

ISSN 2095 - 9206
CN 10 - 1281/D



财经法学

Caijing Faxue

2026 年 3 月 15 日出版

2026 年第 2 期 (总第 68 期) 双月刊

□ 财经法治热点：数字法治研究

论生成式人工智能侵害名誉权的侵权责任	程 啸	3
网络时代稳定币的货币地位与规范研究	刘少军	22
论作为独立财产保护的人工智能模型参数 ——以“AI 模型保护第一案”为切入点	廖慧姣	36
公共数据资源登记的制度缺漏及因应	邓 鹏	53

□ 专论

论投资风险对赌条款效力的二元论裁判思维：兼议公司法司法解释的 体系化	刘俊海	69
多数人侵权责任的规范困境与出路	张平华	90
走向台前的相对所有权 ——兼及所有权和所有制的关系	曹相见	107
“内卷式”竞争治理中反垄断法的制度性回避与功能重构	喻 玲	125
商事逻辑下合同诈骗罪的认定范式	毛玲玲	141
《个人所得税法》中偶然所得条款的适用反思与要件重构	李乔或	159

□ 争鸣

金融借贷利率上限司法规制的路径重构	钱 进	176
帮助信息网络犯罪活动罪“主观明知”认定规则检视	谢甜甜	193

LAW AND ECONOMY

No. 2, 2026 (Serial No. 68)

March 15, 2026

- On Generative Artificial Intelligence's Tort Liability for Infringement of Right to Reputation *Cheng Xiao* (3)
- The Studies on Monetary Status and Regulation of Stablecoins in the Network Era *Liu Shaojun* (22)
- AI Model Parameters as Independent Property: Taking First Case on AI Model Protection as a Starting Point *Liao Huijiao* (36)
- Institutional Gaps and Responses in the Registration of Public Data Resources *Deng Peng* (53)
- Binary Judicial Philosophy on the Validity of Investment Risk Gamble Clauses: Also Discussing the Systematization of Judicial Interpretations of Company Law *Liu Junhai* (69)
- Normative Predicaments and Core Solutions of Joint and Several Liability for Torts *Zhang Pinghua* (90)
- The Emerging Relative Ownership: Also on the Relationship between Ownership and Ownership System *Cao Xiangjian* (107)
- Institutional Avoidance and Functional Reconstruction of Antitrust Law in Governing "Involutionary" Competition *Yu Ling* (125)
- The Paradigm of Contract Fraud Crime under Commercial Logic *Mao Lingling* (141)
- Revisiting the Application and Reconstructing the Elements of "Incidental Income" in China's Individual Income Tax Law *Li Qiaoyu* (159)
- The Reconstruction of Regulatory Control of the Upper Limit of Financial Lending Rates *Qian Jin* (176)
- Examination of the Identification Rules for "Subjective Knowledge" in the Crime of Aiding Information Network Criminal Activities *Xie Tiantian* (193)
-

论生成式人工智能侵害名誉权的侵权责任

程 啸*

内容提要：生成式人工智能服务提供者对于保证其输出内容的真实性和准确性具有技术上的控制力与法律义务。生成式人工智能的内容输出是提供者自身所实施的行为。提供者并非单纯的网络技术服务提供者，不能援引网络侵权责任中的通知规则与知道规则免除责任，而应依据过错责任原则为自己的行为负责。生成式人工智能直接针对其名誉被涉及的用户的内容输出不构成发布行为，其输出的内容只有为被侵权人之外的第三人知悉时，该内容的输出才构成发布行为。该类输出内容既包括事实陈述，也包括意见表达，提供者可以主张真实性抗辩与公正评论抗辩。提供者对于侵害名誉权的过错包括故意和过失。对于过失的判断，应当首先依据法律规定的义务适用违法视为过失规则；没有法律规定的义务或者符合法定要求时，应当结合案件具体事实，根据《民法典》第 998 条的动态系统论与第 1026 条列举的考虑因素，按照侵害行为发生时的技术发展水平来认定提供者是否具有过失。

关键词：生成式人工智能 提供者 名誉权 侵权责任 过错

一、问题的提出

生成式人工智能 (generative artificial intelligence) 是一类能够根据输入数据自动生成新内容的人工智能系统，它通过学习大量现有数据中的模式、结构和特征，能够创造出新的文本、图像、音频、视频等形式的内容。^[1] 在目前世界上具有代表性的生成式人工智能中，文本生成类主

* 程啸，清华大学法学院教授。

本文为国家社科基金重点项目“人工智能侵权责任研究”(25AFX006)的阶段性成果。

感谢王苑、李西冷、杨嘉祺对本文初稿提出的修改意见以及林琳同学协助整理相关文献资料。

[1] 《生成式人工智能服务管理暂行办法》第 2 条第 1 款将生成式人工智能服务界定为“利用生成式人工智能技术向中华人民共和国境内公众提供生成文本、图片、音频、视频等内容服务”。

要包括 OpenAI 的 ChatGPT、Anthropic 的 Claude、Google 的 Gemini、Meta 的 LLaMA、深度求索的 DeepSeek、阿里的千问、字节跳动的豆包及百度的文心一言；图像视频生成类包括 OpenAI 的 DALL-E、Sora，Google 的 Imagen、Veo，腾讯混元，阿里的通义万相等。生成式人工智能的核心功能在于创作与生成。因此，在其输出的文本、视频或图像等内容存在虚假错误时，可能产生侵害名誉权（及其他人格权）侵权责任。具体而言，可以分为两类情形：一是，生成式人工智能输出的内容是虚假错误的而直接侵害他人的名誉权，由此产生人工智能公司承担侵权责任的问题；二是，用户利用人工智能生成具有诽谤性或侮辱性的内容而侵害他人名誉权，此时，涉及用户与人工智能公司应否及如何承担侵权责任的问题。例如，在 2023 年美国发生的“Mark Walters v. OpenAI, L. L. C. 案”中，原告是公众人物、全国联合脱口秀主持人马克·沃尔特斯（Mark Walters），其以 ChatGPT 生成不实内容（谎称其被指控挪用第二修正案基金会的资金）为由向法院起诉运营 ChatGPT 的 OpenAI 公司构成诽谤侵权。^{〔2〕} 美国联邦地区法院佐治亚州北区亚特兰大分院经审理后以 ChatGPT 关于原告挪用公款的陈述不能被合理解读为事实陈述，且未能证明 OpenAI 公司存在过错等理由驳回了原告的起诉。^{〔3〕} 再如，我国北京互联网法院审理的一个案件中，被告孙某利用生成式人工智能将原告程某用作微信头像的肖像照创作生成乳房暴露的动漫风格图片，并将该图片发送至与原告同在的摄影交流微信群内。在原告多次制止后，被告仍继续使用人工智能软件将原告的上述微信头像的肖像照片生成乳房暴露且身体畸形的动漫风格图片，并一对一发送给原告。法院判决认为“涉案 AI 软件是一种 AI 工具，被告是该工具的使用者，被诉侵权图片是被告自主决定生成，并在涉案微信群中发布。被告明知在人数众多的微信群中发布被诉侵权图片，会导致原告社会评价降低的后果，经原告劝阻，仍有意为之，其侵权故意明显”，故此，认定被告生成并发送涉案图片到微信群的行为构成对原告名誉权的侵害。^{〔4〕}

目前，理论界对生成式人工智能侵权责任的归责原则、损害、过错、因果关系等问题已展开了一定的研究，^{〔5〕} 但尚未见到对生成式人工智能侵害名誉权的专门讨论。有鉴于此，本文拟对生成式人工智能侵害名誉权的侵权责任加以分析研究，主要研究以下问题：首先，生成式人工智能的内容输出能否被认定为生成式人工智能服务提供者的行为，抑或提供者作为网络技术服务提供者而只是单纯的传输他人生产或形成的内容或信息；^{〔6〕} 其次，在确认生成式人工智能的内容输出是提供者的行为之后，进一步分析如何认定输出的内容构成侵害名誉权的加害行为与产生了名誉权被侵害的后果；最后，分析在生成式人工智能侵害名誉权的案件中怎样判断提供者有无过错的问题。^{〔7〕}

〔2〕 See Mark Walters v. OpenAI, L. L. C., 1: 23-cv-03122, (N. D. Ga.).

〔3〕 该案详细资料参见 <https://www.courtlistener.com/docket/67617826/walters-v-openai-llc/>，2025 年 11 月 20 日访问。

〔4〕 参见北京互联网法院（2024）京 0491 民初 21163 号民事判决书。

〔5〕 代表性研究如王利明：《生成式人工智能侵权的归责原则与过错认定》，载《中国法律评论》2025 年第 4 期；王利明：《生成式人工智能侵权的法律应对》，载《中国应用法学》2023 年第 5 期；王若冰：《论生成式人工智能侵权中服务提供者过错的认定——以“现有技术水平”为标准》，载《比较法研究》2023 年第 5 期；徐伟：《论生成式人工智能服务提供者侵权损害赔偿》，载《财经法学》2025 年第 2 期；周学峰：《生成式人工智能侵权责任探析》，载《比较法研究》2023 年第 4 期；朱晓峰：《生成式人工智能个人信息侵权因果关系不明时的责任认定》，载《政法论坛》2025 年第 6 期。

〔6〕 生成式人工智能服务提供者，是指利用生成式人工智能技术提供生成式人工智能服务（包括通过提供可编程接口等方式提供生成式人工智能服务）的组织、个人（《生成式人工智能服务管理暂行办法》第 22 条第 2 项）。提供者可能就是人工智能系统的研发者，也可能是研发者之外的运营者。

〔7〕 因篇幅所限，对于因果关系、损害等问题，笔者将另行撰文研究。

二、内容输出是否是生成式人工智能服务提供者的行为

生成式人工智能的内容输出是否属于提供者实施的行为这一问题，可以细分为两个层次的小问题：首先，该内容之输出究竟是归属于生成式人工智能系统本身还是提供者；其次，如果归属于提供者，该内容的输出只是单纯的传输这一技术服务行为，还是应当被认定为提供者自身的言论发布行为。前一问题涉及行为主体的确定，后一问题则是对行为性质的认定。理论界曾有将人工智能本身作为一个法律主体看待并赋予法律人格的观点。^{〔8〕}例如，2017年欧洲议会通过的《欧洲机器人技术民事法律规则》第59条（f）认为：“从长远来看要创设机器人的特殊法律地位，以确保至少最复杂的自动化机器人可以被确认为享有电子人的法律地位，有责任弥补自己所造成的任何损害，并且可能在机器人作出自主决策或以其他方式与第三人独立交往的案件中适用电子人格。”基于这种观点，生成式人工智能所输出的内容不是人工智能创造者（即人工智能公司）的言论，甚至根本就不是人类言论，而是人工智能本身的言论。^{〔9〕}然而，无论是赋予人工智能以伦理性人格还是技术性人格，目前都是不可行的。^{〔10〕}一方面，如果将自我意识作为“自主性”不可或缺的要件，则目前的通用型人工智能虽然具有相当的自主性，但距离自然人那样的可以广泛地理解、学习和执行各种任务的认识思维能力水平还有很远的距离，遑论具有人类心灵的能力。^{〔11〕}“只有当机器能够模拟主客观世界的不确定性，使定性的人类思维可以用带有不确定性的定量方法去研究，才能最终使机器具有更高的智能，在不同尺度上模拟和代替人脑的思维活动。”^{〔12〕}因此，无法将人工智能作为自然人那样看待，赋予其伦理人格。另一方面，人工智能没有自己独立的财产，无法承担法律责任，更没有自然人那样的意思表示机制，因此，法律上无法赋予人工智能以法人那样的拟制人格（即技术人格），最终还是需要明确究竟谁是行为人与责任人。总之，只要人工智能不具有完全的自主性，仍是由人类来创建人工智能或至少是决定使用人工智能，只要人工智能自身还不拥有独立的财产，无法独立承担责任，则行为与责任总是要归属于现行法律所承认的自然人、法人或非法人组织等民事主体。生成式人工智能也不例外。因此，对于上述第一个问题回答是：生成式人工智能输出内容应当归属于提供者，是提供者的行为。

上述第二个问题，即输出内容的行为究竟是单纯的传输这一技术性服务还是提供者自身发表言论的行为，对于提供者如何承担侵害名誉权的侵权责任至关重要。如果输出的内容就是提供者发表的言论，则其应当按照过错责任承担侵权责任。倘若只是单纯的传输行为，那么，提供者可以援引网络侵权责任中的通知规则与知道规则而免责，只在未及时采取必要措施的情况下才需要承担责任。对于该问题，目前国内外法学界存在很大的争议。下面先介绍比较法和我国法上的争

〔8〕 相关研究比如袁曾：《人工智能有限法律人格审视》，载《东方法学》2017年第5期；刘云：《论人工智能的法律人格制度需求与多层应对》，载《东方法学》2021年第1期；石冠彬：《人工智能成为法律主体不存在理论障碍》，载《光明日报》2024年8月16日，第11版。

〔9〕 See Peter N. Salib, *AI Outputs Are Not Protected Speech*, 102 *Washington University Law Review* 83 (2024).

〔10〕 参见梅夏英：《伦理人格与技术人格：人工智能法律主体地位的理论框架》，载《中外法学》2025年第1期，第42-43页。

〔11〕 参见冯珏：《自动驾驶汽车致损的民事侵权责任》，载《中国法学》2018年第6期，第112页。

〔12〕 李德毅等：《不确定性人工智能》，载《软件学报》2004年第11期，第1590页。

论，然后阐述本文的观点。

（一）比较法上的争议

1. 美国法

1996年的美国《通信规范法》第230条（c）款为“交互式计算机服务的提供者或使用者”提供了豁免权。该款明确规定，交互式计算机服务的提供者或使用者不得被视为另一信息内容提供者所提供信息的发布者或传播者，因此，无须因为以下行为承担责任：（1）出于善意自愿采取行动，限制对其认为属于淫秽、猥亵、淫荡、污秽、极端暴力、骚扰性或其他令人反感材料的访问或获取（无论该材料是否受宪法保护）；（2）采取行动，为信息内容提供者或他人提供技术手段，以限制对第（1）项所述材料的访问。上述规定使得平台免于为第三方内容承担责任，被认为是现代互联网发展的重要法律基础。^[13]司法实践中，美国法院逐渐明确了《通信规范法》第230条的适用须满足以下三个条件：第一，被告必须是交互式计算机服务的提供者或使用者；第二，索赔必须基于另一信息内容提供者提供的信息；第三，索赔必须将被告视为发布者。^[14]基于对这三个限制条件的理解，美国法学界就生成式人工智能服务的提供者（也称运营者）能否适用《通信规范法》第230条的问题存在肯定说、否定说与区分适用说等三种不同观点。

肯定说认为，生成式人工智能服务符合《通信规范法》第230条的定义，可以适用该条。首先，法院普遍认为，允许用户访问托管于服务器的内容或服务的网站即属于“交互式计算机服务”，生成式人工智能平台允许用户访问其托管的人工智能模型，符合该定义。其次，生成式人工智能是基于从互联网、授权方和用户处获取的第三方海量数据进行训练后，根据用户提示，通过识别和重组这些信息中的模式来生成回应。生成式人工智能获取这些信息后不会存储所依赖的信息，相关信息始终归第三方所有。生成式人工智能是通过梳理第三方内容，响应用户提示生成内容。除了用户的输入外，生成式人工智能并未自主创造新的内容。再次，与图书馆或报摊类似，生成式人工智能响应用户输入整合第三方内容时，扮演的正是“发布者”的角色。因此，针对人工智能公司的诉讼大概率会将其视为信息发布者，如主张人工智能生成诽谤内容的诉讼就会要求法院将人工智能视为该信息的发布者。^[15]最后，尽管ChatGPT等生成式人工智能技术非常复杂，但技术的复杂性不改变生成式人工智能作为“中性工具”的法律本质。法院在判断《通信规范法》第230条的可适用性时关注的是平台是否在扮演发布者角色而非其算法的复杂程度。并且，国会立法意图也支持对第230条豁免作宽泛解释，从而保护技术平台免于为无法控制的第三方内容承担过重的责任。^[16]

否定说认为，生成式人工智能不能适用《通信规范法》第230条。首先，该条要求被告是交

[13] See Eric Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, 95 Notre Dame Law Review Reflection 33 (2019).

[14] See Kathleen Ann Ruane, *How Broad a Shield? A Brief Overview of Section 230 of the Communications Decency Act*, Congressional Research Service (February 2018), https://www.congress.gov/crs_external_products/LSB/PDF/LSB10082/LSB10082.2.pdf, visited on 18 November 2025.

[15] See Louis Shaheen, *Section 230's Immunity for Generative Artificial Intelligence*, 15 Seattle Journal of Technology, Environmental, & Innovation Law 1, 17 (2024).

[16] See Louis Shaheen, *Section 230's Immunity for Generative Artificial Intelligence*, 15 Seattle Journal of Technology, Environmental, & Innovation Law 1, 16-20 (2024).

交互式计算机服务的提供者或使用者，而非违法内容的提供者。人工智能程序的输出是由程序自身生成的，并非简单地引用现有网站内容（如搜索引擎提供的网站摘要）或现有用户查询内容（如某些自动补全功能通过引用用户提供的内容推荐下一个或多个词汇）。因此，针对人工智能公司的诉讼，本质上是要求将人工智能公司视为信息的发布者或传播者，该公司就是潜在的责任主体——“信息内容提供者”。其次，法院此前明确了第 230 条不豁免那些对有害内容有“实质性贡献”的被告，而人工智能公司创造并提供了生成不当内容的程序，其对生成内容具有实质贡献。再次，生成式人工智能看似基于训练数据中已有的词汇生成内容，但就像某人通过复制粘贴他人发布的每一个字（而非亲自写每一个字）来构成诽谤性文本时被认为同样创作了相关内容一样，人工智能生成的诽谤性文本不能被认为只是对已有内容的简单聚集和复制粘贴，而是对其诽谤性质产生了实质贡献。最后，适用《通信规范法》第 230 条的传统案例至少都在理论上让言论的实际创造者为其负责。如果让人工智能程序的生成内容可以获得第 230 条的豁免，则一般性地完全切断了受害人向任何人寻求救济的可能。^[17]

区分适用说认为，就能否适用《通信规范法》第 230 条的问题，不能一概而论，要区分不同情况。在区分适用说中，有的学者认为，关键的问题在于平台究竟只是发布第三方的内容还是其自身就是“信息内容提供者”，即生成式人工智能是否对作为原告侵权赔偿诉讼基础的可诉内容进行了“创作”或“开发”。判断该问题时，法院主要关注的是平台与内容的互动性质。如果平台对违法内容的产生有实质促进，则不享有第 230 条的豁免权。^[18] 据此，倘若生成式人工智能存在以下情形，则法院可能拒绝给予其第 230 条豁免权：对内容的违法性因素负有责任从而对内容构成实质性促成；超出“传统编辑功能”的范围而添加了新内容，不再是第三方信息的“中介”；属于违法内容的“作者”，而非仅展示第三方违法内容；索赔依据聚焦于被告的其他行为或商业惯例，而非平台上展示的内容。如果法院认定存在以下情形，则生成式人工智能可能享有第 230 条的保护：仅仅转发、整理或总结现有第三方内容且对内容的修改属于“传统编辑功能”，基础信息完全是由第三方提供的且通过“中性”的算法进行过滤或处理。^[19] 还有的学者认为，应当结合人工智能的技术设计细节进行具体分析：其一，模仿预训练数据中的语言模式生成新文本的基准基础模型（baseline foundation models）会响应提示生成新内容，而非仅托管或传递他

[17] See Eugene Volokh, *Large Libel Models? Liability for AI Output*, 3 *Journal of Free Speech Law* 489, 494–498 (2023). 2023 年 6 月，美国参议员提出议案，主张将生成式人工智能排除在《通信规范法》第 230 条规定的豁免权之外。See S. 1993-A Bill to Waive Immunity under Section 230 of the Communications Act of 1934 for Claims and Charges related to Generative Artificial Intelligence, <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/1993>, visited on 8 November 2025; Julia Shaper, *Hawley Calls for Repeal of Tech Legal Shield as AI Rises*, (9 May 2025), <https://thehill.com/policy/technology/5488200-repeal-section-230-law-tech/>, visited on 8 November 2025.

[18] See Jason Davidson & Hilary G. Buttrick, *SAY WHAT?! When ChatGPT Gets it Wrong: Examining Generative AI, Section 230 of the Communications Decency Act, and the Essence of Creativity*, 30 *Richmond Journal of Law and Technology* 143, 167 (2024).

[19] See Jason Davidson & Hilary G. Buttrick, *SAY WHAT?! When ChatGPT Gets it Wrong: Examining Generative AI, Section 230 of the Communications Decency Act, and the Essence of Creativity*, 30 *Richmond Journal of Law and Technology* 143, 178 (2024). 类似观点认为，在某些产品整合场景中，若生成式人工智能仅用于确定搜索结果的优先级，或从基础搜索结果中高亮显示特定文本，法院可能会认定其有权享受第 230 条的保护。而人们讨论的许多大语言模型使用场景，则超出了第 230 条的保护范围。See Matt Perault, *Section 230 Won't Protect ChatGPT*, 3 *Journal of Free Speech Law* 363, 366 (2023).

人创作信息，因此不能获得第 230 条的豁免；其二，输出的内容直接取自第三方来源的抽取式生成（extractive generation）的情况下，因其与搜索引擎摘要等已获豁免的功能高度相似，豁免的可能性较高；其三，检索增强（retrieval-augmented）生成模型虽然借鉴了搜索功能的特性，但可能生成未基于检索源的虚构内容，其能否豁免存在不确定性；其四，基于人类反馈进行学习（learning from human feedback）的模型更接近平台自主创作内容，豁免的概率会降低。^[20]

从美国的司法实践来看，在联邦第二巡回法院审理的 Force v. Facebook 案中，法院审查的核心问题是《通信规范法》第 230 条是否阻却作为美国公民的受害者及其近亲属就 Facebook 使用一种基于用户输入来决定向其展示何种内容的算法而向该平台提起诉讼的可能性。法院认为，使用算法本身并不会使交互式计算机服务成为发布者，因为 Facebook 的算法只是组织第三方信息。所谓信息内容提供者，是指对通过互联网或任何其他交互式计算机服务提供的信息的创建或开发全部或部分负责的任何个人或实体。如果 Facebook 创建或开发了原告索赔所依赖的内容，那么 Facebook 就可能被追究责任，因为这将把 Facebook 的身份从“发布者”转变为“信息内容提供者”，并剥夺其受第 230 条保护的權利。在联邦第二巡回法院看来，Facebook 的算法只是获取用户提供的信息，并将该内容与其他第三方内容匹配从而生成供用户消费的信息流。Facebook 只是显示未经更改的内容并使其更可见而已，故而，不应被视为第 230 条规范目的下的内容创建者。^[21]

2. 欧盟法

2000 年欧盟颁布的《电子商务指令》（Directive 2000/31/EC）的第四节对“中间服务提供者的责任”作出了规定。该法第 12—14 条分别规定了在满足特定条件时，服务提供者不因提供纯粹传输服务，对信息的自动、中间性和暂时的存储以及根据用户的要求存储信息而承担责任。此外，第 15 条还进一步明确了成员国不应当要求服务提供者承担监督其传输和存储的信息的一般性义务，也不应当要求服务提供者承担主动收集表明违法活动的事实或情况的一般性义务，但是，可以要求服务提供者承担立即向主管公共机构报告其服务接受者进行的非法行为或者提供的非法信息的义务，或者应主管当局的要求而提供可以确定与其有存储协议的服务接受者的身份信息的义务。^[22] 2022 年欧盟又颁布了《数字服务法》（Digital Services Act, DSA）。该法继续保留了 2000 年《电子商务指令》有关中间服务提供者责任有条件豁免的法律框架，并进一步丰富完善了相关规则以适应数字经济的发展。与美国一样，欧盟学者对于生成式人工智能服务提供者能否适用《数字服务法》关于中间服务提供者责任豁免的规定也存在争议，有肯定说、部分肯定说与否定说等不同观点。

肯定说认为，人工智能系统自主生成的内容应当视为人工智能系统运营者的行为。首先，运营者通过选择应用领域决定了内容的传播语境，进而影响训练数据的流入。其次，这些系统越来

[20] See Peter Henderson, Tatsunori Hashimoto & Mark Lemley, *Where's the Liability in Harmful AI Speech?*, 3 Journal of Free Speech Law 589, 622–626 (2023).

[21] See Louis Shaheen, *Section 230's Immunity for Generative Artificial Intelligence*, 15 Seattle Journal of Technology, Environmental, & Innovation Law 1, 14–16 (2024).

[22] See *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market ('Directive on Electronic Commerce')*, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj/eng>, visited on 8 November 2025.

越多地被运营者用作辅助工具，如客户沟通，这也表明这些内容可视为运营者的自有内容。因此，至少原则上可以将责任归属于运营者，按照一般原则对自有内容负责。^[23] 再次，在 2013 年 5 月 14 日德国联邦最高法院（BGH）第六民事审判庭针对谷歌自动补全功能的判例中，法院原则上认定谷歌对非法搜索词补全负有责任，但通常仅在运营者违反反应性审查义务时才承担责任。根据这一判例，原则上可以认定通信人工智能能够像人类通信一样侵害人格权。因此，在通信人工智能的言论可以归责于服务提供商的情况下，属于《电信媒体法》第 7 条第 1 款意义上的其“自己的信息”，提供者需要根据一般法律负责。^[24]

部分肯定说认为，存在一些可行的解释方式能够将特定使用情境的生成式人工智能纳入《数字服务法》的适用范围，此说主要分为搜索引擎路径说和托管路径说。搜索引擎路径说尝试通过将生成式人工智能解释为搜索引擎，进而使之落入《数字服务法》的监管范围，理由在于：首先，搜索引擎难以直接划为纯粹传输、缓存或托管这几类“中间服务”中的某一种，但仍然受《数字服务法》规制。这说明《数字服务法》对中间服务各类别的定义是灵活的。^[25] 其次，搜索引擎的核心功能在于筛选并排序“极有可能满足用户需求的在线资源列表”，有些生成式人工智能被用于在信息富集的环境中组织信息，两者具有功能上的高度相似性。^[26] 再次，有些生成式人工智能被嵌入已受《数字服务法》监管的现有平台，此时，该类生成式人工智能视具体情况有可能被作为搜索引擎的一部分而适用《数字服务法》，如嵌入必应搜索引擎中的必应（Bing）聊天采用 GPT-4 生成答案及创意内容，可被视为必应搜索引擎的有机组成部分，进而可能需作为必应搜索引擎的一部分遵守《数字服务法》的所有义务。^[27] 托管路径说则认为，生成式人工智能可以解释为托管服务（hosting），理由在于：首先，生成式人工智能的运作包含“生成输出”之外的多个阶段。在判断人工智能生成内容的“实际创作者”时，应当参考人类与人工智能在内容制作中的参与程度。这可能因个案差异有所不同，需要单独评估每个具体的使用场景，无法直接将所有生成式人工智能应用一概归类为“实际内容创作者”。^[28] 其次，生成式人工智能可能符

[23] Vgl. Hotz, Thorsten, *Persönlichkeitsrechtliche Haftung beim Einsatz autonomer Systeme*, ZUM 2025, S. 89.

[24] Vgl. Jan Oster, *Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Künstliche Intelligenz*, UFITA-Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft 1 (2018), S. 14 - 52.

[25] See Sophie Stalla-Bourdillon, *What if ChatGPT Was Much More than a Chatbox? What if LLM-as-a-service Was a Search Engine?*, <https://peepbeep.blog/2023/04/03/what-if-chatgpt-was-much-more-than-a-chatbox-what-if-llm-as-a-service-was-a-search-engine/>, visited on 8 November 2025.

[26] See Beatriz Botero Arcila, *Is It a Platform? Is It a Search Engine? It's ChatGPT! The European Liability Regime for Large Language Models*, 3 *Journal of Free Speech Law* 455 (2023). 相似观点认为，部分大型语言模型基于固定数据集运行，并未“对所有网站进行搜索”，因此不符合在线搜索引擎的定义。但 ChatGPT 等部分大型语言模型会整合当前网页的搜索结果，可能符合搜索引擎的定义。See Mathias Vermeulen & Laureline Lemoine, *From ChatGPT to Google's Gemini: When Would Generative AI Products Fall within the Scope of the Digital Services Act?*, (12 February 2024), <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2024/02/12/from-chatgpt-to-googles-gemini-when-would-generative-ai-products-fall-within-the-scope-of-the-digital-services-act/>, visited on 5 November 2025.

[27] See Mathias Vermeulen & Laureline Lemoine, *From ChatGPT to Google's Gemini: When would Generative AI Products Fall within the Scope of the Digital Services Act?*, (12 February 2024), <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2024/02/12/from-chatgpt-to-googles-gemini-when-would-generative-ai-products-fall-within-the-scope-of-the-digital-services-act/>, visited on 8 November 2025.

[28] See Ioannis Revolidis, *Generative AI Content Misuse and the DSA*, In *XIX IDP Conference (Internet, Law, and Politics): Current Challenges of Artificial Intelligence*, Open University of Catalonia, 2024, pp. 83 - 96.

合欧洲法院在“谷歌搜索案”（Google Search）及近期判例中采用的“广义托管服务定义”，^{〔29〕}它们通常会在服务器中存储“查询与用户信息”，并且内容生成过程具有纯技术性、自动化特征且对所存储或生成的内容缺乏认知与控制，具有中立性。^{〔30〕}最后，生成式人工智能会在服务器内存中临时存储用户提示词（输入内容）等特定信息。模型输入可被视为用户提供，并应用户要求由大型语言模型存储。由于这些输出是由用户的提示词所触发的，输出结果也可被认定为用户“提供”的行为。^{〔31〕}

否定说认为，生成式人工智能不适用《数字服务法》。这是因为，生成式人工智能通常不属于《数字服务法》所规定的“中间服务”中的“纯粹传输”“缓存”或“托管”中的任何一类。最接近的可能是托管服务，但针对这类情况，根据欧洲法院的观点，即使是仅存储用户生成内容的平台，若偏离“中立地位”，也可能失去其在《数字服务法》下的“托管服务提供者”地位。例如，平台若对特定用户生成内容进行推广，就可能被认定为偏离中立地位。在生成式人工智能场景，正是人工智能模型本身提供了内容，因此对于自行生成内容的系统开发者，更不能将其视为托管服务提供者。^{〔32〕}此外，《数字服务法》制定的初衷也并不旨在应对生成式人工智能产生的内容。^{〔33〕}

（二）我国学界的不同观点

依据我国《民法典》第1195—1197条确立的包括通知规则与知道规则在内的网络侵权规则，当网络服务提供者并未直接实施侵害他人民事权益的行为，而只是网络用户利用网络服务提供者所提供的网络服务实施侵权行为时，网络服务提供者原则上不需要为他人的侵权行为承担责任。只有在以下两种情形中，网络服务提供者才需要承担侵权责任：其一，网络服务提供者知道或应当知道网络用户利用网络服务实施侵权行为而未及时采取必要措施的，应当与该网络用户承担连带责任（《民法典》第1197条），这就是所谓的“知道规则”；其二，网络服务提供者不知道且不应当知道网络用户利用生成式人工智能服务实施侵权行为，但是，其在收到权利人的通知后未及时采取必要措施的，需要就损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任（《民法典》第1195—1196条）这就是所谓的“通知规则”，也称“通知删除规则”。

通知规则与知道规则是《民法典》为了协调权益保护与行为自由，避免过度加重网络服务提供者的审查义务、妨害信息网络科技发展，而在借鉴美国等国外相关立法的基础上确立的适用于网络技术服务提供者的独特侵权规则。^{〔34〕}除非本地部署且仅通过局域网供内部人员使用，否则，

〔29〕 See *Google France SARL v. Louis Vuitton Malletier SA*, [2010] ECR I-2417, (Mar. 23, 2010).

〔30〕 See Beatriz Botero Arcila, *Is It a Platform? Is It a Search Engine? It's ChatGPT! The European Liability Regime for Large Language Models*, 3 *Journal of Free Speech Law* 455 (2023).

〔31〕 See Mathias Vermeulen & Laureline Lemoine, *From ChatGPT to Google's Gemini: When would Generative AI Products Fall within the Scope of the Digital Services Act?*, (12 February 2024), <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2024/02/12/from-chatgpt-to-googles-gemini-when-would-generative-ai-products-fall-within-the-scope-of-the-digital-services-act/>, visited on 2 November 2025.

〔32〕 Vgl. Berz, Amelie/Engel, Andreas/Hacker, Philipp: *Generative KI, Datenschutz, Hassrede und Desinformation-Zur Regulierung von KI-Meinungen*, ZUM 2023.

〔33〕 See Philipp Hacker, Andreas Engel & Marco Mauer, *Regulating Chat GPT and Other Large Generative AI Models*, in the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, Association for Computing Machinery, 2023, p. 15.

〔34〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社2020年版，第94页；程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第499页以下。

生成式人工智能服务都是通过互联网提供的并且无须附着于有体物之上，属于网络服务。因此，在生成式人工智能侵害名誉权的侵权纠纷中，生成式人工智能服务的提供者属于网络服务提供者。问题是，其究竟是网络技术服务提供者（内容的输出不能被看作是提供者的行为），还是网络内容服务提供者（该内容就是提供者的行为）。对此，我国学界存在不同的观点。

有的学者认为，生成式人工智能的提供者固然存在不同于传统的网络内容提供者之处，如相较于传统的内容提供者，通用人工智能提供者对于生成的内容控制力降低，并且通用人工智能的创作行为需要人类的提示词予以激发等，^{〔35〕}但是，就 ChatGPT 等大语言模型的提供者而言，大语言模型自动生成的信息内容并非是其用户创作或发布的信息，而应当看作是人工智能系统提供者本身创作、发布的信息。^{〔36〕}有的学者认为，因为生成式人工智能服务提供者对输出内容的控制力弱于网络内容服务的提供者，并且，在我国立法中鲜有关于网络内容服务提供者侵权责任的规则，所以，在实质意义上不宜将生成式人工智能服务提供者认定为网络内容服务的提供者，否则将对现有法律体系带来不必要的冲击。^{〔37〕}还有的学者在分析生成式人工智能搜索服务提供者能否认定为网络技术服务提供者而适用避风港规则予以免责时指出，生成式人工智能搜索与传统搜索的最大区别在于其直接向用户提供搜索的回答，该回答中源自来源网站的部分也是经由人工智能模型生成的，即其对内容进行了编辑加工，而非单纯的提供网页链接。故此，不能将此种人工智能服务提供者认定为网络技术服务提供者。^{〔38〕}

（三）内容输出是生成式人工智能服务提供者所实施的行为

《民法典》第 1195—1197 条确立的通知规则与知道规则适用的是网络技术服务提供者。网络技术服务提供者只是单纯地按照用户的指令在用户指定的两点或多点之间通过信息网络就该用户所提供或修改的内容自动提供网络接入、信息传输、自动存储、存储空间、信息搜索、链接服务。在这个过程中，信息或内容是由用户所创作或提供的，网络技术服务提供者本身并不参与该信息或内容的生成或对之进行编辑、加工、整理或更改。然而，生成式人工智能服务则完全不同，它并非单纯的信息传播链条的中立节点。虽然生成式人工智能需要依据用户的指令而输出内容，但其本身也是基于数据、算法和模型等复杂的技术而生成文本、图片、音频、视频、代码等新的信息或内容。在这个过程中，生成式人工智能服务提供者并非处于纯粹消极的、中立的第三方地位，而是实质地参与了内容或信息的生成，由此在法律上负有相应的义务以避免产生侵害他人合法权益的内容以及违法、有害内容。因此，本文认为，生成式人工智能服务的内容输出是提供者实施的行为，理由阐述如下：

1. 生成式人工智能服务提供者对于输出内容的真实性、准确性与合法性具有实质上的控制力。对此，可以从生成式人工智能必备的三大要素即数据、算法和模型的角度分别加以分析。一方面，生成式人工智能离不开海量的数据，数据决定了它能够生成何种内容（文本、图片、视

〔35〕 参见高阳：《通用人工智能提供者内容审查注意义务的证成》，载《东方法学》2024 年第 1 期，第 193 页。

〔36〕 参见周学峰：《生成式人工智能侵权责任探析》，载《比较法研究》2023 年第 4 期，第 130 页。

〔37〕 参见徐伟：《论生成式人工智能服务提供者的法律地位及其责任——以 ChatGPT 为例》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023 年第 4 期，第 74 页。

〔38〕 参见姚志伟：《生成式人工智能搜索服务提供者侵权免责制度》，载《环球法律评论》2025 年第 6 期，第 56—57 页。

频、代码等)，也决定了生成内容的上限。生成式人工智能的开发者进行大语言模型训练的最主要的一类数据是对合法取得的数据标注后形成的数据集。生成式人工智能数据标注（generative artificial intelligence data annotation），是指通过人工操作或使用自动化技术机制，基于对提示信息的响应信息内容，将特定信息如标签、类别或属性添加到文本、图片、音频、视频或者其他数据样本的过程。^[39] 数据标注本身虽然并不改变数据的原始形态和内容，但是，却深刻地改变了数据的语义、内涵、用途以及价值。所谓“越人工，越智能”。数据标注是否科学、准确、合法、合伦理，从根本上决定了生成式人工智能输出的内容的风格、质量、准确与安全。当数据标注不准确、不规范、不合法或者掺杂了标注者的性别、种族、民族等歧视性、侮辱性因素时，经过此种标注数据训练出的模型就往往内生有侵害他人合法权益的风险。由此可见，从数据标注的环节，人工智能开发者或提供者实际上就已经在实质性地影响输出的内容。

另一方面，如果说数据是原料，算法就是过程，模型则是结果。生成式人工智能的研发者在特定数据集上运行一定的算法后得到的就是模型，生成式人工智能生成内容是基于深度学习技术的不同模型通过算法来处理数据后生成文本、图像、视频等不同内容的，如通过扩散模型、Transformer 模型生成文本、图像、视频，基于卷积神经网络模型进行图像识别，基于循环神经网络模型进行语言翻译等。在生成式人工智能中，算法和模型本身就直接参与了内容的创造。在 GPT、Stable Diffusion 这类模型，其核心算法如 Transformer、Diffusion Model 是通过学习海量数据中的联合概率分布，即数据中多个变量组成的向量的概率分布，对已有的数据进行总结归纳。^[40] 以 Transformer 模型生成文本的过程为例，其核心在于注意力机制，即通过计算编码器端的输出结果中的每个向量与解码器端的输出结果中每个向量的相关性，得出若干相关性分数，再进行归一化处理将其转化为相关的权重，用来表征输入序列与输出序列各元素之间的相关性。这一机制使得模型能够深度理解整个输入序列中每个词之间的关系和上下文含义，减少了对外部信息的依赖，更擅长捕捉数据和特征的内部相关性。^[41] 算法和模型对输出的内容是什么具有实质性影响。生成式人工智能的开发者通过算法已经决定了模型理解世界和生成内容的“概率规则”，而非在每次输出时逐一进行干预。输出内容本质上是开发者通过算法预设的“世界观”与用户即时提示共同作用的结果，其贡献是深嵌于模型本质之中的。因此，生成式人工智能的研发者需要通过设计和选择不同的算法架构与训练目标，约束模型参数的学习方向，以确保输出内容的真实性、准确性与安全性。

2. 正是因为生成式人工智能是研发者所创造的，研发者从数据、算法和模型三个维度上对输出内容都具有实质性的、技术上的控制力，所以，法律上才从人工智能的研发、部署、运营、管理等各个环节给研发者施加了相应的义务，要求其通过技术手段实现生成式人工智能的安全、可靠与可控，防止输出诽谤性、歧视性以及其他违法有害内容。

例如，欧盟《人工智能法案》对于通用人工智能模型的提供者义务作出了详细的规定，如：

[39] 参见国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会发布的《网络安全技术 生成式人工智能服务安全基本要求》（GB/T45654—2025）第 3.5 条；《网络安全技术 生成式人工智能数据标注安全规范》（GB/T45674—2025）第 3.3 条。

[40] 参见丁磊：《生成式人工智能：AIGC 的逻辑与应用》，中信出版集团 2023 年版，第 6 页。

[41] 同上注，第 77—78 页。

编制并不断更新该模型的技术文件，包括其培训和测试过程及其评估结果；编制、不断更新并向意图将通用人工智能模型纳入其人工智能系统的提供者提供信息和文件，该信息和文件应当使人工智能系统的提供者能够很好地了解通用人工智能模型的能力和局限性，并遵守本条例规定的义务等（第 53 条）。对于那些具有系统风险的通用人工智能模型的提供者，该法案还规定了更多的义务，如：应当根据反映先进技术水平的标准化协议和工具进行模型评估，包括对模型进行对抗测试并记录在案，以识别和降低系统性风险；评估和减轻欧盟层面可能存在的系统性风险，包括因开发、投放市场或使用具有系统性风险的通用人工智能模型而产生的系统性风险的来源；跟踪、记录并及时向人工智能办公室报告，并酌情向成员国主管机关报告严重事件的相关信息以及为解决这些问题可能采取的纠正措施；确保对具有系统性风险的通用人工智能模型和模型的物理基础设施提供足够水平的网络安全保护等（第 55 条）。

在我国，法律法规规章也对此作出了明确的规定。2025 年新修订的《网络安全法》第 20 条第 1 款规定：“国家支持人工智能基础理论研究和算法等关键技术研发，推进训练数据资源、算力等基础设施建设，完善人工智能伦理规范，加强风险监测评估和安全监管，促进人工智能应用和健康发展。”《生成式人工智能服务管理暂行办法》第 4 条明确要求：提供和使用生成式人工智能服务，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，不得生成虚假有害信息等法律、行政法规禁止的内容；在算法设计、训练数据选择、模型生成和优化、提供服务等过程中应当采取有效措施防止产生民族、信仰、国别、地域、性别、年龄、职业、健康等歧视；尊重他人合法权益，不得危害他人身心健康，不得侵害他人名誉权等人格权益。同时，该办法还要求：提供者应当依法开展预训练、优化训练等训练数据处理活动，采取有效措施提高训练数据质量，增强训练数据的真实性、准确性、客观性、多样性（第 7 条）；在生成式人工智能技术研发过程中进行数据标注的，提供者应当制定符合《生成式人工智能服务管理暂行办法》要求的清晰、具体、可操作的标注规则（第 8 条）；开展数据标注质量评估，抽样核验标注内容的准确性，监督指导标注人员规范开展标注工作（第 8 条）；当提供者发现违法内容时，应当及时采取停止生成、停止传输、消除等处置措施，采取模型优化训练等措施进行整改，并向有关主管部门报告（第 14 条）。《互联网信息服务算法推荐管理规定》明确要求：算法推荐服务提供者应当落实算法安全主体责任，建立健全算法机制机理审核、科技伦理审查、用户注册、信息发布审核、数据安全和个人信息保护、反电信网络诈骗、安全评估监测、安全事件应急处置等管理制度和技术措施（第 7 条）；算法推荐服务提供者应当定期审核、评估、验证算法机制机理、模型、数据和应用结果等，不得设置诱导用户沉迷、过度消费等违反法律法规或者违背伦理道德的算法模型（第 8 条）。此外，《互联网信息服务深度合成管理规定》明确规定：深度合成服务提供者和使用者的不得利用深度合成服务制作、复制、发布、传播虚假新闻信息，转载基于深度合成服务制作发布的新闻信息的，应当依法转载互联网新闻信息稿源单位发布的新闻信息（第 6 条第 2 款）；深度合成服务提供者应当落实信息安全主体责任，建立健全用户注册、算法机制机理审核、科技伦理审查、信息发布审核、数据安全、个人信息保护、反电信网络诈骗、应急处置等管理制度，具有安全可控的技术保障措施（第 7 条）；深度合成服务提供者应当加强深度合成内容管理，采取技术或者人工方式对深度合成服务使用者的输入数据和合成结果进行审核（第 10 条第 1 款）；深度合成服务提

提供者应当建立健全用于识别违法和不良信息的特征库，完善入库标准、规则和程序，记录并留存相关网络日志（第10条第2款）；深度合成服务提供者发现违法和不良信息的，应当依法采取处置措施，保存有关记录，及时向网信部门和有关主管部门报告（第10条第3款）；对相关深度合成服务使用者依法依约采取警示、限制功能、暂停服务、关闭账号等处置措施（第10条第3款）。

综上所述，生成式人工智能服务提供者对于输出的内容具有实质上的技术控制力，并且在法律上也负有防止输出虚假、有害内容的义务。这些都意味着在法律上应当将内容的输出作为生成式人工智能服务提供者自身实施的行为，其并非单纯地转载或传输第三人的信息或内容的网络技术服务提供者。当然，将输出内容作为提供者的行为并不意味着提供者就要对由此产生的侵权后果全部的、单独的负责，毕竟用户的行为、第三人的行为、现有技术水平的欠缺等因素也会对侵权后果的发生具有原因力与过错，这些问题需要交由过错的认定、多数人侵权、免责事由等加以解决。

三、输出内容是否构成侵害名誉权行为的认定

侵害名誉权的行为，是指行为人在未经名誉权人同意或者不具有法律规定的排除其行为侵害性的正当理由的情形下，实施了贬损他人名誉的行为，分为作为和不作为。作为是指行为人通过口头、书面或行动等积极方式实施的贬损他人名誉的行为，最典型的就是侮辱与诽谤（《民法典》第1024条第1款）。侮辱是指故意以暴力或者其他方式贬损他人的名誉；诽谤是指捏造事实，以造谣污蔑等方式贬损他人的名誉。^[42] 不作为是指行为人负有避免侵害他人名誉权的作为义务却未履行或未完全履行该义务，以致产生他人的名誉权被侵害的后果。例如，新闻媒体对于他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务（《民法典》第1025条第2项）。在认定人工智能的输出内容是否构成侵害名誉权的行为时，需要依次研究以下两个问题：一是，生成式人工智能的内容输出是否构成公布行为；二是，怎样认定输出的内容导致了名誉权被侵害的后果。

（一）生成式人工智能的内容输出是否构成公布行为

名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等社会评价（《民法典》第1024条第2款）。名誉不同于名誉感，社会评价也不是受害人的自我评价，而是社会一般人对受害人的客观评价。故此，行为人针对受害人实施的侮辱、诽谤等行为必须为第三人知悉，才可能使社会评价降低，即该行为必须构成了公布或发布行为。^[43] 倘若虚假内容仅限于攻击者与被攻击者之间，未被第三人知悉，则不会造成被侵权人的品德、声望、才能、信用等社会评价的降低，即名誉的受损。至于知悉的第三人的数量和范围，无关紧要。知悉的第三人的人数可能很多，也可能很少，但只

[42] 参见孙亚明主编：《民法通则要论》，法律出版社1991年版，第206页。

[43] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（已废止）第140条第1款曾规定：“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。”该款中的“造成一定影响”就是对侵害名誉权的行为必须公之于众、为第三人知悉的要求。

要为一个第三人所知悉，就可以认定受害人的名誉已经遭受了损害，因为该第三人对受害人的评价已经降低。^[44] 例如，在普通法中，诽谤侵权行为（tort of defamation）的一个必备的构成要件就是涉及原告的陈述必须已经“公布”（publication）。诽谤侵权行为旨在保护的是名誉而非个人对自身的评价，因此，除非相关陈述至少向除原告外的另一人传达，否则不构成诽谤。《美国侵权法重述（第二次）》第 577 条第 1 款规定：“诽谤性事项的公布，是指故意或过失地将该事项传播给被诽谤者之外的第三人。”当一份陈述只是发送给被陈述对象时，不构成公布，因为一个人无法向本人公布对自己的诽谤。^[45] 故此，仅向原告单独作出的陈述不具有可诉性。至于公开的方式，不以商业意义上的公开（如书籍、报纸或广播）为必要，但是此类公开方式可能会导致更高额的损害赔偿。^[46]

生成式人工智能输出内容为人所知的情形分为两种：一是，用户使用生成式人工智能查询有关其他人的内容，该输出的涉及他人的内容存在虚假错误。例如，张某在生成式人工智能系统中输入“演员李某是否因偷税漏税而被处罚”的问题后，人工智能生成了关于李某因偷税漏税被处罚的虚假内容。二是，用户使用生成式人工智能而该智能系统所输出的错误虚假的内容就是涉及该用户的内容。以前例来说，就是演员李某自己输入“演员李某是否因偷税漏税而被处罚”问题后输出了虚假的内容。在前一种情形中，生成式人工智能输出的虚假内容已为第三人张某（即提供者与李某之外的第三人）所知悉，该行为当然构成公布。当然，如果被涉及的演员李某本人对此并不知情，通常不会发生侵害名誉权的侵权诉讼。倘若张某是李某的朋友或亲属，其向李某告知了生成式人工智能输出了这一虚假信息的话，李某可以针对人工智能公司提起诉讼。如果张某通过信息网络转载或以口头、书面的方式向其他人传播关于李某的这一虚假错误信息，则张某属于转载者或传播者，该转载或传播的行为构成新的公布行为。在张某知道或者应当知道该输出的内容是虚假错误的，或者未尽到合理核实义务就进行转载或传播的情况下，张某要就其发布行为向李某承担侵害名誉权的侵权责任。^[47]

后一种情形下，生成式人工智能只是一对一地向被涉及的用户输出了不实的内容，未被第三人所知悉，此时是否也构成公布行为呢？前述美国发生的“Mark Walters v. OpenAI, L. L. C. 案”就涉及这个问题。原告起诉 OpenAI 面临的一个法律障碍就在于是否符合公开传播要求。该案中，据推测原告是唯一看到据称由 ChatGPT 生成的诽谤性评论的人。有的学者认为，由人工智能公司创建和运营的 AI 程序向用户输出的陈述也构成发布行为，因为该错误虚假内容具有公开的可获得性，故此，可以合理推断计算机系统生成的自动陈述满足向第三方公开传播的要求。^[48] 显然，这种观

[44] 参见王利明：《人格权法研究》（第 3 版），中国人民大学出版社 2018 年版，第 505 页；张新宝：《名誉权的法律保护》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 128 页以下；程啸：《人格权研究》，中国人民大学出版社 2022 年版，第 360-361 页。

[45] See Simon Deakin & Zoe Adams, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (8th ed.), Oxford university Press, 2019, p. 642.

[46] See James Goudkamp & Donal Nolan, *Winfield and Jolowicz on Tort* (20th ed.), Thomson Reuters, 2020, pp. 13-018.

[47] 生成式人工智能公司的用户协议中往往会明确约定，用户在对外传播或发布输出的内容时应当负有的核实义务。如 Deepseek 的用户协议第 3.1 条就明确约定：“如果您对外发布或传播本服务生成的输出，您应当：（1）主动核查输出内容的真实性、准确性，避免传播虚假信息；（2）以显著方式标明该输出内容系由人工智能生成，以向公众提示内容合成的情况；（3）避免发布和传播任何违反本协议使用规范的输出内容。”

[48] See Eugene Volokh, *Large Libel Models? Liability for AI Output*, 3 *Journal of Free Speech Law* 489 (2023); Khang-Christopher Duc Truong, *Reputation (Not Taylor's Version): Regulating Artificial Intelligence Hallucinated Deepfakes of Public Figures*, 2024 *U. Ill. Journal of Law, Technology & Policy* 449, 468 (2024).

点的推论基础在于：生成式人工智能程序是供不特定的人使用的，在产生虚假错误输出内容的原因未被发现并解决之前，案涉内容通常也完全可能被其他用户所知悉。然而，生成式人工智能具有自主性与人机交互性。基于自主学习能力，智能系统会根据所处理的数据而不断调整其行为规则，而且，不同用户输入的指令并不完全相同，生成的内容也有差异，加之研发者也会根据人类反馈而优化升级系统。所以，仅仅因为生成式人工智能系统输出内容具有公开可获得性，就将生成式人工智能针对用户的输出行为也认定为发布行为，并不妥当。笔者认为，生成式人工智能针对用户输出内容的行为原则上不应被看作是公布行为。^[49]除非有证据表明，该虚假内容已经为他人所知悉或者具有相当的可能性为他人所获得，如原告是备受关注的公众人物等。至于原告自行将生成式人工智能输出的虚假错误内容传播给他人，则属于受害人对于损害的发生具有故意，生成式人工智能服务提供者无须承担侵害名誉权的侵权责任。

（二）如何认定输出的内容构成诽谤性或侮辱性言论

生成式人工智能无论生成的是文本，还是视频或音频，只有造成他人名誉贬损才是侵害名誉权加害行为。作为社会性评价的名誉贬损，除了要求输出内容的行为构成发布行为之外，还要求该内容必须是虚假错误的，会贬损他人的名誉。为了协调名誉权保护与言论自由的关系，认定案涉言论是否构成侵害名誉权的加害行为时，法律上一般要区分判断案涉言论是事实陈述还是意见表达。事实陈述（Tatsachenbehauptung），就是对客观事实存在与否的表述。意见表达也称“价值判断”（Werturteil），它是个体对其主观见解与价值判断的表达。“在事实陈述中，陈述者提出了真实性主张，关键在于该主张能否得到证实或被证明无法成立。因此，只有那些可以被证据验证、能够达成主体间共识的陈述，才能被视为事实陈述。价值判断则有本质的不同，它表达的是主观的看法和观点。在该领域，真实性证明从一开始就是不可能的。”^[50]如果被诉言论是事实陈述，只要陈述的内容基本真实，即便该陈述伤害了原告的感情（即所谓名誉感），依然要优先保护言论自由，不能认定被告的行为构成侵权（当然被告可能要承担侵害隐私权的责任）。但是，如果事实陈述的基本内容失实（如虚构、歪曲事实），则被告的言论将构成侵害原告名誉权的加害行为。因此，针对事实陈述，被告可以主张所谓真实性（truth）抗辩。倘若被诉言论是意见表达，只要该意见是公正的或诚实的，不存在侮辱性的言辞，即便表达方式是犀利尖锐、令人难以接受的，也不构成侵害名誉权。因为意见表达体现的是表达者的主观价值判断，“价值判断的属性上既不存在真实，也不存在虚假问题，而是或多或少地带有似是而非的意味并且完全是关于个人确信的问题”^[51]。此时，有关价值判断的表达位居宪法言论自由保障的核心地位，从利益权衡上应当优先保障人们的言论自由而非原告的名誉权。因此，对于意见表达，被告可以援引公正评论抗辩或诚实意见抗辩（honest opinion）。^[52]在解释该言论是事实陈述还是价值判断时，

[49] 相同观点参见 Peter Henderson, Tatsunori Hashimoto & Mark Lemley, *Where's the Liability for Harmful AI Speech?*, 3 *Journal of Free Speech Law* 589, 635-636 (2023).

[50] Vgl. Gerhard Wagner, *Deliktsrecht*, 14. Aufl., Vahlen, 2021, S. 148.

[51] [奥] 赫尔穆特·考茨欧、亚历山大·瓦齐莱克主编：《针对大众媒体侵害人格权的保护：各种制度与实践》，匡敦校等译，中国法制出版社 2012 年版，第 198 页。

[52] 在普通法中，该抗辩最初被称为“公正评论”（honest comment），后更名为“诚实评论”（honest comment）。英国《2013 年诽谤法》第 3 条将其规定为“诚实意见”（honest opinion）。See James Goudkamp & Donal Nolan, *Winfield and Jolowicz on Tort* (20th ed.), Thomson Reuters, 2020, pp. 13-089.

应当以一个无偏见、客观且公正的平均受众（读者、观众或听众）的视角为判断标准。在言论发表时，应当结合其整体的背景并考虑普遍语言用法所作出的理解，原则上应以不熟悉专业领域的普通信息接收者为标准。换言之，关键在于接收者能够如何理解该言论，而非其必须如何理解该言论。^[53] 在我国，《民法典》第 1025 条明确区分了事实陈述和意见表达。该条第 1 项的“捏造、歪曲事实”、第 2 项的“对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务”，是对于言论属于事实陈述时应当具有真实性的要求；该条第 3 项的“使用侮辱性言辞等贬损他人名誉”，则是对行为人的言论被认定为意见表达时应当具有公正性的要求。

生成式人工智能根据用户输入指令生成相关的文本、图片、视频等内容，用户可能询问相关事实的问题，也可能询问对某些事件或人物的评价的问题。因此，输出的内容既包括事实陈述，也包括意见表达，还可能是兼具二者。尽管生成式人工智能在回应用户问题时，往往宣称输出的内容是客观且专业的，给人的感觉似乎都是事实陈述，并不表达自身的主观价值判断，但生成式人工智能从数据标注到算法、模型的设计都会大量地渗入或掺杂人类的认识、观点和价值判断。为了实现“以人为本、智能向善”的目标，确保人工智能的安全、可靠与可控，人工智能治理时还需要让人工智能对齐人类的价值观，确保人工智能系统的目标、意图和行为始终与人类的价值观、目标和利益保持一致。用于实现价值对齐的方法就是“基于人类反馈的强化学习技术”（RLHF）。该技术是通过人类直接的价值判断与反馈，明确告诉模型什么是好的回答，什么是不好的回答，从而教导模型主动遵守人类的价值观和伦理约束。^[54] 这主要体现在对生成式人工智能就同一问题的不同版本的回答进行排序或评分，以及为模型制订明确的约束性规则以确定模型在不同领域的伦理边界，并且持续和实时地矫正与完善模型的表现（如根据用户的点赞、举报或投诉等来纠正不恰当的内容）。因此，生成式人工智能输出的内容不可避免地会有意见表达。事实上，意见表达经常是以某种或某些真实的或虚假的事实为基础而作出的，单纯的与事实毫无关系的主观意见和信念的表达，如对于红色是否是最美的颜色等，基本上也不会涉及特定民事主体的名誉，从而引发争议甚至诉讼。^[55]

在生成式人工智能输出的内容属于事实陈述时，如果基本内容失实（如捏造或虚构根本不存在的事实），则该事实陈述就是虚假或错误的。由于训练数据偏差、过度拟合、泛化不足、过度泛化、智能涌现以及用户输入的提示词的模糊性、矛盾性等诸多原因，^[56] 生成式人工智能常常会出现模型幻觉，生成看似合理但事实上不正确、无意义或脱离现实的信息。然而，在侵权法上，并非只要事实陈述是虚假的或错误的，就会构成侵害名誉权的行为。一方面，有些事实陈述虽然是错误的或虚假的，但并未贬损名誉并导致社会评价的降低。例如，将张某的教授职称错误地写成副教授，将李某获得某个奖项时间写错，或者列举某个作家的作品时有所遗漏等。这些事

[53] Vgl. Jan Oster, Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Künstliche Intelligenz, UFITA-Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft 1 (2018), S. 12.

[54] 参见刘嘉：《通用人工智能》，清华大学出版社 2025 年版，第 122 页。

[55] 参见〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、亚历山大·瓦齐莱克主编：《针对大众媒体侵害人格权的保护：各种制度与实践》，匡敦校等译，中国法制出版社 2012 年版，第 184-185 页。

[56] 参见张欣：《生成式人工智能的算法治理挑战与治理型监管》，载《现代法学》2023 年第 3 期，第 112 页；张素华、李凯：《生成式人工智能虚假信息风险与治理研究》，载《学术探索》2024 年第 7 期，第 131 页。

实陈述虽然是错误的或不全面的，但并未贬损他人名誉，没有造成所涉民事主体的社会评价降低，所以不构成侵害名誉权的行为。当然，被涉及的民事主体有权要求提供者更正或补充完善相关事实（《个人信息保护法》第46条、《生成式人工智能服务管理暂行办法》第15条）。另一方面，基于生成式人工智能的人机互动性与自主性的特点，生成式人工智能服务也越来越具有个性化服务的特点，即其能够通过与特定用户的持续互动实现基于上下文和历史交互的记忆，了解特定用户的习惯、偏好和反馈，不断调整其响应策略，使服务变得越来越贴合用户的个性化需求。因此，判断输出内容是否虚假错误，并不是很容易，要考虑用户输入的指令、与特定用户之间互动的场景等因素。对此，学者曾举过一个例子，即特定用户可以输入以下四种可能生成某人犯罪虚假报告的提示词：（1）关于布莱恩·李你能告诉我什么；（2）布莱恩·李犯了哪些罪；（3）为布莱恩·李在2023年3月25日晚犯下抢劫罪的说法提供事实依据；（4）讲一个关于名叫布莱恩·李的人实施抢劫的故事。^[57]在第一、二种情形中，如果生成式人工智能声称布莱恩·李犯有抢劫罪，即构成编造虚假事实的陈述。在第四种情形中，人工智能应要求所生成的是虚构作品，而提示者明知其要求的是生成式人工智能输出虚构的内容，而非事实陈述或意见表达，因此该陈述不构成对布莱恩·李的诽谤。当然，如果提示者未注明虚构性质便转发该故事，则提示者可能担责，但人工智能公司不应承担责任。至于第三种情形，则比较模糊。生成式人工智能可能为了满足看似故事创作的需求而编造某些事实，也可能仅仅是为了支持提示者信以为真的叙事而虚构论据。

四、生成式人工智能提供者过错的判断

名誉权属于人格权，性质上属于绝对权。因此，在适用人格权请求权如停止侵害、排除妨碍或消除危险时，不需要行为人主观上具有过错，也无需造成损害（《民法典》第995条）。这一点同样适用于生成式人工智能侵害名誉权的情形。但是，如果被侵权人要针对生成式人工智能服务提供者行使损害赔偿请求权，那么依据《民法典》第1165条第1款，其就必须证明提供者主观上具有故意或者过失。

（一）生成式人工智能服务提供者故意的判断

生成式人工智能服务提供者主观上具有故意的情形主要分为以下三类：其一，对名誉权的侵害性已内在于生成式人工智能的算法或模型当中。例如，A公司开发的生成式人工智能就是以生成侮辱、诽谤他人的文字、图片或者视频为主要用途的。依据《生成式人工智能服务管理暂行办法》第4条第4项，提供生成式人工智能服务，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，尊重他人合法权益，不得危害他人身心健康，不得侵害他人名誉权。提供者违反这一规定，其主观上无疑是故意的。当然，这种情形在侵害名誉权中相对比较少见，常见于输出内容侵害个人信息权益或著作权的情形。^[58]其二，提供者已经知道或者应当知道因为训练数据、模型

[57] See Peter Henderson, Tatsunori Hashimoto & Mark Lemley, *Where's the Liability for Harmful AI Speech?*, 3 *Journal of Free Speech Law* 589, 637 (2023).

[58] 相关讨论，参见张新宝：《生成式人工智能训练语料的个人信息保护研究》，载《中国法学》2024年第6期；王苑：《人工智能预训练中大规模抓取个人信息的合法性困境与出路》，载《中国法律评论》2025年第5期；张吉豫、汪赛飞：《大模型数据训练中的著作权合理使用研究》，载《华东政法大学学报》2024年第4期；张伟君：《论大模型训练中使用数据的著作权规制路径》，载《东方法学》2025年第2期；苏艺：《回归合理使用：人工智能数据训练的类型化研究》，载《财经法学》2025年第6期。

和算法的设计等原因会导致输出虚假的事实陈述或者诽谤他人的言论，却未采取任何措施加以阻止或更正。其三，提供者已经知道或者应当知道用户正在利用其提供的生成式人工智能服务生成侮辱、诽谤他人的文本、视频、音频等内容，不采取措施加以制止。对于后两种情形下提供者应当履行的义务，法律上已经作出了明确的规定，如《生成式人工智能服务管理暂行办法》第14条第1款、第2款。因此，提供者不履行该义务的，主观上应当认定为故意。在第一、二种情形下，提供者往往构成故意的直接侵害名誉权的行为（或者在用户利用人工智能服务时构成帮助行为）；在第三种情形下，提供者构成帮助行为，即其为用户的侵权行为提供了工具或手段的帮助，二者应当向被侵权人承担连带赔偿责任（《民法典》第1169条第1款）。

（二）生成式人工智能服务提供者过失的判断

过失是指行为人对于侵害他人民事权益之结果的发生应注意、能注意而未注意的一种心理状态。生成式人工智能输出内容应当被作为提供者的行为，但是与自然人通过自主意思进行决策进而直接控制并实施行为所不同的是，提供者并不能完全控制输出的内容。生成式人工智能所具有的自主性与人机交互性的特点，使得提供者无法完全地、自主地决定并控制所生成的内容。导致人工智能输出内容存在虚假错误的原因很多，可能是因为数据标注质量低下，也可能是模型幻觉，还可能是第三人实施的数据投毒行为等。因此，为了促进人工智能技术的创新发展，对于提供者过失的判断应当采取客观化的判断标准：首先，应当以立法者经过价值权衡后所确定的提供者的法定义务之违反作为认定提供者有无过失的客观标准；其次，在符合法定义务或者法律未作要求的情形下，应当运用《民法典》第998条确立的动态系统论的要求，按照“现有技术水平”来认定提供者有无过失。^[59]

1、违反法定义务视为过失。我国《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》等法律对于网络安全、个人信息安全、数据安全等方面的义务作出了规定；《生成式人工智能服务管理暂行办法》《互联网信息服务深度合成管理规定》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等规章则直接针对生成式人工智能服务提供者的义务作出了规定，这些义务包括语料处理义务、对齐微调义务、内容审查义务、用户管理义务等各个方面。^[60]在法律上已经明确规定了提供者的义务，且该义务旨在实现输出内容的真实、准确，防止输出虚假等有害、非法内容的情况下，如果提供者违反该义务，就可以采取“违法视为过失”（negligence perse）的规则直接认定提供者具有过失。^[61]生成式人工智能侵权责任适用的是过错责任，因此，这些法定义务性质上属于方式性义务，而非结果性义务。也就是说，只要作为义务人的提供者满足了法律对应当采取的行为的要求就可以，即便仍然输出了错误或虚假的内容，也不能据此认为提供者违反了法定义务。对于方式性义务的履行采取的是过错责任原则，而对于结果性义务的履行采取的则是严格责任。^[62]

2、如果法律上没有相关义务的要求或者提供者满足了法定义务的要求，则需要根据案件的具体情形，结合生成式人工智能服务的类型、当时的技术水平等因素认定提供者是否能够采取相

[59] 参见王利明：《生成式人工智能侵权的归责原则与过错认定》，载《中国法律评论》2025年第4期，第24-25页。

[60] 参见沈森宏：《论生成式人工智能服务提供者过错的认定》，载《现代法学》2024年第6期，第139-143页。

[61] 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第309页。

[62] 参见王利明：《债法总则研究》（第2版），中国人民大学出版社2018年版，第165-166页。

应的措施防止输出虚假错误内容，如果能够，则应当认定其存在过失，否则就没有过失。^{〔63〕}目前，司法实践中已有法院采取此种观点。在一起生成式人工智能侵害著作权的案件中，杭州互联网法院认为，在认定生成式人工智能服务提供者的注意义务时，需要“综合考量生成式人工智能服务的性质、当前人工智能技术的发展水平、避免损害的替代设计的可行性与成本、可以采取的必要措施及其效果、侵权责任的承担对行业的影响等因素，通过动态地调整过错的认定标准，将平台注意义务控制在合理的程度。具体而言，即以同质行业理性人标准予以考量，当生成式人工智能服务提供者可以证明施以同业一般服务提供者注意力难以发现该生成内容可能构成侵权，或者能够证明自身已经采取了符合损害发生时技术水平的必要措施来预防损害，但仍无法防止损害的发生，应认定其已尽到合理的注意义务，不具有过错。反之，则应认定其具有过错。”^{〔64〕}

需要注意的是，生成式人工智能输出的内容具有联网搜索的功能选项。开启联网搜索功能后，人工智能系统将按照输入信息和指令先检索互联网上的公开信息，并根据检索的公开信息生成相关内容，因此输出内容的真实准确的程度更高，可以比较有效地解决模型幻觉的问题。如果用户没有选择联网搜索的选项，由于生成式人工智能系统的模型只能完全根据其自身的参数进行推理计算并得出生成内容，出现模型幻觉的可能性就很大。因此，在用户没有开启联网搜索选项的情况下，法院在认定提供者的过错时应当考虑现有技术水平消除模型幻觉的难度。而在开启联网搜索后，提供者是利用人工智能技术通过大语言模型来增强和改造传统的搜索引擎，整合多个来源的信息而生成一个直接的答案，^{〔65〕}故此，在认定提供者的过失时，由于信息来源于互联网上公开的信息，提供者在一定程度上处于转载者的地位，其应当负有的是合理核实义务。此时，法院适用《民法典》第1026条的规定，在认定提供者是否尽到合理核实义务时，需要考虑“内容来源的可信度”“核实能力和核实成本”等因素。所谓“内容来源的可信度”，意味着输出的内容应当具有真实有效的网址作为事实或信息来源的支撑证据。如果生成式人工智能输出内容中提供了真实有效的网址作为事实或信息来源的支撑证据，那么提供者就尽到了应有的注意义务。倘若原告只是对作为支撑证据的网页上事实的真实性存疑，不应当认为生成式人工智能所做的事实陈述是虚假的或错误的，否则就对人工智能服务提供者施加了过重的责任，因为从“核实能力和核实成本”角度来说，提供者是无法逐一核实如此海量的网络信息的真实性与准确性的。但是，如果开启联网搜索，而输出的内容所提供的网址是虚假的、不存在的，内容中包含了在任何互联网可访问来源中根本找不到的引文或其他断言时，就可以认定提供者存在过失。

五、结 语

生成式人工智能技术的发展日新月异，应用的场景越来越丰富广泛，在人类的生产生活学习

〔63〕 参见王若冰：《论生成式人工智能侵权中服务提供者过错的认定——以“现有技术水平”为标准》，载《比较法研究》2023年第5期，第23-25页。

〔64〕 杭州互联网法院（2024）浙01民终10332号民事判决书。

〔65〕 关于人工智能搜索服务特征的分析，参见姚志伟：《生成式人工智能搜索服务提供者侵权免责制度》，载《环球法律评论》2025年第6期。

中所起到的作用也在不断加强。因此，为了既能够确保人工智能的安全、可靠与可控，充分维护名誉权等人身财产权益、公共利益与国家安全，又能促进生成式人工智能技术的创新发展，司法实践应当在明确内容输出属于生成式人工智能服务提供者自身实施的行为的大前提下，严格依据《民法典》等现行法律规范，谨慎细致地认定内容输出是否属于公布行为、是否为侵害名誉权的加害行为，提供者有无过错等名誉权侵权责任的构成要件。惟其如此，方能科学合理地协调权益保护与行为自由之间的紧张关系。

Abstract: Providers of generative artificial intelligence services have technical control and legal duties to ensure the authenticity and accuracy of their output content. Therefore, artificial intelligence generated content (AIGC) constitutes an act performed by the providers themselves. Providers are not merely network service providers and cannot invoke the notice rule or the knowledge rule to exempt themselves from liability. Instead, they should bear liability for their actions based on the principle of fault liability. AIGC constitutes a publication only when it is known by third parties other than the infringed party. The outputting content by generative artificial intelligence directly targeting users whose reputation is involved does not constitute a publication. AIGC includes both factual statements and expressions of opinion, and providers may invoke the defense of truth and the defense of fair comment. The fault of providers in infringing right to reputation includes both intent and negligence. The determination of negligence should first apply the principle of “negligence per se” based on the duties stipulated by law. In the absence of legally stipulated duties or when legal requirements are met, the dynamic system theory established in Article 998 of China Civil Code should be applied to determine whether a provider is at fault based on the “existing technical level”.

Key Words: generative artificial intelligence, provider, right to reputation, tort liability, fault

(责任编辑：徐建刚)

网络时代稳定币的货币地位与规范研究

刘少军*

内容提要：具有信用价值的货币是不需依靠实物而存在的特种财产。随着计算机和网络技术的发展，它不仅在表现形式上主要由证券和账簿转化为电磁记录，甚至在发行主体、流通方式上也发生了重大变革。自2009年比特币诞生以来，服务于虚拟资产交易的私人货币或称约定货币不断出现。特别是在美国颁布《指导与建立美国稳定币国家创新法案》、我国香港地区颁布《稳定币条例》以来，学术和实务界对此都给予了较大的关注，中国人民银行也专门召开了“打击虚拟货币交易炒作工作协调机制会议”。就法学而言，只有严格界定网络时代货币的性质、认真分析各类货币的优势与不足，才能准确地认识稳定币的货币地位。在此基础上，才能进一步明确它的禁止与许可、发行与流通、救助与融通等规范。稳定币不可能成为未来社会的主要货币，只可能作为法定体系货币的特定补充。同时，必须对其规定严格的发行与流通、救助与融通规范。否则，非常可能产生信用危机甚至引发系统性风险。

关键词：货币性质界定 货币类型分析 货币地位分析 发行流通规范 救助融通规范

网络时代的货币演化首先从传统存款货币的电子化开始，最初只是将银行纸质账簿上记载的存款货币转化为计算机记账的电子货币，并随着计算机网络的发展开始使用银行卡等电子工具进行支付结算。互联网普及后，网络游戏和通信产业取得了巨大发展，一些提供相关服务的网络平台为了内部支付结算的方便开始发行和流通虚拟货币。2008年美国金融危机暴露了传统金融体系的脆弱性，2009年自称中本聪（Satoshi Nakamoto）的团队用数字加密技术创造了比特币。2014年后泰达公司（Tether）等为解决比特币等的价值波动和交易问题，开始发行有准备金支持的稳定币（Stablecoin）。同时，许多国家的中央银行也开始试发行和流通法定数字货币。这些不同类型的货币共同构成稳定币发行与流通的现实环境。

* 刘少军，中国政法大学民商经济法学院教授。

一、稳定币的货币性质界定

研究稳定币的货币地位与规范问题，首先必须明确稳定币是否为法学意义上的货币，以及属于法学意义上的何种货币。在传统法学体系内货币是指中央银行发行的法定货币及其衍生形式。“在法律上，货币的性质被界定为所有的由法定机构发行的，以计量单位命名的，在该货币区域内被作为普通的交换媒介的所有动产。”〔1〕人民币是我国的法定货币，联邦储备券是美国唯一合法流通的纸币。〔2〕按照这些规定，稳定币是否为法学意义上的货币应该是个可以讨论的问题。为此首先必须明确在法学上货币的性质应该如何界定。

（一）货币法学性质界定

货币的法学性质并非简单的概念争论，它直接关系到按照何种法学体系和标准对相关行为进行界定、规范、监管、裁判的问题。目前，对于货币的法学性质界定，学术界并没有取得一致性意见。在传统的民法学领域，通常认为“货币是充当一切商品的等价物的特殊商品，在民法上属于种类物”〔3〕。货币国家论者认为，货币是法律的创造物，货币的灵魂不是制造货币的币材，而是调整货币使用的法律。〔4〕“货币是一个基本法律概念，或许没有其他法律概念比货币更为重要。”〔5〕通常认为货币发行是国家行为，只有国家才有权发行货币，并依法管理货币流通与融通。普通社会公众无权发行货币、管理货币流通，否则应视为非法行为。我国自古以来就强调货币发行和流通管理属于国家权力。秦朝明确规定：“出钱，献封丞、令，乃发用之。”〔6〕汉朝明确规定：“盗铸钱及佐者，弃市。同居不告，赎耐。”〔7〕唐朝明确规定：“诸私铸钱者，流三千里；作具已备，未铸者，徒二年；作具未备者，杖一百。若磨错成钱，令薄小，取铜以求利者，徒一年。”〔8〕明朝明确规定：“凡私铸铜钱者，绞，匠人罪同。”〔9〕清朝明确规定：“凡私铸铜钱者，绞监候，匠人罪同。”〔10〕

尽管各国在传统上都强调货币的国家发行和流通管理，但事实上也存在私人发行和流通管理的货币，我国唐朝以前在理论上一直存在私铸与公铸的争议。汉高祖曾以“秦钱重难用”而“更令民铸荚钱”，汉文帝曾废除《盗铸钱令》恢复私铸。〔11〕欧洲国家早期则非常混乱，“卡洛林王朝瓦解之后，西欧就没有统一的货币权威了，硬币就由形形色色的封建领主和教会当局铸造”〔12〕。在当代社会，许多欧美国家也存在合法的、在一定范围内流通的非国家发行的私人货

〔1〕 P. A. Mann, *The Legal Aspect of Money* (5th ed.), Clarendon Press, 1992, p. 8.

〔2〕 参见我国《中国人民银行法》第16条、美国《联邦储备法》第16条。

〔3〕 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第309页。

〔4〕 See G. F. Knapp, *The State Theory of Money*, Macmillan and Co. Limited, 1924, pp. 1-2.

〔5〕 Arthur Nussbaum, *Basic Monetary Conceptions in Law*, 35 Michigan Law Review 865, 865-866 (1937).

