨，私自跑到被害人家的二楼，用金属棒敲击其大门。

2004 年 6 月 1 日晚上 10 点多，被告人又拿着金属棒到被害人人家，被害人打开大门，向其说了一些安抚的话，被告人收起金属棒，坐车离开。第二天凌晨 4 点多，被告人带着金属棒和救生刀，再次来到被害人那里，打开了被害人和其妻子所在的一楼卧室的窗户进入卧室，用金属棒打击被害人的头部，并追着被害人至二楼，在二楼用上述刀具刺伤被害人次子的右颈，后用该刀具在被害人的头部、脸部来回刺了多次，将被害人杀害。

搜查阶段的精神鉴定（N 鉴定）认为，被告人属于人格障碍中的综合失调型障碍，虽然被告

〔21〕 类似论述参见前引〔19〕，前田严文，第 361 页以下。另外，即使从精神医学专家的角度，精神医学的判断和法律上的判断也应明确区分，从明确责任能力判断构造的意图出发，八步骤说明模式值得提倡、关注。详细内容见冈田幸之：《刑事责任能力判断和裁判员裁判》，载《法律广场》2014 年第 67 卷第 4 号，第 41 页以下。

〔22〕 林干人：《判例刑法》，东京大学出版会 2011 年版，第 119 页。其认为对此还有一种解释余地，即本判决不是将“认识”作为问题，而是将“辨认”作为问题的，“仅仅只是理性上的理解还是不够的，应将更深层次的、感性的理解能力”作为问题。

〔23〕 译者注：广泛性发育障碍，又称社交障碍、发育迟缓，是一组起病于婴幼儿期的全面性精神发育障碍。主要表现为人际交往障碍，交流沟通障碍以及兴趣和行为方面的异常。根据 DSM-IV 诊断标准，广泛性发育障碍包括以下五个类别：自闭症、亚斯伯格症候群、雷特氏症（只在女童出现）、社交恐惧症、待分类的广泛性发育障碍。

人在本案犯罪行为发生时具有是非辨别能力和行为控制能力，但是将其视为心神耗弱并没有异议。一审判决基本信赖了 N 鉴定，但认定被告人具有完全责任能力。

控诉审中的精神鉴定（S 鉴定）认为，本案犯罪行为是被告人受综合失调症的疾病体验直接支配而引起的，其在做出本案犯罪行为时，不论是非辨别能力还是行为控制能力都已经丧失。对于被告人罹患综合失调症这一点，控诉审判决虽然采取了 S 鉴定，但是，S 鉴定并没有充分说明本案犯罪行为发生的机制，综合考量被告人综合失调症的病状程度、本案犯罪发生的动机、被告人的人格倾向等诸事项后，控诉审判决认为本案犯罪行为并没有偏离被告人有暴力倾向的本来人格，因此认定被告人是处于心神耗弱状态。

2. 判决要旨

最高裁判所驳回了被告人的上告，依职权作出以下判决。

“责任能力的有无、程度的判断，属于法律判断，是应当由裁判所专门判断的问题。作为其前提的生物学要素、心理学要素，在与上述法律判断的关系上，终究应当由裁判所进行评价。因此，将精神医学专家的精神鉴定作为证据时，如果认定鉴定的前提条件有问题，且有合理理由，裁判所可以不采纳该意见。对于被告人责任能力的有无、程度，裁判所可以综合考量被告人在犯罪行为发生时的病状、犯罪前的生活状态、犯罪的动机、样态等进行认定……因此，裁判所即使采纳了一部分特定的精神鉴定意见，对于责任能力的有无、程度，其事实上亦不受该意见其他部分的约束，而是应当综合考量上述诸事项进行判断。如前所述，原判决虽未采纳 S 鉴定中被告人实施犯罪行为时处于心神丧失状态的意见，但是，对于责任能力的有无、程度，原判决一面参考了 S 鉴定中的其他内容，一面从被告人实施犯罪行为时的病状、幻觉妄想的内容、被告人本案犯罪行为发生前后的语言行动、犯罪动机、从前的生活状态来认定被告人的人格倾向。原判决将这些内容综合考量，检讨综合失调症导致的疾病体验与犯罪行为的关系（是疾病体验直接支配了犯罪行为，还是疾病体验对犯罪行为产生一定的影响），被告人平素人格倾向与犯罪行为关联性的程度等，据此认定被告人在犯罪行为发生时是非辨别能力以及行为控制能力显著减退，处于心神耗弱状态。这种判断方法是正确的，另外，参照案件本身，该结论也具有合理性，能够予以认可。”

