

## 数据受托人信义义务的理论阐释与制度进路

冯 果 鄢浩宇\*

---

**内容提要：**数据利用的繁盛与数据权利的失语形成强烈反差，单纯依赖“赋权—维权”的传统数据保护模式面临数据主体行权维权能力有限和数据权益救济效果不足的困境，局限性日益突出。数据受托人制度将数据主体和数据处理器间的数据处理关系拟制为“委托—受信”的信义法律关系，将制度重心放在数据处理者的行为规制上，以调整不平衡的权力架构，加强对数据主体权益保护救济的同时兼顾合理的数据处理行为。从信义关系的法理基础出发，通过阐释受托客体的适格条件、信义义务的价值导向等制度要素，能够论证数据受托人信义义务的制度兼容性和可行性，构建制度运行所需的理论基础。应提炼信义法律关系的产生条件，厘清信义义务的具体内容，疏通权益救济的多元渠道，构建信义法律体系下数据保护利用的制度框架，形成基于数据受托人信义义务规范数据处理活动的治理新模式。

**关键词：**数据信托 数据受托人 信义义务 数据治理

---

数字经济时代，数据的安全保护需求愈发迫切，数据的流通利用需求不断凸显，保护和利用的内生张力使得数据相关法律制度的设计必须达到权衡兼顾多方利益价值的效果。信义法律制度在这一情境下展现出较大的应用潜力，其一方面赋予数据受托人一定的自由裁量权，能够使数据受托人合理开发利用数据，另一方面对数据受托人科以严格的信义义务，使其必须保障数据主体权益，在避免数据主体疲于应对纷繁复杂的数据处理请求的同时保留数据主体对于自身数据权益的合理期待，是一种理想的制度框架。2022年12月国务院发布的《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（以下简称“数据二十条”）提出，要探索由受托者代表个人利益，监督市场主体对个人信息数据处理利用的机制，意味着中央层面对数据受托人制度的关注。国内已有部分学者对数据信任、数据信托、信息受托人理论、数据控制者信义义务等相关论题进行了有益的探讨，但或是一定程度上对于数据受托人制度存在曲解，或是未充分

---

\* 冯果，武汉大学法学院教授；鄢浩宇，武汉大学法学院博士研究生。

结合我国实际的制度语境进行分析，难言真正阐释了数据受托人制度的价值。应当从数据治理的现实困境出发，发挥数据受托人制度的功能和优势，明确数据受托人制度的兼容性和可行性，构建适合本土语境的数据保护利用制度。

## 一、数据治理的路径转向：从“赋权—维权”到“委托—受信”

受制于传统路径的依赖，步入数字经济社会后，个人数据权利的保护依旧遵循“赋权—维权”的传统模式，主要依赖个人主体的行权维权来实现对数据权利的保护，但个人主体自决能力有限、权利救济实际效果不足等现实因素使传统的“赋权—维权”模式难以满足数据治理的需要。相较之下，将数据主体视为委托人，数据处理者视为信义义务受托人的“委托—受信”模式具备诸多制度优势，是更为可行的数据治理路径。

### （一）“赋权—维权”模式的理论瑕疵与实践窘境

#### 1. “理性人”的赋权预设不尽现实

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）、《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）确立了“知情同意”的个人数据收集处理基本原则，并对个人数据主体赋予了知情权、决定权、查阅复制权、数据可携权、更正权、反自动化决策权、删除权（被遗忘权）、同意撤回权等一系列个人数据权利。立法赋权预设个人数据主体能够就他人收集处理其个人数据作出自身利益最大化的决策，并为此承担相应的责任，即个人主体对于个人数据的自主支配、自主决断和自主责任。<sup>〔1〕</sup>但实际上，这种预设存在许多“乌托邦”式的愿景和设想，个人数据主体的实际自决能力和意愿远远没有达到立法所预设的程度。

第一，个人数据主体缺乏自决意愿。个人用户对于药品、食品等问题具有更高的敏感性、主动性和安全共识，但对于个人隐私问题实际上并未形成积极的保护意识和广泛的安全共识，对于相关的隐私政策和服务协议缺乏阅读和了解的兴趣和主动性。<sup>〔2〕</sup>在接受网络服务时个人往往表现出决策厌恶，<sup>〔3〕</sup>不愿作出过多决策，也不愿承担因此可能带来的风险，过多的告知和选择使个人数据主体不得不花费更多时间和精力来作出应对，反而成为一种负担。有实验表明，在隐私政策简化和增加更多警示后，个人数据主体的隐私选择和数据披露意愿基本没有变化，<sup>〔4〕</sup>原因即在于个人用户对个人数据处理决策的相对漠然。即使个人用户足够重视个人信息保护，要求其主动阅读在使用网络服务过程中涉及的所有隐私政策也是不现实的，有研究结果显示平均每个消费者每年需要花费 201 个小时才能阅读完所有的服务条款和隐私政策，所需投入的时间成本约可折合为 3534 美元。<sup>〔5〕</sup>