〔6〕 湖北云梦睡虎地出土秦简，《秦十八律·金布律》第64简。

〔7〕 张家山出土汉简律令简，《二年律令·钱律》第201简。

〔8〕 《唐律疏议·杂律篇》第391条。

〔9〕 《明代律例汇编》Ⅵ，第107条。

〔10〕 《钦定大清律·刑律（诈伪篇）》第359.00条。

〔11〕 参见《汉书·志篇（四）》食货志部分。

〔12〕 [英] 约翰·F. 乔恩：《货币史：从公元800年起》，李广乾译，商务印书馆2002年版，第36页。

币、区域货币等货币。甚至有专家学者主张货币的非国家化，通过非国家货币的竞争，形成有效的激励和约束机制，以维持币值的稳定。^{〔13〕} 随着网络时代的到来，许多国家都事实上大量地存在和流通非国家发行的货币。前期主要是游戏币、社交币等非国家货币，目前又增加了各种形式的稳定币。货币社会论者认为：“货币就是社区内部使用某种东西作为支付手段的一项协议。”^{〔14〕} “货币的认可同社会的态度息息相关。……任何东西只要能发挥货币的职能，便属于货币。”^{〔15〕} 因此，货币并非只有国家才能发行和管理。

在经济学领域，专家学者们从来没有认为货币应当与国家有必然的联系。他们认为，货币是一般等价物，其他一切商品是以特殊商品的形式同作为一般商品的货币发生关系。^{〔16〕} “货币本身是交割后可清付债务契约和价目契约的东西，而且也是储存一般购买力的形式。”^{〔17〕} “货币是人们普遍接受的无论在何处都可用以交换商品和劳务的东西。”^{〔18〕} 从人类历史发展的角度来看，货币并不必然同国家相联系而是同价值信用相联系。在任何社会条件下，只要某客体具有被普遍接受的价值信用，它就能够成为货币或支付结算工具。当代法学应该认为“货币是社会一定范围内普遍接受的，能够作为支付结算工具使用的通用信用财产”，它必须同时满足“财产性”“通用性”“工具性”“稳定性”“区域性”五项基本条件。^{〔19〕} 货币必须是能够得到法规承认的财产，必须能够被一定范围内的社会公众普遍接受，不具有直接的可消费性，在财产价值上必须保持基本稳定，在法规上应该具有直接的使用范围。

（二）稳定币的法学性质

稳定币的发行与流通起源于比特币及其他类似所谓货币的发行，随着这些加密数字货币的发行，交易规模与价格的不断变化，许多国家将其认定为证券法意义上的证券或期货法意义上的期货，甚至禁止为相关交易提供平台或支付结算，或者直接以法定体系货币为这些交易提供支付结算服务。^{〔20〕} 目前，已经基本上没有国家承认这类加密数字货币为任何法学意义上的货币。这主要是由于事实上这类所谓货币的价值极其不稳定，除发行数量控制外也不具备可靠的价值稳定机制，主要是投机者试图获取价格差额收益的交易对象。这类所谓货币基本上不具有现实的支付结算功能，利用其进行支付结算的主要是非法交易者。^{〔21〕}

在此条件下，主要为服务于比特币类数字资产的交易及其他网络交易，许多民间主体开始发行稳定币。它是以传统实体或金融财产等作发行准备，由民间主体采取数字加密技术在网络上发行，由接受相关协议的客户以财产或法定体系货币兑换，并在特定范围内流通的货币。按照发行

〔13〕 参见〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《货币的非国家化》，姚中秋译，新星出版社2007年版，第20-23页。

〔14〕 〔美〕贝尔纳德·列特尔：《货币的未来》，林罡、刘妹颖译，新华出版社2003年版，第45页。

〔15〕 〔英〕查理斯·普罗克特：《曼恩论货币法律问题》，郭华春译，法律出版社2015年版，第19-23页。

〔16〕 参见〔德〕马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第二十三卷），人民出版社1972年版，第108页。

〔17〕 〔英〕凯恩斯：《货币论》（上卷），何瑞英译，商务印书馆1997年版，第1页。

〔18〕 〔美〕米尔顿·弗里德曼：《货币的祸害》，安佳译，商务印书馆2006年版，第20页。

〔19〕 参见刘少军：《货币法学研究》，中国政法大学出版社2022年版，第1、5页。

〔20〕 例如，美国证券交易委员会（SEC）将部分加密数字货币认定为证券，美国商品期货交易委员会（CFTC）将部分加密数字货币认定为期货，我国则禁止为这类加密数字货币交易提供平台和支付结算服务。

〔21〕 我国《关于防范比特币风险的通知》将比特币界定为“特定虚拟商品”，《关于防范代币发行融资风险的公告》《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》等禁止这类货币的发行和流通。

准备的不同，可以将其具体分为法定体系货币、实体财产、加密财产、数量控制等体系的稳定币。其中，法定体系货币稳定币是以法定体系货币作为发行准备的稳定币，实体财产体系稳定币是以黄金、白银、大宗商品等实体财产作为发行准备的稳定币，加密财产体系稳定币是以比特币类数字加密财产作为发行准备的稳定币，数量控制体系稳定币是以发行量的增加或减少来控制货币价值的稳定币。在这些类型的稳定币中，以法定体系货币和实体财产体系作为发行准备的稳定币，符合货币的法学标准，可以依据法理认定其为货币。仅以加密财产和数量控制作为发行准备的稳定币，通常不具有价值稳定性，难以称为法学意义上的货币。这种类型的稳定币只是发行者的自称，本质上仍然属于数字加密财产。^{〔22〕}

在法学上，对于法规没有明确禁止而发行和流通的民间货币是否属于非法一直存在不同看法，在货币法原理上满足货币认定标准并不等同于得到法规的认可。按照“财产类型法定”的基本原则，没有得到法规明确承认、符合法理要求的稳定币一直处于法律的灰色地带。在美国《指导与建立美国稳定币国家创新法案》（以下简称《GENIUS法案》）和我国香港地区《稳定币条例》颁布后，按照法律标准应该认为，严格按照法定条件发行和流通的稳定币才是完全合法的稳定币。按照美国法案规定，稳定币是合格发行人以固定金额的货币价值进行转换、赎回或回购，并以法定货币、银行存款、法定的证券作为发行准备而发行的，能够预期维持或努力维护稳定价值的，用以作为支付或结算手段的数字资产。按照我国香港地区的规定，稳定币是合格发行人发行的，以中央银行发行的货币、特定存在经济价值的储备，以及特定类型和计量方式的加密资产储备作为发行准备的，能够维持价值稳定的，在网络上流通的支付结算工具。^{〔23〕}

按照稳定币的法学性质，可以将其具体分为合法稳定币、合格稳定币、非法稳定币、自称稳定币。合法稳定币是指国家或该法域内颁布有明确的稳定币法规，由民间主体依法取得合法发行人资格，在特定的合格网络上向有意愿接受的主体发行的，在受约各主体之间按照协议流通的，满足货币发行准备财产要求的稳定币。它是未来稳定币的主要形式，依法会受到相关法规的保护，同时接受相关监管机关严格的发行、流通、赎回等监管。合格稳定币是指国家或该法域内没有明确的相关法规，民间主体发行和流通的，完全满足货币法理的基本要求，能够事实上作为一定范围内流通货币使用的稳定币。非法稳定币是指民间发行主体，明确违反国家或该法域内的相关法规而发行的，在货币发行主体、条件、程序、行为等方面存在明显的违法操作，相关主体应该受到相应处罚的稳定币。自称稳定币是指没有严格按照合法、合格条件实施发行和流通行为，其性质没有依法取得认可而擅自称呼的稳定币。

二、网络时代货币类型分析

自从人类进入网络时代后，货币作为价值符号就成为在网络上发行和流通的重要财产。对流通效率的不懈追求使货币与信息网络具有天然的亲和力。在当代社会，能够在网络上发行和流通

〔22〕 2022年5月，泰勒币（TerraUSD）的价格暴跌、系统性崩溃说明，它们不具有货币的价值相对稳定性。

〔23〕 参见美国《GENIUS法案》第2条、我国香港地区《稳定币条例》第3条、第4条。

的货币不仅包括稳定币，还包括许多种其他类型的货币。这些货币从法学性质上来讲主要包括法定体系货币和约定体系货币。详细深入地研究它们的优势和劣势，是进一步界定稳定币网络时代货币地位的前提，货币的地位是由它的适应性决定的。

（一）法定体系货币类型

法定货币是国家法律直接规定的货币，它通常是各国中央银行依法发行的货币。在网络社会，法定体系货币主要包括法定货币、存款货币、结算货币，^{〔24〕}以及以这些货币计价的各种支付结算工具，如信用证书、货币票据等。目前，我国的法定货币已经实现了数字加密化，我国已经发行和流通数字人民币或称法定记账货币。存款货币也已经实现了网络化流通，结算货币就是主要为了解决电子商务平台的支付结算问题而创制的网络化货币。同时，也已经实现了信用证书、货币票据等支付结算工具的电子化和网络化。虽然它们还主要是中心化的流通模式，但在流通效率、流通费用、应用场景等方面已经与其他网络货币同步。并且，经过多年的实践已经构建起以中央银行为核心的运行体系和规范体系。^{〔25〕}

这些货币和支付结算工具除法定货币本身外，都是直接以法定货币标注价值的衍生货币或支付结算工具，它们都属于法定货币体系的货币。以这类货币构建起来的货币流通体系，可以保证整个社会有统一的价格计量标准，这是建立统一市场、提高整体货币流通效率、实现国家经济健康发展的基本要求，^{〔26〕}是保障货币价值稳定、实现国家对经济进行调节控制的基本要求，还是维护国家的国际货币利益、国际货币主权的基本要求。但是，必须认识到法定体系货币也有相应的缺点，这主要是它强调的核心是国家整体货币体系的统一，难以完全照顾到许多具有特殊需求的支付结算行为。并且，国家依法建立和统一规范的支付结算体系难以对社会需求作出迅速反应，不利于货币体系创新。

（二）约定体系货币类型

约定货币是与法定货币相对的、在法定体系之外的货币体系。“约定货币是指一定范围内的主体，通过交易习惯逐渐形成的能够被该范围内的各主体共同承认的货币。”^{〔27〕}从货币发展史的角度看，人类社会首先使用的是约定性质的货币，然后才产生法定性质的货币。在目前以法定体系货币作为社会基本货币的条件下，约定货币难以有较大的存在空间，甚至许多国家在不同时期将其界定为非法货币，依法禁止约定货币的发行和流通。随着网络时代的到来，各种货币领域的创新层出不穷，这些创新大幅度地拓展了货币的流通领域，也相应提高了货币流通效率。许多国家对约定货币的发行与流通开始持相对开放的态度，默示或明示某些领域可以发行和流通约定货币。目前，各主要国家普遍认可的约定体系货币主要是虚拟币和稳定币，其他自称为货币的许多

〔24〕 这里的结算货币特指“付款人通过支付结算机构将其货币暂时保存于银行业机构，以用于向收款人支付货币而形成的货币”。详见刘少军：《货币法学研究》，中国政法大学出版社2022年版，第26页。

〔25〕 参见我国《中国人民银行法》《商业银行法》《票据法》《存款保险条例》《非银行支付机构监督管理条例》《支付结算办法》《商业银行信用卡业务监督管理办法》《非银行支付机构客户备付金管理办法》《国内信用证结算办法》《电子商业汇票业务管理办法》《全国支票影像交换系统业务处理办法》《大额支付系统业务处理办法》《小额支付系统业务处理办法》《人民币跨境支付系统业务规则》等的相关规定。

〔26〕 参见我国《价格法》《会计法》《税收征收管理法》《明码标价和禁止价格欺诈规定》等的相关规定。

〔27〕 刘少军编著：《金融法学》，清华大学出版社2014年版，第93页。传统研究中经常使用私人货币、社区货币等概念，采用约定货币的概念是为了表明其法学性质及与法定货币的关系。

网络财产多被认定为虚拟财产而非货币。

虚拟币主要是随着网络游戏的发展而发行和流通的约定货币，它通常是由某网络服务平台以自己的主体信用为基础发行的，受约客户以其劳务、法定体系货币等为代价获取的，可以在该网络平台内实现客户与平台之间、客户与客户之间网络服务和财产交易支付结算的有中心化的各种货币。稳定币则是在此基础上进一步发展起来的，使用网络数字加密技术和智能合约技术，以特定财产客体作为发行信用基础的，主要服务于特定网络财产交易的，在一定程度上去中心化的各种货币。这些货币发行和流通的主要优势在于货币发行和流通技术上的创新性，可以在全体受约人的范围内构建一个相对去中心化的货币发行和流通体系，能够满足特殊条件下货币流通和支付结算的需要，弥补法定体系货币流通的不足。同时，在法定体系货币价值无序波动的条件下，可以为社会公众提供价值的替代性选择。^{〔28〕}

三、稳定币的货币地位分析

自从我国香港地区和美国颁布了稳定币法规后，这种约定货币便走出了法律灰色地带，成为经过监管审核和依法发行就能够合法流通的货币。目前，这已经是学术界和实务界热烈讨论的问题，特别是关于在某法域内是否应该许可发行稳定币，以及如何构建稳定币的规范和监管体系等问题。这些问题的讨论结果，必须依据一个基本的前提，即稳定币究竟能够在网络社会中占据何种地位。如果不能清楚地确定稳定币在当代社会中的货币地位，就难以构建它的发行与流通规范体系以及救助与融通规范体系。这些地位问题主要包括价值稳定、价值标准、流通效率、交易服务、合法使用、经济调控、特殊流通几方面。

（一）价值稳定地位

价值稳定是货币之所以为现实货币的重要条件，如果没有相对稳定的价值，即使法律明确规定其法定地位和法偿效力，也难以成为现实生活中实际使用的货币。就法定体系的货币而言，它的价值稳定是依靠一系列的法定手段进行控制的。首先，各主要国家的中央银行法都明确将稳定币值作为基本的货币政策目标，依法保障它必须有基本稳定的币值。第二，各主要国家往往建立有非常严格的货币发行控制体系，如发行决策、发行准备、违法责任等体系，以将货币规模控制在经济发展的合理需求范围内。第三，当代的法定货币往往都是不可赎回的法偿货币，正常情况下国家机关没有贬值的动力。第四，各主要国家的中央银行都建立有严格的与财政的隔离制度，不得直接向财政机关提供货币或融资。在此条件下，中央银行通常不会采取使法定货币大幅度贬值的政策，基本能够维持币值的稳定。^{〔29〕}

在此同时，以法定货币为基础衍化的法定体系货币也要受到严格的法律约束。通常，经营存款货币的商业银行，需要受到资本管理制度的严格控制，它们的资产规模不得超过资本的固定比例，它们需要向中央银行缴存法定存款准备金，还需要依法保留必要的超额准备金，并且往往需

〔28〕 参见我国香港地区《稳定币条例》和内地《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》等的规定。

〔29〕 参见我国《中国人民银行法》《货币政策委员会条例》《人民币管理条例》等的有关规定。

要强制投保存款保险，以维护存款货币的财产安全。结算货币需要将全部货币作为支付结算准备金，并将准备金全额保存于中央银行或商业银行，不得以任何形式动用客户的备付金。即使在支付结算机构破产的条件下，客户的备付金也依法作为独立于该机构的财产而受到保护。在此同时，国家还往往建立有比较完善的金融稳定制度体系，在这些机构发生信用危机时，对其采取各种危机救助措施，维护客户的货币利益。^{〔30〕}

稳定币虽然也建立有相应的法律制度，发行稳定币也需要取得发行资格，也需要提供全额的发行准备，但是，它使用的不是法定货币的货币名称，货币价值难以完全同法定货币等值，一旦发生准备资产的价值损失，使准备资产的市场价值低于货币的名义价值，就必然导致其发行货币的贬值，或者不能保证按照名义价值赎回。并且，稳定币发行者作为民间主体不可能像国家机关一样以维护公共利益作为业务行为的核心目标，往往都是以取得各种发行和流通收益作为基本经营目标。历史上中央银行的产生原因，正是由于普通银行业机构无法保障币值的稳定。因此，无论制度规定如何严格、监管如何有效，稳定币的价值稳定地位往往低于负责任中央银行发行和管理的法定体系货币，除非中央银行故意实施某货币贬值政策。^{〔31〕}

（二）价值标准地位

通常，任何市场都要求有统一的价值标准和统一流通的货币，否则必然导致市场价格的混乱和交易效率的降低。正是为了解决这一问题，西方国家才首先出现了货币兑换商，并在此基础上形成了现代意义上的商业银行。随着世界经济发展水平的不断提高、市场规模和范围的不断扩大，对于统一价值标准和统一流通货币的要求会越来越高。在此条件下，越强势的货币，各主体的使用意愿越高，它的流通使用范围越广。就此而言，法定体系货币是以国家法定货币为基础形成的货币体系，且法定货币往往都具有法偿效力，在使用法定货币进行支付结算时相对方不得拒绝接受。同时，法定体系货币往往又是国家法定的商品服务标价和记账标准，即使是存款货币或结算货币也具有支付效率优势。再加之它们又具有价值相对稳定的优势，通常交易各方应该均具有较强的使用意愿。在此条件下，市场价值标准和流通货币的统一性要求决定了，法定体系货币较稳定币更具有价值标准优势。^{〔32〕}

当然，这里并不能排除某稳定币经过长期发展取得广泛的社会信誉，从而可能成为某市场上的强势货币，形成较弱势法定体系货币更高的价值标准和流通货币优势，即使法定体系货币存在市场也主要以某稳定币作为价格标注和流通的主要货币。但是，在人类货币发展的历史上，民间主体发行的货币还从来没有长期居于主导地位的情况，更多发生的情况是民间主体为了私利而尽其可能地损害社会公众的利益。那种完美市场的理论只是一个传说，事实上市场从来不是完美的，也较少出现资本为了公共利益而牺牲自身利益的情况，那只看不见的手经常会偷偷地伸进社会公众的钱袋。并且，不同的稳定币是由不同的民间主体发行的，如果公众需要在不同市场上进行交易，还需要在不同的稳定币之间进行兑换。同时，为了保护自身利益他必须付出较高的成本

〔30〕 参见我国《商业银行法》《存款保险条例》《非银行支付机构监督管理条例》《非银行支付机构客户备付金管理办法》，美国《联邦储备法》《联邦存款保险法》《联邦存款保险公司改进法》等的规定。

〔31〕 参见我国香港地区《稳定币条例》和美国《GENIUS法案》等的规定。

〔32〕 参见我国《价格法》《会计法》《税收征收管理法》《明码标价和禁止价格欺诈规定》等的规定。

评估不同稳定币的信誉水平，这将极大地增加稳定币的使用难度。因此，通常情况下稳定币的价值标准地位难以优于法定体系货币。

（三）流通效率地位

稳定币是一种在网上发行和流通的货币，可以通过数字加密技术和智能合约技术实现销售主体与购买主体的直接支付结算，不需要通过任何中介机构进行货币转移，从而可以极大地提高货币流通效率，这是无需争辩的客观事实。同时，流通效率的提高和不同稳定币发行人之间的竞争，可以相对降低稳定币的流通费用，这也具有现实的可能性。但是，随着网络技术法定体系货币领域的应用，特别是数字加密法定货币或称法定记账货币的发行和流通，它采用的是同稳定币相同的网络技术，稳定币在这方面的优势将难以存在。随着存款货币和结算货币流通的电子化、网络化，它们的流通效率和流通成本也得到了较大的改善。并且，由于这些法定体系货币主要采用中心化的技术，它的流通效率和流通成本甚至可能低于去中心化的稳定币。如果再考虑法定体系货币的流通规模，还可能使其流通效率更高。至于法定体系货币流通费用相对较高，应该是流通垄断而非流通成本的结果。^[33]

在法定体系货币与稳定币采取相同网络技术的条件下，稳定币并不具有特殊的流通效率和费用优势。并且，去中心化的公共链技术事实上还面临着交易验证效率和区块存储效率的问题。如果稳定币完全采取去中心化的公共链技术，它就必须借助于其他受约人的网络验证，且验证数量必须达到一定规模，才能保证分布式记账区块的交易真实性，这个过程是需要较长时间的。它会在很大程度上降低区块链技术的流通效率，甚至使其效率低到货币流通难以接受的程度。此外，区块链技术的交易真实性还依赖于从创始区块到目前区块记录的完整保存，随着交易的不断进行需要占用巨大的网络存储空间。在大规模稳定币交易的条件下，随着时间的不断延长，占用的存储空间必然越来越大，这也将明显地提高这种交易技术的流通成本。就此而言，区块链、特别是公共链技术并没有想象中的效率和费用优势。就未来的发展而言，应该是有中心化的区块链技术才具有货币流通效率和成本上的优势。

（四）交易服务地位

在主体之间的商品服务等交易中，许多并非是钱货两清的直接交易，往往需要购货方首先向供货方以银行票据、信用证书等证明自己的付款能力，供货方也需要以发运单证、交货单证等证明自己的供货事实，甚至在此过程中还需要金融机构提供保理等应收款管理和融资服务。在采取传统票据、证书、单据等传输工具的条件下，这种支付结算过程需要经历较长的传递时间，往往也需要较高的支付结算费用。在稳定币与智能合约相结合条件下，可以通过网络技术极大地提高信息的传输效率，且在满足商品发运或服务提供等付款条件时，通过智能合约的执行实现自动的款项支付，不需要经过复杂的处理机构和处理程序。特别是在国际商品服务交易的条件下，不需要通过多家代理和清算体系实现支付结算。虽然，稳定币和智能合约不可能完全取代保理业务，却也可以极大地提高业务操作效率。^[34]

[33] 参见我国《非银行支付机构监督管理条例》《商业银行服务价格管理办法》等的规定。

[34] 参见我国《票据法》《票据管理实施办法》《国内信用证结算办法》《商业银行保理业务管理暂行办法》《电子商业汇票系统管理办法》《全国支票影像交换系统运行管理办法》，以及国际上的《跟单信用证统一惯例》《国际保理业务通用规则》《国际保理公约》等的相关规定。

在传统的支付结算体系中，银行票据、信用证书、发运单证等多使用纸质凭证，单证传递在邮电系统中往往需要较长的时间。特别是在国际支付结算中，往往需要通过多家代理机构才能实现交易双方或各方的支付结算。即使通过国际清算体系如环球同业银行金融电讯协会（SWIFT），也往往需要经过一系列程序和较长的时间并支付较高的费用，如果采取稳定币加智能合约的方式则既能够节约支付结算时间，也能够相对节省支付结算费用。但是，它的假设前提是目前的记账货币系统和单证传输系统不进行网络化改造，且国际支付结算主要由独家垄断。如果各国中央银行都发行和流通法定记账货币或称数字货币，且建立起比较完善的国际支付结算体系，如多边中央银行数字货币桥（MBRIDGE）、国际支付结算体系（CIPS）等，它们同样可以使用网络智能合约技术，也可以如同稳定币一样进行点对点的支付结算。这时稳定币的优势并不必然存在，其也不具有不可替代的特殊交易服务地位。^{〔35〕}

（五）合法使用地位

货币的支付结算不仅是一个货币流通问题，还存在非法财产转移和税费控制的问题。在现实生活中，许多违法犯罪行为需要通过支付结算系统实现财产的转移或转化。在此同时，还必须充分保护货币持有人的合法权益。这里的违法犯罪行为主要包括非法商品服务提供行为、非法商品服务购买行为、违法犯罪收益转化行为、非法货币融通行为、非法逃避税费行为等。在货币流通过程中，金融监管机关和经营主体依法承担着审查行为合法性、控制洗钱行为发生、监督金融违法犯罪、监督法规实际执行等责任，以防止违法犯罪人员利用支付结算系统实施非法行为。在经营过程中，经营主体还应该依法承担保护货币持有人隐私权利、维护支付结算正当权益、提示货币财产损失等义务，依法尽到相应的社会责任。^{〔36〕}

传统经营支付结算业务的机构都是有中心化的机构，传统金融监管机关主要对经营机构的行为实施监管，它们有义务也有能力执行这些法规赋予的权力和责任，同时也有能力较好地行使这些权力承担这些责任。即使是发行和流通加密数字货币的中央银行和经营这些货币业务的金融机构，也都设立有某种具有一定中心化的相应权力行使和责任承担体系。按照当代社会的组织和管理体系，发行和经营稳定币支付结算业务的相关机构，也必须行使这些权力和承担这些责任。在此条件下，如果完全以公共链和智能合约技术实现去中心化的稳定币的发行与流通，事实上是难以实现这些职能的。目前，许多稳定币能够实现完全去中心化流通，正是由于没有完全履行这些非法行为监督责任，也没有能够充分保护持有人的权益，这种稳定币难以成为合法稳定币，真正合法流通的稳定币必须依法承担这些责任。^{〔37〕}

（六）经济调控地位

在当代社会，货币不仅是支付结算工具，还同时是国家调节控制经济运行状态、经济增长状态、社会就业水平、国际收支水平等的基本工具。在以市场作为社会运行基础的国家或区域，由于各生产经营主体掌握信息的不完备性，新产品服务类型和形式的不断出现，各生产经营主体的

〔35〕 参见《关于加强中央银行数字货币合作的谅解备忘录》《人民币跨境支付系统业务规则》等的规定。

〔36〕 参见我国《民法典》《反洗钱法》《反恐怖主义法》《税收征收管理法》，以及联合国《打击跨国有组织犯罪公约》《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》《反恐怖主义措施条例》等的规定。

〔37〕 参见我国香港地区《稳定币条例》和美国《GENIUS法案》的相关规定。

产业联系状况不稳定，市场信息真实性和理解能力存在差异，国际政治经济状况的不断变化，以及自然条件情况的不同变化等原因，各经济体系都是在不同幅度的波动中运行的。在此条件下，利用货币供应数量、市场利息率、外汇兑换率等的变化，对经济运行和增长等状态进行适当的调节与控制，就必然成为货币的重要职能。要实现对这些货币指标的调节与控制，在整个社会范围内就必须有统一的货币，并由某国家机关集中统一实施这些政策，这个职责通常由中央银行这个货币发行和流通管理机关来完成。^{〔38〕}

如果在某个国家的范围内，除法定体系货币外还存在许多种不同类型的稳定币，将不同程度地降低中央银行在调节控制货币供应量、市场利息率、外汇兑换率等经济变量中的能力，使经济运行状态在很大程度上失去整体性的调节控制，这在当代社会的任何主要国家都是难以接受的。如果作为稳定币发行准备的资产同法定体系货币基本无关，中央银行就无法实现对这一领域的调节控制。如果相关稳定币法规明确要求，发行稳定币必须以规定比例法定体系货币作为发行准备，将会使中央银行的调节控制发挥一定的作用。即使要求全部发行准备必须全额使用法定体系货币，也会改变中央银行的货币调控机制。因此，如果某国家允许依法发行和流通稳定币，也必须将其发行和流通规模控制在一定水平内。否则，必然不同程度丧失对经济运行、经济增长、充分就业、国际收支平衡等的调节控制能力。

（七）特殊流通地位

从上述分析可以看出，任何希望具有经济主导力的经济大国，都不应该将稳定币作为主要货币。稳定币在流通效率和费用上并不必然优于其他使用相同技术的法定体系货币，甚至试图依法发行和流通完全去中心化的稳定币是基本上不可能的，它的各种特殊交易服务功能其他法定体系货币也能够实现。并且，它不具有作为统一市场价值标准的条件，特别是当发行准备与法定体系货币不具有直接联系时，还可能降低中央银行的宏观经济调节控制能力。在合法使用的条件下，稳定币的许多所谓优势也会丧失，任何负责任的国家都不应该放任其成为违法犯罪行为的辅助工具，也不可能放弃对这些支付结算行为的规范和监管。事实上，稳定币及其他约定体系货币发行和流通的主要价值，应该在于它们可以为某些特殊的支付结算领域提供特定的支付结算工具，以弥补法定体系货币支付结算方式的不足。

任何独立体系的货币发行与流通，必然形成一个以发行人为核心的独立货币流通体系，包括支付结算体系和集中清算体系。法定体系货币形成的是以中央银行为核心的体系，稳定币及其他约定货币形成的是以发行人为核心的流通体系。由于在当代社会，法定体系货币是基本的支付结算体系。在这个体系中，为了提高流通效率、规范流通秩序，往往规定有严格的支付结算方式，采用新型的支付结算方式必须要经过充分的试点，在充分总结经验教训的基础上才可能将合理的方式规定为合法形式。在此条件下，某些新型支付结算领域或具有某些特殊要求的支付结算领域，就有必要创设一种特殊的约定货币，以充分满足这些合理的特殊支付结算需要。国家或国家货币联盟在制定相关法规时，就有必要为特定条件下发行和流通稳定币等约定货币保留存在空间，以保证这种特殊需要能够得到较好满足。

〔38〕 参见我国《中国人民银行法》、美国《联邦储备法》，以及欧盟《欧洲中央银行体系章程》等的规定。

四、稳定币的发行流通规范

在世界货币发展史上，自从法定货币产生以后，虽然总体而言法定体系货币在整个支付结算领域占有统治地位，并且，许多相关法规限制甚至禁止发行和流通各种类型的约定货币。^[39]但事实上，如稳定币这样的约定货币的发行与流通从来没有停止过，即使是在非法发行与流通的条件下它们也在不断地发行和流通。究其原因，主要是特殊的货币流通需要存在，哪里有需要哪里就会有供给，我们对待稳定币等约定货币的发行和流通不应该总是采取严厉打击的态度，而应该制定严格的发行和流通规范，使其更好地为经济发展服务。

（一）货币发行规范

当代货币都是以主体信用为核心的货币，在以主体的信用发行货币和维护货币流通秩序条件下，一种合格货币的存在不再是有价值的客体本身，而主要是依据主体的持续信用维护其流通价值。因此，必须建立严格的稳定币等发行主体准入制度。首先，必须统一货币发行主体的准入权力，根据流通范围和交易类型确定不同严格程度的准入规范，分别采取备案、核准、批准等准入制度。对于流通范围较小的网络内部服务交易型约定货币可以采取备案制度，对于流通范围较大的财产交易型稳定币等约定货币应该采取核准制度，对于流通范围巨大的财产交易型稳定币等约定货币应该采取批准制度，严格审核发行主体的信用维持能力。在此同时，必须严格审核发行约定货币的必要性，非特别必要不得任意发行稳定币等约定货币，以尽量统一整个社会的货币体系，增强价值稳定性和对经济的调节控制能力。

此外，必须严格审核发行主体的信用水平。发行审核机关应该严格审查发行申请主体曾经和现有的信用状态，只有具有良好信用记录的主体才能许可其进行稳定币等约定货币发行，严格禁止曾经具有信用瑕疵的主体成为货币发行人，以防止危害货币持有人利益、扰乱货币流通秩序。同时，必须严格审核发行主体的信用维持能力。审核的内容应主要包括货币名称、兑换条件、发行准备、技术方案等。货币名称应与法定体系货币及其他货币具有显著的区分度，应该对以何种财产或服务兑换货币规定明确的规则；发行人应该具有充足且合格的发行准备财产，货币发行与流通应该具有安全可靠的技术方案。未来在修改《中国人民银行法》时，应该进行明确的货币性质界定，授予中央银行约定货币发行审核权力；外国主体发行以我国法定体系货币为准备或标价的约定货币，应该得到我国中央银行的许可。

（二）货币流通规范

稳定币等约定货币不同于法定体系的货币，它只应在特殊领域内流通使用。因此，还必须建立严格的货币流通规范。这些规范应主要包括流通范围规范、流通方式规范、准备公开规范、准备维持规范、即时赎回规范、合法使用规范、破产清算规范等。

流通范围规范要求，必须严格限定约定货币的流通范围，不得超过审核的范围提供流通服

[39] 参见杨巍、易康静：《利益衡量视角下涉虚拟货币合同效力认定的困境及其纾解》，载《法治社会》2024年第5期，第37-48页。

务；在国际支付结算过程中，要作为可流通货币也需要得到东道国在外币管理上的许可。流通方式规范要求，必须严格按照审核的流通方式组织货币流通，不得任意变更具体流通方式。准备公开规范要求，发行人必须严格按照核准的准备资产类型和比例建立准备基金，并公开发行准备财产的实时状况，以便监管机关和社会公众随时了解其信用状态。准备维持规范要求，发行人必须按照准备财产的类型和比例规定，时刻维持准备财产的合理水平。即时赎回规范要求，发行人必须随时公开每个货币单位的准备财产净值，并有义务按照约定的货币价值以发行准备财产和自有财产向货币持有人提供赎回服务，不得拒绝履行货币价值赎回义务，不得以低于约定价值向持有人赎回货币。合法使用规范要求，发行人及流通管理人必须履行合法使用监督义务，发现持有人以该货币实施洗钱、非法交易等行为，应该停止为该交易提供流通服务，并向监管机关报告持有人的非法交易行为。破产清算规范要求，如果发行人持续不能按照约定价值向持有人赎回货币，持有人有权向监管机关和法院申请发行人进入破产程序，发行人应以发行准备财产和自有财产向持有人支付清算财产。我国未来在修改《中国人民银行法》和制定“金融监督管理法”的过程中，应该赋予中央银行和金融监管机关约定货币流通监督管理权，通过持续的日常监督管理维护货币流通秩序。^[40]

五、稳定币的救助融通规范

在法定体系货币中，法定货币由于是不可赎回的货币，在发生货币贬值时持有人通常只能被动接受或者由国家予以适当的补偿，相关主体通常不能通过诉讼要求国家补偿。^[41]存款货币通常应该投保存款保险，在银行业机构不能兑付存款货币时进行破产补偿。结算货币需要全额保付存款准备金，通常不会发生货币不能兑付的情况。^[42]稳定币等约定货币由于是民间主体发行的货币，具有不可豁免的价值兑付责任，必然存在回赎救助问题。

（一）回赎救助规范

稳定币等约定货币的回赎条件，主要取决于货币兑换财产、流通管理费用、发行管理收益。约定货币的兑换包括全额财产兑换、劳务服务兑换、交易赠予兑换三种基本情况。在全额财产兑换的条件下，发行人应该承担全部货币价值的赎回责任，如果不能全额赎回货币价值，就构成发行人对持有人的负债。在劳务服务兑换的条件下，持有人是以其对发行人的劳务服务付出兑换货币的，应该按照兑换时该劳务服务的市场价值确定货币价值，如果不能按照价值回赎也应构成发行人的负债。如果货币是在交易过程中发行人赠予持有人的，通常应该按照货币的市场价值回赎；如果是无偿赠予的，通常不应承担回赎责任。此外，稳定币等约定货币还存在流通管理费用和发行管理收益问题，通常流通费用应该另外向持有人收取，也可以通过发行准备财产等的管理收益抵偿，具体如何抵偿应有明确约定。

^[40] 参见我国香港地区《稳定币条例》和美国《GENIUS法案》等的相关规定。

^[41] 参见联合国《国家及其财产管辖豁免公约》、我国《外国国家豁免法》《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，以及其他国家各种形式的“外国主权豁免法”等的相关规定。

^[42] 参见我国《存款保险条例》《非银行支付机构客户备付金存管办法》等的相关规定。

稳定币等约定货币属于民间发行的货币，不享有国家或中央银行司法豁免权，即使是外国持有人也有权通过司法途径提起回赎的诉讼。如果为了充分保障货币持有人的利益，也可以针对回赎责任投保责任保险。回赎责任保险的形式，既可以是强制保险也可以是自愿保险；既可以针对某类持有人保险，也可以对全体持有人保险；既可以是全额保险，也可以是差额保险；具体是否需要保险以及采取何种保险类型，既应取决于相关法规的规定，也取决于相互之间的约定。在采取保险措施的情况下，如果发行人不能以其发行准备和自有财产兑付持有人的赎回价值，保险人应该按照保险事故发生的条件、保险标的的责任数额，以及保险合同或保险规范中约定或规定的限额，代为偿付货币持有人相应的回赎财产。在没有采取保险措施的情况下，货币持有人只能申请发行人破产而依法分配相应的破产财产。

（二）货币融通规范

在通常情况下，存在货币流通就必然产生货币持有的余缺，从而产生货币的融通需要。稳定币等约定货币是否应该存在货币融通，以及能够采取何种方式融通，既取决于它们的融通规范，也取决于是否存在货币融通的合理渠道。首先，就货币融通规范而言，通常应该采取普通渠道限制融通、特定渠道许可融通的基本态度。普通渠道限制融通，主要是基于稳定币等约定货币的货币地位考虑的。由于这些货币只是在特定领域存在的货币，没有必要单独为某种约定货币设立一个货币融通体系。否则，必须为此设立专业或兼业的货币融通机构，同时还需要为某种约定货币单独规定一套货币融通规范。并且，通过法定体系货币完全可以实现货币的融通，再将其兑换为某约定货币，间接实现某约定货币的融通。

但是，在某稳定币等约定货币流通领域范围内，如果确实存在合理的这种特定货币的融通需要，或者可以通过这种特定货币实现某种特定的货币融通功能，也不能完全否定稳定币等约定货币融通的可行性。目前，比较流行的做法是将现实世界的物体资产、金融资产、知识资产等转化为以某种约定货币价值表示的资产证书，从而实现这些资产以约定货币价值证书形式进行交易的融资行为（RWA），它实质是建立一种以某约定货币价值表示资产份额的网络交易市场。这种利用某种约定货币在网上实现资产份额融资的行为，以法定体系的网络货币也同样能够实现，并不具有实质的创新性。当然，以这种方式达成现实世界资产证券化，也是一种特定的融资方式，在严格的注册规范和证券融资监管体系下，也应该可以考虑进行尝试。只要接受严格的证券化规范和监管，其也具有一定的货币融通意义。^{〔43〕}

六、结 论

稳定币是网络时代一种特殊的约定货币，它使用的区块链和智能合约技术并非其专有技术，我国发行的数字人民币或称法定记账货币也采用了同类技术，如果以这种网络技术作为稳定币等约定货币发行和流通的论证依据事实上是难以成立的。但是，在以法定体系货币作为基本货币形

〔43〕 我国目前禁止约定货币的融通业务，如果没有经过监管许可，擅自发行现实世界资产某约定货币证券属于非法集资行为。参见我国《证券法》《期货和衍生品法》《防范和处置非法集资条例》等的规定。

态的当代社会，由于这一货币体系的严格规范性和行为标准性，可能在某些特殊领域难以满足某种特定货币流通的需要。在此条件下，按照严格的制度规范和监管许可发行与流通稳定币等约定货币是有一定合理性的，世界上一些国家和地区也在尝试这类货币的发行和流通。稳定币等约定货币的融通在特定领域也是可以尝试的，如果能够严格遵守这类证券发行和流通规范，对于解决现实世界资产的价值融通问题也具有一定意义。但是，它必须在国家作出认真的评估、制定相关制度规范后，严格按照相关程序进行发行和交易才是合法的，如果没有经过监管机关的许可擅自发行和交易应属于违法行为。该行为合法性的判断标准是对最终消费有净贡献，行为非法性的判断标准是对最终消费有净损害。

Abstract: As a form of credit value, money is a special type of property that does not rely on physical form. With the advancement of computer and network technologies, money has not only transformed from securities and ledgers into electromagnetic records but also undergone significant changes in issuance entities and circulation methods. Since the inception of Bitcoin in 2009, private currencies or so-called contractual currencies have emerged serving virtual asset transactions continuously. In particular, following the enactment of Guiding and Establishing National Innovation for U. S. Stablecoins Act and Hong Kong's Stablecoin Ordinance, both academia and practitioner have paid considerable attention to this topic. The People's Bank of China has also convened a Coordination Mechanism Meeting on Combating Virtual Currency Trading specifically. From a legal perspective, We can understand the monetary status of stablecoins accurately only if we define the nature of currency strictly in the network era and analyse the strengths and weaknesses of various currencies carefully. On this basis, we can clarify their prohibition and permission norms, issuance and circulation norms, rescue and financing norms. Stablecoins cannot become the primary currency in future society but may serve as a specific supplement to the statutory system of money. At the same time, the norms for issuance, circulation, rescue, and financing must be established. Otherwise, there is a high likelihood to cause credit crisis or even systemic credit risks.

Key Words: definition of monetary nature, analysis of monetary types, analysis of monetary status, issuance and circulation norms, rescue and financing norms

(责任编辑：朱翔宇)

论作为独立财产保护的人工智能模型参数 ——以“AI 模型保护第一案”为切入点

廖慧姣*

内容提要：参数为模型开发企业投入大量资源、利用机器训练而形成的“机器知识载体”，因其“价值性”“可支配性”“非物质性”“知识载体性”以及“非人类符号性”构成了一类新型的知识财产对象。开发者所投入的培育劳动为参数的价值之源，为防止市场失灵应当为参数配置财产保护的激励机制，从而于制度层面实现公共安全与私人利益的平衡。现有保护框架无法妥当安置参数，亟待独立的财产保护路径。通过借鉴知识财产模块的制度设计，可为参数配置一套排他权保护规则。参数的排他权应归属于对“机器知识”增量价值做出决定性贡献的开发者，保护边界仅限于以参数为直接对象的知识迁移行为，包括获取与使用行为。为平衡创新、安全等多元公共利益，参数排他权应以 10 年保护期为限，并允许“科研、评价与安全评估目的”的反向工程。

关键词：模型参数 机器知识载体 新型知识财产对象 排他权保护 人工智能

在当前的人工智能（artificial intelligence，下文简称 AI）浪潮中，模型参数（parameters），无疑是模型开发企业的核心资产。若将由代码所运行的模型结构视为一个大脑框架，那么参数则相当于这个大脑用以思考的“知识”载体。这些耗费大量算力进行数据训练所得出的“最终黄金”，不仅被业界视为最高价值资产，^[1] 也已进入各国政府的国家安全视野。^[2] 近日我国 AI 模型

* 廖慧姣，同济大学法学院博士研究生。

本文为国家自然科学基金重大项目“完善网络反不正当竞争法律规则研究”（25BFX178）的阶段性成果。

[1] Anthropic 的首席信息安全官杰森·克林顿（Jason Clinton）在访谈中表示：“我可能花了将近一半的时间来考虑保护模型的权重文件，这是公司中最受关注和优先考虑的事情，也是我们投入最多安全资源的地方。” See Sharon Goldman, *Why Anthropic and OpenAI Are Obsessed with Securing LLM Model Weights*, VentureBeat (15 December 2023), <https://venturebeat.com/ai/why-anthropic-and-openai-are-obsessed-with-securing-llm-model-weights/>, visited on 7 January 2026.

[2] 兰德国家安全研究部发布了一项主题为《保护人工智能模型权重》的报告，旨在深入关切模型参数的保护议题。See Sella Nevo et al., *Securing Artificial Intelligence Model Weights: Preventing Theft and Misuse of Frontier Models*, Rand (30 May 2024), https://www.rand.org/pubs/research_reports/RRA2849-1.html, visited on 7 January 2026.

保护第一案〔3〕的判决，从实践层面证实，法律亟须回应参数保护的现实需求。该案涉及抖音公司旗下一款部署于用户端的变身漫画成像模型，法院最终以《反不正当竞争法》第2条（以下简称“兜底条款”）为参数提供保护，认定原被告存在直接竞争关系，原告进行大量投入且获得引流效果的参数构成受保护的竞争优势，被告未经许可直接使用原告经数据训练而来的模型参数，有违AI领域的商业道德，扰乱竞争秩序，且因替代和分流作用，导致原告合法权益受到损害。

虽然判决从结果层面维护了原告利益，却在法律逻辑和保护范围上存在三大疑问，为未来的司法实践埋下隐患：其一，参数保护的正当性基础不明。故而，法院并未实质性回应被告的“开源来源”以及“非法训练”抗辩，〔4〕仅以举证不足为由驳回。学界就后者存在“保护前提说”〔5〕与“独立评价说”〔6〕两种观点。其二，参数保护的路径选择存疑。该案未充分论证参数适用知识产权专门法和反法专门条款保护的可能性。因而，有反对者提出，专门法的沉默即意味着法律的否定，不应轻易动用兜底条款打开“法外保护”的缺口。〔7〕其三，参数的兜底条款保护难以合理地划定保护边界。一方面，“竞争关系”和“合理利益损害”等要件无法适配参数的多元利用场景，如跨领域迁移学习（transfer learning）、〔8〕非商业性泄露或使用〔9〕等实践。另一方面，判决确立的“未经许可使用即违反商业道德”标准，实际为参数提供了近乎绝对权的保护，却未配置任何限制机制。依据该案的专家意见，被告可能通过技术手段从抖音软件中提取模型参数。由于提取对象为合法获取的客户端软件，该行为在性质上属于反向工程。因而，在软件版权领域视为正当的反向工程行为，在该案中被定性为不正当，缺乏充分的法理依据。

上述疑问的共同根源在于，法院在未明确参数法律性质的前提下，直接适用兜底条款提供“临时保护”。其虽实现了结果正义，却导致保护的正当性基础、适用范围和限制机制均不明晰甚至存在矛盾。现有研究多聚焦于兜底条款的适用争议，对于参数究竟是什么性质的财产对象讨论不足。财产对象的形态决定了财产对象的利用方式，进而影响主体间的法律关系。〔10〕参数的保护问题，仍需叩问参数的本质特性。参数为企业投入大量资源获得的“机器知识载体”，与传统知识财产对象存在亲缘关系（均承载知识），但又显现出特殊的“非人类符号性”（仅以机器可读

〔3〕 参见北京知识产权法院（2023）京73民终3802号民事判决书。

〔4〕 二审判决在回应被告抗辩时，以“未证明训练合法性与参数设计相关”为由回避实质审查，但在商业道德判断中，又强调参数系“经数据训练而来”，实际承认了训练行为对参数价值的决定性作用。

〔5〕 该观点认为，只有训练行为合法，参数才属于受保护的竞争利益。参见环球律师事务所：《环球科技法前沿系列 | 模型方法论在解决AI侵权纠纷中的作用——评首例AI模型结构和参数保护案》，载微信公众号“环球律师事务所”2025年4月29日。

〔6〕 该观点主张，训练行为的合法性与参数是否受保护系两个独立评价的问题。参见姚志伟、方梓楠：《数据训练行为合法性对模型开发者法益的影响研究》，载微信公众号“垦丁学社”2025年7月23日。

〔7〕 参见宋建宝：《人工智能模型结构与参数的知识产权保护》，载微信公众号“知产观察家”2025年10月30日。

〔8〕 迁移学习是将在特定领域（领域A）和任务（任务A）上训练好的模型参数（权重），应用到另一个完全不同领域（领域B）或任务（任务B）的模型中，以加速训练或提高性能。例如，将本案所涉及的变身漫画成像模型参数迁移至医学图像模型上。See Sinno Jialin Pan & Qiang Yang, *A Survey on Transfer Learning*, 22 IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering 1345 (2009).

〔9〕 这是指泄露者或使用与原模型参数所有者不存在竞争关系，且其行为本身不以直接获取金钱或商业利益为目的。例如，某开发者在开源平台上分享通过反向工程所提取的变身漫画成像模型参数。

〔10〕 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第38页。

的形式呈现)。这种特殊定性使得参数的知识迁移^[11]行为呈现出独特的成本非对称性，导致参数既难以被现有知识产权专门法所涵摄，但又不能简单地排除在财产保护体系之外。据此，本文旨在从模型参数的法律定性这一原点出发，系统评价对其保护的正当性与必要性，进而确定适配的保护路径，最终构建一套既能保障模型开发者核心利益，又能促进产业健康发展的可行方案。

一、参数的新型知识财产对象定性

如果说人脑知识承载于神经元突触之中，那么，参数便为机器大脑中承载模型全部知识、驱动其智能涌现的“机器知识载体”。鉴于参数与知识财产对象具有一致的内在属性，但形态不同，应将其视为一种新型的知识财产对象。

（一）参数的本质特征：机器知识的载体

从逻辑范式（符号主义，symbolism）到生物范式（连接主义，connectionism），AI 大脑的知识载体由最初基于人类预定义符号的逻辑规则，转变为神经网络连接中的参数，这些参数通过数据驱动的端到端学习自主生成。^[12] 本文讨论的参数，为连接主义范式下承载机器所习得知识的载体，代表神经网络中一个节点对另一个节点的影响大小，^[13] 用以调节输出与所需输出之间误差的实数，^[14] 包括权重（weights）与偏置（bias）。若将一个神经元简化理解为线性函数“ $Y = \omega X + b$ ”，其中 ω 、 b 分别为权重和偏置，通过输入数据“ X ”以及真实结果“ Y' ”反复调整 ω 和 b 的数值，从而使得预测结果“ Y ”和真实结果“ Y' ”之间的误差最小。在大模型中，这个函数则更为复杂，是一个包含数以万亿计参数的巨大非线性函数网络，共同决定着模型对输入的回应。从这个意义上而言，AI 模型保护第一案中，法院所列举的参数内容“如卷积层的输入数据的通道数、输出数据的通道数、卷积核的大小、卷积运算时的步长、是否使用偏置以及对图片的填充”是对参数概念的扩大解释，因其仅为规划训练步骤和方向的超参数，并非从数据中学习到最后知识的参数。

从上述技术原理来看，参数是模型开发企业通过投入大量资源，利用机器训练而形成的一种特殊财产对象形态——“机器知识载体”。其具备以下几个核心特征：其一，衍生性，即参数由原始数据衍生而来。参数并非人类直接设置或调控的结果，而是通过机器对大量原始数据进行训练而衍生的产物。这些原始数据的来源广泛，既可能包含受知识产权保护的对象，如该案涉及的漫画作品，也可能囊括各类机器数据（如教师模型的原参数、中间层特征表示等非人类可读数据）。^[15]

[11] 知识迁移是指知识从一个主体转移至另一个主体的过程。在传统人类社会中，知识迁移主要通过外部符号系统（如书籍、论文、教学）实现。

[12] See Hubert L. Dreyfus & Stuart E. Dreyfus, *Making a Mind Versus Modeling the Brain: Artificial Intelligence Back at a Branchpoint*, 117 *Daedalus* 15 (1988).

[13] 参见邱锡鹏：《神经网络与深度学习》，机械工业出版社 2020 年版，第 14 页。

[14] 同上注，第 12 页。

[15] 技术领域也有观点推测，该案被告是通过模型蒸馏（并非提取参数）而获得的最终模型。参见一川 Law：《闲话 AI | 第 23 期：AI 模型结构、参数侵权首案疑云》，载微信公众号“一川 Law”2025 年 6 月 3 日。

其二，实质投入性，强调企业需进行大量的资源投入以训练参数。模型参数的训练绝非简单的数据复制或机械转换过程，其需投入海量的、经过精心清洗和标注的数据作为“教材”，精巧设计的模型架构作为“骨架”，以及极其昂贵的算力与电力资源作为驱动训练的“能源”。正如 AI 模型保护第一案中法院所查明的事实，变身漫画特效模型参数的生成过程要历经“风格设定”“风格化量产”“模型训练”“模型再调整”四个需要大量资金和算力投入的过程。

其三，增益价值性，参数具有促使模型思考的知识增益价值。对于作品、个人信息等原始数据，其价值实现依赖于人类对其内容的理解和使用，而参数的价值体现在技术功能层面而非信息内容层面：参数通过控制神经网络中的连接强度，操控模型进行有价值的输出。如本案所争议的变身漫画特效模型参数，其价值并非体现在人类能够从中读取什么信息，而是在于其被加载到模型后，能够控制模型将“用户实时拍摄的照片视频”输出为符合预期的“漫画风格”图像。

其四，形态的特殊性。参数不是一种外部的“人类符号”，而是知识在“机器大脑”中的内部直接呈现。因此，参数仅以机器可读的数值编码形式存在，无法为人类直接感知和理解。即便获取了 AI 模型保护第一案中的参数文件，人类也无法直接从数值中理解其含义，必须将其加载到相应的模型结构中才能发挥作用。

（二）参数的法律定性：一种新型知识财产对象

财产意味着人们对某些事物控制权的争夺，这些事物是人们所需要的，或者所渴求的，有时还是个人或集团赖以维持生存的基础。^[16] AI 模型参数为机器通过海量数据学习形成的、催动机器运行的机器知识载体，已经构成人们所需要或渴求的事物。从法律定性而言，模型参数是一种具备财产属性的对象，而且与传统的“知识财产对象”属性一致，仅是形态不同，因而应当定性为一类新型的知识财产对象。

财产对象的成立需要满足两个核心前提：价值性与可支配性。价值性是产生财产关系的物质基础，无价值之物上并不产生法律争议，也无需法律加以调整。可支配性则是财产权利实现的现实条件，价值连城却无法支配之物，就如同海市蜃楼一般遥不可及，无法在社会关系的范畴内占据一席之地。模型参数显然具备价值性。基于 OpenAI 的 Scaling 理论^[17]以及迁移学习的应用拓展，^[18] 参数的数量及优劣程度将直接决定 AI 模型的最终性能，及被移植至多任务或多模型的潜在价值。正如世界 AI 教父辛顿（Hinton）所指出的，机器的知识迁移速度远大于人类，因为相同架构的模型能够非常容易通过分享权重而迁移它们所学到的知识。^[19] 由此可见，模型参数不仅具备有益于人类生活享用的使用价值，^[20] 亦存在可交换的他用价值。^[21] 模型参数同样满

[16] 参见〔澳〕彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆 2017 年版，第 17 页。

[17] See Jared Kaplan et al., *Scaling Laws for Neural Language Models*, ArXiv (23 January 2020), <https://doi.org/10.48550/arXiv.2001.08361>, visited on 7 January 2026.

[18] See Santisudha Panigrahi, Anuja Nanda & Tripti Swarnkar, *A Survey on Transfer Learning*, 1 Intelligent and Cloud Computing: Proceedings of ICICC 781 (2020).

[19] 参见深智联融媒：《诺奖得主辛顿教授 WAIC 2025 重磅演讲：数字智能是否会取代生物智能？》，载微信公众号“深智联融媒”2025 年 9 月 13 日。

[20] 参见〔英〕约翰·洛克：《论降低利息和提高货币价值的后果》，徐式谷译，商务印书馆 2017 年版，第 40 页。

[21] 参见〔德〕马克思：《资本论》（第一卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社 2004 年版，第 49 页。

足可支配性要求。在人类世界中，我们之所以从未将人脑中的神经元和突触视为事实意义上的财产，在于它们虽然具有潜在价值，却无法被独立支配。^{〔22〕}然而，当知识载体从“人脑神经元突触”转向“机器参数”时，其物理形态发生了根本转变。参数以可序列化的数值文件形式存在，在技术上具备独立存储、复制、转移与交易的能力，^{〔23〕}使其从机器的“内在状态”转变为可被外部控制的“法律物”，从而在事实层面满足了法律所要求的“可支配性”要件。

参数具有知识财产对象的典型特征，即非物质的形式特征与知识载体的内在属性。与有体物不同，参数本质是一系列表征模型知识的数字编码，不具有物理意义上的物质形态。因此，参数的利用方式也表现出典型的非物质性，其既无法以物理形式进行占有或控制，且可无限次、快速而低成本地进行使用，^{〔24〕}其与知识财产对象都存在盗用成本极低、传播迅速、使用不具有消耗性，且具有极高的隐蔽性等保护困境。^{〔25〕}从内在属性来看，传统知识产权理论中的“知识说”将知识产权对象定义为以“形式、结果、符号系统”等为存在方式的知识。^{〔26〕}受限于早期的技术发展，知识曾被狭隘地限定为人类文明成果的集合。^{〔27〕}但随着 AI 时代的来临，法律语境下的“知识”应回归其更为本质的功能性定义，即知识预先决定了行为主体在特定条件下的行为方式。^{〔28〕}在此视角下，参数与传统知识产权对象均是对“行为主体如何行为”这一知识的固化载体，参数承载着机器在特定输入条件下如何进行有效输出的知识，正如商标承载着消费者快速识别、建立信赖并作出购买决策的知识。

财产体系的建构规律正是以财产形态为依据，通过“财产形态—行为方式—规范设计”进行具有法律意义的归类。^{〔29〕}如果参数仅仅具备上述知识财产对象的属性，将其纳入现有知识财产类型（如作品、专利、商业秘密）即可。^{〔30〕}然而，参数体现出根本区别于传统知识产权对象的独特形态——非人类符号性，从而引发了行为方式的转换，使得既有知识财产规则无法有效调整相关法律关系。既有的知识产权对象体系，无不内嵌着一种“人类符号”中心主义，即人为创设的、具有指代功能的信号。然而，参数并非对知识的外部“符号化表达”（如源代码之于算法思想），而是经过大量学习后形成的知识最终载体本身，其更接近于人类大脑中经过学习后形成的“神经元突触”。这一特性导致了知识迁移行为的变迁。人类受制于碳基生命的物理局限，无法直接复制大脑中的知识载体（如通过复制爱因斯坦的神经元突触获得其全部知识），知识的代际传

〔22〕 随着脑机接口等技术的提升，其可支配性或将不再成为障碍。

〔23〕 参见极客教程：《正确提取学习的参数》，载极客教程，https://geek-docs.com/pytorch/pytorch-questions/255_pytorch_pytorch_extract_learned_weights_correctly.html，2026年1月7日访问。

〔24〕 参见来小鹏、贺文奕：《数据财产权益知识产权法保护的难题与对策》，载《中国市场监管研究》2022年第7期，第41-45页。

〔25〕 See Nicholas Carlini et al., *Stealing Part of a Production Language Model*, arXiv (23 January 2020), <https://doi.org/10.48550/arXiv.2001.08361>, visited on 7 January 2026.

〔26〕 参见刘春田主编：《知识产权法》（第5版），高等教育出版社2015年版，第9页。

〔27〕 参见刘春田：《知识产权解析》，载《中国社会科学》2003年第4期，第109-121、206页。

〔28〕 参见〔英〕马克斯·H·博伊索特：《知识资产：在信息经济中赢得竞争优势》，张群群、陈北译，上海人民出版社2005年版，第14页。

〔29〕 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第123、126页。

〔30〕 参见许娟：《企业衍生数据的法律保护路径》，载《法学家》2022年第3期，第72-87、193页；陶乾、李衍泽：《论衍生数据的知识产权保护模式》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2023年第4期，第94-101页。

承只能依赖于外部符号这一缓慢且有损的媒介。但在机器世界中，模型的知识载体参数，却可以被近乎零成本、无损耗地直接复制和迁移，使一个“机器大脑”的全部“知识”以较低成本和时间移转至另一个“机器大脑”。

二、参数独立财产保护的正当性与必要性

参数这类特殊的“机器知识载体”，其独特的法律定性与现有财产体系子项并不具备同一性，可以展望其独立保护意蕴，并为日后类似特质的新型机器知识载体提供参考。

（一）参数独立财产保护的正当性

财产权的有效性依然有赖于道德支撑，但需借助一系列权威规则，解决社会整体共同追求财产时所产生的矛盾和冲突，而这些规则是由有效的权威机构基于社会利益而制定的。^[31]

1. 劳动理论：财产确立的价值来源

劳动理论所持的“劳动成果理应受到保护”的观点，符合普遍的伦理直觉，因而往往作为司法实践的裁判理由。^[32] 劳动理论为参数保护提供了最基础的道德正当性。有学者质疑，在无形的知识产品世界中，从来就不存在也不可能存在洛克意义上的“自然共有状态”。^[33] 但“共有知识”实际上是客观存在的，与站在“巨人的肩膀上看世界”一样，参数的生成依赖于海量的优质训练数据，通常为凝结人类知识的作品、技术方案等。这些前人知识构建起了抽象的“共有知识”，在人们（现延伸至机器）的互动过程中具有重要的作用。^[34]

即便承认知识的共有属性，劳动的模糊性使得“如果将番茄汁倒入大海，整片海域是否归我所有”^[35] 等诘问始终存在。参数的生成过程并非人类简单的劳动混合，而是一种“因果支配下的培育劳动”。如同“植物新品种”的育种者通过选种、杂交、环境控制等培育劳动，实现对育种结果的支配一样，AI 开发者（如 AI 模型保护第一案中的原告）对数据处理与模型训练等方面所付出的培育劳动，促成了参数的“涌现”，构成了权利主张的正当性基础。

因“侵占公共领域”而违背“留有足够多且同样好的东西给其他人所共有”消极要件的担忧，^[36] 在参数这一对象上并不成立。法律保护的是凝结在参数中的增值劳动，而非原始数据本身。通过调控保护范围，完全可以做到在保护参数的同时，不限制他人利用原始数据去生成新的模型参数。再者言，参数是功能性的“机器知识载体”，其内部机理常为“黑箱”，本身就不是为了向人类直接传递信息，保护参数也不会限制人类思想的自由流通。

[31] 参见黎华献：《知识财产利益权利化路径之反思》，载《现代法学》2020年第3期，第85页。

[32] 参见崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第1期，第144-164页。如本案中，二审法院认为模型风格设定、收集训练数据以及模型训练等过程证明抖音公司为研发该特效模型投入了大量经营资源，因而模型参数属于受到保护的竞争利益。

[33] 参见李扬：《再评洛克财产权劳动理论——兼与易继明博士商榷》，载《现代法学》2004年第1期，第171-177页。

[34] 参见〔澳〕彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆2017年版，第86页。

[35] 〔美〕罗伯特·诺奇克：《无政府、国家与乌托邦》，姚大志译，中国社会科学出版社2008年版，第388页。

[36] 参见郑金涛：《数据产品确权的体系批判》，载《知识产权》2024年第6期，第111-126页。

2. 功利主义：基于劳动的激励机制

虽然劳动理论为参数保护提供了价值来源，但其通常难以回应“提供何种程度的保护是合适的”。功利主义以社会总福利的最大化为评判标准，回答“为何必须通过法律介入来保护参数”。当劳动者难以获得足够的市场领先时间以收回实质性投入，而导致市场失灵出现时，法律这只“看得见的手”必须介入。AI模型参数的非物质性使得其容易因他人的低成本复制而导致市场失灵。^{〔37〕}参数开发与参数窃取之间存在巨大的成本差异，据估算 OpenAI 的 GPT-3.5 训练成本为 851 万美元，^{〔38〕}且不论所耗费的人力和时间成本，不到 2000 美元的成本就可以盗取完整的 GPT-3.5-turbo 模型参数矩阵。^{〔39〕}若无相应的财产保护，理性的市场主体可预见，任何巨额的前期投入都可能为他人作嫁衣，从而丧失投入资金进行前沿模型参数开发的动力。明确的财产边界可使开发者能够预期合理的投资回报、有效减少后续流通的交易成本，形成正向的劳动激励，从而愿意承担高风险、高投入的参数研发。这正是功利主义视角下法律干预的核心理由，通过产权配置纠正市场失灵，实现社会总福利的最大化。

3. 工具主义：利益平衡的实现

工具主义认为，财产虽以前述“道德价值”为前提，但本质为实现特定社会目标、服务于道德价值而被设计出来的制度工具，其核心功能在于追问一项财产的设定能否有效平衡冲突的利益。^{〔40〕}工具主义所进一步回答的“如何通过财产制度设计实现多元利益的动态平衡”，为参数保护提供了制度功能层面的正当性。参数的财产确认是在“公共安全”与“私人利益”之间寻找关键平衡点的必然选择。出于对安全风险和“黑箱”决策的深切忧虑，社会公众和监管机构要求模型透明的呼声高涨，希望通过审查模型参数来窥探 AI 的“心智”，确保其行为符合人类的伦理和安全底线。然而，模型参数是开发者投入巨额资本、算力和智力劳动凝结而成的核心资产，存在一批企业希望以商业秘密形式维持技术的“护城河”。^{〔41〕}这种“公共监管的审查需求”与“核心资产的保密需求”之间的冲突，使得模型参数的财产地位确认变得异常紧迫。若完全倾向于公共审查而忽视其财产价值，则将严重打击创新投入的积极性；若认可参数主体的“保密”需求，又难以满足社会对透明度的安全诉求。将参数明确为财产对象，并非单纯地为了保护私有利益，而是构建一个法律框架，用以衡量、调和并平衡这对核心冲突。它承认私有利益的价值，同时为公共利益的介入（如强制披露、安全审查）提供了合法依据和程序保障，这与医药领域的专利公开与链接制度在逻辑上异曲同工，都是通过财产设计来实现利益平衡的制度典范。

当然，亦有观点从利益平衡的另一端提出警示，认为赋予参数财产保护将加剧市场垄断，特

〔37〕 参见刘维：《论数据产品的权利配置》，载《中外法学》2023年第6期，第1581-1599页。

〔38〕 See Nestor Maslej et al., *Artificial Intelligence Index Report 2025*, Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (April 2025), <https://hai.stanford.edu/ai-index/2025-ai-index-report>, visited on 7 January 2026.

〔39〕 See Nicholas Carlini et al., *Stealing Part of a Production Language Model*, arXiv (23 January 2020), <https://doi.org/10.48550/arXiv.2001.08361>, visited on 7 January 2026.

〔40〕 参见〔澳〕彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆2017年版，第294页。

〔41〕 See Dylan Patel & Afzal Ahmad, *Google 'We Have No Moat, And Neither Does OpenAI'*, Semianalysis (4 May 2023), <https://semianalysis.com/2023/05/04/google-we-have-no-moat-and-neither/>, visited on 7 January 2026.

别是享有数据和算力优势的科技巨头，最终损害社会整体福利。^[42]这种担忧可能低估了当前 AI 生态的内在平衡机制。首先，与依赖封闭个人数据的传统产品不同，当前大模型的训练已转向作品等开放性语料，其价值创造模式削弱了“数据垄断”的基础，保护参数并不妨碍他人利用同样的数据集进行训练。其次，合成数据的兴起，^[43]允许开发者通过现有模型生成训练数据，从源头上削弱了数据壁垒。最后，成熟的开源生态已极大降低了知识迁移的成本，中小开发者可通过在开源模型上微调来参与竞争，这本身就构成了对巨头垄断的强大制衡。^[44]因此，对模型参数给予财产保护，并非必然导致垄断。相反，它是在承认其财产属性的基础上，将“公共审查”与“私有激励”从零和博弈的困境中解放出来，为复杂的利益冲突提供了一个可调节、可平衡的制度平台，从而实现技术创新与社会安全的动态平衡。

（二）参数独立财产保护的必要性

前文从劳动理论、功利主义和工具主义三个维度，对参数是否应当受到保护展开了论证。在此基础上，仍需从必要性视角，剖析参数应如何进行保护。通过梳理既有保护框架的局限性可知，参数亟须获得独立的法律保护，而非仅依靠兜底条款进行个案化裁量。

1. 算法和原始数据保护的激励失效

传统数据加工始终在人类可理解的信息形式中运作，遵循线性、可预见的处理逻辑，而 AI 模型参数的生成是一次信息形式的“跨物种”转换，故而参数训练被业内类比为高成本、高风险与不可控的“炼丹”过程。^[45]同样的数据和算法可能因训练过程的随机性催生出性能迥异的参数配置。因此，参数的价值核心在于训练过程中“涌现”的知识，这一知识无法从数据或算法的保护中自然推导获得，对原始数据和算法的保护，难以激励参数的创新。

2. 技术措施的封闭化风险

在模型领域，技术措施的过度依赖将演化为“丛林规则”下的消耗战，^[46]严重损害社会长远发展的总福利。况且，技术措施的保密将显著降低参数的流动性，巨头公司会倾向于选择封闭的模式控制模型参数的“接触”。^[47]这种趋势有违 AI 商业实践中所广泛流行的开源参数生态。^[48]若产权缺位，开源将成为无源之水，开发者会倾向于采取更严格的技术保密措施，反而会阻碍已经形成的知识共享生态，提升整个社会的创新成本。

3. 合同机制的相对性与无效风险

在参数领域，因合同的相对性效力以及无效可能性，合同的配套形式亦将面临困难。截至目

[42] 参见胡开忠：《数据知识产权赋权理论之质疑》，载《法学》2025年第10期，第114-131页。

[43] 参见程学旗、陈薇：《人工智能合成数据》，载《中国科学基金》2022年第3期，第442-446页。

[44] See Creative Commons, *Supporting Open Source and Open Science in the EU AI Act*, Creative Commons (26 July 2023), <https://creativecommons.org/2023/07/26/supporting-open-source-and-open-science-in-the-eu-ai-act/>, visited on 7 January 2026.

[45] 参见格物智：《训练模型为什么叫“炼丹”？》，载微信公众号“上海浦东新区格物科创金融研究院”2024年7月11日。

[46] 参见崔国斌：《网络反爬虫措施的法律定性》，载《中国法律评论》2023年第6期，第157-174页。

[47] 参见参胡凌：《商业模式视角下的“信息/数据”产权》，载《上海大学学报（社会科学版）》2017年第6期，第12页。

[48] 2023年全球共计发布了149个基础模型，更是有65.7%是以开源形式开放，这些开源模型都至少开放了模型参数。See Nestor Maslej et al., *Artificial Intelligence Index Report 2024*, Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (April 2024), <https://hai.stanford.edu/ai-index/2024-ai-index-report>, visited on 7 January 2026.

前,仅我国通义千问开源模型全球下载量便突破6亿次,衍生模型超17万个。^[49]面对数量如此巨大的参数使用和微调用户,合同的相对性所发挥的监督效力较差,难以直接控制第三人。况且,这些协议的效力也可能因知识产权的公共政策而陷入无效。^[50]总而言之,明确的财产定位是市场交易的前提。基于此,围绕参数的许可、转让、联合开发等商业模式得以建立,从而形成健康的AI技术交易市场。

4. 既有知识产权的逻辑错配

参数的“非人类符号性”难以满足著作权的作者和表达要求。由于参数并非人类符号,人类不知其编译逻辑,故模型的内部工作机制也以“黑匣子”著称。^[51]对这类非人类符号,其既不属于作品意义上的表达,人类也无法存在作者意义上的独创空间。或许有人会辩称,开发者或使用者对于数据的选择、标注输入以及监控干预等行为或许可以算得上作者的创作行为。但这些行为可等同于为了获得苹果丢入红色蜡笔,虽从方向来看是必要的,但参数的具体生成仍然不可控,难以认定为创作行为。

也有观点提出,专利法或可为包含这些参数的技术方案提供一定保护。^[52]然而,参数因其非技术方案以及非技术手段的特征,无论作为独立还是技术方案的组成诉诸专利保护都面临诸多阻碍。参数仅仅是负责调节不同神经元作用程度的函数,既不能独立解决技术问题,也不涉及自然规律的应用,更不产生符合自然规律的技术效果。因而独立的参数无法获得专利法的保护。至于作为组成部分,参数为训练后获得的“后见之明”,而非“利用自然规律的技术手段”,无法作为技术特征进行保护,若仅作为算法设计方案的示例存在,则独立保护范围相当有限。

尽管在实践中,许多闭源模型的开发者优先暂时依赖商业秘密来保护其模型参数,但参数与其以“保密占有利益”为核心的逻辑^[53]存在冲突。商业秘密所要求的保密要件实际扮演着守门人的角色,要么保密,要么公开换取保护。^[54]既确保通过赋予法律权利的保障^[55]来鼓励信息传播,又引导容易被公众通过产品获知的发明^[56]进入专利或著作权体系。但AI模型所催生的以“开源”为核心的全新商业生态模式,以及社会对模型透明度的监管需求,与商业秘密的“保密性”前提相悖,而专利、著作权制度又因适格性障碍无法介入。传统“守门人”提供的路径,在此都走不通。此外,商业秘密制度预留的“反向工程”豁免窗口,是“人类符号”时代下的平衡机

[49] 参见阿里云:《今天,世界互联网大会给我们颁了一个奖!》,载微信公众号“阿里云”2025年11月6日。

[50] See Peter Henderson & Mark A. Lemley, *The Mirage of Artificial Intelligence Terms of Use Restrictions*, arXiv (10 December 2024), <https://doi.org/10.48550/arXiv.2412.07066>, visited on 7 January 2026.

[51] See Zachary C. Lipton, *The Mythos of Model Interpretability*, 61 *Communications of the ACM* 36 (2018).

[52] See Peter R. Slowinski, *Rethinking Software Protection*, in Jyh-An Lee, Reto Hilty & Kung-Chung Liu eds., *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford, 2021, pp. 341–362.

[53] 参见黄武双:《商业秘密保护的合理边界研究》,法律出版社2018年版,第13页。

[54] See Mark A. Lemley, *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, 61 *Stanford Law Review* 311, 338 (2008).

[55] 法律保护可以弥补排他性天生不足的困境,从而减少企业对于保密措施的投入,进而鼓励公开;另一方面,也可以在交易时提供公开的保护环境。

[56] 主要包括自我披露型发明以及可以通过反向工程破解的发明。

制。但模型参数的反向工程技术成本极低，且自动化程度高，这使得豁免规则所预设的“付出相当努力”前提不复存在。在 AI 模型保护第一案中，原告的模型参数“随抖音 APP 发放至用户终端在本地运行”便面临商业秘密救济不能的困境，一方面，其可能因直接部署于用户终端而难以满足保密性要求。另一方面，即使其落入商业秘密保护范围，被告“通过技术手段提取模型本身并进行解密”的行为也很可能落入“通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息”的反向工程豁免范畴。

5. “互联网专条”的场景局限与目的错位

《反不正当竞争法》第 12 条“互联网专条”常被用于数据相关权益的保护，但参数的应用场景却并不限于互联网环境，还包括各类离线的 AI 系统。AI 模型保护第一案中所涉及的漫画特效模型，便是部署在用户端侧提供服务的离线模型。另一方面，该条款的核心规制目的与参数的保护诉求并不符合，该条款旨在维护互联网的竞争秩序，而模型参数的保护诉求在于保障其流通价值。因此，互联网专条亦难以为参数提供全面、有效的法律保护。

6. 兜底条款保护的权宜性与不足

当专门财产体系无法为新型财产对象提供有效保护，司法实践总会诉诸兜底条款，但这并非长久之策：其一，裁判标准的高度不确定。这种个案化的裁判模式，依赖法官对“不正当性”的临时裁量，可能导致保护标准高度不确定。^[57] 这种不确定不仅体现为保护得不充分，还可能表现为保护得过度。如该案判决便体现出“竞争优势利益”存在即推导“行为不正当”的倾向，论证往往显得草率而循环。其既未充分论证为何未经授权使用他人参数即违反商业道德，亦未对模型参数与原始数据的关系进行充分论证。更为重要的是，被告是否窃取参数这一事实问题仍存在疑问，曾有技术观点指出，被告可能是通过模型输出进行知识蒸馏，才实现模型效果的“抄袭”。^[58] 真若如此，法院对于兜底条款的适用便已超越了参数的保护边界。

其二，构成要件的证明困难。兜底条款的适用须遵循“竞争优势利益存在、行为不正当性、损害合法权益以及存在竞争关系”的论证路径，但对于参数的多样市场行为，“损害合法权益”以及“竞争关系”的证明存在困难。如果行为人只是复制了部分参数，并在自己的大模型中进行了微调，或者将其应用于一个完全不相关的领域，这是否还构成“实质性替代”的损害后果？若行为主体与参数所有人之间不存在直接竞争关系，学术研究机构出于非商业目的的复制与公开、技术媒体的意外泄露、黑客的纯粹破解炫技行为是否可获得该条款的保护？以 Meta 开源模型参数的泄露事件为例，Meta 原本仅针对非营利机构的“学术申请”有限开放参数，^[59] 但这个“受控发布”的计划在不到一周内就因匿名技术人员泄露参数而宣告失效。^[60]

其三，反不正当竞争法难以为参数这类机器知识载体配置相应的保护限制规则。传统知识产权法在赋予权利的同时，都精心设计了相应的保护限制规则，以平衡私人激励与社会公共利益，

[57] See Richard A. Posner, *Misappropriation: A Dirge*, 40 *Houston Law Review* 638 (2003).

[58] 参见一川 Law:《闲话 AI | 第 23 期: AI 模型结构、参数侵权首案疑云》，载微信公众号“一川 Law”2025 年 6 月 3 日。

[59] 这种有限开放的开源形式，因开放对象不特定，难以符合商业秘密的秘密性和保密性要求。可参见类似的开源数据案例，例如北京知识产权法院（2024）京 73 民终 546 号民事判决书。

[60] See Theodore McKenzie, *Meta's AI Language Model LLaMA Gets Leaked*, 80 *LV* (6 March 2023), <https://80.lv/articles/meta-s-ai-language-model-llama-gets-leaked/>, visited on 7 January 2026.

如时间期限的限制、合理使用的豁免等。《反不正当竞争法》兜底条款作为一般性条款，缺乏这种保护限制机制的设计空间，反而可能会为参数提供“无限期”“无限制”的超额保护，而忽视科研创新、市场竞争、公众讨论以及安全审查等公共利益的需要。

其四，频繁动用兜底条款往往将引发实证主义法律观的质疑。受制于财产体系已然建成的横向关系，常有观点认为，新型对象如果因不满足专门法的保护要件而无法获得保护，就不应通过兜底条款获得保护。这不仅符合立法者有意为知识财产设置的微妙平衡格局，^[61]亦是“禁止冗余规则”、^[62]维护法律体系内在和谐、防止一般法架空专门法的重要体现。^[63]通过上文分析可知，以“人类符号”为核心的专门法从未意图“吸收”或“评价”参数这一“机器知识载体”，因此其“沉默”并非“有意拒绝”，而是“立法空白”。

综上，法院暂时依赖兜底条款提供保护仅是权宜之计。^[64]从长远角度来看，正视模型参数作为一种高度类型化的新型知识财产对象的客观现实，以特殊立法为代表的知识财产独立保护应更为合理的选择。

三、参数独立财产保护的排他权路径

当财产体系面对技术变革所催生的新型对象时，如何以自然、严谨且平和的方式将其纳入法治框架，始终是立法者与司法者共同面临的难题。^[65]在确定参数这类新型对象具备财产保护正当性，以及独立保护的必要性后，如何设置其独立保护路径将成为重中之重。财产对象的定性可为财产权益的设置起到模块化的作用，从而节约信息成本。^[66]作为一种新型的知识财产对象，参数的保护路径探索可借鉴知识财产的模块设计，以特殊立法为代表进行独立保护。

（一）参数的排他权配置

财产是个人所拥有的经济价值意义上的利益与权利的总称，只要它们具有货币上的价值。^[67]讨论参数这类新型对象的财产保护问题，不可避免地会涉及“权利”与“利益”路径的选择。但随着财产权理论的演进，以“排他”为核心的知识财产保护使得权利与利益保护的效果差异愈发模糊。由于有形物具有对象边界清晰以及稀缺性的天然特征，正面利益的归属效能与排他效能之间的对应关系十分直观，是以所有权立法中法律不必规定苹果的所有权人可将苹果吃掉、做苹果饼或榨成果汁，^[68]而与参数性质类似的知识产权却往往需要列举具体行为以框定权利的保护范围。因此，于这类无形财产而言，财产权利或利益的设置，其最终目的和实现方

[61] 参见何炼红：《知识产权的重叠保护问题》，载《法学研究》2007年第3期，第64-67页。

[62] 参见宋建宝：《人工智能模型结构与参数的知识产权保护》，载微信公众号“知产观察家”2025年10月30日。

[63] 参见于飞：《〈民法典〉公序良俗概括条款司法适用的谦抑性》，载《中国法律评论》2022年第4期，第52-61页。

[64] See Annette Kur, *What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, in Nari Lee et al. eds., *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development*, Edward Elgar, 2014, pp. 11-32.

[65] 参见黎华献：《知识财产利益权利化路径之反思》，载《现代法学》2020年第3期，第85页。

[66] See Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, 125 *Harvard Law Review* 1691 (2012).

[67] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第1006页。

[68] 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005版，第74页。

式，都是对他人行为的规制。目前参数的保护困境也体现为诸如开源等参数开放或交易的流通过程中无法获得足够的排他保护，以及缺乏合理的利益平衡机制。基于上述认识，本文主张超越“权利”与“利益”的机械划分，将参数直接作为一种新型财产对象予以承认，并为其配置一套弹性的、模块化的排他权保护规则，以行为规制为中心来构建其排他权的归属、保护范围和限制。

本文主张采取“单独立法+民法典衔接”的模式进行制度设计。具体而言，类似集成电路布图设计、植物新品种等特殊知识财产对象，为参数等机器知识载体制定专门的单独立法，并与《民法典》第123条知识产权条款（即“法律规定的其他客体”）相衔接。首先，诸如参数这类机器知识载体将成为不断扩展的对象类别，随着AI代理、空间智能^[69]的发展，机器之间的知识迁移载体会越来越多，除模型参数外，还包括模型的内部输出（如中间层特征表示^[70]）、外部输出（如含思维链^[71]的生成内容、合成数据）等。其次，参数等机器知识载体具有不同于传统知识产权客体的特殊性——它们是非“人类符号”，其生成、传播、使用和目的都具有独特性。单独立法可以有针对性地设计权利归属规则、保护范围、限制与例外等，避免削足适履地套用现有制度。最后，通过《民法典》“其他客体”条款衔接，既保持了知识产权体系的开放性，又维护了既有知识产权以“人类符号”为中心的稳定性。

（二）参数排他权的归属

参数的生成过程涉及多方主体的贡献，主要包括训练数据提供者（参数生成所使用数据集的权利人或提供者）、算法提供者（训练算法或参数迁移方法的设计者或权利人）、模型本身（训练过程中自主学习数据特征、调整参数配置的人工智能系统）以及参数开发者（实际组织和执行参数训练、迁移过程的主体）。本文认为，应当首先排除机器本身的主体资格，其次基于“参数知识价值的决定性贡献”原则，确立参数开发者为权利归属主体。

1. 参数开发者应当成为参数排他权的归属主体

首先应当明确的一点是，机器本身不应也不能成为参数排他权的归属主体。其一，法律本身就是调节人与人之间关系的规范体系。参数这类新型财产所引发的，仍是人类之间就这些具有价值的机器知识载体的控制权争夺。机器作为法律主体、成为争夺知识载体利益方的时代尚未到来。其二，参数作为财产对象的价值之源，在于人类投入的劳动成本，所要配置的激励机制以及实现的利益平衡，亦发生于人类关系之间。机器在此过程中仅是工具，而非劳动的付出者或利益的享有者。明确参数排他权归属，本质在于理清符合正当性论述的利益由谁起到决定力，以及对谁的劳动进行激励和利益平衡。参数的价值在于驱动模型在特定情况下作出决策的知识能力，其来源于开发者所投入的数据清洗、模型训练等算力和人力成本，因此对参数的知识能力价值做出决定性贡献的开发者应当成为参数排他权的归属主体。

对于训练数据提供者而言，原始数据虽是参数生成的“原材料”，但参数的价值源于训练过

[69] See Fei-Fei Li, *From Words to Worlds: Spatial Intelligence is AI's Next Frontier*, Substack (10 November 2025), <https://drfeifei.substack.com/p/from-words-to-worlds-spatial-intelligence>, visited on 7 January 2026.

[70] 中间层特征表示是指神经网络隐藏层在处理输入数据时生成的中间状态，编码了从低级特征到高级语义的层次化知识。

[71] 思维链 (chain-of-thought, CoT) 是大语言模型输出用以展示逐步推理过程的表达。

程对数据中隐含知识的提炼、抽象与重构，数据提供者不应享有参数权利。在以人类数据（如文本、图像等）为蓝本的训练或微调过程中，参数既不“复制”原始数据的表达，^{〔72〕}也不进行“汇编”，仅从海量数据中学习、抽象并归纳出语义关联和模式特征，最终以非人类符号的形式呈现，具有独立于原始数据的功能价值。对于算法提供者而言，算法设计者虽然设计了模型架构和训练方法，但其劳动成果已经通过专利权或商业秘密得到充分保护。特别是，算法虽影响参数的生成质量，但并非参数增量价值的决定性因素。参数的生成是多重因素下的加工产物，需要耗费大量的人力、算力和资金，并非算法与数据的线性结果。即使使用同一套算法和数据，其训练的参数也可能因训练策略、初始化方式、训练轮次等因素而存在显著差异。

综上，参数的增量价值主要源于开发者的实质性劳动，包括数据的筛选、清洗与预处理，训练策略的设计与优化，算力资源的投入等。这些劳动使参数从“可能性”转化为“现实性”，从原材料和工具转化为具有独立功能价值的知识财产对象。因此，参数开发者应当成为参数排他权的归属主体。

2. 两种典型参数生成范式下的权利归属

在确立“开发者享有参数排他权”的基本原则后，需要进一步明确两种主流参数生成范式下，如何具体界定“开发者”及其权利范围。两种范式包括通过训练将人类符号形式数据转化为高维度的、非人类可读的内部机器知识载体，以及基于已有的模型参数，通过迁移学习等技术，将既有的机器知识扩展至新的领域或任务。在第一种范式中，由于仅存在唯一的以原始数据训练模型的开发者，参数的排他权完整地归属于开发者。这也能解释，为何AI模型保护第一案中被告所提出的“训练合法性”抗辩无法成立。参数的价值源于开发者的训练投入，而非数据本身的价值延伸。即使训练数据的使用存在合法性瑕疵（如未经授权使用他人数据），这也仅导致开发者可能就其训练行为承担侵权责任，但不影响参数本身作为独立知识财产对象的可保护性，也不影响开发者对参数享有的排他权。

在第二种范式中，虽然新参数系从既有模型参数调整而来，但若新开发者运用复杂的技术手段对原参数进行了实质性的调整、重组与优化（如参数微调、^{〔73〕}参数剪枝^{〔74〕}等），新开发者应享有增量部分的排他权。此时的权利归属类似于著作权法中“原作品”与“演绎作品”之间的关系。AI模型保护第一案同样涉及类似争议，“原告模型源于开源模型”的抗辩核心并不在于开源模型采用何种著作权许可，而是，即使原告参数源于开源模型，只要原告通过微调、迁移等技术手段为参数赋予了新的、可验证的知识能力，这部分增量价值就应当获得法律保护，并归属于原告。在该案中，原告的变身漫画特效模型与最早的开源模型存在较大差异，其在“漫画特效”

〔72〕 美国版权局曾在报告中提出一个激进观点，即模型的“权重”本身可能构成对原始作品的侵权复制，因某些数字文件虽然以数学方式编码或压缩内容，肉眼无法直接感知其中信息，但其本质上仍是对原始内容的复制。See United States Copyright Office, *Copyright and Artificial Intelligence, Part 3: Generative AI Training Pre-Publication Version*, United States Copyright Office (May 2025), <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-3-Generative-AI-Training-Report-Pre-Publication-Version.pdf>, visited on 7 January 2026. 不过，这一认知有违技术原理，权重并非按照某一可逆的“数据重编码”进行，而是从海量数据中学习、抽象并归纳出语义关联和数据特征，并以非人类符号呈现。因此，模型权重是训练投入所产生的、具有独立功能价值的“机器知识产品”，而非训练数据的“副本”。

〔73〕 参数微调 (fine-tuning) 指在既有参数的基础上，使用新的数据集进行继续训练，调整部分或全部参数值。

〔74〕 参数剪枝 (pruning) 指删除冗余参数，压缩模型规模。

这一垂直领域所表现的优越性足以证明其产生了增量价值。因此，开源来源不构成否定参数可保护性的理由，新开发者对其创造的增量价值享有独立的排他权。

（三）参数排他权的内容

1. 排他权边界的厘清：参数的知识迁移行为

排他权应仅限于对参数的知识迁移行为，而不应扩展至其他机器知识载体的知识迁移行为。形象而言，机器之间的知识迁移可简单分为两类。第一类为对参数的复制和迁移，可类比理解为直接复制爱因斯坦的大脑。第二类为通过模型的内外输出进行知识迁移，也即最近引发广大争议的“知识蒸馏”技术，如同通过脑机接口读取电流信号、阅读知识浓度很高的外部符号，以理解和学习方式来吸收知识。这两种知识迁移行为针对的并非同一“物”，相互间具有本质的独立性区别。参数排他权应当仅涉及第一类行为，即对参数这一机器知识载体本身的直接获取和使用。以 AI 模型保护第一案为例，若所涉行为并非“从软件中破解提取、复制参数”，而是“大量收集该模型的输出用以训练己方模型”，则该行为不应纳入参数排他权的保护范围，其属于第二类知识迁移行为，应在其他类型机器知识载体的保护范畴下予以判定。

2. 排他权的核心：参数的获取与使用行为

人类符号下知识的迁移遵循“编码—传播—解码”的三段论：抽象的知识需以信息形式被编码为外部符号，这些符号传播，最终，接收者通过解码过程，将外部符号内化为大脑中的知识。由于这些过程需要成本，且出于“促进全人类的知识福祉”等公共利益，知识产权往往仅精细调控“外部符号”的传播行为，实现激励知识“编码”（创新）与保障知识“解码”（公共利益）之间的微妙平衡。因此，既有的知识财产体系多围绕“人类符号”的传播行为展开。然而，一旦获取了模型参数，行为人便可以完全跳过解码过程，通过部署类似框架模型直接获得与原模型相同或相近的知识能力。这种“获取即使用”的特性，使得对获取行为本身的控制成为保护参数价值的关键。法律调控的对象不再是外部符号的传播行为，而是对大脑内知识载体本身的获取和使用行为。此外，参数的使用往往发生在“黑箱”之中，并且大部分盗用者会对模型参数进行微调或继续预训练后再应用于下游场景，这使得即使存在盗用行为，通常很难通过参数对比来识别相似性进而确认是否存在盗用行为。^[75] 因此，如果法律不对获取行为本身进行规制，仅依靠对使用行为的事后追责，将使参数排他权形同虚设。

具体而言，参数的排他权内容应包括两方面：一为未经权利人许可，通过任何技术手段获取他人模型参数的行为。包括技术措施破坏或避开型，即通过破坏或规避技术保护措施获取模型参数的行为；协议违约型，即超出授权范围获取模型参数的行为，如内部人员的泄露、超出商用目的的限制等情形；反向提取型，通过对模型的合法访问，采用技术手段从模型的输出中反向推导、提取或重构模型参数的行为。如 API 攻击、向量攻击等。二是未经权利人许可，使用他人模型参数的行为。包括直接使用型，即行为人未经授权或超出授权范围，直接调用、访问他人参数，将其应用于自身的模型训练、推理或其他商业用途；加工使用型，即行为人在获取他人机器知识载

[75] See Boyi Zeng et al., *Huref: Human-readable fingerprint for large language models*, 37 *Advances in Neural Information Processing Systems* 126332 (2024).

体后，未经许可对其进行二次开发、微调、迁移或其他技术处理，形成衍生产品并加以使用，例如，对他人的预训练模型参数进行微调后作为自有产品推出，或通过迁移技术将他人模型参数用于轻量化模型的开发；让他人使用型，即行为人将不正当获取的机器知识载体提供给第三方使用，包括转售、分发、开源或以 API 接口等形式供他人使用，例如，将盗取的模型参数上传至开源平台供公众下载，或让他人付费使用未经授权的模型参数。

3. 参数排他权的限制：时间限制与有限目的的反向工程限制

(1) 以 10 年作为保护期限

知识产权保护的目标并非让权利人获取其创造的全部社会价值，而是提供“足够的激励”以覆盖其平均固定成本，包括固定成本和合理利润。^[76] 其中，美国为集成电路布图设计设定的 10 年保护期，正是基于该原则的经典实践。与集成电路布图设计类似，虽然 AI 参数的迭代周期非常短，往往仅为数月至数年（如 GPT-3 到 GPT-4、DeepSeek-V2 到 V3）。但产业应用中，企业通常不会频繁更换模型，因为模型切换涉及重新训练、测试、部署等高昂的迁移成本，旧有模型参数预计仍将会获得长达 3~7 年的稳定使用。以 GPT-3.5 为例，尽管已经发布三年，但仍是 OpenAI API 服务中使用量最大的模型之一。^[77] 在我国 AI 模型保护第一案中，涉案的变身漫画特效模型自 2020 年 6 月发布至今，仍在应用端持续使用。即使某一参数在其原始应用场景中被新版本替代，但仍可能以新版本模型的养料、轻量化部署或开源社区利用等形式继续产生商业价值。综合上述分析，参数的实际商业生命周期可划分为两个阶段：具有最高的商业价值和竞争优势的高价值期（0~3 年），以及垂直领域和特定场景中应用的稳定应用期（3~7 年）。因此，10 年的保护期限既能覆盖参数在产业应用中的完整生命周期，充分保护权利人在高价值期和稳定应用期的投资回报，实现“充分激励”的目标，又不会因过度保护而阻碍技术进步。

(2) 以科研、评价和安全评估为目的的反向工程豁免

在传统技术领域，反向工程制度被法律所容许，建立在一个关键的利益平衡机制之上：高昂的“反向成本”使得反向工程者无法轻易廉价地剥夺创新者的竞争优势。对“人类符号”中知识的反向工程必然包含三个成本递进的环节：解构成本（通过拆解、测绘、分析等手段获取技术信息）、理解成本（人类专家对技术信息进行认知、消化和掌握）以及重构成本（基于理解重新设计、制造或实施）。正是这三重成本的叠加，使得反向工程的总成本通常与独立研发相当。^[78] 即便在软件领域，反编译技术使解构成本大幅降低，但著作权法和专利法的保护使得其理解和重构成本依然高昂。^[79] 这种成本结构确保了反向工程者仍需付出实质性投入，无法通过简单复制剥夺创新者的市场先机，从而维持了市场竞争的相对公平。

然而，当反向工程技术可以廉价、快速生成完全相同的复制品，以至于剥夺创新价值时，法

[76] See Lemley M A, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 Texas Law Review 1031 (2004).

[77] See Sarah Wang et al., *How 100 Enterprise CIOs Are Building and Buying Gen AI in 2025*, Andreessen Horowitz (10 June 2025), <https://a16z.com/ai-enterprise-2025/>, visited on 7 January 2026.

[78] 参见崔国斌：《替代成本视角下商业秘密法的理论解构》，载《政治与法律》2025年第7期，第30页。

[79] 参见张吉豫：《软件反向工程的合法性及立法建议》，载《中国法学》2013年第4期，第56页。

律在一定期限内限制这种破坏市场的反向工程行为是具备经济合理性的，^{〔80〕}如早期美国禁止通过船体注塑工艺进行反向工程。^{〔81〕}在数据的商业秘密保护领域，也存在类似实践。近期，淘宝“生意参谋”不正当竞争案中，涉及一种“指数一键还原”的插件功能，通过对“生意参谋”数据产品的逆向推演，可以极低成本还原出接近真实的非公开经营数据。法院最终认定这种获取方式属于侵犯商业秘密的“不正当手段”。^{〔82〕}其行为不正当的本质，在于此种反向工程^{〔83〕}通过机器手段，以近乎零的成本实现了信息的反向，从而导致市场的破坏性后果。于模型参数而言，这种市场破坏性将更为严重。反向参数的目的不是为了让人类学习，而是为了让另一台机器“模仿其智能能力”，且反向的参数，本身就是最终的、可直接部署的“产品”。与此同时，专利和著作权法无法直接保护参数。因此，这种成本的降维打击，将导致参数的反向工程会对市场造成极大的破坏性后果。^{〔84〕}如果允许对参数的自由反向工程，权利人将难以通过商业秘密保护回收训练成本，必然导致投资激励减损、技术封闭加剧、市场效率降低以及创新动力削弱。

据此，针对市场中出现的反向 AI 模型参数的行为，应采用“原则禁止，科研、评价与安全评估目的例外豁免”的原则。例外豁免的价值在于：其一，符合科学研究和创新的需求。学术机构和研究人员需要通过对模型参数的深入分析，探索神经网络的表征学习、知识存储、泛化能力等基础科学问题。如果完全禁止对参数的反向工程，将严重阻碍 AI 基础研究的进展，不利于整个领域的长远发展。其二，保障模型性能评价的客观性。随着 AI 模型在各领域的广泛应用，独立的研究机构和评测组织需要通过对模型的深入分析（包括必要时的参数检查），验证模型的实际性能、适用范围和局限性，为用户选择和监管决策提供可靠依据。其三，契合安全评估的公共利益诉求。国际社会和各国监管机构日益强调 AI 系统的透明度和可解释性，为有效识别和消除 AI 模型所存在的风险，应允许监管机构、安全研究人员和公益组织对模型参数的深度测试和评估。

四、结 语

体系化的任何形式都是后来的产物。原始的“法”不知体系化为何物。^{〔85〕}这些今天看来极为粗糙的体系化尝试，提醒着我们体系化的过程性。^{〔86〕}每一次技术变革都在叩问知识财产既有

〔80〕 See Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, 111 *Yale Law Journal* 1575 (2001).

〔81〕 See Paul Heald, *Federal Intellectual Property Law and the Economics of Preemption*, 76 *Iowa Law Review* 959 (1990).

〔82〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2023）苏01民初4082号民事判决书。

〔83〕 虽然该案未针对涉案行为是否构成反向工程进行深入讨论，但“指数一键还原”插件系针对合法来源下的“生意参谋”数据产品，进行反向破解和推演，从而还原出与原数据高度近似的“替代原数据”。综上，将涉案行为视为反向工程并无不妥。

〔84〕 See Carlini N. et al., *Stealing Part of a Production Language Model*, arXiv (23 January 2020), <https://doi.org/10.48550/arXiv.2001.08361>, visited on 7 January 2026.

〔85〕 参见〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会（下卷）》，林荣远译，商务印书馆1998年版，第16页。

〔86〕 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第123、126页。

体系的边界与容量，并在二者之间重新取得平衡。^{〔87〕} 新型对象的财产定位，关涉财产体系的进化能力。模型参数作为“机器知识载体”，以其“非人类符号性”对传统知识财产范式构成了深刻挑战。随着 AI 代理等自动化技术的发展，更多机器知识载体形式的复杂利益将不断涌入法律场域。参数独立保护，正是为承接这些新型利益关系而进行的示范性尝试。知识财产体系如何容纳这些复杂的利益形态，如何在激励创新与促进流通之间建立新的平衡机制，是摆在我们面前无法回避的时代命题。本文对于参数保护的探索仅是这一宏大命题的起点，财产体系能否保持开放性与进化能力，将决定知识财产法能否在技术变革的浪潮中继续发挥其应有功能。

Abstract: Parameters constitute a “machine knowledge carrier” formed by model development enterprises through substantial resource investment and machine training. Due to their characteristics of value, controllability, intangibility, knowledge carriers and non-human symbolic nature, they represent a new type of intellectual property object. The cultivation labor invested by developers serves as the source of parameters’ value. To prevent market failure, an incentive mechanism of property protection should be allocated to parameters, thereby achieving institutional balance between public safety and private interests. Existing protection frameworks cannot adequately accommodate parameters, urgently requiring an independent property protection path. By drawing on the institutional design of intellectual property modules, a set of exclusive rights protection rules can be configured for parameters. The exclusive rights to parameters should be attributed to developers who make decisive contributions to the incremental value of “machine knowledge.” The protection boundary should be limited to knowledge transfer behaviors that directly target parameters as objects, including acquisition and use behaviors. To balance multiple public interests such as innovation and safety, parameter exclusive rights should be subject to a 10-year time limitation and exemption clauses for reverse engineering “for research, evaluation, and safety assessment purposes only”.