3. 检讨

如上所述，2008 年判例同样明确了有关责任能力的判断，裁判所不受精神鉴定内容的束缚。的确，对于精神障碍的有无、程度以及心理学要素对其影响的有无、程度，有必要对精神医学专家的鉴定意见给予充分尊重，但是，说到底，心神耗弱、心神丧失这些概念属于法律概念，因此应该由裁判所在考量诸事项的基础上进行规范判断。并且，对于“作为其前提的生物学、心理学要素”，在成为责任能力判断前提的基础上，最终都应由裁判所对其进行认定、评价。对于责任能力的有无、程度，本判决认为裁判所没有必要受鉴定意见的束缚，以此为前提的判断是理所当然的，对于以往判例的基本态度，可以说 2008 年判例并未进行修正，主要重新对此进行了确认。^{〔24〕}

〔24〕 关于该点，参见任介辰：《判解》，载《最高裁判所判例解说刑事篇平成 21 年度》法曹会 2013 年刊，第 666 页。

本案 S 鉴定的内容大致可以总结为三点：第一，被告人患有妄想型综合失调症；第二，犯罪行为发生时，被告人的综合失调症疾病体验急性恶化，本案犯罪行为是由综合失调症疾病体验直接引发的；第三，被告人处于心神丧失状态，不论是非辨别能力还是行为控制能力均已丧失。可以说这些分别对应的是（1）精神障碍的有无、程度；（2）精神障碍对心理学要素影响的有无、程度；（3）日本《刑法》第 39 条的适用适当与否。对于上述（3）的判断，既然这是法律判断，当然没有必要尊重 S 鉴定的鉴定内容。更进一步，对于上述（2）的评价，可以看出判决认定不能采纳 S 鉴定的鉴定内容。^{〔25〕}在此，S 鉴定虽然提及被告人罹患精神失调症，但是并没有对该精神障碍如何影响本案犯罪行为的意思决定及其机制进行明确说明。因此，作为上述（2）的判断前提的事实关系并不充分，故本判决作出“对其不予采纳是合理的”判断。^{〔26〕}

另外，本判决重视以下问题，即本案犯罪行为是在综合失调症引起的疾病体验的直接影响下发生的，还是由于被告人平素人格倾向而引起的。司法研究也提出了与此不谋而合的内容，即“行为人是由于精神障碍而犯罪，还是基于平素人格判断以致犯罪”^{〔27〕}。在本案的具体判断中重视的是，被告人曾和邻居发生冲突，购买、持有气枪、救生刀等被告人具有攻击性、暴力性人格的表现。

（三）最高裁判所 2015 年 5 月 25 日判决（判时第 2265 号第 123 页）

1. 事实关系

本案是被告人用刀刺杀与自家相邻的东西两户邻居（包括其亲人在内的 8 名邻居），杀害 7 人，重伤 1 人后，在自家浇上汽油放火的案件。东侧邻居是被告人的亲人，但是，被告人从小就觉得他们蔑视自己，因此，对他们产生反感、憎恶情绪，想杀掉东侧邻居，购买并持有汽油。被告人也感觉西侧邻居在骂自己、背地里说自己坏话，并不断与西侧邻居发生口角，觉得不把西侧邻居全部杀掉就不能解决问题。犯罪当日，被告人以与居住在其北侧的邻居发生口角为契机，打算将该人、东侧以及西侧邻居全部杀掉，进而实施了本案犯罪行为。

在一审判决中，P 鉴定认为，被告人患有被害妄想性障碍，其判断能力显著受到侵害，但是一审判决并未采纳 P 鉴定意见，而是采纳了认定被告人在实施犯罪行为时，并未罹患妄想性障碍，只不过具有情绪不安定性人格障碍伴随不安性（回避性）人格障碍特征的 Q 鉴定，作为结论，一审判决认定被告人具有完全责任能力。

在控诉审中，R 鉴定认为，被告人虽然由于妄想性障碍判断能力显著受到妨害，但是其并非处于完全无判断能力的状态。对此，控诉审判决认为，在被告人罹患妄想性障碍的限度内可以采纳 R 鉴定，但是，被告人对两家邻居抱有杀意，是因其固执己见而形成的，考虑被告人的性格倾向即可充分理解，因此认定被告人具有完全责任能力。