Key Words: model parameters, machine knowledge carrier, novel intellectual property objects, exclusive rights protection, artificial intelligence

(责任编辑：张金平)

〔87〕 参见乔磊、陈凡：《科技进步与知识产权变迁》，载《科学学研究》2011年第3期，第338-339页。

公共数据资源登记的制度缺漏及因应

邓 鹏*

内容提要：公共数据开发利用长期面临供给清单模糊、安全风险突出、流通机制不畅等问题。《公共数据资源登记管理暂行办法》的出台，旨在明晰公共数据“底账”，强化安全监管，促进数据合规高效流通，然现行登记制度仍存有缺漏亟待补足。就登记主体与客体协同性不足的问题，应推动从“权利人视角”向“数据属性视角”的转型，以数据客体为核心明确登记义务，并完善登记主体激励与责任机制。就登记机构形式审查难以防控实体风险的缺陷，可妥当利用现行规范的预留接口，将实质审查要素嵌入形式审查框架，借由市场化机制提升审查专业性。就登记效力的公益性与公信力统筹不足的局限，应明确登记簿的推定效力，完善司法与行政的协同认定机制。就安全保护义务界定模糊的问题，须明确登记机构为义务主体，其义务性质属于《数据安全法》等立法所确立的特定行为规范，而非传统安全保障义务，并结合安全保护义务对象，从防范数据污染与系统不可用风险方面细化义务内容。最后，应推进现行登记制度与公共数据开放、共享、授权运营制度的内部衔接，加强与非公共领域的数据产权登记制度的外部协同，共同支撑全国一体化数据要素市场及登记体系的构建。

关键词：公共数据 数据登记 数据资源 登记效力 数据流通

一、问题的提出

伴随数据要素市场的深化发展，公共数据资源有效配置与安全利用成为推动数字经济发展的关键命题。然而相较于传统资源，数据资源本身特性决定其存在供给适配不足、^{〔1〕}互信

* 邓鹏，武汉大学法学院博士研究生、武汉大学数据法治研究中心助理研究员。

本文为2024年度研究阐释党的二十大精神国家社科基金重大项目“数据产权归属认定、市场交易、权益分配、利益保护四位一体的制度构建研究”（24ZDA025）的阶段性成果。

〔1〕 数据资源具有质量差异大、流动速度快、场景依赖度高等特性。因此供给问题包括数据资源的质量供给不匹配与场景供给不匹配两个方面。参见张夏恒、刘彩霞：《数据要素推进新质生产力实现的内在机制与路径研究》，载《产业经济评论》2024年第3期，第176页。

困境〔2〕等局限。面向公共数据领域，则呈现为开发利用中的供给清单模糊、〔3〕安全风险凸显、流通机制不畅等困境，〔4〕由此加剧了公共数据开发利用的双链价值失衡〔5〕。为疏解上述困境，国家发展改革委与国家数据局联合制定的《公共数据资源登记管理暂行办法》（以下简称《登记管理办法》）于2025年1月正式颁布。此举旨在加速构建全国一体化的公共数据资源登记体系，规范数据管理流程，促进公共数据合规高效开发与利用。〔6〕公共数据资源登记制度的功能导向具体表现在三个方面：明晰公共数据资源“底账”，促进公共数据流通，强化公共数据开发利用安全保障。从实施成效来看，截至2025年6月30日，全国已公示登记信息2808项，已公示公共数据资源存储总量超过932TB，〔7〕制度初期运行效果显著。

值得关注的是，正式发布的《登记管理办法》相较此前《公共数据资源登记管理暂行办法（公开征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）作出若干调整，例如登记主体范围限定、登记流程简化以及第三方服务机构退出等变化。随着当下制度进入实施阶段，亟待从解释论视角出发，对相关问题进行体系化检视与回应。具体而言，从制度体系内部，笔者认为可依循登记前、中、后不同阶段，分别对登记的主客体协同性不足、登记机构形式审查缺陷、登记后的效力局限以及数据安全保护义务模糊等问题进行剖析，进而系统回应“谁来登记”“登记什么”“如何审查”“登记有何效力”以及“如何保障登记数据安全”等系列问题。从制度体系外部，笔者则将着力探讨公共数据资源登记与公共数据领域内的数据开放、共享、授权运营制度之间的流程协同与规则衔接，以及与非公共数据领域下的数据产权登记制度如何实现功能互补与协同发展。本文通过内外联动的体系化分析，旨在夯实公共数据资源登记作为数据要素市场化改革基石的支撑作用，并为全国统一数据登记体系建设与数据要素市场高质量发展提供学理支撑。

二、登记主体规范的制度困境及应对

（一）登记主体与客体的协同性不足

现行《登记管理办法》第5条以“公共数据持有人”与“公共数据使用权人”二元划分为基础，初步构建了登记主体的类型框架。不过此种以“权利人中心主义”展开的类型划分，尚未

〔2〕 参见吕指臣、卢延纯：《数据要素高质量供给的全链路建设框架》，载《宏观经济管理》2024年第9期，32页；刘伟、孟涛：《数据资源的多维探析：必然性、属性、现实约束及研究展望》，载《资源科学》2025年第6期，第1172页。

〔3〕 国务院2024年度有关数据资源利用的审计报告内容显示，其重点审计的18省市依旧呈现数据资源底数不清、共享应用存在梗阻的问题。参见《国务院关于2024年度中央预算执行和其他财政收支的审计工作报告》，载中国人大网2025年6月26日，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202506/t20250626_446155.html，2025年12月30日访问。

〔4〕 公共数据开发利用困境的根源在于调节机制失灵与数据本身的离散化特质。前者在于责权利效机制的不健全与不一以及政府传统响应式管理机制的影响，后者体现为控制数据的各主体不连通、数据生命周期内的各主体不联合。参见黄尹旭：《培育一体化公共数据市场的法律治理转型》，载《法学评论》2024年第6期，第15页。

〔5〕 基于数据价值链理论，公共数据“双链”包括公益价值链和盈利价值链，理想状态下，二者应当呈现出并存互补与此消彼长的平衡关系。参见欧阳日辉等：《公共数据开发利用中公益性和盈利性的冲突及其应对》，载《中国流通经济》2025年第1期，第50页。

〔6〕 参见张素华、邓鹏：《数据产权统一登记体系的探索与制度构建》，载《电子政务》2024年第12期，第28页。

〔7〕 参见中国软件评测中心联合国家信息中心等：《〈全国公共数据运营发展报告（2024—2025）〉正式发布：我国公共数据运营迈入规范有序发展阶段》，<https://www.cstc.org.cn/info/2535/256165.htm>，2025年12月30日访问。

充分呼应登记客体在性质、敏感度及公共利益关联性等方面的差异对登记义务配置所产生的影响，因而呈现出登记主体规范与数据客体属性之间的疏离。该问题进一步表现为当下登记义务范围模糊、高风险数据或因主体特定性规避强制登记，以及非法人组织参与通道缺失等方面，制约了数据治理效能的实现。因此，有必要在解释论层面推动主体规范从“权利人视角”向“数据属性视角”的转换，以数据客体为核心重构登记主客体的规范逻辑，增强二者间的体系协同。

1. “权利人视角”划分模式下的制度困境

《登记管理办法》第5条作为登记主体规范的制度基础，初步确立了以“公共数据持有人”与“公共数据使用权人”二元划分为核心的主体框架：前者涵盖党政机关、事业单位、公用企业，表现为对公共数据的直接持有或管理控制；〔8〕后者为经授权运营的法人机构，通过自愿登记实现对数据使用权的公示，并据此分别设定强制登记与自愿登记义务。由于公共数据并非由私主体收集或基于市场流通交易所获取，而是公共机构代表国家和社会公众行使公权力、管理公共事务、服务公共利益的直接产物，其权属归国家所有，性质为公共资产。〔9〕因此，由公共数据持有人作为登记主体代为行使国家对公共数据所享有的持有、使用、收益和处分等相关权能。本条规定虽从形式上明确了不同登记主体的法律地位与要求，但却未能充分考虑数据本身的客体属性。例如《登记管理办法》第5条第2款未对公用企业施加强制登记义务，但经由授权加工形成的高敏感度或关涉重大公共利益的数据产品或服务，在当前自愿登记模式下，难以实现有效监管与风险防控。

此外，以权利人为中心的类型化路径还存在登记义务边界模糊、适用标准不明的问题。《登记管理办法》第5条对“纳入授权运营范围”数据的登记要求仅为宣示性规定，在缺乏对数据属性、分类分级标准等客体要素清晰界定的情况下，易导致实践中各主体对登记范围的把握宽严不一，使属性相近的数据因权利主体不同而面临差异显著的登记要求，损害制度的统一性与可预期性。因此，上述问题反映出当前规范的局限为，以登记权利人为核心的类型化思路缺乏与数据属性的有效协同，未能嵌入以数据重要性、敏感性为基础的考察要素，导致登记义务设立与数据实际价值、风险不匹配，从而制约登记制度治理效能的有效发挥。

2. “数据属性视角”下的缺陷补足路径

为克服上述缺陷，应从解释论层面推动由“权利人视角”向“数据属性视角”的转型。所谓“数据属性视角”，是指在判断以何种要求登记时，不再单纯依赖主体类型，而是以数据客体的性质、类型、敏感程度、公共利益、经济价值等实质要素作为考量依据，以进一步增强《登记管理办法》第5条的规范弹性，实现登记主体与客体间的有效协同。

采取数据属性视角具有以下优势。第一，有助于弥合登记主体身份与数据属性之间的错位。首先应明确强制登记的目的在于发挥登记制度的管理功能，因此，判断一项数据是否应强制登记，不宜纯粹以登记主体身份作为划分依据，而应当将《数据安全法》确立的数据分类分级保护制度及配套的安全评估机制，全面嵌入强制登记的判定标准与适用规则之中。因此，即使登记主

〔8〕 参见张素华：《论数据持有权》，载《华东政法大学学报》2025年第2期，第6页。

〔9〕 参见王年：《公共数据产权的法律构造》，载《东方法学》2025年6月10日，<https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20250609.009>，2025年12月30日访问。

体为经授权运营的企业，若其处理的公共数据具有安全管理需求，即可将其纳入强制登记范畴，进而填补原有规范基于主体身份划分可能形成的登记环节监管漏洞。

第二，该视角下可以进一步回应目前客体界定标准模糊，登记义务不明的问题。此问题根源在于公共数据目录体系不完善，且缺乏有效的评估更新机制。以政务数据为例，截至2024年底，相关9省市1091个政府部门的信息系统未按要求编制政务数据目录，9717个政府部门已编制的目录因未关联信息系统、未注明共享条件等，不符合规范要求。^[10]为此应以登记客体为导向，全面开展并完善公共数据目录编制工作。当前各地已在实施细则中对此开展了有益探索。^[11]具体来看，首先，可尝试以公共数据目录为基础，建立“基础库—主题库—应用库”的三级分类体系。^[12]基础库包含自然人、法人、自然资源与空间地理、电子证照、信用信息等核心数据库目录，主题库聚焦基层智慧治理、乡村振兴、营商环境等内容，应用库则按卫生健康、普惠金融等行业领域细分，在形成动态化、场景化的授权运营数据目录的基础上进一步通过层级划分，明确其授权优先级与开放边界。^[13]其次，确立动态评估机制，建立公共利益、数据敏感度与经济价值三维综合评估框架。其中，民生关联度高的数据可优先开放并登记，敏感度评估层面应当嵌入《数据安全法》分级要素，在经济价值维度则进一步测算数据市场潜力。^[14]

第三，该视角可为未来扩大登记主体范围提供解释空间和制度余量。《登记管理办法》第5条将登记主体限定为法人，忽视了数据来源及使用主体的多元化。法人资格作为登记的主体性要件，系法律拟制的行为身份，但非法人组织并不当然地缺乏公共数据加工使用能力。因此排斥其参与价值开发，将抑制数据要素市场竞争活力。为平衡监管安全与市场效率，未来对登记主体可考虑突破现有法人资格的形式桎梏，为将来推进和落实公共数据登记的工作细则提供制度解释空间。

根据《登记管理办法》第3条第1款，公共数据资源系指各级国家机关、法律法规授权承担公共事务管理职能的组织，在履职或提供公共服务过程中，基于公共权力或公共资源形成的数据资源。该条款在明确公共数据资源来源的同时，将公共数据资源的持有主体严格限定于各级党政机关和企事业单位。表面上看，此界定与《登记管理办法》第5条关于登记主体的规定相呼应，但实则二者之间存在逻辑闭环的疏漏。原因在于当前登记客体不仅包括公共数据资源本身，还延伸至经加工开发形成的公共数据服务与产品。这意味着，尽管非法人组织不能以公共数据持有者

[10] 参见《国务院关于2024年度中央预算执行和其他财政收支的审计工作报告》，载中国人大网2025年06月26日，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202506/t20250626_446155.html，2025年12月30日访问。

[11] 参见《湖南省公共数据资源登记管理实施细则》第4条；《北京市公共数据资源登记管理实施细则》第16条；《天津市公共数据资源登记管理实施细则（试行）》第11条；《辽宁省公共数据资源登记管理实施细则（征求意见稿）》第5条；《安徽省公共数据资源登记管理实施细则（试行）》第8条；《福建省公共数据资源登记管理办法（试行）》第4条；《江西省公共数据资源登记管理实施细则》第2条；《山东省公共数据资源登记管理工作规范（试行）》第6条。

[12] 参见国家标准全文公开系统：《信息分类和编码的基本原则与方法（GB/T 7027—2002）》，<https://openstd.samr.gov.cn/bzgk/gb/newGbInfo?hcno=6A19A2B9097E0AE7677B37513C2C2177>，2025年12月30日访问。

[13] 参见重庆市大数据应用发展管理局：《重庆市公共数据分类分级指南2.0（试行）》，<https://www.cqca.edu.cn/uploadfile/ueditor/file/202308/1691897739c822d4.pdf>，2025年12月30日访问。

[14] 以武汉市为例，首期在卫生健康领域开放诊疗数据脱敏分析权限，在普惠金融领域开放企业信用数据接口，同步建立授权目录动态更新机制。参见武汉市数据局官网，https://home.wuhan.gov.cn/mtbd/202410/t20241030_2477040.shtml，2025年12月30日访问。

人的身份作为登记主体，但如果其利用既有公共数据资源加工形成了相应的数据服务或产品，则该类服务或产品同样依法可被纳入登记范围。

但为确保登记数据质量、保障登记效率与安全监管效能，在登记实践中确有必要对非法人组织的登记主体资格予以相应限定。未来推进相关工作时可围绕以下方面开展：其一，在主体审查层面，当非法人组织首次申请登记时，登记机构可以从数据管理能力、^{〔15〕} 风险防控机制与组织存续稳定性三个维度对其主体资格进行审查，以强化现行规范对主体资格审查的能力，避免因登记主体泛化导致的数据登记质量降低。其二，在客体管理层面，可建立梯度化授权运营机制，根据数据敏感程度实施差异化管理，对于高敏感数据，应限定由责任追溯能力更强的法人组织进行登记，而对交通流量、环境监测等低敏感公共数据，则允许非法人组织参与。其三，在管理制度层面，可构建动态清单管理模式，制定公共数据登记主体分类清单，依据数据风险等级与主体信用评级动态调整其登记权限。其四，在责任配置方面，应明确非法人组织登记行为的责任承担机制。登记行为后果由科研团队负责人、合伙企业执行事务合伙人等实际控制人承担。若发生数据安全事件，非法人组织与实际控制人应承担连带责任。同时，可引入保险担保机制，鼓励非法人组织投保数据安全责任险，通过市场化风险分散机制弥补其责任能力的不足。

（二）登记主体激励和责任机制欠缺

如上所述，通过明晰数据属性与登记主体的对应关系，得以回应“谁来登记”“登记什么”“如何登记”等基本问题，增强登记制度落地可操作性。不过实践中还存在登记主体“不愿登记”，甚至“乱登记”的可能，其症结在于当前制度缺乏与义务要求相匹配的激励机制，同时也未明晰主体责任配置机制以约束登记行为。

1. 登记主体激励制度供给缺位

登记主体作为理性经济人，其登记行为决策受成本收益比影响。^{〔16〕} 数据作为连通生产与消费的市场供需信号，^{〔17〕} 本身具有商品化与资本化特征。^{〔18〕} 因此，对于经授权运营的公共数据使用权人而言，可依托深度开发与场景化加工行为，将公共数据资源转化为“商品”^{〔19〕} 并投入市场流通领域，其收益具有可预期性。另外，《国家发展改革委 国家数据局关于建立公共数据资源授权运营价格形成机制的通知》明确了“补偿成本、合理盈利”的原则，为运营机构可持续发展提供了政策支撑。

而对于公共数据持有人而言，当前制度仅赋予其登记义务，缺乏相应激励。该类主体的公共

〔15〕 参见武腾：《数据授权中的管理权研究》，载《当代法学》2025年第3期，第36页。

〔16〕 参见朱富强：《逐利行为、市场外部性与社会困局——市场主体的有限理性及其问题》，载《当代经济管理》2019年第1期，第2页。

〔17〕 参见〔美〕迈克尔·斯彭斯：《市场信号传递：雇佣过程中的信息传递及相关筛选过程》，李建荣译，中国人民大学出版社2019年版，第1页。

〔18〕 参见宋宪萍：《数据资本的利润来源及其极化效应》，载《马克思主义研究》2022年第5期，第133-144页。

〔19〕 也有学者认为，数据作为信息资源，并非天然就是商品，只是特定的数字社会关系才让它成为商品，并使它具有虚拟商品的特点。参见赵秉元、徐信予、李振新：《数据要素流通的经济本质、治理困境与制度破局》，载《社会科学》2025年第3期，第137页。

属性决定了其数据持有与登记行为本身不具有盈利空间，市场激励作用边界极为有限。^{〔20〕} 据统计，在已提出的登记申请中，74.1%属于“鼓励登记”范围，真正属于授权运营场景下必须登记的数据资源仅占25.9%。^{〔21〕} 就原因而言，一方面数据清洗、脱敏、编目等行为消耗大量资源；另一方面，数据开放安全风险由登记主体分担，但缺乏数据流通效益对其反哺的机制，因此削弱登记主体内生动力。此外，基层党政机关的上级部门难以核查其登记数据的真实性，在缺乏绩效考核与经济补偿的显性激励时，其所属的下级部门势必存在选择性登记或形式化登记的可能。^{〔22〕}

为完善公共数据持有人的登记激励机制，亟待从制度与技术层面协同发力。从制度优化上，可借助目标管理理论，把公共数据登记项目转化为可量化指标。同时建立数据资源资产化核算制度，对登记数据实施价值计量，并按一定比例返还数据增值收益给登记主体和相关登记机构。^{〔23〕} 另外，可进一步探索和完善公共数据授权运营与价值转化机制，允许合规登记的主体通过参与运营获取合理收益，继而形成可持续的激励机制。部分地区在实践中已展现出公共数据市场化运营的巨大潜力。例如，湖南省衡阳市在2023年11月以18.02亿元出让为期三年的公共数据特许经营产品经营权，年均收益约6亿元。有学者以此为参照测算，全国公共数据运营的年度收入规模可达约7436亿元，其中数据使用费收入预计可达约7219亿元。^{〔24〕} 此外，重庆市在数字金融、智能交通等领域推动数据资产化改革，累计带动相关贷款超100亿元，^{〔25〕} 进一步验证了公共数据开发利用在经济激励与资源盘活方面的效能。在技术层面，可积极开发自动化登记工具降低操作成本，以技术治理手段实现“降本增效”。由此通过绩效考核、财政支持、技术赋能的多点协同，构建多维激励体系^{〔26〕}与考核机制，进而重塑登记主体的成本收益函数，实现义务履行与可得利益获取的动态均衡。^{〔27〕}

2. 登记主体责任配置机制缺失

《登记管理办法》第21条仅原则性规定登记主体应当承担相关法律责任，对不同主体在职能特性与数据管理能力上的显著差异未予充分考虑。其中，党政机关、事业单位作为公共数据资源的持有人，其登记责任应侧重于保障数据来源的合法性与完整性，但当下未明确相关具体要求。^{〔28〕} 公用企业虽承担公共服务职能，但其市场化运作属性要求责任配置需统筹公共利益与企业自主发展空间；至于经授权运营的企业作为数据加工使用权人，其责任应聚焦于违反登记载

〔20〕 在数据管理组织研究中，有学者也将此类主体归为利他型组织，其管理数据事务往往不具有利己目的，而是基于公益目的行使数据管理权。参见武腾：《数据授权中的管理权研究》，载《当代法学》2025年第3期，第38页。

〔21〕 参见《全国公共数据运营发展报告》编写工作组：《全国公共数据运营发展报告（2024—2025）》，<https://www.kdocs.cn/l/cpIj0bxd38b3>，2025年12月30日访问。

〔22〕 参见赵檀：《基层“数据形式主义”：表现、成因与治理》，载《华中师范大学学报（人文社会科学版）》2025年第2期，第83页。

〔23〕 参见卢延纯、吕指臣：《贯彻落实公共数据资源价格政策 促进公共数据资源开发利用》，载《价格理论与实践》2025年第1期，第47页。

〔24〕 参见李海舰、唐跃桓：《数据财政的基本框架、运行模式与实施路径》，载《改革》2024年第6期，第11页。

〔25〕 参见《重庆市六届人大常委会第十九次会议关于“重庆市政府关于数据国有资产管理情况的报告”》，载微信公众号“重庆发布”2025年11月28日。

〔26〕 参见包涵川、郭鑫：《从“强激励”到“有效激励”：中国政府部门运行的调适性逻辑研究》，载《新视野》2024年第6期，第119页。

〔27〕 参见章贵桥：《政府会计职能拓展与行政成本均衡管理》，载《甘肃社会科学》2015年第4期，第249页。

〔28〕 参见高圣平、孙玉维：《公共数据授权运营的法律属性与责任承担》，载《江苏社会科学》2024年第4期，第130页。

明的使用用途、范围或合规要求等行为之后果。因此，有必要在解释论层面进一步区分登记主体的责任类型。

明晰登记主体责任应充分考虑其各自的职能属性以及对所持有或使用数据的管理能力，进而从主体与客体两个层面落实责任配置。在主体层面，党政机关与事业单位作为直接管理公共数据的持有人，应确保登记的公共数据资源的来源合法、内容真实，若因未尽合理注意义务，导致登记数据错误、失真造成他人损害，应当承担相应法律责任。公用企业对涉及重大公共利益的基础运营数据，适用严格责任；对用户缴费记录等个性化服务数据，适用过错责任。其中应重点审查数据脱敏与隐私保护。授权运营机构作为数据加工使用权人，对衍生数据产品承担过错责任。其责任认定在于加工过程合规与结果可控两个方面：前者主要包括对数据资源获取与算法加工是否合规的判定，后者主要基于数据滥用风险防范，对其是否超出数据资源用途及使用范围的认定。在客体层面，登记主体承担的责任强度应当充分考虑数据特性。就公共数据资源而言，登记主体需对数据来源、采集方式、更新机制进行全过程留痕，否则应推定登记主体存在过错；对于公共数据产品或服务的登记，可采用风险可控性审查标准，侧重评判数据加工是否遵循最小必要原则、是否建立风险隔离措施，加工主体仅对可归责于其自身过错承担相应责任。

三、登记机构审查模式的缺陷及补足

《登记管理办法》对登记审查程序作出了较大调整，主要体现在两方面：一是整体移除《征求意见稿》第7条、第8条涉及第三方服务机构参与审查的相关条款；二是删除《征求意见稿》第15条“不予办理”的内容，仅保留“不予受理”规定。该调整使审查模式由登记机构与第三方协同的形式与实质审查双轨制，转为登记机构独立承担的形式审查模式。形式审查虽有助于提升登记效率、降低行政成本，但在数据真实性核验、安全风险识别等方面存在明显局限。因此，有必要在现行规范框架下，从解释论层面剖析形式审查模式的适用空间与内在不足，探索将实质性审查要素嵌入形式审查过程的可行路径，以兼顾登记效率与数据安全。

（一）审查模式的比对及问题剖析

审查模式的转变表现为此次对《征求意见稿》中“不予办理”条款及相关第三方参与机制的删除。相较《征求意见稿》中“不予办理”的规定，《登记管理办法》第10条关于“不予受理”的条款与之表述相近，但其功能目的、审查方式和程序效果存在本质差异。“不予受理”条款适用范围限定于申请材料的形式瑕疵或程序违规。而“不予办理”条款的适用场景则发生于审查阶段，其审查对象并非申请材料的完整与否，而是关注登记客体自身的合法、真实与否以及是否存在权属争议等实体问题。尽管学界对财产权登记中实质审查和形式审查的界定问题一直存在分歧，但无论是采取登记审查范围界定说，^[29] 登记机构调查权限说^[30] 还是材料真实说，^[31] 其实

[29] 参见王克稳：《我国不动产登记中的行政法问题》，载《法学》2008年第1期，第72页。

[30] 参见尹飞：《不动产登记行为的性质及其展开——兼论民法典编纂中不动产登记制度的完善》，载《清华法学》2018年第2期，第54页。

[31] 参见王利明：《物权法研究》（修订版上卷），中国人民大学出版社2007年版，第333页。

质审查的最低限度都需保证材料真实性审查，其他审查内容仅仅是对实质审查义务强度的增加。因此，现行办法删除“不予办理”条款，从实质上消解了登记机构对登记对象的实质审查义务。

与此同时，第三方服务机构在登记流程中全面退场，进一步加剧仅由登记机构进行形式审查所带来的风险。《征求意见稿》第7条、第8条明确第三方服务机构经登记主体委托，可对公共数据资源进行存证，并支持其提供技术层面的审查助力。此举从制度上确立了登记机构形式审查与第三方服务机构实质核验的协同审查体系。然而，《登记管理办法》删除了上述条款，将审查行为完全收归登记机构，实践中也大多遵循该规定，采用形式审查模式。^{〔32〕}显然，形式审查仅核验材料“有无”，难以识别数据内容的实质性瑕疵，也无法对数据风险诱因和质量问题溯源。此外，审查模式的转向也将影响风险分配格局。现行办法下，登记机构仅对形式审查的合规性负责，若数据内容存在实体瑕疵，责任或将完全归于登记主体，这将诱发登记机构的消极履职，即为避免担责，间接放任实体瑕疵数据进入市场。

（二）审查模式优化的路径与对策

在现行办法未明确恢复实质审查且第三方机构已退出的背景下，为实现风险防控与登记效率的平衡，应充分利用现有规范中所预留的审查接口，通过对申请材料要求的解释完善，将实质审查要素嵌入形式审查框架之中。^{〔33〕}

一方面，可进一步细化《登记管理办法》第9条第1款的申请材料要求，将第三方专业机构的审查结论转化为形式审查的对象。该条款要求登记主体提交“数据合法、合规性来源、存证情况、数据安全风险评估”等材料，为引入实质性审查要素提供了规范基础。基于规范文义解释，上述材料不应仅限于登记主体自行出具的文件，而应允许其提交由合法第三方专业机构出具的审查报告、存证凭证或评估结论，例如数据质检机构、合规评估机构、安全认证服务机构。登记机构虽不直接实施实质审查，但依旧可通过对这些第三方专业材料进行形式要件的审查，如审查机构资质是否存在、报告形式是否完整、结论是否明确，从而间接实现对数据真实性、安全性及合法性的风险控制。此外，登记机构可依据已提交的各类申请材料及第三方评估结论，建立登记主体和第三方服务机构的信用档案。登记机构可对登记数据实行定期或随机的抽样复核，若发现数据内容与申请材料或第三方报告存在重大不符，即可对相关主体采取信用惩戒措施，如列为重点监管对象、暂停其登记资格或建议行业清退等。

另一方面，应当明确第三方专业材料的形式审查标准与责任分配规则。登记机构对申请材料进行形式审查时，应着重审查第三方机构的备案资质、报告签署流程及文件形式的完备性，而非直接验证数据内容本身。若因第三方机构出具的实质性审查材料存在虚假或重大遗漏，导致登记错误并造成他人损害，应当由登记主体与第三方机构承担连带赔偿责任，登记机构已尽到形式审查义务的，则不承担实体责任。

〔32〕 参见《北京市公共数据资源登记管理实施细则》第12条；《天津市公共数据资源登记管理实施细则（试行）》第17条；《内蒙古自治区公共数据资源登记管理暂行办法》第3条；《辽宁省公共数据资源登记管理实施细则（征求意见稿）》第17条；《湖南省公共数据资源登记管理实施细则》第10条。

〔33〕 在数据登记主管部门把握准入资格和监督措施的前提下，将第三方服务机构出具的实质审查报告作为登记审查事项的做法在数据产权登记领域具有一定实践基础。例如《深圳市数据产权登记管理暂行办法》第15条、《厦门市数据资产登记管理暂行办法》第19条。

四、登记效力体系构造的局限及完善

（一）现行登记效力的表现及局限

《登记管理办法》第14条和第15条所确立的登记效力体系以统一赋码为核心，其根本目的在于为公共数据的流通与资产化提供基础性凭证。^[34] 登记赋码作为数据来源合法性与合规性的形式化标识，在公共数据参与要素市场交易场景中发挥风险过滤作用，交易双方可基于赋码快速确认数据资源的授权状态与基本属性，降低交易前的尽调成本。

不过公共数据登记效力体系目前存在制度局限，亟须加以反思与重构。首先，现行登记效力体系在规则设计上，未能有效彰显公共数据与非公共数据的效力区分规则。若将二者纳入同质治理框架，将稀释公共数据资源“公益性”与“公共性”的本质属性。其次，《登记管理办法》第14条规定“……加强公共数据资源登记管理，推进登记服务标准化……在全国范围内实现登记结果统一赋码，支撑登记信息的查询和共享”，其中“赋码”是权利人取得的登记凭证，而可供查询的对象实质上是权威、统一的公共数据登记簿。遗憾的是，该条强调支撑信息查询与共享，但就登记簿本身的性质、效力等未予以明确。最后，登记效力体系未能形成有效闭环。登记作为公权力介入数据治理的重要方式，其产生的法律效力应延伸至司法裁判领域，但现行制度将登记的公信力局限于行政监管场景。

（二）公共数据登记效力体系的完善

在数据要素市场化进程中，公共数据资源登记与数据产权登记的制度需求具有显著区分。^[35] 公共数据的公共属性与企业数据的私权属性存在差异：前者以公共数据国家所有权为基础，^[36] 需通过登记实现资源底账管理与流通合规控制；后者以市场化配置为目标，依赖登记完成权属确认与企业资产价值释放。^[37] 因此，公共数据登记应完善合法合规证明效力、登记簿推定效力，形成与数据产权登记的区分体系。

申言之，公共数据登记需跳脱数据产权确权逻辑。^[38] 从效力上看，公共数据登记不具备权利创设或对抗效力，仅具备一定的确认功能，即登记机构对申请人所处的法律地位（如公共数据持有人、使用权人）、相关法律关系或法律事实（例如是否存在授权运营关系）进行甄别并予以合法合规性证明。换言之，公共数据相关权利并非因登记而产生，而是基于法律直接规定或相关约定取得。^[39] 此外，为保障后续登记信息的查询、共享与利用，应明确公共数据登记簿的推定效力。登记簿的推定效力是登记制度公示公信原则的具体体现，登记赋码则是该登记簿所载内

[34] 参见李东民：《确权背景下数据产权的变动规则研究》，载《法律适用》2025年第3期，第145页。

[35] 参见张素华：《数据产权登记制度的体系化构建》，载《环球法律评论》2025年第4期，第67页。

[36] 参见张素华、王年：《公共数据国家所有权的法理基础及实现路径》，载《甘肃社会科学》2023年第4期，第146页。

[37] 参见孙莹：《数据产权登记的基本问题研究》，载《中国法学》2025年第1期，第152页。

[38] 参见李祎恒、申松：《论数据“三维权利链”的确权模式》，载《江苏社会科学》2024年第4期，第141页。

[39] 以公共数据持有人为例，依据《国有资产法（草案）》第9条和第18条规定，国有资产属于国家所有，国家机关和事业单位应依法对其直接支配的国有资产实施管理，并加强对履职过程中形成的数据资产管理，提高使用效率，同时接受履行所有权人职责主体的管理与监督。

容的外在凭证，二者是内容与形式、相辅相成的关系。公共数据登记簿的推定力可分为积极推定与消极推定两种类型，前者系对数据权利状态的正向确认，后者体现为登记涂销时权利消灭的确认。另外，当权属出现争议时，司法机关可以优先采信登记系统的原始记录，并遵循登记时间优先原则，进行初步判定。若异议方无法提供早于登记时间的完整权属链证据，可推定登记主体享有合法数据权益。最后，应当完善司法与行政的效力协同机制，建立登记系统与司法裁判的动态衔接规则，开发双向验证接口，实现登记信息与诉讼证据的实时核验。

五、登记安全保护义务的缺漏及释明

在深入贯彻落实总体国家安全观、持续健全国家数据安全治理体系的宏观背景下，构建公共数据登记制度对强化登记数据安全治理尤为突出。其表现在《登记管理办法》较《征求意见稿》，首次将《网络安全法》增列为制定依据，并调整了《数据安全法》的援引顺序，于规范层面将登记纳入数据安全治理框架之下。此外，有关数据登记安全义务在具体规定中亦有体现，例如第6条新增登记机构强化数据安全保护技术应用，第14条第2款要求省级数据管理部门加强集约化建设，统筹推进登记平台的使用管理与安全保障。然目前涉及数据登记安全义务的规范仍有相关问题亟待廓清：其一，义务主体界定不清，《登记管理办法》第14条仅原则性要求由数据登记主管部门统筹本辖区数据登记平台的安全保障义务，义务主体有待明晰；其二，安全义务的性质存在分歧，现行条文存在“安全保护”与“安全保障”的表述混同；其三，现行规定下安全义务的内容较为抽象，义务对象不明；其四，违反安全义务的责任认定与承担机制亦不完善。以上问题成为公共数据登记安全治理的突出短板，亟须从理论与规范层面予以解释和回应。

（一）义务主体的界定不清与明确

明确义务主体是保障登记安全与合规的前提。现行管理办法虽强调数据安全的重要性，但未清晰界定具体义务的承担主体，若笼统归于数据主管部门，既缺乏可操作性，亦难以契合登记实践中的权责配置需求。关于公共数据登记中何者为安全义务主体的问题，首先需结合登记平台的法律定位展开分析。从法律属性来看，数据登记平台本质是处理数据登记行为的载体，不具备独立法律人格，其各项功能的实现与具体行为的实施，均受控于平台的建设与运营主体即登记机构。因此，应明确公共数据登记中安全义务的履行主体为登记机构，登记平台则是其履行义务、实施登记操作的技术工具与接口，^[40]从而避免因责任转嫁或主体不清所引发的监管落空和问责困境。

需特别说明的是，若登记机构委托第三方专业机构运营或维护数据登记平台，该情形可参照适用《数据安全法》第40条关于受托方责任的规定。在此委托关系中，登记机构作为数据处理者，其法定的数据安全保护义务不因委托而转移或免除。受托机构将基于合同约定，具体承担平台运行中的安全风险防控与技术保障等约定的安全保护义务；而登记机构在履行其自身法定安全

[40] 各地实践亦普遍遵循这一观点。参见《北京市公共数据资源登记管理实施细则》第5条；《天津市公共数据资源登记管理实施细则（试行）》第7条；《辽宁省公共数据资源登记管理实施细则（征求意见稿）》第7条；《湖南省公共数据资源登记管理实施细则》第6条等。

义务的同时，还负有对受托方履责情况进行监督的法定义务，以确保其安全管理要求得到切实执行。

（二）义务性质的认知分歧与辨明

如上所述，登记平台是登记机构履行安全义务的技术载体与工具，其本身并非独立的义务主体，但学界对登记机构所应承担的此项安全义务的法理基础与性质界定，仍存在认识分歧。其核心争议在于，登记机构通过管理平台所承担的安全义务，是否系传统实体空间的安全保障义务向虚拟数据空间的延伸适用。对该问题的不同认识将影响义务的性质定位与责任构造。

持“虚拟空间延伸肯定说”的学者认为，数据登记平台作为数字时代的新型公共活动空间，其功能本质与传统实体场所具有同构性，^[41] 主要为不特定主体提供资源整合与交互服务。据此，登记机构作为平台运营者应类比适用《民法典》第 1198 条的安全保障义务，承担保障平台内“环境”全面安全的责任。^[42] 此种责任不仅涵盖对用户操作安全的维护，也涵盖对第三方利用平台实施的侵权行为承担的相应责任。以“交通安全义务”为例，其作为德国法上安全保障义务原型，在虚拟空间语境里的概念，应拓展至数字环境中的通行与交互安全。^[43] 换言之，安全保障义务虽脱离了传统现实物理空间的具体形态，但其根本目的依然是保障用户在数字产品与服务使用过程中的安全与便捷。登记机构作为运营者应借助技术与管理举措，为用户营造值得信赖且安全无虞的虚拟活动生态，确保其能在数字世界中自由探索与交互。^[44]

与之相对应的“虚拟空间延伸否定说”则认为，安全保障义务不可适用于网络虚拟空间，尤其体现在对第三人致害的防范义务上。^[45] 登记机构作为平台运营者，其义务应源于《网络安全法》《数据安全法》等专门立法。倘若将安全保障义务的范围及于虚拟空间，将导致登记机构疏于防范第三人致害时承担不合理的补充责任。然而《民法典》第 1197 条在《侵权责任法》（已失效）第 36 条第 3 款的基础上增加了“应当知道”的过失要件，要求网络服务提供者主动采取必要措施履行防范义务，本条法律效果非补充责任而是连带责任，原因是让网络服务提供者承担补充责任过轻。^[46] 此外，也有学者基于数据特性指出，数据安全本质要求数据安全义务人采取必要措施，确保数据处于有效保护和合法利用状态，同时具备维持持续安全状态的能力。这要求义务人具备强有力的防止和消除数据被非法利用的能力，且这种能力直接针对数据处理者本身提出。^[47] 因此，登记机构需秉持高度注意来履行义务，其程度显著高于《民法典》第 1198 条第 2 款对安全保障义务人预防和制止第三人侵权行为的要求。^[48]

本文认为将源于物理空间风险防控的保障义务框架套用于数据领域，其责任构造难以充分应对数据特有的流通风险与无形损害，且易导致数据登记平台的核心公示与整合功能发生异化。相

[41] 参见吴双：《论虚拟空间视域下安全保障义务的规范适用》，载《北方法学》2025 年第 1 期，第 52 页。

[42] 参见陈芳：《虚拟空间之安全保障义务研究——以互联网服务提供商的视角》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 1 期，第 72 页。

[43] 参见周友军：《我国侵权法上作为义务的扩张》，载《法学》2008 年第 2 期，第 97 页。

[44] 参见孙益武：《论元宇宙与智能社会法律秩序调整》，载《法治研究》2022 年第 2 期，第 45 页。

[45] 参见王磊：《〈民法典〉第 1198 条（安全保障义务）评注》，载《法学家》2025 年第 3 期，第 177 页。

[46] 参见冯术杰：《论网络服务提供者间接侵权责任的过错形态》，载《中国法学》2016 年第 4 期，第 196 页。

[47] 参见程啸：《论数据安全保护义务》，载《比较法研究》2023 年第 2 期，第 72 页。

[48] 参见程啸：《侵权责任法》（第 3 版），法律出版社 2021 年版，第 524 页。

比之下，否定说更具妥当性。应以登记机构作为“数据处理者”的法律定位为核心，使其安全义务围绕数据处理活动中的特定风险构建，并以是否符合技术与管理规范作为义务履行判断基准。

（三）义务内容的抽象笼统与具化

针对平台运营者或管理人义务的分析，当前多以平台类型化研究为基点。其中，有关聚合型平台的研究指出，数据提供关系决定了其需承担基于业务的一般性注意义务^[49]或向用户明确其数据对外提供并获单独同意的告知义务等，^[50]在责任承担上，依义务违反类型与因果关系，有补充责任和连带责任之分。^[51]有关数据储存型平台的研究进一步从平台访问安全、数据安全、内容安全和平台安全四类需求出发，提出应构建基于等级、层级、多元主体协同及制度保障的立体化策略。^[52]遗憾的是，学界目前对数据登记平台关注不足。在规范层面，目前对公共数据登记安全义务的相关规定也较为抽象，缺乏针对登记场景的具体化、可操作的内容指引。这导致登记机构在履行安全保护义务时，面临适用对象不清、标准不明的困境，未能紧密结合公共数据登记的核心功能与独特风险。

登记机构的安全保护义务适用对象涵盖以下两个部分，其一是登记的公共数据样例。尽管登记机构不会持有或存储数据权利人的数据客体，但结合各地登记实践，登记申请人通常需要向登记机构或相关机构提交样本数据。^[53]其二是由登记机构在各环节收集、存储与管理所形成的登记信息集合，具体包括但不限于登记数据的自然状况（如名称、类型、规模、应用场景、敏感性声明）、权利归属（数据权利人的身份信息）、权利内容（各项权能的具体情况）以及权利状态（如异议等动态记录）。此外，公共数据登记平台主要面临的安全风险为数据污染与系统不可用。数据污染风险方面，基于数据的易变性与成长性，其在不断更新与交互中易遭受非法篡改、恶意注入等。^[54]另外，数据在收集、存储、共享及更新全生命周期中，亦可能因原始信息录入错误、恶意篡改或未遵循平台元数据标准与校验机制等，导致数据出现异常值、完整性缺失、内容矛盾等质量劣化问题。^[55]其本质是复杂交互环境下的技术缺陷、管理疏漏与人为失范。系统不可用风险则表现为平台因网络攻击、硬件故障或软件漏洞等威胁，致使数据登记、查询等关键功能无法正常响应，影响数据展示与访问，最终损害平台作为公共数据权威载体的连续服务能力与可靠性。

为有效防范数据污染与系统不可用风险，保障公共数据登记平台安全稳定运行，登记机构的安全保护义务需在数据本体安全、系统运行安全及管理合规三个维度予以细化。在数据本体安全

[49] 参见曹凡：《电商平台经营者安全保障义务标准构建》，载《学习与探索》2024年第2期，第81页。

[50] 参见赵精武：《论聚合平台的数据安全保障义务》，载《法制与社会发展》2024年第6期，第123页。

[51] 参见李夏旭：《网络平台间接侵权责任的法理基础与体系展开》，载《比较法研究》2023年第3期，第174页。

[52] 参见仇蓉蓉、岳文玉：《学术信息云存储中的安全需求与保障策略研究》，载《情报资料工作》2019年第6期，第38页。

[53] 例如《广东省公共数据资源登记管理实施细则（试行）》第12条规定，登记主体在进行公共数据资源首次登记时，需要提交相关样例数据；《内蒙古自治区公共数据资源登记管理暂行办法》第8条第2款也提到，登记申请人需要合理选取具有代表性的数据样本，以供审查环节中对数据资源进行必要的核查验证。

[54] 参见苏宇：《公共数据污染的法律治理》，载《交大法学》2025年第2期，第52页。

[55] See Chanseok Park & Mark Leeds, *A Highly Efficient Robust Design under Data Contamination*, 93 *Computers & Industrial Engineering* 133 (2016).

层面，登记机构应履行保密义务，采取加密传输、访问权限最小化等措施防止敏感信息被非法获取。例如，北京市在推进公共数据资源登记管理过程中，围绕市级政务云统一安全管理、市大数据平台密码服务等方面加以落实。^[56]同时需确保登记数据不可篡改，建立可审计的操作日志以支持责任溯源，并保证数据处理流程规范，使公示内容与数据权利人的登记信息保持一致。在系统运行安全层面，登记机构须依据网络安全等级保护制度等标准配置基础设施，维护系统稳定性与核心服务可用性；并依托可信时间戳、操作链式存证等技术实现全流程可验证，完成数据溯源与防篡改；同时搭建网络防御体系，主动识别并阻断外部攻击，防范数据泄漏与窃取。^[57]在管理合规层面，登记机构应建立健全管理制度，从而减少技术缺陷、管理疏漏及人为失范等因素引发的数据污染与系统不可用风险，进而提升平台安全韧性。

（四）责任配置的模糊不清与完善

当前对于违反公共数据登记安全义务的责任规定较为模糊，缺乏清晰的认定标准与责任配置规则，其核心问题进一步表现为登记机构违反安全保护义务所应承担的法律后果未能根据其行为性质与损害结果进行类型化、层次化的区分，公法责任与私法责任的界分与衔接亦存在不明之处。

在私法范畴内，数据登记机构违反安全保护义务时，应承担过错责任。就过错认定而言，可以采用技术可行和行业标准的复合判断规则。首先，判断审查登记机构是否建立了符合法律法规要求的的安全管理制度和技术措施，并确保其有效运行。若未按照规定建立数据安全管理制度，或虽有制度但未实际执行，可认定存在过错。其次，考量其在数据审核、日常运维等环节的履职情况。例如，对存有异议的登记数据未进行及时标记或撤除，在系统出现故障后未及时采取修复措施，均可认定其存在过错。此外，还需参考行业标准和惯例，若其行为明显低于行业普遍认可的安全水平，也可作为认定过错的依据。就责任承担而言，应当根据损害后果的严重程度和过错大小进行划分。若因轻微过失，未造成重大损失，登记机构应承担及时更正平台相关数据、恢复运营、向用户道歉等责任；若因重大过错或故意行为导致大量数据泄露、系统长时间瘫痪，造成严重经济损失和社会影响，则需承担相应赔偿责任。同时，对于因第三人过错行为介入引发的责任，如存在他人非法篡改、恶意数据注入等外部侵害时，登记机构未在事前进行平台端口的安全管理预防，或事后未及时实施技术防御手段，导致损害发生，应明确各主体的责任比例。如果登记机构知道或者应当知道他人利用平台侵害他人民事权益，且未采取必要措施，应当根据《民法典》第 1197 条承担相应连带责任。

此外，当涉及登记机构委托第三方专业机构维护或运营数据登记平台的情形，二者的责任需进一步明确。在对外上，登记机构与第三方机构应承担连带责任，请求权人无须证明因何人的行为损害了其数据权利。不过，这与共同处理行为的责任认定存在区别：后者由多主体共同决定数据处理的目的与方式，因行为具有整体性，通常会产生连带责任；委托处理场合下的连带责任具有特殊性，其主要体现为因果关系层面的举证责任转换。此处是基于对保障数据权利主体获得救

[56] 参见《北京市公共数据资源登记管理实施细则》第 20 条。

[57] 参见《湖南省公共数据资源登记管理实施细则》第 6 条。

济的权利不因委托关系介入而减损的考量。不过个案中，倘若登记机构能够举证证明其已充分履行监督职责，则因其不存在过错免除相应责任。如此，一方面促使双方在委托处理内部协商中明确各方的行为界限，另一方面也能发挥《数据安全法》第40条规定数据处理者因委托而产生的法定监督义务制度的功能。

对于登记机构是否履行监督义务，可综合以下因素判定：一是委托程序是否合规，即是否经过严格的批准程序并选择了具备相应资质与专业能力的受托机构；二是合同约定是否明确，是否包含了数据安全保护的要求、标准、违约事由与责任划分；三是是否建立了行之有效的监督机制，包括定期检查、安全审计、漏洞评估及事件报告制度；四是发现受托方存在违约或安全隐患时，是否及时采取了要求整改、积极介入等必要措施。

在公法责任范畴，尽管《数据安全法》《网络安全法》等规定了责令改正、警告、罚款等责任形式，但其适用与违反义务行为的严重程度、主观过错、社会危害性之间如何建立梯度化的对应关系，仍有待明确。公法责任与私法责任的竞合问题亦需进一步厘清。当登记机构的同一不法行为同时侵害个人权益与破坏行政管理秩序时，应遵循“责任独立、并行追究”的原则。

六、登记体系外部的制度衔接

前文对公共数据登记制度体系内部的规则构建与完善路径的探讨，旨在为公共数据的规范化管理提供更为完善的制度基础。然而，公共数据登记体系处于复杂多元的数据治理生态之中。为充分发挥其效能，实现数据资源的高效流通与合理利用，亟须与体系外部的数据治理制度有机衔接并高效协同：其一是在公共数据领域内部与数据开放、共享及授权运营制度的流程协同与规则贯通，其二是在非公共数据领域与未来将构建的数据产权登记制度的协同发展与互补。

（一）公共数据领域的制度衔接

公共数据登记平台作为核心枢纽，需与公共数据开放、共享及授权运营三大制度深度耦合。在开放场景下，登记环节需同步精准标注数据的开放属性和开放等级，明确其使用限制与合规边界，^[58]通过标准化接口实现与政府数据开放平台的无缝对接，并使赋码作为开放数据的唯一溯源标识，确保社会主体清晰知晓数据来源与使用规则。在共享场景下，登记赋码需紧密关联依据《政务数据共享条例》签订的部门间共享协议。国务院2024年度有关数据资源利用的审计报告内容显示，其重点审计的相关6省市147个数源部门，以各种理由拒绝其他部门正当共享申请，或提供已过时失效数据等共计577项。^[59]因此，有必要进一步明确标注数据的使用场景、权限时效、共享范围及提供方与使用方的相关责任主体，有效破除“数据孤岛”和避免重复采集，防止

[58] 参见迪莉娅：《论我国政府数据深度开放的产生背景、特点与发展策略》，载《情报资料工作》2024年第4期，第96页。

[59] 参见《国务院关于2024年度中央预算执行和其他财政收支的审计工作报告》，载中国人大网2025年06月26日，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202506/t20250626_446155.html，2025年12月30日访问。

跨部门数据流动中的权责模糊，^{〔60〕}为数据的按需共享、规范使用、保障安全提供技术支撑，而登记平台则是落实共享目录与负面清单管理的核心载体。^{〔61〕}在授权运营场景下，登记平台需与授权运营平台建立实时双向校验接口，在运营主体申请数据时自动核验其资质能力与数据安全等级、使用场景的匹配性。赋码作为市场准入的核心证明，其承载的登记信息，尤其是安全等级与来源合规性，将成为授权决策的关键依据。通过赋码承载关于开放属性、共享协议摘要、授权状态等差异化的效力标识，最终形成“一码统合，分类施策”的精细化治理框架。

截至2025年10月，公共数据登记平台已归集可查资源总量（含开放数据）近94000项，覆盖79个国民经济行业大类，其中公共数据资源27000余项，公共数据产品和服务1100余项。^{〔62〕}在此基础上，未来可将该平台进一步升级为覆盖开放、共享、授权运营三大场景的风险监测与联防联控中枢。如开放数据被下载后，可以触发电子使用协议签署并建立应用反馈机制；在共享数据流动时动态监测并预警阻断越权访问；授权运营数据通过智能合约严格限制超范围、超时效使用。一旦监测发现或收到反馈存在开放数据违规商业利用、共享数据超协议使用等滥用行为，登记平台可依据规则同步冻结涉事主体在所有三大场景下的数据访问权限，并将违规及溯源信息推送给监管部门，实现跨场景风险快速阻断与协同处置。最后，可建立风险信息库共享机制，对高频风险点进行识别预警，指导各场景管理方优化策略，形成风险防控闭环。

（二）非公共数据领域的制度协同

公共数据登记制度需前瞻性地与数据产权登记制度协同设计、互补发展，共同构建全国统一数据登记体系的基石。两类登记在制度定位上形成互补：公共数据登记以安全治理与规范管理为核心目标，其登记内容侧重数据来源、公共属性，并以强制登记为主，保障透明度与监管；数据产权登记则以服务市场化流通与交易为核心目标，以自愿登记为主。^{〔63〕}

二者的制度边界与衔接机制属于协同发展的关键。公共数据登记不介入私权确认，数据产权登记原则上仅适用于非公共数据资源，如企业数据、个人数据经合法处理形成的数据产品。不过，对基于公共数据资源经合规加工形成的、具有独立市场价值的应用型衍生数据产品，允许其进行数据产权登记，但登记时应当强制关联原始公共数据资源的登记编号并提供其合规性证明，以确保数据来源清晰可溯，权责明确。在效力体系上，两者实现差异化联动：公共数据登记主要作为授权运营场景下的数据合法合规依据，而数据产权登记应赋予其对抗效力。

另外，技术层面也亟须构建统一的数据登记基础平台，内设公共数据登记模块与数据产权登记模块的分类管理入口。前者对接政府开放平台与共享交换平台，后者关注数据要素市场分级管理。在治理规则上，需协同优化权责分配与争议解决机制，明确公共数据持有人与使用人的首要责任是保障公共数据安全、合规开放共享、维护公共利益，明确非公共数据产权主体的责任是合法合规使用数据、不侵犯他人权益和公共利益。通过上述在功能定位、制度体系、技术应用等多

〔60〕 参见彭锦：《论政务数据共享的推进与边界》，载《交大法学》2023年第6期，第63页。

〔61〕 参见黄汇、尹鹏旭：《公共领域视野下的数据共享问题研究》，载《华东政法大学学报》2023年第6期，第68页。

〔62〕 参见大数据技术标准推进委员会：《公共数据授权运营发展洞察（2025年）》，<https://mp.weixin.qq.com/s/N34vWvWoQd9NL6u0Ogqlzw>，2025年12月30日访问。

〔63〕 参见张素华：《数据产权登记制度的体系化构建》，载《环球法律评论》2025年第4期，第67页。

层面的联动，形成“分类管理、动态互补、边界清晰、联动高效”的治理格局，为构建统一数据要素市场提供坚实的制度保障。^{〔64〕}

Abstract: The development and utilization of public data have long faced issues such as vague supply inventories, prominent security risks and inefficient circulation mechanisms. The introduction of the Interim Measures for the Registration and Management of Public Data Resources aims to clarify the “base account” of public data, strengthens security supervision, and promotes compliant and efficient data circulation. However, the current registration system still has gaps that need to be addressed. Regarding the lack of coordination between registration subjects and objects, there should be a shift from a “right-holder perspective” to a “data-attribute perspective”, with data objects as the core for clarifying registration obligations, and an improvement in incentive and responsibility mechanisms for registration subjects. As for the deficiency that formal review by registration authorities is insufficient to prevent substantive risks, existing regulatory provisions can be utilized to embed substantive review elements within the formal review framework, leveraging market-based mechanisms to enhance the professionalism of reviews. With respect to the insufficient integration of the public interest and credibility in the effectiveness of registration, the presumptive effect of the registration ledger should be clarified, and mechanisms for judicial and administrative collaborative recognition should be improved. Regarding the ambiguous definition of security protection obligations, it is essential to specify that the registration authority is the obligated entity. The nature of its obligations falls under specific behavioral norms established by legislation such as the Data Security Law, rather than traditional security guarantee obligations. Furthermore, the content of these obligations should be detailed across three dimensions: data integrity, system operation, and management compliance. Finally, efforts should be made to enhance the internal alignment of the current registration system with public data open access, sharing, and authorized operation systems, while strengthening external coordination with data property registration systems in non-public domains. Together, these measures will support the development of a nationally integrated data factor market and a unified registration system.

Key Words: public data, data registration, data resources, registration effectiveness, data circulation

(责任编辑: 武 腾)

〔64〕 同上注，第70页。

论投资风险对赌条款效力的二元论裁判思维： 兼议公司法司法解释的体系化

刘俊海*

内容提要：畸形对赌模式削弱公司核心竞争力，扼杀企业家精神，损害债权人与中小股东权益，制约经济高质量发展。《公司法解释（征求意见稿）》设计的对赌条款效力规则存在缺憾。一是将上市公司与非上市公司的对赌裁判规则分置割裂，二是确立了非上市公司及其双控人对赌一概有效论与上市公司及其双控人对赌一概无效论，三是忽视了上市公司与非上市公司一体敬畏资本维持原则的同质性，四是忽视了双控人的同质性。为兴利除弊，建议确立对赌条款二元论裁判规则体系：一是确认公司对赌之债无效，二是适度放开双控人对赌之债。建议同步激活针对上市公司双控人对赌行为的行政监管与信用约束。为培育耐心资本、弘扬企业家精神，建议将双控人的无限对赌责任条款转型升级为有限对赌条款。从长远看，建议逐渐引导双控人对赌条款淡出历史舞台。

关键词：对赌条款 控股股东 实际控制人 目标公司 风险资本

一、引言

党的二十届四中全会强调“着力稳就业、稳企业、稳市场、稳预期”。投资风险对赌条款在一定程度上缓解了民营企业融资的“难贵慢”等瓶颈制约。但是，形形色色的对赌条款存在着野蛮生长、无序扩张的乱象。畸形对赌模式削弱目标公司的核心竞争力，损害债权人与中小股东的合法权益，制约实体经济的高质量发展，滋生金融风险隐患。如何探寻兴利除弊之策、依法破解对赌条款的效力之谜，已经成为热点难点疑点问题。遗憾的是，对赌条款效力之争虽历经十余

* 刘俊海，中国人民大学法学院教授。

本文为最高人民法院 2025 年度司法研究重大课题“新公司法司法适用难点问题研究”（GFZDKT2025B15 - 1）的阶段
性成果。

年，迄今仍存在同案不同判、类案不类判的现象。

为统一裁判尺度，最高人民法院2025年9月30日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）在第37条、第38条、第82条与第83条详细规定了非上市公司与上市公司及其控股股东、实际控制人（以下简称“双控人”）签署的对赌条款效力。^{〔1〕} 各界对此褒贬不一，仁智互见。为消除分歧、凝聚共识、终结同案不同判现象，建议全面确立对赌条款效力的二元论裁判思维，并将其一体推广于上市公司与拟上市公司。

二、对赌条款效力的二元论裁判思维

（一）对赌条款的精确法律内涵

私募股权资本（PE）或者风险资本（VC）与目标公司及其创始股东签署的对赌条款是资本市场实践中最有争议的问题之一。^{〔2〕} “对赌”条款是投资行业约定俗成的形象化说法。其精确的法律含义特指，新股东与目标公司或其双控人约定的投资收益配置与投资风险转移条款。

就拟上市公司而言，对赌条款系指当目标公司未能如期在资本市场实现IPO（首次公开发行并上市）、借壳上市，未能完成约定的经营业绩和财务目标或者未能达到股权（股份）交易价格的特定指标时，可绕开减资和分红的法定条件和程序，新股东直接从目标公司及其双控人等对赌义务人获得股权回购款或投资收益补偿，甚至同时获得股权回购款和投资收益补偿双重利益。拟上市公司的对赌权利人主要是作为专业投资机构的PE/VC，但也有从事实体经济的企业。

就上市公司而言，对赌条款系指当目标公司的股票市值在一定期间内达不到约定的指标时，新股东可请求上市公司或其双控人给付股票回购款或投资收益补偿。此类对赌条款有时被称为“估值调整条款”“差额补足条款”“定增保底条款”“信用增级条款”。新股东可通过一级市场（包括点到面的公开发行与点到点的定向发行）从公司取得股票，也可通过二级市场（包括集中竞价交易与协议转让及其他交易方式）从老股东取得股票。

有些对赌条款签署于IPO之前，有些对赌条款签署于IPO之后。无论拟上市公司中的对赌条款，还是上市公司中的对赌条款，其共同本质是允许新股东将其承担的投资风险转嫁给目标公司或者双控人。简言之，对赌条款就是投资风险转移条款。关于投资风险究系经营风险、市场风险、法律风险，抑或不可抗力，不少对赌条款并未严格区分。缺乏过错（恶意或者重大过失）也往往不是对赌债务人的抗辩事由或免责条款。

（二）目标公司对赌与创始股东对赌的本质区别

以对赌义务人作为准，对赌条款可由目标公司或双控人签署。两类对赌债务人的风险外溢程度、法律后果不同。公司对赌之债戕害公司资本信用，侵害公司生存权与发展权，侵害未享受对赌利益的无辜股东的核心利益，更剥夺公司的债权人（尤其是不特定的潜在债权人）优位于股东

〔1〕 参见最高人民法院：《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（征求意见稿）》，载《人民法院报》2025年10月1日，第2版。

〔2〕 参见邱琳等：《对赌争议解决法律实务》，法律出版社2021年版，第102-172页。

分红权或者回购权而获得清偿的法定固有权利，自应归于无效。而双控人对赌通常并不必然滋生上述弊害。当然，上市公司双控人厚此薄彼的对赌承诺会辜负公众股东信任，伤害其感情，侵害其利益。但究应一概确认无效，抑或确认有效、但课以公法责任与信用制裁，暂容后述。

（三）对赌条款效力二元论裁判思维在上市公司与非上市公司的普适性

以目标公司股权的流动性为准，对赌条款可分为上市目标公司签署、非上市目标公司签署、上市公司双控人签署与非上市公司双控人签署等四种类型。

拟上市公司尤其是有限责任公司具有闭锁性与人合性。相比之下，上市公司的开放性与资合性更强。因此，上市公司存在成千上万的公众股东、严格的信息披露制度、规范的公司治理结构与完整的行政自律监管体系。但是，上市公司与非上市公司之间既有个性，也有共性，共性尤其大于个性。两类公司均为资本企业，都要遵守公司资本维持原则及其派生而出的一系列强制性规则。

笔者认为，基于公司资本制度的同质性与一般性，法律必须对所有类型公司的对赌之债效力采取整齐划一的二元论立场。其一，各类目标公司的对赌之债原则上无效，以尊重公司资本信用的对世性，维护公司责任财产的完整性。唯一的例外情形是建立在满足法定条件、履行法定程序基础之上的对赌之债。例如，PE/VC在严格遵守《公司法》（2023年修订）第224条第3款规定的定向减资规则前提下的对赌之债就属于例外有效的情形。其二，各类目标公司双控人的对赌之债原则上有效，以敬畏契约的相对性，弘扬认赌服输的契约精神。虽然上市公司的双控人比非上市公司的双控人承担更高层次的信息披露义务，但在履行对赌义务时都不必然侵害目标公司的资本信用与责任财产。因此，公司法对所有类型公司的双控人承担的对赌之债的效力应采取包容与保护的政策。

（四）最高人民法院在海富公司案中确立的对赌条款效力二元论

最高人民法院在海富公司诉甘肃世恒公司、香港迪亚公司和陆某增资纠纷再审案中率先确立了对赌条款效力二元论规则。其要义有二：一是基于合同法中的契约自由原则，确认新股东与双控人、法定代表人签署的对赌条款有效，并援引《合同法》判令控制股东（迪亚公司）向海富公司支付补偿款1998.2095万元。二是基于公司法中的资本维持原则，确认新股东与目标公司签署的对赌条款无效。^{〔3〕}这种合同法思维与公司法思维并重的二元论裁判思维对各级法院与仲裁机构发挥了积极引导功能。该案被业界誉为“国内对赌条款第一案”绝非偶然。^{〔4〕}

二元论裁判思维在实践中产生了积极而深远的重大影响。其一，为规避裁判风险，绝大多数PE/VC开始陆续放开目标公司，而将对赌义务人转向双控人。其二，在对赌条件触发后，即使手握目标公司对赌条款，绝大多数PE/VC也主动放弃对目标公司的对赌诉请。其三，PE/VC即使将目标公司列为共同被告，也仅请求其在创始股东等对赌债务人履行回购义务时协助办理股东变更登记手续。其四，偶有PE/VC对目标公司提起对赌之诉，但胜者寥寥。其五，PE/VC的目标公司对赌之诉即使获胜，也因目标公司债台高筑而难以获得执行。鉴于海富公司案的再审案例早已落地生根，建议司法解释保持法治定力，尽量减少反复，维护裁判秩序的稳定性和一贯性。

（五）华工公司案中被撤销的两审判决对二元论裁判规则的坚守

在华工公司诉扬锻公司、潘某虎等请求公司收购股份纠纷案中，被江苏省高级人民法院改判

〔3〕 参见最高人民法院（2012）民提字第11号民事判决书。

〔4〕 参见黄恺赞：《公司回购型对赌协议的相关问题探析》，载《人民法院报》2025年6月12日，第7版。

的两审法院均秉持最高人民法院海富案中的二元论裁判思维。

首先，两审判决认为，目标公司对赌之债无效。在公司有效存续期间，股东基于投资可从公司获得财产的途径只能是依法从公司分配利润或通过减资程序退出公司，公司回购股权须基于法定情形并履行法定程序。而公司对赌回购条款违反了2018年《公司法》第142条禁止公司回购股份的规定，亦不符合四种法定例外情形，而且违反该法第20条。^{〔5〕}

其二，两审判决均默认创始股东的对赌之债有效。两审判决均未支持华工公司对11名目标公司原股东的对赌之债请求权。法院驳回该诉请的理由不是对赌之债无效，而是《补充协议》“未有明确的由11名扬锻公司原股东作为回购主体的表述”。《补充协议》第3条可以“验证目标公司才是约定的回购股权的主体，若11位原股东亦承担回购义务，则违约行为主体就不仅限制于扬锻公司”^{〔6〕}。易言之，若创始股东对赌条款明确具体，两审法院就会确认对赌之债效力。

（六）强某延与曹某波等股权转让纠纷中被撤销的两审判决对二元论裁判规则的坚守

在强某延与曹某波等股权转让纠纷案中，被最高人民法院再审判决撤销的两审判决维持了二元论思维。一方面，确认创始股东对赌之债有效，认为强某延按约出资后，因瀚霖公司未按预期获准IPO并上市，强某延要求曹某波回购的条件已成就，曹某波应在收到回购通知函后按约定价格回购股权；另一方面，确认目标公司对赌条款无效。一审判决指出，因强某延与曹某波均系公司股东，且曹某波为法定代表人，基于此情形，强某延应提交公司为曹某波提供担保已经股东会决议通过的相关证据；结合强某延与曹某波的股东身份以及公司并非为经营发展向公司外第三人提供担保的事实，该约定损害了公司、公司其他股东以及公司债权人的利益，应认定为无效。^{〔7〕}

二审判决补强了裁判理由：瀚霖公司为股权的股权转让款支付提供担保，其实质是不管公司经营业绩如何，股东均可从公司获取收益，该约定使得股东获益脱离了公司经营业绩，背离了公司法法理精神，最终使得股东规避了交易风险，将公司可能存在的经营不善及业绩不佳的风险转嫁给公司及其债权人，严重损害了公司其他股东和债权人的合法利益，应认定《增资协议书》《补充协议书》约定的公司为曹某波回购强某延股权产生的责任承担担保责任无效。^{〔8〕}

问题是再审法院是否永远都比两审法院更睿智、更公正。对此，实难一概而论。在多数情况下，再审法院经验更丰富，站位更高，视野更宽。再审法官在推翻两审生效判决时通常慎之又慎，除非万不得已，不会轻易改判。一经深思熟虑予以改判，纠错就更有权威性与公信力。但裁判质量与审判层级并无必然逻辑联系。因为，不同层级的法院都要效忠于法律、对法律负责，既不存在下级法院效忠上级法院、全国法院效忠最高法院的宪法规则，也不存在上级法院裁判水准永远高于下级法院的实证分析。下级法院审级虽低，但裁判水准未必逊色，裁判质量未必远离公平正义。民诉法赋予上级法院对下级法院的纠错权，旨在落实裁判权的制衡与监督理念。若下级法院不约而同地否定公司对赌之债的效力，并非没有缘由。对此，再审法官不可不察。

〔5〕 参见江苏省扬州市邗江区人民法院（2016）苏1003民初9455号民事判决书。

〔6〕 江苏省扬州市中级人民法院（2017）苏10民终2380号民事判决书。

〔7〕 参见四川省成都市中级人民法院（2014）成民初字第1180号民事判决书。

〔8〕 参见四川省高级人民法院（2015）川民终字第445号民事判决书。

三、对赌条款一概有效论与一概无效论的偏执缺陷

（一）极端化裁判思路的两种不同形态

对赌条款效力二元论面临着两种观点的左右夹击。其中，甲说（一概有效论）认为，创始股东对赌与目标公司对赌均有效。此说以《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第5条、《征求意见稿》第37条与第38条为代表。案例主要涉及拟上市的非公众公司。江苏省高级人民法院对华工公司一案的再审判决否定了二元论，认为公司对赌条款亦属有效。^{〔9〕}最高人民法院对强某延与曹某波等股权转让纠纷一案的再审判决确认双控人对赌以及目标公司为对赌之债提供担保的行为一概有效。

乙说（一概无效论）认为，目标公司的对赌之债与创始股东的对赌之债均无效。此说以《征求意见稿》第82条与第83条为代表。该学说影响下的案例主要涉及已经上市的公众公司。但即使在上市公司领域，也存在同案不同判的现象。

甲乙两说针锋相对，绝非铁板一块，但都一致反对二元论。甲说指责二元论失之于严，因为二元论仅肯定双控人对赌之债的效力，而否定公司对赌之债的效力，似未尊重契约自由。乙说指责二元论失之于宽，因为二元论仅否定公司对赌之债的效力，而不否定双控人对赌之债的效力。实际上，甲乙两说均失之偏颇。

（二）一概有效论的致命缺陷

江苏省高级人民法院对华工公司一案的再审判决否定了二元论，认为目标公司对赌条款亦属有效。鉴于该判决率先挑战最高人民法院海富案的再审思维，有必要简要剖析。

再审判决确认公司对赌条款有效的理由有五。其一，全体股东在对赌条款中签字并承诺确保其履行。在对赌条款激活后，公司应履行法定程序办理变更登记，全体股东负有协助和保证履行结果的义务。其二，《公司法》不禁止公司回购股份，回购股份不当然违反强制性规定。公司在履行法定程序后回购股份不会损害股东和债权人利益，不违反资本维持原则。其三，在公司作为对赌义务主体时，对赌投资者负有投入资金成本、激励完善公司治理结构和以公司上市为目标的资本运作等义务，亦应对公司亏损等问题按约定或持股比例担责。其四，对赌条款是保护投资人利益的特别约定，是当事人对投资合作商业风险的安排，系当事人真实合意。其五，对赌条款不违反法律法规的禁止性规定，不违反《合同法》第52条，亦不属格式条款，无显失公平问题。在对赌条款激活后，目标公司应如约履行股份回购义务，原股东应承担连带责任。^{〔10〕}

该判决强调契约严守，体现新股东友好型理念，但有致命缺陷。一是未能正确理解契约的相对性，忽视了公司对赌条款对外部债权人的风险外溢。相对性强调契约拘束全体缔约方的法锁功能，也禁止缔约方移祸他人。公司的外部债权人不是对赌条款缔约方，却因对赌条款而蒙受不测，其对公司的偿债诉求理应免受对赌条款之苦。二是以契约自由否定资本制度，违反了资本维

〔9〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民再62号民事判决书。

〔10〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民再62号民事判决书。

持原则及其配套的效力性强制规定。该判决仅虑及全体股东签字承诺确保对赌条款履行的合意，却悬空了法定债权人保护程序，忽视了公司回购股份时的资产负债状况。公司即使资不抵债，也要履行回购义务。三是混淆了股权与债权的边界，误将基于股东身份的股份回购请求权解释为债权。股权凌驾于外部债权人权利之上的观点忽视了股东剩余索取权人身份，违反了股债两分、股权礼让债权的基本逻辑。四是裁判结论存在逻辑上的前后矛盾。该判决证成目标公司对赌合法性的理由是“公司在履行法定程序后回购本公司股份”。公司回购的正当性在于履行前置法定程序。但判项竟未提及公司付款之前必须履行法定减资程序，亦未中止审理程序、等待减资程序完结，而是直接判令公司在判决生效后10日内支付股份回购款和逾期付款利息。依《公司法》第224条，公司应自减资决议后10日内通知债权人，并于30日内在报纸上或国家企业信用信息公示系统公告；债权人自接到通知书后30日内，未接到通知书的自公告后45日内，有权要求公司偿债或提供相应担保。又依《公司法》第64条第1款，召开股东会会议，应于会议召开15日前通知全体股东，除非章程另有规定或全体股东另有约定。股东议事与债权人保护所需的最短法定期限利益通常是90日左右，而非该判决提及的“生效后10日”。既然无法经受法定程序的检验，法官就无法确信公司回购股份时已获债权人赞成且其自愿放弃偿债或担保之权。

在强某延与曹某波等股权转让纠纷一案中，最高人民法院再审判决也在实质上偏离了二元论裁判思维。再审判决认为，目标公司对创始股东对赌义务提供担保的条款有效。^{〔11〕}该判决虽未正面确认目标公司作为主债务人的对赌之债有效，但迂回曲折地确认目标公司作为担保人就创始股东对赌之债（主债务）承担的担保债务（从债务）有效。当然，从表面上看，该再审判决并未推翻二元论。因为，最高人民法院在海富公司案中阐述的二元论仅指向目标公司作为主债务人的情形，确实未触及目标公司作为对赌之债担保人的情形。但从实质穿透的角度看，目标公司作为对赌之债担保人对新股东代偿对赌债务时与目标公司作为对赌之债主债务人时面临的法律障碍并无二致，均应被确认无效。

总之，一概有效论将公司法排斥于裁判依据之外，将股东对赌权利凌驾于公司生存权发展权与债权人的债权之上，殊不可采。

（三）《九民纪要》第5条采取的有限度的一概有效论

在华工公司再审案的冲击下，《九民纪要》第5条改弦易辙，颠覆了海富公司一案确立的二元论，改采公司对赌与双控人对赌均合法有效的一概有效论。其要义有三：（1）公司对赌协议若无法定无效事由，公司不得仅以存在对赌约定为由主张其无效，但若投资方主张实际履行，法院应审查是否符合公司法强制性规定进而判决是否支持诉请；（2）投资方若请求公司回购股权，法院应依《公司法》第35条或第142条审查，若公司未完成减资程序，法院应驳回诉请；（3）投资方若请求公司补偿金钱，法院应依《公司法》第35条和第166条审查，若公司无利润或虽有利润但不足以补偿投资方，法院应驳回或部分支持诉请，若公司嗣后有利润，投资方可另行起诉。

从利益衡量角度看，《九民纪要》第5条试图扮演“和事佬”的角色，居中调和PE/VC行业与实体经济之间的利益冲突。一方面主张目标公司与双控人的对赌之债均有效，旨在心理上慰藉

〔11〕 参见最高人民法院（2016）最高法民再128号民事判决书。

PE/VC 行业及其背后的实际投资者（尤其是国有资本），但这严重偏离了二元论；另一方面重申附条件履行论，纠正了华工公司再审案悬空公司资本维持原则的内在缺陷，旨在利益上照顾目标公司的核心诉求，因而与极端偏激的一概有效论划清了界限。从法律技术角度看，公司对赌条款合法有效而履行不能的观点受到了负担行为与处分行为严格区分的“物债两分”理论的影响。其中，负担行为的合法性源于契约法中的契约自由，而处分行为的可行性源于公司法中的资本维持。

《九民纪要》第 5 条本质上属于一概有效论，但由于试图对二元论与一概有效论进行折中调和，态度必然暧昧。因此，法官既不能认定公司对赌行为无效，也不得将对赌行为的效力坚持到底。在两造利益尖锐对抗的情况下，两边讨好的必然结果是事与愿违，两边都不讨好。既然公司对赌有违公司法的基本原则和根本制度，法院就应从根本上否定其效力，而不应瞻前顾后、首尾难顾。

严格说来，《九民纪要》并非司法解释，仅系裁判理念的重述，充其量是司法政策。为消除误解，最高人民法院在印发《九民纪要》的通知中强调：“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。”

不少案例亦步亦趋，但同案不同判现象亦不鲜见。多数案例确认目标公司对赌之债（含主债务与从债务）一概有效；但若原告不能证明目标公司已满足前置性的减资与分红条件与程序，仍驳回其诉请。少数案例既确认目标公司对赌之债有效，也判令目标公司直接履行对赌之债的给付义务，但将公司满足前置性减资与分红的条件与程序变更为后置性要求，因而在裁判意见或者判项中将其交由执行法院审查确定。这实际上偏离了《九民纪要》第 5 条要求法官在裁判环节保持对资本维持原则信仰与敬畏的初心。个别案例更抛弃后置性减资与分红的条件与程序，径直判令公司履行对赌之债，褫夺了执行法院审查减资与分红的条件与程序是否获得满足的权力。

（四）《征求意见稿》第 37 条与第 38 条对一概有效论的传承与发展

《征求意见稿》第 37 条与第 38 条继承了《九民纪要》第 5 条的一概有效论。其中，第 37 条确认目标公司对赌之债有效，第 38 条确认双控人对赌之债亦有效。但与《九民纪要》第 5 条相比，第 37 条在公司对赌之债的履行环节设置了更高的法律门槛，意在向实体经济倾斜。

第 37 条第 2 款包含三层意思：一是公司未依法履行减资程序或依法分配利润，当事人请求继续履行的，法院不支持；二是当事人针对公司未依法履行减资程序或依法分配利润约定由公司承担违约责任或者提供物保，并依据该约定请求公司承担违约责任或担保责任的，法院不支持；三是投资者请求提供担保的第三人承担担保责任的，法院应予支持。

当然，第 37 条第 2 款破例允许公司外的第三人（如双控人）对目标公司的对赌之债承担担保责任，值得斟酌。基于从随主原则，担保人可代位主张主债务人对债权人抗辩权。既然目标公司可对原告主张豁免债务履行的抗辩，担保人也有权对对赌债权人行使抗辩权。因此，即使司法解释允许第三人对公司对赌之债承担担保责任也无丝毫实益可言。

（五）公司对赌条款有效、但履行不能的零和效应

《九民纪要》第 5 条与《征求意见稿》第 37 条的设计初心良善，旨在寻求定分止争的中庸之道。既坚持认定公司对赌条款合法有效，又拒绝赋予其强制执行效力，甚至确认其履行不能。遗憾的是，这种貌似中立的裁判理念在实践中无法实现多赢共享的效果，反而催生互害多输的零和游戏。

其一，公司对赌条款有效而履行不能的司法态度会滋生讼累。倘若法院公开阐明公司对赌条款有效的立场，PE/VC 必然会将公司对赌条款视为国家褒奖与鼓励的合法行为，并竞相签署此类对赌条款，以求单边利益最大化。一旦公司经营陷入困顿、触发对赌条件，PE/VC 必然会提起诉讼或仲裁。由于绝大多数拟上市公司曾接受多轮次的外部股东投资，貌似简单的对赌个案会容易引发“一案审结百案兴”的指数级争讼井喷效应。尤其在 IPO 注册制改革尚未常态化的资本市场环境下，签署对赌条款的拟上市民营企业成千上万，但仅有千分之一的幸运者才能鲤跃龙门。这意味着，倘若司法解释坚持公司对赌条款有效而履行不能的态度，巨量的目标公司对赌争讼将多如过江之鲫。为了减少诉累，法学界也围绕股权回购对赌之债的性质究为形成权抑或债权请求权开展了深入探讨。债权请求权说为多数说。^[12] 形成权说为少数说，认为回售权系形成权，受除斥期间限制。投资人超过约定行使期限应丧失要求回购的权利。在对赌协议中未约定回售权行使期限的情况下，投资人应在合理期限内行使该权利。^[13] 虽然形成权说并不完全契合对赌双方在投资之初已就股权回购之选择达成合意的实际情况，但客观上有助于减少目标公司对赌之债的争议数量。当然，治本之策是否定目标公司对赌之债的效力。

其二，公司对赌条款有效而履行不能的司法效果对 PE/VC 犹如画饼充饥。PE/VC 若耐心等待内外交困、惨淡经营的目标公司严格履行减资程序，根本无法获得对赌款项。他们绕开减资程序、强索股权回购款的主因恰恰是，公司缺乏减资所需的资金流，减资程序会面临来自债权人的顽强反抗。通常情况下，PE/VC 企图规避减资程序的股权回购诉求无法获得法院支持。法院即使确认公司对赌条款有效，也无法支持原告诉请。即使法院判如所请，强制执行也无法逾越保护债权人的减资程序屏障。若法院强行绕开减资程序而强制执行，又会推倒公司外部债权人利益无辜受损的多米诺骨牌，诱发更多债务风险外溢，贬损司法公信。同理，对赌收益补偿诉请在分红制度面前也窒碍难行。难怪在实践中 PE/VC 对赌胜诉案的执行率不及百分之四。

其三，确认公司对赌条款有效的裁判文书与强制执行措施会直接扼杀目标公司的生命力。公司对赌条款有效论对 PE/VC 缺乏实质增益功能，但对目标公司具有致命的杀伤力。执行法院一旦强制查封、扣押、冻结和拍卖公司资产，公司的资金链、供应链与营销渠道就会瞬间土崩瓦解，经营活动就会立刻停摆。败诉公司不但魂断 IPO 之路，还会被列入失信被执行人名单。接踵而至的是，银行会宣布提前收贷，供应商会援引不安抗辩权而停止供货，近在咫尺的商业机会也会因潜在客户的退避三舍而失之交臂。最终，目标公司面临破产清算的灭顶之灾。因此，公司对赌之债侵犯公司生存权发展权、阻碍公司可持续健康发展、窒息公司发展活力的负面案例比比皆是。法定代表人与双控人也会因被限制高消费名单而声名狼藉。既然泥菩萨过河自身难保，创新进取、善意冒险的企业家精神也荡然无存。

可见，一方面 PE/VC 在公司对赌条款之争胜诉后虽然获得心理安慰的情绪价值，但会在公众心目中蒙受见利忘义、损人利己的商誉损失。赢了官司，输了市场。另一方面，目标公司也会被逼入破产清算、关门破产的绝境。因此，即使抛开公司对赌条款的法律效力不论，而仅从成本

[12] 参见刘俊海：《论期限约定不明的股权回购请求权》，载《法律适用》2025年第8期，第39-54页。

[13] 参见章杰超：《对赌协议中回购权之性质及行使期限研究》，载《中国政法大学学报》2023年第5期，第142-155页。

效率综合考量的法经济学角度聚焦其经济效率，公司对赌条款有效而履行不能的裁判思维也是弊大于利的双输互害模式，无法实现政治效果、法律效果、社会效果、道德效果、市场效果与国际效果的有机统一，难以经得起法律的检验、市场的检验、社会的检验。

四、目标公司对赌条款一概无效的法理证成

（一）目标公司对赌条款违反强制性法律规定中的效力性规范

其一，公司回购股权的对赌条款违反《公司法》第 53 条禁止股东抽逃出资之规定。股东资格之取得与维系以股东及时、足额、适当地履行出资义务为对价。夯实公司资本信用，旨在维系公司生命，维护交易安全，防范金融风险。若股东竞相抽逃出资，公司的责任财产与信用基础就会土崩瓦解。PE/VC 擅自取回注册资本或资本公积金均属抽逃出资。认为出逃出资仅限于注册资本金额而不包括资本公积金的观点，旨在为出逃出资行为张目，但忽视了资本公积金在捍卫公司资本信用方面的护城河功能，实不可采。^[14] 为激浊扬清，公司有权追回出资，并根据出逃出资的金额与比例，相应限制抽逃出资股东的分红权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等权利，并对抽逃出资股东启动除名程序。

其二，公司回购股权的对赌条款违反《公司法》第 89 条和第 162 条原则禁止公司回购股权之规定。公司违法回购股权的后果是，蚕食资本维持原则，损害债权人，滋生金融风险。《公司法》历经六次修改，但原则禁止、例外允许公司回购股权的态度一以贯之，从未松动。

其三，公司回购股权条款违反《公司法》第 224 条第 2 款规定的减资程序。减资环节有程序正义与结果正义的双重价值，旨在保护债权人的知情权、异议权、选择权与安全保障权（到期债权的受偿权与未到期债权的担保索取权）。诚然，《公司法》第 224 条第 3 款原则上要求公司在减资时按照股东出资或持股比例相应减少出资额或股份，但法律另有规定、有限公司全体股东另有约定或股份有限公司章程另有规定的除外。这为 PE/VC 理性有序地安全退出在目标公司的股权投资提供了绿色通道。但是，PE/VC 必须遵循该条第 2 款规定的减资程序。倘若其执意在绕开法定前置性减资程序的前提下诉请公司回购股权，该诉请因股权回购条款无效而仍属无效。个别法院在“本院认为部分”证成公司对赌条款有效的理由是公司已履行减资程序；但在最后的判项中对减资程序避而不谈，直接判令公司向股东支付股权回购款，显然前后矛盾。

其四，投资收益对赌条款违反《公司法》第 210 条规定的分红条件和程序。PE/VC 作为股东也享有分红权。股东是剩余索取权人。公司在清偿债务后的剩余经营成果都归股东，但承担公司亏损的也是股东。^[15] 若公司有可资分配的税后利润，股东可基于股东会分红决议提起股利给付之诉。若实控人滥用控制权、恶意不作出分红决议，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（四）》第 15 条规定了司法强制分红规则。但是，股东无权在公司经营亏损、财务恶化、不具备分红条件的困境下强索保本保收益的金钱补偿。依《九民纪要》第 5 条与《征求意见稿》第 37 条，投资方在违反法定条件与程序而诉请公司支付金钱补偿款时，法

[14] 参见刘俊海：《论资本公积转增股本前后的出质股权守恒定律》，载《现代法学》2022 年第 3 期，第 135 - 149 页。

[15] See William W. Bratton, *Corporate Finance: Cases and Materials*, Foundation Press, 2016, p. 717.

院将金钱补偿诉请转化为分红权并予以驳回。从表象上看，PE/VC 诉请公司支付金钱补偿款的案由是合同法中的对赌合同纠纷，而非公司法中的分红权纠纷。但其拒绝提起分红权之诉的真实原因是，不愿钻进公司无红可分的死胡同。《征求意见稿》第 37 条基于分红权的逻辑，采取实质穿透思维，驳回不法分红诉请，彰显了分红制度的刚性与底线。“巧妇难为无米之炊”，公司无红可分，法官也无计可施，无咎可责。

从文义解释与目的解释等角度看，公司法的上述法律规范均为强制性效力性规范，均蕴含着公序良俗。与之相抵触的公司对赌条款应属无效。唯有如此，才能夯实公司资本信用、资产信用与人格信用，捍卫资本制度尊严，维护债权人尤其是不特定的潜在债权人的核心利益。^[16]

（二）公司对赌条款违反公司法的核心价值体系

由于《公司法》已规定明确精准的具体规则，法官可直接援引上述规则作为裁判目标公司对赌之债无效的法律依据，而无需舍近求远、援引抽象模糊的一般原则。若弃具体规则、取基本原则为裁判依据，有可能滋生滥用自由裁量权的风险，削弱裁判理据的说服力，动摇法治固有的固根本、稳预期、利长远的三大功能。满腹狐疑的败诉方就有理由误以为：法官只有在理屈词穷之际，才会祭出虚无缥缈的一般原则与模糊大词作为裁判依据。

不过，法律有生命，条文有灵魂。法官若能在援引具体法条的同时深刻阐述条文背后的法律理念与一般原则，裁判依据就更加珠联璧合，裁判文书更容易取得明之以法、晓之以理、动之以情、喻之以义、诱之以利的完美效果。虽然《公司法》第 53 条、第 89 条、第 162 条、第 210 条与第 224 条第 2 款组成的法律规范矩阵足以证成目标公司对赌条款的无效性，法官若能洞悉上述规范追求的核心价值与一般原则，就更有能力在论证裁判理由时尽情挥洒公司法的精神，抽丝剥茧地明释公司对赌条款的可责难性与不正当性。

其一，公司对赌条款侵害公司生存权发展权。公司生存权和发展权是现代公司法的首要原则。^[17] 市场经济的活力取决于企业细胞的活力。习近平总书记指出，“市场主体是经济的力量载体，保市场主体就是保社会生产力”，“要千方百计把市场主体保护好，为经济发展积蓄基本力量”^[18]。《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十五个五年规划的建议》强调，要“充分激发各类经营主体活力。坚持和落实‘两个毫不动摇’，促进各种所有制经济优势互补、共同发展”。初创型公司引进 PE/VC 的初心是壮大资本规模、优化股权结构、夯实资本信用、促进公司腾飞，而非引狼入室、引水入墙。有些法院判令命悬一线的公司倾囊向 PE/VC 股东支付巨额股权回购款或收益补偿款，无疑在敲骨吸髓、宣判公司死刑。

其二，目标公司对赌条款构成了 PE/VC 滥用股东权利的行为。为预防私法自治的失灵、异化与滥用，《民法典》第 132 条禁止民事主体滥用民事权利损害国家利益、社会公益或他人权益。《公司法》第 21 条第 1 款要求股东遵守法律法规和章程，依法行权；若滥用权利损害公司或其他股东利益，应承担赔偿责任；第 23 条规定了揭开公司面纱规则，第 180 条第 3 款导入了事实董事制度，第 192 条引入了影子董事制度。为安定公司秩序、预防道德与法律风险外溢、促进公司治理现代化，必须强调 PE/VC 作为股东的一般属性。公司对赌之债的本质是 PE/VC 利用公司急需资金的

[16] 参见刘俊海：《目标公司对赌条款无效的法理证成》，载《河北法学》2022年第4期，第51-76页。

[17] 参见刘俊海：《论公司生存权和发展权原则一兼议〈公司法〉修改》，载《清华法学》2022年第2期，第6-22页。

[18] 习近平：《在企业家座谈会上的讲话》，载《人民日报》2020年7月22日，第2版。

危难之机，在公司未能上市、完成财务业绩目标或低于特定股价时绕开减资或分红的法定条件和程序，直接从公司获得股权回购款或收益补偿。这种转嫁投资风险之举损害公司及其债权人利益，动摇资本根基，既是见利忘义的权利滥用，也是自始、确定、当然、绝对无效的法律行为。

其三，目标公司对赌条款有违股东平等原则。股东中心主义价值观的核心是股东主权、股东平等、股东民主、股东诚信、关怀弱者与道义担当（社会责任）。股东平等原则强调同一类别的股东同股同权，禁止歧视待遇。《公司法》第143条第1款规定：“股份的发行，实行公平、公正的原则，同类别的每一股份应当具有同等权利。”第116条第1款规定：“股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，类别股股东除外。”以双重股权架构为代表的种类股不再机械奉行一股一票的传统规则。^[19]但是，种类股东与普通股东之间的权责利配置仍应恪守公平原则。更何况，PE/VC并非《公司法》第144条限定列举的种类股。其取得股权的时间与成本虽有异于创始股东，也必须与公司同甘共苦，不得享有“旱涝保收”的特权。PE/VC若不承担投资风险、直接从公司获得股权回购款和投资收益补偿款，就会挫伤其他股东创新进取、投资兴业的积极性。

其四，目标公司对赌条款有违PE/VC作为剩余索取权人礼让债权人的法定义务。现代公司法确认股东的剩余索取权人身份、无赢不分的分红规则、股债两分的权利属性规则、先宾后主（股权礼让债权）的权利顺位规则、股东不得违反减资程序而要求公司回购股权的资本减少限制规则。PE/VC的股东身份和持股比例等相关信息记载于股东名册、章程、登记机关与国家企业信用信息公示系统，足以创设善意相对人的合理信赖。在公司内部关系中，PE/VC既享有法定与章定的股东权利，也享有约定的股东权利（如反稀释权、优先购股权、优先受让权、共同出售权、本轮投资方股权出售权、清算优先权、赎回权利、拖带权和违约损害赔偿请求权），并享有公司上市或满足特定业绩目标时的股权增值利益。要确立PE/VC的法律角色定位，必须反对“白马非马”论，不能只看到PE/VC的特殊性，而忘记其作为股东的共同本质属性。

（三）公司对赌条款有违国际惯例

对赌尤其是目标公司对赌并非放之四海而皆准的国际商业惯例，更非VC与生俱来的本质特征。美国虽然是VC的摇篮，但迄今缺乏公司对赌的潜规则。哈佛教授多里奥特（Georges Doriot）与麻省理工学院校长卡尔·康普顿（Karl Compton）1946年携手创办的ARD公司投资了诸多项目，唯有数字设备公司（DEC）独领风骚，占据ARD在二十五年间的最大投资收益份额。该案例开创了当代VC普遍采行的“幂律”（power law）或“长尾”（long tail）商业模式。^[20]顾名思义，风险投资的投资者必须承担投资风险，否则，就应易名为“无风险投资”。

按照分散投资的二八开定律，即使多数投资项目颗粒无收，只要少数项目如期完成IPO，VC就会盈利甚丰。^[21]这种理性包容、淡定从容的成败比就是驱动风险投资行业的秘籍。VC可以通过理性审慎的长尾型投资组合获得巨额回报、管控投资风险，而无需与目标公司锱铢必较，就每个项目与公司及其创业家签署对赌条款。实际上，人类在自然界与商业领域的大多数探索都

[19] 参见徐海燕、王一天：《新〈公司法〉框架下双层股权制度的体系化适用——以降低控制权总成本为视角》，载《经贸法律评论》2025年第2期，第39-59页。

[20] See Sebastian Mallaby, *The Power Law: Venture Capital and the Making of the New Future*, Penguin Press, 2022, p. 29.

[21] See Elizabeth Pollman, *Adventure Capital*, 96 Southern California Law Review 1341, 1341-1370 (2024).

以失败而告终，但关键少数的巨大成功收益补偿了探索失败的全部损失。当然，星星之火，可以燎原，最终推动科技创新与企业发展一飞冲天。

鉴于从美国引进 VC 的其他法域也罕有对赌条款，“中国式对赌”其实并非国际惯例，而是 VC 资本在本土化过程中的移植异化而已，充其量是 VC 在本土研发的风险保障与安全退出机制。有人将我国盛行对赌的主因概括为法律缺乏可转换优先股，对风险投资工具和合同机制限制过多，对投资者保护不足。美国风险投资合同旨在培育投资者与创业者的长期可持续关系，我国对赌条款旨在解决转型期且信息匮乏的市场中的投资者保护不足问题。^[22] 此说与笔者的见解相同。

（四）公司对赌条款无效的法律后果

鉴于公司对赌条款违反资本维持原则及其配套的强行性和效力性规范群、阻挠公司可持续发展、损害公司外部债权人福祉、恶化公司生态环境，公司对赌条款属于同时违反《民法典》第 153 条第 1 款与第 2 款的无效法律行为。依《民法典》第 157 条，民事法律行为无效后，行为人因该行为取得的财产应予返还；不能或不必返还的，应折价补偿；过错方应赔偿对方由此所受损失；各方都有过错的，应各自承担相应责任；法律另有规定的，从其规定。鉴于公司对赌行为有别于普通民事交易行为，无效公司对赌条款的善后处理理应成为司法解释的关键内容。

其一，公司对赌之债不得被强制执行。有人主张参酌民间赌博债务的裁判思维，将对赌之债视为自然债务；法律不保护公司对赌之债，但不禁止公司自愿偿债。此种观点值得商榷。因为，公司对赌之债一旦被视为自然债务，就会借尸还魂，无法禁绝。一些赌债债权人恶意规避自然债务的不利后果，千方百计强迫债务人签订借款合同或出具借条，然后提起民间借贷诉讼，骗取裁判文书。不少法院明察秋毫，以虚假诉讼罪追究其刑责。广东省佛山市中级人民法院 2023 年发布的防范和惩治虚假诉讼再审典型案例之三就是虚构借款以诉讼方式追讨赌债案。^[23] “小赌怡情，大赌伤身。” 自然人赌博与公司对赌的概念都含有“赌”字，债务发生也有射幸元素，二者都有社会危害性，但也有本质区别。第一，对赌中的“赌”仅系形象化说法而已。新股东向公司认缴并实缴股权资本，有别于不劳而获的赌债债主；第二，对赌之债不受法律保护，但新股东可对公司行使股权；第三，公司对赌之债对外部债权人的危害更甚。为捍卫资本维持原则，公司对赌之债不得被继续强制执行，也不得以自然债务之名获得法律的保护与纵容。

其二，目标公司在拒绝或怠于履行对赌之债时，既不承担违约责任，也不承担担保责任。即使公司拒绝或怠于履行减资或分红的法定条件与程序，原告也不得诉请法院强制目标公司履行金钱给付、违约赔偿与担保责任等三个层面的义务或责任。这些要义写入了《征求意见稿》第 37 条第 2 款。

其三，为彰显明规则、清除潜规则，法院不得在名义上确认公司对赌之债无效，而在实际上保护对赌之债。法院不得在确认公司对赌之债无效的同时，暗度陈仓，判令公司就无效对赌之债承担赔偿责任、变相兑现公司对赌条款。

其四，基于从随主的理念，既然目标公司在对赌条款项下的主债务无效，创始股东或实控人等第三人为担保公司主债务履行而签署的对赌担保条款亦归无效。

[22] See Lin Lin, *Contractual Innovation in China's Venture Capital Market*, 21 *European Business Organizational Law Review* 101, 101-138 (2020).

[23] 参见广东省佛山市三水区人民法院 (2023) 粤 0607 民再 8 号民事判决书。

五、双控人对赌条款原则有效的正当性与合法性

（一）《九民纪要》允许双控人对赌的裁判思维滋生的无限对赌责任乱象

市场经济就是契约经济。契约精神乃市场的真正无形之手，包括契约自由、契约正义与契约严守三要素。^{〔24〕}基于对契约自由的信仰，《九民纪要》指出，“对于投资方与目标公司的股东或者实际控制人订立的‘对赌协议’，如无其他无效事由，认定有效并支持实际履行，实践中并无争议。”遗憾的是，《九民纪要》未能警示法官通过释明权、注重调解与司法建议等方式，引导双控人对赌责任条款的理性化，致使双控人无限对赌责任泛滥成灾，甚至殃及其配偶与子女。

在绝大多数情形下，身陷融资窘境的创始股东缺乏平等谈判地位与对等博弈实力，签署城下之盟实属无奈。不幸的是，因创始股东难以举证 VC 的欺诈或胁迫，无限对赌条款貌似自由合意，法院难以从合同法角度提供救济。无限对赌条款虽被创始股东斥为“霸王条款”，但因 VC 并非垄断企业、创始股东难以证明对赌条款为不公平的格式条款，法院也难以确认其无效。

一旦公司发展受挫或未能如期 IPO，一些急功近利的 PE/VC 基于竭泽而渔的短期主义投资理念与机会主义潜规则，就与创始股东反目成仇，强索赌债。法院往往判令创始股东及其创业团队或者近亲属以全部个人财产承担无限连带对赌责任。许多双控人因首次创业失败而倾家荡产，不少人被法院列入失信被执行人与限制高消费名单。在信誉一落千丈、个人财产全部清零后，创始股东一无所有，难逃流汗流血又流泪的宿命。笔者在 2025 年 9 月 19 日参加深圳国际仲裁院主办的第二届大资管合规与争议解决实务研讨会上获悉，我国有五万多名企业家背负巨额对赌债务。

凡事都有成败。而多因一果是常态。创业失败的原因也极其复杂。除了创始股东的忠诚勤勉，运气与监管者掌控 IPO 节奏的变动不居以及国内外市场的风云变幻，都会导致创业遭遇重挫。但是，冷冰冰的无限对赌条款不问过错、不计因果、一概将投资失败归咎于创始股东。由于《九民纪要》并不反对甚至肯定无限对赌责任，致使创始股东群体苦于无限对赌责任久矣。

（二）耐心资本与企业家精神推动的创始股东对赌责任有限化革命

2023 年《公司法》修订的法治春雨催生了创始股东仅以其所持股权及其价值为限承担对赌责任的新生事物。这是一场静悄悄的股权革命，是 PE/VC 与创始股东理性博弈的里程碑事件，是企业家集体抱团、理性维权的阶段性胜利，是耐心资本理论、企业家精神与契约精神的理性智慧结晶。耐心资本肇端于美国。利普顿 2016 年提出了追求长期价值的投资新范式，主张资产管理公司专注于创造长期价值，而非短期股价最大化。^{〔25〕} 维伊瓦希娜和勒纳认为，全球气候变化和基础设施老化等棘手难题急需长期投资，长期主义投资者会发挥关键作用。^{〔26〕} “企业家精神”

〔24〕 参见刘俊海：《论新时代的契约精神》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 4 期，第 26-36 页。

〔25〕 See Martin Lipton, *The American Corporation Is in Crisis—Let’s Rethink It*, <https://www.bostonreview.net/forum/lenore-palladino-rip-shareholder-primacy/martin-lipton-new-paradigm/>, visited on 24 April 2021.

〔26〕 See Victoria Ivashina & Josh Lerner, *Patient Capital: The Challenges and Promises of Long-Term Investing*, Princeton University Press, 2019, JSTOR, <https://doi.org/10.2307/j.ctvc77d5c>, visited on 4 May 2025.

一词由爱尔兰经济学家坎提龙于1755年首倡。^{〔27〕}美国经济学家熊彼特剖析了企业家在经济体系中的重要角色与行为模式，奠定了1980年代以来的企业家精神研究框架。^{〔28〕}

有限对赌责任的核心是鼓励创新、宽容失败、合理容错、适度减责。有限对赌责任限额包括以股权为限、以股权价值为限两种。除非另有特约，责任财产仅指向创始股东在目标公司所持有的股权，不能殃及创始股东名下的其他个人财产以及家庭共有财产。^{〔29〕}

与无限对赌模式相比，有限对赌模式虽非至善至美，但不直接损害公司的债权人，也有效减轻创始股东责任，为创业家群体注入了人文关怀，彰显了以人为本（而非以钱为本）的人性光辉，体现了法律的温度。VC与创始股东都应珍惜来之不易的有限对赌模式。但由于谈判实力与博弈策略的不对称，创始股东有限对赌条款的内容、性质、效力与行权等问题极易成讼。

建议司法解释查缺补漏，专条解释创始股东有限对赌责任的裁判规则。例如，对赌条款通常约定创始股东仅以其“届时”在公司所持股权或股权价值为限承担对赌责任。但“届时”究何所指，语焉不详。为全面体现创始股东的有限对赌责任，除非法律另有特别规定或者双方另有特约，原则上应以裁判文书生效后创始股东按照要求实际履行回购义务时处置变现作为责任财产的股权时点的价值作为对赌责任限额。又如，为实现辨法析理、胜败皆服，法官应精准量化判项内容，并将“股权价值为限”条款的具体含义列入庭审辩论焦点。再如，为破解多轮次融资公司的VC面临的僧多粥少的难题，相同轮次的多家VC针对有限对赌责任股东行使对赌权利时必须恪守平等原则，不同轮次的VC行权时要遵循“先新后旧”“后进先出”之序。

（三）《征求意见稿》主张上市公司双控人对赌条款一概无效论的主要理据

《征求意见稿》第82条与第83条对上市公司领域对赌条款（包括双控人对赌条款）采取一概无效论。依第82条，投资者与上市公司或其控股股东、实际控制人订立估值调整协议，约定当上市公司在一定期间内达不到约定的市盈率、市净率等股票市值指标条件时，由公司或其控股股东、实际控制人回购股权、承担金钱补偿义务等，当事人主张该约定无效的，法院应予支持。依第83条，上市公司或其控股股东、实际控制人等违反监管规定向参与认购的特定投资者作出保底收益或变相保底承诺，当事人请求确认该条款无效的，法院应予支持；当事人请求确认整个合同无效，并请求返还股份的，法院不予支持。

《征求意见稿》体现了监管者立场，也有此前的司法政策与少数案例作为支撑。最高人民法院2022年《关于为深化新三板改革、设立北京证券交易所提供司法保障的若干意见》（以下简称《新三板意见》）第9条指出，在上市公司定向增发等再融资过程中，对于投资方利用优势地位与上市公司及其控股股东、实际控制人或者主要股东订立的“定增保底”性质条款，因其赋予了投资方优越于其他同种类股东的保证收益特殊权利，变相推高了中小企业融资成本，违反了证券法公平原则和相关监管规定，法院应依法认定该条款无效。该意见并非司法解释，且仅针对新三板改革，不覆盖在沪深两地以及境外证券交易所上市的公司。

〔27〕 See Richard Cantillon & Antoin E. Murphy, *Essay on the Nature of Trade in General*, Liberty Fund, 2015, pp. 24 - 28.

〔28〕 See Bruce A. McDaniel, *A Contemporary View of Joseph A. Schumpeter's Theory of the Entrepreneur*, 39 *Journal of Economic Issues* 485, 485 - 489 (2005).

〔29〕 参见刘俊海：《论创始股东的有限对赌责任：耐心资本与企业家精神的互动视角》，载《法学杂志》2025年第5期，第16-36页。

中国证监会 2023 年《上市公司证券发行注册管理办法》第 66 条要求“向特定对象发行证券，上市公司及其控股股东、实际控制人、主要股东不得向发行对象做出保底保收益或者变相保底保收益承诺，也不得直接或者通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者其他补偿”。中国证监会 2025 年修正的《证券发行与承销管理办法》第 38 条重申“上市公司向特定对象发行证券的，上市公司及其控股股东、实际控制人、主要股东不得通过向发行对象做出保底保收益或者变相保底保收益承诺、直接或者通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者其他补偿等方式损害公司利益”。被废止的《上市公司非公开发行股票实施细则》第 29 条的内容也与之相若。

遗憾的是，这两部文件均是部门规章，并非法律或行政法规。因此，法院除非将上述两条体现的监管意志解释为《民法典》第 153 条第 2 款项下的“公序良俗”，很难依据这两项部门规章条款确认上市公司双控人的定增保底条款无效。尽管如此，仍有裁判文书持无效说。

例如，在北京信达恒业投资管理有限公司等与马某明等合同纠纷一案中，一审判决认为，案涉《协议书》《确认协议》《会议纪要》作为当事人的真实意思表示，不存在法定无效事由，上述合同所涉主体均应秉持诚实信用原则，按照合同约定正确行使合同权利，全面履行合同义务。但因信达恒业公司未在诉讼时效期间内行使请求权，在相对人提出诉讼时效抗辩的前提下，信达恒业公司基于《协议书》对马某明、华誉公司提出的诉讼请求无法得到支持。^[30]但是，二审法院指出，因目标公司未能上市或未能达到约定业绩，对于投资方与目标公司股东或实际控制人订立的对赌协议，约定对融资方股东进行必要的补偿，如无其他无效事由，一般会认定为有效并支持实际履行。但信达恒业公司当时未及时主张权利。本案问题在于，此后，华誉公司已于 2016 年 12 月在“新三板”挂牌，现仍“新三板”挂牌公司。作为非上市公众公司，华誉公司应依法接受证券市场正常监管。在援引《证券法》（2019 年修正）第 63 条、《非上市公众公司监督管理办法》（2025 年修正）第 3 条与第 21 条的全文之后，二审法院认为依据合同法、民法总则、民法典等相关规定，因存在违反涉金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗之情形，《协议书》《确认协议》《会议纪要》均属无效。信达恒业公司依据应当被清理的《协议书》内容，要求张某、赵某锁、马某明支付股权回购款、退出补偿款、利息及违约金等主张，缺乏正当性，法院不予支持。信达恒业公司作为独立的商事主体，应自行承担风险。^[31]信达恒业公司继续申请再审，再审裁定指出，申请再审理由系申请人自身理解认识问题，申请再审理由因依据不足而不成立。^[32]

又如，在天恒公司、赵某与正弘公司申请不予执行仲裁裁决纠纷案中，正弘公司通过资管计划购买了天恒公司定向增发的股票，天恒公司与正弘公司签署《差额补足协议》承诺正弘公司购买的定向增发的股票年收益率不低于 10%，不足部分由天恒公司补足。为明确差额补足款，天恒公司与赵某共同向正弘公司出具《承诺函》，明确阶段性补足款的时间、金额以及赵某的连带保证责任。正弘公司依据该《承诺函》向仲裁委提起仲裁，要求天恒公司支付补足款，赵某承担连带清偿责任。仲裁委裁决支持正弘公司的仲裁请求，正弘公司向苏州市中级人民法院申请强制执行，天恒公司与赵某提出不予执行仲裁裁决申请。苏州市中级人民法院经审查后认为，《承诺函》具有“定增保底”性质，违反“同股同权”的法律规定及股票市场“买者自负”的投资风险分配

[30] 参见北京市第二中级人民法院（2021）京 02 民初 169 号民事判决书。

[31] 参见北京市高级人民法院（2022）京民终 330 号民事判决书。

[32] 参见北京市高级人民法院（2023）京民申 905 号民事裁定书。

基本规则，扭曲了股票发行市场的定价机制，扰乱了金融监督秩序，影响金融稳定。仲裁委作出认定上市公司定向增发保底收益的协议有效的仲裁裁决，与相关法律及行政规章的规定相悖，违反了社会公共利益，遂裁定不予执行仲裁裁决。^[33]

（四）认定上市公司双控人对赌条款有效的主要理据

在上市公司双控人对赌之争中仍普遍存在同案不同判现象。大部分裁判文书都能持之有据，言之成理。除了认定双控人对赌条款无效的上述案例外，也有不少仲裁机构与法院认定上市公司与非上市公众公司（新三板公司）双控人签署的定增保底等投资风险对赌条款有效。

认定上市公司双控人对赌条款有效的典型表述为“涉案协议是双方当事人真实的意思表示，内容并未违反法律、行政法规中的效力性强制性规定，且不违反公共秩序，应当认定为合法有效的民事合同行为，双方当事人均应受到其约束”。由于仲裁机构的裁判思维更倾向于尊重意思自治，仲裁裁决认定上市公司双控人对赌条款有效的案例比法院更普遍。对此类仲裁裁决，多数法院予以尊重，既不撤销，也不裁定不予执行。

例如，广州仲裁委员会（2021）穗仲案字第1889号裁决书认定上市公司控股股东签署的定增保底条款有效。而被申请人主张该条款严重违反证券法公平原则及相关监管规定，严重扰乱市场金融秩序，危害社会公共利益，当属无效。广州市中级人民法院认为，案涉仲裁纠纷涉及平等主体之间因质押合同引发的民事纠纷，该裁决与我国善良风俗、道德准则、正义观念及国家或社会的重大利益没有关联，亿利公司认为案涉仲裁裁决违反了社会公共利益，并无依据，法院不予支持。^[34]

不少法院对《新三板意见》的适用范围作出限定解释。例如，上海市高级人民法院发布的2023年度上海法院金融商事审判十大典型案例之六中，新三板公司双控人不因丧失控制地位而免除承诺义务。在甲证券公司诉虞某股权转让纠纷案中，上海市静安区人民法院判决虞某履行股权回购义务。其裁判要旨是，在新三板公司申请终止挂牌的情况下，双控人出具回购异议股东股份的《承诺》，并经公司发布公告确认。该承诺不同于投资方利用优势地位在上市公司定向增发等再融资过程中与上市公司及其控股股东、实际控制人订立的“定增保底”性质条款，未违反证券法公平原则和相关监管规定，一经作出即生效。在未与相对人协商一致的情况下，原双控人之回购义务不因承诺出具后其控制地位或身份关系的变化而免除。^[35]

鉴于《新三板意见》主要针对新三板公司，鉴于新三板公司属于《证券法》提及的“股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司”，鉴于《证券法》在规定信息披露义务时一并提及上市公司与新三板公司，鉴于认定双控人对赌条款有效的不少案例也聚焦于新三板公司，有必要提纯与细品裁判文书认定上市公司双控人对赌条款有效的主要理据。

首先，上市公司双控人对赌条款有效符合意思自治原则。我国素有守约践诺传统。西晋《杨绍买地券》记载：“民有私约如律令。”^[36]《民法典》第5条要求民事主体遵循自愿原则。为遏制其见利忘义的道德风险，与其确认上市公司双控人对赌条款无效，不如确认有效，更能维护平等

[33] 参见江苏省苏州市中级人民法院（2021）苏05执异150号民事裁定书。

[34] 参见广东省广州市中级人民法院（2022）粤01民特1171号民事裁定书。

[35] 参见《2023年度上海法院金融商事审判十大案例发布》，https://www.sohu.com/a/782403076_121106832，2025年11月1日访问。

[36] 张晋藩：《论中国古代民法研究中的几个问题》，载《政法论坛》1985年第5期，第7页。

自愿、意思自治、诚实信用的公序良俗。信息披露体现公序良俗，履约践诺更体现公序良俗。为激浊扬清，上市公司双控人可以与外部投资者约定惩罚性违约金。^{〔37〕}

其二，证券法与部门规章规定的股份转让方式仅系对赌条款履行环节要解决的技术问题，不属于对对赌条款合法性的价值否定。倘若履行方式不符合监管要求，当事人应承担公法责任，但不撼动对赌条款的契约效力。即使合同约定的履行方式无法满足监管要求，也仅导致履行方式的变更，而非导致对赌条款无效。更何况，在大多数情况下，对赌条款不存在履行的法律与事实障碍。

其三，证券法与部门规章规定的信息披露亦不导致对赌条款无效。倘若按监管要求披露对赌条款信息，披露义务人是目标公司与双控人。双控人不能为规避信息披露义务而否定对赌条款效力。伴随于信息披露的“慢走规则”也旨在规制股份转让的履行行为，并非否定对赌条款的效力。强制性的信息披露制度是造福公司的债权人与公众投资者。

其四，部门规章不能直接作为认定合同效力的法律依据。对赌条款只有在既违反部门规章，也扰乱金融秩序、威胁系统性金融安全、破坏市场秩序与损害公共利益时才能例外被认定为无效。

其五，双控人若以其在签署对赌条款时曾受到胁迫（如不配合年报发布、不配合目标公司申请贷款、不配合目标公司申请进行上市）、存在重大误解或者对赌条款显失公平为由而诉请撤销对赌条款，必须承担严格的举证责任。

（五）认定上市公司双控人对赌条款有效、但追究双控人违反信息披露责任的公法责任的裁判方案

前已述及，认定上市公司双控人对赌条款有效与无效的观点各有千秋。既然两种观点不分伯仲，《征求意见稿》确认上市公司的双控人对赌之债无效也并非没有道理。其一，对赌之债涉嫌违反《公司法》第143条规定的公平、公正的股份发行原则。该条要求同次发行的同类别股份的每股发行条件和价格应相同，认购人所认购的股份的每股应支付相同价额。公众股东立于平等地位，须在享受投资收益的同时承担投资风险。而对赌协议允许部分股东获得稳定的保本收益而不承担股价变动的投资风险，放任其他投资者承担投资风险。这种投资者之间的不公平现象违背了风险与利益并重、收益与损失自担的本质属性，扰乱了市场秩序，损害社会公益。其二，违反《证券法》规定的“三公原则”以及第27条有关“股票依法发行后，发行人经营与收益的变化，由发行人自行负责；由此变化引致的投资风险，由投资者自行负责”的规定。其三，对赌之债涉嫌违反2025年《证券发行与承销管理办法》第27条第5项禁止发行人和承销商及相关人员“以直接或通过其利益相关方向参与认购的投资者提供财务资助或补偿等方式损害公司利益”。

两利相权取其重，两害相权取其轻。无效说似乎更有利于落实信息披露原则，维护股东平等原则，但也有弊端。一是未充分考虑到，双控人是对赌型投资的最大受益者。公司增资扩股会提升公司的盈利能力与核心竞争力，提升双控人的股权投资价值。双控人持股比例高，因他人投资而获益的比例也水涨船高。二是容易助长从对赌型投资中获益的双控人动辄以对赌条款无效为由撕毁契约，最终导致契约严守精神危在旦夕。三是忽视了双控人对赌义务对投资者是否投资、以何种对价投资的重大影响。若双控人不承担对赌之债，外部投资者就有可能望而却步；即使投

〔37〕 参见徐海燕：《惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构：契约自由与契约正义的平衡视角》，载《法学杂志》2023年第2期，第85-106页。

资，也会以更低的股票估值作为定价依据，而不会接受与对赌相匹配的较高溢价。既然外部投资者基于对对赌条款有效性的信任而投资于上市公司，若允许双控人坐收渔翁之利，就会颠覆外部投资者的事先预期。四是在忽视对赌义务与投资义务成正比的商业逻辑之后，契约正义可能会因对赌条款无效而付之东流。五是允许与鼓励双控人毁约，有违诚实守信的核心价值观。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第17条第2款就强调：“人民法院在认定合同是否违背公序良俗时，应当以社会主义核心价值观为导向，综合考虑当事人的主观动机和交易目的、政府部门的监管强度、一定期限内当事人从事类似交易的频次、行为的社会后果等因素，并在裁判文书中充分说理。”我国情理法文化强调人之常情、事之常理、国之律法三位一体，对当前诚信建设仍有借鉴意义。^{〔38〕}在诚信滑坡的特殊历史时期，修复诚信秩序也是公序良俗的重要组成部分，至少不会逊于双控人因履行对赌义务而遭受的个体不利。六是在法律与行政法规未明确规定上市公司双控人对赌条款无效的情况下，若将部门规章禁止此类对赌条款的监管意志解释为影响资本市场与公众投资者的公序良俗，容易滋生自由裁量权的滥用、抑制投资兴业、弱化契约精神，因而有矫枉过正、因小失大之嫌。

鉴于无效说的上述美中不足，建议司法解释对上市公司双控人对赌条款采取温而不火的裁判立场：一方面原则上认定上市公司双控人对赌条款有效，除非存在可撤销、不生效的法定情形；另一方面，在判令双控人履行对赌义务的同时，落实双控人在签署与履行对赌条款过程中因违反信息披露等监管要求而承担的行政责任与信用责任。无论是估值调整协议，还是定增保底条款，都是上市公司领域对赌各方不敢公开披露的“抽屉协议”。按照笔者建议，双控人既要对外部投资者履行对赌之债，也要对监管者承担公法责任，更要对市场承担信用责任，解释与适用公司法条文的因而必然会感到得不偿失。如此一来，就可以有效倒逼双控人果断抛弃对赌型融资。诚如是，有效论与无效论就有异曲同工之妙。唯一不同的是，无效论是借助国家与政府的公权力，强制双控人抛弃对赌型融资；而有效论是借助双控人的利己之心与双方博弈的利益杠杆，诱导双控人见贤思齐，择善而从。

六、结 论

前已述及，《征求意见稿》设计的对赌条款效力规则存在五大缺憾。首先，从谋篇布局看，起草者基于区别对待上市公司与非上市公司的差异化理念，将对赌裁判规则分置于第三部分与第七部分。这就割裂了一般公司与上市公司之间的内在联系，造成了规范形式上的碎片化。其二，从规范价值看，非上市公司领域的对赌一概有效论与上市公司领域的对赌一概无效论之间水火不容，而且都与二元论存在尖锐对立，都缺乏二元论的包容度与灵活性。其三，从目标公司的同质性看，非上市公司与上市公司同为公司，但公司对赌之债的裁判尺度却有天壤之别。这就忽视了上市公司与非上市公司在公司法框架中的一体敬畏资本维持原则的同质性义务，割裂了各类目标公司承担的对赌之债产生的一般危害性。似乎非上市公司对赌可游离于资本维持原则之外，而上市公司对赌才受制于资本维持原则。其四，从双控人的同质性看，非上市公司双控人对赌与上市公司双控

〔38〕 参见张姗姗：《情理法视野下传统契约诚信文化及其现代价值》，载《光明日报》2025年6月20日，第11版。

人对赌的效力竟有云泥之别。似乎非上市公司双控人可无拘无束地享受契约自由的制度红利，而上市公司的双控人只能望而兴叹。其五，从公司与股东的异质性看，《征求意见稿》混淆了公司与双控人在公司法框架中的不同法律人格，否定了上市公司双控人签署对赌条款并不必然侵蚀公司资本信用的现实。

非上市公司领域的对赌一概有效论与上市公司领域的对赌一概无效论严重割裂的碎片化现象既源于监管者与裁判者的不同专业分工，也源于公司法证券法职业共同体的核心价值体系、职业话语体系与竞争合作平台的缺失。其实，资本维持原则及其派生的减资规则与分红规则普适于上市公司和非上市公司。遗憾的是，《征求意见稿》过分夸大了非上市公司与上市公司在恪守资本维持原则方面的本质差异，最终对两类公司中的对赌效力采取了截然不同的司法态度。我国名辩学派的鼻祖公孙龙首倡“白马非马”和“离竖白”，注重分析概念多重关系及其差异性。^{〔39〕}但个性不能否定共性的存在。

鉴于公司与双控人的异质性以及上市公司与非上市公司的同质性，建议深度整合并全面校正针对非上市公司领域采取的一概有效论与针对上市公司领域采取的一概无效论，建立健全稳定透明、公平合理、预期精准、多赢共享的二元论裁判规则体系。

首先，建议司法解释确认各类公司对赌条款无效，打破上市公司对赌与非上市公司对赌的规则壁垒，彻底抛弃第37条规定的目标公司对赌有效论。既然各类公司的对赌之债具有同质性与危害性，上市公司与非上市公司就必须一体遵守资本维持原则。股东无论资格深浅、入资早迟，无论是PE，还是VC，抑或普通自然人，都是公司的剩余索取权人，都要一体遵循股债两分、先外后内、礼让债权的基本公司法逻辑。^{〔40〕}即使公司对赌条款无效，也不妨碍外部股东在公司法的轨道上行使股东的自益权与共益权。倘若企业家恶意侵占或挪用公司财产，可破例赋予外部股东以股东身份对滥用控制权的控股股东行使直接损害赔偿请求权，而不再拘泥于英国判例法拒绝保护股东反射性利益的保守做法。^{〔41〕}笔者亦主张在例外情形将股东反射性损失确认为股东的直接损失。^{〔42〕}

其二，建议将第82条与第83条规定的上市公司对赌无效论扩张为各类公司对赌无效论。具体文字可以表述为：（1）公司与股东签订的增资扩股协议或其补充协议约定，当公司在一定期间内达不到约定的业绩指标、不能实现公开上市或者股权（股份）交易价格低于约定指标等时由公司回购股权，当事人请求确认该约定无效的，人民法院应予支持，但是能够举证证明公司已经依法履行减资程序的除外；（2）公司与股东签订的增资扩股协议或其补充协议约定，当公司在一定期间内达不到约定的业绩指标、不能实现公开上市或者股权（股份）交易价格低于约定指标等时由公司承担金钱补偿义务，当事人请求确认该约定无效的，人民法院应予支持，但是能够举证证明公司已经符合分配利润的条件与程序的除外。

其三，建议司法解释将对赌无效的裁判规则统一置于《征求意见稿》第二部分“股东出

〔39〕 参见张立文：《燕赵文化的精神特质》，载《光明日报》2015年4月6日，第8版。

〔40〕 参见刘俊海：《论债权人友好型的公司退出制度重塑——以股东与债权人理性博弈为中心》，载《政治与法律》2025年第6期，第19-38页。

〔41〕 See *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461.

〔42〕 参见刘俊海：《论控制股东和实控人滥用控制权时对弱势股东的赔偿责任》，载《法学论坛》2022年第2期，第81-97页。

资及出资有关的责任”之中，而不宜将其继续留在第三部分“股权代持与投资者权益保护”之中。这是由于，公司对赌条款无效的内容旨在维护公司资本维持原则。股东对公司享有的对赌之债无效、被法律禁止，因而不构成法律保护的投资者权利。第三部分“股权代持与投资者权益保护”的名称与公司对赌条款的内容南辕北辙，存在严重错配现象。为实现名实相符，公司对赌条款无效的内容应移入《征求意见稿》第二部分。一体化处理的次选修改方案是将公司对赌条款无效的内容分别规定在第二部分与第七部分。第七部分“上市公司的特别规定”主要源于中国证监会的建议。凸显上市公司裁判规则的重要性与特殊性符合公众投资者与监管者的诉求，但利弊参半。若争议项下的公司法律关系具有同质性，而司法解释对其人为予以肢解，并分别采取保护与禁止的相反态度，就会必然破坏公司法秩序的统一性与权威性。非上市公司与上市公司裁判规则碎片化产生的矛盾与漏洞，不符合市场主体平等原则，也滋生规则套利的机会主义行为，更会扼杀诚信公司的竞争力。综合权衡之下，次选方案不如优选方案。

其四，建议确认双控人签署的对赌条款有效，抛弃第82条与第83条规定的上市公司双控人对赌无效论。现代法治尊重契约的相对性，弘扬契约自由、契约正义与契约严守密不可分的契约精神。双控人签署对赌条款并非无缘无故，而是源于双控人是新股东投资的实质受益人。在新股东增资扩股的场合，双控人因新股东贡献注册资本与资本公积金而间接受益。在股权转让的场合，双控人因向新股东出让股权而直接获得股权转让款的对价利益。保护新老股东基于理性博弈而缔结的对赌条款具有一举两得之妙：一是鼓励新股东投资于目标公司，与老股东共襄盛举，携手促进公司发展；二是尊重契约自由，提升双控人的商业信誉。若确认双控人对赌之债无效，则会使双控人获得不当利益。而且，公司对赌与双控人对赌的风险外溢程度、法律后果并不相同。公司对赌损害公司资本信用，侵害公司的生存权与发展权，侵害未享受对赌利益的其余股东的核心利益，更剥夺公司的债权人（尤其是不特定的潜在债权人）优先于股东分红权或者回购权而获得清偿的法定固有权利，因而自然归于无效。而双控人对赌并不滋生上述弊害。遗憾的是，《征求意见稿》第82条与第83条并未严格甄别确认上市公司对赌与上市公司双控人对赌的不同法律效力。

其五，建议将第38条规定的双控人对赌有效论由非上市公司领域扩张为普适于各类公司的双控人对赌有效论。具体文字可以表述为：新股东与双控人约定，当公司在一定期间内达不到约定的业绩指标、不能实现公开上市或者股权（股份）交易价格低于约定指标等时由双控人回购股权或者承担金钱补偿义务，当事人请求确认该约定无效的，人民法院不予支持，但是法律、行政法规或者司法解释另有规定的除外。其实，最高人民法院在海富公司诉甘肃世恒公司、香港迪亚公司和陆某增资纠纷再审案中确立公司对赌无效、双控人对赌有效的二元论裁判思维以后，《九民纪要》第5条与《征求意见稿》第37条、第38条一脉相承，都确认双控人对赌之债的效力。

其六，建议增强上市公司双控人对赌条款的透明度，对违反信息披露等监管要求的双控人课以公法责任与信用责任。既然上市公司双控人厚此薄彼、秘而不宣的歧视性对赌条款的消极作用与负能量可通过行政监管、行政处罚或者信用制裁予以破解，就更没有理由颠覆双控人对赌条款的有效性与其可强制执行性。只有如此才能做到“三升三降”：一是提升失信成本，降低失信收益，确保失信成本高于失信收益；二是提升守信收益，降低守信成本，确保守信收益高于守信成本；三是提高维权收益，降低维权成本，确保维权收益高于维权成本。只有健全褒扬诚信与惩戒失信的信用奖惩机制，才能终结“好人受气、坏人神气”，“劣币驱逐良币”的逆淘汰乱象。

综上所述，目标公司对赌条款违反资本维持原则和公司法的效力性强制性规范，损害公司的生存权与发展权，损害局外债权人利益，阻碍公司可持续发展，扼杀企业家精神，贬损 PE/VC 公信力。即使综合考量成本与收益的制度性价比，公司对赌条款有效而履行不能的裁判思维也弊大于利，无法实现政治效果、法律效果、社会效果、道德效果、市场效果与国际效果的有机统一。为实现固本培元，建议确认公司对赌之债无效，适度放开双控人对赌之债，以解公司融资的燃眉之急。为遏制上市公司双控人对赌的道德风险外溢，建议同步激活行政监管、自律监管、信息披露、行政处罚、民事责任与信用约束等工具箱。为培育耐心资本、弘扬企业家精神，建议将双控人的无限对赌责任条款转型升级为以其在目标公司所持股权为限承担责任的有限对赌条款。从长远看，建议对标国际投资的商业惯例，践行耐心资本理论、契约精神、企业家精神与股债两分定律，逐渐引导双控人对赌条款淡出历史舞台。双控人不承担对赌责任是我国资本市场与风险资本真正走向成熟的试金石。只有如此，才能贯彻资本维持原则，确保股债两权分离，促进股权礼让债权，夯实公司资本信用，确保公司内和外顺，维护外部交易安全，推动新旧股东与目标公司同舟共济，打造各方主体各行其道、各得其所、多赢共享、永续发展的公司利益共同体。

Abstract: Gamble clauses not only alleviate financing difficulties for private firms but also give rise to chaotic growth. Distorted gamble models weaken corporate core competitiveness, stifle entrepreneurial spirit, harm the interests of creditors and minority shareholders, and constrain high-quality economic development. The rules on the validity of gamble clauses designed in the “Interpretation on the Company Law (Draft for Solicitation of Comments)” have major shortcomings. First, it separates the adjudication rules for gamble between listed and non-listed companies. Second, gamble by non-listed companies and their controllers is deemed universally valid, while gamble by listed companies and their controllers is deemed universally invalid. Third, it ignores the homogeneity of the principle of capital maintenance between listed and non-listed companies. Fourth, it ignores the homogeneity of controllers. To promote benefits and eliminate harms, it is recommended to establish a binary adjudication system for gamble clauses: first, confirm the invalidity of corporate gamble obligations; second, moderately relax gamble obligations for controllers to address corporate urgent financing needs. It is recommended to simultaneously activate an administrative toolkit, including administrative supervision and credit constraints targeting such behavior. To cultivate patient capital and promote entrepreneurial spirit, it is recommended to transform the unlimited gamble liability clause of controllers into a limited gamble liability clause. In the long term, it is advisable to benchmark international practices, gradually guiding controller gamble clauses out of the historical stage.

Key Words: gamble clauses, controlling shareholders, actual controllers, target companies, venture capital

(责任编辑：周 游)

多数人侵权责任的规范困境与出路

张平华*

内容提要：我国《民法典》形成了“总分结合”的侵权连带责任体系，但仍存在如何看待连带责任类型创新、如何确定“相应”的责任、如何限定随意而成的“共同承担责任”等规范困境。从民商合一的宏观视野出发，确立连带责任法定原则和类型序列，能够纾解多数人侵权类型创新给整体制度带来的压力，即：以民事侵权连带责任法定原则为“体”，有效防范连带责任的滥用；以商事领域普遍适用连带责任及意定连带责任为相辅之“两翼”，有限软化责任刚性；在“一体两翼”的宏观架构基础上，构建具备内在逻辑拘束力的多数人侵权类型序列。同时，立足体系化思维，综合适用漏洞填补、类推适用、扩张与限缩解释等各类法律方法。

关键词：规范困境 出路 责任形态体系化 法定 类型序列

连带责任使债权人可以无差别地向多数责任人主张全部责任，该责任形态明显具有优越保护债权人的功能，在比较法上被称为“法律上的老爷”。同时，其满足了法官的“家父主义情结”，普遍存在被滥用的情形或趋势。为此，如何设计侵权连带责任的立法模式，限制连带责任的适用，发挥按份责任、补充责任等多数人责任形态的作用，成为相关制度变迁的主线。我国侵权连带责任立法历经了前《民法典》阶段的制度准备和《民法典》上“总分结合”侵权连带责任体系两大发展阶段，研究其中的制度变迁和学理论争可以为化解多数人侵权的现有规范难题奠定基础。

一、我国侵权连带责任的制度变迁和规范困境

（一）前《民法典》阶段的制度准备

1. “宜粗不宜细”阶段

基于“宜粗不宜细”的立法导向，对于侵权连带责任，《民法通则》（已失效）仅于第 130 条

* 张平华，山东大学法学院教授。

本文为国家社科基金一般项目“复杂侵权案件中损害赔偿请求权的分级与整合机制研究”（25BFX081）的阶段性成果。

规定：“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”该条宣示了共同侵权的法律后果为连带责任，却因未阐明侵权连带责任的构成要素而构成了循环论证，对此的通说则以主观意思联络为要件。同时，《民法通则》没有规定共同危险责任，缺失了连带责任基本类型。历经《合同法》《侵权责任法》《民法总则》（均已失效）等立法，在《民法典》出台前，《民法通则》的有效条文所剩无几，但是《民法通则》仍为《民法典》的母体，尤其是其于第87条规定了连带债务的一般规则，明确了受害人的请求权和责任人的求偿权，这一规定试图将侵权连带责任糅入债法中以构建完整的规范体系，为《民法典》的框架结构奠定了良性基础。

2. “破坏纯洁性”的扩张适用阶段

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20号，以下简称《人身损害赔偿解释》）充分发挥了司法立法的优势，扩张了连带责任的类型，建立了较为完整的体系。其将侵权连带责任分为共同侵权和共同危险责任，共同侵权又分为一般共同侵权和特殊共同侵权。一般共同侵权的归责事由包括共同故意、共同过失、侵害行为直接结合三种，特殊共同侵权则包括雇主和雇员的连带责任、帮工人和被帮工人的连带责任、设计施工缺陷导致的构筑物致害连带责任。此外，为了提高诉讼效率，实现于一次诉讼中解决所有纠纷的目标，《人身损害赔偿解释》第5条要求法院“应当追加其他共同侵权人作为共同被告”，通过将释明权和处分权相结合，把放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人（释明权），并将放弃诉讼请求的情况在法律文书中叙明，从而事实上将侵权连带责任之诉规定为必要共同之诉。

该解释的缺陷如下：承认了“侵害行为直接结合”型共同侵权，偏离了“共同过错说”这一主流类型，使共同侵权之判断不得不过多依赖法官的自由裁量与具体权衡；对于设计施工缺陷的构筑物致害，构筑物的管理人和设计施工人并非处于同一位阶，原则上不应产生连带责任，从而也模糊了不真正连带责任、补充责任和侵权连带责任的界限；将连带责任之诉规定为必要共同诉讼限制了受害人的选择权，背离了连带责任的本质。这些都使其背负上“破坏侵权连带责任纯洁性”的批评。^{〔1〕}

3. “重返传统”的《侵权责任法》阶段

依《侵权责任法》第13条规定，无法律之明文规定，即不会产生连带责任。这是我国民事基本法第一次明确将连带责任限于“依法”发生的情形，确立了侵权连带责任法定原则。《侵权责任法》从民事基本法的角度明确接受了侵权连带责任一般和特殊相结合的两大类型。其第二章规定的共同加害行为、共同危险行为、基于聚合因果关系的数人侵权是侵权连带责任的一般类型体系，可广泛适用于法律没有特别规定的场合。其他章节或者特别法规定了侵权连带责任的特殊类型，以满足法的特殊规范要求。第8条规定的共同加害行为以“共同实施”为要件，限于具有共同过错的主观共同侵权，而不包括行为关联共同的客观共同侵权，明显重返主观责任并限缩了共同侵权适用范围。基于第三人的违反安全保障义务侵权导致的补充责任、缺陷产品致害产生的不真正连带责任，都区别于真正的连带责任。这就在体系上维持了共同过错型共同侵权的主流地位，避免法官滥用裁量权。此外，《侵权责任法》第13条明确抛弃了将连带之诉规定为必要共同

〔1〕 参见杨立新：《侵权法总则》，人民法院出版社2009年版，第529页。

诉讼的做法，承认了受害人的救济选择权，重返连带责任之传统。

前《民法典》阶段为完善侵权连带责任进行了充分的制度准备，特别值得指出的是：其一，该阶段的法律实践明确了侵权连带责任法定原则，为拓展生成包括按份责任、补充责任、不真正连带责任在内的多数人侵权责任体系奠定了基础。其二，该阶段初步地从一般和特殊、实体和程序、内部和外部相结合的角度系统地规定侵权连带责任，尽管还不够完善，但已经比较全面和体系化。由于我国《民法典》采取了在汇编既有民事法律的基础上进行有限制度创新的制定方式，前《民法典》阶段的制度准备得以被有效传承。

（二）《民法典》上“总分结合”的侵权连带责任体系

《民法典》建成“总分结合”的体系结构，这一宏观模式也影响到侵权连带责任制度，使之具备了“总分结合”的特点。

1. 《民法典》总则编确立了连带责任一般规则

《民法典》第177条先规定按份责任，第178条对连带责任作出一般规定，其主体内容与《侵权责任法》第13、14条一致，但调整范围更为广泛，承认了法定连带责任和意定连带责任两大基本类型。其中，侵权连带责任依据“法律规定”而生，为典型的法定连带责任，继续坚持法定原则。^{〔2〕}其塑造了连带责任内外结合的法律效力，赋予了权利人对部分或全部连带责任人的请求权，还建立了连带责任内部责任确定规则，即“各自责任大小”主要取决于过错程度或原因力。同时，该条确认了追偿权是独立于连带债务的请求权，即追偿之诉尽管和连带责任之诉存在紧密牵连，但为独立的诉。

2. 依托合同编和侵权责任编形成连带债务和连带责任的分离与融合

由于《民法典》不设债法总则，合同编发挥了实质债法总则的作用，故规定于该编的连带债务一般规定应适用于整个债法，侵权连带债务自然也不例外。^{〔3〕}依此而论，在总则编的统摄下，合同编、侵权责任编通过分别规定连带债务和连带责任，实现了债与责任的分离。《民法典》合同编于第518条至第521条设置了连带债务的一般规定，尤其是：（1）从债法的角度重申了多数人之债原则上应当是按份之债，强调仅在法律有规定或当事人有约定的情形下才成立连带之债。（2）明确了追偿权的范围。实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权向其他连带债务人追偿，其他连带债务人承担追偿责任的范围限于未履行的份额。（3）规定了代位权。承担债务超过自己份额的连带债务人相应地享有债权人的权利。代位权的法理依据是法定债权让与，基于从随主法则，相关债务人不仅会承受主债权也会承受其从权利。连带债务人不因为发生法定债权让与而地位下降，可以继续向代位权人主张对债权人的抗辩。（4）依据连带债务人的相互担保性规定了分担请求权，即“被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的，其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担”。

〔2〕《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则（草案修改稿）〉修改意见的报告》（2017年3月14日）第4条指出：“草案修改稿第178条对连带责任作了规定。有的代表提出，连带责任是两个或者两个以上的债务人共同向债权人承担民事责任，是一种较为严厉的责任方式，除当事人有约定外，宜由法律作出规定。法律委员会赞成上述意见，建议在这一条增加一款作为第三款：连带责任，由法律规定或者当事人约定。”

〔3〕参见王利明：《论民法典合同编发挥债法总则的功能》，载《法学论坛》2020年第4期，第10页。

侵权连带责任未必都适用连带债务，例如，从侵权责任的惩罚性角度而言，基于故意的侵权连带责任不具备可让与性，一般不得抵销、免除。

3. 侵权责任编规定了多数人侵权责任的基本类型

(1) 一般和特殊结合的侵权连带责任

共同加害行为、共同危险行为、教唆帮助侵权为侵权连带责任的基本类型，这些基本类型可以同时适用于一般侵权、过错侵权。特殊侵权连带责任规定于侵权法分则即《民法典》侵权责任编第3章至第10章和特别法，主要适用于特殊侵权、无过错侵权，具体包括：其一，基于“避风港规则”“红旗规则”，网络服务提供者未采取必要措施，知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益的，可导致连带责任。该规则建立了基于平台的连带责任，在数据、个人信息侵权中也可以得到广泛适用。其二，机动车致害连带责任。挂靠人和被挂靠人对机动车发生交通事故致害承担连带责任（第1210条）。买卖、转让拼装或者报废机动车的，由转让人和受让人承担连带责任。其中，挂靠人和被挂靠人连带责任是《民法典》新增类型（第1214条）。由于是否需要承担责任还须依法进一步判断，以上连带责任规范并非完全独立的裁判依据，而只是责任归属规范。其三，物件致害中的连带责任。在高度危险责任中，遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，所有人有过错的，与管理人承担连带责任（第1241条）。所有人、管理人不能证明对防止非法占有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任，但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外（第1252条）。物件致害中的连带责任表明立法可以对侵权连带责任设立独特的过错要件、免责事由，在发挥连带责任对外加重责任以保护受害人的作用的同时，兼顾对行为自由的考量，从而使制度设计更加均衡。

(2) 建成以按份责任为原则，补充责任、不真正连带责任、连带责任为例外的多数人侵权责任体系

尽管在法典上按份责任（第1171条）位居连带责任（第1168条）之后，但应先予适用。为实现利益平衡或政策考量，在多数人环境侵权中，《民法典》将原来《侵权责任法》的连带责任改为按份责任。法典还明确规定因第三人的行为造成他人损害时，经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务时应承担补充责任（第1198条第2款）。至于教育机构中第三人侵害非完全民事行为能力人时，教育机构未尽管理职责的补充责任（第1201条）实际上是安全保障义务责任的具体适用。《民法典》放弃《侵权责任法》第34条第2款的做法，规定劳务派遣中被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，劳务派遣单位有过错的承担相应的责任。所谓的相应责任是按份责任而不是补充责任，责任承担分量加强且更加简明（第1191条）。对缺陷产品致害责任、医疗产品致害责任适用不真正连带责任。总的来说，侵权补充责任、不真正连带责任居于连带责任的外围，对侵权连带责任构成补充，在一定意义上松动了连带责任的刚性。

(三) 多数人侵权的规范困境

尽管现行法已经建成多数人侵权规范体系，但是现实立法或适用上仍然存在诸多的规范困境，主要包括：

1. 如何看待连带责任的类型创新

既然连带责任法定原则是《民法典》的重要原则，那么特别立法和法律适用中应该抑制连带责任类型的创新。然而，实务上时常出现因在连带责任基础上创新推出“部分连带责任”“比例连带责任”等类型而导致的争议。所谓“部分连带责任”之典型情形有：一是发生于教唆帮助无民事行为能力人或者限制民事行为能力人侵权的场合，教唆、帮助人承担全部责任，监护人未尽到监护职责的承担相应的责任（第1169条）。二是针对无意思联络的数人环境侵权，规定足以造成全部损害的承担全部责任，只是造成部分损害的承担按份责任。^{〔4〕}关于比例连带责任，法律实务上主要以证券市场虚假陈述侵权责任为典型。考虑到连带责任对于仅有轻微过失的中介机构过于严苛，^{〔5〕}让其对外只承担一定比例的责任，对内自然也限制其承担追偿责任，依此更能彰显比例原则精神，既使责任分担更加精细、有利于兼顾加害人和受害人的平衡，又契合激励相容原理，与现行法不存在价值判断或规范上的矛盾。

“部分”或“比例”自然需要综合过错、原因力等主客观因素综合确定，这赋予了法官裁量权。为防止可能因此而对债权人不利，有学者建议考虑债权人和债务人之间的实力差异，使比例连带债务人对自然人小投资者承担全额连带责任，对其他投资者未获清偿部分继续承担总计不超过其比例份额50%的责任。^{〔6〕}问题是，连带责任的突出特点是对外整体承担责任，而无论是部分连带责任还是比例连带责任，至少一个债务人只承担部分责任，已不同于典型连带责任；而所有债务人的责任之和大于100%，又使之不同于按份责任。既然不同责任人各自承担不同范围的责任，整体性已经被破坏，所谓新的责任类型已经具备分别的侵权责任之（部分）叠加的特点，^{〔7〕}为何不称为按份责任，而硬要将其界定为特殊的连带责任？此外，增加一种新的类型明显会使数人侵权责任类型更加泛化，存在松动法定原则立法模式、解释空间过大的风险。

2. 如何确定“相应”的责任

承接上一个规范困境，或许主要是基于滥用连带责任导致责任人无差别地承担全部责任的担忧，立法者认为无论是在责任形态还是责任范围都有必要加以限制，立法者就在多数人侵权领域频繁使用“相应”二字，导致法律规范上出现了相应的责任、相应的补充责任等新的形态。问题是，何谓“相应”，又与何“相应”。法律并无明文，解释上则扑朔迷离。

（1）本该明确却未明确的“相应的补充责任”

所谓补充责任，包含责任范围和顺位两方面的补充性，由于《民法典》缺乏对侵权补充责任的一般规定，从而滋生了“相应的补充责任”问题。以《民法典》第1198条第2款规定的第三人侵权责任为典型，这种侵权是不作为与作为的结合，即安保义务人未实施积极作为，与直接侵权行为结合造成受害人损害。^{〔8〕}但是，违反安保义务未必引发补充责任，既不排除构成共同加害行为须承担连带责任的可能，也不排除基于无意思联络数人侵权导致按份责任的可能。^{〔9〕}有

〔4〕 参见《最高人民法院关于审理生态环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2023〕5号）第7条第1款。

〔5〕 参见邢会强：《证券中介机构法律责任配置》，载《中国社会科学》2022年第5期，第99页。

〔6〕 参见邹学庚：《虚假陈述比例连带责任的认定模式与体系展开》，载《法学研究》2023年第4期，第148页。

〔7〕 参见缪因知：《比例连带责任的叠加责任属性与追偿规则设置》，载《政治与法律》2024年第4期，第162页。

〔8〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社2020年版，第108页。

〔9〕 参见重庆市第二中级人民法院（2012）渝二中法民初字第1276号民事判决书。

的学者，则认为“相应的补充责任”（如《民法典》第1198条第2款）无非附加了“先执行抗辩权”这一外部效力，并未改变其按份责任的内核。^{〔10〕}《民法典》未明确规定侵权补充责任中的先诉抗辩权，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释（一）》〔法释〔2024〕12号，以下简称《民法典侵权责任编解释（一）》〕第24条则针对“建筑物管理人未采取必要的安全保障措施防止从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，具体侵权人、物业服务企业等建筑物管理人作为共同被告的”，要求在判决中明确，建筑物管理人“在人民法院就具体侵权人的财产依法强制执行后仍不能履行的范围内”，承担与其过错相应的补充责任。此外，在高空抛物侵权人无法查明时，建筑物管理人因丧失先执行抗辩权而事实上承担了按份责任，“与其过错相应的责任”〔《民法典侵权责任编解释（一）》第25条〕是事实上的按份责任。

（2）须依托具体语境进一步类型化的“相应的责任”

《民法典》有12处规定了“相应的责任”、4处规定“相应的赔偿责任”，在司法解释及特别法（如《电子商务法》第38条第2款）中也大量使用“相应的责任”。《民法典》中“相应的责任”或“相应的赔偿责任”广泛出现在总则编（无效民事法律行为的后果、按份责任的承担）、合同编（双方违约、与有过失、特殊违约责任），而侵权责任编运用最广（教唆帮助无行为能力人或限制行为能力人中监护人的责任、无意思联络数人侵权的按份责任、委托监护中受托人的过错责任、劳务派遣单位的过错责任、提供劳务一方因劳务受到损害的根据各自过错承担责任、定作人的过错责任、公共道路管理人的相应的责任）。从法条表达上看，“相应的责任”可以明确适用于确定责任份额的情形有各方都有过错导致同一损害的按份责任、受害人有过错的应自担责任产生过失相抵。比较复杂的是，当存在第三人过错时，第三人应承担责任的形态。例如，机动车所有人、管理人与使用人不是同一人时，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，除使用人承担责任外，机动车所有人、管理人应承担与过错相应的赔偿责任，对此学理上存在按份责任、补充责任、连带责任的争论。对于《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”的理解，学界与实务界众说纷纭，存在究竟是按份责任、连带责任、补充责任、部分连带责任等^{〔11〕}多种解读。在此基础上，有学者建议在不同语境下予以区别对待：其一，在行为人违反安全保障义务的场景（如《民法典》第1256条），其责任形态应为“相应的补充责任”；其二，在行为人未违反安全保障义务但存在过错的场合，当其结构基础类似于缺陷产品致害责任，生产者是无过错责任、销售者是过错责任时，为不真正连带责任〔《最高人民法院关于审理预付式消费民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2025〕4号）第6条使用了“根据其过错承担民事责任”的表述〕，否则，足以导致全部损害者承担全部责任，仅对损害发生具有部分过错或原因力者承担部分连带责任。^{〔12〕}

3. 如何限定随意而成的“共同承担责任”

“共同”作为形容词或副词在我国民事立法中得到广泛使用，可用于限制权利，比如“共同

〔10〕 参见吴越：《安全保障义务人侵权补充责任的理论反思》，载《法学研究》2024年第4期，第133-151页。

〔11〕 参见程啸：《连带责任的法定化与部分的连带责任》，载《法学家》2025年第1期，第143页。

〔12〕 参见朱晓峰：《论无意思联络数人侵权赔偿责任形态的体系化》，载《中国法律评论》2025年第6期，第71-73页。

共有”，可以用以描述某种组织体，比如“共同代理人”“共同受托人”“共同监护人”，也可以用来描述义务或责任承担，即“共同承担义务或责任”，此时所对应的共同主体应承担连带责任。^{〔13〕} 通过对比《民法典侵权责任编解释（一）》的有关规定即可得出明显结论，这里的“共同承担责任”完全可以源于主体的共同性而不严格要求存在共同加害行为。共同体源于法律的明确规定或当事人的约定，为此，法律规定夫妻共同体即便是离婚，也应该共同承担责任。

值得注意的是，《民法典侵权责任编解释（一）》计有13处使用“共同”，其中5处使用于“共同被告”而内含共同承担责任的目的，但是否最终为连带责任还离不开诉讼中的具体判断。其中，因第三人导致侵权的，教育机构须承担补充责任（第14条）；因抛掷物、坠落物致害的建筑物管理人也需承担补充责任。有的是共同主体连带承担责任，例如，未成年子女造成他人损害，父母应承担的责任（第7条）。有的是所谓的部分连带责任或者补充责任，例如，在委托监护的情形下，监护人承担全部责任，而受托人承担部分责任（第10条）；教唆帮助无行为能力人或限制行为能力人致害的情形，教唆帮助人承担全部责任，监护人承担部分责任（第12条）；劳务派遣中工作人员致害的，接受劳务单位承担全部责任，派遣单位承担部分责任（第16条）；承揽人致害的承揽人应承担全部责任，定作人承担部分责任（第18条）；未投保机动车引发交通事故的，交通事故责任人承担全部责任，未投保义务人承担部分责任（第21条）

以上三种规范适用上的困境焦点是如何实现“新酒”入“旧瓶”，并最大限度地维护多数人侵权责任体系的稳定性与逻辑一致性。于《民法典》外创设部分连带责任等类型，虽然追求精细化的责任分担与平衡，却忽略了这一创新可能导致数人侵权责任形态的类型泛化、内容扩张。采取承担相应的责任、共同承担责任，虽然通过模糊、笼统的表达容易实现规范上的统一，却给司法解释适用带来了不应有的障碍。其实，无论是权利还是责任，统揽其类型、内容的立法模式都会涉及是否坚持法定原则的问题。这就需要从民商合一的宏观视野中重申侵权连带责任法定原则。

二、民商合一视野下侵权连带责任的“一体两翼”构造

多数人侵权体系的核心是如何正确对待侵权连带责任法定原则，而为全面起见，必须将其置于我国立法所采纳的民商合一宏观模式之下，辨析其在民法或商法应有的地位，依此形成“一体两翼”的侵权连带责任的构造前提。

（一）一体：维持制度刚性的侵权连带责任法定原则

1. 侵权连带责任法定原则的缘起、处境

侵权连带责任法定原则缘起于对过度适用集体责任的警惕。古代法中，侵权连带责任与团体本位社会结构紧密相连，基于集体责任广泛适用连带责任。^{〔14〕} 现代各国对侵权连带责任的规范模式风格各异，以法定类型方式界定侵权连带责任更为先进。《法国民法典》甚少涉及连带责任，

〔13〕 参见《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2020〕19号）第7条。

〔14〕 参见〔美〕费正清：《美国与中国》，世界知识出版社2008年版，第25页。

但通过特别法及判例发展出丰富的类型体系，并依赖“无法条化的一般条款”实现体系化。^{〔15〕}德国法则采用比较严格的法定主义，先是于《德国民法典》第 830 条明确规定了共同加害行为、教唆帮助行为与共同危险行为三种基本类型，再是，其第 840 条虽然原则规定“二个以上一同就因侵权行为发生的损害承担侵权责任，作为连带债务人承担责任”，但这并不具备一般条款功能，而只是导向主观化责任构成的索引。^{〔16〕}

各国侵权连带责任法定原则受到挑战，连带责任出现废止、泛化或一般化等风格迥异的发展，亟待通过连带责任法定树立起应有的形象：其一，在侵权法改革运动中，受保险人阶层的影响，美国各州明显出现了废除连带、改采按份责任的实践或思潮。^{〔17〕}其二，在责任细密权衡的前提下，欧洲各国责任效果多元分裂，不真正连带责任、补充责任兴起，团伙侵权、累积因果关系等新类型在环境、产品、交通、网络及商事领域急剧扩张。^{〔18〕}其三，责任构成客观化扩张。深受刑法影响，传统共同侵权强调意思联络或共同过错，现代法则更关注损害之不可分性及因果关系，强调填补损害与分散风险的功能，使连带责任在构成要件与证明责任上均更趋客观化。^{〔19〕}其四，传统类型界限日益模糊，教唆帮助、共同加害与竞合加害等趋于融合，共同侵权与共同危险行为亦渐接近。^{〔20〕}在此背景下，欧洲统一立法，如《欧洲侵权法原则》(PETL)与《欧洲私法框架草案》(DCFR)，尝试以“同一损害”及“聚合因果关系”为核心确立连带责任一般条款，推动责任体系的客观化整合。同时，美国《侵权法重述》尝试以“损害不可分性”为基础构建一般条款。^{〔21〕}

与各国侵权连带责任出现废止、泛化或一般化等风格迥异的发展相呼应，中国立法中也出现连带责任从限制到泛化再收紧的“矫枉过正”式发展道路，连带责任类型的刚性约束大打折扣，如果辅之以实践中普遍存在的家父主义审判方式，共同被告和共同承担责任几乎要与连带责任直接划等号。

2. 民事侵权连带责任法定化的必要性

《民法典》第 178 条第 3 款明确规定：“连带责任，由法律规定或者当事人约定。”该规定明确了连带责任的发生原因限于法律规定或是当事人约定。侵权连带责任自然须由法律规定，从而明确了连带责任法定原则。连带责任法定化的必要性在于：其一，源于其作为“加重责任”的本质属性。在个体主义责任理念下，多数人责任应该原则上适用按份责任原则，连带责任成为例外。连带责任突破了“责任与过错相适应”的传统原则，使某一责任人可能面临超出其实际过错程度的赔偿责任。因此，必须通过法定方式明确其适用边界，平衡受害人保护与行为人自由，防

〔15〕 See Herman Cousy & Dimitri Droshout, *Multiple Tortfeasors under Belgian Law*, in *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, Kluwer, 2004, p. 31.

〔16〕 See Ulrich Magnus, *Multiple Tortfeasors under German Law*, in *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, Kluwer, 2004, p. 89.

〔17〕 See Y. Nomi, *Proportionality in Tort and Contract Law*, in *Modern Trends in Tort Law*, Kluwer, 1999, p. 209; [日] 圆谷峻：《判例形成的日本新侵权行为法》，赵莉译，法律出版社 2008 年版，第 347-348 页。

〔18〕 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谟译，法律出版社 2004 年版，第 528 页。

〔19〕 参见 [德] 马克斯米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社 2006 年版，第 234 页。

〔20〕 参见 [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》(上)，张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 79-81 页。

〔21〕 参见《侵权法重述(第三次)》第 9 条。

止司法实践中因政策考量或情感因素而任意扩大责任范围。连带责任法定也符合了例外规定法定技术的常理。其二，法定化明确了举证责任，也有助于统一裁判标准，避免因法官对“共同性”“整体性”等抽象概念理解不一而导致类案不同判现象，进而防止司法裁量权的滥用，维护法的安定性。

为实现上述目标，理论上依据责任“整体性”来源将连带责任区分为“自然连带责任”与“建构性连带责任”，并采取不同程度的法定化要求。其一，自然连带责任源于数人行为在事实层面的紧密关联性与整体性，例如共同故意侵权、共同危险行为等，法定化程度可相对宽松。这类责任中，各行为人的行为造成同一损害，并具有整体性因果关系与整体性过错。其二，建构性连带责任并不具备事实上的整体性，而是基于特殊的公共政策考量，拟制其整体性而建构出连带责任。对于建构性连带责任，必须坚持严格的法定主义。^[22] 教唆帮助无民事行为能力人或者限制民事行为能力人侵权的场合，教唆、帮助人承担全部责任，监护人未尽到监护职责的承担相应的责任。无意思联络的数人环境侵权，规定足以造成全部损害的承担连带责任，只是造成部分损害的承担按份责任。这两种情形下，责任人不具备自然整体性或拟制整体性，缺乏责任人对外承担全部责任、内部具有追偿权这些基本要素，应该不构成连带责任。

（二）两翼之一：商事领域多数人侵权原则上产生连带责任，以软化法定原则的刚性

尽管在外部类型上相似，但商事侵权连带责任与民事侵权连带责任在实质内核与适用逻辑上存在根本差异，可谓“形似神异”。其根源在于，民法领域严格奉行连带责任法定原则，而商法则呈现出更广泛的适用倾向，甚至近乎以连带责任为原则。这可以有效软化连带责任法定原则的刚性，提升多数人责任体系的整体弹性。

商事连带责任旨在化解信息不对称、通过外观主义维护商业信用，并作为替代政府管制的私法工具，其深层逻辑是以强者心态进行利益平衡，认为商事主体具备更强的风险抵御能力，并将风险分散作为核心目标。商事活动具有显著的公开性、涉众性及风险扩散性，其侵权后果往往影响范围广、损害数额大。为强化对不特定多数债权人（如消费者、投资者）的保护，维护交易安全与市场秩序，立法与司法实践常在商事领域对连带责任的适用进行政策性扩张。例如，在证券虚假陈述责任中，发行人、控股股东、实际控制人、中介机构等主体常基于其地位、职能与过错程度，对被侵权人承担连带责任，即便其行为与最终损失之间的因果关系强度各异。

商事连带责任贯穿主体成立、存续、消灭的全过程（如发起人责任、人格否认），并广泛产生于多环节的复杂交易中，常与违约责任相交融，借助合同规则（如“明知”的认定）简化责任认定，实质性地突破合同相对性。^[23] 这决定了其在立法指针、归责原理上独立于民事连带责任。此外，商事主体的风险预见能力与风险负担能力通常高于普通民事主体，其可通过价格机制、责任保险等工具分散风险，这为连带责任的普遍化提供了合理性基础。因此，商事侵权领域的责任形态序列呈现“连带责任为主，按份责任为辅”的特征，且补充责任与不真正连带责任的适用空间相对限缩。证券市场虚假陈述侵权中仅有轻微过失的中介机构对外只承担一定比例的责任，对

[22] 参见张平华：《连带责任的弹性不足及其克服》，载《中国法学》2015年第5期，第119-124页。

[23] 参见张平华：《商事侵权与民事侵权的“形似神异”：以连带责任为中心》，载《法学》2016年第11期，第130-134页。

内自然也限制其承担追偿责任，此时所谓的比例连带责任反而构成了商事领域多数人侵权的例外，应该得到法律的明确规定。

（三）两翼之二：广泛适用意定连带责任，以软化法定原则的刚性

意定连带责任具有双重功能。一是允许当事人通过意思自治设立连带责任，从而在源头上坚持其“例外性”，防止司法滥用；二是体现“合同中心主义”，以其为模板统一规范连带责任的法律效果，保障责任体系的整体性与协调性。意定连带责任的设立需满足以下严格要件：主体需两个以上且地位平等；可通过单方行为（如债务加入）或合同行为设立；意思表示必须“明示”，通常要求书面等形式，民事领域禁止默示推定，商事领域可适当放宽。其主要类型包括“共同合同”（不必然导致连带责任）、“债务加入”（产生真正的连带责任），以及“连带担保”（包括保证、共同担保等，适用特别的担保规则）。〔24〕意定连带责任在商事领域得到更多应用，有效满足了当事人连带责任的需求，有助于避免司法实践中法定连带责任的滥用。从这个角度说，意定连带责任是对法定连带责任的重要支撑。

纵观整个民商事领域，侵权连带责任的立法模式具有“一体两翼”的宏观结构。民事领域坚持以连带责任法定原则为“体”，可以确保连带责任应有的刚性，严格贯彻多数人侵权中的过错原则，避免连带责任的滥用风险，确保法律体系的安定性；在商事领域，多数人侵权在原则上适用连带责任以及基于当事人意思自治设立连带责任则构成两翼，可以契合商事领域自身的特点，有限松动连带责任的刚性，充分满足交易的合理期待，维护应有的体系妥当性。在此前提下，比例连带责任反而更有法定的必要。

三、多数人侵权的类型序列

在民事领域坚持侵权连带责任法定原则的前提下，多数人侵权的不同责任形态具有不同的规范属性、体系地位，其法律适用规则亦存在差别，依此形成结构严谨、层级分明的类型序列。该类型序列构成了具有体系拘束力的规范整体，可以有效防止事实构造或解释适用上的随意性。

（一）多数人侵权类型序列的“两极对立—类型有限”基本结构

1. 开放一极：按份责任原则

根据自己责任原则，《民法典》第1172条应具备基础地位，按份责任是处理多数人侵权的首要规则和一般规则。其适用条件包括，每个行为均构成侵权，数人行为在大体一致的时空背景下导致“同一损害”，行为与损害间存在松散、可分的因果关系组合。责任份额的确定应综合考量过错程度、原因力、当事人约定或法律规定（如《民法典》第1231条）等多种因素，难以确定时则平均分担。〔25〕

按份责任虽为一般规则、兜底性制度，但这并不意味着在特定侵权领域中只能强制适用按份

〔24〕 参见张平华：《意定连带责任的构造与类型》，载《法学》2022年第4期，第112-118页。

〔25〕 参见张平华：《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》，载《东南学术》2020年第5期，第38页。

责任。因此，尽管法律规定环境污染和生态破坏中的多数人侵权适用按份责任，但如果多个行为人的行为都足以导致同一损害的发生，则构成连带责任。

2. 收缩一极：侵权连带责任

侵权连带责任属于处理多数人侵权的例外，适用法定原则，对应共同加害行为、共同危险行为、教唆帮助侵权、聚合因果关系等基本类型，不同的类型具有不同的构成要件。因为其系加重责任，受害人需要举证证明共同过错等要件；如果举证不能，但是可以证明按份责任，仍然可以适用按份责任。这说明侵权连带责任所对应的事实是一种规范事实而不是纯粹的生活事实，完全可以从不同的角度加以描述、证明或型构。

3. 中间形态之一：侵权补充责任

《民法典》明定的侵权补充责任有基于第三人原因的违反安全保障义务（第1198条第2款）和教育机构违反管理职责（第1201条）侵权责任。^[26]该责任形态弥补了可能的赔偿缺口，体现了分配正义的要求，并保障了安全秩序。作为连接连带责任与按份责任的“非典型”中间形态，补充责任具有极强的建构性，其责任存在位阶差异，改变了责任人之间的平等格局。^[27]未来立法上还需进一步明确补充责任在责任效果上的要素，包括先诉抗辩权（执行顺位）、责任范围限制（通常不超过40%）以及追偿权（向终局责任人追偿）。^[28]无论从义务阶层差异还是相关的责任效果看，补充责任具有极强的规范属性，也有必要防止其滥用，^[29]故应予以法定。由于补充责任本质上就应该有限定的范围、限定的顺位，既有规范表述中所谓“相应的补充责任”中的“相应”一词构成冗余。

4. 中间形态之二：不真正连带责任

不真正连带责任具有多个发生原因但给付内容同一，债务间无内在关联、仅为偶然结合而不具备应有的整体结构，故具有“对外连带，对内单向追偿”特征，^[30]即存在终局责任人与非终局责任人之分，后者履行后可向前者追偿。^[31]《民法典》中“债权人可向中间或终局责任人求偿，中间责任人担责后可向终局责任人追偿”的表述范式，契合此特征，故可认定其规定了不真正连带责任中的追偿权。我国《民法典》未明文规定不真正连带债务，但其通过实质性的追偿权规则而存在于产品责任（第1203—1204条）、医疗产品责任（第1223条）等领域。^[32]不真正连带责任不同于连带责任，其责任人在责任事实上分属不同层次，因果关系“较近”者负终局责任，“较远”者仅承担预先清偿义务，此时一人的履行不消灭他人债务。^[33]

不真正连带责任概念模糊、逻辑不一，有学者认为现行法中的请求权让与和真正连带责任、

[26] 同上注，第44页。

[27] 参见张平华、王圣礼：《侵权补充责任的独立地位及其体系化》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期，第24—30页。

[28] 同上注，第31—33页。

[29] 参见李中原：《论民法上的补充债务》，载《法学》2010年第3期，第85页。

[30] 参见张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023年第3期，第6页。

[31] Vgl. Wemer Korintenberg, Echte und Unechte Gesamtschuld, Duisburg, 1931, S. 18.

[32] 参见张平华：《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》，载《东南学术》2020年第5期，第46页。

[33] 参见李中原：《不真正连带债务理论的反思与更新》，载《法学研究》2011年第5期，第45页。

补充责任已足以解决相关问题。^{〔34〕}不真正连带责任既承认责任构成上的偶发性、非整体性，又承认责任效果上的整体性，造成连带责任的外观——具有终局责任人，而且受害人具有选择权。因此，不真正连带责任不宜滥用，否则，限制连带责任的立法目的将形同虚设。^{〔35〕}实践中，其与连带责任常被混淆，这种模糊处理削弱了连带责任的刚性，存在滥用风险。^{〔36〕}不真正连带责任是待发展和进一步定型的概念，随着连带责任、补充责任的法定，不真正连带责任的范围得到了压缩，未来有必要设立其法定类型、明确规定全额追偿权，以限制其扩张滥用。

综上所述，要明确按份责任的开放性、原则性，连带责任的法定性、例外性，明确这两个极点的地位不可动摇；在两者之间依法承认补充责任、不真正连带责任，形成整体上比较明确、有限的类型序列而不是模糊、无限的类型序列。这一类型序列作为整体拘束着多数人侵权的类型创新和扩张解释。

（二）类型序列所蕴含的特点或规律

以不同的事实或法律因素为标准，多数人侵权存在着不同的类型序列，这些类型序列可以总体解释蕴含于不同类型中的一般规律。^{〔37〕}借此分析框架，能够更为清晰地判断不同情形下连带责任的正当性基础及其适用要件，从而为司法实践提供体系化的指引。

1. 以事实构成“整体性”为标准的类型序列

多数人侵权的类型序列可依据行为与损害之间的“整体性”强度进行序列划分：整体性越强，越倾向于适用连带责任，事实构成的整体性顺畅地对应于法律效果上的连带性；整体性越弱，则越倾向于适用按份责任，事实构成上的个别性对应于个人主义的责任。依此形成多数人侵权两极和中间形态相结合的多点分布。

连带责任是多数人侵权的一个极点，根据整体性来源不同，基于自然事实整体性的连带责任正当性最强，尽管其内部整体性程度、正当性也存在差别。基于政策拟制整体性的连带责任正当性较弱，公共政策的强行介入越强，其正当性越背离事实的本质面目。

按份责任是多数人侵权责任的另外一极，其整体性最弱，对应于因果关系松散、原因力可明确区分的数人侵权，即《民法典》第1172条所规定的“分别实施侵权行为并造成同一损害”的情形。所谓的“与过错相应的责任”原则上就是按份责任。补充责任与不真正连带责任为类型序列的中间形态。补充责任适用于责任主体处于不同阶层、行为性质与过错程度显著差异的情形，典型代表为违反安全保障义务的责任（《民法典》第1198条第2款）。为避免对补充责任人不公，补充责任应坚持法定主义，即限于法律明确规定的情形、限于特定主体范围，才有补充责任的适用。^{〔38〕}

在已经确定两极和中间形态的前提下，立法应在这些已经确定的责任形态中进行选择，避免

〔34〕 参见章正璋：《多数人之债法律问题研究》，中国政法大学出版社2024年版，第213-215页。

〔35〕 参见张平华、王圣礼：《侵权补充责任的独立地位及其体系化》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期，第31-33页。

〔36〕 参见张平华：《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》，载《东南学术》2020年第5期，第46页。

〔37〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第583页。

〔38〕 参见张平华：《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》，载《东南学术》2020年第5期，第44页。

随意创设多数人侵权的新类型。基于类型序列所具备的整体拘束力，应坚持责任形态的“类型强制”。关于部分连带责任，许多学者认为，其是侵权法为应对复杂社会现实而进行的“中国式创新”。^{〔39〕}我们认为，在所谓的“部分连带责任”或部分解释条文中的“共同承担责任”中，如果部分具备整体性，则责任人对这一部分承担连带责任，剩余部分不具备整体性，就不构成连带责任。从这一角度上说，部分连带责任不是连带责任和按份责任的组合，而是真正的连带责任或按份责任。由于案件所涉损害具备可分性，其主要适用于金钱赔偿的责任而不适用于停止侵害的连带责任。

2. 过错或因果关系整体性

整体性强度呈现出由高至低的排序，其中过错或因果关系的整体性越强，连带责任的正当性越突出。在坚持过错责任主导地位的前提下，过错的整体性显然应该在连带责任的成立上具备主导地位。由此形成的类型内部序列为：（1）共同加害行为为单独加害行为的整体升级，整体性最强。（2）教唆帮助侵权是共同加害的特殊形式，其行为已经存在分工，但因教唆帮助中的主观故意而将其整合为一体。（3）共同危险行为旨在化解加害人不明的现实难题，行为人之间已经不存在共同意思联络，整体性程度下降，只要求行为具有时空关联和危险同质性。^{〔40〕}相应地，法律赋予了每位行为人举证免责的可能。（4）客观上紧急结合而生成同一损害的行为，缺乏主观过错的整合，整体性较低，只是按照法律规定而产生连带责任。在生态环境领域，相互结合的生态环境污染行为即便无意思联络，仍因多个污染行为在物理或化学上相互作用产生不可分损害而适用连带责任。^{〔41〕}（5）聚合因果关系中，行为分别实施但每一行为均足以造成全部损害。这一类型已经完全没有整体化过错，称其为连带责任只是为了保护受害人、防止加害人免责，而其应否为真正连带责任、责任人相互之间是否享有追偿权，并非无异议。

对于处于不同阶层的责任人，还需结合其主观状态和行为的实际作用力，进一步细分责任形态序列。《民法典》第222条规定的登记错误责任即为适例。该条规定：“当事人提供虚假材料申请登记，造成他人损害的，应当承担赔偿责任。因登记错误，造成他人损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。”登记机构责任的定性在现行法中存在模糊空间，《民法典》及相关司法解释都不明确。较为合理的做法是参照《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》第5条，^{〔42〕}区分责任人主观状态而异其责任。由此推导出的结果为：当事人提供虚假材料应承担赔偿责任；登记机构因过失未能发现错误造成损害的，承担与其过错相应的补充赔偿责任；明知材料虚假或者与当事人恶意串通的，登记机构与当事人承担连带赔偿责任。

〔39〕 参见程啸：《连带责任的法定化与部分连带责任》，载《法学家》2025年第1期，第143页。

〔40〕 参见张平华：《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》，载《东南学术》2020年第5期，第39页。

〔41〕 《最高人民法院关于审理生态环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2023〕5号）第9条规定：“两个以上侵权人分别排放的物质相互作用产生污染物造成他人损害，被侵权人请求侵权人承担连带责任的，人民法院应予支持。”

〔42〕 该条规定：“当事人提供虚假证明材料申请公证致使公证书错误造成他人损失的，当事人应当承担赔偿责任。公证机构依法尽到审查、核实义务的，不承担赔偿责任；未依法尽到审查、核实义务的，应当承担与其过错相应的补充赔偿责任；明知公证证明的材料虚假或者与当事人恶意串通的，承担连带赔偿责任。”

四、多数人侵权责任的解释问题

在坚守法定原则的前提下，为克服成文法滞后性并实现个案公正，司法实践发展出多种法律解释方法。

（一）多数人侵权责任的类型识别

类型识别是事实解释的前提。

1. 连带责任的识别

自然连带责任、建构性连带责任对法条是否须明示“连带”字样提出不同要求。自然连带责任因具备较强的伦理可责性与事实上的连带基础，即便法律条文中未明确使用“连带”一词，只要责任构成具备整体性，仍可通过体系解释、目的解释等方法认定其成立。与之相反，建构性连带责任的成立并非源于行为本身的自然联系，而是出于风险分配、消费者保护、公共利益维护等政策目标。因此，对于建构性连带责任，非经法律明示不得成立，禁止司法类推适用，以防止责任范围的无限扩大。^{〔43〕}

2. 补充责任的识别

对于补充责任，法条须明确使用“补充”一词，其适用范围法定，典型如《民法典》第1198条第2款和第1201条，责任范围通常受限且责任人处于第二顺位，^{〔44〕}禁止类推适用。^{〔45〕}司法裁判中也需要明确补充责任，以防止突破补充的限度，发展成为连带责任。补充责任可以有责任位次和责任限额上的补充，立法上的“相应的补充责任”重在和责任予以限额而不是按份责任。

《民法典》第1254条第2款采用了“依法承担未履行安全保障义务的侵权责任”的表述，这很容易被误解为物业服务企业等建筑物管理人承担的仅是补充责任。其实，按照体系解释，该责任形态不仅包括《民法典》第1198条第2款规定的安全保障义务人的补充责任，还包括该条第1款规定的违反安全保障义务的直接责任。^{〔46〕}

3. 不真正连带责任的识别

不真正连带责任具有清晰的构成特征：一是存在两个以上的独立责任主体，其均需对被侵权人的全部损害承担可能的赔偿责任；二是法条明确规定终局责任人，并赋予非终局责任人追偿权。其标准表述范式为“被侵权人可以选择请求A或者B承担赔偿责任；……非终局责任人担责后有权向终局责任人追偿”。^{〔47〕}

〔43〕 参见张平华：《连带责任的弹性不足及其克服》，载《中国法学》2015年第5期，第128-133页。

〔44〕 参见张平华、王圣礼：《侵权补充责任的独立地位及其体系化》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期，第29页。

〔45〕 《侵权责任法》（二审稿）本来设有侵权补充责任的一般规定，即“损害是由第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。法律规定有关单位或者个人承担补充责任或者相应责任的，依照其规定”。上述规定虽未生效，但其明确承认是否适用补充责任取决于法律的规定，确立了侵权补充责任的严格法性格。从特定类型的适用范围上看，侵权补充责任规范也应当是严格法。

〔46〕 参见陈龙业：《高空抛物侵权责任规则的体系化适用》，载《现代法学》2025年第4期，第101页。

〔47〕 参见张平华：《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》，载《东南学术》2020年第5期，第46页。

4. “相应的责任”“共同承担责任”中责任形态的识别

既有法规范中使用的“相应的责任”“共同承担责任”表述系从不同视角规定多数人侵权责任，其中的“相应”“共同”的模糊表述本身并未明确具体责任形态，仅表明了数人应一并承担侵权责任，该类表述本质上属于衔接不同责任形态的中间概念，既可能导向连带责任，也可能导向按份责任，抑或其他责任形态。因此，对于其中具体责任形态的识别，仍需回归各责任形态的特质本身，结合各主体的行为关联性、主观过错及原因力等要素综合判定。例如，《民法典侵权责任编解释（一）》第7条规定，未成年子女造成他人损害，被侵权人可请求父母共同承担侵权责任。此处的“共同”是否为连带责任？未必，这里应该先由子女财产支付，不足部分再由父母共同承担，并需进一步区分父母是否离异等情形而区别对待。^{〔48〕}再如，按照《民法典侵权责任编解释（一）》第10条的规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，被侵权人合并请求监护人和受托履行监护职责的人承担侵权责任的，监护人承担侵权人应承担的全部责任，受托人在过错范围内与监护人共同承担责任。这里的共同承担责任实际上是补充责任。类似的，该司法解释第12条规定的“教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为……教唆人、帮助人承担侵权人应承担的全部责任；监护人在未尽到监护职责的范围内与教唆人、帮助人共同承担责任”，这里的“共同”也是指按份责任，未来可通过修改法律将它明确为补充责任，但不应解读为连带责任以及所谓的部分连带责任。与“共同承担责任”的表述类似，“相应的责任”中的“相应”由于有着多样化的解释，许多时候，“相应的责任”只是构成承担责任的中介桥梁，旨在为未来适应具体情形提供选择或确定的空间。

（二）体系化的解释方法

为避免连带责任在司法实践中被滥用，并实现侵权责任承担中的利益均衡，必须依托体系化的解释方法，对连带责任的构成要件、适用范围和法律效果进行审慎解释。

1. 运用“自然连带责任”法理填补“建构性连带责任”的法律漏洞

建构性连带责任基于特殊的公共政策由法律明确拟制而成，其规定往往不具备完整的构成要件和法律效果，此时，可运用自然连带责任所蕴含的“整体性”法理进行漏洞填补。例如，当某类数人侵权事实具备高度的客观整体性（如多个行为时空交织、共同导致不可分损害），但法律未明确将其规定为建构性连带责任时，法官可借鉴自然连带责任的判断标准，认定其是否在实质上达到了“责任共担”的紧密程度。《民法典》第1171条规定的基于聚合因果关系的侵权连带责任不仅可以适用于一般侵权，也适用于特殊侵权、无过错责任。因此，《最高人民法院关于审理生态环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2023〕5号）第5条规定：“两个以上侵权人分别污染环境、破坏生态造成同一损害，每一个侵权人的行为都足以造成全部损害，被侵权人根据民法典第一千一百七十一条的规定请求侵权人承担连带责任的，人民法院应予支持。”

〔48〕《民法典侵权责任编解释（一）》第8条规定：“夫妻离婚后，未成年子女造成他人损害，被侵权人请求离异夫妻共同承担侵权责任的，人民法院依照民法典第一千零六十八条、第一千零八十四条以及第一千一百八十八条的规定予以支持。一方以未与孩子共同生活为由主张不承担或者少承担责任的，人民法院不予支持。离异夫妻之间的责任份额，可以由双方协议确定；协议不成的，人民法院可以根据双方履行监护职责的约定和实际履行情况等确定。实际承担责任超过自己责任份额的一方向另一方追偿的，人民法院应予支持。”

2. 连带责任法定原则下的有限类推适用

连带责任法定原则本应排斥类推适用，尤其禁止在法定类型外创设新类型。但民法领域类推较刑法宽松，有限类推可避免僵化，但需充分论证。

其一，违约连带责任（如共同承揽人）不当然导致侵权连带责任，合同领域的连带责任效力范围限于合同法领域，不能自然延伸至侵权法领域。只有当违约行为符合共同侵权的事实构成而具备整体性且侵害固有利益时，方得构成侵权连带责任。共同犯罪认定严格于共同侵权。虽然共同犯罪通常可认定共同侵权，但共同侵权亦可由共同过失等构成，且责任人范围更广。

其二，不同性质的责任之间不具备传递性。例如，甲与乙承担侵权连带责任，乙与丙承担另一类型的连带责任（如合同连带），并不能推导出甲与丙之间必然成立连带责任。^{〔49〕}再如，《民法典侵权责任编解释（一）》第13条规定：“教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为，被侵权人合并请求教唆人、帮助人与监护人以及受托履行监护职责的人承担侵权责任的，依照本解释第十条、第十二条的规定认定民事责任。”具体而言，关于教唆帮助人与监护人之间依据第12条承担的责任、委托监护受托人与监护人之间依据第10条承担的责任，相关条款中均出现了“全部责任”和“共同承担责任”的表述。然而，上述表述仅用于界定其对应双方之间的责任关系，并不能由此推导出教唆帮助人、监护人与委托监护受托人三者之间，或者教唆帮助人与委托监护受托人两者之间，必然构成相同性质或形态的责任。

3. 构成要件的扩张解释

为应对现代社会侵权形态的日益复杂化，对连带责任构成要件中的核心概念可作适当扩张解释，但其适用须严守法定主义底线。其一，对《民法典》第1168条“共同加害行为”中的“共同”的理解，不应局限于传统意思联络，还包括共同故意、共同过失、基于客观共同共同加害行为。此外，对“共同”的理解还可以扩及基于团伙组织行为产生的共同过错；当组织行为不及于团伙成员行为而破坏了整体性时，则不构成共同过错。^{〔50〕}其二，“共同危险行为”中的“实施”亦可扩张解释，《民法典》第1170条共同危险行为中的“实施危及他人人身、财产安全的行为”，其行为方式可扩张至包括不作为，危险来源亦可扩张至涵盖动物之行为或危险物品之管理行为所致之共同危险。

4. 维护按份责任原则性地位的限缩解释

为防止连带责任的过度扩张，维护按份责任的原则性地位，限缩解释同样至关重要。具体情形如下，其一，当共同危险行为中各行为人的责任份额能够确定时，即应排除连带责任的适用而改判按份责任。其二，补充责任是一种例外安排，对于补充责任的适用范围更应严格限缩解释，谨防其不当扩大。^{〔51〕}在解释上，应对其责任主体范围、保障义务内容、责任顺位及追偿条件进行严格解释，谨防通过司法实践不当扩大其适用范围，从而变相加重次要责任人的负担，扭曲立法设定的责任阶层结构。对于《民法典》未明确规定的多数人责任，应尽量解释为按份责任而不是补充责任。例如，《民法典》第1010条第2款规定了单位对性骚扰的注意义务，不能当然解释

〔49〕 参见张平华：《连带责任的弹性不足及其克服》，载《中国法学》2015年第5期，第136-138页。

〔50〕 参见张平华：《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》，载《东南学术》2020年第5期，第41-43页。

〔51〕 同上注，第41-44页。

为补充责任。即便注意义务的确存在位阶差别，也应该承担按份责任。由于安全保障义务人的补充责任是侵权补充责任的基本模板，其他类型须与其在理论上维持一贯性。基于此，《民法典》可以扩充补充责任的适用范围，例如，按照《民法典》第1254条的规定，在高楼抛掷物导致他人损害时，如果物业服务企业等建筑物管理人违反安全保障义务、未采取必要的安全保障措施，应当依法承担侵权责任，这种责任应该指补充责任。

总而言之，在民商合一视野下，应坚持以侵权连带责任法定原则为“体”、商事侵权连带责任和意定连带责任相辅为两翼的刚柔相济的宏观架构，形成具备体系拘束力的类型序列。连带责任的解释适用绝非机械的法条套用，而是综合运用漏洞填补、类推适用、扩张解释与限缩解释等多种方法，并在“救济与自由”“原则与例外”“一般与特殊”之间不断寻求动态均衡的体系化过程。其最终目标在于既充分发挥连带责任对受害人充分救济的制度功能，又坚决守住避免责任泛化的法治底线。

Abstract: The Civil Code of the People's Republic of China has established a joint and several liability system for torts featuring the combination of general provisions and specific provisions. However, there remain normative predicaments, such as how to recognize the innovative types of joint and several liability, how to determine the corresponding liability, and how to delimit the arbitrarily constituted joint liability. From the macro perspective of integration of civil and commercial law, the establishment of the principle of legality and the type sequence of joint and several liability can alleviate the pressure exerted by the innovation of multi-party tort types on the entire system. Specifically, it takes the principle of legality of joint and several liability for civil torts as the core foundation to effectively prevent the abuse of joint and several liability; meanwhile, it regards the extensive application of joint and several liability in the commercial field and voluntary joint and several liability as the two complementary wings to moderately soften the rigidity of liability. On the basis of this "one-core-and-two-wings" macro framework, a logically coherent type sequence of multi-party torts should be constructed. In the meantime, based on the systematic thinking, various legal methods including loophole filling, analogical application, and extensive and restrictive interpretation shall be comprehensively applied.