2. 判决要旨

最高裁判所作出如下判决，认定被告人具有完全责任能力。

“在本案中，（1）被告人性情急躁属于易激动性格，对于对自己持污蔑态度的人抱有很强的

〔25〕 类似论述参见林美月子：《判例点评》，载《论究法学家》2012 年第 2 号，第 260 页。

〔26〕 关于该点，参见安田拓人：《判例点评》，载《刑法判例百选 1 总论》，有斐阁 2014 年版，第 73 页。

〔27〕 关于该点，参见前引〔24〕，任介辰哉文，第 670 页。

攻击性。(2) 在本案发生的数年前,被告人和两被害家庭之间都曾发生过较大的冲突,以此为契机,被告人对被害人抱有杀意。(3) 被告人只是妄想被害人排挤自己、背地里说自己的坏话,并没有妄想被害人威胁、攻击自己的生命、身体。另外,被告人曾经被邻居疏远、警告,这些都是事实,因而被告人的妄想并没有偏离现实。(4) 犯罪行为发生时,被告人的行为具有合目的性且首尾贯一,记忆上也没有大的偏差。(5) 杀害的顺序亦没有特别的异常。从这些事情来看“本案犯罪行为是被告人常年受被害者意识影响,因冲突导致其对被害者们的怒意增强,进而抱有杀意,被告人以犯罪发生前夜与居住在其北侧的邻居发生口角为契机,决定实施本案杀人行为,这是按照其多年来的计划完成的,该行为在合目的性上是首尾贯一的,以现实的事情为起因,被告人也是能够理解其犯罪动机的。犯罪发生时,并没有导致被告人进入突发兴奋状态的事情发生。可以说,被告人是因为妄想性障碍,自身过度抱有被害者意识,导致怨念增强,该障碍仅在其限度内对本案犯罪行为产生影响。被告人妄想的内容是以现实发生的事情为基础,虽然因此强化了被告人的被害者意识和怨念,但仅凭此便认定被告人判断能力减退,则是不合理的。”

3. 检讨

正如 2009 年判例所表明的那样,在认定存在合理理由的情形下,裁判所可能只采纳鉴定意见的部分内容。本案中 R 鉴定,虽然认为被告人因受妄想性障碍的影响,其判断能力显著受到妨害,但是,本判决仅仅采纳了被告人患有妄想性障碍的部分,对于“因受妄想性障碍的影响,判断能力显著受到妨害”的部分,存在不予采纳的合理理由,最终结论为认定被告人具有完全责任能力。本判决不仅仅是根据本案事实关系作出的判决,更重要的是,其通过上述(1)~(5)点具体地说明了对部分鉴定结论“不予采纳的合理理由”。特别是,被告人与生俱来的性格倾向,曾和被害人一家发生冲突,在其妄想性障碍病症恶化之前,就对被害人抱有杀意,并且一直在寻找杀人机会,这些都是重要的考量因素。因此,被告人才能够被评价为是“基于平素人格的判断实施了犯罪”〔28〕。

值得注意的是本判决中关于被告人妄想的内容、影响的评价。本判决认为,被告人妄想的内容“是以现实发生的事情为基础的,考虑到这一点便可充分理解其妄想内容”,因此,即使妄想的内容增强了对被害人等抱有的杀意,但仅凭此不能认定其判断能力减弱。被告人并不是受完全与现实脱离的荒唐滑稽的妄想驱使而实施犯罪行为,其妄想的内容是因为现实中人际关系的扭曲导致的,因此,这种影响(和妄想无关的本来就存在的)仅仅是对杀意在程度、增幅上起了作用而已。可以说判决还支持了如下判断,即对于犯罪的发生,与疾病的影响相比,被告人平素人格的影响更大。

四、今后的课题

如上所述,日本的通说是将规范责任论具体化,以反对动机形成可能性、他行为可能性为基础的非难为基本内容来把握责任能力。因此,行为人是否可能具有规范意识(辨认能力),是否

〔28〕 与此相关,参见安田拓人:《判例点评》,载《法学教室》2016 年第 425 号别册,第 28 页。

可能控制行为的实施（控制能力），理所当然地成为责任能力判断的核心内容。在司法实务中，被告人基于平素人格实施犯罪行为时，当然能够肯定其辨认能力、控制能力；与此相对，基于精神障碍而犯罪时，若能从其辨认能力、控制能力因精神障碍受到妨害处理，根据通说的理解也是行得通的。

但是，若将通说贯彻到底，在对行为人个体进行处罚时，就应该认定其是否真的能够控制犯罪冲动，是否具有他行为可能性。不过，在经验科学上，证明人类在什么范围内可以自由进行意思决定是不可能的，因此，对于行为人个体的他行为可能性进行“超出合理怀疑”的认定，几乎是不可能的。在学说中，这样的主张是有力的，即虽然不能严格证明意思自由和他行为可能性，但以合理的一般人基准作“规范性假设”为前提，进行责任非难是可以正当化的。^{〔29〕}不以行为人为本人为基准，对合理的一般人而言具有他行为可能性即可，虽然使得作为宏观制度的刑罚论、刑事责任论具有正当化可能，但是对于行为人个体的非难可能性尚难以提供充分的依据。^{〔30〕}例如，对于控制能力的判断，如果一般人能够控制某行为，而不问现实中实际的行为人是否可能控制，就认定其具有控制能力，明显不具说服力。