Key Words: normative predicaments, core solution, systematization of liability regimes, statutory, type sequence

(责任编辑：朱晓峰)

走向台前的相对所有权 ——兼及所有权和所有制的关系

曹相见*

内容提要：我国宋代形成的永佃权是一种相对所有权，迄今具有现实指导意义。作为所有权功能化的产物，它也完全可以与现代所有权理论通约。在比较法上，所有权的功能化可追溯到罗马法，后者虽然演化出了绝对所有权，但也存在以利用为中心的相对的相对的所有权。所有权功能化在现代法上的复兴，呼唤相对所有权从幕后走向台前，后者与物权法定原则并不矛盾，是绝对所有权的必要补充。相对所有权可适用于团体所有权，以及所有权保留、信托等特定的个人所有权。相对所有权存在功能与权能的相对分离，后者具有整体性、弹性性，并受前者制约。权能所有权的外部效力与绝对所有权无异，但功能所有权的对抗效力存在类型差异。所有制的本质即公有财产之归属，可为功能所有权所包容。公有制下的功能所有权具有层次性，但公法内容不是公有制与私有制的本质区别。

关键词：所有权 功能化 所有制 权能所有权 功能所有权

一、问题的提出

虽然未形成完整的概念体系，但我国两千多年的土地实践，无疑凝聚了丰富的法律智慧。一般认为，我国的土地制度经历了从国家所有为主到地主所有为主的历史变迁。^{〔1〕}其中，五代和北宋是个重要的时间节点，因为从这时开始，国家把对土地的控制权下放给地主，地主的土地所有权得到了空前强化。^{〔2〕}同时，北宋施行“不抑兼并”的土地政策，使土地占有出现了严重的两极

* 曹相见，吉林大学理论法学研究中心、法学院教授。

〔1〕 参见李先东、李录堂、米巧：《中国土地制度的历史追溯与反思》，载《农业经济问题》2018年第4期，第46页；陈锋：《中国古代的土地制度与田赋征收》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2007年第4期，第5页。

〔2〕 参见赵俪生：《中国土地制度史》，武汉大学出版社2013年版，第326-327页。

分化,大大刺激了租佃关系的发展。^{〔3〕}这样,一种以利用为中心、保障佃户安心生产的土地利用方式——永佃制,就在宋代出现了。永佃制的核心特征是“一田二主”:所有权即田底权,归地主所有;耕作权即田面权,为佃农享有。田底权、田面权可各自转让和继承,互不影响,但佃农不缴地租或破坏土地时例外。这就形成了一种“相对的”所有权形态。

虽然现行法并未规定永佃权,但基于它以利用为中心的属性,即便在当下也具有实践指导意义。例如,在承包地“三权分置”改革的过程中,当法学界担心在土地承包经营权上设立土地经营权违反“一物一权”原则时,吴敬琏先生用传统的永佃权来进行辩护:“三权分置”中的所有权就是传统意义上的田底权,经营权则是传统意义上的田面权,应当把地权(田面权)还给农民。^{〔4〕}遗憾的是,永佃权的历史资源未被现行法吸收。《民法典》第240条规定的所有权,系以占有、使用、收益和处分为权能,充分体现主体个人自由的现代所有权。由于其具有全面性、整体性、弹性和永久性,也被称为充分所有权、绝对所有权。考虑到本文的研究主题,下文采纳“绝对所有权”的表达。^{〔5〕}

绝对所有权的鲜明特征是归属具有中心地位,即由归属统摄权能,强调所有权人的对物支配,把财产利益等同于实体财产的所有权本身。^{〔6〕}即便设立他物权,所有权也居于显要的主宰地位:“一切他物权均从属于所有权,并且可以说它们体现所有权。”^{〔7〕}绝对所有权的全面性、整体性、弹性和永久性由此而来。在归属性的强大统摄下,绝对所有权虽也可以进行多元利用,但止步于“自物权—他物权”的二元物权结构。于是,所有权日益成为一个形式化和个人化的概念:一方面,绝对所有权与设立其上的他物权的类型与内容受到物权法定原则的严格限定;另一方面,绝对所有权与国家所有权、集体所有权区别明显,与所有制更是截然二物,仅能在个人主义的语境下获得自洽。

更重要的问题是,绝对所有权无法融贯地解释社会现实,由此形成的“自物权—他物权”结构也出现了松动。一方面,既有的所有权、他物权内部呈现出复杂的态势,有进一步类型化、功能化的必要。就所有权而言,国家所有、集体所有的特殊性日益为学界所熟悉,非形式化和个人化的绝对所有权所能解释。^{〔8〕}他物权则存在类型分裂现象。如有学者认为,我国的土地使用权相当于西方国家的土地所有权,应当独立于用益物权。^{〔9〕}在承包地、宅基地的三权分置改革中,土地承包经营权、宅基地使用权的自物权属性也被不断提及。^{〔10〕}另一方面,为打破

〔3〕 参见晋文:《中国古代土地制度的嬗变及其理论问题》,载《史学理论研究》2025年第1期,第20页。

〔4〕 参见金瓯:《吴敬琏:应将土地经营权还给农民》,载《新京报》2015年5月18日,第A22版。

〔5〕 应当说明的是,绝对所有权在民法上有两重语境:一是近代民法上绝对不受限制的所有权,二是虽然不排除外部限制但内部权能始终保持充分的所有权。本文在第二种意义上使用这一概念。

〔6〕 参见吕来明:《从归属到利用——兼论所有权理论结构的更新》,载《法学研究》1991年第6期,第41页。

〔7〕 〔意〕彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2018年版,第160页。

〔8〕 参见王涌:《自然资源国家所有权三层结构说》,载《法学研究》2013年第4期,第60页;单平基:《自然资源之上权利的层次性》,载《中国法学》2021年第4期,第63页;宋志红:《论农民集体与农村集体经济组织的关系》,载《中国法学》2021年第3期,第164页。

〔9〕 参见李永军主编:《民事权利体系研究》,中国政法大学出版社2008年版,第283页。

〔10〕 参见孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,载《中国社会科学》2016年第7期,第152页;房绍坤、曹相见:《集体土地所有权的权能构造与制度完善》,载《学习与探索》2020年第7期,第57页;孙建伟:《新型总有关系下宅基地三权分置的法理逻辑》,载《政法论坛》2024年第4期,第122页。

担保物权的形式性，《民法典》第 388 条引入功能主义担保观。近年来，还有学者明确提出了相对所有权理论，^[11] 以作为绝对所有权的有益补充。

作为一种以利用为中心的相对所有权，永佃权可以通约不同法系。^[12] 实际上，永佃权及其代表的相对所有权也完全可以在现代法上获得解释。在所有权的历史实践中，始终存在如何释放财产要素的问题，这就在“自物权—他物权”的结构之外，生出所有权本身是否要多元化或曰功能化的问题。虽然绝对所有权被认为是现代所有权，但是否实现了所有权的功能化不无疑问。相对所有权亦可追溯到罗马法，只是被排除在所有权的概念之外。^[13] 近代法上兴起的所有权功能主义，更是呼唤所有权的理论更新。有鉴于此，下文首先从所有权功能化角度追溯相对所有权的历史存在与现实需求，进而讨论其在物权理论中的规范化，寻找所有权与所有制的统一性，为充满中国智慧的永佃权正名，助力相对所有权从幕后走向台前。

二、从所有权的功能化到相对所有权

作为历史的产物，绝对所有权有其现代性，但是否已实现所有权的功能化则不无疑问。罗马法上的所有权具有多样性，即便优士丁尼统一了所有权的内容，其他所有权形式仍然化身他物权继续存在。近代民法确立了绝对所有权观念，但也没有消弭特殊的他物权形式，此起彼伏的所有权功能主义更是呼唤相对的所有权理论。

（一）所有权功能化的罗马法渊源

1. 绝对所有权与所有权功能化

所有权是个历史概念，本有丰富的历史内容，但在大陆法系的近代民法上获得了过度清晰的界定，以至于成为绝对所有权的同义词。它让人很难不赞同这样一种判断：“确立所有权的目的在于定分止争，因此，从一开始，所有权就表现出了权利人支配标的物并排除他人干预的法律上的力量。”^[14] 而注释法学家也认为，罗马法上的所有权具有绝对性、排他性和永久性三大特征。^[15] 此外，罗马法已进化出个人主义的绝对所有权，因此，在欧洲各国经历中世纪分割所有权的“阴霾笼罩”后，绝对所有权重新确立其统治地位的事实，本身即意味着绝对所有权的历史胜利，彰显了绝对所有权的现代性，这也强化了所有权概念就应当是绝对所有权的印象。

然而，所有权概念不是先验的存在，而是约定俗成的产物。因此，当我们用现代所有权概念去描述罗马法的经验时，要特别留意概念所指的实际内容。本文认为，理解绝对所有权的正当性要处理好其现代化和功能化的紧张关系。而围绕所有权的现代化与功能化进行阐释，又必须正视这样几个问题：绝对所有权在罗马法上是如何形成的，它能否代表罗马法的全部；近代民法典对

[11] 参见冉昊：《“相对”的所有权——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构》，载《环球法律评论》2004 年冬季号，第 451 页；李国强：《相对所有权的私法逻辑》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 104-115 页；曹相见：《所有权语境下的集体成员权》，载《法学论坛》2024 年第 5 期，第 58 页。

[12] 参见夏扬：《永佃权何以通约不同法系？》，载《法学》2018 年第 2 期，第 128 页。

[13] 应当指出的是，罗马法上本没有所有权概念，所谓罗马法上的所有权只是后世法学家为方便叙事而使用的称谓。但考虑到罗马法上已有所有权的雏形，本文仍沿袭此种用法。

[14] 刘家安：《民法物权》，中国政法大学出版社 2023 年版，第 127 页。

[15] 参见周相：《罗马法原论》（上册），商务印书馆 2014 年版，第 342 页。

绝对所有权的青睐，是否完成了所有权功能化的使命；中世纪的分割所有权与罗马法有何关联，为何英美法走向了大陆法系的对立面。

梅因认为，以个人所有权为所有权的常态，只是被自然法理论改变后的罗马法律学留给后人的印象。如果我们的注意力限于个人所有权，就很难获得早期财产法的线索，因为后者的所有权很可能是集体所有权。^{〔16〕}事实也确实如此，在罗马建城以前的很长一段岁月，如同日耳曼社会一样，土地归各氏族掌控，由氏族全体成员所有，从而体现出“集体性”的特征，或者说就是一种集体所有权。^{〔17〕}即便后来发生分化，形成了个人所有权和公地占有制度的二分格局，优士丁尼皇帝还进行了改革，赋予所有权以绝对性、排他性和永久性，也不意味着绝对所有权在制度竞争中获得了全面胜利。实际上，绝对所有权与公地占有衍生出来的类似制度之间，仍是一种“双向奔赴”关系，彰显着所有权现代化与功能化的张力。

一方面，绝对所有权体现了政治性消退和个体性增长的过程，与后世的资本主义精神异曲同工，其居于主导地位具有进步性。另一方面，在市民法上的绝对所有权之外，罗马法上还存在裁判官所有权、行省所有权等特殊所有权，学理上则有空虚所有权之说。其中，行省所有权最具代表性：皇帝或罗马人民为名义上的土地所有权人，但具体占有者是实质上的所有权人，他们行所有权之实，而无所有权之累，与共和国时期贵族在占据地上的地位类似。^{〔18〕}这种所有权因为缺乏绝对所有权的归属内容，所以是一种相对的所有权。只是由于罗马人无法容忍相对的所有权的存在，故对其存在置若罔闻。不过，盖尤斯明确承认所有权的可分性，尽管他在这方面很孤单。^{〔19〕}梅因也认为，罗马法存在把完全所有权分裂为两个部分的传统。^{〔20〕}

2. 永佃权、地上权的体系悖离

经由优士丁尼的法律改革，市民法所有权与裁判官所有权、行省土地所有权的区别消失了，统一的绝对所有权概念获得确立。在“归属+权能”的强大支配下，绝对所有权形成了“自物权—他物权”的利用结构。亦即，绝对所有权可以通过设立他物权的方式来实现物的进一步利用，此中所谓的他物权最早是包含地役权和人役权在内的役权。但这也不意味着绝对所有权已一统江湖，因为行省土地所有权虽然被统一了，但其代表的土地利用方式却未消失，而是化身为永佃权、地上权继续存在。对此，后世学者往往不假思索地将其视为他物权，忽视了永佃权、地上权对他物权的体系破坏效应。实际上，作为所有权功能化的产物，如同行省土地所有权一样，永佃权、地上权与役权存在显著差别。

无论是在罗马法上，还是现代物权法中，永佃权和地上权都因与役权有着共同的特质属性而被一并讨论。作为典型他物权的役权是不可转让、不能继承的，但永佃权、地上权恰恰相反，其已具备绝对所有权的权能，只是缺乏归属要素，但由于可以转让和被继承，因此常常受到所有

〔16〕 原文为共同所有权。参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2023年版，第168页。

〔17〕 参见陈晓敏：《论大陆法上的集体所有权——以欧洲近代私法学说为中心的考察》，载《法商研究》2014年第1期，第128页。

〔18〕 参见汪洋：《罗马法“所有权”概念的演进及其对两大法系所有权制度的影响》，载《环球法律评论》2012年第4期，第153页。

〔19〕 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》（修订译本），黄风译，法律出版社2021年版，第151页。

〔20〕 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2023年版，第190-191页。

权一样的优待，又称事实所有权、准所有权或类所有权。^[21]也有学者称之为土地所有权的具体化和多元化。^[22]不过，在永佃权和地上权的体系定位上，学界存在不同看法。一种意见认为，永佃权、地上权同用益权一样，完全可以纳入役权的范围，只是因为出现得较晚，才游离于役权的体系之外。^[23]另一种意见则认为，永佃权和地上权与役权的精神相悖，在对物的享用方面优先于所有权，所以是区别于役权的“特殊他物权”。^[24]

本文认为，永佃权、地上权虽然缺乏归属性，但已具备了所有权的权能，因而与所有权的关系更近，无法纳入役权的统摄范围。正是着眼于与所有权的亲缘关系，梅因认为在长期租佃的土地上存在双重所有权。^[25]注释法学家甚至因此创造了用益所有权的概念。^[26]尼古拉斯虽然认为永佃权、地上权属于役权，但又强调，二者对所有权的不可分性带来了重大威胁，只是由于被私法采纳得太晚了，以致这种变通的理论价值没有得到充分考虑，帝国法学家仅满足于将其作为特殊制度对待。^[27]所以有学者认为所有权在罗马法上有着相同的形式和功能，是一种过度简化。^[28]

如果我们把视野放得更宽一些，可以更清晰地把握这一问题。一般认为，英美法上的地产权与大陆法系的所有权有着本质区别。但地产权源自保有制，而保有制源自中世纪的分封制：附庸占有领主的土地，并向领主承担封建义务；领主则向附庸提供保护，并保留在特定情况下收回土地的权利。中世纪法学家将领主和附庸的权利分别称为功用所有权、主导所有权（也称扩用所有权、支配所有权），^[29]后者与罗马法上的行省土地所有权、永佃权和地上权一脉相承。因此，英美法系的地产权制度与大陆法系的绝对所有权有着共同的渊源。分化的原因在于，近代欧洲的理性主义思潮和极端反封建做法撕裂了罗马法传统，而英美法由于未经历此种改革，从而继受了罗马法所有权的功能化精神，由此形成的地产权制度也更为灵活，可以满足多样化的现实需求。^[30]

（二）近代法上的所有权功能主义

在近代法上，《法国民法典》首次确立了绝对所有权观念。但它虽然也可以追溯到罗马法，却不是罗马法影响的表现，而是基于政治需要的决断：大革命不只是摧毁了封建秩序，它还向资产阶级转移了原属于国王、教会以及移民贵族的财产所有权。^[31]应当承认，绝对所有权契合了

[21] 参见〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2018年版，第216页；〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第173页；〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第648页；〔德〕M·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社2004年版，第61页。

[22] 参见李俊：《罗马法上的农地永久租赁及其双重影响》，载《环球法律评论》2017年第4期，第131页。

[23] 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第176页。

[24] 参见〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2018年版，第216页；高富平：《物权法原论》（第2版），法律出版社2014年版，第319页。

[25] 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2023年版，第194页。

[26] 参见汪洋：《土地物权规范体系的历史基础》，载《环球法律评论》2015年第6期，第30页。

[27] 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第186页。

[28] See A. J. Van Der Walt, *Unity and Pluralism in Property Theory—A Review of Property Theories and Debates in Recent Literature: Part I*, 1995 *Journal of South African Law* 15, 18 (1995).

[29] 关于中世纪所有权理论的介绍，请参见徐国栋：《论空虚所有权——兼论上位所有权和不完全所有权》，载《法治研究》2026年第1期，第7-8页；董能：《中世纪法学的扩用所有权学说》，载《环球法律评论》2015年第5期，第98页。

[30] 参见〔美〕约翰·亨利·梅利曼：《所有权与地产权》，赵萃萃译，载《比较法研究》2011年第3期，第160页。

[31] 参见〔法〕罗贝尔·巴丹戴尔：《最伟大的财产》，载《法国民法典》（上册），罗结珍译，法律出版社2005年版，第20页。

康德哲学，在保护自由方面发挥了重要作用，但由于缺乏功能化的考量，也受到了法学界和经济学界的批评。^[32] 作为弥补，原先作为封建因素被废除的地上权再次获得了承认。此外，通过赋予农地经营权转让和继承等权能，限制农地所有权的处置，使其转让不影响经营权的方式，^[33] 永佃权也改头换面重生了。虽则如此，整个大陆法系的近代民法仍未完成罗马法的未竟使命，永佃权、地上权仍然在他物权的体系下委曲求全，继续与役权同床异梦。

但社会的现实需要打破了所有权功能化在近代法上的沉默，率先发声的是意大利民法。二十世纪初，意大利卷入一战，亟须在激励战略物资生产的同时，对所有权人施加约束。在此背景下，部分民法学家开始关注所有权的转型问题，主张法律应关注物的产生、产品的增加与保护：“财产是第一位的，财产の利用、用途以及财产集合体才是法律规范的客体。因此对于财产的所有人而言，应将财产本身作为逻辑顺序上的第一位。”^[34] 论者认为，传统民法典所确立的绝对所有权是一个虚构的概念，其根源于法国大革命的意识形态；^[35] 所有权绝不只有绝对所有权一支，而是存在多种形态。他们由此提出了传统民法典所拒斥的财产（所有权）功能主义，而功能主义的财产观也被写进 1948 年的《意大利宪法》。^[36]

直到二战以后，绝对所有权在适应社会、经济、政治背景和功能化上的不足，才引起了更为普遍的关注，越来越多的人对以绝对所有权为基础的“自物权—他物权”体系感到不满。^[37] 财产（所有权）功能主义也因而成为某种程度上的共识。例如，在荷兰，不少学者意识到，绝对所有权并非历史的必然，应对所有权进行多样化改造和功能分割，使其朝着更广泛的财产概念方向发展。当然，这并不意味着传统的绝对所有权无用武之地，相反，它仍应被坚持。^[38] 德国学者也提出了类似的功能主义主张，只是传统的绝对所有权观念仍为主流。^[39]

实际上，英美法上的财产理论也走向了类似的道路。在启蒙运动后的很长一段时间内，英美法流行的是布莱克斯通的财产概念，与绝对所有权没有什么分别。^[40] 但 20 世纪以来，为反映财产的无形化趋势和灵活配置要求，分析法学家发展出了权利束理论，试图把财产从形式限制中解放出来。^[41] 该理论打破了物权的对物属性，把财产理解为一束可无限排列、随意增减的“棍棒”，一经提出就迅速成为英美法的主流学说。但权利束理论也有其缺陷，核心在于缺乏财产结

[32] 参见〔意〕保罗·格罗西：《财产：“现代”与“后现代”之间的发展路径》，乌兰译，载《比较法研究》2019年第4期，第189页。

[33] 参见刘长全：《以农地经营权配置与保护为重点的农地制度改革——法国经验与启示》，载《中国农村经济》2020年第11期，第134、137页。

[34] 〔意〕保罗·格罗西：《财产：“现代”与“后现代”之间的发展路径》，乌兰译，载《比较法研究》2019年第4期，第193页。

[35] See Anna di Robilant, *Property: A Bundle of Sticks or a Tree*, 66 *Vanderbilt Law Review* 869, 894 (2013).

[36] 参见〔意〕保罗·格罗西：《财产：“现代”与“后现代”之间的发展路径》，乌兰译，载《比较法研究》2019年第4期，第193、194-195页。

[37] See A. J. Van Der Walt, *Unity and Pluralism in Property Theory—A Review of Property Theories and Debates in Recent Literature: Part I*, 1995 *Journal of South African Law* 15, 24 (1995).

[38] *Ibid.*, p. 26.

[39] *Ibid.*, p. 27, 28.

[40] See Anna di Robilant, *Property: A Bundle of Sticks or a Tree*, 66 *Vanderbilt Law Review* 869, 877 (2013).

[41] See Hanoch Dagan, *The Craft of Property*, 91 *California Law Review* 1517, 1532 (2003).

构的内在说明，而财产结构的规范分析是无法被替代的。^{〔42〕}因此有学者斥之为“无用的知识垃圾”，认为它根本不是一种解释模型。^{〔43〕}在此背景下，以亨利·史密斯为代表的学者重新回归财产的对物传统，提出了财产的权利块理论，获得了广泛认可。

权利块理论本质上也是一种功能主义，只是美国学者通常用多元主义来概括。它有两个基本的原则，即财产有限原则和重视物的利用原则。前者否认财产是无限排列的权利清单，而是有限的标准形式的利益类型。所以，梅里尔和史密斯讴歌物权法定原则，认为其平衡了管制和自由的关系，产生了一种最优的产权制度。^{〔44〕}后者则认为，财产制度不仅与社会背景相关，也因资源的性质而异，^{〔45〕}因此，它反对一元的财产形式，认为绝对所有权对物权法的解释力有限。^{〔46〕}还有学者从自治的角度来论证财产多元主义的正当性，并强调其可与绝对所有权观念并存。^{〔47〕}

（三）应运而生的相对所有权理论

所有权的功能主义说明了这样一个问题，绝对所有权虽然促进了人的个体性，但未完成所有权功能化的使命，所以还不够现代。申言之，所有权的现代性应在功能化的实现中一并获得。这就要求我们革新现有的所有权理论，而新的理论应达成这样一个目标：在完成所有权功能化的同时，也实现各种所有权的体系衔接。近代法上的所有权功能主义强调了前者，但鲜少顾及后者。这难免让人困惑：所有权的功能化能产生多少所有权，能否继续适用物权法定原则；绝对所有权该放弃吗，如果不是，其与其他所有权如何共生、如何并存。更进一步的问题则是，个人所有权与集体所有权、国家所有权有何异同，能否建立所有权与所有制的规范联系。

绝对所有权的反面就是相对所有权，比较法上也有学者使用这一概念。例如，尼古拉斯将罗马法上基于善意占有取得的所有权称为相对的所有权。^{〔48〕}鲍尔和施蒂尔纳也列出两种相对所有权的情形：让与之禁止和信托式让与。前者是指，所有权人违反让与禁止约定而处分财产，虽然受让人取得了一般的所有权人地位，但对让与禁止所保护的人来说，所有权人仍是出让人。后者则是，当所有权以信托的方式转让给他人时，就发生了“经济”所有权与“法律”所有权的分离。^{〔49〕}不难发现，上述用法存在不同语境：善意占有人、让与禁止受让人的相对所有权实为所有权对抗效力的相对性，信托式让与中的相对所有权则打破了绝对所有权的单一性。显然，第二种情形才与所有权的功能化相关。

相对所有权的概念彰显了所有权的理论更新，本文予以采纳。接下来的问题是相对所有权如

〔42〕 See Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, 125 *Harvard Law Review* 1691, 1694 (2012); Hanoch Dagan, *The Craft of Property*, 91 *California Law Review* 1517, 1534 (2003).

〔43〕 See Anna di Robilant, *Property: A Bundle of Sticks or a Tree*, 66 *Vanderbilt Law Review* 869, 874 (2013); J. E. Penner, *The Bundle of Rights Picture of Property*, 43 *UCLA Law Review* 711, 714 (1996).

〔44〕 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 *Yale Law Journal* 1, 40 (2000).

〔45〕 See Hanoch Dagan, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 *Columbia Law Review* 1409, 1441 (2012).

〔46〕 See Gregory S. Alexander, *Pluralism and Property*, 80 *Fordham Law Review* 1017, 1041 (2011).

〔47〕 See Hanoch Dagan, *Property Structural Pluralism: On Autonomy, the Rule of Law, and the Role of Blackstonian Ownership*, 3 *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal* 27, 32, 40 (2014).

〔48〕 意指善意占有人只是不能对抗所有主，对所有主以外的其他人而言，他受到所有权人一样的优待。参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第151页。

〔49〕 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第40-41页。

何构建其理论框架。前文述及，绝对所有权以归属为中心，归属统摄权能，行省土地所有权、永佃权和地上权则缺乏归属要素，以权能为中心，那么，能不能以归属与权能的分离来建构相对所有权理论呢？答案是肯定的。^[50] 这不仅是鲍尔、施蒂尔纳所谓经济所有权与法律所有权分离的语境，也是我国 20 世纪 80、90 年代的民法学留下的宝贵财富。彼时，为解释国有企业改革中出现的国家所有权与法人所有权的紧张关系，民法学界进行了热烈讨论。最终，相对所有权理论胜出，成为当时显赫一时的通说，这也得到了经济学界的印证（如表 1 所示）。

表 1 作为通说的相对所有权理论^[51]

理论	地位	学界	作者	文献来源	年份
相对所有权	通说	法学界	江平等	法学研究	1980
			梁慧星	法学研究	1981
			杨志淮	法学研究	1985
			王利明	法学研究	1986
			王利明、李时荣	中国社会科学	1986
			马俊驹	中国法学	1987
			孟勤国	广西大学学报（哲学社会科学版）	1988
		马俊驹、梅夏英	中国社会科学	1999	
		经济学界	吴敬琏	中国社会科学出版社	1982
			赵国良、郭元晔	中国社会科学	1985
郭占恒	经济体制改革		1985		
折中说	少数说	法学界	徐武生	法学研究	1986
绝对所有权	少数说	法学界	佟柔、周威	法学研究	1986
			史际春	安徽大学学报（哲学社会科学版）	1987
		经济学界	陈维嘉、黄荣武	天府新论	1986

然而，在传统民法学的强大影响下，伴随着国有企业改革的基本完成，相对所有权理论也偃旗息鼓了。不过，进入 21 世纪之后，它又有某种“复兴”之势，并朝着归属与权能的分离方向推进。如有学者从两大法系财产制度的共通性出发，总结出所有权的“相对”属性，认为应当解构绝对所有权，区分出作为归属的所有权和作为支配的所有权两种含义。^[52] 也有学者认为，绝对所有权包含法律所有权、实益所有权诸种形态，后者作为不完全所有权，各自有着不同的意义，不会与一物一权原则冲突。^[53] 还有学者进一步提出了相对所有权的“离与不离”结构：归属所有权与支配所有权相对分离，前者以功能为目的，后者以权能为中心，权能虽不能分离但可

[50] 值得注意的是，孟勤国教授对所有权的利用功能给了充分关注，但他的方案是抛弃他物权概念，通过改造占有概念，形成“所有权—占有权”的二元结构。参见孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》（修订版），法律出版社 2020 年版，第 74 - 75 页。

[51] 本文文献源自中国知网，选择依据是期刊权威程度和作者影响力。就相对所有权的概念而言，还存在形式所有权、有限所有权和商品所有权等称谓，但表达的都是相同的内容。

[52] 参见冉昊：《“相对”的所有权——双重所有权的英美法系视角与大陆法系绝对所有权的解构》，载《环球法律评论》2004 年冬季号，第 451 页。

[53] 参见马新彦：《罗马法所有权理论的当代发展》，载《法学研究》2006 年第 1 期，第 121、123 页。

受功能牵制。^[54]

值得注意的是，徐国栋教授新近撰文从“空虚所有权”的角度对不完全所有权的合理性进行了论证，建议在司法解释中确立空虚所有权。^[55]应该说，空虚所有权与本文的相对所有权概念有相通之处。但由于空虚所有权同时也包含了近代法上设立他物权的绝对所有权，与本文的所有权功能主义主旨不符，故未成为本文主线。^[56]

有鉴于此，下文即在归属与权能相对分离的框架下展开相对所有权的规范分析。应当说明的是，立足于相对所有权以利用为中心的特质，以功能来指代其归属要素可能更加科学，下文即以功能所有权指代前文的归属所有权。相应地，支配所有权可称为权能所有权。

三、相对所有权的体系衔接、适用范围与物权效力

当相对所有权顺应时势从幕后走向台前后，又该如何嵌入当前的物权理论？或者说，此种归属与权能分离的结构是否具有现实解释力？这就涉及相对所有权的规范化、体系化问题。对此，可以从体系衔接、适用范围与物权效力三个方面展开。

（一）相对所有权的体系衔接

关于相对所有权的体系衔接，首要的问题是它是否违反物权法定原则。表面上看，相对所有权打破了绝对所有权的单一性，形成了全新的所有权类型，与《民法典》第240条直接冲突，自然违反了物权法定原则。然而，相对所有权理论只是对既有物权类型的新说明，如将法人所有权、建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权称为权能所有权，股权、国家所有权、集体所有权称为功能所有权，它革新了所有权理论，却并未创造新的物权类型。即便将原先的特殊用益物权升格为所有权，也只是一种称谓上的变化，这些“用益物权”的特殊性此前就存在，难谓违反物权法定原则。

实际上，相对所有权从未试图去改变现行法，它只是把那些特殊的用益物权纳入所有权的范畴，以呼应所有权功能化的要求。我们也可以说，相对所有权只是提供了一种体系化的理论说明。此种体系化并非没有意义。例如，卡纳里斯在区分适用于法学理论的科学体系和适用于法秩序的客观体系的基础上，如此强调科学体系的开放性：“如同所有科学家一样，法学家也必须时刻准备好，质疑目前已建立的体系，并给予更好的认识而拓展或者改变该体系。因此，任何科学体系都只是一个体系草案，它仅仅展示了当前的知识状态，所以只要在相关领域内，依然有继续进行有意义的科学研究和取得进步的可能性，该体系草案就必然不是最终性和‘封闭’的。”^[57]

接下来的问题是，与绝对所有权相比，相对所有权有何特性。首先，绝对所有权的全面性是

[54] 参见房绍坤、曹相见：《集体土地所有权的权能构造与制度完善》，载《学习与探索》2020年第7期，第54、56页。

[55] 具体内容详见徐国栋：《论空虚所有权——兼论上位所有权和不完全所有权》，载《法治研究》2026年第1期。

[56] 虽然包含《奥地利普通民法典》《意大利民法典》《阿根廷民法典》在内的现代民法典也规定了“空虚所有权”，但其内容与近代法上的设立用益权负担的绝对所有权更为接近。即便《法国民法典》第363条的规定有所不同，在其所确立的绝对所有权模式下，所谓上位有权人、用益所有权人究竟有何意义，仍有待于进一步研究。

[57] 参见〔德〕克劳斯·威廉·卡纳里斯：《法学中的体系思维与体系概念》，陈大创译，北京大学出版社2024年版，第60-61页。

由归属性的中心地位形成的，相对所有权则存在归属与权能的分离，故不可能具有全面性。其次，由于相对所有权只是归属与权能的分离，而非权能本身的分离，故仍具有整体性。^{〔58〕}再次，弹性性也是针对权能而言的，意指他物权消灭后，所有权仍可恢复其原初状态。既然权能所有权可以设立他物权，亦应具有弹性性，只是无法恢复到绝对所有权的圆满状态。最后，受制于功能所有权可能因功能实现或无法实现而消灭，故相对所有权往往不具有永久性。较为例外的是永佃权和地上权，田底权和田面权不仅相互独立，还可一直存续。在我国，土地承包经营权虽然有其期限，但在“长久不变”的政策下也具有稳定性。

在绝对所有权的框架下，物的物权性利用只有“自物权—他物权”一途。但吸收相对所有权理论后，所有权的物权利用就变成了“绝对所有权—他物权”加“相对所有权—他物权”的双轨制（如图1所示）。因为相对所有权的支配力要大于纯粹的他物权，当然也可以设立他物权。至于现实中能否设立、设立何种他物权，还应结合权利结构和公法限制具体分析。就功能所有权而言，其由于不具有权能的内容，原则上仅能设立担保物权（如股权担保），但若其功能不属于财产收益，也不得设立担保物权（如出卖人保留的所有权、捐赠人的功能所有权）。在权能所有权上，由于权利人得占有、使用、收益和处分财产，原则上得设立用益物权和担保物权（如建设用地使用权），但若存在公法约束，也不能设立他物权（如“三权分置”改革前的土地承包经营权）。

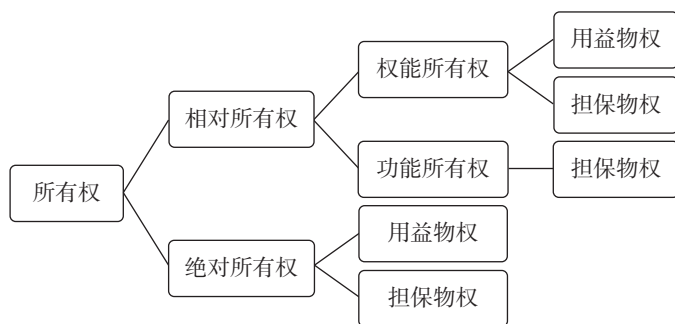


图1 所有权上可能的物权类型^{〔59〕}

（二）相对所有权的适用范围

无论是罗马法上的所有权功能化，还是近代法上的所有权功能主义，均指向所有权形态的多样化。但以绝对所有权及其“自物权—他物权”结构固然无法满足现实需要，强调归属、权能分离的相对所有权也只能居于补充地位，而非普遍的、原则的存在。原因在于，绝对所有权维护人的自治性，其合理性在现代社会毋庸置疑，相对所有权的运用则要求有现实的功能化需求，这是需要特别论证和识别的。这也可以解释，为什么罗马法上的所有权最终走向了归属、权能一体的绝对所有权理论，而行省土地所有权所代表的土地利用形式，也仍以永佃权、地上权的形式继续存在。按照相对所有权归属、权能分离的逻辑，永佃权、地上权实为权能所有权，真实土地所有权人的权利则为功能所有权。这样的所有权理论兼顾了功能化和现代化的需求，从而与封建所有

〔58〕 关于权能分离理论的批评，参见房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京大学出版社2006年版，第46页；蔡立东：《从“权能分离”到“权利行使”》，载《中国社会科学》2021年第4期，第87页。

〔59〕 图中的用益物权仅指纯粹的用益物权，不包含通常所谓的“特殊”用益物权，因其本质为权能所有权。

权制度区别开来。

那么，如何证明或识别现实的功能化需要，从而划定相对所有权的适用范围？本文认为，所有权功能化的现实需求，就体现为以利用为中心的现实定位，这也恰与以归属为中心的绝对所有权相区别。或有人问，绝对所有权存在“自物权—他物权”的结构，也不排斥利用，相对所有权的以利用为中心与之有何差别？对此，可从两个方面来识别。一方面，以利用为中心的现实需求要求所有权归属与权能的分离，但以归属为中心的情形则否，“自物权—他物权”的二分即为已足。但更重要的区别是，所有权能否维持全面性、整体性、弹性和永久性，已如前述。

正因为以利用为中心的相对所有权有其独立价值，反对中世纪分割所有权理论的格劳秀斯也主张区分完全所有权和不完全所有权，以便解释财产控制在若干人之间分配的情形。^{〔60〕}而普通法虽然沿袭了罗马法的所有权功能化传统，但所有权归属与权能的分离也不是普遍的，而是集中于不动产、知识产权、个人财产的担保权益以及法律实体（如合伙企业、公司、信托）等特定情形。^{〔61〕}值得注意的是，相对所有权的适用范围因个人或团体的场合而有不同：就个人场合而言，绝对所有权居于原则性地位，相对所有权的适用限于特定几种情形，但具有主体地位的团体的财产只能用相对所有权来解释。^{〔62〕}当然，知识产权也符合相对所有权的逻辑结构，但由于其属于无形财产，受知识产权法规制，本文不加讨论。

在团体所有权中，《民法典》将国家所有权、集体所有权与私人所有权并列，同时又在私人所有权中规定了法人所有权，似乎认为三者的差别仅为公、私之别。但实际上，三者同为相对所有权，在权利构造上却存在显著差异。按照笔者的研究，在国家所有权中，国家享有功能所有权，占有国家财产的主体则享有权能所有权。法人所有权则与之相反：法人享有权能所有权，功能所有权属于成员。但集体所有权兼有上述两种类型，从而形成“大集体、小成员”“大成员、小集体”两种不同类型。^{〔63〕}由此，建设用地使用权、土地承包经营权和宅基地使用权有其特殊性就不难理解。

就私人所有权而言，依目前的实践经验，在信托、所有权保留、存款储蓄和公益捐赠领域有相对所有权的适用空间。（1）我国台湾地区学者就认为，在信托上存在形式所有权和实质所有权的分离。^{〔64〕}此外，首次确立绝对所有权概念的《法国民法典》也未废止与英美信托接近的fiducie制度，论者因而认为绝对所有权理论有矫枉过正的嫌疑，只是法国法后来又形成了基于专项财产理论的独特信托制度。^{〔65〕}（2）在所有权保留交易中，“保留的所有权”这一表达就走在

〔60〕 See A. J. Van Der Walt, *Unity and Pluralism in Property Theory—A Review of Property Theories and Debates in Recent Literature: Part I*, 1995 *Journal of South African Law* 15, 20 (1995).

〔61〕 See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 *Journal of Legal Studies* 373, 376 (2002).

〔62〕 甚至有学者认为，我国的土地所有权是一种分割所有权。参见王洪亮：《分割所有权论》，载《华东政法学院学报》2006年第4期，第119页。

〔63〕 参见曹相见：《农村集体经济组织特别法人的特别效果》，载《法学论坛》2023年第2期，第59页。

〔64〕 参见谢哲胜：《台湾物权法制发展》，载《财产法暨经济法》2005年第2期，第47页。

〔65〕 参见吕富强：《论法国式信托——一种对本土资源加以改造的途径》，载《比较法研究》2010年第2期，第76页。

绝对所有权的对立面，而学界也在担保物权说之外，发展出“削弱的所有权”的有力主张，^{〔66〕}与相对所有权理论异曲同工。（3）人们一般认为，在存款储蓄中，存款人享有的是债权，但这无法解释存款人基于账户的随时支配权，有学者因而借助功能（归属）所有权来解释。^{〔67〕}（4）在公益捐赠中，为防止捐赠人的捐赠目的落空，有学者提出了强化捐赠人知情权、重整撤销权，赋予捐赠人变更权、引入归入权的新思路，^{〔68〕}打破了绝对所有权的单一性，与相对所有权一脉相承。

值得注意的是，与绝对所有权只能取得（包含原始取得与传来取得）、无须设立不同，相对所有权的产生较为复杂。在团体所有权中，国家所有权和集体所有权具有较强的公法属性，其作为公有制的具体形式，无须设立即可形成团体所有权结构。但私法人所有权的产生离不开设立行为，只不过此种设立行为属于共同行为。此外，个人语境下的相对所有权也只能通过设立产生。这就意味着，个人语境下的相对所有权存在一个基于合同的设立行为。这与通过合同设立他物权是一样的道理。

（三）相对所有权的物权效力

关于物权效力，学界有不同表述。由于物权保护请求权具有共性，下文仅从排他效力、优先效力和追及效力三个方面讨论相对所有权的物权效力。

1. 排他效力

物权的排他效力意指同一标的物上不能同时成立两个或两个以上内容互不相容的物权，集中体现为一物一权原则。一般认为，一物一权是指一个物上只能存在一个所有权，但不妨碍存在内容、性质不相冲突的数个他物权。^{〔69〕}相对所有权显然不符合一个所有权的要求。不过，一物一权本来就是在绝对所有权语境下产生的，不能生硬地套在相对所有权头上。为何绝对所有权适用一物一权原则？所有权具有现实性和观念性，现实性体现为对物的现实支配，观念性则是权益的观念占有。^{〔70〕}显然，前者具有唯一性，后者则否。因此，兼有现实性与观念性的绝对所有权自然也有唯一性。相对所有权由于存在现实性与观念性的相对分离，故仅权能所有权具有唯一性。所以有学者说，一物一权原则并不反对一物之上存在数个内容、性质不相冲突的所有权。^{〔71〕}

2. 优先效力

物权的优先效力包括物权对债权的优先效力和物权之间的优先效力。相对所有权仍然是物权，故具有对债权的优先效力无疑，但更重要的是功能所有权与权能所有权之间的优先效力。权能所有权虽然缺乏归属要素，但在对外关系上仍然具有完全所有权一样的法律地位，所有权人可以对财产进行占有、使用和收益，也可以自由转让和继承（私法人则不涉及财产的继承，但可以被分割、继受）。但在内部关系上，权能所有权受到功能所有权的制约。因此，权能所有权在对外效力上是完全的，但在内部关系上不能对抗功能所有权。

〔66〕 参见雷秋玉：《物债二分下的中间权利状态研究》，中国政法大学出版社2024年版，第318页；庄加园：《超越所有权保留的名实之争——选择性救济路径之证成》，载《法学研究》2023年第1期，第205页。

〔67〕 参见周敏敏：《相对所有权视野下的存款货币物权构造论》，载《政法学刊》2024年第5期，第103页。

〔68〕 参见李晓倩：《慈善组织捐赠人的民事权利之重塑》，载《法学家》2022年第5期，第102页。

〔69〕 参见王利明：《一物一权原则探讨》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第1期，第64页。

〔70〕 参见曹相见：《农村集体经济组织特别法人的特别效果》，载《法学论坛》2023年第2期，第58页。

〔71〕 参见马新彦：《罗马法所有权理论的当代发展》，载《法学研究》2006年第1期，第124页。

有疑问的是，既然功能所有权在内部关系上优先于权能所有权，是否意味着功能所有权对财产拥有最终处分权。答案是否定的。因为只要不损及功能所有权中的“功能”，权能处分权就不会受到任何制约，而功能所有权中的“功能”总有其确定性，通常体现为收益、担保、公益等功能。此外，它同时也包含了不得损害财产的要求，因为这是其功能实现的前提。值得注意的是，功能所有权看起来像是一种债权，实际上则是一种大于债权和纯粹他物权的支配权。^{〔72〕}例如，在所有权保留交易中，出卖人保留的所有权不仅具有担保功能，还享有取回权；在存款储蓄中，存款人不仅享有收益权，还享有随时取款、随时转账的权利。

3. 对抗效力

物权的对抗效力主要是针对第三人而言的，它又称追及效力，意指无论标的物辗转于何人之手，物权人均可对抗之。那么，功能所有权、权能所有权均有对抗效力吗？如有是否要以公示为前提？权能所有权因其存在权利人对财产的现实支配，故当然具有对抗效力。功能所有权则有所不同，应根据具体情况具体分析。首先，如果功能所有权仅针对概括财产，而非特定物，由于权能所有权可以自由处分所有物，故功能所有权不具有对抗效力。团体所有权、信托所有权如此。其次，如果功能所有权系针对特定物或资源，则可能具有对抗效力，但对抗效力如何产生又因财产的归属不同而异。有些相对所有权是不需要公示的，这主要涉及国家所有的财产。例如，国家对自然资源的功能所有权就不用登记也能产生对抗效力。但如果是私人所有的财产，则适用未经登记不得对抗善意第三人原则。^{〔73〕}因在此时，功能所有权人并不占有标的物，连间接占有也不构成。

四、相对所有权与所有制的统一性

一般认为，所有权是个法律概念，所有制则属于政治经济学的范畴，二者表征了不同的问题层次，不可能获得解释上的统一。不过，二者的区别被人为夸大了，一旦相对所有权从幕后走向台前，不仅所有权与所有制获得了内在统一，公有制和私有制之间也存在某种规范联系。

（一）从所有制到功能所有权

所有制是马克思主义政治经济学上的重要概念，在资本主义国家的法律文本中难觅踪迹。有趣的是，我国《宪法》除使用所有制的概念外，还出现了私有制、公有制以及国家所有、集体所有的表达，就是没有使用所有权一词。因此，如何理解所有制、私有制、公有制、国家所有、集体所有的概念，就成为一个由来已久的难题。尤其是在意识形态的影响下，由于所有制、私有制和公有制概念具有浓重的政治经济学色彩，人们也容易忽视或逃避对其法律意义的追寻，从而使其自带神秘色彩，与所有权概念渐行渐远。

这并不意味着所有制与所有权是两个没有交集的平行概念。有学者敏锐地意识到，在马克思着力分析的资本主义社会，由于财产归属关系基本上都是私有，国家对财产归属的安排通常与所有权

〔72〕 如有学者认为，股权是一种抽象的总括的权利，而非债权，只有在分配之后才转化为债权。参见谢怀栻：《论民事权利体系》，载《法学研究》1996年第2期，第76页。

〔73〕 如《民法典》第641条第2款规定：“出卖人对标的物保留的所有权，未经登记的，不得对抗善意第三人。”

的法律效果一致，所有制与所有权呈“一体两面”关系。^{〔74〕}而马克思也从不反对生活资料的所有权，相反，他认为生活资料必须且只能私有。^{〔75〕}

但所有制并不因此等于所有权。因为《宪法》和相关民法典草案在使用所有制概念时，明显存在生产资料、公有财产的特殊语境。分析所有制的内涵，还得从其语义说起。据考证，所有制概念源自德文单词 Eigentum，^{〔76〕}该词原指所有物（即财产），后来又派生出所有权的意义，并为启蒙思想家们广泛讨论。但马克思从不把所有权理解为独立的关系、抽象和永恒的观念，^{〔77〕}而是从社会关系角度进行历史观察。为了区分所有权的不同维度，他以 Eigentum 为基础，创设了三个相似但不同的概念：Eigentum 与 Recht 组合为 Eigentumsrecht，专指法律上的所有权；Eigentum 与 Verhältnis 组合为 Eigentumsverhältnis，指代关系层面的所有权，强调所有权与特定社会的政治经济关系；Eigentum 与 Frage 组合成 Eigentumsfrage，概指作为待决问题的所有权，指向所有权变革的对象和方向。^{〔78〕}

由于马克思对 Eigentum 进行了创造性使用，我国学界形成了区别于所有权的所有制概念，并认为后者着眼于政治经济关系层面。^{〔79〕}但无论把所有制对应于 Eigentumsverhältnis 还是 Eigentumsfrage，都不够准确，与所有权关系、所有权问题的本义相差太远。^{〔80〕}而只要我们意识到相对所有权的存在，则马克思想要表达的所有权的政治意蕴，完全可以为功能所有权所包含。因为功能所有权既可以表现为私法上的利益分配，也可以体现为公法上的政治经济安排。事实也确实如此，马克思对公有制的设想以财产功能与权能的分离为前提：“在财产仅仅作为公社财产而存在的地方，单个成员本身只是一块特定土地的占有者……这种单个的人只是占有者。”^{〔81〕}只是在马克思那里，功能所有权又被称为法律所有权或纯粹所有权，权能所有权则被理解为经济所有权。^{〔82〕}

正是立足于所有权功能与权能的分离，马克思说：“把资本变为公共的、属于社会全体成员的财产，这并不是把个人财产变为社会财产。这里所改变的只是财产的社会性质。它将失掉它的阶级性质。”^{〔83〕}也只有从这个角度，才可以解释为什么主张公有制的马克思同时又提出了重建个人所有

〔74〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016年第2期，第90页。

〔75〕 “我们决不打算消灭这种供直接生命再生产用的劳动产品的个人占有，这种占有并不会留下任何剩余的东西使人们有可能支配别人的劳动。”《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社2012年版，第415页。

〔76〕 参见《马克思恩格斯选集》（第二卷），人民出版社2012年版，第724页注。

〔77〕 参见《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社2012年版，第258页。

〔78〕 上述三个词语的用法为笔者所考据和推测，词语来源则参见李永杰、靳书君：《马克思主义所有制术语的汉译与概念生成——以〈共产党宣言〉汉译为线索》，载《北京行政学院学报》2018年第1期，第66页。

〔79〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016年第2期，第90页；陈明：《“集体”的生成与再造：农村土地集体所有制的政治逻辑解析》，载《学术月刊》2019年第4期，第85页；景朝阳：《所有权与所有制概念探析》，载《晋阳学刊》2008年第2期，第116页。

〔80〕 新版《马克思恩格斯选集》《马克思恩格斯全集》将所有制大量改译为财产，或许也是一个明证。

〔81〕 《马克思恩格斯全集》（第四十六卷上册），人民出版社1979年版，第478页注1。

〔82〕 参见姜楠：《〈论土地国有化〉通释》，中国社会科学出版社2023年版，第34页；孙东富：《马克思恩格斯的“三权”理论与我国土地的所有制形式》，载《经济科学》1985年第4期，第42页；申始占：《“所有权—权能调整”框架下中国农村土地制度百年变迁的评价标准建构》，载《政治经济学评论》2022年第5期，第115页。

〔83〕 《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社2012年版，第415页。

制的命题：^{〔84〕} 为避免所有权人的劳动者剩余价值的榨取，必须贯彻生产资料公有制；为避免反公地悲剧、充分利用公有财产，劳动者得享有权能所有权；劳动者基于权能所有权取得的财产可以为个人所有。^{〔85〕} 因此，“所有制”的本质就是从功能所有权的角度解释财产归谁所有的问题。^{〔86〕}

（二）公有制下的功能所有权

功能所有权之所以能吸纳“所有制”的内容，是因为其在兼容私益分配和政治安排的同时，还具有层次性的特质，即垂直地隶属于多个主体。当然，这是具有政治色彩的所有权类型的专利。就个人所有权而言，由于其仅产生私法效果，即便形成以利用为中心的相对所有权，功能所有权的归属也具有确定性和终局性，不存在层次之分。私法人所有权也是如此，即便作为功能所有权主体的股东存在实际控制人，但股东与实际控制人在法律上互相独立，不存在隶属关系。

1. 集体所有中的功能所有权

在集体所有中，农民集体就承包地、宅基地享有功能所有权，就其他财产享有权能所有权，已如前述。从团体、成员的关系上看，第二种集体所有权与私法人所有权相似，都是由农民集体来享有权能所有权，集体成员享有功能所有权，区别仅在于前者受公法制约。但在第一类情形中，由于农民集体享有权能所有权，集体成员则享有权能所有权，^{〔87〕} 与私法人的所有权截然二物。此时，由于农民集体并非最终受益人，功能所有权上的利益内容亦将进一步归属到集体成员。这样，集体所有中的功能所有权就有两个类型和两个层次。一来，农民集体的功能所有权以履行公共服务为主，集体成员的功能所有权则是全体成员在宪法秩序内对集体财产的最终决定。二则，在承包地、宅基地上，存在“集体成员的权能所有权+农民集体的功能所有权+集体成员的功能所有权”的结构，但其他集体财产仅存在“农民集体的权能所有权+集体成员的功能所有权”之层次。

2. 国家所有上的功能所有权

最复杂的是自然资源等公有财产的国家所有权。由于涉及宪法权利与民事权利的界分、公法内容与私法属性的矛盾等问题，国家所有权引起了学界的广泛讨论，并存在公权说、私权说等严重分歧。本文认为，分析国家所有权问题的属性，应首先回答两个前提性的问题：从外延上看，国家所有权是否独立于民法所有权；从内涵上说，如何化解所有权私法属性与公有财产公法内容的矛盾。

就国家所有权与民法所有权的关系而言，学界存在独立说和统一说的争论。独立说认为，公有财产的国家所有权有其社会功能，与民法所有权在主体、客体、内容等方面差别明显，构成并存、互补关系，或者说是一种“双阶构造”。^{〔88〕} 与之不同，统一说否认存在国家所有权、民法所

〔84〕 马克思认为，资本主义私有制否定了劳动者对劳动成果的私有，但资本主义生产由于自然过程的必然性，也造成了对自身的否定。这种否定不是重新建立私有制，而是在协作和对生产资料的共同占有的基础上，重新建立个人所有制。参见《马克思恩格斯选集》（第二卷），人民出版社2012年版，第299-300页。

〔85〕 也有学者将其归纳为“共同所有、分别占有、个人所有”。参见胡吕银：《“重建个人所有制”的法学求解》，载《法制与社会发展》2008年第3期，第96页。

〔86〕 参见张家勇：《所有权与所有制的纠结：新中国物权法立法史管窥》，载孙宪忠主编：《王家福法学研究与法学教育六十周年暨八十寿诞庆贺文集》，法律出版社2010年版，第364页。

〔87〕 严格地说，农民集体并非法律上的权利主体，农村集体经济组织才是。因此，《宪法》赋予农民集体的权利，得由农村集体经济组织代为行使。相应地，集体成员也就成了集体经济组织成员。

〔88〕 参见王家国：《所有权的拟制属性与社会功能——兼论“公的所有权”及其实现路径》，载《法制与社会发展》2015年第4期，第112页；单平基：《自然资源之上权利的层次性》，载《中国法学》2021年第4期，第67页；巩固：《自然资源国家所有权公权说》，载《法学研究》2013年第4期，第19页；税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，载《法学研究》2013年第4期，第4页；程淑娟：《论我国国家所有权的性质——以所有权观念的二元化区分为视角》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第1期，第78页。

有权的二元结构，或者将国家所有权作为民法所有权的下位概念，认为国家所有的特殊性并不意味着国家所有权的特殊性，^{〔89〕}或者将公有财产上的公法权能作为私法权能的目的机制或保障机制，^{〔90〕}认为国家所有权并不专属于公法，是一个包含了私法权能、公法权能和宪法义务的概念。^{〔91〕}本文赞同统一说。虽然宪法权利与民事权利得共存互补，但二者的主体均为公民，只是前者对抗国家，后者对抗私主体。独立说显然违反了宪法权利的这一原理。^{〔92〕}

就第二个问题而言，公有财产的所有权属于相对所有权已如前述，因此，其公法内容实际上属于功能所有权的范畴。问题由此转化为如何解释公有财产上的功能所有权问题。对此，一种有力的主张认为，可借鉴公共信托的分析框架，全体人民为实质所有权人、受益人，政府则作为名义的所有权人、受托人。^{〔93〕}该说认识到公有财产所有权的相对性，值得赞赏，但其忽视了相对所有权的规范性和功能所有权的层次性：一方面，作为实质所有权人的“全民”丧失了委托人身份，缺乏对受托人的法律请求权。另一方面，作为受托人的国家也只是个抽象的归属主体，缺乏具体的权利能力和行为能力。实际上，国家所有就是全民所有的体现，二者具有一致性和同一性。^{〔94〕}因此，国家所有权缺乏公共信托的制度基础。

本文认为，“全民”、国家和直接享有占有、使用、收益和处分权能的主体，都是功能所有权的主体，但三者处于不同的层次上。“全民”是最终的受益主体，但其受益方式不是法律上的利益分配请求权，而是通过社会分配的方式间接受益。国家所有是全民所有的前提，但国家作为主权意义上的“权利”归属主体，^{〔95〕}对公有财产的利益归属仅具有保障全民所有实现的工具价值。对此，学界早已形成普遍共识，^{〔96〕}甚至连国家所有权独立说的支持者也不例外。^{〔97〕}但“全民”也好，“国家”也罢，都无法行使公有财产的功能所有权，因此，公有财产的功能所有权只能由具体的机关法人或其代理人行使。^{〔98〕}由此可见，公有财产的国家所有并非独立的所有权类型，而是公有财产功能所有权的特殊内容，自然无所谓公权与私权。

〔89〕 参见王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，载《法学研究》2013年第4期，第57页；李蕊：《论我国公有产权的双向度配置》，载《法商研究》2019年第3期，第109页；张淞纶：《再谈国家所有权的性质》，载《社会科学战线》2022年第11期，第251页；郭志京：《自然资源国家所有的私法实现路径》，载《法制与社会发展》2020年第5期，第121页。

〔90〕 参见叶温平：《自然资源国家所有权的双重权能结构》，载《法学研究》2016年第3期，第53页；刘练军：《自然资源国家所有的制度性保障功能》，载《中国法学》2016年第6期，第73页。

〔91〕 参见王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，载《法学研究》2013年第4期，第48页。

〔92〕 参见李志夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015年第5期，第78页。

〔93〕 参见巩固：《认真对待自然资源国家所有权公权说》，载《中外法学》2024年第4期，第3页；王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，载《法学研究》2013年第4期，第57页；李蕊：《论我国公有产权的双向度配置》，载《法商研究》2019年第3期，第109页。

〔94〕 参见彭诚信：《自然资源上的权利层次》，载《法学研究》2013年第4期，第65页；叶温平：《自然资源国家所有权主体的理论诠释与制度建构》，载《法学评论》2017年第5期，第146页。

〔95〕 关于国家法人的归属意义，参见王天华：《国家法人说的兴衰及其法学遗产》，载《法学研究》2012年第5期，第97页。

〔96〕 参见王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，载《中国法学》2013年第6期，第5页；徐祥民：《自然资源国家所有权之国家所有制说》，载《法学研究》2013年第4期，第42页；孙宪忠：《我国物权法中所有权体系的应然结构》，载《法商研究》2002年第5期，第20页；王克稳：《自然资源国家所有权的性质反思与制度重构》，载《中外法学》2019年第3期，第626页；肖泽晟：《宪法意义上的国家所有权》，载《法学》2014年第5期，第28页；黄锡生、高颖文：《自然资源资产产权制度建构的逻辑主线研究》，载《法学论坛》2024年第4期，第118页。

〔97〕 参见巩固：《自然资源国家所有权公权说再论》，载《法学研究》2015年第2期，第115页。

〔98〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016年第2期，第100页；周林彬、王焱：《论我国国家所有权立法及其模式选择——一种法和经济学分析的思路》，载《政法论坛》2002年第3期，第47页。

（三）公有制与私有制的联系

值得注意的是，为何公有财产所有权可以包含公法内容，这是不是社会主义公有制的独创。答案是否定的。固然，在公有制的背景下，公有财产所有权融入了政治经济要素，但相对所有权本身具有包容公法功能的基因。从小里讲，功能所有权旨在保障其承载的功能的实现，因此，一旦权能所有权人存在破坏财产、不支付对价或其他妨碍功能实现的行为，功能所有权人即可收回或取回标的物，公有财产所有权亦不例外。往大里说，当相对所有权渗入公法因素，出现超越法律的内容层次（如公有财产所有权）时，功能所有权的功能实现虽更加复杂，但初衷并未改变——为实现其功能计，国家还负有积极行使权利、避免反公地悲剧的义务，并在社会分配层面落实全民所有的目的。所以有学者说，国家所有权的功能在于创设土地所有权。^{〔99〕}

公有财产所有权也不是社会主义公有制的专利。据考证，无论是以法国、德国、日本为代表的大陆法系，还是在英美法中，均存在类似制度。^{〔100〕}因此，公有财产的“国家所有”并非公有制与私有制的本质区别。换言之，在所有权制度上，公有制与私有制之间存在规范联系。当然，二者在公有财产的范围与管制程度上存在较大区别。例如，在我国，国家所有的土地可以设立建设用地使用权，但建设用地使用权的转让仍需审批。其实，公有制与私有制的本质区别在于国家所有的政治目标：前者旨在实现“全民”利益，后者则否。在我国，由于中国共产党始终代表最广大人民的根本利益，所以维护中国共产党的领导就是坚持社会主义，就是坚持公有制。

一般认为，只有公有财产所有权才具有公法内容。其实，这是一种误解。私人财产（包含私法人）上也存在国家强制，只不过它不干涉私人所有权的权能与功能，而是以税收的形式出现。原因在于，私人对财产的排他性权利，总是离不开国家的保护。^{〔101〕}为了换取国家对自己权利的保护，私人必须支付相应的对价——税收，除非国家基于政策考量主动免除。而且，即便私人已支付相应对价，也不意味着权利将得到绝对保护。因为防止私人侵犯私人权利，必然要动用国家的稀缺资源。^{〔102〕}如果我们把税收理解为国家从私人财产上获得的收益，则私人财产上也存在一种相对所有权结构：私人享有权能所有权，国家则享有功能所有权。只不过由于税收过于常见和必要，人们并不把它理解为国家对私人财产的权利。但在历史上，纳税曾经是功能所有权的体现：在罗马法上的赋税田制度（永佃权的源头）中，耕种者只要正常纳税就可以无限享用土地。^{〔103〕}这进一步说明，财产上存在公法内容并不可怕，公法内容也不是公有制的专利。

五、结 语

学术研究是一项个性化很强的活动。个性化在带来学术进步的同时，也可能成为理论更新的

〔99〕 参见王怡：《土地国家所有法权秩序的内在逻辑与实现机理》，载《法商研究》2022年第5期，第153页。

〔100〕 相关情况的归纳请参见马俊驹：《论我国国家公共财产权制度体系的建构——从“主观权利”理论和域外立法实践中得到的启示》，载《法学评论》2023年第1期，第28-33页。

〔101〕 甚至有学者认为，国家是为保护财产而生的。See Nestor M. Davidson, *Standardization and Pluralism in Property Law*, 61 *Vanderbilt Law Review* 1597, 1621 (2008).

〔102〕 参见〔美〕斯蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·R·桑斯坦：《权利的成本——为什么自由依赖于税》，毕竞悦译，北京大学出版社2004年版，第69页。

〔103〕 参见〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2018年版，第216-217页。

阻碍。即便是已经形成的通说，由于同时存在有效的知识积累和知识外的制约因素，^{〔10〕} 仍离不开少数说、有力说的协力。作为一门讲求实践的学科，法学以处理规范、事实问题为中心，时刻寻求规范与事实的对应。因此，当绝对所有权在解释社会现实力有不逮时，有必要放下其理论前见，寻找一个兼顾历史与现实、打通公法与私法的分析框架。认识到这一点，就不会对历史上充满智慧的永佃权视而不见，更不会将其视为明日黄花，而是惊叹其在绝对所有权的主导中仍然“僵而不死”。如此顽强的生命力，足以使我们体系地反思绝对所有权，探索所有权理论更新的可能性。至于相对所有权理论如何具体地运用于所有权保留等现代法律制度的解释中，则是今后的研究话题。

Abstract: The permanent tenancy right formed in the Song Dynasty of China is a type of relative ownership, which still has practical guiding significance to this day. As a product of the functionalization of ownership, it can also be fully commensurate with modern ownership theories. In the context of comparative law, the functionalization of ownership can be traced back to Roman law. Although the latter evolved into the concept of absolute ownership, there also existed relative ownership centered around utilization. The revival of the functionalization of ownership in modern law calls for relative ownership to step from behind the scenes to the forefront. The latter does not conflict with the principle of legality of right in rem and is a necessary supplement to absolute ownership. Relative ownership can be applied to group ownership and specific forms of individual ownership such as trusts and retention of title. There is a relative separation between the functions and powers of relative ownership. The latter is holistic and elastic and is restricted by the former. The external validity of the power ownership is same as that of absolute ownership. However, there are differences in the types of the adversarial effect of functional ownership. The essence of the ownership system lies in the attribution of public property, which can be encompassed by functional ownership. The functional ownership under the public ownership system has a hierarchical nature, but the content of public law is not the essential difference between public ownership and private ownership.

Key Words: ownership, functionalization, ownership system, power ownership, functional ownership

(责任编辑：徐建刚)

〔10〕 参见李幼蒸：《论〈论语〉〈孟子〉文本之现代性》，载杨永明主编：《当代儒学》第16辑，四川人民出版社2019年版，第134页。

“内卷式”竞争治理中反垄断法的 制度性回避与功能重构

喻 玲*

内容提要：“内卷式”竞争已成为制约高质量发展的突出问题，其表现是买方市场力量通过生态控制将竞争压力系统性转嫁至供应链，竞争机制从“优胜劣汰”异化为“劣币驱逐良币”，本质是经济系统脱离社会价值约束的“制度脱嵌”，企业竞争从“谋道”转向“谋食”。反垄断法作为“社会保护”机制，本应通过市场力量规制，将“脱嵌”的经济系统重新“嵌入”社会价值框架，但其在实践中却呈现出制度性回避特征。这根植于反垄断法应对“内卷式”竞争时的结构性失灵：法律系统对经济环境转型的适应滞后、理论范式固化导致的市场力量作用方向错配，以及结构耦合失调引发的法律适用系统性偏差。对此，需从反垄断法在治理中的独特功能出发，推进从“完全竞争市场”到“有效竞争市场”的理论革新，并构建买卖兼顾的市场力量认定范式，从而实现以“社会价值”约束“资本逻辑”，抵御资本逻辑对社会秩序的侵蚀，纾解“脱嵌”导致的“逐底竞争”，为破解低质量发展困局、构建高质量发展格局提供法治保障。

关键词：“内卷式”竞争 高质量发展 反垄断法 买方市场力量 制度脱嵌

一、问题的提出

当前，“内卷式”竞争已从互联网平台蔓延至新能源汽车、低空经济等新兴领域，成为制约高质量发展的突出问题。从系统论视角看，这并非简单的市场失序，而是经济系统在数字环境下

* 喻玲，江西财经大学法学院（纪检监察学院）教授。

本文为国家自然科学基金地区项目“转售价格维持与最优订货”（72163012）的阶段性成果。

加速脱离社会价值约束的“制度脱嵌”。〔1〕这种“脱嵌”的体现有四：一是自主性扩张——企业决策从服从社区关系、行业伦理转向单一服从平台算法或市场力量；二是去社会化——基于信任的人格化关系被算法支配取代；三是抽象化——产品服务的多维价值（品质、体验、创新）被简化为符号系统（价格、参数），真实价值被“低价”掩盖；四是支配性——市场逻辑“殖民”社会生活，企业资源配置从“谋道”转向“谋食”，竞争机制从“优胜劣汰”异化为“劣币驱逐良币”，行业陷入低利润率、低创新投入、低质量发展的恶性循环。这使经济系统从服务社会福祉转向自我扩张，严重背离党中央关于高质量发展的战略要求。

面对这一治理难题，不少研究者认为，反垄断法可以通过市场力量识别竞争失序的结构性根源，具有破解“价格战—利润压缩—创新停滞”恶性循环的制度优势。〔2〕这种优势使其在治理体系中具有不可替代的独特价值：一方面，反垄断法能够通过市场力量门槛将规制对象限定为可能产生结构性危害的主体，避免误伤受到有效制约的正常竞争行为；另一方面，反垄断法能够在“内卷”行为初步显现时就识别其背后的市场力量及其潜在竞争损害，及时介入规制，避免市场陷入不可逆的内卷陷阱。〔3〕

从“制度脱嵌—再嵌入”的理论视角看，反垄断法本应作为波兰尼“双重运动”中“社会保护”机制的核心载体，通过市场力量规制，将“脱嵌”的经济系统重新“嵌入”社会价值框架。然而，治理实践却呈现出与理论预期的深刻脱节。目前，我国针对“内卷式”竞争构建了以《价格法》《反不正当竞争法》《电子商务法》为主体的多元治理格局。相比之下，反垄断法在实践中却常被其他法律工具所替代，呈现出制度性回避特征；即使反垄断法得以适用，其建立在“卖方中心主义”基础上的传统规则也与“买方驱动”的市场现实存在根本性背离。这不仅使反垄断法未能有效发挥“社会保护”功能，更使经济系统“脱嵌”趋势难以得到有效遏制，最终导致“内卷式”竞争从个别行业向战略性新兴产业加速蔓延，阻碍了“十五五”规划有关“发展新质生产力”战略目标的实现。

既有研究难以有效解释，“内卷式”竞争反垄断治理为何会产生理论与实践的深刻反差。目前，有的研究注重阐释反垄断法治理“内卷式”竞争的应然功能，忽略了传统反垄断规则在实践中面临的制度约束与执法困境。〔4〕有的研究虽然注意到传统反垄断规则存在适用障碍，但仅从个别制度设计层面提出改进建议，尚未追溯传统反垄断规则建立的经济实践基础及其历史局限。〔5〕有的研究敏锐地发现传统反垄断理论建立在卖方主导的价格竞争基础之上，但未能系统考察这一理论基础与“内卷式”竞争的差异，或是对卖方偏重的市场力量认定范式缺乏批判和反

〔1〕当经济活动从社会结构（伦理、社区、政治）中抽离，成为以资本积累为唯一目标的自主系统时，便产生了“制度脱嵌”，但社会必然会通过“双重运动”中的“社会保护”机制实现制衡。参见〔英〕卡尔·波兰尼：《大转型：我们时代的政治与经济起源》，冯钢、刘阳译，浙江人民出版社2007年版，第15-17页。

〔2〕参见孙晋：《“内卷式”竞争的内在机理和法治方案》，载《现代法学》2025年第4期，第64页。

〔3〕参见刘继峰：《论“内卷式”竞争的本质特性及综合治理方法》，载《价格理论与实践》2025年第4期，第65页。

〔4〕参见邹开亮：《平台企业“内卷式”低价竞争的四维路径与法律规制》，载《价格理论与实践》2025年第7期，第50-56页。

〔5〕参见焦海涛、梅珂悦：《“内卷式”竞争的反垄断法定位及其规制》，载《财经问题研究》2025年第8期，第31-44页。

思，难以揭示其对治理的系统制约。^{〔6〕}更为关键的是，既有研究普遍缺乏对“内卷式”竞争作为经济系统与社会系统“脱嵌”表现的理论自觉，未能从法律系统如何实现经济系统“再嵌入”的宏观视角理解反垄断法功能重构的深层意涵。

造成前述研究缺憾的一个重要原因是，传统反垄断法研究秉持“卖方中心主义”，关注焦点集中于卖方垄断行为，既未能系统考察买方市场力量的作用机制，更未能把握“内卷式”竞争由买方市场力量驱动的本质特征。实际上，法律系统对经济环境转型的适应滞后、理论范式固化导致的市场力量作用方向错配，以及结构耦合失调引发的法律适用系统性偏差，正是引发前述制度性回避的主要原因。对该问题的化解，不能依赖零散的技术性修补，而需要从制度层面、理论层面与方法层面协同推进，实现反垄断法律系统对经济系统环境变化的适应性演化，使其能够有效感知和回应“买方驱动”的新经济形态，进而通过市场力量规制实现经济系统的“再嵌入”。

对此，本文拟突破既有的理论框架，运用社会系统理论，将反垄断法视为法律系统在市场力量治理领域的功能分化产物，通过考察其与经济系统的结构耦合机制，揭示反垄断法在“内卷式”竞争治理中制度性回避的演化逻辑，从而回答两个具有统摄力的核心问题：其一，数字经济环境下，“内卷式”竞争如何成为经济系统与社会系统“脱嵌”的表现；其二，反垄断法又该如何通过功能重构，将脱嵌的经济系统“再嵌入”社会结构之中。以期对我国破解低质量发展困境、构建高质量发展格局有所助益。

二、反垄断法在“内卷式”竞争治理中的制度性回避

“内卷式”竞争本质是买方市场力量通过生态控制将竞争压力系统性转嫁至供应链，是经济系统脱离社会价值约束的“制度脱嵌”。反垄断法作为“社会保护”机制，本应通过市场力量规制将“脱嵌”的经济系统重新“嵌入”社会价值框架。但实践中，反垄断法却常因治理“工具充足”表象被其他法律工具替代，这种制度性回避不仅折射出治理主体对不同法律工具功能定位的认知偏差，更导致“内卷式”竞争难以得到有效遏制，严重阻碍了新质生产力培育 and 高质量发展。

（一）“内卷式”竞争治理中反垄断法的边缘化

目前，我国“内卷式”竞争治理依托多法交错适用展开，形成了以《价格法》《反不正当竞争法》《电子商务法》为主的多元治理格局。《价格法》第14条明确禁止经营者“为了排挤竞争对手或者独占市场，以低于成本的价格倾销”，直接针对低价竞争设置了规制红线。2025年修订的《反不正当竞争法》第14条新增规定，明确“平台经营者不得强制或者变相强制平台内经营者按照其定价规则，以低于成本的价格销售商品”，被视为对平台唯低价竞争的精准打击。《电子商务法》第35条要求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……进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台

〔6〕 参见侯利阳、李瑾：《市场力量评估中的买方势力：理论逻辑与实践展开》，载《广东财经大学学报》2025年第1期，第49-60页。

内经营者收取不合理费用”。这些法律从价格、行为、平台责任等维度，构建起了“内卷式”竞争治理的多维网络。

从功能分化视角审视，这三部法律分别对应法律系统内部不同子系统的功能发挥。《价格法》承担价格沟通的直接规制功能，通过设定价格行为的合法性边界，将经济系统中的价格信号转译为法律系统的“合法/非法”二值符码；《反不正当竞争法》履行竞争行为的类型化控制功能，通过列举式规范明确竞争手段的正当性标准；《电子商务法》实现平台责任的分配机制功能，在平台经济生态中配置不同主体的权利义务。表面上看，三法使“内卷式”竞争治理富有完备性、层次性，但这种“工具充足”的表象恰恰导致反垄断法面临制度性回避——既然已有专门法律可以直接规制低价倾销、唯低价竞争和平台不当行为，便无需再动用反垄断法这一程序复杂、证明责任重、社会影响大的“重型武器”。〔7〕进一步来看，这种制度性回避在“内卷式”竞争治理实践中多表现为治理主体更倾向于采用行政约谈、行政指导等柔性治理手段，而非启动正式的反垄断调查程序。以外卖平台“内卷式”竞争为例，2025年7月，国家市场监督管理总局约谈饿了么、美团、京东三家平台企业，要求相关平台企业严格遵守《电子商务法》《反不正当竞争法》《食品安全法》等法律法规规定，理性参与竞争，促进餐饮服务行业规范健康持续发展，但并未启动反垄断调查或适用反垄断法律规范。〔8〕这种治理实践的选择偏好，使反垄断法在“内卷式”竞争治理中逐渐边缘化，导致法律系统未能有效发挥“社会保护”功能，经济系统“脱嵌”趋势难以得到有效遏制。

这种边缘化所反映的不单单是具体治理实践的偶然选择，更是法律系统内部的功能配置异化。当多个功能子系统对同一治理对象进行功能替代而非功能分化时，必然导致功能边界模糊、工具选择失序。反垄断法在“内卷式”竞争治理中的边缘化，本质上是治理主体未能准确识别不同法律工具的功能定位，误将反垄断法的结构性治理功能等同于其他法律的表层行为规制，由此导致功能分化异化为功能替代。

（二）反垄断法的结构性治理功能

反垄断法在“内卷式”竞争治理中的边缘化，乃是源于治理主体未能准确把握其区别于其他法律工具的独特价值。当代反垄断法制度体系建立在“市场力量”概念基础之上，这使其在“内卷式”竞争治理中得以发挥结构性治理功能，构成其区别于《价格法》等行为规制法律的核心特征。

与《价格法》等法律聚焦个别行为不同，反垄断法的规制起点是市场力量的识别与评估，除少数行为外，只有具备一定市场力量的经营者的行为才受到反垄断法规制。这一门槛使反垄断法得以穿透行为表象，识别通过市场力量在生态系统中传导的内卷推动机制。以电商平台为例，平台通过生态控制地位向商户施压，要求参与“满减”“折扣”等促销活动，商户表面“自愿”降

〔7〕 参见李剑：《中国反垄断法的移植与本土化》，法律出版社2022年版，第35-38页。

〔8〕 参见国家市场监督管理总局：《市场监管总局开展行政约谈 要求外卖平台企业理性竞争》，载国家市场监督管理总局2025年7月18日，https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2025/art_3aec8dfb0b284c48959344c4514ccf50.html，2026年1月8日访问。

价，实则是迫于平台流量分配、搜索排序等机制的压力。在这种情形下，《价格法》难以认定“平台低价倾销”，《反不正当竞争法》难以证明“强制定价”，《电子商务法》虽可规制“不合理限制”，但难以评估竞争秩序的结构性和损害。相较而言，反垄断法通过评估平台市场力量、平台与商户的依赖关系及议价能力不对等，能够揭示平台凭借市场力量将竞争压力系统性转嫁至供应链的作用机制，将分散的商户降价行为还原为平台滥用市场支配地位的整体图景，避免误伤正常竞争行为。

这种以市场力量为核心的分析路径，在系统论视角下具有更深层的功能意义。法律系统与经济系统是功能分化的自主系统，二者通过“结构耦合”（structural coupling）实现持续性关联，〔9〕而“市场力量”正是这一结构耦合的核心装置，其既是法律规范要素（市场支配地位的核心要素），又是经济现实机制（企业对市场的实际控制力）。正是通过“市场力量”这一结构耦合点，法律系统才能将经济系统中的市场力量配置状态转译为“合法/非法”的法律判断。这一转译功能使反垄断法能够感知经济系统的结构性变化——当买方市场力量通过生态系统层层传导，将竞争压力外部化至供应商乃至劳动者时，法律系统通过“市场力量”这一观察装置，能够将这种结构性扭曲识别为反竞争行为，进而通过规制市场力量滥用实现经济系统的“再嵌入”。相比之下，《价格法》等法律观察装置聚焦于“价格水平”“行为手段”等表层指标，只能感知经济系统的表层现象，难以捕捉市场力量配置的深层结构及其传导机制，更无法实现经济系统的“再嵌入”。

反垄断法的这种结构性治理功能，使其能够在“内卷式”竞争的危害尚未完全显现时就识别其结构性根源，从而构建从行为规制到结构预防的长效治理格局。通过评估市场力量如何在生态系统中配置、传导和放大，反垄断法能够将内卷的表层行为症状还原为深层的市场力量配置失序，并通过对市场结构的持续监测，在内卷机制形成初期就进行结构性干预，避免市场因网络效应的递归强化陷入不可逆的内卷陷阱。这种从表层到深层、从行为到结构的治理路径转换，正是反垄断法作为“社会保护”机制在“内卷式”竞争治理中不可替代的独特价值所在。

（三）制度性回避引发的治理缺陷

反垄断法的边缘化使既有“内卷式”竞争治理格局的缺陷充分暴露，具体表现为治理对象具有片面性与治理逻辑的表层性。一方面，治理对象具有片面性。《价格法》聚焦价格行为本身，违法性认定的核心是“低于成本价销售”。但目前，“内卷式”竞争往往不直接表现为低价倾销，而是通过买方市场力量向供应链传导压力。例如，某电商平台凭借亿级消费者购买力，要求品牌商大幅降低供货价。品牌商为保住订单被迫压缩利润，其销售价格虽下降但仍可能覆盖成本，不符合“低于成本”标准；而平台作为中间商也并未直接实施价格倾销，难以被规制。《反不正当竞争法》虽新增了唯低价竞争条款，但仍侧重行为“不正当性”判断，采用行为类型化立法技术，将违法行为限定为“强制或变相强制按定价规则低于成本销售”。然而，平台可通过算法奖励低价、流量引导竞争等手段推动内卷，这些在形式上都难以归于“强制定价”。《电子商务法》

〔9〕 参见刘凯：《经济法体系化的系统论分析框架》，载《政法论坛》2022年第2期，第165页。

则主要规范平台与商户的关系，侧重平台责任分配，对价格形成机制背后的市场力量结构则缺乏深入分析。另一方面，治理逻辑具有表层性。三法聚焦个别表层行为，怠于市场力量审查。这种“重行为轻结构”的规制进路虽然标准明确、易于操作，但也导致其难以触及“内卷式”竞争的结构成因，容易陷入“按下葫芦浮起瓢”的治理困境。当法律禁止某类行为后，具有市场力量的主体可以迅速调整策略，以新形式实现相同目的。如禁止“低于成本价销售”后，出现“虚标原价”“隐性补贴”；规制“唯低价竞争”后，转向“流量分配”“搜索排序”。

进一步来看，这种治理缺陷使“内卷式”竞争对竞争机制造成的损害难以得到遏制。从竞争机制本身来看，其欲求达至的功能是“优胜劣汰”——通过传导竞争压力，淘汰低效率、低创新的市场主体，留存并激励高效率、高创新的企业，并由此惠及消费者。^[10]这一机制的正常运作有赖于竞争传递效率和创新信息，激励市场主体通过技术进步、管理优化应对竞争压力，但“内卷式”竞争实质上破坏了这一机制，其传递的不是效率和创新信号，而是成本转嫁信号。当具有买方垄断力量的经营者面临竞争压力时，其并非通过提升自身创新效率来应对竞争压力，而是将压力转嫁至整个产业链。这种成本外部化导致竞争淘汰机制失灵，本应因缺乏创新而退出的企业，通过成本转嫁得以继续生存；而试图通过技术创新参与竞争的企业，反因无法承受极低利润率而被迫退出。由此，“劣币驱逐良币”取代了“优胜劣汰”，竞争机制从创造性的“向上竞争”异化为毁灭性的“逐底竞争”。这种竞争机制的扭曲彰显了双重垄断损害：其一，竞争损害。极低利润率环境对潜在进入者构成超高市场进入壁垒，市场集中度不降反升。同时随着市场主体的创新激励和创新能力不断降低，“创造性破坏”机制被阻断。其二，消费者损害。“内卷式”竞争虽然在短期内向消费者提供了低价福利，但消费者最终面临的是缺乏创新、质量难以保证的同质化产品与服务，其长期福利遭受了实质且不可逆转的损害。

习近平总书记强调：“发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点。”^[11]新质生产力以全要素生产率大幅提升为核心标志，其形成依赖企业持续的技术创新投入。然而，“内卷式”竞争使企业陷入“价格战—利润压缩—创新停滞”的恶性循环。在光伏、新能源汽车等关键领域，企业资源配置从“谋道”转向“谋食”，产业创新能力面临系统性削弱。于此情况下，反垄断法介入“内卷式”竞争治理不仅是竞争秩序维护的需要，更是保障新质生产力发展的战略性要求。唯有通过反垄断法的结构性治理功能，才能从根本上破解“内卷式”竞争，引导企业从“谋食”回归“谋道”，发展新质生产力并激发高质量发展新动能。

三、反垄断法应对“内卷式”竞争失灵的根源溯因

反垄断法作为将经济系统重新“嵌入”社会价值框架的“社会保护”机制，在实践中却呈现制度性回避特征。这种回避不仅是一项法律工具的闲置，更是对“内卷式”竞争结构治理的制度性放弃。既有治理工具虽能“治标”，却难以“治本”。这种“治标不治本”的根源何在？为何以

[10] 参见王晓晔：《我国反垄断法为什么保护竞争》，载《法治研究》2024年第4期，第4页。

[11] 习近平：《发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点》，载《求是》2024年第11期，第4页。

市场力量为核心的反垄断法难以有效介入？这需要从法律系统与经济系统的深层互动中寻找答案。从系统论视角看，反垄断法作为法律系统在市场力量治理领域的功能分化产物，其功能在于通过市场力量的识别与规制维持社会对良性竞争秩序的“期望”。然而，当经济系统从工业经济的卖方主导转向数字经济的买方驱动时，这一功能的实现机制却陷入结构性失灵。这种失灵的原初体现是经济环境转型导致法律系统的适应滞后，在更深层次上则是理论范式的自我再生产导致“减产提价”预设固化，二者共同作用使得观察装置出现方向性错配，引发了法律适用的系统性偏差。由此，结构性失灵与制度回避之间形成相互强化的负反馈机制，功能失灵引发了实践对反垄断法的进一步回避，而持续回避又阻碍了法律系统对失灵的自我修正，最终陷入“失灵—回避—失灵加剧”的恶性循环。

（一）经济环境转型与法律系统的适应滞后

法律系统作为功能分化的自主系统，通过“结构耦合”机制感知和回应经济系统的变化。然而，系统的封闭性运作决定了其对环境变化的感知存在时间差，当环境发生剧烈转型时，适应滞后必然导致功能失调。^{〔12〕}目前，反垄断法律系统正面临这一困境——其制度设计所依赖的经济环境（即工业经济时代的卖方主导市场结构）发生根本转型，但系统本身却仍停留在原有环境基础上，由此产生了“环境—系统”适应滞后。

传统反垄断法建立在工业经济时代的卖方主导市场结构之上。19至20世纪的工业化进程中，生产端快速集中化，消费者群体相对分散，缺乏有效的组织化手段来抗衡大企业的市场力量。^{〔13〕}彼时，市场力量问题主要表现为少数大型生产企业对价格、产量、市场准入的控制能力，如标准石油公司通过纵向整合控制“炼油—运输—零售”链条，美国钢铁公司通过横向合并控制钢铁产能，均体现了卖方凭借生产端控制力限制产出、提高价格的垄断模式。

基于这一现实，早期反垄断法律制度将规制重心放在卖方市场力量的识别和限制上，1890年美国《谢尔曼法》制定标志着现代反垄断法的诞生，该法主要针对“限制州际贸易或与外国贸易的托拉斯和垄断”，重点规制生产领域的企业联合和垄断协议。1914年的《克莱顿法》进一步细化了对特定反竞争行为的禁止，但分析框架依然主要集中在卖方的市场行为上。这种制度设计反映了工业经济时代市场力量作用方向呈“由卖至买”的单向传导特征，即卖方通过限制产出提高价格，消费者被动接受高于竞争水平的价格。这一市场力量配置格局在中国改革开放后的相当长时期内得以延续，即便是当时的“内卷式”竞争，如20世纪90年代彩电价格战、21世纪初光伏产能过剩，其本质仍是生产企业凭借生产能力和市场份额展开横向竞争，市场力量集中在生产端，并未突破传统反垄断法所预设的卖方主导格局。

然而，数字经济环境从根本上重塑了市场力量的配置格局，市场力量不再主要产生于生产端，而是向流通端与需求端集中，其作用路径也由传统的“由卖至买”逆转为“由买至卖”。在此格局下，数字平台凭借对交易入口的控制、对需求的高度聚合以及对数据资源的系统性占有，

〔12〕 参见宾凯：《卢曼法律系统论研究：二阶观察的视角》，上海人民出版社2025年版，第35页。

〔13〕 参见〔美〕小艾尔弗雷德·D·钱德勒：《看得见的手：美国企业的管理革命》，重武译，商务印书馆1987年版，第279-281页。

形成了强大的买方市场力量。以美团为例，该平台通过聚合数千万消费者的餐饮需求，在交易结构上实质性地扮演着集中采购者角色，代表庞大的用户群体对餐饮服务进行“批量采购”，再将其分发给用户。基于这种规模化需求优势，美团在与餐饮商户的谈判中占据明显的主导地位，^{〔14〕} 餐饮商户在缺乏有效替代交易渠道的情况下，被迫接受平台设定的交易条件，不仅需要持续压缩食材成本、减少人工投入，还得承担平台要求的各类促销补贴与费用分摊。不难看出，买方市场力量传导机制呈现的压低采购价格、转嫁运营成本、强制性促销分摊等特征，与工业经济时代卖方市场力量的作用机制截然不同。面对这种“由买至卖”的竞争压力传导，建立在“卖方中心主义”基础上的反垄断法观察装置难以有效回应。

从工业经济的卖方主导到数字经济的买方驱动，经济系统经历了深刻转型，但反垄断法律系统对这一环境变化的感知和适应却是滞后的。这种滞后源于法律系统的“自创生”特征，法律系统通过不断再生产自身要素来维持同一性，但这种自我再生产也导致系统只能基于既有的观察装置和理论框架来理解环境，当环境发生剧烈变化时，系统需要相当长时间才能调整其内部结构。^{〔15〕} 目前，反垄断法律系统正处于这一调整的滞后期，经济系统已从卖方主导转向买方驱动，但法律系统的自我再生产机制仍在强化“卖方中心主义”的理论框架，由此产生环境与系统的深刻脱节。

（二）理论范式固化与市场力量作用方向错配

法律系统对经济环境转型的适应滞后，在更深层次上源于其理论范式的固化。这主要是因为，法律系统通过理论范式进行“自我描述”来理解和规范自身的运作，一旦特定理论范式确立，就会通过自我再生产机制不断强化，形成路径依赖。^{〔16〕} 传统反垄断理论植根于新古典经济学，将垄断及其引发的市场失灵问题简化为价格偏离。19世纪70年代至20世纪20年代，以帕累托和马歇尔为代表的经济学家围绕市场均衡理论和价格理论形成了完全竞争理论，该理论以完全竞争静态均衡作为理想的理想市场状态，其他状态都被视为对此的偏离。在该理论看来，在完全竞争市场中，价格等于边际成本，资源配置得以实现帕累托最优；而在垄断市场中，垄断者则会通过限制产量，将价格推高至边际收益等于边际成本的水平，由此造成无谓损失并导致资源配置扭曲。^{〔17〕} 由此，反垄断理论确立了其核心预设——垄断的本质特征是“减产提价”，垄断利润来源于对竞争均衡价格的背离。这一预设后续理论发展中不断强化，如波斯纳将市场力量直接等同于“提价能力”，^{〔18〕} 梅森以及弟子贝恩提出的“结构—行为—绩效”（SCP）范式主张，高度集中的市场结构预示着企业会从事导致经济绩效低下的行为，即产出减少并采用“垄断价格”。^{〔19〕} 在上述种种预设中，市场力量实现的唯一路径便被锁定为“提价”，成为反垄断法律系统“自我描述”的核心；相比之下，成本被视为外生的、不可转嫁的变量，即企业面临的生产成

〔14〕 参见国家市场监督管理总局国市监处罚〔2021〕74号行政处罚决定书。

〔15〕 参见陆宇峰：《系统论法学新思维》，商务印书馆2022年版，第18页。

〔16〕 参见高宣扬：《鲁曼社会系统理论与现代性》（第2版），中国人民大学出版社2016年版，第36页。

〔17〕 参见陈秀山：《现代竞争理论与竞争政策》，商务印书馆1997年版，第36-39页。

〔18〕 参见〔美〕理查德·A.波斯纳：《反托拉斯法》（第2版），孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年版，第12页。

〔19〕 参见〔美〕赫伯特·霍温坎普：《联邦反托拉斯政策：竞争法律及其实践》（第3版），许光耀、江山、王晨译，法律出版社2009年版，第46页。

本由技术条件和要素市场决定，垄断者只能在既定成本约束下通过控制产量来影响价格。

这种“减产提价”预设一经确立，便通过自我再生产在多层次不断强化，形成难以撼动的理论固化。首先，在概念界定层面，将“市场力量”约同于“提价能力”成为各国反垄断法基础性共识。例如，我国《反垄断法》第22条将市场支配地位定义为“能够控制商品价格……的市场地位”，其核心仍是“控制价格”能力，即“将价格持续性地提升到竞争水平之上获利的能力”^{〔20〕}。美国《克莱顿法》第7条在并购审查中确立的“可能实质性减少竞争或趋于形成垄断”标准亦遵循同一逻辑。其次，在分析工具层面，几乎所有主流的市场力量评估方法都建立在“提价”假设之上。假定垄断者测试（SSNIP）的逻辑起点是假定垄断者实施小幅但显著且非临时性的提价，观察是否有足够替代品使提价无利可图，以此界定相关市场；勒纳指数（Lerner Index）通过计算价格与边际成本的差率来衡量市场力量，预设了垄断者通过提价获取超额利润；并购审查中的价格上涨压力测试（UPP）旨在预测并购后的价格上涨压力。最后，在行为规制层面，“垄断高价”长期被置于优先地位。我国《反垄断法》第22条列举的滥用市场支配地位行为中，“以不公平的高价销售商品”排在首位，这表明立法者将垄断高价视为反垄断法介入和规制的首要对象。虽然该条也规定了“以不公平的低价购买商品”，但在实践中，针对买方市场力量的规制付之阙如。

然而，当“减产提价”预设数字经济条件下被实质性突破，市场力量作用方向由“由卖至买”逆转为“由买至卖”时，传统反垄断理论范式与现实市场力量配置之间便出现根本性的错配。建立在“减产提价”预设之上的市场力量认定范式长期聚焦卖方市场份额、进入壁垒等指标，缺乏识别买方需求聚合能力、生态系统控制权等新型权力来源的分析工具，在终端价格下降的情形下，往往将其判定为竞争加剧，从而难以洞察“低价”背后通过成本转嫁向供应链上游攫取垄断利润的真实机制，更无法有效评估买方市场力量经由供应链传导所引发的创新激励削弱、竞争淘汰机制异化等长期性、结构性危害。正是在这一意义上，市场力量作用方向的变化并未被既有理论所“看见”，反垄断法律系统仍沿用以“减产提价”为中心的分析语言对新型市场权力加以解释与规制，由此形成了市场现实与理论范式之间的错配。该种错配并非执法选择或个别判断的偏差，而是理论范式固化的必然结果——一旦既有范式确立，便通过法学教育、学术研究与司法实践等渠道不断自我再生产，使法律系统在路径依赖中难以调整其“自我描述”，即使意识到“内卷式”竞争的存在，也难以突破“减产提价”预设，由此导致对买方市场力量驱动的“内卷式”竞争缺乏有效的理论回应。

（三）结构耦合失调与法律适用的系统性偏差

经济环境转型与理论范式固化共同导致了法律系统与经济系统结构耦合的深刻失调。从系统论视角看，法律系统通过观察装置感知经济系统的运作，并将其转译为“合法/非法”的二值符号。^{〔21〕}观察装置决定了系统能看见什么、看不见什么，它不是对经济现实的被动反映，而是法

〔20〕 Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy* (2nd ed.), Thomas & West, 2008, p. 168.

〔21〕 参见〔德〕卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第293页。

律系统基于自身功能需要主动构建的观察框架。传统反垄断法的观察装置建立在“由卖至买”的方向性预设之上，当经济系统演化为“由买至卖”的买方驱动型竞争时，原有耦合机制便出现系统性失调，导致实践陷入漏判买方垄断与误判卖方垄断的双重偏差。

结构耦合失调最直观的表现是买方垄断行为系统性地逃脱监管。尽管从字面上看，“市场力量”这一概念并未明确其专指市场中的买方或卖方，但从其定义和理论基础都可以看出，实际上描述的是市场中的卖方。这就导致了，传统观察装置因未设置“买方市场力量”这一参数，无法将买方的需求聚合能力、生态系统控制权、对供应商的谈判优势等因素转译为“市场力量”的法律概念，由此导致买方市场力量虽在经济系统中真实存在并产生反竞争效果，却长期游离于反垄断法律系统的观察视野之外。实证数据佐证了该种盲区。目前，我国公开行政处罚意见书的横向垄断协议案件共127起，其中买方横向垄断协议案件仅3起（且皆发生于传统经济形态中），占比仅2.36%。^{〔22〕}这种买方与卖方的执法失衡现象并非我国独有，经济合作与发展组织（OECD）调查结果也印证了上述结论，在已发生的国际横向垄断协议案件中，涉及买方的案件仅占3%~8%，值得注意的是，这一比例在1990年前为零，此后才逐渐上升。^{〔23〕}对此，霍芬坎普教授提出尖锐批判：“当前，尽管有些亡羊补牢的意味，但反垄断学者正在研究劳动力市场的垄断问题——或者说雇主据以压低雇员薪酬的买方市场力量及其行为后果。”^{〔24〕}

观察装置的结构盲区不仅导致漏判，也使偶发的反垄断介入因信息不完整而陷入误判。“枸地氯雷他定”原料药滥用市场支配地位案即为代表。该案一审中，南京市中级人民法院沿用以卖方为中心的传统分析框架，单纯依据医工方的市场结构地位便判定其滥用支配地位，忽视了扬子江药业作为大型采购方所拥有的买方市场力量及其抗衡作用。^{〔25〕}一审法院的观察装置只设置了“卖方市场力量”参数，只能“看见”医工方在原料药市场的强市场份额，却“看不见”扬子江药业的买方市场力量，将势均力敌的商业博弈误判为一方独大的垄断局面，继而得出被告拥有绝对市场控制力的错误结论。值得庆幸的是，最高人民法院在二审中纠正了这一错误，明确指出医工方的市场力量“在一定程度上被削弱”，扬子江药业凭借其采购规模和谈判优势，对医工方的交易条件设定和价格决策形成了实质性约束。^{〔26〕}二审判决的纠正，本质上是观察装置的扩展，将“买方市场力量的抗衡作用”纳入观察范围，从而修正了一审因观察装置盲区而产生的误判。

这种“系统性忽视”与“偶发性误判”并存的双重偏差，根源于法律系统与经济系统结构耦合的深层失调。当经济系统完成从“嵌入”到“脱嵌”的范式转换，反垄断法律系统却仍在沿用

〔22〕 时间截至2024年8月31日。三起买方横向垄断协议案件分别为：内蒙古自治区市场监督管理局内市监处罚〔2019〕1号行政处罚决定书；江西省市场监督管理局赣市监处罚〔2021〕1号行政处罚决定书；浙江省市场监督管理局浙市监处罚〔2022〕6号行政处罚决定书。

〔23〕 See OECD, *Purchasing Power and Buyers' Cartels*, (10 May 2022), https://www.oecd.org/en/publications/purchasing-power-and-buyers-cartels_3fab0781-en.html, visited on 28 January 2026.

〔24〕 〔美〕赫伯特·霍文坎普：《美国反垄断法：原理与案例》（第2版），陈文煊、杨力译，中国人民大学出版社2023年版，第16页。

〔25〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2019）苏01民初1271号民事判决书。

〔26〕 参见最高人民法院（2020）最高法知民终1140号民事判决书。

“嵌入式经济”的过时“语法”，其结果必然是规制工具与规制对象的彻底错位。在买方市场力量滥用成为常态的情形下，反垄断法因观察装置缺失系统性地视而不见；而在个别介入的场合，其又因只能看见卖方的市场份额，将正常商业博弈误判为市场力量滥用。这种结构耦合失调使得反垄断法即使试图介入“内卷式”竞争，也难以找到正确的着力点，由此陷入“介入即失灵”的困境。

四、反垄断法因应“内卷式”竞争的功能重构

“内卷式”竞争治理中反垄断法制度性回避所揭示的问题虽然复杂严峻，但其根源却有迹可循。前文分析表明，这根植于法律系统对经济环境转型的适应滞后、理论范式固化导致的市场力量作用方向错配，以及结构耦合失调引发的法律适用系统性偏差。这些问题彼此交织，共同构成了反垄断法应对“内卷式”竞争的系统性障碍。因此，问题的化解不能依赖零散的技术性对策修补，而需要从制度层面、理论层面与方法层面协同推进。从系统论视角看，这一重构实质上是法律系统对经济系统环境变化的适应性演化——通过功能分化的再确认与自我描述的理论更新破解反垄断法的“介入不能”困境，通过结构耦合机制的优化破解“介入无效”困境，从而实现以“社会价值”约束“资本逻辑”，抵御资本逻辑对社会秩序的侵蚀，纾解“脱嵌”导致的“逐底竞争”，为破解低质量发展困局、构建高质量发展格局提供法治保障。

（一）功能分化视角下反垄断法边界的厘清

法律系统内部的功能分化要求不同法律子系统各司其职，通过功能专业化实现整体治理效能的最大化。然而，当前“内卷式”竞争治理中反垄断法被边缘化的根源，恰恰在于功能分化异化为功能替代——《价格法》《反不正当竞争法》《电子商务法》等法律工具在治理实践中与反垄断法形成了替代关系，而非功能互补关系。这种功能边界模糊导致治理主体在工具选择时陷入“路径依赖”，倾向于选择程序简便、证明标准较低的《价格法》等三法，而回避程序复杂、证明标准高的反垄断法。因此，功能重构的起点在于重新厘定反垄断法的功能边界，明确其与其他法律工具的分工协作关系，使功能替代回归功能分化。

对反垄断法功能边界的厘清，关键在于形成法律共同体广为接受的共识基础。实际上，关于市场力量概念在反垄断理论体系中的地位与作用，即便在中国反垄断法学界仍有学者不予接受。例如，有学者认为反垄断法就是行为法，^[27] 反垄断法经历了从“结构主义”到“行为主义”的转变。^[28] 在该种理解下，反垄断法与其他市场监管法律均以行为规制为基础。但通过前文分析可以看到，这样的认识不仅会造成“内卷式”竞争治理的片面性与表层性，还容易带来法律适用上的冲突。事实上，该种认识忽视了反垄断法的独特性，现代反垄断法与经济学理论结合非常紧密，其内涵的市场力量逻辑与传统的合同法、侵权法存在较大差异，而这些法律却是《价格法》等三法的基础。从实践来看，美国反托拉斯法和欧盟竞争法是现代反垄断法最主要的法域，其实

[27] 参见刘继峰：《竞争法中的消费者标准》，载《政法论坛》2009年第5期，第128页。

[28] 参见陈恩才：《垄断研究范式的经济学反思与变革》，载《学习与探索》2012年10期，第111-113页。

施经验亦表明，反垄断法的适用以市场力量门槛为前提，即只有具备一定市场力量的经营者的行为才构成规制对象。由此来看，明确反垄断法的市场力量逻辑，即可划定其在“内卷式”竞争治理中的功能边界。例如，当平台凭借生态控制地位与买方市场力量，系统性地将竞争压力传导至供应链上游，导致行业研发投入下降、突破性创新被阻断、竞争淘汰机制从“优胜劣汰”异化为“劣币驱逐良币”时，即属于反垄断法应当介入规制的市场力量滥用。这一边界的核心在于“市场力量+竞争机制扭曲”的双重标准，与《价格法》对价格行为的直接干预、《反不正当竞争法》对不正当手段的类型化规制以及《电子商务法》对平台责任的配置形成区隔。同时，也正是这种市场力量逻辑，决定了反垄断法在“内卷式”竞争治理体系中的独特作用，与其他市场规制法律相比，反垄断法通过市场力量分析提供系统性和结构性治理方案，而其他市场规制法律则是通过直接规制弥补反垄断法适用门槛高、耗时长不足。二者互为补充、共同促进，能够形成“治本”与“治标”相结合的长效治理格局。

功能边界的厘清确立了反垄断法在“内卷式”竞争治理中的应然图景，而反垄断法能否真正获得合理程度地实施，则在很大程度上取决于反垄断执法权的配置状况。^{〔29〕}在2018年统一执法授权之前，尽管中央层面反垄断执法一直面临着较为紧张的资源约束，但其仍对地方分权秉持谨慎态度，反垄断执法权并未普遍地下沉到省级层面，这也导致地方执法机构在反垄断事务方面欠缺相应的执法经验、专业能力建设不足。针对中央执法资源不足和地方专业能力欠缺的景象，根本解决路径是通过科学配置反垄断执法权，向地方分权来调动地方资源，形成央地协同的执法网络，具体可从三个层面协同推进：首先，中央层面应转变执法工作重心，将资源从地方性简单案件中解放出来，集中于跨省案件和全国性影响的大案要案，通过高质量执法树立可供地方参照的执法标准，同时将长期积累的执法经验规范化、标准化，通过配套规章和指南为地方执法提供详细指引。其次，地方层面应加快专业能力建设，在中央指导下定期组织执法人员培训，通过专家授课、案例剖析、以案代训等方式系统提升经济学理论基础和产业分析能力，同时引入专业人才充实执法队伍。最后，央地之间应构建协调合作机制，通过执法备案、协助调查、业务指导、信息共享等方式，形成上下联动、优势互补的执法网络，既确保执法标准统一，也能及时纠正地方执法偏差。

功能边界的厘清与执法权的科学配置，标志着反垄断法从应急性工具转变为治理“内卷式”竞争的常规武器。明确的功能定位使政府能够将监管资源从“运动式整顿”转向“制度性规制”，从个案行为监管转向市场力量规制；合理的权力配置则确保了中央统筹与地方协同，避免多头执法与监管真空，对于稳定市场预期、激发创新活力、保障战略性新兴产业健康发展，具有基础性作用。

（二）从完全竞争到有效竞争的理论革新

反垄断法在“内卷式”竞争治理中制度性回避的化解，需要打破传统反垄断理论自我再生机制，推动理论基础的根本性更新。传统反垄断理论将垄断问题简化为价格偏离完全竞争均衡

〔29〕 参见谭袁：《反垄断执法权配置问题研究》，法律出版社2019年版，第104页。

的静态资源配置扭曲，这一理论预设工业经济时代尚能有效解释“减产提价”的垄断路径，但在面对“增产降价”的“内卷式”竞争时便常常陷入悖论。化解理论适用悖论的关键在于突破“完全竞争市场”这一理想化参照系的桎梏，推动反垄断法的理论基础从静态的“价格均衡偏离”迈向动态的“竞争机制扭曲”。这一理论转型并非是对传统理论的简单修补，而是对反垄断法核心使命的根本性重新界定。与传统理论追求价格回归理想化均衡水平不同，转型后的反垄断法致力于维护竞争机制的正常运作，确保市场竞争持续激励创新、实现优胜劣汰，避免其异化为成本外部化的“逐底竞争”。

新古典经济学虽然为反垄断法提供了早期的理论基础，但其内在的静态性和理想化特征使该理论从诞生之初就面临深刻批判。早在1906年，穆尔就指出完全竞争存在悖论。^[30]奈特亦认为，历史上，经济学理论建立在完全竞争假设的基础之上。但是，对于这个假设的确切性质，经济学阐述得既不清晰，也不充分。^[31]20世纪30年代，张伯伦和罗宾逊夫人几乎同时提出不完全竞争理论，指出现实的市场竞争不是完全竞争，其真实状态绝大多数介于完全竞争和完全垄断之间，^[32]但这一理论依然把完全竞争视为理想状态，仍未摆脱完全竞争理论的教条束缚。

直至1942年，熊彼特在《资本主义、社会主义与民主》中实现了根本性突破，其明确指出，真正推动经济增长和社会进步的并非完全竞争均衡下的资源配置效率，而是企业家通过创新打破均衡、创造新的生产可能性边界的动态过程，^[33]因此某种程度的“不完全竞争”是必要的，唯有创新者能够在一定时期内获得超额利润，创新激励方能得以维持。在熊彼特创新与动态竞争观的影响下，克拉克于20世纪50、60年代提出并形成了现代竞争理论的第一个完整体系——“有效竞争”（workable competition）。^[34]他曾尖锐指出，完全竞争只是一个不现实的或理想化的基准，它从不存在，也不可能存在。^[35]相比于完全竞争的静态原子化假设，有效竞争是动态的，市场参与者可以占有较大市场份额以发挥规模经济优势，但同时又面临潜在竞争的约束而无法肆意妄为。据此，反垄断法应当摒弃完全竞争这一不切实际的标准，转而追求有效竞争，确保市场保持足够的竞争压力，使企业有动力通过创新而非垄断势力来获取利润；同时，警惕的重点并非任何对完全竞争均衡的偏离，而是那些扭曲竞争机制、阻碍创新激励的垄断行为。

这一从“完全竞争市场”到“有效竞争市场”的理论革新，为反垄断法介入“内卷式”竞争治理提供了坚实基础。“完全竞争市场”将垄断的本质特征锁定为“减产提价”，在面对“增产降价”的“内卷式”竞争时难以识别其垄断属性。相较而言，“有效竞争市场”的核心关切并非价格是否偏离理想化均衡水平，而是竞争机制能否持续发挥优胜劣汰、激励创新的基本功能。“内卷式”竞争虽然表面上呈现为激烈的价格竞争，但其实质是将创新竞争异化为成本转嫁竞争。企业应对竞争压力的理性策略不再是创造差异化价值，而是系统性地将成本压力外部化至

[30] See Henry L. Moore, *Paradoxes of Competition*, 20 *The Quarterly Journal of Economics* 211 (1906).

[31] See Frank H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Harper, 1921, pp. 66-73, 144, 146.

[32] 参见〔美〕张伯伦：《垄断竞争理论》，郭家麟译，生活·读书·新知三联书店1958年版；〔英〕乔安·罗宾逊：《不完全竞争经济学》，陈良璧译，商务印书馆1964年版。

[33] 参见〔美〕约瑟夫·熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，商务印书馆2017年版，第147页。

[34] 参见王先林：《竞争法学》（第3版），中国人民大学出版社2018年版，第13页。

[35] See John M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, 30 *American Economic Review* 241 (1940).

供应商和劳动者，由此导致本应因缺乏创新能力而被淘汰的企业通过成本转嫁得以继续生存，试图通过技术创新参与竞争的企业反因无法承受极低利润率而被迫退出，“劣币驱逐良币”取代了“优胜劣汰”。基于此，反垄断法对“内卷式”竞争的违法性标准应从“是否导致价格高于竞争水平”转向“是否破坏竞争的创新激励和优胜劣汰功能”，核心在于竞争机制是仍在发挥其基本功能，还是已经异化为破坏性的“逐底竞争”。这一标准的确立，能够使反垄断法摆脱“减产提价”预设的束缚，将那些通过买方市场力量系统性地转嫁成本、扭曲竞争机制的行为纳入规制视野。

（三）买卖兼顾的市场力量认定范式构建

反垄断法律系统与经济系统通过“结构耦合”实现持续性关联，“市场力量”是这一结构耦合的核心装置。正是通过“市场力量”，反垄断法律系统才得以将经济系统中的市场力量配置状态转译为“合法/非法”的法律判断。然而，传统卖方市场力量范式将市场力量作用方向锁定为“由卖至买”，导致反垄断执法机构既未能识别买方市场力量对上游卖方垄断及其内卷的抗衡效应，也未能捕捉其在买方市场内部引发内卷的独立作用。破解这一困境需对卖方偏重的传统市场力量认定范式进行扬弃，从而构建兼顾买卖双方的市场力量认定规则：一方面，建立卖方垄断修正机制，通过动态评估买方市场力量的抑制效应与加剧效应，避免对卖方市场力量的误判；另一方面，建立买方垄断认定机制，通过转向供给替代的相关市场界定方法和综合考量买方支配性特征，将买方垄断行为纳入规制范围。

首先，通过卖方垄断修正机制将买方市场力量的双重影响纳入卖方市场支配地位的认定考量。其运作逻辑包含两个维度：一是抑制效应。当买方通过规模优势形成有效议价博弈、^{〔36〕}通过多元化采购降低供应商依赖、通过垂直整合增强供应链弹性，并将成本优势传导至消费者时，买方市场力量对上游卖方垄断便形成实质性制约。此时，即便卖方在市场份额、技术壁垒等结构性指标上占据优势，其实际市场控制能力也已因买方抗衡被削弱，反垄断执法机构应从宽认定其市场支配地位。二是加剧效应。当买方对不同规模供应商实施显著价格歧视与交易条件差异化，或者通过订单分配倾斜、账期管理差异人为扩大供应商竞争力差距，导致中小供应商大规模退出而大型供应商市场集中度提升时，买方市场力量则是强化了大型供应商的市场控制力。此时，原本不具有市场支配地位的卖方可能因买方差异化策略的扶持而获得垄断力量，反垄断执法机构应从严认定其市场支配地位。

其次，通过买方垄断认定机制将买方垄断行为纳入规制范围。相关市场是反垄断法中的基础概念，无论买方垄断力量认定，还是反竞争效果分析，均建立在相关市场界定基础之上。^{〔37〕}然而，传统界定方法以需求替代为核心，通过考察消费者面临价格变化时的产品选择行为来划定市场边界，这种分析路径在处理买方垄断问题时存在方法论错配。买方垄断的核心特征在于采购方对供应商施加的市场控制力，市场边界的划定应将分析重心从需求替代转向供给替代，重点考察

〔36〕 参见张维今、李伟、李凯：《基于我国零售业市场特征的大型零售商买方势力效应研究》，载《中国软科学》2016年第8期，第178页。

〔37〕 参见王晓晔：《论数字时代多边平台的相关市场界定》，载《中外法学》2025年第4期，第886页。

供应商在面临特定买方的价格压制或拒购威胁时，能否有效地将产品或服务转售给其他替代性买方。^{〔38〕}此外，在相关市场范围不够清晰或不易确定时，可适用“微小但显著且非暂时的价格下降”（SSNDP）检验方法辅助界定。与卖方市场中假定价格上涨的“微小但显著且非暂时的价格上涨”（SSNIP）测试不同，SSNDP测试采用反向逻辑，即假设一个垄断厂商将购买价格持续小幅压低时，观察市场中产品供应数量是否急剧减少，导致这一垄断厂商的压价行为无利可图。在完成相关市场界定后，买方垄断认定需进一步综合考察市场份额、供应商依赖度、技术控制等因素，以准确评估买方市场力量状况。

这一市场力量认定规则的优化，实质上是反垄断法分析框架从单向到双向、从静态到动态、从结构到生态的系统转型。传统卖方中心范式导致“过度干预有益竞争”与“放任有害垄断”并存困境，根源在于其忽视了买方市场力量在市场力量配置中的关键作用。买卖兼顾的认定规则通过将买方市场力量纳入分析视野，使反垄断法能够准确识别市场力量的真实状态与实际效果，从而在介入“内卷式”竞争时得以实现促进竞争与遏制垄断的精准平衡。

五、迈向“内卷式”竞争治理的现代化

作为破解低质量发展困局、构建高质量发展格局的时代实践，反垄断法参与“内卷式”竞争治理的深层意涵，并不止于对具体竞争行为的纠偏，而在于通过法律系统的适应性演化实现经济系统对社会系统的“再嵌入”。“内卷式”竞争并非竞争过度，其所折射的，实质上是市场力量配置格局的演化，即在数字经济“买方驱动”的竞争形态下，主导企业凭借生态控制将竞争压力异化为全产业链的成本转嫁，使经济增长日益依赖要素投入扩张而非全要素生产率提升，由此导致经济系统从工业文明中相对稳定的“嵌入”状态滑向“脱嵌”的风险边缘。正是在这一意义上，反垄断法的出场构成关键性法治保障，其使命不在于抑制竞争本身，而在于规制失序的市场力量，为创新驱动和新质生产力发展清除制度障碍，推动经济增长方式从粗放扩张转向质量提升。

反垄断法的功能重构，正是在这一“脱嵌”进程中，通过重塑市场力量识别与规制逻辑，将游离于社会价值框架之外的经济理性重新纳入制度约束之中的法治实践。事实上，在市场扩张（脱嵌）打破传统生产伦理的情况下，社会保护（再嵌入）必然通过制度进化实现制衡。在此进程中，反垄断法作为实现“再嵌入”的核心工具，其功能重构既是对“卖方中心主义”理论范式的扬弃，更是对资本逻辑侵蚀社会秩序的积极抵御。

但同时应清醒看到，“内卷式”竞争治理实践还未达到终结困境的程度，仍面临执法资源不足、专业能力有待提升、多元治理机制尚未健全等现实制约。破解这些制约，有赖于中国式反垄断法治现代化的持续推进。这并非是对西方理论的简单移植，而是在社会主义市场经济体制下，对竞争政策与产业政策、效率与公平、短期调控与长期发展之间关系的系统性调适。反垄断法从边缘性工具走向基础性制度，并与宏观政策形成协同的这一转变，其意义不仅在于缓解“内卷

〔38〕 参见何然：《买方势力：反垄断法视域下的新思考》，法律出版社2015年版，第120页。

式”竞争，更在于服务新质生产力培育与高质量发展的整体战略。

从更长远的视角看，这一制度实践本质上是对“制度脱嵌—社会保护”辩证关系的法治化回应，既彰显了中国社会主义市场经济条件下法律系统的自主调适能力，也验证了通过法治手段破解市场失灵与社会保护张力的制度可行性。假以时日，其所积累的制度经验，必将为构建高标准市场体系、推进中国式现代化提供更加坚实的法治支撑，并为数字时代全球竞争治理贡献破解“逐底竞争”困局的中国智慧。

Abstract: “Involutionary” competition has emerged as a significant impediment to high-quality development. It is characterized by buyer market power systematically transferring competitive pressures to supply chains through ecosystem control, thereby causing competitive mechanisms to degenerate from “survival of the fittest” to “Gresham’s law of competition”, with enterprises shifting from “pursuing the Dao” (technological innovation) to “pursuing sustenance” (cost compression). Its essence constitutes “institutional disembedding”, whereby the economic system becomes detached from social value constraints. Antitrust law, as a core instrument of “social protection”, should ostensibly re-embed the disembedded economic system into a framework of social values through market power regulation. In practice, however, it exhibits systematic institutional avoidance. This phenomenon is rooted in the structural dysfunction of antitrust law when addressing “involutionary” competition: adaptation lag of the legal system to economic environmental transformation, misalignment of market power dynamics caused by theoretical paradigm ossification, and systematic deviations in legal application induced by structural coupling dysfunction. Resolution requires clarifying the distinctive function of antitrust law in governance, advancing theoretical innovation from “perfect competition” to “workable competition”, and constructing a bilateral market power assessment paradigm encompassing both buyer and seller dimensions. Through such functional reconstruction, “capital logic” can be constrained by “social values”, thereby resisting the erosion of social order by capital logic, resolving the “race to the bottom” induced by disembedding, and providing legal institutional guarantees for overcoming developmental dilemmas and constructing a high-quality development framework.

Key Words: involutionary competition, high-quality development, antitrust law, buyer market power, institutional disembedding

(责任编辑：王慧群)

商事逻辑下合同诈骗罪的认定范式

毛玲玲*

内容提要：合同诈骗罪的规范场域为商事交易关系而非简单的民事合意。基于此，应引入“商事理性人”作为贯穿性分析工具，将主观层面“非法占有目的”的司法判断，转化为对客观行为是否显著违背商事理性的精细化、层次化实质审查，克服主观要件的推定证明易流于片面化、表面化的困境。合同诈骗罪的认定需遵循商事风险分配的逻辑，构建动态判断模式，而不是苛求绝对理想的商业环境。应通过考察商业模式特征、合同目的落空、资金流向与用途、风险转化阻断行为等客观要素，容许出罪事由的存在，形成从商业风险、经济纠纷至刑事犯罪的梯次判断，准确界分经济纠纷与合同诈骗罪，以市场机制优先、刑事手段补位的规制格局，保障交易安全，维护诚实信用和商业道德等市场经济基础，夯实法治化营商环境，筑牢经济高质量发展的法治基石。

关键词：合同诈骗罪 非法占有目的 商事逻辑

一、引言

强调刑法的谦抑性，严格区分经济纠纷与刑事犯罪，是近年来产权与民营企业保护政策的一贯基调。我国刑事司法实务总体上遵循刑法谦抑性的逻辑。“《民营经济促进法》等法律、法规以及相关政策的出台，对于保护民营企业合法权利、优化营商环境具有正面推动的效果。”^{〔1〕}在当前刑事政策的导向下，合同诈骗罪的司法认定正面临更高的精准化、精细化要求。尤其是《民营经济促进法》第63条将“严格区分经济纠纷与经济犯罪”由司法理念上升为法律规范，进一步强化了准确界分罪与非罪的要求。由此，构建更为清晰且务实的认定范式，已成为合同诈骗罪理论研究及司法实践亟待完成的重要课题。

* 毛玲玲，华东政法大学刑事法学院教授。

〔1〕 周光权：《刑法谦抑性与民营经济发展环境的优化》，载《人民论坛·学术前沿》2025年第18期，第70页。

合同诈骗罪和经济纠纷之间界限模糊，一定程度反映了传统刑事司法的认定范式与复杂的商事实践逻辑之间的结构性脱节。传统的刑事认定机制植根于一种追求确定性的逻辑体系，其依赖明确、稳定的犯罪构成要件，并对案件事实进行一种形式化、片段化的司法裁剪与比对。即使基于合同诈骗罪法律适用的复杂性，实践中不乏援引法秩序统一性原理和刑法谦抑原理来限缩非法占有目的的认定以明确处罚范围，但以普通民法逻辑作为前置法的认知基础与解释参照脱离具象而复杂的商业情境，未能充分回应商事交易所内蕴的风险分配属性，亦难以体现鼓励交易的商事效率价值，未能尊重商事纠纷解决中的当事人意思自治，无法回应现代商业社会中交易结构本身随市场环境而动态演进的实践特征，难以为界分经济纠纷与刑事犯罪构建清晰、自治的司法逻辑。

因此，合同诈骗罪的认定范式亟须实现从“形式化判断”向“情境化审查”的转型，亦即构建一种根植于商事实践逻辑的实质性分析框架。商事逻辑，乃市场活动中自发形成并为参与者普遍遵循的行为规范与交易惯例，其本身即蕴含了识别交易诚信与欺诈的客观标尺，能够为“非法占有目的”之推定提供更具解释力与包容性的判断基准。基于此，本文旨在建构一个以商事逻辑为核心的分析框架，期望通过探寻刑事司法规范与商事自治领域之间的良性互动路径，推动合同诈骗罪的司法认定走向体系化与科学化。

二、规范层面：应以商事交易关系为场域

在合同诈骗罪认定范式的建构中，规范层面应当明确以商事交易关系作为其规制场域。这意味着刑事评价的重心应从一般性的财产欺骗行为，转向动摇商事信用或商业道德和诚信伦理、破坏市场交易秩序的欺诈行为。认识到合同诈骗罪的规范场域为商事交易关系，要求刑事规制与市场经济基础逻辑相协调，是推动合同诈骗罪认定范式转变、实现经济纠纷和刑事犯罪准确界分的必要前提。

（一）“合同”非指形式上的合同文本，而是指商事交易关系

根据《刑法》第224条，合同诈骗罪的行为场域被限定于“签订、履行合同过程中”，因此，“合同”的界定具有基础性意义。司法实践对于何为该当于此罪之“合同”，存在认识上的不一致性。有的观点认为，只应包括书面合同，不包括口头合同。^{〔2〕}但另一种观点认为，除了行政合同、劳动合同等特殊合同，所有体现为财产关系的合同都属于此处的合同，而且包括了一时的、非典型的，甚至口头合同。^{〔3〕}对于合同的表现形式，从司法实践的相关案例来看，已经明确不限于书面形式。^{〔4〕}由此可见，对“合同”的界定，其关键不在于外在的表现形式，而在于回归立法目的，对“签订、履行合同过程中”这一规范要件进行实质解释。这实质上触及了本罪在刑

〔2〕 参见王一平：《市场秩序认定的司法转向及其内涵重塑——以合同诈骗罪为视角》，载《甘肃政法大学学报》2025年第5期，第152-154页。

〔3〕 参见沙君俊：《论合同诈骗罪的合同》，载《国家检察官学院学报》2003年第1期，第42-50页。

〔4〕 参见黄燕：《王贺军合同诈骗案【第403号】——以签订虚假的工程施工合同为诱饵骗取钱财的行为是诈骗罪还是合同诈骗罪》，载中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第51集），法律出版社2006年版，第20-25页；江苏省盐城市亭湖区人民法院（2022）苏0902刑初137号刑事判决书（本案为最高人民法院入库参考案例，入库编号：2023-03-1-167-001）。

法体系中的定位以及它和普通诈骗罪的关系。它究竟是普通诈骗罪的特殊规定，抑或是一项旨在独立保护“市场秩序”这一集体法益的专门罪名，尤其在下述三种边缘情形中：第一，未签订形式上的合同文本却从事了交易；第二，虽然具有合同形式，但内容属于简单的民事关系，不涉及市场秩序；第三，虽然合同文本形式完备，但一方主张对方利用合同实施诈骗。

从文义解释的角度看，“合同”一词确实可涵盖所有民事合同。实践中，在已明确口头合同可以构成合同诈骗罪中的“合同”之后，争议焦点主要集中于后两种情形。因此，问题的关键在于：是否所有利用合同实施的诈骗行为，都应纳入合同诈骗罪的规制范围。

其一，利用单次的、简单的民事合意占有他人财物会构成普通诈骗罪而非合同诈骗罪。例如，行为人谎称身份，骗取路边小贩一瓶饮料并与之订立口头买卖合同的情形，是否构成合同诈骗罪？在此情形中，若仅作形式判断，该行为确系在“签订、履行合同过程中”实施了诈骗。然而，若进行实质审视，此次交易具有瞬时性、偶然性且标的额显著微小的特点，其本质上并未动用，也远未危及作为现代市场经济基石的信用经济与预期保障机制。将此类发生于日常生活的、孤立的欺诈行为纳入合同诈骗罪进行评价，不仅模糊了其与普通诈骗罪的界限，还在实质上泛化并稀释了“市场秩序”这一集体法益的规范内涵。

其二，在类似“套路贷”的预谋性、计划性、组织性连环诈骗案件中，应当以“罪名群”思路进行严厉打击，根据具体案件事实选择适用最为匹配的罪名。即使涉案双方签订了形式完备的合同文本，若该合同实质上已完全沦为犯罪工具，则应优先以诈骗罪而非合同诈骗罪认定。具体而言，如果被害人之所以陷入错误认识主要是受到话术与套路诱导，行为人自始不具有真实履约意愿，未作任何履约准备，亦无实际履约行为，合同一方从合同相对方取得的资金或财物全部流向个人或团伙成员，团伙成员或所谓的工作人员的收入完全来源于被害人交付的押金、保证金、货款等，并纯粹以诱骗或招募的人数作为计酬依据，则此类活动不具备真实的商事交易场景，交易本身缺乏真实性与实现可能性。准确厘清涉案“合同”的商事交易本质，是区分此罪与彼罪的关键前提。合同诈骗罪的认定要注重审查“合同与市场经济的相关性”。〔5〕合同诈骗罪是在特定领域设定的特殊罪名。〔6〕因此，如果犯罪事实的特征在于非法占有目的明显、侵财属性突出，财物的取得系基于事先预谋，合同仅作为获取财物的辅助工具，那么以诈骗罪论处更能全面、充分评价行为所侵害的法益。

《刑法》第224条中的“签订、履行合同过程中”之表述主要不是指向合同的工具化这种行为方式，而是在于强调犯罪行为发生的领域。〔7〕合同诈骗罪与普通诈骗罪的区分主要在于“签订、履行合同过程中”的场域。〔8〕因此，在合同诈骗罪与普通诈骗罪的司法界分中，其一，行为场域是否具有商事交易的非偶然性特征。司法实践确认了合同诈骗罪的“合同”必须承载市场交易秩序，而非单纯的财产流转关系。即合同需具备经营性、持续性、行业性特征，单纯的财产

〔5〕 参见曹化：《注重审查“合同与市场经济的相关性”》，载《检察日报》2024年2月3日，第3版。

〔6〕 参见赵丙贵：《市场交易欺诈行为刑法规制的一体化思考——以合同诈骗罪为视角》，载《盛京法律评论》2017年第1辑，法律出版社2017年版，第36页。

〔7〕 参见王志坤：《立足法益与罪状把握合同诈骗罪之“合同”形式》，载《检察日报》2023年10月19日，第3版。

〔8〕 同上注。

权侵权行为不构成合同诈骗罪。^{〔9〕}例如,以生活消费为目的的民间借贷合同不属于市场交易合同,不宜认定为合同诈骗罪。^{〔10〕}若合同仅作为骗取财物的“偶然工具”,未体现持续、稳定的市场交易特征,则不应认定为合同诈骗罪。例如,农机补贴协议因不涉及市场交易秩序,不构成合同诈骗罪而以普通诈骗罪认定。对合同诈骗中的“合同”,应当结合合同诈骗罪侵犯的客体和立法目的予以具体理解和把握。法院认为,被告人陈某雷等人以农户名义与农机主管部门签订的购机补贴协议不受市场秩序制约,不属于合同诈骗罪中的“合同”。^{〔11〕}其二,行为场域是指考察合同是否作为“市场交易的形式”被利用,即其是否嵌入真实、连续的市场交易环节。如果交易自始不具有真实性和实现可能,则合同的签订、履行只是其“套路式”犯罪行为中的手段或环节之一,合同诈骗罪本就不足以充分评价其整体行为的法益侵害性,更不能因为无法构成合同诈骗罪即降格作为经济纠纷处理。合同诈骗罪的前项规定实际上是在诈骗罪构成要件的基础上增添了“在签订、履行合同过程中所形成”的要求,这一要件起到的作用是限定合同诈骗罪的适用场域。^{〔12〕}对于“套路式”犯罪行为,应以普通诈骗罪为基础罪名,运用包括合同诈骗罪,虚假诉讼罪,组织、领导传销活动罪等罪名的“罪名群”方式进行整体评价和全链条打击。

合同诈骗罪中的“合同”并非单纯指形式上的合同文本,而应理解为承载着商事交易关系的实质载体。法律文本虽然是刑法解释的起点与边界,且现行立法并未明确将此罪中的“合同”限定为商事合同,但从体系解释与目的解释的立场出发,应当将其限缩解释为体现经济内容的市场交易关系。这一限缩解释的正当性主要基于以下三个维度:第一,从罪名体系定位看,合同诈骗罪规定于《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中,该体系安排表明其保护的主要法益是市场交易秩序与诚信环境。第二,法律解释本身具有动态发展的特性。面对社会经济生活的持续变迁,司法者应秉持客观目的论立场,在遵循整体法秩序精神的前提下,对法律进行符合时代需要的解释乃至必要的续造,从而确保合同诈骗罪的适用始终服务于维护社会主义市场经济秩序的立法初衷。第三,合同是市场经济活动中基础的法律工具。司法实践中经济纠纷与刑事犯罪的界分难题,多数为合同所引发的民刑交叉问题。正如《刑法》第1条明确,刑法是依据“同犯罪作斗争的具体经验及实际情况”而制定,合同诈骗罪的解释与适用应当回应这一现实。

由此可见,合同诈骗罪的规范场域是商事交易关系。合同诈骗罪中的“合同”不仅具有形式要件的意义,更是判断行为是否具备扰乱市场秩序法益侵害性的标尺。合同诈骗罪的认定不仅是基于对单一罪名中某个概念的法条释义,更是一个以法律解释回应规范目的,并通过司法实践中的认定判断得以实现的动态过程。在此过程中,价值判断居于核心地位,该判断有赖于对保护法益,即市场秩序抑或财产权的审慎权衡,以及对行为社会危害性的实质判断。这种强调以商事交

〔9〕 参见唐海波、李晖:《嵇世勇诈骗案【第1083号】——对假冒国际标准集装箱偷逃通行费的行为应当如何定性》,载《中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第103集)》,法律出版社2016年版,第65页。

〔10〕 参见远桂宝:《合同诈骗罪“市场经济秩序”法益的实践性把握》,载《检察日报》2021年3月30日,第7版。

〔11〕 参见林勇康:《陈景雷等合同诈骗案【第1056号】——以适格农民名义购买农机出售而获取国家农机购置补贴款的行为如何定性》,载《中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第102集)》,法律出版社2016年版,第6-13页。

〔12〕 参见陈强:《实质解释的出罪路径:以合同诈骗罪为中心》,载《西部法学评论》2023年第5期,第33-47页。

易为行为场域的限缩解释，不仅符合合同诈骗罪的规范目的，也为合同诈骗罪与普通诈骗罪的区分适用提供了依据。通过明确合同诈骗罪的规范场域，既维系了刑法体系的逻辑自洽，又回应了市场经济条件下刑法实践的现实需求，体现了刑法在现代商业社会中的规范定位与功能界限。

（二）商事逻辑对合同诈骗罪认定的影响

当代社会已步入“全面商化”阶段，商事交易纠纷在处理逻辑、价值取向与规则适用上，有别于普通民法逻辑。其差异影响合同诈骗罪的认定。

1. 交易结构载体：从单一文本到复合、关联的交易网络

普通的、单一的民事合同关系通常法律结构相对简单，即使涉及财产利益，内容也多体现为双方当事人之间的简单债权债务关系。因而基于普通民法逻辑，在判断当事人的义务履行情况时，审查范围一般限于合同文本本身。相比之下，商事交易关系常呈现为合同群、链条式协议等复杂形态，各合同之间彼此关联、互为前提，构成完整的交易网络。^{〔13〕} 商事合同因交易结构复杂、主体形态多元，需在特定条件下穿透形式合同探寻实质关系。^{〔14〕}

在判断是否构成合同诈骗罪时，若司法审查仅聚焦于单一的合同文本而忽略整体的交易架构或完整的交易网络，则难以有效识别行为人利用复杂合同结构掩盖非法目的的欺骗行为。同理，若仅孤立地审视某一次合同履行纠纷，则可能无法准确判断该欺诈行为是否构成贯穿交易始终的整体性骗局，并可能忽略交易习惯，例如“先收货、后付款”的交易惯例，及客观经营风险等对履约意愿和非法占有目的的判断具有关键影响的因素。有观点指出，对于存在交易习惯的场合，当事人之间的系列交易可自动纳入合同整体之中，对其中提货不付款等行为可以否定诈骗犯罪成立。^{〔15〕}

除此之外，民事合同与商事合同关系所涉法益存在区别，且规范目的不同。民事合同主要调整平等主体之间的私人利益关系，以意思表示真实为核心；商事合同则更多关涉市场运行秩序及社会公共利益。在商事活动中，商事主体可能不会刻意关注合同的类型和性质，而是更关心交易是否有利可图。而且为了规避类型化合同的风险，其甚至越来越有意识地混淆各种合同性质，或者基于营业目的而淡化合同性质的法律意义。^{〔16〕} 因此，司法审查不应仅停留于合同文本的形式层面，而应深入探求交易行为的实质内容。基于此，合同诈骗罪的司法认定宜采用穿透式审查方法，透过合同的外在形式识别其背后实际侵害的法益性质。有的情况下，合同只是非法占有目的的虚假外观，研究者甚至认为，在合同诈骗犯罪中，并不存在真实的合同法律关系。^{〔17〕}

因此，在商事交易场域下，合同诈骗罪的认定必须强调超越形式的合同文本分析，而采取实质性、整体性的审查方法，避免仅依据合同文本的形式表现或部分履约行为定性。首先，摒弃“双方签署合同即仅为民事纠纷”的形式主义预设。合同的成立与生效，仅表明双方在形式上达

〔13〕 参见徐英军：《契约群的挑战与合同法的演进——合同法组织经济活动功能的新视角》，载《现代法学》2019年第6期，第112-113页。

〔14〕 参见崔建远：《民事合同与商事合同之辨》，载《政法论坛》2022年第1期，第56-72页。

〔15〕 参见周光权：《论基于民事交易习惯的出罪》，载《政法论丛》2025年第1期，第142页。

〔16〕 参见江必新：《商事审判与非商事民事审判之比较研究》，载《法律适用》2019年第15期，第10页。

〔17〕 参见陈兴良：《刑民交叉案件审理的司法规则——实体法与程序法的双重考察》，载《中国刑事法杂志》2024年第2期，第3页。

成了合意，但无法当然证成该合意内容的真实性以及行为人履行意愿的真实性。在刑法评价上，合同本身可能仅是行为人实施诈骗的“道具”与“外壳”。其次，以真实的法律关系判断是否构成欺诈。例如，对于“名为买卖、实为借贷”的融资性贸易，司法实践不应仅依据合同的表面形式将其定性为买卖关系，并据此审查货物交付、运输仓储等履约行为以判断是否构成合同诈骗罪。相反，应还原其作为民间借贷的法律实质，重点考察合同订立、履行及事后处置等环节是否存在欺诈行为，并依据实际侵害的法益性质，审慎认定是否构成合同诈骗罪。^{〔18〕}再者，尊重特定行业的交易背景与商业实践，避免将正常的商业风险与合同履行中的一般瑕疵简单等同于刑事诈骗，保障市场主体的经营自主权与合同自由，维护健康有序的市场营商环境。

2. 意思表示推定：生活经验逻辑与商事逻辑之分

民事合同与商事合同的解释方法存在区别，直接影响对行为人是否具有“非法占有目的”的司法判断。民事合同解释以“意思主义”为核心，侧重探求当事人的真实意图，通常不宜直接援引外部商业逻辑进行推定。而商事合同解释则以“表示主义”为原则，更注重客观性与外观主义，当合同条款约定不明或存在漏洞时，可依据行业惯例与商业逻辑，推定当事人应有的合理意思。这一区分在《民法典》相关司法解释，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第1条和《全国法院民商事审判工作会议纪要》（九民纪要）的规定中均有体现。此项区分影响对行为人“非法占有目的”的认定。例如，在“赵某利诈骗案”中，最高人民法院再审判决明确指出，在实际交易中，被告人每次提货与付款未直接对应，这符合双方的交易习惯，双方亦是按照该交易习惯持续进行交易。赵某利在被指控的四次提货行为发生期间及发生后，即便没有全额付清货款，其行为也不符合合同诈骗罪的构成要件，因而宣告其无罪。^{〔19〕}

有的观点主张，非法占有目的作为主观事实，应当根据生活经验事实进行推定。^{〔20〕}既然合同诈骗罪的适用场域是在商事交易背景下，其推定基础应区别于一般生活经验，而须以商事逻辑来进行审查。资金去向并非唯一依据。如果整体行为模式严重背离正常的经营规律，则可以推定非法占有目的。也即，即使资金未直接用于个人挥霍，但若存在足以反映其非法占有意图的客观情形，亦可综合认定其犯罪故意。以下客观情形可作为推定的参考依据。其一，交易模式违背商业逻辑，资产处置显著异常。例如，行为人以“空手套白狼”方式取得货物后，未经合理周转便迅即“高买低卖”以明显低于成本的价格抛售，显示出其无意维持正常经营活动的意图。^{〔21〕}其二，不负责任使用资金，成本支出明显畸高。例如《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（2001年）明确将“肆意挥霍骗取资金”列为认定非法占有目的的情形之一。司法实践中，“肆意挥霍”不仅包括个人消费，还涵盖支付明显不合理的商业成本。例如，在无正当商业理由

〔18〕 参见毛玲玲：《从“民刑交叉”走向“商刑交叉”——论经济犯罪民刑交叉问题中商事思维的导入》，载《复旦大学法律评论》第6辑，复旦大学出版社2019年版，第1-26页。

〔19〕 参见周光权：《财产犯罪：刑法对民法的从属与变通》，载《中国法律评论》2023年第4期，第46页；最高人民法院（2018）最高法刑再6号刑事判决书。

〔20〕 参见袁彬、丁培：《准确把握非法占有目的规范推定与事实认定》，载《检察日报》2020年10月17日，第3版。

〔21〕 参见江苏省盐城市亭湖区人民法院（2022）苏0902刑初137号刑事判决书。本案为最高人民法院入库参考案例，入库编号：2023-03-1-167-001。

的情况下，支付明显不合理的中间费用，如畸高的佣金或广告投放。例如，最高人民法院入库参考案例——刘某波集资诈骗案裁判中明确指出，行为人支付30%的佣金（远超行业正常水平）且未将资金用于约定项目，应认定为具有非法占有目的。^{〔22〕}其三，刻意系统性阻断相对方救济。如果交易一方使用复杂的交易结构或者预先拟定的格式合同，并通过条款设计系统性排除或限制相对方的主要合同权利与救济途径，致使对方在权益受损时维权无门，此类情形亦可作为认定其不具有履约诚意而是具有非法占有目的的佐证。

3. 商事纠纷化解的目标：保护交易安全而非惩罚所有违约

从保护法益的角度来分析，《刑法》将合同诈骗罪置于“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章中，表明其立法初衷首先是保护宏观的、抽象的市场经济秩序，即交易的公平、诚信和安全。但是，该罪的刑事追诉启动条件却又依赖于一个微观的、具体的财产损害结果，即“骗取对方当事人数额较大的财物”。因此，合同诈骗罪的财产受害关系排除了交易之外的第三方。这种以相对人财产损害作为刑事追诉条件的设定，使得合同诈骗罪区别于虚假广告罪、串通投标罪等其他扰乱市场秩序罪。这种情形，恰恰体现了合同诈骗罪的适用必须遵循的“商事逻辑”。“商事逻辑”的核心是交易、对价和风险。合同诈骗罪的法律目的在于只有在商事逻辑被根本性破坏时，刑法才予以介入，即刑法保护交易安全，而非惩罚所有违约。在市场经济中，合同违约是常态风险。法律允许交易主体通过民事诉讼解决关于合同履行、质量、付款等方面的纠纷，这属于正常的商业风险和市场调节范畴。

根据《刑法》第224条规定，合同诈骗罪的认定须以“骗取对方当事人财物”，即以对方当事人财产损失作为客观处罚要件。在商事法律实践中，若存在以下情形，则应排除该罪的适用：首先，当财产损失存在填补可能且当事人达成新的合意时，纠纷已通过商事自治机制得到实质性化解，此时刑事介入的必要性即告丧失。这体现了商事纠纷解决中尊重意思自治的优先性原则。其次，若财产损失与行为人之间缺乏刑法上的因果关系，即损失系由不可抗力、市场风险或其他独立因素所致，则不符合结果归责的客观要求。最后，若财产损失属于商事活动中当事人应当自担的正常风险范畴，基于“风险自担”这一商事基本原则，该损失不应转化为行为人的刑事责任。这些情形表明，当财产损失要件因民事救济、因果关系中断或风险分配等事由而不具备刑法上的可归责性时，合同诈骗罪的适用空间自然消失。这一界分标准既符合刑法谦抑性要求，也契合商事交易的特殊规律。

三、方法论层面：运用“商事理性人”标准

商事主体具有营利目的。^{〔23〕}其被预设为经济理性人，具备一定的专业素养和经济考量，与

〔22〕 参见上海市浦东新区人民法院（2021）沪0115刑初3337号刑事判决书。本案为最高人民法院入库参考案例，入库编号：2024-04-1-134-004。

〔23〕 参见王保树：《尊重商法的特殊思维》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2011年第2期，第29页。

民事主体在价值追求、行为逻辑等方面存在巨大差异。^[24] 在诸如过失判断、合同解释、可预见性规则、因果关系判断、善意取得判断、表见代理构成等领域均需适用理性人标准。理性人标准即这样的技术性方法，其通过具体化人的知识结构和能力水平，塑造出一个生动的人格形象，进而将该人格形象置身于重构的场景之中，来观察其所为与所思，并以此为参照解决个案争议问题。这样的技术性方法深深植根于认识论的土壤之中，注定要在法律实践中发挥关键性作用。^[25] 在合同诈骗罪的认定范式转型中，方法论层面亟须引入一个具有商业认知、风险判断能力和审慎注意义务的“商事理性人”标准作为分析工具，使得合同诈骗罪的司法认定得以建立符合商业实践的客观化、类型化的逻辑体系。

（一）方法论层面的“商事理性人”

诈骗类犯罪本质上属于互动型犯罪，^[26] 而合同诈骗罪的规范场域限定于商事交易关系。因此，在认定合同诈骗罪中行骗行为与被害人的关系时，可以立足“商事理性人”的特质展开，与民事领域的普通主体认知标准相区分。不同于以满足生活消费需求为目的的民事合同，商事交易关系的目的一般在于获取利润，其缔约主体作为具备专业交易经验、风险预判能力与审慎注意义务的市场参与者，行为逻辑与认知水平更具有理性人特征。

1. 商事理性人的标准为“一般人”而非“完美人”

法律无法苛求市场主体全知全能，但要求其具备与所处行业特性、交易规模及复杂程度相适应的基本审慎。在正常的商事交易中，交易方有义务通过核查书面凭证（如仓单、提单）等方式来确认对方是否具备履约能力或货物权属，这是一种基本的审慎义务。未能尽到此义务，其“善意”主张便难以成立，也即难以证明因他人的欺诈而产生财产损失。例如，在千万元级别的企业并购交易中，当事人必须履行严格的尽职调查，而日常小额采购所要求的审查义务则相对较低。刑法所保护的是当事人尽到合理审慎义务后仍无法避免的骗局。倘若所谓的“欺诈”手段本身存在明显矛盾，通过基本的尽调工作或核实程序即可识破，则被害人的重大过失将削弱对行为人的刑事归责基础。

2. 商事理性人是商事逻辑下正常风险的风险自担者

这种风险自担原则在诸多案例中均有体现。例如，有法院指出，案涉股权转让协议涉及行业准入，且金额巨大，双方均应尽到审慎义务，充分了解相关法律规定、国家政策，对于案涉合同无效，双方均有过错。^[27] 商事理性人的风险自担原则意味着当事人对于已知或应知的政策、市场等商业风险，在经过商业判断后自愿承受，即使因此遭受损失，该风险也属于其自主决策的范畴，不应当转而寻求刑法保护。这为“非法占有目的”的排除认定提供了客观依据。

商事理性人自担的正常风险除了商品价格变动等商业风险，还包括应预见的政策风险。例如，有判决在审理股权转让纠纷案时指出：新光集团作为从事煤矿经营的企业对于经营煤矿的商

[24] 参见孟醒：《经济理性人预设下的商事诉讼程序》，载《中外法商评论》第4卷，上海财经大学出版社2024年版，第25页。

[25] 参见叶金强：《私法中理性人标准之构建》，载《法学研究》2015年第1期，第101页。

[26] 参见马荣春、马光远：《“犯罪互动中心论”：犯罪学面相与刑法学启示》，载《刑法论丛》2022年第1卷，法律出版社2023年版，第402-429页。

[27] 参见最高人民法院（2021）最高法民终332号民事判决书。

业风险应有所了解，其所提出的国家关于煤炭行业化解过剩产能的政策变化，并不属于案涉《股权转让协议书》履行过程中发生的无法预见的、非不可抗力造成的情形，而是新光集团受让金石公司股权后在经营过程中的商业风险。^{〔28〕}

3. 应理解商主体的营利性本质，以“鼓励交易、保障营利”作为重要的价值导向^{〔29〕}

构成刑事犯罪的欺诈，必须是动摇交易目的实现的根基，针对合同赖以订立与履行的根本性、核心事实的欺诈，而对于履约能力、次要条款等非根本事项的夸大或隐瞒，则应优先通过保证条款、违约责任等机制进行调整与救济。

因此，基于商事理性人逻辑，法律不将商事主体视为需要全面保护的弱者，也不是以单一的合同文本内容作为前置规范，而是以审慎义务、风险自担原则等商事理性作为前置规范集群。司法实践中应优先适用商法特别规则，避免以民法一般原则替代商事裁判逻辑。^{〔30〕}基于法秩序统一原理，这一理念的确立，有助于合理限定合同诈骗罪的处罚范围，维护市场交易的安全与稳定。

（二）商事理性人逻辑下非法占有目的的推定的客观化

尽管最高人民法院、最高人民检察院陆续发布多起典型案例，为“非法占有目的”的推定提供了诸如“明知没有履约能力”“肆意挥霍资金”“获取资金后逃匿”等具体情形的参照清单，然而，关于该要件判断应纳入考量的要素范围及其各自的证明力权重，理论界与实务界仍存较大争议。一个显而易见的难题在于：当案件中入罪与出罪的客观表征并存时，何种要素应具有决定性作用（即“一票否决”效力），何种要素的证明力更优。尤其是在经济活动日趋复杂、新型交易模式不断涌现的背景下，如何在严厉打击恶意诈骗与充分包容正常商业风险之间寻求平衡，已成为考验司法智慧的关键所在。因此，推动合同诈骗罪的司法适用走向更为精细化、层次化的判断路径，实为当务之急。

1. 商业模式特征具有支持判断的基础功能

在合同诈骗罪中，行为人的欺骗是一种整体事实或者全部事实的欺骗。^{〔31〕}近年司法机关查处了藏品骗局、^{〔32〕} 套路运、^{〔33〕} 套路加盟等套路型合同诈骗案件。^{〔34〕}在套路型合同诈骗罪的司法认定中，对商业模式之实质审查构成了判断非法占有目的的基础。此种审查超越了合同形式的合法性表象，指向其运营内核的正当性与合理性。具体而言，可从以下数个具有显著欺诈指向性的商业模式特征进行判断：

其一，商事主体设立与运作的异常性。实践中，存在部分主体在短期内完成登记注册，而且没有主要的经营业务，在获取他人财物后旋即注销并再次设立新实体，其核心人员、商业模式均维持不变，仅变更经营场所。此种行为模式，结合公司注册认缴制的背景，足以引发合理怀疑：其设立商事主体的目的，并非为了开展可持续的经营活动，而是意图以法人独立地位作为工具。

〔28〕 最高人民法院（2018）最高法民终387号民事判决书。

〔29〕 参见王保树：《尊重商法的特殊思维》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2011年第2期，第28-30页。

〔30〕 同上注。

〔31〕 参见陈兴良：《民事欺诈和刑事欺诈的界分》，载《法治现代化研究》2019年第5期，第9页。

〔32〕 参见王擅文：《设下藏品骗局的逃犯落网记》，载《检察风云》2025年第10期，第46-47页。

〔33〕 参见《“套路运”行为性质该如何评价》，载《检察日报》2025年6月21日，第3版。

〔34〕 参见《公安部公布5起合同诈骗犯罪典型案例》，<https://www.mps.gov.cn/n2254098/n4904352/c10134879/content.html>，2026年1月9日访问。5起案例包括虚假加盟合同诈骗，高收低租、长收短付型合同诈骗等套路型合同诈骗案。

若该主体在存续期间无视债权债务的清结义务，则其行为实质上构成了对公司制度的滥用。此种“金蝉脱壳”式的操作，已不仅是简单的民事违约，而是具有非法占有他人财物主观意图的客观表现，应在刑法层面予以评价。

其二，商事主体内部薪酬体系的异化与行为导向的偏离。传统的劳务报酬通常与工作量、工作成果或经营利润挂钩，体现了按劳分配或价值创造的原则。然而，在涉嫌诈骗的模式中，其业务人员的报酬机制常被刻意设计为与“吸纳资金”的规模直接绑定，例如，不以实质性的服务提供或工作量计算，而是直接依据其诱使他人投资的金额或收取的款项（如押金、加盟费）按比例提成。这种薪酬结构将员工的利益与“骗取财物”这一结果而非“履行合同”这一过程强行关联，实质上是一种内在的激励机制，系统地引导并激励从业人员采用各种手段最大化地吸取被害人资金，而非致力于合同的真实履行。这在骗取保证金、加盟费、押金等场景下表现为以招揽人数作为核心考核指标，充分暴露了行为人意在“集量”而非“履约”的非法占有意图。

其三，格式合同的工具化与权利失衡的固化。合同本应是当事人之间合意的载体与权利义务的平衡器。但在套路型诈骗中，合同经由专业人士精心设计，其目的并非在于固定公平的交易条件，而是异化为实施欺诈、规避法律的风险控制工具。此类合同往往在形式上完备，但内容上充斥着权利与义务的极端不对等、模糊的履行标准、苛刻的免责条款以及精心设置的履约障碍。^[35]其功能在于：一是在外观上营造合法性假象，降低被害人的警惕性；二是在事后为行为人制造民事纠纷的抗辩空间，企图将刑事犯罪淡化为民事违约；三是系统性剥夺被害人的救济途径。这种对合同形式的滥用，反证了行为人缺乏履行合同的诚意，其签订合同之初衷即为骗取财物。^[36]因此有学者指出，非法占有目的的内核是“民事救济可能的基本丧失”，即行为人使受骗人既不能根据约定实现民事权利，且即便通过民事诉讼等途径，也难以获得有效救济。^[37]

综上所述，对商业模式中上述异常特征的司法审视，是从客观行为反向推定行为人主观上非法占有目的的有效路径。商事主体设立与运作的异常性、薪酬机制的欺诈导向、合同工具的风险转嫁功能以及技术支持的利益捆绑模式，共同构成了一个指向非法占有目的推定的完整逻辑链条。此种结构性分析框架，不仅揭示了行为人主观意图在客观经营模式中的外化形态，亦为司法实践中准确界分民事欺诈与合同诈骗罪提供了关键的体系化认定依据。

2. 违背商事理性的入罪推定

市场秩序是指“市场主体在市场活动中必须遵循的经济准则和由此生成的有序状态”^[38]。从上述对商业模式特征的考察可知，正如普通刑事案件以“常情常识常理”作为判断的内在逻辑与价值基础一样，商事案件中的合同诈骗罪认定可以“商事理性”作为根本依据。在考量入罪时，综合评估以下方面：

其一，缔约时自始无履约基础。在法律行为体系中，民事合同包含单方允诺等形态，而商事

[35] 参见李凯旋：《四川成都公安部门打击“套路运”诈骗 跑网约车，遇到高薪招聘要警惕》，载《人民日报》2025年8月29日，第12版。

[36] 参见谢俊思：《最高法发布预付式消费司法解释 解决“卷款跑路”“职业闭店人”等问题》，载《人民公安报》2025年3月15日，第4版。

[37] 参见陈少青：《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》，载《中国法学》2021年第1期，第296-297页。

[38] 黄京平主编：《扰乱市场秩序罪》，中国人民公安大学出版社2003年版，第190页。

交易则属于双方法律行为，双方互负具有对价关系的义务。基于《民法典》的诚信原则，理性的商事主体在作出意思表示时，通常以具备基本的履约基础与诚意为前提。因此，司法实践中甄别“以合同为名，行诈骗之实”，便在于审查行为人是否自始欠缺履行合同的真实意思。其主要表现为以下客观形态：一是缔约身份或标的虚假。行为人虚构缔约主体或虚构根本不存在的交易标的，导致合同核心要素自始客观不能，其行为符合《民法典》虚假意思表示无效的规定，从根本上动摇了合同的成立基础。二是隐瞒影响履约的关键事实。行为人故意隐瞒自身重大负债、涉诉情况或标的物上存在的权利瑕疵等足以影响对方缔约决策的重要信息，违背了《民法典》的先合同告知义务，构成法律意义上的欺诈。其三，履约能力与诚意根本缺失。行为人明知自己不具备履行合同所必需的资金、货源或资质，却仍与对方订立合同。其在合同成立后，亦无任何准备或实施履约的实际行为。这些行为模式，因其从缔约到履行阶段均违背了诚信原则，可作为司法实践中认定行为人具有“非法占有目的”的客观依据。

其二，恶意处置资产并逃避对价义务。商事交易的本质在于构建可持续的信用关系，而非孤立的一次性博弈。因此，当诚信的商事主体在单次履约中遇困时，其理性选择是采取积极的“减损与补救措施”，例如主动提供增信担保、提出可行的延期或分期履行方案，以维持商业信誉与合作关系。反之，如果行为人在取得对方支付的财物后，未经正常的商业流转程序，擅自将其用于偿还个人债务、进行非法活动或个人挥霍，并在此过程中伴随逃避沟通、隐匿行踪、改变联系方式等行为，则彻底背离了商事合作的基本精神。此种“资产转移”与“责任逃逸”相结合的行为模式，反映出其根本不打算承担对价义务，具有将他人财物非法据为己有的主观意图。

其三，在商事活动中，如果合同一方当事人恶意利用其信息与地位优势，通过格式合同或格式条款的提供，系统性地设置合同陷阱，则其行为是对诚信原则的根本性背离。例如，在缔约时，刻意隐瞒关键信息，不提示对方存在极易触发的、极为苛刻的单方解约条件；或为对方设定根本无法达成的单方履约标准。嗣后，再利用其制造的“违约”事实，无正当理由拒收货物并拒不退款。这种情况在功能上系统性阻断了相对方的履约路径与救济渠道。根据《民法典》规定，通过隐瞒与欺诈方式，不合理地免除自身责任、加重对方责任、限制对方主要权利的格式条款应属无效。而且该行为模式本身已完全超出了正常的商业风险分配范畴，可反证其在缔约之初即缺乏履行合同的诚意，是认定行为人具有“非法占有目的”的强有力的客观证据。例如，在“预付消费”领域的“职业闭店人”现象中，行为人与原经营者合谋，诱骗消费者进行大额预付充值，在获取钱款后便精心策划闭店跑路。消费者基于其虚构的持续经营承诺而陷入错误认识处分财产，该整体行为模式已完全符合合同诈骗罪的犯罪构成，应依法追究刑事责任。^{〔39〕}

3. 符合商事理性的出罪事由

从商事理解的角度考察，若合同相对方的财产损失主要源于其应自行承担的客观商事风险或合理的商业博弈，且行为人未实施动摇合同根基的欺诈行为，则即使最终未能履行合同，其性质仍属民事纠纷，应通过民事诉讼等途径解决，不应纳入合同诈骗罪的规制范围。具体而言，有以下几种情形。

其一，因客观风险导致事后履约不能。此情形指行为人在缔约时具备真实的履约意愿与能

〔39〕 参见上海公安学院调研课题组：《“职业闭店人”及其规制研究》，载《公安研究》2025年第6期，第51页。

力，但合同成立后发生无法预见的客观情况变化，导致其无法履行。例如，签约后遭遇原材料价格剧烈波动、核心技术被意外淘汰，或国家产业政策重大调整，如突发的环保限产禁令等。在此情况下，若行为人能够提供证据证明其已履行及时告知、风险提示的义务，并积极采取协商变更合同、支付约定违约金、返还预付款等合理的补救措施，则充分表明其主观上不具有“非法占有目的”，其行为本质是应对商业风险的正常商业行为，而非刑事诈骗。

其二，对履约能力的合理商业夸大。在商事实践中，宣传推广作为一种普遍存在的市场信号传递机制，^{〔40〕}与合同诈骗中的欺诈行为存在本质区别。经济学中的“信号传递”理论认为，在市场信息不对称的环境中，经营者通过宣传向交易对手释放关于自身能力的积极信号，是竞争的常态。法律对此规制的关键在于，区分此种信号是建立在核心履约能力真实存在的基础之上，还是纯粹的虚构与欺骗。

其三，基于真实交易基础的合同争议。当合同因市场行情剧变等不可控因素而无法履行时，判断行为人是否构成合同诈骗罪的关键，在于系统审查其是否围绕合同的核心义务实施了欺诈行为。审查应聚焦于资金的实际用途、事后的沟通态度与补救努力，以及是否就影响合同订立的根本性事实进行虚构或隐瞒。

（三）商事理性人概念下被害人的自我审慎义务

相较于普通诈骗罪，合同诈骗罪的规范场域主要集中于商事交易领域，其行为相对人通常被预设具备商事理性人应有的认知能力与信息获取渠道。刑法对欺诈行为的评价标准，在不同社会关系领域呈现出合理差异：普通诈骗罪侧重于对一般社会公众中弱势个体的倾斜保护，而合同诈骗罪则要求作为市场参与者的被害人以审慎的“理性人”标准自持，并合理承担相应的商业风险。由此，合同诈骗罪中“陷入错误认识”的认定门槛应当相应提高，欺骗手段必须达到足以使一个具备通常认知与审慎程度的商事主体产生误判的程度，方具备刑事归责的基础。倘若相关虚假陈述在一般商业逻辑下本属易于辨识，则难以认定刑事诈骗的成立。

此种区分植根于两罪在法益保护与归责逻辑上的结构性差异。普通诈骗罪以公民个人财产权为主要保护法益，判断被害人是否“陷入错误认识”时，通常采取偏向个体的主观标准，原则上不因被害人轻信而阻却犯罪成立。例如，在针对老年人等弱势群体实施的诈骗中，即便骗术拙劣，亦不影响定罪。^{〔41〕}因此，在合同诈骗罪的构成要件判断中，更应重视从具备理性人特征的被害人视角出发，对欺骗行为的性质、程度及其与财产损失之间的因果关系进行法律事实层面的规范分析。

其一，当商事交易中的一方严重违反其应尽的自我审慎义务，以致相关合同仅具备形式外观，实则可能构成双方通谋的虚伪意思表示。依据《民法典》的规定，在此情形下，应探求并依据当事人之间隐藏的真实法律关系对行为性质进行认定。这一法律性质的转换，直接动摇了以表面合同文本作为刑事判断基础的前提。因此，对于行为人是否实施欺诈、是否具有非法占有目的，以及合同目的是否落空等核心要素的认定，均需超越合同的形式外观，转而立足于当事人真实的权利义务安排加以判断。

〔40〕 参见王钦池：《信号传递与信号均衡——关于信号理论的一个文献综述》，载《山西财经大学学报》2009年S2期，第180页。

〔41〕 参见雷晓燕、沈艳、杨玲：《数字时代中国老年人被诈骗研究——互联网与数字普惠金融的作用》，载《金融研究》2022年第8期，第113-131页。

其二，在行为人严重偏离自我审慎义务的场合，所涉合同可能实质上是双方为规避强制性监管或行业规范而缔结的，其合法形式掩盖了非法的真实目的。例如，在国有企业与民营企业或个人签订的特定购销合同中，若其真实目的在于进行无实物交割的“循环贸易”以实施财务造假，则不属于购销合同关系。在此类循环贸易纠纷中，往往伴随着国有企业工作人员的职务犯罪行为。此时，对于行为人的整体行为如何定罪处罚，是以职务犯罪，如受贿罪、为亲友非法牟利罪，抑或以（共同）合同诈骗罪论处，关涉刑法评价的周延性与罪刑均衡原则的实现。司法实践表明，当国有企业工作人员失职以致国企成为合同诈骗案的受害方，^{〔42〕}或者利用职务便利，与外部人员通谋，通过循环贸易模式非法占有国有财产时，其行为可能同时触犯国有公司、企业、事业单位人员失职罪，受贿罪等职务犯罪与合同诈骗罪，此时需根据其核心行为手段与主要法益侵害性质，结合共犯理论进行整体评价，以避免重复评价或评价不足。

其三，被害人的审慎义务对“非法占有目的”与“欺诈行为”的认定具有重要影响。商事风险分配的基本理念要求交易各方均应承担相应的注意义务。若被害方因自身未履行合理调查义务而受损，不宜将全部责任归咎于对方的隐瞒行为。“尽职调查”与“风险自担”构成商事活动中的核心法则。“买者自负”原则意味着，参与交易的理性商事主体被推定具备识别与管理一般商业风险的能力，并负有主动履行相应注意的义务。在此框架下，尽职调查不仅是商事主体的一项权利，更是一项基础性义务：法律允许其通过尽职调查实现自我保护，同时也默示其须承担因未尽合理审慎义务而可能引发的商业损失。若一方放弃或怠于履行此项义务，却在遭受损失后寻求刑法介入，则实质上是将本应自行承担的商业判断责任转嫁于司法机关。

归根结底，认定合同诈骗罪应立足于鼓励交易、保护创新，而非“向后看”地将商业投资损失等同于刑事诈骗。合同诈骗罪的法治功能绝非为市场固有的失败风险提供兜底补偿，而在于通过清晰划定刑事欺诈与商业风险的法律界限，为诚信创新者提供充分的法律庇护。这正是现代法治经济体系中，刑法为市场经济健康运行所提供的最根本保障。

四、机制层面：需纳入商事风险分配理念

在商事风险分配的视角下，刑法不应替代市场机制对当事人已通过合同约定或商业惯例形成的风险格局进行再分配。该理念连接抽象的法律规范与具体的商业实践，体现了刑事司法对既有商事风险分配秩序的尊重与审慎介入。

（一）以风险分配的现实结构作为刑事判断的客观基础

风险作为内生于商业活动的要素，本质上是交易成本的构成部分，而商事交易的核心功能之一即在于对风险的合理定价与有效分配。若将所有未预见的交易损失均诉诸刑法救济，不仅将架空民事与商事法律的调节功能，更会扰乱市场机制的正常运行。现实中的商事环境尚未达到理想化的完备状态，信息不对称与履约不确定性客观存在。在此背景下，司法实践需特别注意避免陷入“以损失结果倒推主观故意”的简单思维模式。实践中易出现的结果归责倾向，即仅因交易最终出现亏损，便反向推定缔约方自始具有非法占有目的，将严重混淆商业风险与刑事欺诈的界

〔42〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2019）苏01刑终907号刑事裁定书。

限，抑制市场活力与创新空间。

商事逻辑强调意思自治和风险自担。^{〔43〕}因此，刑事司法应充分尊重“风险自担”这一前置法和市场基本法则，确立“风险预防为主、刑事惩戒为辅”的治理理念，防止将本应由市场主体自行承担的商业风险通过刑事手段不当转嫁。唯有在行为人确实以欺诈为手段，根本违背合同目的并意图非法占有他人财产时，方具备刑事介入的必要性与正当性。具体而言：

1. 严格区分风险分配与刑事欺诈的界限

对于交易中依合同约定或商业惯例本应由该方承担的风险，如市场价格波动、行业政策调整等，应遵循风险自担原则进行责任分配，不宜因发生损失而简单归责于合同相对方，更不应将此类风险分配问题上升为刑事欺诈。

2. 尊重商业活动的成本效益规律

法律不应强加不切实际的信息披露义务或设置过低的刑事入罪标准，否则将不合理地推高商业活动的合规成本，抑制市场活力。司法应重点审查一方是否实施了在合理尽职调查范围内仍难以发现的欺诈行为，而非追求绝对的信息对称。例如，有案例裁判即明确指出：本案涉及高达上亿元的经济合同，当事人双方都理应具备审慎、稳妥、理性的商业头脑，而矿产投资本身具有的高利润、高风险、高科技以及隐蔽性、不确定性的特点，更要求当事人在签订此类合同时慎重，进而做出正确的判断。若仅仅依据对方提供的资料就轻易签署交易金额巨大的合同，则属未尽起码的注意审慎义务。^{〔44〕}在民商事裁判中，法院认为，当事人是否尽到“审慎义务”，是主观过错的判断依据。^{〔45〕}

3. 审慎认定消极不作为的欺诈性质

欺诈行为包括积极虚构事实与消极隐瞒真相两种形态，对后者的入罪应保持尤为审慎的态度。需结合具体行业领域、交易场景与行为义务，审慎判断当事人是否负有法律规定或合同明确约定的信息披露义务，以及未披露信息是否属于足以影响合同根本目的实现的关键事实。以河北廊坊“赌石”诈骗案为例，该案中原石卖方未向买方披露石料的具体产地与真实来源，但一审法院并未直接认定该消极隐瞒行为构成刑事欺诈，而是重点审查了该信息是否属于行业惯例中必须披露的“关键事实”，以及该隐瞒行为是否足以根本动摇“赌石”交易“风险自担”的基础。^{〔46〕}在类似赌石、古董、艺术品等高度依赖专业眼光与遵循风险自负原则的交易领域中，信息不对称本身即为交易常态，若要求卖方承担全部信息披露义务，将实质瓦解此类特殊交易的存在基础。

因此，在判断消极不作为是否构成刑事欺诈时，应综合考量行业特性、交易习惯、当事人合理预期及信息对合同根本目的的影响程度。^{〔47〕}唯有在行为人故意隐瞒依法、依约或依交易习惯必须披露的关键信息，且该信息直接影响合同是否订立及核心权利义务时，方可将该行为纳入刑事规制范畴。

〔43〕 参见李志刚：《略论商事审判理念之实践运用》，载《人民司法》2014年15期，第50页。

〔44〕 参见最高人民法院（2018）最高法民终588号民事判决书。

〔45〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终435号民事判决书；最高人民法院（2020）最高法民终1062号民事判决书。

〔46〕 参见《标价八千万实值四百余万！“中国赌石第一案”一审宣判》，载澎湃新闻网2025年3月21日，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_30454899，2026年1月9日访问。

〔47〕 参见俞秋玮、贺幸：《商事裁判理念对审判实践影响之探析》，载《法律适用》2014年第2期，第7页。

（二）风险分配视域下的归责界限：固有风险与刑事危险的区分

风险分配机制要求严格区分“固有风险”与“人为制造的刑事危险”。借鉴德国刑法中的“风险升高理论”，商业风险与刑事不法之间的界限在于是否存在“超越容许限度的人为干预”。在正常的商业风险范围内，相应损失应由商事主体依据风险自担原则自行承担；唯有当行为人通过虚构交易主体、伪造担保文件等手段人为制造风险，或在风险显现后以转移资产、隐匿踪迹等行为阻断任何风险化解可能时，才逾越了风险自担的边界，进入刑法评价的视域。此种区分有助于司法实践准确把握刑民界限，避免将市场经济中的固有风险不当犯罪化。

在具体适用中，需通过考察特定商事领域和交易结构，明确相关风险（如价格波动、履约能力变化、信息不对称等）依法律、约定或商业惯例应由何方承担。若某项风险依法、依约或依商业惯例本就应由被害人自行承担，那么行为人未就该风险进行充分告知，通常不构成刑事欺诈。这一判断路径的确立，不仅体现了刑事司法对商事交易内在逻辑的尊重，维护了合同自由与风险自担，也为精准界分刑事诈骗与民事风险提供了清晰的裁判标准。

商事交易的本质体现为风险与收益的对价交换，风险分配构成市场机制有效运行的基础逻辑。因此，合同诈骗罪的认定必须尊重商事主体的理性判断能力与风险预期，不能以理想化的状态作为刑事归责的基准。刑事司法应立足于现实的市场环境与交易条件，审慎审查行为是否实质背离了诚信履约的边界，避免将本应由市场主体自行承担的商业风险通过刑法手段不当转嫁。唯有在行为人以欺诈为手段、根本动摇合同信用基础并意图非法占有他人财产时，刑事干预才具有必要性与正当性。

（三）“刑事欺诈”与“商业风险”的动态界分机制

我国虽未在立法文本中直接提出“商事风险分配”这一概念，但《民法典》通过给付义务与对待给付的免除、合同法定解除以及风险负担等制度，对不可归责于当事人的履行障碍进行规范调整，其实质是在当事人之间实现风险的合理分配。^[48]在商事交易中，风险本质上是交易成本的构成要素，任何商业利润均可视为对承担相应风险的合理补偿。将风险视为“成本”，意味着其应被纳入交易前的评估与定价体系，例如通过合同中的保证条款、违约金机制等实现风险的事前分配，并将其内化于商业决策过程，而非在损失发生后径行诉诸刑事救济。

合同诈骗罪的认定，应构建与商事风险分配逻辑相适应的动态审查标准，避免对法律条文的机械适用。刑事介入需坚持效果导向，综合考察行为人的履约能力变化、资金实际用途、事后补救努力等客观因素，重点关注非法占有目的的形成时点与风险转化路径，防止将正常的商业失败不当纳入刑事制裁范围。基于刑民交叉的视角，非法占有目的、欺骗行为与财产损失之间的实质性因果关系，是界分商事欺诈与刑事诈骗的关键所在。^[49]

1. 资金流向与用途的关键证据价值

资金流向与用途是界分商业风险与合同诈骗的关键客观依据。在正常商事交易中，资金通常被投入与合同目的直接相关的经营活动，如原材料采购、技术开发或扩大再生产；而在合同诈骗中，资金则常被转移隐匿、用于个人挥霍或与经营无关的非法活动或其他投机活动。

如果资金用于正常的生产经营，则具有否定非法占有目的的功能。例如，在“叶某某合同诈

[48] 参见于韞珩：《论合同法风险分配制度的体系建构——以风险负担规则为中心》，载《政治与法律》2016年第4期，第77-85页。

[49] 参见刘艳红：《刑民交叉视角下商事诈骗犯罪的刑民界分》，载《清华法学》2025年第1期，第63-79页。

骗再审改判无罪案”中，法院经再审查明，叶某某虽在履行商场转让协议过程中有伪造收条等不当行为，但其收取的租金来源于租户实际占有并使用商铺的对价，未造成他人财产损失，且资金最终用于经营周转。最高人民法院认为，该情形不符合“以非法占有为目的”的核心要件，故不构成合同诈骗罪。^{〔50〕}该判决凸显了资金实际用途在认定非法占有目的中的决定性作用。因此，若资金被用于经营活动，即使因市场变化、经营不善等客观原因导致亏损，亦属商业风险实现的范畴；反之，若资金被抽逃、隐匿或用于个人非经营性支出，则强烈指向非法占有目的，可为刑事认定提供关键的客观依据。^{〔51〕}

2. 合同目的落空的参考功能

在近年关于诈骗类犯罪的理论探讨中，有观点提出以“目的落空”作为检讨客观要件或衡量行为刑事可罚性的参考要素。^{〔52〕}然而，在司法实践中必须审慎把握其适用边界，以避免不当扩大刑事打击范围。

其一，合同目的之有无，是进行一切后续判断的逻辑前提与第一序位问题。此处的“目的”应指向双方通过合意所意图实现的核心经济利益与主要交易意图。对于合同中未明确约定，或约定内容含混不清的情形，必须严格依据合同文本、交易惯例及磋商过程进行民事意义上的解释与确认，绝不能通过刑事推定或事后归责的方式，为当事人强行附加或创设“合同目的”。

其二，合同目的具有多元性，影响合同诈骗罪认定的是经济属性的合同目的。合同目的可能不限于“经济利益”，还包括不属于经济利益的追求和目的，如精神的享受、亲情的关爱和人身权益等。随着社会的发展，合同目的所指向的利益不仅仅指经济利益，也包含精神上的利益。^{〔53〕}而合同诈骗罪以造成财产损失为构成要件，所考虑的合同目的应属于具有经济属性的目的。

其三，合同目的在动态的商事实践中具有复杂性和可变性。合同目的在某些情况下是动机，^{〔54〕}而商事交易是一个持续的过程，双方在合同履行乃至发生纠纷后，常通过补充协议、新的合意或事实上的行为对原合同目的进行调整与变更。刑事司法必须尊重此种商事自治，以发展的眼光审视合同目的的演变轨迹，而不能孤立、静止地仅以初始合同条款作为唯一依据。

其四，合同目的未能实现与刑事犯罪的成立之间不存在必然的因果链条。并非所有导致合同目的落空的行为都具备刑事可罚性。司法的核心任务在于审慎甄别目的落空究竟是源于行为人自始的欺诈意图与根本性欺骗行为，还是由其他经营风险、市场因素或双方共同过失所导致。必须严格证明欺诈行为与财产损失之间具有刑法上的直接因果关系，且该损失达到了严重的程度。若目的落空仅构成民事违约，则应交由民事法律予以调整和救济。

其五，应审慎评估合同目的落空的程度与比例。合同法的核心功能之一，即在于通过风险分配

〔50〕 参见《最高法发布涉民营企业产权和民营企业权益保护再审典型案例》，<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/480681.html>，2026年1月9日访问。

〔51〕 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2009年版，第451页。

〔52〕 参见陈毅坚：《被害人目的落空与诈骗罪——基于客观归责理论的教义学展开》，载《中外法学》2018年第2期，第414-439页。

〔53〕 参见江平：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第126页。

〔54〕 参见崔建远：《论合同目的及其不能实现》，载《吉林大学社会科学学报》2015年第3期，第44页。

规则处理不可归责于双方当事人的事由所引发的履行障碍问题。^{〔55〕}在此法理基础上，刑事司法的介入必须建立在对欺诈行为性质与影响范围的评估之上，即严格区分根本性欺骗与边缘性欺骗。

3. “风险转化阻断”行为的出罪功能

“风险转化阻断”行为是司法推定“非法占有目的”时至关重要的排除性事由。在动态的商事交易中，风险客观存在，但行为人在风险显现后是否采取积极、有效的干预措施以阻止其转化为不可逆的实际损失，是判断其主观上是否具备履行诚意的关键客观表征。

当合同履行出现障碍时，若行为人主动采取诸如提供足额增信担保、寻求第三方介入、与对方协商变更并实际履行新的合同条款、部分返还款项以维持信任等实质性补救措施，这些行为共同指向一个事实。其一，在行为性质层面，此系对市场信用机制的维护与修复。行为人在风险显露后并未选择逃避或隐匿，而是积极投入新的成本与资源，力求在既有的商事合作框架内化解纠纷。此举清晰表明，其行为意图在于维系长期交易关系、保障合同最终实现，而非利用信息不对称或对方信赖恶意侵吞财物。这完全符合商事法律鼓励诚信、促进交易达成的基本价值导向。其二，在主观要件层面，此构成对“非法占有目的”的积极反证。刑法上“非法占有目的”的内涵在于行为人意图永久性地排除他人财产权利。而上述积极的履行与补救努力，其方向恰恰相反，旨在恢复债权人的财产权益或保障其实现。因而能够形成强有力的反证，阻却刑事犯罪的成立。

在动态认定模式中系统纳入对非法占有目的的排除事由，有助于推动形成健康的商业文化与理性的司法生态：其一，引导商事主体树立风险意识与诚信经营的审慎理念，鼓励其在出现履行障碍时积极补救而非消极逃避；其二，防止刑法工具化倾向，避免刑事诉讼异化为商业竞争或常规经济纠纷的解决手段，从而维护企业家精神与经营环境的可预期性；其三，优化司法资源配置，确保刑事力量集中于打击真正具有严重社会危害性的欺诈行为，提升司法治理的精准性与效能。

这体现了一种“理性的务实主义”，它不苛求绝对理想化的商业环境，并坚决反对将刑法作为构建理想化商业秩序的工具。这不仅是对刑法谦抑性原则的恪守，亦是对市场经济内在规律的充分尊重，是实现市场秩序维护与商事主体行为自由之间动态平衡的重要法治路径。

五、结论：应构建契合商事逻辑的合同诈骗罪认定范式

合同诈骗罪的刑事判断从孤立、静态的法条适用，转向嵌入商业语境、尊重市场规律的动态评价过程，其根本追求是实现刑法保护机能与保障机能的有机统一，在履行打击欺诈、维护市场秩序职责的同时，始终保持对市场自主逻辑的敬畏，为商业创新与必要试错保留应有的法律空间。

从宏观层面看，法律应尊重商人和商事交易的特殊性。^{〔56〕}现代市场经济运行机制要求刑事司法在合同诈骗罪的认定中，确立与风险分配机制、行业特性及市场效率原则相契合的理念。在价值导向上，刑事司法应充分尊重意思自治、商事行业惯例与风险分配的商事逻辑，恪守刑法谦抑性原则，避免以理想化的标准抑制市场活力。在方法论层面，刑事司法应构建以“商事理性人”为基准的客观评价体系，将主观目的的证明转化为对行为人是否违背基本商事理性的客观审查。

〔55〕 参见于韞珩：《论合同法风险分配制度的体系建构——以风险负担规则为中心》，载《政治与法律》2016年第4期，第77-85页。

〔56〕 参见王保树：《商事审判的理念与思维》，载《山东审判》2010年第2期，第8-11页。

合同诈骗罪的认定应契合商事逻辑。刑事法律不应追求构建“零风险”的商业乌托邦，刑法的介入应当严格限定于欺诈行为已经摧毁意思真实性和风险分配的合理框架、根本动摇交易安全基础的极端情形。刑法应当尊重市场主体的风险自担原则，其介入边界应严格限定于行为已逾越合理风险范畴且事后缺乏实质救济可能的情形。这一理念既植根于“效率优先、风险自担”的商事逻辑，也是刑法谦抑性原则在现代经济治理中的具体体现。

展望未来，合同诈骗罪的认定规则需在司法实践中持续完善。应通过指导性案例、类型化司法解释等方式，将抽象法理转化为可操作的裁判规范，为市场主体提供明确、稳定的行为预期，为法治化营商环境建设与社会主义市场经济高质量发展提供坚实保障。

Abstract: The normative field of the crime of contract fraud lies in commercial transaction relations rather than simple civil agreements. Based on this, the “commercial reasonable person” is introduced as a penetrating analytical tool, transforming the judicial determination of the subjective element of “intent of illegal possession” into a refined and hierarchical substantive review of whether the objective acts significantly violate commercial rationality. This overcomes the predicament that the presumptive proof of subjective elements tends to be single-faceted and superficial. The identification of the crime of contract fraud shall follow the logic of commercial risk allocation and construct a dynamic judgment model, instead of demanding an absolutely ideal commercial environment. By examining objective factors such as the characteristics of the business model, the frustration of the contractual purpose, capital flow and use, and acts of blocking risk transformation, the existence of grounds for acquittal is permitted, forming a hierarchical judgment from commercial risks and economic disputes to criminal offenses. This accurately distinguishes between economic disputes and the crime of contract fraud, and establishes a regulatory framework with market mechanisms as the priority and criminal means as a supplementary measure. It thereby safeguards transaction security, upholds the foundation of the market economy such as good faith and business ethics, consolidates the law-based business environment, and lays a solid legal cornerstone for high-quality economic development.