他行为选择不具有期待可能性时，即不应当对行为人问责，这一规范责任论主张本身是正当的，但是当行为可能性不能被严密证明时，从正面对其进行理解、检讨就是必不可少的。显然，“控制能力”这一用语是在假定判断的基础上以他行为可能性（控制、能够不实施犯罪）为前提的，但是需要考虑的问题是，什么状况下应当期待行为人控制，或者是，没有控制行为能否成为非难的对象。

另外，在近来的学说中，不以他行为可能性为前提的责任能力概念被提倡、关注。^{〔31〕}例如，樋口亮介教授认为，责任能力是指行为人根据实际状况进行得失衡量而形成犯罪意思，采取相应手段予以实施的能力整体。^{〔32〕}该主张将行为人能够理解自己行为意义并作出选择的理性存在作为刑事责任能力的基础。对控制冲动、停止犯罪意义上的控制能力，则没有要求，这一点与以往的见解有重大不同。^{〔33〕}在近来的司法实务中，出现了很多有关刑事责任能力的疑难问题，如有人格障碍、盗窃癖者等等，因为不能抑制自己的犯罪冲动，任这种冲动自行发展导致犯罪的，^{〔34〕}在这些情形中，暂且不论根据这些见解的立场是否可能控制冲动（对行为人而言），也存在认定行为人具有完全责任能力的可能。

根据上述见解，虽然行为人由于特殊癖好、人格偏向，不能控制自己的犯罪冲动，但是，对

〔29〕 参见井田良：《讲义刑法学总论》，有斐阁2018年版，第391页。

〔30〕 类似批判，参见樋口亮介：《责任非难的意义》，载《法律时报》2018年第90卷第1号，第10页等。

〔31〕 作为法哲学的基础，参见泷川裕英：《责任的意识和制度》，劲草书房2003年版，第108页以下等。

〔32〕 参见樋口亮介：《责任能力的理论基础和判断基准》，载《论究法学家》2016年第19号，第199页以下。

〔33〕 竹川俊也同样对责任能力进行以下理解，辨认能力、控制能力的区分并无根据，进而以心理过程为出发点，行为人对理解刑法规范提示的行为理由，以此为基础推断自身行为的妥当性，决定是否实施行为的能力（实质的辨认能力）。参见竹川俊：《刑事责任能力论》，成文堂2018年版，第155页以下。

〔34〕 详细论述参见小池信太郎：《以摄食障碍、盗窃癖为背景的盗窃再犯的裁判例动向》，载《中央大学法学新报》2017年第123卷第9、10号，第663页以下。

行为人免责是明显不妥当的。因此,对于全面摒弃控制能力的观点,仍让人觉得欠妥。^{〔35〕}比如,行为人由于重大精神疾患或者脑部异常,不能控制自己的犯罪冲动,即使其能够理解自己所欲实施的的行为的意义,对此难道不应当承认具有免责的余地吗?^{〔36〕}这些都是留待今后研究的课题。^{〔37〕}

Abstract: In Japan, the judgement on the capacity for criminal responsibility is a legal judgment. The general theory is to concretize the theory of normative responsibility. The basic content is that the accusation is based on the possibility of opposing motives and the possibility of other behaviors to determine the ability of responsibility. Therefore, whether the actor is likely to have normative awareness (capacity of recognition) or whether the actor is capable of controlling his/her own behaviors (capacity of control) is the core content of the judgment of capacity of recognition. Therefore, in judicial practice, when the perpetrator commits a crime due to a mental patient, it is necessary to make a standardized judgment on his or her capacity of recognition and capacity of control. However, in recent theories, there has been a judgment of responsibility ability that does not presuppose the possibility of other behaviors. Instead, the perpetrator is a rational existence capable of understanding the meaning of his or her actions and making choices. This is regarded as the basis for determining the capacity for criminal responsibility without any requirement for capacity of control. Under this kind of theory background, how to demonstrate that patients with major mental illnesses or brain abnormalities who can understand the meaning of their own behavior but cannot control their criminal impulse are eligible for immunity is still a subject to be studied in the future.

Key Words: capacity for responsibility, mental patient, legal judgment, capacity of recognition, capacity of control

(责任编辑:简 爱 赵建蕊)

〔35〕 从传统通说对这些见解展开批判,参见安田拓人:《刑事法学的动向》,载《法律时报》2017年第89卷第8号,第111页以下。

〔36〕 参见前引〔30〕,樋口亮介文,第11页以下。其也承认,针对要求行为人遵守法规规范是苛刻的这一评价,具有否定责任的余地。

〔37〕 最新研究有佐野文彦:《关于刑事责任能力的判断》(东京大学助教论文·2019年2月提交)。笔者在执笔本文之际,受到该文诸多启发。