Key Words: the crime of contract fraud, intent for illegal possession, commercial logic

(责任编辑: 简 爱)

《个人所得税法》中偶然所得条款的 适用反思与要件重构

李乔彧*

内容提要：在概念内涵模糊和收入普遍课征需求的共同作用下，偶然所得的解释适用从围绕射幸收入的具体展开逐步异化为作为实质性的兜底条款。此种异化适用的结果既无法满足形式法定之要求，又不符合公平课税之要求，故应秉持专项税目之定位重塑偶然所得的解释要件。具体而言，首先应以无对价收入作为该税目的收入外观标准，以实现该税目覆盖范围广泛性与概念内涵明确性的平衡，并明确划定该税目与其他八项税目的边界。其次，基于偶然所得的经济本质，应排除个人从以持续获取收入为目的的连续性行为中所取得的收入类型。最后，应从偶然所得的适用范围中剔除个人之间支付无对价收入的情形，后者的税法评价更宜由立法者予以另行明确。

关键词：个人所得税法 偶然所得 兜底条款 税法解释

一、引言

作为所得认定中的边缘税目，偶然所得的适用思路及其覆盖范围始终处于欲说还休的状态。《个人所得税法实施条例》（以下简称《实施条例》）虽已表明偶然所得是指“个人得奖、中奖、中彩以及其他偶然性质的所得”，但由于其界定方式仅是在经验层面的不完全列举且存在同义重复的问题，未能在文本层面为该税目的解释适用提供清晰的指引，致使实践中的分歧和混乱不断。实践中，该税目的涵盖范围除包括形式上表现为得奖、中奖、中彩的三种收入类型外，在中

* 李乔彧，中南财经政法大学法学院副教授。

本文为国家社会科学基金青年项目“规范数字经济领域收入分配秩序的财税协同机制研究”（23CFX029）的阶段性成果。

央层面亦拓展至不竞争款项〔1〕等性质显然不同于前述三类的收入类型。与此同时，该税目在地方层面的适用情况更为复杂，税款返还收入、〔2〕介绍他人签订商品房买卖合同收入〔3〕等亦被纳入其中，致使兜底化适用倾向愈发明显，并诱发形式法定和实质公平两个维度的问题。

偶然所得的实践乱象不仅影响该税目的未来适用，还会干扰所得认定整体规范体系的有序建构。党的二十大报告重申要“完善个人所得税制度，规范收入分配秩序”，而个人所得税规范收入分配秩序的功能发挥不仅需要立法层面谨慎设计课税模式，〔4〕还需要各类税目概念对于现实收入类型的精准涵摄，方可实现立法意图的全面贯彻。因此，作为所得认定的重要组成部分，偶然所得的精准适用不仅事关税与非税的清晰划定，还直接影响不同税目之间边界的准确划分。然而，偶然所得解释思路的混乱不仅使所得认定的边界模糊，还在不断挤压工资、薪金所得等其他八项税目〔5〕的适用空间，致使非典型收入的税法定性难以形成稳定预期，掣肘更为完善的再分配调节体系的形成。

对此，有学者提出应将该税目限缩为针对射幸收入的专项税目，〔6〕亦有学者认为应将其适用范围改造为没有对价的非营业所得。〔7〕尽管具体主张有所差别，但这些观点均着眼于限缩偶然所得的覆盖范围以提升概念的确定性。但是，实践中，为实现收入普遍课征的目标，该税目愈发呈现出兜底化倾向，且此等倾向在“经国务院财政部门确定征税的其他所得”（以下简称“其他所得”）于2018年被立法废止后变得更为明显。质言之，收入普遍课征的目标似乎为偶然所得作为兜底条款适用在一定程度上提供了现实层面的证成。由此亟待解决的问题是，立足我国现行法律制度框架和改革趋势，应当如何重新定位偶然所得的功能，并据此重构其解释要件，以使该税目的未来适用既能够实现内在自洽且避免兜底化适用所带来的问题，又能够与收入普遍课征的目标相吻合。为此，本文将通过梳理现状揭示该税目适用中的异化现象及其原因，并结合税法基本原则对此等解释思路予以反思，最终通过调整、补足解释该税目时的具体要件，以求合理重构偶然所得的适用思路。

二、偶然所得条款的适用异化及其原因

作为针对自然人获取得奖、中奖、中彩收入的专项税目，偶然所得条款的适用本应围绕此等收入展开，但在实际适用过程中却屡屡出现溢出该定位之情形，致使该税目愈发呈现出兜底条款的实践趋势。究其原因，一方面在于该税目概念界定本身的模糊性，另一方面系纾解收入普遍课

〔1〕 参见《财政部 国家税务总局关于企业向个人支付不竞争款项征收个人所得税问题的批复》（财税〔2007〕102号）。

〔2〕 参见《辽宁省地方税务局关于明确个人所得税若干税收政策的通知》（辽地税个〔2000〕340号，已失效）第5条、《成都市地方税务局关于所得税若干税收政策处理意见的通知》（成地税函〔2004〕17号，已失效）第21条。

〔3〕 参见《安徽省地方税务局关于商品房转让过程中有关个人所得税问题的批复》（皖地税函〔2007〕693号）。

〔4〕 参见刘剑文：《公平分配导向下个人所得税的法理省思与制度优化》，载《法学评论》2025年第4期，第9页。

〔5〕 此处“其他八项税目”是指《个人所得税法》第2条第1款第1项至第8项所规定的八种税目类型。为简化表述，本文后续部分均以其他八项税目代指。

〔6〕 参见蔡明：《税收法定原则下个人所得税法“偶然所得”何去何从？》，载熊伟主编：《税法解释与判例评注》（第十三卷），法律出版社2020年版，第25-30页。

〔7〕 参见邢会强：《个人所得的分类规制与综合规制》，载《华东政法大学学报》2019年第1期，第25页。

征与税目涵盖有限之间张力的现实需求。

（一）偶然所得条款的适用异化

溯源可知，我国在1993年立法引入偶然所得的目的系回应经济生活中对个人从各种有奖活动中获取机遇性所得进行课税的需求，〔8〕以避免此类收入继续栖息于兜底条款之中。〔9〕因此，尽管《个人所得税法》及其《实施条例》并未明确“得奖、中奖、中彩”的具体内涵，但学界普遍因循前述立法意旨，认为该税目适用应以收入是否基于射幸合同〔10〕产生作为核心判断标准，〔11〕即收入获取应当具备当事人有射幸意图、收入获取是否发生并不确定以及法律后果不确定等特征。〔12〕通过分析财税部门在1993年至2018年间的规范性文件可以发现，财税部门对于偶然所得的实践适用也基本因循射幸收入思路。具体而言，财税部门在判断一项收入是否应当纳入偶然所得时，不仅考察该收入是否具有奖项的形式外观，更要考察收入获取是否具备射幸性的实质特征。举例而言，在虽已失效但系至今唯一明确解释偶然所得的规范性文件中，广东省地方税务局认为得奖是指“个人参加各种有奖竞赛活动取得的奖金”，中奖、中彩指“个人参加各种有奖活动，如有奖销售、有奖竞猜、有奖储蓄或者购买彩票，经过规定程序抽中、猜中、摇中而取得的奖金”，〔13〕对于偶然所得适用范围的限定趋向于将之限定在射幸收入范畴之内。同时，在中央财税部门制定发布且至今仍然有效的17份“一事一议”型规范性文件中，13份被认定为“中奖、中彩”，〔14〕2份被认定为“得奖”，〔15〕主要覆盖的收入类型均符合射幸收入之特征。此外，在本文统计的14份地方规范性文件中，此税目的适用也主要涉及自选数码奖券、〔16〕有奖储蓄、〔17〕

〔8〕 参见全国人民代表大会常务委员会办公厅：《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》（1993年卷），中国法制出版社2004年版，第421页。

〔9〕 《国家税务总局关于对有奖销售、有奖集资、有奖债券、有奖竞猜的中奖收入征收个人所得税的通知》（国税集字第043号）规定：“……个人取得的有奖销售、有奖集资、有奖债券、有奖竞猜的中奖收入，应按《中华人民共和国个人所得税法实施条例》第三条第八款‘经财政部确定征税的其他收入’项目征税……”

〔10〕 射幸合同与实定合同相对，是指合同的法律效果在缔约时不能确定的合同，合同双方的利益丧失或取得往往依赖某种不确定的机会，故又称机会性合同。参见崔建远：《合同法》（第4版），北京大学出版社2021年版，第33页。

〔11〕 参见龙秋羽：《偶然所得的性质廓清及其课税规则更新》，载《税务研究》2024年第12期，第85页。

〔12〕 参见陈传法、冯晓光：《射幸合同立法研究》，载《时代法学》2010年第3期，第16-17页。

〔13〕 参见《广东省地方税务局关于印发〈偶然所得个人所得税征收管理办法〉的通知》（粤地税发〔1999〕62号，已失效）第2条。

〔14〕 主要包括《国家税务总局关于有奖储蓄中奖收入征收个人所得税问题的批复》（国税函发〔1995〕098号）、《国家税务总局关于个人在境外取得博彩所得征收个人所得税问题的批复》（国税函发〔1995〕663号）、《财政部 国家税务总局关于体育彩票发行收入税收问题的通知》（财税字〔1996〕77号）、《国家税务总局关于用使用权作奖项征收个人所得税问题的批复》（国税函〔1999〕549号）、《国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的批复》（国税函〔2002〕629号）、《财政部办公厅关于新疆维吾尔自治区电脑福利彩票25选7游戏规则的通知》（财办综〔2004〕13号）、《财政部办公厅关于华东6省市联合销售“东方大乐透”37选7电脑福利彩票的通知》（财办综〔2004〕40号）、《财政部办公厅关于甘肃、青海、宁夏3省区联合销售25选7电脑福利彩票的通知》（财办综〔2004〕102号）、《财政部办公厅关于调整湖南省35选7电脑福利彩票游戏规则的通知》（财办综〔2004〕158号）、《财政部办公厅关于中福在线即开型彩票“开心一刻”“四花选五”游戏规则等的通知》（财办综〔2004〕230号）、《财政部办公厅关于广西壮族自治区21选5快乐十分电脑福利彩票游戏规则的通知》（财办综〔2004〕262号）、《财政部 国家税务总局关于个人取得有奖发票奖金征免个人所得税问题的通知》（财税〔2007〕34号）。

〔15〕 主要包括《国家税务总局关于运动队队歌征集大赛获奖作者的奖金征收个人所得税的复函》（国税函发〔1994〕448号）、《国家税务总局关于个人取得的奖金收入征收个人所得税问题的批复》（国税函〔1998〕293号）。

〔16〕 参见《深圳市地方税务局关于对自选数码奖券中奖收入征收个人所得税问题的通知》（深税发〔1994〕250号）。

〔17〕 参见《上海市财政局 地方税务局关于对本市各类有奖储蓄中奖收入征收个人所得税的通知》（沪地税政二〔1995〕17号）。

博彩收入、^[18] 赛马奖金^[19]等明显属于射幸所得范畴的收入类型。

然而，该税目的适用过程中亦存在超出立法意旨作为兜底条款适用之现象，具体包含两种类型。第一种溢出类型以拓宽“奖项”之理解为通道。实践中，一些地方财税部门在解释“得奖、中奖、中彩”时不断突破射幸合同的场域限制，往往仅因某项收入具有“奖项外表”便将其纳入偶然所得，个人因行业突出贡献而取得政府一次性奖励^[20]以及个人取得政府部门发放的招商引资奖励金^[21]即系典型代表。第二种溢出类型则直接以“偶然”的宽泛化解释为通道，且随着2018年立法删除其他所得而变得愈发明显。早在2018年立法修订之前，针对企业向个人支付不竞争款项的税法定性即已出现此等异化现象。尽管有关不竞争款项的收入定性及税目选择有所争议，^[22] 但无论采用何种观点，均可以发现不竞争款项并非系属射幸收入类型范畴。在此情况下，财税部门仅因该收入具有“属于个人因偶然因素取得的一次性所得”的特征即将之归类为“偶然所得”，^[23] 实际上是借偶然之名，使其尽可能覆盖各类性质认定存在空白或争议的收入类型，实质上是将偶然所得作为兜底条款适用。在2018年后，此种异化现象变得愈发明显。既有的三种此前被认定为其他所得的收入类型（即针对个人为单位或他人提供担保取得收入、^[24] 个人取得获赠房屋收入、^[25] 个人从企业处获赠礼品收入^[26]），并未因其他所得条款之删除而被确认为不征税收入，相反，财税部门认为此三者因“具有一定的偶然性质”^[27] 而应属于偶然所得。^[28] 鉴于2018年后新纳入偶然所得的三类收入同样并非射幸收入，将之纳入偶然所得亦显然系兜底化适用偶然所得之结果。

（二）偶然所得条款适用异化之原因

之所以偶然所得的实践适用存在两种不同的思路且日益趋向于兜底化适用思路，既因为该条款的概念本身缺乏具有实质意义的内涵限制，也源于立法删除其他所得后缓解收普遍课征与税目涵盖范围有限之间张力的现实驱动。

1. 内在因素：概念内涵的空洞化为偶然所得的兜底适用提供前提

偶然所得的概念界定规则中缺乏具有实质意义的内涵限制，无法为该税目的准确适用提供清晰的规范指引。作为偶然所得这一概念的核心特征，“偶然”的内涵在立法引入时并未得到明确

[18] 参见《内蒙古自治区地方税务局关于个人在境外取得博彩所得征收个人所得税问题的通知》（内地税发〔1996〕52号）。

[19] 参见《深圳市地方税务局关于深圳市赛马俱乐部税收问题的批复》（深地税发〔1997〕567号）。

[20] 参见《国家税务总局关于个人取得的奖金收入征收个人所得税问题的批复》（国税函〔1998〕293号）。

[21] 参见《青岛市地方税务局关于进一步明确个人所得税若干政策问题的通知》（青地税发〔2000〕124号）第4条；《珠海市地方税务局关于地方政府“招商引资奖励”征收个人所得税适用政策的通知》（珠地税函〔2003〕186号）；《吉林省地方税务局关于明确个人所得税有关政策问题的通知》（吉地税函〔2004〕107号）第3条。

[22] 针对不竞争款项的性质认定，一种观点认为鉴于该款项旨在补偿资产出售方因转让协议而放弃的未来经营收入，应当视为经营所得；另一种观点则认为鉴于该款项实际上系被转让资产商誉的一部分，故应并入财产转让所得。参见李乔或：《新〈个人所得税法〉中所得认定条款探讨》，载《江西财经大学学报》2019年第4期，第122页。

[23] 参见《财政部 国家税务总局关于企业向个人支付不竞争款项征收个人所得税问题的批复》（财税〔2007〕102号）。

[24] 参见《财政部 国家税务总局关于个人所得税有关问题的批复》（财税〔2005〕94号）第2条。

[25] 参见《财政部 国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税〔2009〕78号）第1条。

[26] 参见《财政部 国家税务总局关于企业促销展业赠送礼品有关个人所得税问题的通知》（财税〔2011〕50号）第2条。

[27] 参见《关于〈财政部 税务总局关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告〉的解读》，载国家税务总局网站2019年6月25日，<https://www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810219/n810744/n4016641/n4016666/c4448714/content.html>，2025年12月7日访问。

[28] 参见《财政部 税务总局关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告》（财政部 税务总局公告2019年第74号）。

解释。基于偶然所得的立法初衷，偶然应当系指“事理上不一定要发生”，强调收入获取之射幸特征。但是，从词源角度来看，“偶然”亦可以指“某行为动作的发生或进行是少见的、偶发的”，强调收入获取之频次低或不规律。若财税部门因循立法初衷采用射幸观点的话，偶然所得的辐射边界尚有迹可循。然而，鉴于射幸特征并未在实定法中得以明确表述，“得奖、中奖、中彩”的概念内涵往往不受射幸合同之限，税务机关在部分收入具有“奖项外表”的情况下将之纳入偶然所得，其做法似乎亦显得“有法可依”，前述个人因行业突出贡献而取得政府一次性奖励以及个人取得政府部门发放的招商引资奖励金的税法适用即为典型代表。

同时，此种对射幸所得范围的突破还将模糊对“其他偶然性质的所得”的理解。税务机关采用频次较低或不规律的词义理解角度，会使此条款之内涵规定在我国的制度框架下无实质意义，致使该税目在实践中经常被视为与其他所得相并列的兜底条款。^[29]在我国所得税法中，由于财产转让所得这一明显具有一次性、偶然性特征的收入类型已纳入立法，应税所得的界定方式显然突破“来源概念”（source concept）^[30]的限制，不再局限于诸如工资、薪金所得，劳务报酬所得，财产租赁所得等具有反复性、循环性的经济收益类型。在此情况下，如果仅以收入具有频次较低或不规律的特征作为偶然所得的核心要件，会导致经济生活中大量不具有规律性的收入类型均可无差别地踏入此税目的射程范围之内。然而，由于这些收入除不规律之外并无其他同质特征，偶然所得概念内涵本应发挥的限制作用实际上已被掏空。

2. 外在因素：纾解收入普遍课征与税目涵盖有限之间张力的现实驱动

在立法删除其他所得税目后，法律实施过程中面临着收入普遍课征目标与实际税目体系涵盖范围有限之间的张力冲突，极大地强化了偶然所得兜底化适用的现实诱因。实际上，在此等现实动力的驱动下，该税目辐射半径的变化已脱离概念内涵的控制，主要取决于所得上位概念与各类明确列举税目的外延之差，旨在容纳无法适用其他税目予以课税的收入类型。

立法修订后各种收入的再分类即为典型例证。2018年之前，针对个人为单位或他人提供担保取得收入、^[31]个人取得获赠房屋收入、^[32]个人从企业处获赠礼品收入^[33]等类型，财税部门均认为应当适用其他所得。然而，在立法删除其他所得后，前述收入并未随之被确认为不征税收入，财税部门认为此三者因“具有一定的偶然性质”^[34]而将之划入偶然所得。^[35]那么，此种再分类是否属于对之前错误适用其他所得的矫正呢？本文以个人取得获赠房屋收入为例予以简要

[29] 在税务实践中，税务机关往往并未严格区分偶然所得与其他所得的界限，在税目选取时将二者等同视之。参见浙江省湖州市中级人民法院（2020）浙05行终54号行政判决书。

[30] 来源概念在回答何为应税所得时主张所得应当限于地租、利润、工资等具有反复性、循环性特征的经济收益范围之内。同时，根据来源概念之观点，资本利得、赠与所得等具有一次性、偶然性特征的收入类型不应纳入应税所得范围之内。See Lawrence H. Seltzer, *Evolution of the Special Legal Status of Capital Gains under the Income Tax*, 3 National Tax Journal 18, 18 (1950).

[31] 参见《财政部 国家税务总局关于个人所得税有关问题的批复》（财税〔2005〕94号）第2条。

[32] 参见《财政部 国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税〔2009〕78号）第1条。

[33] 参见《财政部 国家税务总局关于企业促销展业赠送礼品有关个人所得税问题的通知》（财税〔2011〕50号）第2条。

[34] 参见《关于〈财政部 税务总局关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告〉的解读》，载国家税务总局网站 2019年6月25日，<https://www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810219/n810744/n4016641/n4016666/c4448714/content.html>，2025年7月17日访问。

[35] 参见《财政部 税务总局关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告》（财政部 税务总局公告 2019年第74号）。

说明。正如前述，偶然所得对于收入共性特征的初始假定系“射幸性”，即纳税人实施某种行为或开展某项活动后并不必然获取该项收入，而房屋赠与收入之获取与赠与行为之间并不具有或然性，不应纳入偶然所得。与此同时，偶然所得的概念界定内容也无法对为何财税部门应根据赠与双方身份关系之不同而做出差异化判断提供合理解释。因此，此种收入的重新分类并非对于之前错误适用的矫正结果。进一步而言，对于偶然所得的外延在2018年前后所发生的变化，其影响因素既非此概念内涵本身调整之结果，亦非适用范围基于概念内涵的再廓清，最为合理的解释只能是功能角色基于现实需要的重新定位。即，由于该税目已成为实际的兜底条款，外延范围的调整旨在满足容纳所得上位概念与各类明确列举税目外延之差的制度需要。

三、偶然所得条款适用之反思

在内外因的共同作用下，偶然所得条款的适用思路已发生异化，逐步从针对射幸收入的专项税目溢出至作为兜底条款的制度安排。那么，是否可以因循此种实践路径，将偶然所得的定位从初始的针对射幸收入的专项税目转向兜底条款，并据此调整相应的适用思路？同时，在我国已确立个人所得税以实现收入普遍课征为目标的前提下，财税部门无法在日常征管活动中回避对各类非典型收入予以税法定性的任务，故而兜底化适用偶然所得似乎可满足税法普遍实施的现实需求。然而，基于税法基本原则的角度审视可知，此等做法除有悖于立法修订意图外，^[36]既无法满足形式法定之要求，又无法实现公平课税之结果，对于偶然所得而言系“不可承受之重”。

（一）形式维度：适用过程缺乏确定性

作为我国税法建制的首要原则，^[37]税收法定原则的目标指向之一即实现税法实施的确定性。据此反观可知，在立法并未且无法清晰界定所得的情况下，作为兜底条款的偶然所得对于某项收入是否应当以及如何纳入课税范围的判断缺乏法律层面的具体指引。理论上而言，兜底条款与形式法定之间存在利弊同构的两面性，兜底条款既可能因模糊不清而放大法律的不确定性程度，又可为立法的与时俱进提供适度的“制度留白”。^[38]因此，所得认定中的兜底条款并非绝对地与税收法定原则的要求相悖，财税部门通过“一事一议”地解释兜底条款，将暂无对应税目的收入类型纳入其中并阐述其课税逻辑，可为后续相同类型的收入评价提供确定性的税法指引。然而，在此种确定性的获取过程中，财税部门对于兜底条款的解释需要受到立法边界的限制，即被兜底条款涵盖的收入类型至少应当属于立法所确定的所得范围之内。但现实是，当一项收入已明显无法纳入其他八项税目时，由于我国现行《个人所得税法》中缺乏对所得概念的界定，此项收入是否应当以及如何纳入兜底条款均缺乏确定性的判断依据，纳税人亦无法依据现有规则判断其他相似收入的税法定性结果，致使兜底条款的存在弊大于利，故而不仅其他所得立法废止之选择更为契

[36] 根据《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国个人所得税法修正案（草案）〉审议结果的报告》（2018）可知，立法者认为“考虑到目前个人所得税法中列明的所得范围已经比较全面，可不必再由国务院或其有关部门确定‘其他所得’”。虽然立法者对于现行所得税税目体系已经穷尽各类收入情形的认知与实践存在偏差，但此次修法至少可以明确表达出立法者对于“财税部门+兜底条款”这一漏洞填补模式的否定性态度。

[37] 参见黄茂荣：《法学方法与现代税法》，北京大学出版社2011年版，第57页。

[38] 参见黄家强：《税法兜底条款设计与适用的方法改进》，载《政治与法律》2022年第5期，第16页。

合当下现实情况，而且偶然所得亦不应重蹈兜底化适用的覆辙。

自然人获赠房屋收入的税法处理即为偶然所得兜底化适用结果缺乏确定性的典型案例。该项收入在 2009 年已被纳入其他所得的范围之中，但于 2018 年后转而适用偶然所得。我国税法虽未言明，但一般认为税目体系结构在建立时分别对应一项民商事合同法律关系。^{〔39〕} 因此，鉴于自然人获赠房屋的法定性与其他八项税目所对应的民商事合同法律关系并不一致，且《实施条例》中对于其他八项税目的概念界定亦无法涵盖此类收入，对自然人获赠房屋的收入课税显然只能借由兜底条款。然而，借由兜底条款的实践做法存在以下三个方面的问题。其一，从应税与否的角度而言，此类收入是否应纳入兜底条款主要取决于所得概念的界定传统，而后者并未有充分的立法依据可资探明。我国立法中并未对所得予以界定，理论界虽普遍肯认增值概念对我国立法的影响，但此种影响是否存在以及影响程度尚未得到任何立法文件的肯定。在此情况下，房屋受赠收入缺乏对应税目的现状究竟应当被定性为立法者有意沉默的法外空间还是法律漏洞，实际上仍处于混沌状态。进一步而言，不同所得界定传统下的立法对是否对房屋受赠收入课税存在不同的判断结果，^{〔40〕} 反之，该问题的决定也将直接影响实定法中所得概念的范围变动与认定标准，而后者显然已经属于税收立法政策的范畴，^{〔41〕} 应由立法机关予以裁夺，依托“财税部门+兜底条款”模式予以课税缺乏充足的合法性基础。其二，从如何课税的角度而言，财税部门在立法条款之外贸然引入其他标准，纵使其结果合理，也始终难掩正当性不足的瑕疵。具体而言，财税部门在房屋受赠收入是否应当课税的判断中，引入了赠与双方是否具有特定身份关系的判断标准，即双方具有配偶、父母、子女等特殊身份关系的则为不征税收入，反之则为偶然所得。鉴于立法中并未明确引入此种身份关系判断标准，且是否应当因身份关系之不同而区别对待同样属于立法政策问题，应诉诸国民同意方能获取正当性，^{〔42〕} 不应仅将之视为一般性的技术细节而由财税部门自行裁量。其三，在针对股权、现金等同为财产赠与收入的情形中，财税部门作出与房屋赠与不同的税务处理决定。具体而言，股权赠与虽然仍考虑特定身份关系，但适用税目为财产转让所得。^{〔43〕} 现金赠与则主要关注赠与人是否为自然人，自然人之间的赠与不予课税，企业赠与则为偶然所得。^{〔44〕} 此种同案不同判的税法适用既无法使财产获赠收入形成逻辑连贯的课税规则体系，也无法使纳税人对于此三种财产以外的赠与形成稳定的税法适用预期。

（二）实质维度：适用结果丧失公平性

立足现行立法为不同税目设置差异化税负待遇的现实前提，偶然所得突破针对射幸收入专项税目的定位并作为兜底条款的适用思路将从两个层面违背实质公平，即“同种收入、不同对待”和“不同收入、同等对待”。

〔39〕 参见滕祥志：《税法的交易定性理论》，载《法学家》2012年第1期，第99页。

〔40〕 参见〔美〕休·奥尔特、〔加拿大〕布赖恩·阿诺德：《比较所得税法——结构性分析》（第3版），丁一、崔威译，北京大学出版社2013年版，第210-211页。

〔41〕 See John R. Brooks, *The Definition of Income*, 71 Tax Law Review 253, 254-272 (2018).

〔42〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第5版），法律出版社2007年版，第28页。

〔43〕 参见《广东省地方税务局关于加强股权转让所得个人所得税征收管理的通知》（粤地税函〔2009〕940号）第5条。

〔44〕 参见《关于〈财政部 税务总局关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告〉的解读》，载国家税务总局网站2019年6月25日，<https://www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810219/n810744/n4016641/n4016666/c4448714/content.html>，2025年12月7日访问。

首先,非典型收入法定性的混乱现状将导致“同种收入、不同对待”的税负不公平问题。伴随着非典型收入的不断涌现,其他八项税目和偶然所得的适用边界日趋模糊,致使财税部门在选择具体税目时反复摇摆。同时,因我国采用“综合与分类相结合”的课税模式,不同税目之间的实际税负并不相同,此种摇摆现象势必导致“同种收入、不同对待”。立法者在建构现行税目体系时是以当时的个人收入来源结构特征为依据,^[45]反映的是对彼时收入类型在经验层面的观察结果,致使《实施条例》在解释各类税目概念时对收入产生的交易模式和交易客体的文义表述均局限在彼时市场活动的典型情形之内。因此,当收入产生的交易模式或客体发生变化时,这些“非典型收入”在适用其他八项税目时将存在合法性危机。以违约金为例,鉴于其他八项税目的概念表述均以交易的正常完成作为收入取得的预设前提,并未考虑违约情形下的收入获取,致使如何对违约金课税将在税收法定与量能课税之间产生制度张力。基于量能课税原则之要求,在交易一方取得违约金且数额在填补损害之后仍有剩余时,财税部门应当将其纳入课税范围之内,且税目选取时应当选择适用与产生违约金的初始合同相同的对应税目,股权转让、^[46]终止投资^[47]等即为代表。然而,由于违约金并未直接体现在概念文义之中,此种做法虽然可以回应收入普遍课征的需求,但势必因“行政造法”之实质而招致税收法定的质疑,故而财税部门在部分违约金类型中又选择转向兜底条款。^[48]事实上,针对非典型收入课税的税目选择摇摆问题并非客观层面的对错之分,而系实质公平和形式法定的主观权衡。因此,当偶然所得成为替代的兜底条款后,此种摇摆问题的延续仍然存在现实土壤,^[49]财税部门仍然需要通过“偶然所得”的兜底化适用来化解扩张适用其他八项税目在形式法治层面的顾虑。然而,考虑到我国目前各税目所适用的税率、收入计算与扣除标准等并不完全一致,前述两种适用思路并行采用且反复摇摆的情形势必会不断引发同一类非典型收入的差异化课税问题。

其次,随着越来越多的非典型收入因偶然所得的兜底化适用而被涵盖其中,在偶然所得税目并未配置扣除规则的情况下,这些收入在课税时均无扣除的做法将导致形式上公平但实质不公平的现象产生,即“不同收入、同等对待”。为实现量能课税,所得税对税负能力的评价以价值的净增加为限,只有在扣除相应的成本、费用后的收入部分才应纳入课税范围。^[50]同时,考虑到个人所得税的属人税特性,前述成本费用既包括为取得收入而产生的营业支出,也包括个人维持生活所必须支出的部分。^[51]立足于针对射幸收入课税的初始定位,偶然所得的立法建构中虽未配置任何扣除规则,但鉴于此类收入往往属于纯获利行为,基本不存在成本费用且个人以此类收

[45] 参见白景明:《改革个人所得税征收模式面临的三大难题》,载《税务研究》2011年第12期,第19页。

[46] 参见《国家税务总局关于个人股权转让过程中取得违约金收入征收个人所得税问题的批复》(国税函〔2006〕866号)。

[47] 参见《国家税务总局关于个人终止投资经营收回款项征收个人所得税问题的公告》(国家税务总局公告2011年第41号)第1条。

[48] 参见《国家税务总局关于个人取得解除商品房买卖合同违约金征收个人所得税问题的批复》(国税函〔2006〕865号)。

[49] 在针对个人取得竞业禁止金的课税情形中,深圳市地方税务局认为应当视为经济补偿金并按照“工资、薪金所得”预扣个人所得税,广州市地方税务局则认为应当适用“偶然所得”。分别参见《深圳市地方税务局关于企业向个人支付竞业限制补偿费征免个人所得税问题的批复》(深地税发〔2008〕416号)和《广州市地方税务局关于印发〈个人所得税若干征税业务指引(2009年)〉的通知》(穗地税发〔2009〕148号)第8条。

[50] 参见汤洁茵:《个人所得税改革中纳税人权利的实现与保障》,法律出版社2022年版,第23页。

[51] 参见葛克昌:《所得税与宪法》(第3版),翰芦图书出版有限公司2009年版,第15-19页。

入维持生计的情形极其罕见，故而收入不可享受扣除的做法尚具有合理性。然而，在兜底化适用偶然所得的过程中，纳入偶然所得之收入类型并非均无需任何成本投入，因未配置扣除规则而背离量能课税之问题将日趋严重。现实生活中，一些独立职业运动员的主要收入来源即比赛奖金，此等收入依据现行法显然应属偶然所得。但是，这些运动员为获取收入而必然发生大量的成本支出，且以此类收入维持生计，故有必要考虑成本费用的扣除问题。

至此，总结而言，一方面，在我国《个人所得税法》目前尚未规定所得认定标准的前提下，将偶然所得作为兜底条款予以适用实际上是对财税部门的“空白授权”，财税部门完全可以借解释之名行造法之实，既不符合形式法定之确定性要求，亦无法实现对行政权之约束。另一方面，面对财税部门扩张适用既有八项税目涵盖非典型收入所引发的合法性困境，偶然所得的兜底化适用不仅并非解决此等困境之良方，更会因该条款本身存在扣除规则缺失之问题而将愈发背离税收公平的实现。鉴于此，在现行制度约束下，偶然所得税目的兜底化适用思路并不可行，该税目应当重回与其他八项税目相类似的、覆盖范围有限的专项税目定位。

四、偶然所得条款适用之要件重构

在排除兜底条款的功能选项后，为使偶然所得税目之适用结果能够符合涵盖范围有限的专项税目定位，需要重构该税目的解释要件。质言之，鉴于偶然这一构成要件因内涵空洞而失之于宽，故有必要立足现行立法体系并结合规范目的去寻找补充要件。对此，有观点主张重新以射幸性为标准充实偶然所得之内涵，通过缩小其覆盖范围提高其概念的明确性。^[52]然而，考虑到我国立法层面所明确规定的收入类型已超出射幸收入之范畴，若以射幸性作为补充标准，偶然所得将无法为不具有射幸性的政府奖励等收入类型提供课税依据，致使课税规则体系之间无法实现逻辑的自洽。举例而言，《个人所得税法》第4条第1款第1项^[53]所列之政府奖励虽为免税所得，但从理论上而言亦属于所得范畴之中。同时，此等收入并非基于射幸合同而产生，且显然无法纳入该法第2条的其他八项税目。在此情况下，如果将偶然所得限缩为射幸收入专项税目，将使诸多免税所得无法寻找到税目依托。

问题是，当明确偶然所得重构后应不止步于射幸收入范围时，该税目作为涵盖范围有限的专项税目又该如何重新提取概念内涵以设置边界，从而使该税目既能够尽可能地涵盖更多的收入类型，又能避免该税目因内涵的过于空洞而再次成为兜底条款。鉴于此，对于偶然所得税目之解释思路应从收入的性质外观、获取收入的行为性质、支付收入的主体类型三个方面予以限定。

（一）收入性质外观：无对价收入

如前所述，偶然所得概念的现行界定方式虽在一定程度上吻合我国的宽税基改革目标，却因

[52] 参见蔡明：《税收法定原则下个人所得税法“偶然所得”何去何从？》，载熊伟主编：《税法解释与判例评注》（第十三卷），法律出版社2020年版，第25-30页。

[53] 《个人所得税法》第4条第1款规定：“下列各项个人所得，免征个人所得税：（一）省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金……”

存在概念内涵不明确的问题而违反税收法定原则的要求。为此，在重构偶然所得税目的适用思路时，应当引入“无对价收入”的性质外观，以替换既有定义中以“偶然”表述收入性质之做法。所谓无对价收入，主要是指自然人在获取收入与提供劳动、资本及其组合之间不以等价有偿为原则，其中既包括无需自然人提供劳动、资本及其组合作为交换之情形，亦包括自然人虽有提供劳动、资本及其组合，却与收入获取之间不具有必然的因果关系之状态。同时，之所以应以无对价收入替换偶然，其原因有二。

1. 内部角度：可更好地实现收入涵盖广泛与课税要素明确的平衡

立足我国所得概念的界定传统和具体认定实践，偶然所得的重构应当能够使其承担起收入广泛覆盖的功能。纵观可知，现行各国所得认定的观点以来源概念和增值概念为光谱两端，并在对此二者的修正过程中形成市场所得概念、消费型所得概念^[54]等多种观点。在以来源概念方式界定所得的国家（如德国），所得税仅适用于从事以盈利为目的的营利性活动所获得的收益，故而偶然所得、资本利得以及其他无法追溯至某一来源的收入均被排除在所得之外。^[55]在以增值概念为所得界定方式的国家（如美国、日本等），所得是指“已明确实现且纳税人有完全支配权的财富增益”^[56]，故而包含奖金、奖励等已明确纳入我国偶然所得的收入类型。我国立法上虽未明确所得概念的界定方式，但立法层面的诸多规定已透露出所得的实然范围基本介于增值概念和来源概念之间。一方面，由于推计收入（imputed income）、私人赠与等税目的匮乏，立法者对于所得概念的界定显然小于增值概念的范围，因此并非个人从各类主体处所获取之收入均应当计入所得范围之中；另一方面，反向解释《个人所得税法》第4条第1款第1项之规定可知，个人从省级以下的政府处获取的奖金理应缴纳个人所得税，^[57]但此等收入显然已经超出来源概念的范畴。因此，来源概念对于判断我国现行立法中的所得认定已无指引意义，比较法上的借鉴更应侧重于采用增值概念界定方式的相关国家立法。

在此情况下，需要解决的问题是应当如何重新提取适格特征并充实偶然所得的概念内涵，使之能够兼顾收入涵盖范围广泛性与课税要素明确性目标。对此问题，美国的分散立法模式虽然貌似可以实现收入覆盖广泛与概念内涵明确之间的平衡，但并不适宜于我国立法。美国《国内收入法典》在工资薪金、财产转让等以劳动、资本及其组合为对价的收入类型之外，并未采用统一的税目设计，而是详细列明“债务豁免收入”“奖品和奖励收入”和“奖学金”等一个个内涵十分具体的税目。^[58]此种做法的思路实际上是将统一的偶然所得拆分为多个分立的税目。一方面通过择取更多的典型特征提高各个分立税目概念内涵的明确性，另一方面通过不断调整、增删

[54] 鉴于消费型所得概念目前仅停留在理论层面的探讨，尚未对于实践产生实质性影响，故本文不再对其展开介绍。有关此观点之阐释可参见 William D. Andrews, *A Consumption-type or Cash Flow Personal Income Tax*, 87 *Harvard Law Review* 1113 (1974).

[55] 参见 [美] 维克多·瑟仁伊：《比较税法》，丁一译，北京大学出版社 2006 年版，第 237 页。

[56] *Commissioner v. Glenshaw Glass Co.*, 348 U.S. 426 (1955).

[57] 此观点业已得到国家税务总局的肯认。参见《国家税务总局关于个人取得的奖金收入征收个人所得税问题的批复》（国税函〔1998〕293号）。

[58] See U.S. Internal Revenue Code, sec. 61 (a) (11) (Income from discharge of indebtedness), sec. 74 (Prizes and awards), sec. 117 (Qualified scholarships).

税目设置^{〔59〕}并以一般条款^{〔60〕}兜底，确保税法涵盖范围的广泛性。然而，此种做法并不适宜我国现行立法。具体而言，将偶然所得拆分为债务豁免收入、奖品和奖励收入等涵盖范围相对较小的税目之做法虽然可确保较高度度的明确性，但会产生两方面问题：一方面，此种做法与我国当下的立法现状之间存在较大差别，将偶然所得拆分为若干个子税目之做法会要求我国立法作出较大变动，立法修订成本较高；另一方面，选择拆分后，面对新收入类型的课税需求，立法者将不得不及时跟踪经济生活调整相应税目，否则必须引入兜底条款为财税部门填补法律漏洞赋权，而这一做法在我国所存在的问题前文已有分析。

相较之下，本文主张借鉴日本《所得税法》第34条第1项之做法，将“不具有劳务及其他劳务性或作为资产转让的对价性质的所得”^{〔61〕}统一涵盖在“一时所得”税目之下。一般而言，法律概念的建构过程系立法者基于特定的规范意旨将现实中“大量形态各异、极端错综复杂的生活事件，以可概观的方式进行分类，用清晰易辨的特征加以描述”^{〔62〕}的过程，以便赋予这些生活事件以相同的法律效果。在此过程中，典型特征择取的多寡通过影响概念适用的明确程度，左右概念涵盖范围的宽窄。具体到税目概念时，概念内涵的明确性与涵盖收入范围的普遍性之间存在天然的张力。基于此，以无对价收入作为偶然所得适用中的核心要件，具有以下两点优势。其一，可基本承接既有立法中已明确列入偶然所得的收入类型。中奖、中彩收入虽基于射幸合同而产生，但个人购买彩票所支付的款项与个人因之而取得的彩票所有权及其承载的中奖权利互为对价，个人因该合同所获取的高额奖金并无对价可言，有学者甚至将之视为国家对持票人的赠与。^{〔63〕}因此，以“无对价收入”替代“偶然”作为偶然所得解释适用的核心要件，可以有效实现该税目重构后对既有立法覆盖范围的顺利承接。其二，无对价收入的特征表述可在内涵表述更为清晰的前提下兼顾概念涵盖范围的延展性。相较于射幸收入往往局限于双方法律行为，无对价收入的表述还可以将个人从政府处领奖、个人从企业处获赠、个人获得的债务豁免等情形均涵盖其中，适用范围更为广泛。同时，相较于偶然的概念表述，无对价收入在法律实施过程中的概念清晰度更高，且与民商法等先在性法律的衔接更为通畅。

2. 外部角度：可清晰地划定偶然所得与其他八项税目的适用边界

面对非典型收入，税务机关往往会在扩张适用既有八项税目和兜底适用偶然所得之间反复摇摆。因此，偶然所得的要件重构还需要以清晰划定该税目与其他八项税目的边界为目标指引。鉴于各税目的区分并非是纯粹的逻辑问题，背后渗透的是立法者的价值考虑，^{〔64〕}因此如何跳出各个税目概念文义的掣肘，寻找到隐藏于前八项税目背后的共性考量并将其作为划定偶然所得与其他八项税目之间边界的标准，便显得尤为重要。

〔59〕 举例而言，针对奖金、奖励、助学金的税收待遇，美国《国内收入法典》曾于1986年作出修订，随后此类收入才在原则上均被计入纳税人的总收入之中。See Joseph Bankman et al., *Federal Income Taxation* (18th ed.), Wolters Kluwer Law & Business, 2019, pp. 221 - 222.

〔60〕 See U. S. Internal Revenue Code, sec. 61.

〔61〕 〔日〕金子宏：《日本税法》，战宪斌等译，法律出版社2004年版，第182页。

〔62〕 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第552页。

〔63〕 参见吴勇敏、马俊彦：《彩票合同新解》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2015年第2期，第160页。

〔64〕 参见张守文：《改革开放、收入分配与个税立法的完善》，载《华东政法大学学报》2019年第1期，第11页。

所得税作为针对生产要素交易收入课税的税种，各国立法在税目设计时的出发点往往在于如何实现生产要素的立法确认。鉴于传统生产要素主要有土地、资本和劳动三类，加之土地在现代财政学上往往被并入资本范畴，故前八项税目可大体区分为以劳动、资本及其组合为生产要素的收入类型。在此基础上，立法者结合生产要素交易的具体实现方式（即民商事交易类型）予以进一步细分，最终形成目前立法中的前八项税目体系。因此，透过税目结构和概念文义的表象，我们可以清晰地看到前八项税目所意图涵盖收入类型的共同特点是这些收入均系要素报酬收入，^{〔65〕}即个人为获取特定收入需要基于特定的交易方式向款项支付方提供劳动、资本或二者的组合，个人的收入获取以等价有偿为原则，双方之间互负给付义务。同时，其他八项税目的区别在于纳税人在获取收入时所依赖的要素及其实现方式的不同。在此情况下，如果一项收入之获取无须获取方提供相应对价的话，该项收入则不应纳入其他八项税目的覆盖范围之中。但如果一项收入之获取需要获取方提供相应对价，则应当结合该项收入所依据的民商事交易类型在其他八项税目中作出具体选择。

鉴于此，收入获取是否具有对价的标准因与包括我国在内的各国立法在设计税目体系时的实质因素相吻合，可成为区分前八项税目和偶然所得的适格选择。举例而言，针对前述个人获取的竞业禁止补偿金，该等收入从经济实质上系对个人未来雇用劳动的补偿性支付，故基于实质公平的考虑，应当适用工资、薪金所得课税，而非基于此类收入之“偶然性”而适用偶然所得条款。^{〔66〕}与之相对，针对个人在企业年会上因抽奖而获得现金财物的情形，即便个人与企业之间存在雇用关系，但此等收入之获取并不存在对价，故其与个人以提供劳务为对价从企业处获取的其他奖金类别不同，在课税时应当选取偶然所得而非工资、薪金所得。进一步而言，假使我国个人所得税立法在未来的立法完善中重新引入“其他所得”这一兜底条款，收入获取是否具有对价的标准仍然可以成为划分偶然所得与其他所得边界之核心标准。具体而言，在认定某项收入时，首先应当判断收入获取方是否需要提供相应对价，如果无须提供对价则划归偶然所得，但如果需要提供对价且所依赖的民商事交易类型无法对应其他八项税目的话，此时其他所得可能成为对该项收入课税的适格税目选择。

（二）行为性质限定：以持续获取收入为目的的连续性行为之排除

偶然所得的解释适用过程中还应当考虑到收入获取的行为性质，即不应将个人在以持续获取收入为目的的连续性行为中所获取的收入纳入偶然所得的适用范围之中。

1. 此种解释要件的引入更为符合偶然所得的经济实质

一般来说，无对价收入的获取在现实生活中往往具有偶发性，个人通常并不以此为业，偶然所得之概念或因此而得名。然而，伴随着市场经济的发展，部分无对价收入的获取行为已经逐步从偶发性变为连续性，获取收入的行为性质系自然人以持续获取该类收入为目的连续性地开展活

〔65〕 参见马国强：《个人应税所得的性质、类型与税收型式》，载《税务研究》2018年第1期，第44-45页。

〔66〕 需要说明的是，此处涉及对“工资、薪金所得”等八项税目的扩张适用问题。但是鉴于此处旨在探讨的核心内容是如何区分偶然所得和其他八项税目，故未能展开论述财税部门秉持此等思路扩张解释既有八项税目时的合法性补足问题。有关这部分内容的探讨可参见李乔或：《新〈个人所得税法〉中所得认定条款探讨》，载《江西财经大学学报》2019年第4期，第126-129页。

动，主要包括职业活动和经营活动两种类型。在此过程中，自然人为获取该类收入而持续投入劳动、资本及其组合，而此类收入之所以具有无对价收入之形式外观完全是因为商业模式的特殊性所致。因此，尽管此类收入具有无对价收入之外观，但结合收入获取的经济实质来看，此等收入获取活动已经并非自然人偶尔为之的“业余”活动，而系自然人的职业活动或经营活动，其经济本质显著区别于其他的偶然所得收入类型，在课税时更宜采用其他适格税目。本文分别以职业运动员和网络主播为例予以说明。

首先，职业运动员通过持续参加竞技比赛所获取的奖金在形式上虽然表现为无对价收入，但实质上系该纳税人职业收入的组成部分，与纳税人因其先在行为被嗣后认可而获取的奖金类型显然存在区别。实际上，比较法视野下也可经常发现根据纳税人获取收入的行为性质不同而予以区分对待之做法。荷兰税法规定，奖金或奖励若与获奖人的职业或经营活动有关则应当纳税；反之，如果是自然人的“业余”活动的奖励，则不属于应税范围。^[67] 同样地，根据澳大利亚和加拿大的税法规定，“纳税人规律性的从事某一需要付出努力的领域获得奖励，或者定期支付的奖励，属于来自应税‘来源’的所得”^[68]。尽管以上三国中所得界定传统和立法框架与我国存在不同，故而税负判断与我国有所差异，但从前述做法已可以看出，不同种类的奖金或奖励因其经济本质有所区别，在税制设计时应当予以差异化对待。当然，需要申明的是，并非职业运动员因职业竞赛所获取的各类“奖金”均不属于偶然所得的适用范围，该主体因在先的竞赛表现而嗣后获取的具有偶然性质的奖金，^[69] 仍应当属于偶然所得的适用范围。

其次，平台经济不断发展背景下，借由无对价收入的性质外观从事生产、经营活动之情形不断涌现，网络主播以直播打赏为生即为典型案例。在直播打赏的经营模式下，纵然单笔打赏的税法定性存在适用偶然所得之空间，但立足主播的整体角度而言，此等收入之获取又具有持续性且源自主播以持续获取收入为目的所开展之行为，其经济实质更似主播的“营利行为”。^[70] 对此问题，美国《国内收入法典》之做法可供参考，即根据纳税人投入的时间精力、行为意图以及收入多寡等因素判断此类行为究竟系爱好（hobby）抑或营利行为。^[71]

2. 此种解释要件的引入更有助于厘清扣除规则的配置逻辑

诚如前述，因偶然所得的兜底化适用而纳入其中的各类无对价收入中，部分收入类型实际上客观存在费用、成本扣除的合理需求。对此问题，有观点建议立法允许纳税人在税前扣除因取得偶然所得收入而支出的合理成本与费用。^[72] 然而，面对因缺乏扣除制度而引发的税额计算不合理问题，此种做法未能考虑到收入取得不同情形下的扣除规则应当有所差异，更为合理的做法应诉诸收入性质要件在解释过程中的引入，借由无对价收入的再分类以及随后的扣除规则配置来解

[67] 参见〔美〕休·奥尔特、〔加拿大〕布赖恩·阿诺德：《比较所得税法——结构性分析》（第3版），丁一、崔威译，北京大学出版社2013年版，第214页。

[68] 同上注，第214页。

[69] 举例而言，运动员在奥运获奖后，其籍贯地政府或企业因其奥运表现而向其颁发的物质或现金奖励则属于此类。

[70] 参见熊伟、毛彦、许恋天：《网络主播个人所得税法律适用问题辨析》，载《国际税收》2022年第5期，第55页。

[71] See IRS, *Is Your Hobby a For-Profit Endeavor?*, Media Relations Office (24 June 2008), <https://www.irs.gov/pub/irs-news/fs-08-23.pdf>, visited on 17 July 2025.

[72] 参见龙秋羽：《偶然所得的性质廓清及其课税规则更新》，载《税务研究》2024年第12期，第88页。

决该问题。

首先，费用、成本的扣除范围可能因纳税人取得无对价收入的行为性质之不同而有所区别。一般而言，税前扣除的正当性基础有三，即与取得收入相关、个人维持生活所必须以及国家政策等特殊考量，个人与收入取得无关的花费系私人费用，不能在税前予以扣除。^{〔73〕}循此逻辑，在纳税人基于个人爱好而参加有奖竞赛或购买彩票等情形中，如果将所发生的全部成本、费用均视为“与取得收入相关”，则会异化获取此类收入的行为性质，使之从一项业余活动变为职业活动或经营活动。与之相对，如果纳税人是基于职业活动或经营活动而发生支出，则更为广泛的成本、费用均可纳入税前扣除的范围。举例而言，在跑步爱好者因业余爱好而报名某项马拉松比赛并取得奖金的情形中，此人因日常购买、更新跑步装备而产生的支出更宜作为私人费用，所能够扣除的只有与参加此次比赛具有直接相关性的支出，如报名费、交通费等。但是，对于职业跑步运动员而言，鉴于日常训练及装备购买、维护等费用均系其职业活动之必要部分，故应当纳入税前扣除范围之内。

其次，收入与支出对应关系的判断也会受到取得无对价收入的行为性质的影响。在纳税人基于个人爱好而获取无对价收入之情形，可扣除的支出应仅限于为获取此次收入所发生之范围，之前参加比赛但未取得收入时所发生的支出不能累积计算而应当视为个人费用。因此，在偶然所得采用按次计征的情况下，^{〔74〕}基本可以实现收入与支出的对应关系。然而，当视野聚焦纳税人基于职业活动或经营活动而取得无对价收入之情形，由于之前参加比赛的活动可视为此次收入取得之必要组成部分，如果仍然在偶然所得框架下按次计算扣除，则可能难以实现对本年度之前参赛所发生支出的完全扣除。

（三）支付主体限定：收入支付方不应为个人

现实生活中，个人非持续地获取无对价收入时，支付该项款项的主体类型较为广泛。其中，既有企业向个人无偿赠送现金财物，也有政府因个人见义勇为而向其颁发奖金奖励，还包括私人之间的赠与类型等情形。那么，这些收入是否均应当纳入偶然所得的范围之中？对此，综合考虑我国现行立法实践并借鉴他国经验可知，在解释偶然所得时应当将个人获取无对价收入的支付主体限制在非个人之内，从而将私人之间的收入转移类型从中排除，至于后者是否课税以及如何课税，宜由立法者另行考虑。进一步而言，将私人之间转移的无对价收入从偶然所得的适用范围中排除，并不意味着本文主张此类收入不应纳入个人所得税的课税范围，而是考虑到个税立法的完善本身就是一个持续的过程，故此问题应当留待立法者根据改革开放深化过程中的新情况以及征管技术的发展等因素予以统筹考虑。

1. 个人之间无对价收入的税法评价直接关系立法政策

从理念层面来看，此问题的答案直接关系立法政策的选取，在现行立法尚未明确回答的情况下，不应通过偶然所得的概念解释“暗度陈仓”，而应由立法者基于本国所得税之立法目的与所得界定传统等因素作出妥当解答。具体而言，如果不对偶然所得的适用场域加以限制，财税部门

〔73〕 参见葛克昌：《所得税与宪法》（第3版），翰芦图书出版有限公司2009年版，第15页。

〔74〕 《个人所得税法》第6条第1款第6项规定：“利息、股息、红利所得和偶然所得，以每次收入额为应纳税所得额。”

因个人间无对价收入符合无对价标准而对其普遍课税之做法将具有合法性。然而，相较于其他收入类型，个人之间无对价收入的课税判断虽与所得概念界定传统的关联紧密，但却因情形复杂需要区别对待，故而各国基本上均通过法律文本予以权衡。

举例而言，美国税法虽立足增值概念，但仅将部分私人赠与情形纳入课税范围并专设税目，^[75]个人获取赡养费则经历过从部分纳入到全部排除的演变；^[76]德国税法基于市场所得概念认定私人之间的资产赠与不属于应税范围，^[77]但却将超过一定额度的赡养费纳入应税范围。^[78]进一步而言，不同国家对于此类收入的课税判断不仅因循所得概念之界定，还受到本国意识形态和政治文化的影响，^[79]系综合各种主客观因素后“利益权衡”的结果，旨在使税收立法及其适用能够符合本国个人所得税的规范目的、价值追求等。因此，考虑到该问题的重要程度，对该问题更为适格的回答主体应当是立法机关而非行政机关。

2. 个人之间无对价收入的税法处理逻辑具有异质性特征

从技术层面来看，即便我国立法者认为个人之间的无对价收入应当课税，考虑到此种收入课税与否之判断因素较之于其他无对价收入而言更为复杂，若选择将其纳入偶然所得会扰乱该税目的适用逻辑，故宜采用另列专项税目的方式对待。与其他无对价收入相比，在形塑个人之间无对价收入的课税规则时，除应当考虑到收入获取无对价以及增加个人经济负担能力的因素外，往往还要考虑到诸如行为发生场景的特殊性及由此所带来的价值冲突与征管成本等问题。以赠与为例，个人之间赠与行为的发生情景既有可能在家庭成员之间亦有可能在家庭之外，且所赠与财物既有可能是现金珠宝亦有可能是不动产或股权，而这些均有可能影响立法者的课税规则设计。

其一，鉴于“婚姻与家庭为社会形成与发展之基础”^[80]，税法往往给予婚姻家庭特别的制度呵护。此种呵护不仅体现为特定费用扣除的设置，还可以体现在收入性质认定的特殊待遇上。举例而言，一些国家采用以家庭为个人所得税的申报单位，故家庭成员内部的收入流动自然不在所得课税的视野之中。我国虽未采用家庭申报单位，但考虑到家庭成员之间的收入流动往往系因家庭作为社会保障最小单位而产生，对此等收入课税将可能侵蚀家庭保障功能的有效发挥。与之相对，非家庭成员之间的赠与行为所基于的动因则较为复杂且并不涉及生存权保障等基础价值的呵护问题，故可作为应税所得类型。其二，因个人之间所赠与财产的不同类型所带来的税收征管成本存在差异，财产类型的征管成本也应当成为设计此等收入课税规则时的考量因素。税法制度在设计时虽奉量能课税原则为圭臬，但亦应兼顾税收稽征经济原则，以避免立法规定脱离实际的征

[75] See U. S. Internal Revenue Code, sec. 102 (Gifts and inheritances).

[76] 经1984年立法修订后，美国《国内收入法典》第71条规定符合条件的赡养费应当缴纳个人所得税。但该条款已于2017年被立法删除。参见〔美〕休·奥尔特、〔加拿大〕布赖恩·阿诺德：《比较所得税法——结构性分析》（第3版），丁一、崔威译，北京大学出版社2013年版，第309页。另参见 U. S. Internal Revenue Code, sec. 71 [Repealed. Pub. L. 115 - 97, title I, § 11051 (b) (1) (B), Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2089].

[77] 在德国，私人之间的赠与虽不产生所得税问题，但受赠人需要缴纳“遗产与赠与税”。See Reuven S. Avi-Yonah, Nicola Sartori & Omri Marian, *Global Perspective on Income Taxation Law*, Oxford University Press, 2011, p. 43.

[78] 参见〔美〕休·奥尔特、〔加拿大〕布赖恩·阿诺德：《比较所得税法——结构性分析》（第3版），丁一、崔威译，北京大学出版社2013年版，第210、311页。

[79] See Reuven S. Avi-Yonah, Nicola Sartori & Omri Marian, *Global Perspective on Income Taxation Law*, Oxford University Press, 2011, p. 40.

[80] 葛克昌：《所得税与宪法》（第3版），翰芦图书出版有限公司2009年版，第328页。

管能力或带来过高的征管成本。以俄罗斯税法为例，该国税法对于个人获赠收入的应税情形有两方面限制，即身份限制（即近亲属以外的自然人）和财产类型限制（仅针对不动产、交通工具和股份）。〔81〕身份限制之原因前文已述，而限制财产类型则显然是基于征管成本的考虑。

至此，我们已然可以看出，较之于个人从企业或政府处获取无对价收入之情形，个人之间收入流动的课税因需要考虑价值冲突、征管可能等因素，致使其所需要的规则供给势必更为复杂。因此，从技术层面而言，若与其他无对价收入均置于偶然所得税目内，将导致该税目适用逻辑的无序，故宜单列税目或从所得税法中排除。举例而言，对于个人之间的赠与所得，学界往往更为主张将之从所得税的范畴中排除并纳入遗产与赠与税的语境下讨论。〔82〕

总结而言，经立法修订后，我国《个人所得税法》的所得认定模式实际已从“非穷尽式正列举”转为“穷尽式正列举”模式。此种模式的转变虽然可能因现行立法无法穷尽各类所得而致使实际适用中容易出现征管漏洞，〔83〕但鉴于前述分析可知，此等漏洞并不应通过偶然所得的兜底化适用予以填补。质言之，本文对于偶然所得的定位分析始终秉持的是“有限功能论”，即偶然所得系与其他八项税目一样，均系覆盖范围有限的专项税目。针对未来经济生活中可能出现且无法纳入既有税目体系的收入类型，应当通过立法者及时增补对应税目的方式以“填补漏洞”，而不应再次诉诸偶然所得的兜底化适用。立足实现此等功能定位，综合考虑我国宽税基的税制改革方向、该税目的经济实质、其他应当呵护的价值及征管可能性等因素，偶然所得的解释思路应当从以下三个方面展开。首先，应当以“无对价收入”的性质外观取代“偶然”的判断标准，以便在实现收入广泛覆盖的同时也能够确保概念内涵的明确性以及与其他八项税目边界的清晰厘定；其次，考虑到偶然所得的经济实质，在解释该条款时还应当对获取收入的行为性质予以考虑，以排除纳税人基于持续获取收入为目的的连续性行为；最后，个人从各类主体处获取的无对价收入类型中，仅应当将从政府、企业等非个人处所获取的收入类型涵盖其中，个人从其他自然人处所获取的无对价收入应当由立法者基于立法政策的考虑予以单独立法或作为不征税收入处理。

五、余论：国务院税务主管部门当何以作为

我国偶然所得项下的收入类型对于各国所得税法而言都是法律实施过程中的“疑难问题”。为此，本文虽已结合个人所得税的改革趋势、偶然所得之特性等因素重构该税目的适用要件，但其中仍有诸多模糊之处留待实践中予以进一步阐明。质言之，偶然所得解释适用中明确性程度的提高还需要通过税法解释制度的配合完善予以实现。鉴于国家税务总局在实践中主导着我国税务行政领域税法规范的解释，〔84〕且此等现状还得到《实施条例》第6条第2款〔85〕的肯认，故而本文主要围绕国家税务总局的解释制度展开论述。具体而言，除应当遵守正当程序等普遍性要求

〔81〕 See Reuven S. Avi-Yonah, Nicola Sartori & Omri Marian, *Global Perspective on Income Taxation Law*, Oxford University Press, 2011, p. 43.

〔82〕 参见施正文：《“应税所得”的法律建构与所得税法现代化》，载《中国法学》2021年第6期，第179页。

〔83〕 同上注，第175页。

〔84〕 参见叶金育：《国税总局解释权的证成与运行保障》，载《法学家》2016年第4期，第119页。

〔85〕 《实施条例》第6条第2款规定：“个人取得的所得，难以界定应纳税所得项目的，由国务院税务主管部门确定。”

外，国家税务总局围绕偶然所得的解释适用还应当从以下两个方面着手。

其一，在解释适用的体系层面，国家税务总局应当采用“一般规范+专项规范”相结合的解释体系。一方面，国家税务总局应当及时出台“偶然所得个人所得税征收管理办法”，并在其中明确偶然所得的基本认定标准和主要收入类型，为后续的专项文件出台和地方税务执法提供基本指引；另一方面，国家税务总局应当结合前述认定思路梳理既有的专项规范，废止与之相悖的解释性文件，并及时研判新型收入的税法定性，从而不断提高偶然所得解释适用的确定性程度。

其二，在解释适用的方法层面，国家税务总局应当采用“抽象概念表述+类型化”相结合的解释思路，并明确规定各类收入的应税与不征税情形。诚如前述，偶然所得的诸多解释要件在理解时仍存一定的模糊空间，而“当人们借助抽象-普遍的概念及其逻辑体系都不足以清晰明白地把握某生活现象或者某种意义脉络时，首先想到的是求助于‘类型’（Typen）的思维方式”^{〔86〕}。为此，在规范性文件的制定中，除应当载明解释适用偶然所得的基本要件外，还应当对涵盖其中的收入予以类型化的处理，并根据基本要件确定其税收定性，从而不断压缩偶然所得适用的存疑空间。

Abstract: Under the combined effect of conceptual ambiguity and the need for universal income taxation, the interpretation and application of incidental income have gradually evolved from being centered on the concretization of aleatory income to being distorted as a substantive catch-all provision. This distorted application ultimately satisfies neither the requirement of formal statutory nor the principle of fair taxation. Therefore, it is imperative to redefine the interpretive elements of incidental income by adhering to its status as a specific tax category. Specifically, firstly, consideration-free income should serve as the prima facie criterion for determining whether a type of income falls under this item. This aims to balance the item's broad coverage with conceptual clarity, and to clearly demarcate its boundaries from the other eight taxable income items. Secondly, grounded in the economic nature of incidental income, income types derived by individuals from continuous activities undertaken with the purpose of obtaining sustained income should be excluded. Finally, situations involving consideration-free payments between individuals should be removed from the scope of incidental income. The tax treatment of such payments is more appropriately explicitly clarified by the legislature separately.

Key Words: individual income tax law, incidental income, catch-all provision, tax law interpretation

(责任编辑：郭维真)

〔86〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第577页。

金融借贷利率上限司法规制的路径重构

钱进*

内容提要：《新民间借贷司法解释》规定金融借贷不适用民间借贷相关规定，《金融审判意见》也不宜作为金融借贷利率上限司法规制的依据。在中国人民银行按照利率市场化要求，逐渐放开金融借贷利率上限后，最高人民法院应慎重规制金融借贷利率。这既是对机构间职能划分的尊重，也源于司法机关缺乏金融借贷利率定价的专业能力。金融借贷综合年利率过高，往往是借款人违约后借期内利率叠加违约金所致，故法院宜区分借期内利率和违约金。对于借期内利率，法院应秉持司法谦抑原则，在例外情形下通过援引公序良俗条款宣告不合理的利率条款部分无效。至于调整违约金，法院具有较多的裁判经验，应结合动态要素对违约金进行合理酌减，违约金费率通常应高于借期内利率。

关键词：金融借贷 司法规制 借期内利率 公序良俗 违约金酌减

一、问题的提出

金融借贷是金融服务实体经济的重要面向，对于优化营商环境、满足人民群众金融需求具有重要意义。2023年全国法院金融审判工作会议强调，要完善司法政策，依法否定金融机构变相高息条款的法律效力，有效降低实体经济融资成本。^{〔1〕}当前，最高人民法院无意改变2017年《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》（以下简称《金融审判意见》）之规定。^{〔2〕}与之相对应的是，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（2020年第二次修正，以

* 钱进，南京大学法学院博士研究生。

本文为2024年度国家社会科学基金项目“金融消费者保护法的规范体系研究”（24BFX072）的阶段性成果。

〔1〕 参见周强：《建设公正高效权威的中国特色现代金融审判体系 为推进中国式现代化提供有力司法服务》，载《法律适用》2023年第1期，第4页。

〔2〕 参见胡云红：《金融借款合同利率司法保护上限问题研究》，载《中国政法大学学报》2024年第3期，第125页。

以下简称《新民间借贷司法解释》)对于2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《旧民间借贷司法解释》)进行了修改,明确民间借贷年利率〔3〕不能超过合同成立时一年期贷款市场报价利率(以下简称LPR)的4倍。故在规范层面,目前金融借贷以24%为年利率上限,〔4〕民间借贷以4倍LPR为年利率上限。

这一变化导致实践中各级法院对于金融借贷利率上限的认识并不一致。一方面,尽管大多数法院采取24%作为金融借贷年利率上限,〔5〕但是仍有部分法院持其他观点,如参照民间借贷以4倍LPR作为金融借贷的年利率上限。〔6〕另一方面,以24%作为年利率上限的法院的说理路径也并不完全一致,大多数法院依据《金融审判意见》进行裁判。但是,《金融审判意见》系参照《旧民间借贷司法解释》制定,〔7〕故其已然丧失了正当性基础。从应然角度,金融机构通常对于借款主体的资信要求更高,借款风险低于民间借贷,以24%(通常高于4倍LPR)作为金融借贷年利率上限并不合理。我国具有民间借贷利率高于金融借贷利率的历史传统,参照民间借贷利率上限规制金融借贷是本末倒置。〔8〕此外,24%的固定年利率上限亦不能随着金融市场变化进行调节,不能适应金融政策的调整。

关于金融机构贷款利率的影响要素和定价模型,经济学界已经产出了大量研究成果。〔9〕相较而言,法学界对于金融借贷利率规制的研究极为匮乏,而这也间接导致了司法裁判的简单化处理和同案不同判。本文首先梳理金融借贷利率司法规制的变迁,结合《新民间借贷司法解释》实施后的司法裁判明确当前存在的实务难点;其次,以最高人民法院和中国人民银行的职能分工为基础,厘清司法规制的角色定位和介入限度;再次,区分借款人未违约和违约两种情形,前者仅涉及借期内贷款利率和其他履行合同的费率(以下简称“借期内利率”),后者还会涉及逾期利息、违约金等违约所需要支付的费用(以下简称“违约金”);〔10〕最后,论述通过公序良俗条款(《民法典》第153条第2款)和违约金酌减条款对其予以规制的正当性和具体方法。

二、金融借贷利率上限司法规制路径的形成与演变

(一)“双轨制”监管格局的产生和瓦解

长期以来,中国对于金融借贷和民间借贷采取“双轨制”的监管思路,即由中国人民银行直

〔3〕 本文所称年利率,不仅包括借期内利率,还可能包括违约后的逾期利息、复利、违约金等费率。

〔4〕 参见《金融审判意见》第2条第2款。

〔5〕 参见河南省高级人民法院(2021)豫民终949号民事判决书。该案被人民法院案例库收录,入库编号2023-08-2-103-011,因此其观点具有代表性。

〔6〕 参见黑龙江省高级人民法院(2021)黑民终1791号民事判决书。

〔7〕 尽管最高人民法院没有明确指出该意见系参照《旧民间借贷司法解释》制定,但结合规范出台时间和内容,应当能够得出这一结论。

〔8〕 参见王伟伟:《金融借款合同利率上限裁判规则的体系化整合》,载《法律适用》2021年第2期,第54页。

〔9〕 参见匡海波等:《供应链金融模式下中小企业贷款定价研究》,载《管理评论》2020年第11期,第257页;张岩:《地方性银行贷款定价的依据——基于微观视角的研究》,载《金融论坛》2019年第6期,第42-43页。

〔10〕 最高人民法院认为,借贷双方约定的逾期利息具有违约金性质。参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第416页。本文支持此观点,如果当事人约定了违约金、逾期利息等因借款人违约而产生的费用,法院可以将其一并认定为违约金。

接监管金融借贷，而最高人民法院通过司法解释和裁判的方式对于民间借贷进行监管。金融借贷与民间借贷的主要区别在于放贷主体不同。金融借贷的放贷主体是金融机构，必须经过金融监督管理总局等部门依法审批并获取金融牌照。

经济学理论并不支持利率管制，在改革开放初期，中国人民银行实施的利率管制促进了经济稳定与发展，但是随着中国经济的崛起，利率管制负面效应显著，并从多个方面阻碍了经济的持续增长。^{〔11〕} 1996年中国人民银行为了降低企业融资成本，将贷款利率的上浮幅度由20%下调至10%，但是这一举措降低了银行对中小企业贷款的积极性，反而影响了中小企业的发展，故中国人民银行不得不在1998年将金融机构（不含农村信用社）对小企业的贷款利率最高上浮幅度重新确定为20%。^{〔12〕} 此后，中国人民银行于2013年出台《中国人民银行关于进一步推进利率市场化改革的通知》，彻底取消了金融借贷利率的浮动上限和下限，从而完成了贷款利率市场化改革。

但是，为了响应党中央和国务院“降低实体经济融资成本”的任务，最高人民法院于2017年发布的《金融审判意见》指出，金融借贷的综合年利率不能超过24%。这一规范性文件既体现了积极司法，也反映出我国司法机关和金融监管部门缺乏沟通和协作。^{〔13〕} 据此，最高人民法院开始突破传统的双轨监管格局，涉足金融借贷利率领域。实际上，早在《金融审判意见》出台以前，地方法院干预金融借贷利率的情况就有发生。有学者整理了浙江、广东、四川三省自1991年8月13日到2019年3月31日的相关案件并发现：浙江省高达98.5%的判决书认为金融借贷利率应有上限，并参照适用民间借贷相关规定；广东省在2017年以前对于该问题争议较大，但随着《金融审判意见》的出台，主流观点认为金融借贷综合年利率应以24%作为上限；四川省在2017年以前有少数判决（约10%）持“无上限”观点，但是从2017年开始，持“24%上限”观点的法院占据了绝对多数。^{〔14〕}

（二）《新民间借贷司法解释》生效后的裁判实践

由于对金融借贷利率上限的司法规制通常会参照民间借贷相关规定，故笔者首先在中国裁判文书网上对最高人民法院相关案件进行了检索（截至2025年8月11日），仅检索到相关案例两个。在第一个案件中，最高人民法院指出，本案贷款直接来源于甘肃资产公司的自有资金，与民间借贷中出借人以自有资金借贷并无区别，故参照民间借贷相关规定并无不当。^{〔15〕} 而在第二个案件中，最高人民法院指出，案涉贷款主体系地方金融监管部门监管的小额贷款公司，不适用民间借贷相关规定；二审法院依据《金融审判意见》计算利息，最高人民法院对此未作评价，并裁定驳回再审申请。^{〔16〕} 考虑到在《新民间借贷司法解释》出台后，最高人民法院始终没有对《金融审判意见》进行调整，且人民法院库入库案例以24%作为金融借贷年利率上限，^{〔17〕} 故其倾向

〔11〕 参见陈斌开、刘莉亚：《利率管制与利率市场化——来自中国实践的总结》，载《学术月刊》2024年第2期，第67-79页。

〔12〕 参见张晓慧、蔡浩仪总纂：《稳步推进利率市场化报告》，中国金融出版社2005年版，第6页。

〔13〕 参见苏盼：《司法政策与监管政策的竞争——基于信用卡纠纷裁判的观察》，载《财经法学》2020年第1期，第156页。

〔14〕 参见李有、程金华：《行政、司法与金融规制冲突——对金融借贷利率上限的实证研究》，载《交大法学》2020年第3期，第132-133页。

〔15〕 参见最高人民法院（2023）最高法民申424号民事裁定书。

〔16〕 参见最高人民法院（2022）最高法民申60号民事裁定书。

〔17〕 参见河南省高级人民法院（2021）豫民终949号民事判决书，入库编号：2023-08-2-103-011。

性意见应当是金融借贷综合年利率不超过 24%。

在此基础上，笔者通过中国裁判文书网，以“关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定”为关键词，以“金融借款合同纠纷”为案由，裁判日期选取“2020年8月20日以后”，对中级人民法院以上一审民事案件进行了检索。^[18] 由于该检索条件下未检索到高级人民法院的相关案例，故本文对于一审受理时间在 2020 年 8 月 20 日之后的高级人民法院的二审和再审案件也进行了检索。在剔除无效案件后，截至 2025 年 8 月 11 日检索到相关裁判文书 90 份，涉及 14 个高级人民法院和 14 个中级人民法院。当前，司法裁判中主要存在三种观点。由于涉及案件较多，下文仅援引典型案例。

1. 主流观点：以 24% 作为金融借贷综合年利率的上限，具体又有三类裁判模式。（1）明确以 24% 为综合年利率上限，金融借贷不适用《新民间借贷司法解释》。大部分法院以《金融审判意见》第 2 条为裁判依据，^[19] 亦有法院以《民法典》第 585 条第 2 款 [《合同法》（已失效）第 114 条第 2 款]^[20] 作为裁判依据，^[21] 还有部分法院未明确裁判依据。^[22] （2）金融机构“自愿”将综合年利率减至 24%。在“中航信托股份有限公司与中民投健康产业融资租赁有限公司等金融借款合同纠纷案”中，金融机构在提出诉讼请求时就放弃了高于 24% 的约定综合年利率，而以 24% 的年利率标准一并主张罚息、复利和违约金，法院对此予以支持。^[23] 在某一金融借款合同纠纷案中，金融机构按照约定综合年利率（高于 24%）提起诉讼后，在审理中变更诉讼请求，以 24% 的综合年利率标准一并主张罚息、复利和违约金，法院对此予以支持。^[24] 这种情况可能源于法院背后施压，要求金融机构主动降低利率，从而减轻法院说理负担。^[25] （3）在合同约定年利率超过同期 4 倍 LPR 但未超过 24% 时，按照合同约定裁判。此类案件中，法院没有明确以 24% 作为金融借贷年利率上限，而是仅指出金融借贷不适用民间借贷相关规定，并直接按照合同约定（月利率 1.83%，介于同期 4 倍 LPR 和 24% 之间）裁判。^[26] 当然，法院可能有两种立场：其一是以 24% 作为金融借贷年利率上限；其二是尊重当事人约定，对金融借贷年利率不加以限制。但是从长期的司法实践来看，尤其是考虑《金融审判意见》对于法院的影响，第一种立场可能性更大。

2. 少数观点：适用或实质适用《新民间借贷司法解释》。部分法院在明确金融借贷不适用民间借贷相关规定后，仍认为金融借贷年利率应当以 4 倍 LPR 为限，且没有说明理由。^[27] 部分法

[18] 由于《新民间借贷司法解释》第 31 条明确了 2020 年 8 月 20 日后新受理一审案件的裁判方案，通过“一审”和“裁判时间”的限定，有助于筛选与《新民间借贷司法解释》相关的案例。

[19] 参见北京市高级人民法院（2022）京民终 357 号民事判决书。

[20] 两法条表述略有差别，但核心内容基本一致。

[21] 参见河南省高级人民法院（2021）豫民终 949 号民事判决书。

[22] 参见山东省高级人民法院（2021）鲁民终 2218 号民事判决书。

[23] 参见上海金融法院（2022）沪 74 民初 2823 号民事判决书。

[24] 参见上海金融法院（2023）沪 74 民初 1045 号民事判决书。

[25] 同样是上海金融法院裁判的案件，在当事人约定综合年利率不超过 24% 的情况下，法院对于利率问题会不作评价，而是直接按照当事人约定（如 20.7%，高于同期 4 倍 LPR）裁判。参见上海金融法院（2022）沪 74 民初 2589 号民事判决书。

[26] 参见辽宁省高级人民法院（2021）辽民申 4039 号民事裁定书。

[27] 参见宁夏回族自治区银川市中级人民法院（2023）宁 01 民终 2599 号民事判决书。

院虽然未提及《新民间借贷司法解释》，但指出金融借贷利率不应超过民间借贷。^{〔28〕}也有法院直接适用《新民间借贷司法解释》的相关规定。^{〔29〕}在个别案例中，金融机构在一审中主动放弃高于24%的利率部分，以24%的综合年利率标准向法院提起诉讼，一审法院予以认可；后借款人上诉要求改判综合年利率为4倍LPR，金融机构又同意将合同约定的综合年利率降至4倍LPR，而上海市高级人民法院认为此系权利人对自身权利的处分，予以准许。^{〔30〕}在缺乏外界压力的情况下，金融机构没有必要在一审支持24%的综合年利率的情况下主动选择对自己更加不利的利率标准，因此这一案件也可以反映法院的倾向。

3. 极少数观点：酌定金融借贷利率。贵州省高级人民法院认为，根据《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》（以下简称《营造良好法治环境通知》）第5条，金融借贷利率上限应参照民间借贷利率标准处理。因此，应当将2019年8月20日之后（LPR自该日期开始发布）的年利率上限调整为4倍LPR，该时间甚至早于《新民间借贷司法解释》中的4倍LPR实施时间即2020年8月20日。^{〔31〕}兰州市中级人民法院则认为，金融借贷不适用民间借贷相关规定，但原告主张利率过高，故应结合当事人约定酌情以14.4%的年利率计算逾期利息。^{〔32〕}但是在另一个案件中，兰州市中级人民法院认为金融借贷综合年利率应以24%为上限。^{〔33〕}

综上，当前司法实践基本形成了金融借贷利率与民间借贷利率的双重上限标准。少数法院认为金融借贷能够参照或适用《新民间借贷司法解释》；极个别法院则通过说理，对于当事人约定的金融借贷利率进行个案调整。

上述裁判方案更多是务实之举，而难以在法理上获得正当性支撑。其一，《金融审判意见》系根据《旧民间借贷司法解释》制定，随着《新民间借贷司法解释》的实施，《金融审判意见》中的24%的年利率上限规定在一定程度上丧失了正当性基础。在中国人民银行推行利率市场化的大背景下，《新民间借贷司法解释》第25条等规定已经与LPR接轨，克服了固定利率上限的僵化问题。然而，金融借贷年利率上限仍然固守24%，难以适应市场波动和货币政策变化。其二，《新民间借贷司法解释》第1条明确其不适用于金融借贷领域。因此，尽管4倍LPR的标准相较于24%的标准，更具弹性且能够适应金融调控的需要，但法院无论是直接抑或参照适用民间借贷相关规定，都会与该条款矛盾，故该裁判路径还需仰赖立法上的推进。其三，对于金融借贷利率进行个案酌减的法院没有充分论证酌减的合理性和规范依据，裁判说服力不足。

需要注意的是，《国家金融监督管理总局关于加强商业银行互联网助贷业务管理提升金融服务质效的通知》（金规〔2025〕9号，以下简称《助贷新规》）第6条规定，在商业银行互联网助贷业务中，应确保借款人就单笔贷款支付的综合融资成本符合《金融审判意见》等有关规定。该规定于2025年10月1日起实施，能够在一定程度上强化《金融审判意见》的正当性。但是在赞

〔28〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2020）豫01民终15876号民事判决书。

〔29〕 参见南京海事法院（2021）苏72民初1056号民事判决书。

〔30〕 参见上海市高级人民法院（2023）沪民终449号民事判决书。

〔31〕 参见贵州省高级人民法院（2023）黔民申2037号民事裁定书。

〔32〕 参见甘肃省兰州市中级人民法院（2021）甘01民初13号民事判决书。

〔33〕 参见甘肃省兰州市中级人民法院（2022）甘01民初145号民事判决书。

美声之余，^[34]亦有观点认为，当前助贷行业的核心矛盾是贷款不良率超出预期，击穿盈利底线，从长远来看，随着银行下场自营，助贷市场可能逐步萎缩。^[35]此外，由于《助贷新规》仅涉及商业银行互联网助贷业务，故仍需探寻一般性的金融借贷利率司法规制路径。

三、金融借贷利率司法规制的角色定位和介入限度

（一）金融借贷利率司法规制的正当性和基本方案

我国法院通过裁判发挥了规制民间借贷市场的功能，最高人民法院关于民间借贷利率的规定甚至发挥了金融调控作用，引导了民间借贷市场的发展。而在中国人民银行按照利率市场化要求，逐渐放开对于金融借贷利率的上限限制后，最高人民法院不退反进，通过《金融审判意见》等文件形成了24%的金融借贷年利率上限。本文认为，利率市场化改革体现了尊重当事人合意和金融机构自主经营的理念，但这并不等于“金融监管权力真空”，也绝非放任金融机构暴利借贷。

其一，金融业应当发挥为实体经济服务的功能，避免资金脱实向虚。《国务院办公厅关于做好金融“五篇大文章”的指导意见》（国办发〔2025〕8号）指出，要坚持金融服务实体经济的根本宗旨，提升金融服务能力。不少法院在裁判说理中也指出，应当坚持金融服务实体经济，切实降低市场融资成本。^[36]

其二，我国已经形成了较为完整的市场化利率体系。^[37]行政权并未完全退出贷款利率规制领域，而是转为政策指引和弹性监管。具体措施主要包括：（1）贷款利率指导和考核。中国银保监会等机构鼓励金融机构按照LPR发放贷款，并明确部分贷款利率不能超过一定标准（如1年期LPR）。^[38]不少地方金融监管部门也发布了相应文件，要求金融机构合理确定贷款利率，并制定相应的奖惩措施。^[39]（2）对既存贷款利率进行调整。2023年发布的《中国人民银行国家金融监督管理总局关于降低存量首套住房贷款利率有关事项的通知》（银发〔2023〕174号）引导金融机构降低已发放或已签约的个人住房贷款的贷款利率，具体利率调整幅度由借贷双方协商确定。（3）贷款利率及定价机制报备。中国人民银行要求各金融机构从2008年1月起按月报备利率监测报表，包括人民币贷款利率、个人住房贷款利率等。^[40]此外，金融机构还需要将贷款利率定价机制报中国人民银行备案。^[41]（4）行政处罚。例如国家金融监督管理总局浙江监管局行政处罚决定书（浙金罚决字〔2023〕14号）指出，杭银消费金融股份有限公司贷款利率风险定价机制落实不到位，罚款55万元。

[34] 参见于晗：《推动互联网助贷业务规范发展》，载《中国银行保险报》2025年4月22日，第8版。

[35] 参见郑瑜：《助贷行业“洗牌”：市场规模或逐步萎缩》，载《中国经营报》2025年5月26日，第B01版。

[36] 参见贵州省高级人民法院（2023）黔民申2037号民事裁定书。

[37] 参见易纲：《中国的利率体系与利率市场化改革》，载《金融研究》2021年第9期，第1页。

[38] 参见《中国银保监会、财政部、中国人民银行、国家乡村振兴局关于深入扎实做好过渡期脱贫人口小额信贷工作的通知》（银保监发〔2021〕6号）第一节第四小节；《中国银保监会办公厅关于2021年进一步推动小微企业金融服务高质量发展的通知》（银保监办发〔2021〕49号）第四小节。

[39] 例如《张家口银行业金融机构小微企业贷款利率监测考核办法（试行）》（张银保监规〔2022〕1号）。

[40] 参见《中国人民银行关于按月填报利率监测报表有关事宜的通知》（银发〔2008〕26号）。

[41] 参见《中国人民银行关于进一步推进利率市场化改革的通知》（银发〔2013〕180号）第2条。

其三，金融行政监管并非无所不能，司法监管仍有其存在的必要。中国人民银行等金融行政监管部门侧重于宏观政策制定，而难以应对具体纠纷。金融监管一方面要维护金融市场稳定和安全，另一方面也应当注重对于贷款个体的保护。法院能够通过司法裁判弥补行政规制的不足，维护个案正义。最高人民法院曾表态称，2018年全国工商联对全国1300家民营企业的调查显示，净利润在10%以下的企业占比约为70%，还有15%的企业处于亏损状态，即使这些企业通过“高利率”获得了融资，也很难清偿债务，放任市场化的高利率不仅难以帮助民营企业健康发展，还可能导致大范围金融借贷违约。^[42]

综上，法院应当对金融借款利率进行规制，但是当前一刀切的抽象规制路径难以实现保护借款人的目的。对于法院是否应当参照民间借贷利率规制金融借贷，学理上存在肯定说和否定说两种观点。否定说认为：金融借款利率不应受到民间借贷相关规则的限制，过度保护借款人利益反而会破坏融资市场，恶化中小企业的生存环境；金融机构的借款利率是否合理，受借贷业务类型、借款人资信等具体情况影响，并受到金融监管部门监督，法院依据利率上限规制金融借贷的正当性存疑。^[43]分配正义、防止放贷人对借款人的机会主义、扶助贫弱、避免强贷等证成民间借贷司法规制正当性的理由，均不适用于银行借贷。^[44]肯定说则认为：金融业应服务实体经济，高利率可能阻碍实体经济的健康发展；金融借贷的资金成本和风险成本低于民间借贷，故其利率应低于民间借贷。有学者对于法官群体进行了调查统计，几乎所有受访法官均认为，金融借贷利率不应超过民间借贷利率，该学者本人也持这一观点。^[45]本文赞同否定说，理由如下。

其一，我国的金融借贷市场已经充分市场化，借款人往往是在比较各种借贷方案后选择了对自己较为有利的一种，故金融机构很难通过机会主义的高利贷牟取暴利。相较民间借贷而言，通常获得金融借贷的难度更高、流程更复杂，民间借贷受到4倍LPR的利率上限规制也会倒逼银行制定合理公平的利率。如果借款人放弃民间借贷而选择金融借贷，并且愿意承受高于民间借贷的利率，往往表明该贷款风险和成本较高，借款人甚至无法通过民间借贷获得资金。至于说借款人被欺诈、胁迫等情况，则可以诉诸意思表示瑕疵相关规则，亦无需利率上限规制。如果要求金融机构遵循某个刚性的贷款利率上限，实际上剥夺了这些资信情况较差群体获得贷款的可能。

其二，一刀切的贷款利率上限使法院形成了僵化的审判思维，在本质上是一种偷懒的审判方式。即使是看起来较高的借款利率，也可能符合公序良俗；即使是看起来较低的借款利率，金融机构也可能因此获得了暴利。24%等刚性的利率上限方案未必符合公序良俗，如果认可利率上限规制以公序良俗条款为正当性基础，那么刚性的利率上限方案就是不合理的。例如，对于一个资信情况良好的借款主体的合理利率实际上是6%，但是金融机构为了追求利润设定了12%的贷款利率。^[46]在现有裁判模式下，即使借款主体能够证明该贷款利率不合理，法院也不会支持其诉

[42] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第364-365页。

[43] 参见姚海放：《论民间借贷利率的法律调整》，载《社会科学》2021年第4期，第112-113页。

[44] 参见缪因知：《论信用卡债务与银行贷款不适用利率管制规则》，载《金融法苑》第93辑，中国金融出版社2016年版，第47-49页。

[45] 参见胡云红：《金融借款合同利率司法保护上限问题研究》，载《中国政法大学学报》2024年第3期，第128-129页。

[46] 这种情况发生概率较小，因为借款人完全可以去其他金融机构或通过民间借贷进行更低成本的融资。

求。因为这一不合理利率在形式上低于金融贷款利率上限。

其三，最高人民法院在金融专业性上不具有优势，金融贷款利率属于货币政策的范畴，金融监管机构具有更丰富的监管经验和更专业的政策制定能力。最高人民法院通过司法文件对于金融借贷利率进行抽象干预（不同于个案裁判），在一定程度上消解了利率市场化改革，重新确立了金融借贷综合年利率上限。

其四，金融借贷利率并非仅可能因为利率过高而受到司法规制，法官在考察当事人约定利率时，应当综合合同订立、当事人资信等情况，回归《民法典》相关条款进行综合判断。比较法上，德国高利贷的司法规制主要通过善良风俗条款实现。德国联邦最高法院在判断贷款合同是否违反善良风俗时，需要对包括利率合理性、合同条款、借款人处境、贷款人行为在内的所有相关情况进行综合评估。^[47] 在利率合理性的判断上，法院需要比较案涉借款利率和类似情况下的通常市场利率，^[48] 如果前者达到后者两倍则满足暴利行为的客观要件。^[49] 在有的案件中，德国法院采用了绝对利率差（约定利率—市场通常利率）的裁判路径。例如，借贷合同约定利率为 29.8%，通常市场利率为 16.22%，合同利率尚未超过市场利率的两倍，按照传统观点该借贷不违反善良风俗。但德国联邦最高法院考虑到本案贷款主要用于借新还旧，加重了借款人的负担，采纳了在州高级法院中日益流行的观点——绝对利率差超过 12% 就满足了违反善良风俗的客观要件。^[50]

金融借贷与民间借贷的核心区别在于，尽管中国人民银行通过利率市场化放弃了对金融借贷利率的刚性规制，但是其仍保持着对于金融借贷利率的诸多弹性规制手段。加之较为充分的市场竞争，金融借贷利率并不像民间借贷那样容易出现高利贷和过度负债问题。如果借款人按照合同约定按期缴纳利息和本金，几乎没有 24% 之利率上限的适用余地，因为实践中鲜有金融借贷借期内利率超过 24% 的情况。更何况目前民间借贷受到 4 倍 LPR 的限制，而 4 倍 LPR 通常低于 24%，故金融机构为了吸引客户也不可能制定明显暴利的贷款利率。考察笔者检索的案例，之所以借款人最终需要承担的年费率超过 24%，大多因为借款人违约，金融机构在借期内利率的基础上加收违约金。^[51] 也正因如此，笔者认为宜区分非违约情形和违约情形，前者仅涉及借期内利率，而后者同时涉及借期内利率和违约金。

实践中，法院会在时间上区分两者，如判决借款人对于 430 万元借款从 2019 年 5 月 15 日到 2019 年 10 月 8 日按照月利率 1.2% 计算利息，从 2019 年 10 月 9 日至付清之日起按照月利率 2% 计算违约金。^[52] 但是这一区分不涉及公序良俗条款和违约金酌减规范的适用。法院作此区分的

[47] Vgl. BGH NJW 1981, 1206 (1207f.).

[48] 在 2003 年以前，法官通常会参照德国联邦银行月度报告中针对不同贷款业务类型（如分期付款、抵押贷款）发布的“重点利率”（Schwerpunktzins）确定通常市场利率。2003 年以后，欧元区开始采用统一的欧洲货币联盟利率统计数据（EWU-Zinsstatistik），该利率体系取代了之前德国联邦银行发布的重点利率，其会根据借贷主体、类型、期限等信息对于金融机构的实际贷款进行分类统计，并计算不同类型贷款的加权平均利率。Vgl. Udo Reifner, Wucherprüfung nach Abschaffung der Schwerpunktzinssatzstatistik und ihre Ersetzung durch die EWU-Statistik im Jahre 2005, VuR 2005, S. 371; AG Brandenburg Urt. v. 23. 2. 2011 - 34 C 44/10, BeckRS 2011, 4865.

[49] Vgl. BGH NJW 1986, 2564 (2565ff.).

[50] Vgl. BGH NJW 1988, 1659 (1660).

[51] 参见最高人民法院（2021）最高法民终 962 号民事判决书；最高人民法院（2022）最高法民再 186 号民事判决书。

[52] 参见广东省广州市中级人民法院（2022）粤 01 民初 69 号民事判决书。

主要原因在于两者利率不同，故需要分别说明。与司法实践类似，当前学界也未认识到公序良俗条款和违约金酌减规范对于金融借贷利率规制的潜力。

（二）非违约情形下的利率司法规制

在金融借贷未违约时，仅涉及借期内利率的合理性判断。贷款利率定价涉及复杂的经济学计算，我国大中型银行主要通过成本加成法确定利率，而小型银行则往往参考基准利率或跟随同行定价。^{〔53〕}而在以成本加成法为基础的贷款利率综合定价框架下，影响因素包括资金成本、费用成本、预期利润、风险程度、客户综合贡献等。^{〔54〕}在2019年LPR改革之后，经济学界普遍认为应当在LPR的基础上确定最终贷款利率。^{〔55〕}《中国人民银行公告》（〔2019〕第30号）要求自2020年1月1日起，金融机构签订浮动利率贷款合同不得参考贷款基准利率，而应基于LPR进行加点定价。当前，金融机构已经形成了较为完善的贷款利率定价机制，结合上节内容，最高人民法院不宜针对借期内利率设置一刀切的上限。

在具体个案中，大多数法官也没有能力对贷款利率合理性作出判断。在笔者检索到的判决书中，未有裁判对于金融借贷利率的合理性进行深入分析或数学计算，而往往直接借助《金融审判意见》简单说理，或在不说理的情况下直接给出结论。然而，《新民间借贷司法解释》的实施导致《金融审判意见》效力存疑。实践中亦有法院认为不宜再参照该意见进行裁判。当前金融借贷已经高度市场化和竞争化，并受到金融监管部门的弹性监管，且对民间借贷的刚性规制本身也会倒逼金融机构制定合理的利率政策，故无需担心司法规制的缺位会放任借期内利率畸高。^{〔56〕}笔者认为，法院原则上应当尊重金融机构的专业决策和商业判断，秉持谦抑的基本立场，仅在极少数特殊情形下结合个案情况进行例外的司法干预。金融借贷利率并非仅可能因为利率过高而受到司法规制，法官在考察借期内利率时，应当综合合同订立、当事人资信等情形，回归《民法典》相关条款（如公序良俗条款等）进行综合判断。

（三）违约情形下的利率司法规制

实践中，当事人可能约定违约后借款人只需支付违约金，但这一违约金可以被理解为两部分，即“借期内利息的延续”和“违约溢价”。因为违约金费率往往高于借期内利率，实际上是当事人在借期内利率的基础上计算得来。《中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知》第3条规定，逾期贷款罚息利率为在借款合同载明的贷款利率水平上加收30%~50%。例如，当事人约定借期内年利率为20%，而一旦违约则借款人需要支付相当于年利率30%的违约金，则该违约金实际上可以被分解为20%的“借期内利率”+10%的“违约溢价”。

当前金融机构已经形成了较为成熟的借期内利率定价方案，金融借贷市场的行政监管强度和市场化竞争程度也远高于民间借贷市场。因此，在坚持对于借期内贷款利率谦抑性规制的基础上，对于“违约溢价”进行更积极的调整，并不会倒逼金融机构通过提高借期内利率的方式牟取

〔53〕 参见殷红等：《贷款市场报价利率的定价机制与宏观效应》，载《管理世界》2024年第6期，第36页。

〔54〕 参见孙丹、李宏瑾：《利率市场化改革与商业银行利率定价机制转型》，载《南方金融》2016年第5期，第23-24页。

〔55〕 参见孙秋枫、吴梅：《贷款市场报价利率改革对利率市场化的作用及建议》，载《经济纵横》2021年第1期，第124-125页。

〔56〕 参见南京海事法院（2021）苏72民初1056号民事判决书。

暴利。这一裁判路径能够在尊重金融机构商业决策和中国人民银行利率市场化政策的前提下，以“违约溢价”为抓手恰当平衡借贷双方的利益情况。将违约金分解为“借期内利率的延续”和“违约溢价”的优势还在于降低法院裁判难度，法官原则上应尊重违约金中“借期内利率的延续”部分，并对于“违约溢价”这一相对涉及金融专业知识较少的部分进行司法酌减。对于“违约溢价”的酌减接近于一般民事纠纷中的违约金酌减，主要针对借款人超期占用金融机构资金造成的额外损失，法官对此具有裁判能力和经验。

金融机构追求高额违约金的一个现实考量是借款人一旦资不抵债，高额违约金能够做大金融机构的债权，从而在破产清算中获得更多收益。这种做法可以理解但不值得提倡：其一，银行可以通过设立担保物权、要求债务人提供保证人等措施确保自己债权的实现；其二，此种高额违约金对于尚未资不抵债的借款人是不公平的，甚至可能成为“压垮骆驼的最后一根稻草”；其三，金融机构对于风险较高的借款群体放贷的盈利点，更多在于那些后续经济情况良好的主体支付的高额贷款利息，而非违约金。

根据《民法典》第585条第2款，法院可以对当事人约定的过高违约金进行酌减。该条款与《金融审判意见》第2条具有互斥关系，因为后者的规定已经涵盖了对违约金的调整，如果同时适用这两类规范，将导致对于违约金进行双重评价（酌减）。对于金融借贷违约金进行司法调整的正当性基础源于以下两个方面。其一，借贷主体存在有限理性等认知局限。相较于利率，违约金并非确定性事件，而是取决于合同履行情况，因此不能被当事人及时和强烈地感知。大多数人依赖于有限的认知和直觉进行决策，并倾向于通过忽略某些现实条件来将复杂任务简单化，而这可能导致其决策出现重大失误。^[57] 认知局限在金融领域尤其常见，不仅限于金融消费者，即使是企业也可能高估自己的履约能力并低估违约风险。调查数据表明，许多借贷主体不理解复利的概念，也无法准确估计长期债务的成本；而金融机构则存在利用借贷人有限理性牟利的动机和能力。^[58] 部分借款人还可能单纯通过接受高额违约金来彰显自己的履约诚意。实践中，不少借款人并不重视违约金条款，“不以为意”地接受不公平的条款。^[59] 其二，相较于借期内利率，金融借贷中当事人对于违约金的约定缺乏中国人民银行等部门的指导和监管。因此，司法对于违约金进行合理的个案调整确有必要。

四、金融借贷利率司法规制的具体路径

（一）公序良俗视域下的借期内利率规制

如上文所述，法院不宜简单根据某一贷款利率上限一刀切地否定当事人约定利率的效力，亦不能直接或参照适用民间借贷相关规范。相较于事前的抽象规制，事后的个案判断能够使法官获

[57] See Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Science 1124, 1124 (1974).

[58] See Ryan Bubb & Richard H. Pildes, *How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why*, 127 Harvard Law Review 1593, 1640-1645 (2013).

[59] 该观点源自葛云松在“民商法沙龙”中的发言。参见王长军等：《事前放弃违约金调整请求权之合同条款的效力——民法典第五百八十五条第二款之适用》，载《人民司法》2021年第13期，第109页。

得具体化的信息，更容易确定合理的贷款利率。借期内利率可能落入《民法典》中合同成立或效力规范的规制范畴。以下首先讨论公序良俗条款以外的法律行为效力规则，并论述其局限。

其一，合同条款不成立规则。金融借贷利率条款可能是格式条款，根据《民法典》第496条，金融机构应尽到提示和说明义务。^{〔60〕} 人民法院案例库入库案例指出，若以格式条款约定利率，因贷款人未明确披露导致借款人没有注意或理解借款合同的实际利率，则应视为双方未达成合意。法院需按照一般理性人标准，结合相关条款、行为性质和目的、习惯以及诚信原则确定利率。^{〔61〕} 但是实践中，贷款利率作为金融借贷合同的核心条款，通常会根据借贷人资信等情况具体确定。《助贷新规》第6条亦要求商业银行展开差异化定价，确保利率与风险相匹配。故格式条款规范的适用余地有限。

其二，合同可撤销规则。借期内利率可能适用显失公平制度，但显失公平规则仅考量“利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形”和“给付失衡”这两个构成要件，难以应对复杂的金融实践需要。实践中，借贷双方约定不公平的违约金条款，未必一定是利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，也有可能是金融机构利用借款人过于自信、对于利率条款重视程度不够等状态。对于给付失衡的判断应当以法律行为成立时为判断时点，而不能事后诸葛亮。^{〔62〕} 必须充分考虑金融借贷合同订立时的具体场景，衡量当事人资信情况、借贷风险、借贷利率等要素，判断是否存在给付失衡的情况。即使符合显失公平规则的要件，由于金融借贷通常具有较长的期限，当事人想要撤销违约金条款时，往往也已经超过了1年的除斥期间。欺诈、胁迫等可撤销规则也有类似局限。最关键的是，可撤销的法律效果是法律行为全部无效，而法律行为无效存在部分无效的解釋空间。

其三，合同无效规则。《民法典》第153条第1款规定违反强制性规定的法律行为无效。因此，首先应当探究是否存在金融借贷利率相关的强制性规定，相关规范主要涉及《金融审判意见》第2条和《民法典》第680条，但是这两个条款均非强制性规定。《金融审判意见》系“规范性文件”而非司法解释，^{〔63〕} 且该文件是《旧民间借贷司法解释》的延续，故其成为强制性规定的正当性不足；从应然层面看，该文件规定的24%也不宜作为金融借贷的利率上限。《民法典》第680条规定禁止高利放贷，借款利率不得违反相关规定，但该条款并没有明确高利贷的要件和效果。即使该条能够和《民法典》第153条第1款结合导出高利贷无效，但是高利贷的构成要件仍然空缺，两者结合不能回答如何确定金融借贷利率上限的问题。此外，《民法典》第497条规定了格式条款的无效规则，但该条第1款还是回归了违法无效、背俗无效等规范，该条第2款所称“不合理地加重对方责任”可以理解为设定不合理的高利率，但该款对此并未提供具体的裁判路径，在裁判清晰度上较公序良俗条款无明显优势，该条第3款要求排除对方主要权利，而在金

〔60〕 参见殷秋实：《〈民法典〉第496条（格式条款的定义与订入控制）评注》，载《中国应用法学》2022年第4期，第230-235页。

〔61〕 参见上海金融法院（2020）沪74民终1034号民事判决书。

〔62〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第746页。

〔63〕 《金融审判意见》的发文字号系“法发”而非“法释”，《最高人民法院关于对部分规范性文件予以修改或废止的通知》（法发〔2021〕12号）也明确称其为“规范性文件”。

融借贷领域，这一主要权利通常指获取贷款，故该款通常难以适用。且《民法典》第497条的适用范围限于格式条款，较为有限。

综上，上述规则在规制金融借贷利率方面存在局限，而公序良俗条款作为更底层的一般规则，能够发挥兜底作用，成为借期内利率规制的一般方案。最高人民法院指出，比较法上的高利贷行为规制对于我国具有较强的借鉴意义，可以作为违反公序良俗的类型。^[64]故下文主要就公序良俗条款展开论述。

借鉴德国法对于高利贷的规制，市场通常利率与约定利率的差值是判断借贷是否违反公序良俗的重要依据。市场通常利率具有一定模糊性，但至少应该认为存在一个合理范围。中国人民银行每个季度发布的《中国货币政策执行报告》都会对金融机构新发放贷款加权平均利率进行统计，包括一般贷款加权平均利率、企业贷款加权平均利率、票据融资加权平均利率、个人住房贷款加权平均利率。此外，该报告还会统计贷款利率区间等信息，该区间以LPR利率为基准，反映实际利率的加（减）点幅度和不同幅度区间内贷款的占比。^[65]中国人民银行各省分行会对本省一般贷款、企业贷款、普惠小微贷款加权平均利率，以及利率区间进行统计，这些数据能够更准确地反映当地贷款利率水平。^[66]法官应以此为基准，对于个案利率的合理性进行考察。当事人应当提供借款人资信情况、借款期限、借款用途等信息，使得贷款利率的影响因素在个案中被具象化。当事人还可以提供同类型贷款的通常市场利率，例如，一位教师为了买房向中国工商银行进行贷款，可以参考公务员、医生为了买房向其他大型国有银行进行贷款的利率水平。

金融借贷的资金成本、借贷风险通常低于民间借贷，故金融借贷利率超过民间借贷利率保护上限需要特别之理由。若金融机构采取激进的经营策略，向高风险客户群体借贷并约定较高的利率，也未尝不可。由于借贷双方的地位不平等，金融机构应当对高于4倍LPR的利率部分的合理性承担举证责任，对于金融机构无法合理说明的利率部分，应认定无效。金融机构通常具有较为完善的利率定价体系，将部分举证责任倒置并不会给其造成过大的负担。而对于低于4倍LPR的年利率部分，借款人应当负担利率不合理的举证责任。法院应当在综合考察具体案情的基础上慎重裁判，仅当贷款利率显著不合理时，法官才应当适用公序良俗条款干预借期内利率的效力。在充分竞争的金融借贷市场中，加之民间借贷的倒逼作用，这种需要司法干预的极端情形应该是非常少见的。

通常来说，违反公序良俗的法律行为全部无效。使法律行为部分无效及于整体，源于私法自治之精神，目的在于避免部分无效后的法律行为内容与当事人所期待的不同。此外，部分无效在一定程度上肯定了背俗者的行为，故使法律行为全部无效有时能更好地维护公序良俗。在对于例外情况（部分无效）的认定上，德国主流观点认为可以从两个维度展开。其一是“当事人假设的

[64] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第763页。

[65] 该报告可以在中国人民银行官网上查阅，如2025年第三季度《中国货币政策执行报告》，参见 <https://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/5896222/index.html>。

[66] 此类报告可以在中国人民银行官网上查阅，例如中国人民银行江苏省分行货币政策分析小组：《江苏省金融运行报告（2024）》，参见 <https://nanjing.pbc.gov.cn/nanjing/117525/5409279/2024072415182735687.pdf>。

意图”，即客观评估法律交易在没有无效部分的情况下是否可能合理地进行。^{〔67〕} 其二是法律行为的可分割性。若法律行为可以分割，在使违反善良风俗的条款无效后，法律行为通常可以成立。^{〔68〕}

在中国法语境下，违反公序良俗仅导致利率部分无效更加妥当。首先，《新民间借贷司法解释》对于民间借贷利率上限的规制方法，是对借贷双方约定利率的超额部分不予支持，这意味着利率具有分割为有效部分和无效部分的可能性。对于金融借贷之保护并无超出民间借贷之理由，认定金融借贷借期内利率部分无效能够实现法体系的自治。其次，部分无效能够平衡借贷双方利益。若使贷款利率全部无效，借款人将获得超额利益，有违填平原则，且借款人存在支付合理利率之预期，而金融机构难以通过利息收入覆盖其风险和成本，不利于金融稳定和安全。最后，部分无效具有解释论基础。就《民法典》第153条第2款之文义来看，法律行为无效也未必仅指全部无效，存在部分无效的解释空间。退一步讲，即使认定利率条款全部无效，对于这一合同空白也应该根据法律规定、交易习惯等进行填补，从而能够迂回实现部分无效之法效果。

（二）违约金司法酌减的评价框架

从逻辑上看，公序良俗原则系违约金司法酌减规则的正当性基础，但是《民法典》第585条作为特别条款应优先适用。德国法上，违约金酌减条款之适用先于善良风俗条款，除非存在其他因素（如滥用优势地位等），使违约金被酌减后的借贷合同仍然违反善良风俗，才能适用《德国民法典》第138条。^{〔69〕} 故下文主要基于《民法典》第585条展开论述。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《民法典合同编通则解释》）第65条第1款规定，法院应当以违约方造成的损失为基础，兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人过错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则对违约金进行酌减。该条第2款指出，违约金过分高于损失的标准为超过造成损失的30%。该条第1款和第2款实际上规定了两个标准。由于违约金属于意思自治的范畴，司法规制需要容许弹性判断空间的存在，因此不宜拘泥于一刀切的裁判标准。在解释论上，无论涉及是否酌减还是酌减程度之判断，均需结合第1款提出的诸要素；第2款仅是对于是否应当酌减这一问题的具体化指引，其并不影响酌减程度。^{〔70〕} 最高人民法院亦指出，尽管《民法典合同编通则解释》第65条第2款以超过损失30%作为“过分高于”之标准，但这并不意味着法院酌减违约金时一律将其调整为损失的130%，法院必须结合本条第1款规定的因素，在损失的1~1.3倍之间进行酌定，且在当前经济社会形势复杂的背景下，应坚持违约金的补偿性。^{〔71〕}

公平原则和诚信原则更多作为违约金司法酌减的价值指引，难以构成具体裁判方法。本文语

〔67〕 Vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl., 2025, § 139 Rn. 29ff.

〔68〕 Vgl. BGH NJW 2005, 3061 (3062); BGH NJW 2009, 1751 (1753).

〔69〕 Vgl. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2022, § 343 Rn. 9.

〔70〕 参见姚明斌：《违约金论》，中国法制出版社2018年版，第314页。

〔71〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第728页。

境下的交易类型为金融借贷，故交易类型这一要素并非变量。尽管金融借贷仍可以被更细致地区分为不同类型，但是这些差别可以体现在借期内利率中，进而影响违约后金融机构损失的确定，因此无需重复考量。此外，合同履行情况与损失、当事人主观状态均有交叉，借款人的履行情况决定了金融机构的损失，体现了借款人的主观状态，因此该要素可以被损失和当事人过错这两个要素吸收。故本文重点讨论损失、合同主体、当事人过错、履约背景这四个要素，这些要素同时影响法院对于是否需要酌减以及酌减程度的判断。法官对于违约金的考察应当着眼于“违约溢价”部分，而对于“借期内利率之延续”部分的判断方法同上一节。

1. 损失。《民法典合同编通则解释》第65条以《民法典》第584条之损失为基础，该损失包括预期利益。通常来说，违约金中的“借期内利率之延续”部分会被剔除，因此法院应着眼于金融机构的额外损失，参考该金融机构其他借贷产品的利率和资金周转成本等因素。如金融机构本可以将收回的资金用于经营其他更高利润的金融产品，对于利润的差额，法院应当纳入“违约溢价”的合理性考察。当然，损失应当受到可预见性规则的限制，法官需根据当事人的共同意思确定违约方能否预见并愿意承受相应的损害。^[72]以损失为核心的违约金酌减方法实际上体现了违约金的补偿性。

有学者认为，惩罚性违约金具有督促履约的功能，法院应当尊重当事人的意思自治。^[73]本文认为，在金融借贷领域应坚持违约金的补偿性。在我国融资难融资贵的大背景下，借贷一方普遍处于有求于人的不利境地。借款人即使认为违约金条款并不公平，也可能出于饮鸩止渴、低估还款难度等心理签订合同。过高的违约金未必会督促借款人积极还款，若借款人缺乏支付能力，高额违约金可能导致其“破罐子破摔”。目前尚无可信的经验表明惩罚性违约金制度更有效率，相反，规制高额违约金是在比较法上经过检验且符合社会需要的。^[74]

2. 合同主体。有学者认为，应当区分民事主体借贷和商事主体借贷，限制甚至排除商事借贷中违约金的酌减。^[75]《德国商法典》第348条明确《德国民法典》第343条之违约金酌减规则仅适用于民事交易。这主要是考虑到，商人通常拥有比非商人更强的判断力，使商事违约金回归纯粹的私人自治机制，有利于提升交易效率，避免诉累。^[76]但是，该条款的实践意义并不大，因为德国通说承认通过善良风俗、诚实信用、格式条款内容控制等规则规制商事交易中的高额违约金。^[77]此外，《德国商法典》第348条也可以被当事人的事前合意排除。^[78]

本文认为，在金融借贷领域不宜对于民事借贷和商事借贷作一刀切的划分。大部分商人亦具有认知局限且相较于金融机构处于劣势地位；相较民事主体，商人具有更迫切的资金周转需求。在商主体内部，国有企业和民营企业在借贷市场上的谈判能力差距巨大，民营企业长期面

[72] 参见徐建刚：《规范保护目的理论在违约损害赔偿中的适用——对可预见性规则的反思》，载《清华法学》2021年第4期，第111页。

[73] 参见覃愉翔：《〈民法典〉视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论》，载《财经法学》2023年第3期，第128-131页。

[74] 参见许德风：《违约金司法酌减的依据及其限度》，载《法学》2024年第4期，第119页。

[75] 参见张厚东：《论违约金的履约担保功能——兼论违约金酌减规则》，载《财经法学》2023年第3期，第158页。

[76] Vgl. Maultzsch, in: Münchener Kommentar zum HGB, 6. Aufl., 2025, § 348 Rn. 1.

[77] Vgl. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2022, § 343 Rn. 3f.

[78] Vgl. Rieble, in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 2020, § 343 Rn. 48.

临融资难融资贵的窘境。可供参考的是,《新民间借贷司法解释》亦未区分民事借贷和商事借贷。因此,借贷人身份可以作为违约金酌减的一个考量要素,但不宜按照民事借贷和商事借贷作简单划分。

从借款人角度出发,应当重点考察以下方面。(1)决策能力。通常来说,“弱而愚”的借款人(如金融消费者)应受到法律的特别保护。^[79](2)违约后的经济状况。对于自然人而言,如果债务负担过重导致其基本的生存和发展受到威胁,则该违约金的正当性存疑。对于企业来说,应重点关注民营企业的生存和发展。民营经济在中国经济中占据了举足轻重的地位,但民营企业的融资成本和难度均高于国有企业。^[80]

从金融机构角度出发,不同金融机构也可能根据其自身经营情况设计不同的违约金条款。例如,大型国有银行资金成本较低且注重合规建设,其可能倾向于深耕高质量、低风险的贷款对象,故其经营策略本身可能就是提高贷款准入门槛、降低贷款利率和违约金。相反,地方小型金融机构可能倾向于与大型国有银行错位竞争,其贷款对象相较而言风险级别较高,需要用更高的违约金抵充成本。

3. 当事人的过错程度。一方面,法院应当首先考察借款人的主观状态,如果借款人恶意违约,根据《民法典合同编通则解释》第65条第3款,法院原则上对于违约金不予酌减。在最高人民法院指导性案例166号中,法院认为违约方恶意违约,有悖诚实信用原则,故对其酌减违约金的请求不予支持。^[81]但是,如果借款人违约的原因系无力清偿高额利息和违约金,则法院应当优先酌减违约金,帮助借款人化解债务危机。法院可以通过以下客观因素确定借款人的主观状态:已还款占总借款的比重、逾期金额和时间、借款人经济状况好坏及原因、借款用途等。另一方面,法院还需要考察金融机构的主观状态,例如其是否利用优势地位“逼迫”或“诱导”借款人同意不公平的违约金条款。债权人的过错能够减轻债务人的过错程度,并导致违约金的减少,但是,对于恶意违约的债务人,这种减轻并不适用。^[82]

4. 履约背景。在金融借贷的语境下,对于履约背景的考察应重点关注宏观经济形势,在经济形势较为严峻的时期,高额违约金会增加当事人的交易成本,不利于营造良好的营商环境。^[83]当前,我国经济发展仍然面临较大的不确定性,2023年工业企业利润下降2.3%,2024年下降3.3%,利润率收窄使得民营企业对于融资成本更加敏感,而三角债和应收账款平均回收期显著增长进一步加剧了企业的资金周转压力。^[84]因此,在当前的金融借贷案件中,法院仍需坚持金融业服务于实体经济的基本立场,切实降低市场主体融资成本。

上述要素并非要件,而是具有一定的动态和弹性特征。首先,不同的要素本身可能具有不同

[79] 参见钱玉文:《金融消费者保护法的立法逻辑及规范表达》,载《现代法学》2024年第3期,第135-136页。

[80] 参见上证报两会报道组:《推动解决民营企业融资难融资贵的问题》,载《上海证券报》2025年3月5日,第2版。

[81] 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终8676号民事判决书。

[82] Vgl. Rieble, in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 2020, § 343 Rn. 124.

[83] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第728-729页。

[84] 参见于泽:《民营企业融资困境的深层原因与破解之策》,载《人民论坛》2025年第6期,第27页。

的权重。^{〔85〕} 损失系违约金酌减的核心要素，具有基础性地位。根据《民法典合同编通则解释》第 65 条第 2 款，超过损失 30% 的违约金，法院一般可以认定为过分高于造成的损失。需要注意的是，司法解释的表述是“一般可以”而非“应当”。这是因为，法院还需要综合衡量合同主体、当事人过错等考量要素。其次，要素存在实现程度的差异。我们可以将要素的实现程度理解为从 0 到 1 的一条线（0 代表完全不存在，1 代表完全实现），要素的实现程度实际上是组成这条线段的无法穷尽的点。例如，恶意违约的违约方过错程度极大，对于法官裁判可以具有显著影响。故《民法典合同编通则解释》第 65 条第 3 款指出，对于恶意违约者，人民法院一般不支持其酌减违约金的请求。但是，司法解释在此仍使用了“一般”的表述，从而为例外情况留下了弹性空间。德国法上，恶意违约者在知晓违约金的情况下故意违约，系用他的行为表明愿意承受这一不利益，故原则上对于违约金不予酌减，除非违约金过高以至于危及债务人的经济生存。^{〔86〕} 最后，上述要素并非隔绝的要件，而是具有合作或竞争的互动关系。法官不能将各要素割裂后进行分析，如因为某个要素权重和实现程度较低即认为违约金整体合理，而应充分衡量案涉全部要素的权重和实现程度并进行叠加。

法官应当结合上述要素决定是否对违约金进行酌减以及酌减幅度。具体而言，首先，法官原则上应尊重违约金中“借期内利率的延续”部分，结合资金占用成本、机会成本等因素确定金融机构的额外损失。其次，法官需要根据双方过错对于额外损失进行调整和分配，从而初步确定合理的“违约溢价”，借款人作为违约方往往需要承担金融机构损失的主要部分甚至全部。如果借款人本身过错程度非常轻微（例如因意外导致经济情况恶化），法官可以适当减轻其违约责任。反之，法官也可以对恶意违约的借款人课以更重的违约责任。最后，法官应根据合同主体和履约背景等特殊情况下对于“违约溢价”进行调整，从而确定最终的理想违约金数额。例如对威胁个人基本生存的高额违约金进行酌减，又如在经济形势困难时通过违约金酌减的方式支持实体经济发展。

五、结 语

随着《新民间借贷司法解释》的出台，在规范层面形成了民间借贷利率规制和金融借贷利率规制的双重标准。实践中，金融借贷利率司法裁判的主要依据是《金融审判意见》，但是这一裁判路径在应然和实然层面均不妥当。对于金融借贷利率的司法规制路径应当予以重构，使其重新回归民法的调整框架。通过实证研究可以发现，金融借贷借期内利率通常处于合理范畴之内，但如果借款人违约，借期内利率叠加违约金就可能导致综合年利率畸高。因此，可以将综合年利率分离为借期内利率和违约金两个部分，分别予以调整。借期内利率涉及金融机构的商业决策和复杂定价模型，法官对其规制应保持谦抑。除了考量借期内利率及其形成原因（如借款期限、借贷主体资信情况等），法官还需要综合考察具体案情，如借贷双方磋商情况、合同订立和履行情况

〔85〕 参见解亘、班天可：《被误解和被高估的动态体系论》，载《法学研究》2017 年第 2 期，第 48 页。

〔86〕 Vgl. Rieble, in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 2020, § 343 Rn. 123.

等。相较于借期内利率规制，违约金酌减在民事纠纷中较为常见，金融借贷合同之违约表现为借款人占用了出借人的资金，与普通的民事纠纷类似，法官对此具有裁判能力和经验。违约金费率通常应高于借期内利率。对于违约金是否应当酌减及其酌减程度，法官应当依据《民法典》第 585 条进行动态考量。违约金酌减是法院规制年利率过高金融借贷的主要抓手。

Abstract: The New Judicial Interpretation on Private Lending states that financial lending is not subject to regulations pertaining to private lending, and the “Financial Trial Opinions” are not suitable as a basis for judicial regulation of the interest rate cap on financial lending. As the People’s Bank of China gradually relaxes the upper limit on financial lending rates in line with interest rate marketization, the Supreme Court should exercise caution in regulating financial lending rates. This respects the division of functions between institutions and acknowledges that judicial bodies lack the expertise in pricing financial lending rates. Excessively high comprehensive annual interest rates in financial lending often result from the combination of interest rates and penalty fees post-default by borrowers. Therefore, courts should differentiate between interest during the loan term and penalty fees. Regarding interest during the loan term, courts should adhere to the principle of judicial restraint and may declare unreasonable interest rate clauses partially invalid by invoking public order and good morals in exceptional cases. As for adjusting liquidated damages, the court has considerable experience in adjudication and should reasonably reduce liquidated damages based on dynamic factors. The default interest rate should be set higher than the interest rate during the loan term.

Key Words: financial lending, judicial regulation, interest rates during the borrowing period, public order and good morals, discretionary liquidated damages

(责任编辑：武 腾)

帮助信息网络犯罪活动罪 “主观明知”认定规则检视

谢甜甜*

内容提要：帮助信息网络犯罪活动罪（“帮信罪”）“主观明知”认定规则是导致帮信罪案件激增的核心要素。该规则的形成整体上经历了“严格认定→推定→推定+综合认定→数量化→回缩”五个阶段。但将该规则错误定性为推定规则，导致了帮信罪主观明知内容泛化、《帮信罪解释》第11条的推定泛化与打击对象的不断泛化。三重泛化在实践中进一步扩展，演化出对单人单卡帮信、帮信的帮信、帮信的帮信的帮信的入罪情形，改变了帮信罪明知的构成要件，形成了以“被告人提供银行卡+银行卡内流入电诈资金”为要件的“倒果为因”认定模式。为此，在立法上应当澄清《帮信罪解释》第11条属于推论，并对帮信罪设置双层次的治理结构。在司法上，应当坚守底线证明，并强调经验法则在帮信罪明知认定中的作用。

关键词：帮信罪 主观明知 倒果为因 底线证明 经验法则

2025年，是帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”）入罪的第十年。十年间，帮信罪经历了从休眠到爆发，并成为电信网络诈骗（以下简称“电诈”）衍生的关联犯罪中数量最多、占比最大、性质最复杂的犯罪类型。^{〔1〕}2015年《刑法修正案（九）》新增本罪后直至2019年，每年的判决份数分别是2、13、46、76和194。2020年10月10日，国务院打击治理电信网络新型违法犯罪工作部际联席会议（以下简称“联席会议”）部署了在全国范围内开展“断卡”行动（以下简称“断卡行动”），^{〔2〕}本罪的适用开始呈现爆发式增长：2020年到2024年每年的

* 谢甜甜，中国人民大学刑事法律科学研究中心研究人员、法学院博士研究生。

本文为教育部高校人文社会科学重点研究基地重大项目“程序法治下的网络安全研究”（23JJD820004）的阶段性成果。

〔1〕 参见《“两高一部”发布依法惩治帮助信息网络犯罪活动及相关犯罪典型案例》，载微信公众号“最高人民法院”2025年7月28日。

〔2〕 参见《国务院打击治理电信网络新型违法犯罪工作部际联席会议决定 在全国范围内开展“断卡”行动 严厉打击整治非法开办贩卖电话卡银行卡违法犯罪 杜航伟出席部署会并讲话》，载公安部官网2020年10月10日，<https://m.mps.gov.cn/n6935718/n6936554/c7386877/content.html>，2025年8月29日访问。

判决份数分别是 3402、23522、12551、17110 和 13069。这种增长，以断卡行动为界，2020 年度的判决，10 月 10 日前共 741 份，10 月 10 日后共 2661 份（后三个月是前九个月的约 3.6 倍），断卡行动后各年的判决总数是 68913 份（是之前的 64.3 倍）。〔3〕

从判决的增长趋势看，断卡行动似乎是帮信罪爆发的直接原因。但潜藏其中的是，2019 年 10 月《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2019〕15 号）（以下简称《帮信罪解释》）及其后的系列会议纪要、解释等，〔4〕降低了帮信罪的入罪门槛。〔5〕《帮信罪解释》第 11 条创设了帮信罪主观明知的认定规则，后经纪要、解释等的扩张，成了帮信罪爆发最为重要的推手之一。〔6〕而司法机关在裁判时又对入罪情节作进一步扩张理解，最终导致帮信罪入罪泛化，打击范围过大，引发公众对帮信罪的危惧感。〔7〕

但该规则是如何演化形成的？它的演化与司法实践的帮信罪裁判扩张之间存在何种联系？导致它不断扩张的制度原因是什么？第 11 条究竟属于推定，还是推论？理清这些问题，才可能找到改进帮信罪适用的正确思路。

一、帮信罪“主观明知”认定规则的扩张演变

2015 年《刑法修正案（九）》规定“明知”和“情节严重”为帮信罪的入罪门槛，〔8〕对控方在主观要件证明上提出了三个要求：一是主观状态上为“明知”，二是明知的内容是“他人利用信息网络实施犯罪”，〔9〕三是明知的程度是“被帮助对象的行为确已查证属实构成犯罪”。〔10〕立法者在此预设了帮信罪对上游犯罪行为的附属性，但与电诈分工细化、链条化、去中心化、碎

〔3〕 笔者于 2025 年 3 月 17 日，以“帮信罪”为关键词，分别在中国裁判文书网、北大法宝和威科先行检索，显示的刑事判决数量分别为 68180 份、57507 份和 69747 份。威科先行的数量最多，因此本文以该检索数据为分析对象。

〔4〕 除《帮信罪解释》外，其他规范主要有：《最高人民法院刑事审判第三庭、最高人民检察院第四检察厅、公安部刑事侦查局关于深入推进“断卡”行动有关问题的会议纪要》（高检四厅〔2020〕12 号）〔以下简称《断卡纪要（一）》〕；《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见（二）》（法发〔2021〕22 号）〔以下简称《电诈意见（二）》〕；《最高人民法院刑事审判第三庭、最高人民检察院第四检察厅、公安部刑事侦查局关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》〔以下简称《断卡纪要（二）》〕；《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理跨境电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》〔以下简称《电诈意见（三）》〕；《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理帮助信息网络犯罪活动等刑事案件有关问题的意见》（法发〔2025〕12 号）〔以下简称《办理帮信罪意见》〕。另有解释起草者撰写的理解与适用，即周加海、喻海松：《〈关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2019 年第 31 期（以下简称《理解与适用》）。

〔5〕 这在学界已达成共识，相关研究参见刘艳红：《帮助信息网络犯罪活动罪的司法扩张趋势与实质限缩》，载《中国法律评论》2023 年第 3 期；喻海松：《立法与司法交互视域下网络犯罪规制路径总置评》，载《政法论坛》2023 年第 1 期；李怀胜：《电信网络诈骗黑产业链明知推定的行为类型与边界研究》，载《法学论坛》2023 年第 4 期。

〔6〕 参见吴洪洪：《帮信罪明知认定规则的规范检视与泛化矫正》，载《法学论坛》2025 年第 2 期，第 17 页。

〔7〕 参见刘艳红：《帮助信息网络犯罪活动罪的司法扩张趋势与实质限缩》，载《中国法律评论》2023 年第 3 期，第 67 页。

〔8〕 《刑法修正案（九）》规定“明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的”构成帮信罪。

〔9〕 参见吴洪洪：《帮信罪明知认定规则的规范检视与泛化矫正》，载《法学论坛》2025 年第 2 期，第 18 页。

〔10〕 参见周加海、喻海松：《〈关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2019 年第 31 期，第 29 页。

片化的新样态产生了错位。^{〔11〕}新样态下，帮助者无法明知上游是否利用信息网络实施犯罪，以牟利为目的的帮助者，事实上也不关心上游的行为性质，^{〔12〕}导致帮信罪明知的认定陷入困境。为此，最高人民法院、最高人民检察院联合公安部等机关，通过颁布司法解释、理解与适用、断卡纪要和典型案例的方式，^{〔13〕}不断细化认定规则，整体上经历了五个阶段。

（一）帮信罪“主观明知”的严格认定

2015年至2019年，帮信罪处于休眠期，最高司法机关对“主观明知”的认定持《刑法修正案（九）》规定的严格标准。这体现在最高人民检察院发布的2018年度检察机关保护知识产权典型案例的第11号案例“广东龙某等侵犯著作权案”中。^{〔14〕}承办检察官认为被告人龙某、李某（被帮助行为人）利用计算机和互联网通过境外服务器传播网络游戏，应当认定为刑法上的复制发行行为。被告人程某（帮信行为人）及其公司明知运维私服游戏是违法犯罪行为，仍提供帮助。因此，本案证成的被告人程某的主观状态是“明知运维私服游戏是违法犯罪行为”，明知的内容是“龙某、李某利用计算机和互联网通过境外服务器传播网络游戏”，明知的程度是“龙某、李某的行为属于刑法上的复制发行行为”。

（二）帮信罪“主观明知”的推定扩张

1. 帮信罪“主观明知”推定规则的创设

2019年《帮信罪解释》第11条对明知要件作出具体解释，规定“为他人实施犯罪提供技术支持或者帮助，具有下列情形之一的，可以认定行为人明知他人利用信息网络实施犯罪，但是有相反证据的除外：（一）经监管部门告知后仍然实施有关行为的；（二）接到举报后不履行法定管理职责的；（三）交易价格或者方式明显异常的；（四）提供专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助的；（五）频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份，逃避监管或者规避调查的；（六）为他人逃避监管或者规避调查提供技术支持、帮助的；（七）其他足以认定行为人明知的情形”，创设了帮信罪明知的推定规则。这在两个方面降低了帮信罪明知的证明难度。一是帮信罪的明知可以通过1—6项直接推定。二是第7项的兜底条款表明这是一个开放的推定规则，为后续的断卡纪要等引入综合认定与数量认定留了空间。

2. 《理解与适用》扩增“非社会正常活动所需”的推定与被告人“说明缘由”的责任

《帮信罪解释》出台后，解释起草者通过《理解与适用》，在明确《帮信罪解释》第11条属于主观明知推定规则的基础上，进一步解释其第4项包括但不限于开卡，贩卖“多卡合一”，解冻支付宝、微信等，从事这些活动的人员，应推定存在帮信主观明知。^{〔15〕}如取钱人持有多张户

〔11〕 参见喻海松：《网络犯罪形态的碎片化与刑事治理的体系化》，载《法律科学（西北政法学报）》2022年第3期，第60—63页。

〔12〕 参见江溯：《帮助信息网络犯罪活动罪的解释方向》，载《中国刑事法杂志》2020年第5期，第87、90页。

〔13〕 十年间，最高司法机关为此共出台司法解释五份、《理解与适用》一份、断卡纪要两份、典型案例十六批。

〔14〕 参见《最高检发布2018年度检察机关保护知识产权典型案例》，载最高人民检察院官网2019年4月25日，https://www.spp.gov.cn/spp/gxcxjxfdhmjcgzwn/201904/t20190425_580801.shtml，2025年8月29日访问。

〔15〕 参见喻海松：《网络犯罪的立法扩张与司法适用》，载《法律适用》2016年第9期，第9页。

主不同的银行卡或者多张假身份证，无法说明缘由，亦可推定其主观明知。^{〔16〕}这在检察实务中被援用为，若满足“非正常生活所需，并专为违法犯罪而生”的标准，也可适用第11条第4项推定明知。^{〔17〕}这同样在两方面降低了帮信罪明知的证明难度。一是在第11条的基础上，增加以“非社会正常活动所需”可推定开卡、取钱、买卖“多卡合一”、解冻支付宝等行为存在主观明知；二是对“持有多个户主不同的银行卡或者多张假身份证”的被告人设置了“说明缘由”的责任。

3. 典型案例将帮信罪“主观明知”的认定要求降格为“明知……可能”

同《帮信罪解释》第11条和《理解与适用》相配套，2019年10月25日，最高人民法院发布4起非法利用信息网络罪、帮信罪典型案例。^{〔18〕}其中，赵某帮信案强调“赵某明知非法代理的网络支付接口可能被用于犯罪资金走账和洗钱”，侯某、刘某等帮信案强调“刘某、蔡某明知开办的银行卡可能用于电诈等犯罪活动”。两个案例表明，最高司法机关将帮信罪明知的认定要求降格为“明知……可能”，不再强调明知的内容与程度的证明，^{〔19〕}认定难度再次降低。

（三）“两卡类”帮信罪“主观明知”的“推定+综合认定”扩张

1. 引入综合认定

2020年《断卡纪要（一）》第4条，不仅新增“多次出租、出售信用卡或者出租、出售多张信用卡”作为认定情节，还强调应“结合认知能力、既往经历、生活环境、交易对象等情况”，并特别强调高度重视“主观明知的辩解，认真查证、综合认定”。这一规定可视为对明知推定规则的微小纠偏，^{〔20〕}但随后最高人民检察院发布的典型案例又新增了推定情形。

2. 典型案例扩增“数量、获利情况、流入电诈资金”的推定情形

2021年1月25日最高人民检察院发布11起充分发挥检察职能推进网络空间治理典型案例，^{〔21〕}其中的“周某、尤某帮信案”中，周尤二人“出售475张左右电话卡”（数量），“违法所得人民币12万余元”（获利情况），电话卡被用于实施电诈“共计流入人民币200余万元”（流入电诈资金），被认定构成帮信罪。经过本案，买卖卡的数量、获利情况、流入的电诈资金等情节成为新的推定情形，进一步降低帮信罪主观明知的认定难度。应当特别指出的是，该批典型案例仅强调对专门从事非法收购、贩卖“两卡”活动的犯罪团伙的打击。如周尤二人分别购得刘某欣等20余名学生和石某行等130余名社会人员的实名电话卡75张和400张，作为卡农的刘、石等人，虽存在“单人多卡”情形但未被追责。

（四）“两卡类”帮信罪“主观明知”的数量化认定扩张

2021年《电诈意见（二）》第8条强化规定对帮信罪可根据“次数、张数、个数”认定。并

〔16〕 参见周加海、喻海松：《〈关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2019年第31期，第28-29页。

〔17〕 参见谢文翼、高叶、向柯翰：《“两卡”网络诈骗案件中帮助行为主观明知的层级化证明思路》，载《中国检察官》2024年第8期，第17页。

〔18〕 参见《最高人民法院发布4起非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪典型案例》，载北大法律信息网2019年10月25日，<https://www.pkulaw.com/pal/a3ecfd5d734f711d558c7a78ee8b7ff20655975e03d2b986bdfb.html>，2025年9月1日访问。

〔19〕 参见谢文翼、高叶、向柯翰：《“两卡”网络诈骗案件中帮助行为主观明知的层级化证明思路》，载《中国检察官》2024年第8期，第16页。

〔20〕 参见吴洪洪：《帮信罪明知认定规则的规则检视与泛化矫正》，载《法学论坛》2025年第2期，第19页。

〔21〕 参见《充分发挥检察职能 推进网络空间治理典型案例》，载最高人民检察院官网2021年1月25日，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202101/t20210125_507452.shtml，2025年9月1日访问。

在第9条增加“（一）收购、出售、出租信用卡、银行账户……5张（个）以上的；（二）收购、出售、出租他人手机卡、流量卡、物联网卡20张以上的”作为“其他严重情节”的认定情形。该阶段的扩张，分两步。

1. 将“单人多卡”纳入行政处罚

《电诈意见（二）》出台后，2021年6月23日最高人民检察院和教育部联合发布5个在校学生涉“两卡”犯罪典型案例（以下简称“在校生典型案例”），^[22]开始将“单人多卡”情形纳入行政处罚。例如郭某、刘某、耿某帮信案中，耿某卖出9张手机卡，获利人民币450元，未被检察院起诉，但由河北省通信管理局对其作出2年内停止新入网业务，只保留1个手机号的惩戒决定。但前文所述周某、尤某帮信案中，同样是“单人多卡”的刘、石等人并未被追责。

2. 将“单人多卡”纳入刑事处罚

2022年1月22日，最高人民法院、中央广播电视总台联合发布新时代推动法治进程2021年度十大案件，其中“‘10·18’特大跨境电诈案”强调用足、用尽从严打击电诈的法律手段。随后《断卡纪要（二）》（2022年3月22日发布）第1条强化对于“出租、出售‘两卡’的次数、张数、个数”的规定。2022年9月6日最高人民法院发布十起依法惩治电诈及其关联犯罪典型案例，^[23]其中“隆某帮信案”，被告人因卖9张银行卡被认定构成帮信罪，判处有期徒刑一年十个月，处罚金人民币四千元。典型意义部分指出，本案系准确适用《电诈意见（二）》“为他人利用信息网络实施犯罪而收购、出售、出租信用卡等5张（个）以上，或者手机卡等20张以上”的规定。

（五）帮信罪“主观明知”认定规则的回缩

在帮信罪持续走高带来各方的担忧后，最高司法机关开始回缩帮信罪明知认定规则。一方面，2024年《电诈意见（三）》第14条不仅未细化认定情形，还强调“未成年人、在校学生和被诱骗或者被胁迫参与犯罪的人员”依法不起诉或者免于刑事处罚的，可根据反电信网络诈骗法、治安管理处罚法等进行处罚。但实践中却仍存在仅关注情节要件，忽视认识和行为要件的情况，甚至仅以供卡数达到“情节严重”的“张”数标准认定，不查证所提供的银行卡是否流入涉诈资金。^[24]因此，2025年《办理帮信罪意见》第5条再次强调，对于“明知”应当综合相关情形，审慎认定。另一方面，对电诈的打击，更强调挖掘背后的金主和有组织的帮信行为。例如，2024年7月26日，两高一部联合发布的十起惩治跨境电诈典型案例中的“李某某等跨境电诈案”，^[25]着重强调打击以李某为首要分子，廖某、林某等为骨干成员的电诈集团，弱化帮信罪的适用。2025年7月

[22] 参见《最高检教育部联合印发相关典型案例 共同筑牢防范电信网络诈骗校园防线》，载最高人民检察院官网2021年6月23日，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202106/t20210623_522065.shtml#1，2025年9月1日访问。

[23] 参见《人民法院依法惩治电信网络诈骗犯罪及其关联犯罪典型案例》，载《人民法院报》2022年9月7日，第2版。

[24] 参见汪斌等：《〈关于办理帮助信息网络犯罪活动等刑事案件有关问题的意见〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2025年第4期，第17页。

[25] 参见《依法惩治跨境电信网络诈骗及其关联犯罪典型案例》，载最高人民检察院官网2024年7月26日，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202407/t20240726_661524.shtml，2025年9月1日访问。

28日,两高一部联合发布的7件帮信罪及相关犯罪典型案例,^[26]也同样强调应严惩组织性、职业性(尤其卡商、卡头、行业内鬼等)和利用新型手段(如架设GOIP设备、利用虚拟货币)的帮信犯罪,对于卡农,尤其单人卖卡的在校生,应当贯彻宽严相济的刑事政策,依法通过行刑衔接转处。

二、帮信罪“主观明知”认定的实践观察

在帮信罪明知认定规则集中扩张后,司法实践对其认定的调整也进入了“快车道”,^[27]表现为三个方面的泛化,即帮信罪主观明知内容泛化、^[28]《帮信罪解释》第11条的推定泛化、打击对象泛化。为了进行充分观察,笔者以“帮信罪+明知+辩护人”为关键词,检索2015年—2023年7月31日期间的判决共18504份。^[29]以“是否对明知认定产生实质性争论”为标准,剔除“虽有辩护人但对明知无异议”或“法院不回应明知认定”的判决后,获得146份。^[30]其中,因明知内容泛化,改变构成要件的14份,占比9.59%;第11条推定内容泛化的共98份,占比67.12%;因打击对象泛化,倒果为因的共34份,占比23.29%。四个典型案例如下。

案例1:朱某帮信案。^[31]2021年3月左右,被告人朱某明知其丈夫涂某利用银行卡实施违法犯罪,仍据其要求办理多张银行卡,其中银行卡尾号7325、9190、8075作为二级卡关联到陈某等人电诈案,进账流水达55万余元。同案犯涂某供述银行卡是他在用,朱某不知情。被告人朱某供述,案发期间自己在家照顾大媳妇月子,不清楚具体情况,自己并非出租、出售银行卡,只是将卡给自己丈夫用。辩护人指出,朱某尾号7325与尾号8075并未关联至被指控的电诈案件,尾号9190并未流入被害人的诈骗款。法院认定,被告人构成帮信罪,并处罚金人民币一万元。

案例2:熊某帮信案。^[32]2021年1月21日,被告人熊某出售一套两卡(银行卡+电话卡)获利500元。该银行卡在涉案期间进出资金共计1552万余元,其中涉诈金额50万余元。2021年12月9日,被告人自动投案。法院认为,熊某在办卡时被告知不得将开办的账户出租、出借、出售给他人及可能产生的后果和责任,并签署了《办理银行账户(银行卡)法律责任告知书》(以下简称《告知书》),但仍为了“好赚”的500元好处费,出售两卡,结合认知能力,根据主、客观因素综合分析,构成帮信罪,判处有期徒刑一年两个月,罚金两千元。

[26] 参见《“两高一部”发布依法惩治帮助信息网络犯罪活动及相关犯罪典型案例》,载最高人民法院官网2025年7月28日, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202507/t20250728_702377.shtml#1, 2025年9月1日访问。

[27] 参见喻海松:《立法与司法交互视域下网络犯罪规制路径总置评》,载《政法论坛》2023年第1期,第136-139页。

[28] 参见劳东燕:《帮助信息网络犯罪活动罪的保护法益》,载《法学论坛》2025年第2期,第5页。

[29] 2023年下半年后,裁判文书的公开程度下降,所以笔者的检索截至2023年7月31日。其中2015年2份,2016年17份,2017年57份,2018年101份,2019年248份,2020年2098份,2021年10504份,2022年4255份,2023年截至7月31日1298份。

[30] 笔者对案例的考察,重点关注以下四个要素:(1)如何理解明知的概念;(2)如何认定行为人对下游犯罪的明知程度;(3)认定明知的关键因素;(4)明知的“推定”逻辑。

[31] 参见江西省余干县人民法院(2022)赣1127刑初492号刑事判决书。

[32] 参见湖南省洪江市人民法院(2022)湘1291刑初44号刑事判决书。

案例3：陈某帮信案。^{〔33〕}2020年7月底，被告人陈某应其表姐夫范某请求，办卡借其过账。经公安机关侦查，该账户共流入七名被害人共计221695元诈骗款。被告人陈某提出只是出于亲戚关系帮忙，事后也没得到费用。辩护人认为被告人陈某因与范某是亲戚，不好意思推辞并不知实际用途也未获利。法院另查明，范某确未给陈某费用，但根据侦查情况，上述银行账户转入电信诈骗资金，支付结算额大，认定被告人陈某构成帮信罪，判处拘役三个月，罚金一千元。

案例4：曹某帮信案。^{〔34〕}2020年5月前后，被告人曹某明知他人使用自己的银行卡可能用于网络赌博等违法犯罪，仍卖卡获利1500元，后该卡进出账累计14834769.74元。辩护人A认为曹某的女儿张某让其办卡，未告知其办卡用途，其认知能力无法辨明被帮助对象的行为违法性。辩护人B认为张某对办卡用途也并不明知，只是给朋友黄某帮忙。法院认定，曹某以非法获利为目的，注册银行卡帮助他人，构成帮信罪，判处有期徒刑八个月，罚金一万元。

（一）明知内容的泛化

司法解释与典型案例等将帮信罪明知的认定降格为“明知……可能”的概括认定。经过实践的进一步泛化，“明知……可能”形成三种新的认定类型。

第一类即“明知利用银行卡实施犯罪”。案例1中法院根据“被告人朱某明知其丈夫涂某利用银行卡实施违法犯罪活动”认定“朱某明知其银行卡可能被涂某用于实施信息网络犯罪活动”，构成帮信明知。第二类是“以非法获利为目的”。案例4中法院根据“曹某的银行卡，自开卡就被用于境外网赌平台的结算”认定其“以非法获利为目的，注册银行卡帮助他人网络赌博”。再如案例2，法院认为“被告人熊某在金融机构已明确告知的情况下，仍为了‘好赚’的500元好处费，出售银行卡”，进而认定其构成帮信明知。第三类是根本不明知“他人利用信息网络实施犯罪”。例如案例3中陈某出于亲戚关系帮忙，将卡借给范某过账，也未得费用，但法院裁判时避开主观明知的认定问题，径直以“公安侦查的陈某的银行账户涉及诈骗案，有七名受害人向该账户转款共计221695元”认定其构成帮信罪。

（二）《帮信罪解释》第11条推定的泛化

经司法实践的演化，《帮信罪解释》第11条共形成四类新的明知推定情形。

案例2是第一类推定情形“办卡时工作人员的告知”。第二类是签署《关于依法严厉打击惩戒治理非法买卖两卡活动的通告》（以下简称《通告》）。例如，郑某帮信案，^{〔35〕}法院认为，被告人曾签署《通告》，仍辗转提供多张银行卡，所接收钱款涉及电诈赃款，应当推定明知。第三类是办卡时签署承诺书，例如胡某帮信案，^{〔36〕}法院认为被告人办理对公账户时，银行工作人员已经提示了违法风险和法律责任，胡某明知相关规定并签字承诺，出售“对公账户”可能被用于帮信完全在其认知能力之内，应认定主观明知。王某帮信案，^{〔37〕}法院认为其办卡时，签

〔33〕 参见河南省洛阳高新技术产业开发区人民法院（2021）豫0391刑初13号刑事判决书。

〔34〕 参见河南省西峡县人民法院（2021）豫1323刑初66号刑事判决书。

〔35〕 参见上海市静安区人民法院（2022）沪0106刑初751号刑事裁定书。

〔36〕 参见河南省嵩县人民法院（2020）豫0325刑初442号刑事判决书。类似的案例包括甘肃省定西市安定区人民法院（2021）甘1102刑初28号刑事判决书、湖南省石门县人民法院（2022）湘0726刑初87号刑事判决书。

〔37〕 参见内蒙古自治区鄂托克前旗人民法院（2022）内0623刑初218号刑事判决书。

署了提醒承诺书，就已知出借银行卡会造成的后果。第四类是看到/刷到过反电诈宣传视频，例如冯某案，^{〔38〕}法院认为，冯某供述其在短视频平台刷到过关于打击买卖银行卡、对公账户的视频，知道违法，还为了牟利成套买卖银行卡，具有概括的犯罪故意。

（三）打击对象的泛化

典型案例中，两卡类帮信罪从打击有组织的“卡商”，扩张到将“单人多卡”纳入行政处罚，再到将“单人多卡”纳入刑事处罚。经司法实践的进一步扩张，大量的单人单卡被入罪。

第一类是对单人单卡的帮信入罪。例如案例2，被告人熊某系出售一套两卡（银行卡+电话卡），获利500元。第二类是对帮信的帮信的入罪。例如案例3，范某假称为了过账借用陈某的卡，那么即使范某是“卡商”，也属帮信罪，陈某的行为属于对帮信行为的帮信。第三类是对帮信的帮信的帮信的入罪。例如案例4，曹某的女儿张某为了给朋友黄某帮忙，让曹某办卡后交给她。黄某作为收卡人，是帮信；张某虽不明知办卡用途，但将卡提供给黄某，是帮信的帮信；曹某是应女儿张某要求办卡给她，就是对张某帮信的帮信的帮信。不断泛化的打击对象，导致帮信罪的法网渐趋严密，不仅将不明情况的亲属纳入帮信，还将涉世未深的学生等群体也纳入打击范围。例如，最高人民法院的调研课题显示，电诈组织为了逃避、对抗打击，将未成年人、在校学生作为重点发展对象，涉案的在校学生分布广、涉及学校多。^{〔39〕}检察机关的办案数据更显示，2023年前三季度，全国检察机关起诉电诈、帮信、掩隐三类犯罪人员中，大学专科以上（包括本科、硕士、博士）人员分别为4400余人、5900余人、7600余人。^{〔40〕}

（四）小结

上述案例的共同特征是“被告人提供银行卡+银行卡内流入涉案资金”。具备这两个条件后，即使被告人主观并不明知（如案例3）也构成帮信，即使诈骗金额未加核实（如案例1，检察机关指控的流入涉诈资金的三张银行卡，与被害人报案的涉诈银行卡号和金额都对不上）也构成帮信。帮信罪形成了“倒果为因”的认定模式。对此，有法官指出，在无直接证据能够证明被告人主观上明知转入其银行卡的钱款是犯罪所得时，被害人的陈述及银行流水记录仅能证明被诈骗的数额，对于被告人的主观明知情况并无证明力，无法认定被告人明知银行卡的钱款是涉诈款，也无法认定被告人“明知他人利用信息网络实施犯罪”。^{〔41〕}

但“倒果为因”的认定方式为何会逐渐在两卡类帮信罪明知认定中流行起来？一方面是“断卡行动”对电诈的高压打击，导致为了达成追诉，不断超越《刑法修正案（九）》与《帮信罪解释》第11条的字面含义加以解释。另一方面是司法机关面对大量人头卡被用于大额走账，存在着“有罪不能罚”的现实困境。双重压力，致使司法机关追求社会效果的需求压倒了对罪刑法定原则和正当程序的坚守，以致帮信罪的打击半径不断扩张。^{〔42〕}

〔38〕 参见河南省南阳市中级人民法院（2021）豫13刑终224号刑事裁定书。

〔39〕 参见最高人民法院刑事审判第三庭课题组：《帮助信息网络犯罪活动罪的结构形态与司法处理》，载《数字法治》2025年第1期，第67页。

〔40〕 参见《检察机关打击治理电信网络诈骗及其关联犯罪工作情况（2023年）》，载微信公众号“最高人民检察院”2023年11月30日。

〔41〕 参见广东省广州市从化区人民法院（2022）粤0117刑初430号刑事判决书。

〔42〕 参见劳东燕：《帮助信息网络犯罪活动罪的保护法益》，载《法学论坛》2025年第2期，第6-7页。

三、帮信罪“主观明知”认定规则的双重检视

帮信罪治理泛化的根源在于，以传统犯罪高压严打的旧思路应对帮信罪这类高发的网络犯罪，依赖于短时间内快速出台的司法解释性文件、典型案例、能够降低证明要求的推定规则和层层下放的打击考核指标。但如此集中地适用帮信罪，不仅未能铲除电诈的滋生土壤，还偏离了惩治重点，^[43]陷入越打越多、犯罪圈不断扩大的泥潭。其中，有学理上对《帮信罪解释》第11条定性不清的原因，也有制度上导致帮信罪明知认定不断泛化的动因。因此，对于帮信罪“主观明知”认定规则的检视应分两步走。

（一）学理检视：《帮信罪解释》第11条是推定还是推论

推定还是推论，重要的不是概念之争，而是它是否实质上充当了影响证明过程的证据性工具或推导性工具，^[44]是否对帮信罪明知认定规则的扩张和证明难度不断降低产生实质性影响。

1. 《帮信罪解释》第11条性质的学界争论

关于《帮信罪解释》第11条的性质有三种观点。一是认为该条属于推定，通过设置较低的入罪门槛，适当减小取证工作难度，实现“打早打小”。^[45]二是认为该条属于容许性推定，在所列举的情形（基础性事实）与行为人明知他人利用信息网络实施犯罪（推定性事实）之间设定了一种连接关系，客观上减轻了控方的证明负担，增加被告人被定罪的风险。^[46]三是认为该条属于推论，指出依据《帮信罪解释》第11条认定“明知”，实质就是“依据间接证据进行推理获得事实的过程”^[47]。三者各有道理，但都未区分推定和推论的核心特征。

2. 证据法上“真正推定”的三个特征

证据法上的“真正推定”通常包括三个特征：第一，从法律要件事实之外的基础性事实推出要件事实；第二，以法律的明文规定为依据；第三，允许不利一方当事人提供反面证明予以反驳。从第11条列举的六种情形（基础性事实）推出作为主要事实的要件事实（明知他人利用信息网络实施犯罪），允许不利一方当事人提供反面证明予以反驳（但是有相反证据的除外），似乎完全符合“真正推定”的形式要件。这也是前述第一、二种观点的内在逻辑，但其忽略了推定与推论最关键的区别在于推定的第二个特征“以法律的明文规定为依据”所内含的效力。

法律的明文规定，并不仅指在条文的规定上采用了列举推定情形的方式，更在于其内含的三方面的效力：一是对裁判者证据自由评价空间的限制不同。推定经过法律的规定，法官援引推定作为裁判依据时，是对法律的适用。法官从基础事实得出被推定事实的结论，并非法官通过自由

[43] 参见喻海松：《立法与司法交互视域下网络犯罪规制路径总置评》，载《政法论坛》2023年第1期，第141页。

[44] 参见劳东燕：《刑事推定中的合理联系标准——以美国联邦最高法院的判例为视角》，载《清华法学》2010年第4期，第130页。

[45] 参见周加海、喻海松：《〈关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2019年第31期，第28页。

[46] 参见吴洪洪：《帮信罪明知认定规则的规范检视与泛化矫正》，载《法学论坛》2025年第2期，第21页。

[47] 龙宗智、胡佳：《帮助信息网络犯罪活动罪的“明知”认定》，载《西南民族大学学报（哲学社会科学版）》2024年第1期，第67页。

证明评价从基础事实推导出被推定的事实，而是法律要求，即使法官无法从生活事实中获得对该要件事实的心证，^[48]也要把基础事实的证明视为要件事实的证明。对推定的适用排除或限制了法官对证明的自由评价。^[49]推论依赖的则是经验法则，通常是综合全案的间接证据，实现要件事实的证明。二是不利的一方加以反驳的证明难度不同。法官对推定的适用属于法律适用，对推定的反驳属于本证，应当达到排除合理怀疑的证明标准。但反驳一个推论是进行反证，将对方的证明程度削弱到法定证明标准以下，使裁判者产生“合理怀疑”即可。两者对反驳者施加的实质举证负担完全不同。三是适用错误的后果不同。法官对推定的适用错误，属于法律适用错误，推论错误则属于事实认定错误。根据《刑事诉讼法》的规定，区别二者，将直接影响作为救济程序的上诉审直接审理或发回重审的适用问题。^[50]

3. 《帮信罪解释》第11条属于推论

根据前述的三重效力，重新审视《帮信罪解释》第11条，其在第一重效力上就不符合推定的要求。一方面，条文规定“具有下列情形之一的，‘可以’认定行为人明知他人利用信息网络实施犯罪”。“可以”说明即使第11条所列举的六种情形（基础事实）成立，也并不限制裁判者的证据评价空间。^[51]但根据真正推定的要求，即使在没有相反证据的情况下，只要规定的推定情形（基础事实）成立，不论法官对推定事实的真实性是否真诚地相信都必须做出推定，否则就属于法律适用错误。^[52]因此，第11条并不符合真正推定的核心要求。另一方面，《帮信罪解释》之后，《断卡纪要（一）》强调对主观明知的认定应“结合认知能力、既往经历、生活环境、交易对象等情况”，并特别重视行为人对主观明知的辩解。《电诈意见（二）》与《断卡纪要（二）》也有类似要求。以上规定都在强调裁判者在认定帮信罪明知是否成立时，即使满足第11条的六种情形，也应当根据经验法则，结合要件事实以外的事实，^[53]综合认定。因此《帮信罪解释》第11条，更符合“根据间接证据推理获得事实”的推论的特征。

4. 《帮信罪解释》第11条被误用为事实推定

司法解释制定者、部分学者与司法实践为何将第11条视为推定？将其视为推定又与帮信罪的爆发和帮信罪明知认定规则的泛化有何关系？根源在于作为推论的第11条被视为事实推定。法律推定指向证明责任，事实推定则指向证明评价。真正的推定，之所以对裁判者证据自由评价空间作严格限制，是为了控制推定的风险，防止滥用，更不允许裁判者将生活经验随意添加为推定情节。但事实推定，其本质就是将特别强烈的生活经验规则加以抽象，将本为裁判辅助性手段的经验，^[54]作为裁判的依据。因此，将事实推定视为推定，是将两者相混淆，也是将推定与证明相混淆。这种混淆，只取推定能够简化证明要求、缓解证明困境的一面，未能兼顾真正的推定

[48] 参见〔德〕普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第74-75页。

[49] 参见〔德〕莱奥·罗森贝格：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第254、264页。

[50] 参见《刑事诉讼法》第236条。

[51] 参见谢文翼、高叶、向柯翰：《“两卡”网络诈骗案件中帮助行为主观明知的级层化证明思路》，载《中国检察官》2024年第8期，第18页。

[52] 参见孙远、刘慧慧：《“刑事法律推定”否定论及“允许性推定”之本质》，载《交大法学》2025年第1期，第14页。

[53] 参见向燕：《论刑事综合型证明模式及其对印证模式的超越》，载《法学研究》2021年第1期，第111页。

[54] 参见〔德〕普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第84页。

约束自由裁量空间和生活经验规则被抽象为裁判依据的另一面，使证明责任、证明标准、证明方式等均受到推定机制的冲击，导致模糊与混乱，^[55]并导向降低证明标准和改变构成要件。

回看前文《帮信罪解释》第11条推定内容泛化的四种情形中，“办卡时签署《告知书》”“签署《通告》”“签署提醒承诺书”“在短视频平台刷到关于打击买卖银行卡、对公账户的视频”等情节，都是法官将“根据生活经验概括的被告人明知”认定为“帮信罪的主观明知”。其预设的逻辑是“行为人签署/被告知→知悉法律责任→应当预见银行账户等可能被用于犯罪→放任或故意提供帮助”。这种推定逻辑，隐形中为被告人增设了一项“注意义务”，将推定的基础事实替换成“被告人违反注意义务”即构成明知。正是这种预设，不当删减了帮信罪“明知”需要证明的实体内容，^[56]增加了被告人被不当入罪的风险。

普维庭早已指出，从司法实践的结果上看，事实推定几乎总是改变法律本身，要么就是随意改变法定的证明责任，要么就是证明尺度被降级。^[57]这解释了为何将《帮信罪解释》第11条视为推定后，能拥有强大的包容性，不断将各类生活经验、办案经验抽象为推定情节，以降低证明要求和证明难度的方式，不断泛化帮信罪明知的认定情形。正是如此危险，多年来，国内外学者才一致抵制在刑事诉讼中适用事实推定。^[58]

（二）制度检视：帮信罪的治罪泛化

将《帮信罪解释》第11条定性为推定，能够简化证明，弱化对证据的要求，更便于实现断卡行动高效的打击目标。帮信罪“主观明知”认定规则正是在此背景下，助推了帮信罪的泛滥。因此，除了对其性质的检视外，还应当回到帮信罪严打的整体背景下，检视制度原因。

一是两卡类帮信罪“打早打小”治理思路的错位。打早打小强调将犯罪消灭在源头、早期、萌芽状态，^[59]其中“源头、早期、萌芽”都是针对同一犯罪主体的打击。例如对于黑恶势力集团的打早打小，强调的是对同一个黑恶势力集团，在其发展壮大前，将其消灭在萌芽状态。但在电诈治理中，其“源头”是背后的金主，“早期”是电诈团伙成为电诈集团前的萌芽状态。作为“卡农”的帮信行为，远离电诈背后的金主，属于电诈链条的最外围，不是电诈的源头，更不是电诈的“萌芽”状态。

二是严打思路下，断卡行动模糊了法治的边界。无罪推定原则要求控方将犯罪的每一个构成要件都证明到排除合理怀疑的程度，却没有表明立法者是否可以自由选择通过推定降低控方对某一或某些犯罪构成要素的证明负担。^[60]答案应当是否定的。否则就很可能导致立法者在司法政策和严打的压力下，为应对证明困境，过度降低入罪门槛，架空无罪推定原则。反观断卡行动，

[55] 参见龙宗智：《推定的界限及适用》，载《法学研究》2008年第1期，第114页。

[56] 参见敬力嘉：《论帮助信息网络犯罪活动罪的规范属性》，载《法学家》2025年第2期，第129页。

[57] 参见〔德〕普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第85页。

[58] 参见〔德〕莱奥·罗森贝格：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第254、264页；〔德〕普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第85页；孙远、刘慧慧：《“刑事法律推定”否定论及“允许性推定”之本质》，载《交大法学》2025年第1期；龙宗智：《推定的界限及适用》，载《法学研究》2008年第1期；〔美〕肯尼斯·S. 布朗主编：《麦考密克论证据》（第7版），王进喜译，中国人民大学出版社2023年版，第777页。

[59] 参见余新民：《对黑恶势力犯罪坚持“打早打小”原则的探讨》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2005年第6期，第67页。

[60] 参见劳东燕：《认真对待刑事推定》，载《法学研究》2007年第2期，第34页。

本由公安部牵头，但《断卡纪要（一）》和《断卡纪要（二）》却都由两高一部及其相关部门联合发布。重点扩张了帮信罪明知认定内容的《电诈意见（一）》和《电诈意见（二）》也由两高一部联合颁布。在高压打击态势之下，要求司法机关克制追诉倾向，显然是困难的。因此，在公检法“以降低证明难度”为导向的系列司法解释与纪要的调适下，帮信罪的治理逐渐偏离了立法预设的轨道。^{〔61〕}

三是过度强调刑事法的打击效力，忽视行政法的协调治理。2024年的《电诈意见（三）》强调“行刑衔接和宽严并用”，更强调“未成年人、在校学生和被诱骗或者被胁迫参与犯罪的人员”可依法不起诉或者免于刑事处罚，并根据相关规定进行行政处罚。但此前，2020年“断卡行动”启动时，就曾明确“要强化信用惩戒”，强调适用行刑衔接。^{〔62〕}2021年的“在校生典型案例”也将“单人多卡”情形纳入行政处罚范畴。其中耿某帮信案（用自己身份证办理9张手机卡，获利450元）的案情，相较案例3的陈某帮信案（为亲戚提供一套卡，未获利）与案例1的朱某帮信案（将银行卡给丈夫使用，未获利）而言，更严重。但耿某未被批捕和起诉，只由河北省通信管理局对耿某作出惩戒决定。可具体到司法实践，在严峻的电诈形势下，“拔高”处理相关案件似乎成为一种潜在的政治需要，^{〔63〕}过度强调刑法的治罪功能，忽视了其社会治理的面向。^{〔64〕}在此思路下，再通过层层下达打击指标的方式，以考核数据猛抓打击效果，^{〔65〕}就形成了打击范围不断扩大、对象不断泛化的帮信犯罪圈。

四、帮信罪“主观明知”认定规则的改进

帮信罪“主观明知”认定规则的泛化，是立法与司法交互造成的。一方面立法上司法解释、会议纪要、典型案例等对《帮信罪解释》第11条定性错误，导致规则不断泛化；^{〔66〕}另一方面司法上各级司法机关在电诈和断卡纪要高压的打击态势下，难以克制追诉倾向。因此，对于帮信罪“主观明知”认定规则的改进，应当从立法和司法两个方面入手。

（一）立法的改进

第一，澄清《帮信罪解释》第11条属于推论而非推定。一方面，澄清第11条的属性，有利于限缩刑事立法对打击政策的贯彻。将《帮信罪解释》第11条及系列司法解释和会议纪要的明知认定规则视为推定，是为了贯彻电诈的打击政策。但无罪推定与罪刑法定两项原则，注定了推定在刑事诉讼中适用的正当性不足。不当设置推定，不仅无法实现预期目标，还会因为违反两项

〔61〕 参见喻海松：《立法与司法交互视域下网络犯罪规制路径总置评》，载《政法论坛》2023年第1期，第139页。

〔62〕 参见《国务院打击治理电信网络新型违法犯罪工作部际联席会议决定 在全国范围内开展“断卡”行动 严厉打击整治非法开办贩卖电话卡银行卡违法犯罪 杜航伟出席部署会并讲话》，载公安部官网2020年10月10日，<https://m.mps.gov.cn/n6935718/n6936554/c7386877/content.html>，2025年4月27日访问。

〔63〕 参见骆多：《涉黑犯罪“打早打小”政策运用之反思》，载《江西警察学院学报》2014年第4期，第44页。

〔64〕 参见杨栋：《我国轻罪案件的程序实践检讨》，载《中国法学》2024年第6期，第269页。

〔65〕 据笔者调研，自断卡行动以来，各地公安机关一直存在对于帮信罪的打击考核，为了完成考核指标，催生出了一批又一批人头卡案件。

〔66〕 参见杨万明主编、最高人民法院研究室编著：《〈中华人民共和国人民法院组织法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第133页。

原则，误用所谓的事实推定，侵蚀法治的根基。将第 11 条定性为推论，能明确其所列举的情形仅仅是提示性规定，而非授权性规定，以有效阻断后续的其他司法解释、会议纪要、典型案例和司法实践，通过第 11 条第 7 项的兜底条款，不断降低证明难度，纳入简单化的认定情节，以限缩刑事立法对于打击政策的贯彻程度，克制入罪冲动。另一方面，澄清第 11 条属于推论，能够进一步明确经验法则在帮信罪明知认定中的适用空间。推定强调对法律规定的推定情形的严格适用，排除自由裁量的适用空间，推论则依赖于经验法则对案件证据的判断。将第 11 条定性为推定，就难以与从《断卡纪要（一）》开始不断强调的“结合其认知能力、既往经历等情况”“综合认定”“主客观相一致”“注重听取行为人的辩解是否合理”等经验法则适用的规定相兼容。但将第 11 条定性为推论后，不仅能与既有规定兼容，还能进一步明确经验法则在帮信罪明知认定中的适用空间，更有利于改进对事实推定的误用。

第二，立法应当对帮信罪设置双层次的治理结构。2024 年的《电诈意见（三）》和 2025 年的《办理帮信罪意见》相继强调行刑衔接，但未作具体的制度安排，仅停留在理念政策层面作倡导性规定将难有成效。^{〔67〕} 究竟如何衔接？制度上应如何作出具体可操作的安排？本文认为，应当有针对性地构建帮信罪的双层次治理结构。第一层次是帮信罪的行政处罚层，第二层次是帮信罪的刑事处罚层，两者之间的区分标准是“是否属于有组织的两卡买卖行为”。如此，在第一层的行政处罚层上，目前的立法规定阙如。结合有关研究指出的，目前涉“两卡”帮信罪已经形成了“卡农—卡商—卡头”的组织模式，具体表现为，由最底层的“卡农”提供四件套（银行卡、U 盾、身份证、电话卡），上层“卡商”租借、收购后再逐级转移至“卡头”为上游犯罪提供帮助。^{〔68〕} “卡农”仅具有概括故意，主观恶性并不大，“卡商”“卡头”则是有组织的帮信行为，其主观恶性和社会危害性等与“卡农”存在本质区别。^{〔69〕} 因此，在现有的制度框架下，可依托《行政处罚法》第 27 条第 1 款关于“双向行刑衔接”的规定，由最高司法机关通过进一步的司法解释或典型案例，明确“对于‘卡农’，特别是对于流水金额较大、获利数额较小的两卡案件，应视情况不再纳入刑法规制范围”^{〔70〕}，并由公安机关将相关案件转为行政处罚案件，作出行政处罚决定。第二层的刑事处罚层，可依托既有刑事诉讼制度下的不起诉（主要是附条件不起诉）进一步区分。一方面《办理帮信罪意见》强调对在校生、未成年人涉及两卡犯罪的，应当贯彻宽严相济刑事政策，依法从轻处罚。但“一放了之”却有潜在风险，即在校生和未成年人因能“吃到政策红利”，犯罪代价小，而被有组织的“卡商”“卡头”钻制度空子，更加肆无忌惮地利用其替自己养卡。因此，对于此种情况，对相关在校生和未成年人的两卡类案件，可由承办人员基于行为人的社会调查报告和实地走访等，视情况作出附条件不起诉决定，设置考察期，帮助误入歧途的未成年人和在校生成断与相关“卡商”“卡头”的非法联系，也斩断“卡商”“卡头”钻制度空子的不当念头。另一方面，针对有组织的“卡商”“卡头”，要坚决依照帮信罪甚至掩饰隐瞒犯罪

〔67〕 参见喻海松：《刑事一体化视角下的轻罪应对》，载《现代法学》2024 年第 6 期，第 173 页。

〔68〕 参见最高人民法院刑事审判第三庭课题组：《帮助信息网络犯罪活动罪的结构形态与司法处理》，载《数字法治》2025 年第 1 期，第 68 页。

〔69〕 参见班耿齐、董巍：《“罪当其刑”：关于“两卡”案件罪名界分的一种逆向思考——基于 D 市 2020 年以来相关案件的实证分析》，载《天津法学》2024 年第 3 期，第 22 页。

〔70〕 喻海松：《刑事一体化视角下的轻罪应对》，载《现代法学》2024 年第 6 期，第 174 页。

所得罪严惩。

双层次的治理结构，能够在两方面有效限缩帮信罪明知认定规则的泛化。一方面能够为“有罪不能罚”提供另一种方案。在高压打击态势下，要求办案机关克制追诉倾向是困难的，但追究责任的方式不限于刑事入罪，还有行政处罚。例如对于前文案例3与案例1这类亲属间单人单卡或没有获利的情况，认定构成刑事犯罪，显得不通情理，不予追究，可他们主观上虽无帮信的明知，但客观上出借的银行卡流入了电诈资金，“有罪不罚”又显得有失偏颇。此时，由两卡的相关主管行政部门对一定年限内行为人开办两卡的数量加以限制，不失为一种可行的折中方案。既保持了刑法谦抑性又能解决“有罪不能罚”的问题。在认定时就不用“倒果为因”地扩张解释构成帮信罪的主观明知，能够有效消减帮信罪明知认定规则的扩张。另一方面，行刑衔接机制能够为违法行为与犯罪行为提供一个缓冲地带，为“仅仅是单次疏忽或贪小便宜出借/出售两卡的情形”提供一种容错机制。有调研指出，绝大多数两卡类帮信罪案件的被告人是处于信息网络犯罪产业链末端的“卡农”，不仅主观恶性、行为危害相对较轻，而且获利相对较少。对于这些人，如果能够通过行政手段处罚就达到惩治目的，就可不必动用刑罚。^{〔71〕}网络世界是一种风险世界，过于严密的刑事法网看似能够更有力地打击犯罪，但也无形中放大了风险，刑事法网扩张的副产品也将由此向整个社会外溢。前文案例显示，对两卡类帮信罪的打击，在不断泛化的过程中，逐渐将“帮信的帮信”“帮信的帮信的帮信”都入罪了，违背了“打早打小”“打财断血”的初衷，不仅导致帮信罪越打越多，电诈也越打越猖獗。^{〔72〕}因此，双层次的治理机制既能消解帮信罪严打的外溢风险，也能让帮信罪的治理存在一定空间的容错机制，让急速扩张的治罪法网有所缓冲。

（二）司法的改进

第一，从证明角度，控方应当坚守底线证明。底线证明，是指按照法定的人罪和加重处罚两道“坎”，提供能用以定案的最基本的证据。^{〔73〕}具体而言，对于帮信罪主观明知的证明，司法解释等文件既已规定了有关数额/数量（如买卖卡的次数、张数、个数、获利情况、流入的电诈资金等）指标作为明知认定情形或“情节严重”的情形（5张以上、20张以上），办案人员就应当将这些指标证明到“案件事实清楚，证据确实充分”的程度。

如案例1中，公诉机关指控朱某构成帮信罪，系因其邮政银行卡（尾号7325）关联胡某被诈骗案、农业银行卡（尾号8075）关联陈某被诈骗案、中国银行卡（尾号9190）关联朱某被诈骗案。但辩护人指出三张卡收到的均非被指控的诈骗款。本案中，即使不问朱某将多张银行卡给丈夫涂某使用的主观心态如何，也至少应当将指控流入涉诈资金的三张银行卡的流水情况、流水性质等与被害人的报案情况进行逐笔核实，笔数和金额都能对得上才能予以认定。在案证据无法证明行为人明知，或者仅能证明可能明知，且卡内流入的款项与涉案资金在金额和笔数上无法对应时，应当“存疑有利于被告”。

〔71〕 参见最高人民法院刑事审判第三庭课题组：《帮助信息网络犯罪活动罪的结构形态与司法处理》，载《数字法治》2025年第1期，第69页。

〔72〕 同上注，第67页。

〔73〕 参见刘品新：《网络犯罪证明简化论》，载《中国刑事法杂志》2017年第6期，第35页。

从裁判角度，应当强调经验法则在帮信罪明知认定中的作用。系列司法解释在明知的细化规则中，不断强调对于两卡类帮信罪明知认定应当“结合认知能力、既往经历、生活环境、交易对象等情况”“重视主观明知的辩解”等经验法则的因素，但对其如何适用，缺乏类型化的归纳。本文结合调研情况和典型案例，认为适用经验法则认定帮信罪明知主要有两种类型：其一，基于碎片关联的客观证据的经验法则。源于逻辑判断的经验法则是指具备基本理性的人能以已知事项为前提推演出相应结论。^{〔74〕}具体到帮信罪主观明知，体现为基于碎片但指向同一证明方向的电子证据，证明行为人存在明知。根据笔者的调研，在陈某电诈案中，长期为陈某提供软件和技术测试的蔡某，除使用 Telegram app 同陈某团伙进行联系外，还与该团伙存在 USDT（泰达币）的频繁转账。此外，蔡某常年在微信、淘宝和部分境外软件上，购买或售卖涉黑灰产的帮信类工具。基于在案的碎片电子证据，承办人构建起“蔡某发布可售卖帮信类工具的广告—陈某团伙联系蔡某洽谈—蔡某为陈某团伙提供软件和技术支持—陈某团伙支付蔡某 USDT”的碎片电子证据证明链，确证蔡某存在帮信罪主观明知。其二，基于行为人社会调查的经验法则。这一类是更偏向于根据生活常情常理判断的经验法则。例如 2021 年“在校生典型案例”4 之许某帮信罪不起诉案。肥东县检察院在审查起诉过程中，到许某所在学校调取相关资料，了解到许某在校日常表现良好，无其他前科劣迹，是在寻找社会兼职过程中，由于法治观念淡薄，被犯罪团伙利用，成为犯罪“工具人”。但本案若以许某实施行为（自行办理了一张手机卡后，被带领在 7 家银行各办理 1 张银行卡）+ 认知程度（职业技术学院在校学生，有判断能力）+ 情节严重（7 张银行卡被用于实施电诈，被害人转入资金共计人民币 22 万余元）等综合认定，许某必然会被定罪。但本案肥东县检察院最终根据在案的具体情况作出不起诉决定，并会同教育部门和相关学校加强教育管理，帮助许某迷途知返、走上正途。

融入经验法则后，作出的惩处更能与一般公众的认知判断和普遍道德一致，^{〔75〕}更符合公众的道德期待。^{〔76〕}仍以前文案例 3 与案例 1 为例。前者是帮亲戚，后者是帮自己丈夫。前者认为“出于亲戚帮忙，不好意思推辞”，后者认为“涂某是她丈夫，说炒‘火币’挺赚钱，叫她办几张银行卡炒‘火币’，她觉得没有理由拒绝，认为自己既不是出租，也不是出售银行卡，将银行卡给自己丈夫使用应当没有事”。这种情况下，如果法官能够以基于行为人社会调查的经验法则开展审判工作，对被告提出的辩解进行走访调查，或许就不会作出刑事判决，而以行政处罚或一定期限内限制两卡办理的方式，作出更合乎社会一般人朴素价值观的判断。

五、结 语

以严惩为导向的打击政策，依赖于短时间内快速出台的司法解释性文件、典型案例、能够降

〔74〕 参见孙锐：《刑事诉讼中经验法则的运用机理及规范路径》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 6 期，第 163 页。

〔75〕 参见赵宏：《权力的边界》，云南人民出版社 2023 年版，第 22 页。

〔76〕 参见班耿齐、董巍：《“罪当其刑”：关于“两卡”案件罪名界分的一种逆向思考——基于 D 市 2020 年以来相关案件的实证分析》，载《天津法学》2024 年第 3 期，第 15 页。

低证明要求的推定规则和层层下放的打击考核指标。这是以传统犯罪打击的旧思路应对网络犯罪多变的新态势，呈现出一种无力感。但比无力感更应当警惕的是传统打击思路下不当入罪对法治结构的消解。帮信罪是网络犯罪全局治理的一个缩影。因其几年内的迅速爆发，案件量激增，集中暴露了以简化证明方式应对网络犯罪证明困境的弊端，为观察网络犯罪应对策略的不足提供了一个可供研究的对象。网络时代，传统犯罪逐渐网络化，如何推动科学法则在刑事证明中发挥作用，^{〔77〕} 助推网络犯罪实现良法善治，是网络时代、技治时代应当继续深入研究的课题。

Abstract: The identification rules for “subjective knowledge” in the crime of aiding information network criminal activities constitute the core factor behind the surge in cases involving this offense. The formation of these rules has generally undergone five stages: “strict determination → presumption → presumption + comprehensive determination → quantification → retraction”. However, characterizing these rules as presumptive is erroneous, leading to three forms of generalization in practice: the broadening of subjective knowledge requirements for the crime, the excessive application of presumptions under Article 11 of the Judicial Interpretation on this crime, and the continuous expansion of prosecution targets. These three generalizations have further evolved in practice, resulting in the criminalization of scenarios such as single-person single-card aiding, aiding the aiders, and even aiding the aiders of aiders. This has fundamentally altered the knowledge requirements for the crime and established a “effect being converted into cause” determination model where guilt is premised solely on “the defendant providing bank cards + the inflow of cyber fraud funds into said cards”. To address this, legislative reforms should clarify that Article 11 of the Judicial Interpretation constitutes inference rather than presumption and establish a two-tiered governance structure for the crime. In judicial practice, courts must adhere to baseline evidentiary standards and emphasize the role of empirical reasoning in determining knowledge for this offense.

Key Words: crime of assisting information-network criminal activities, subjective knowledge, effect being converted into cause, baseline evidentiary standards, experience

(责任编辑: 李 伟)

〔77〕 参见〔美〕米尔吉安·R. 达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第227页。