〔1〕 参见吴泓：《信赖理念下的个人信息使用与保护》，载《华东政法大学学报》2018年第1期。

〔2〕 参见丁晓东：《个人信息保护：原理与实践》，法律出版社2021年版，第97-98页。

〔3〕 参见许可：《欧盟〈一般数据保护条例〉的周年回顾与反思》，载《电子知识产权》2019年第6期。

〔4〕 See Ben-Shahar, Omri & Adam Chilton, *Simplification of Privacy Disclosures: An Experimental Test*, 45 *The Journal of Legal Studies* 41 (2016).

〔5〕 See Aleecia M. McDonald & Lorrie Faith Cranor, *The Cost of Reading Privacy Policies*, available at <https://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>, last visited on Feb. 2, 2024.

第二，个人数据主体缺乏自决能力。数据处理活动具有高度的复杂性和专业性，个人用户往往不具备完全理解其中的数据风险并作出理性决策的能力。个人用户在对于数据处理者提供的服务存在依赖的情况下，往往也不具备自主作出是否同意授权个人数据决定的条件。此外，在高度网络数据化的个人数据处理活动中，个人数据主体实际上已经失去了对于个人数据的控制，无从知晓其个人数据被收集后是如何处理的，遑论对个人数据的自主支配和自主决策。

基于以上种种原因，个人数据主体作出的知情同意实际上是形式化的，某种程度上，知情同意规则已经成为数据控制者的“避风港”，〔6〕个人数据主体这一数字社会中的弱势主体，承担了管理和保护个人数据的首要责任，〔7〕数据控制者反而通过形式上的知情同意满足合规条件从而获得免责，这实际上是将数据保护的责任转嫁给了个人数据主体，“理性人”的赋权假定与个人数据主体失权事实的背离，体现出了法律责任的不当配置。

## 2. “形式化”的权益救济隔靴搔痒

在“赋权—维权”的数据治理模式下，数据权益的侵害主要通过数据主体自身的行权维权来实现救济，其中最重要的途径就是起诉侵权的数据处理者，但现有条件下这种救济方式效果不佳，数据主体提起诉讼后难以胜诉，即使胜诉后所得到的救济结果也不尽如人意。

首先，在数据侵权诉讼中，个人数据主体需要面临巨大的举证压力和败诉风险，通过诉讼获得权益救济的可能性极低。《个人信息保护法》颁布前，个人需要严格证明数据处理者的主观过错、侵害行为、实际损害以及因果关系等侵权构成要件，即使《个人信息保护法》颁布后对个人数据侵权中主观过错要件的证明进行了举证责任倒置，仍然需要对其他三个方面进行举证，且以上三个方面的举证都面临困难。其一，由于数据的虚拟性和数据活动的隐蔽性，个人数据主体难以对侵害行为进行举证。其二，现有侵权法体系中仅对可举证证明的、带来明显损害的侵害进行救济，〔8〕然而众多的数据损害是无形性、累计性、潜伏性和未知性的，难以满足侵权法中对于损害的界定标准。〔9〕其三，由于数据处理的复杂性和专业性，数据处理行为与个人数据权益损害之间的联系存在未知性和不确定性，在因果关系的认定上存在困难。这使得司法实践中，个人数据主体往往因为“不足以证明数据处理者实施了侵害行为”〔10〕“不足以构成侵权法上的损害”〔11〕“数据处理行为与损害结果之间不存在因果关系”〔12〕而败诉。

其次，现有诉讼机制所提供的救济结果难以实现对个人数据权益损害的充分救济。第一，个

〔6〕 See Chirita, *The Rise of Big Data and the Loss of Privacy, in Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: towards A Holistic Approach?* Springer, 2018, pp. 153–189.

〔7〕 See *10 Breakthrough Technologies 2021*, MIT Technology Review, available at <https://www.technologyreview.com/2021/02/24/1014369/10-breakthrough-technologies-2021/>, last visited on Jul. 25, 2022.

〔8〕 参见朱晓峰、夏爽：《论个人信息侵权中的损害》，载《财经法学》2022年第4期。

〔9〕 参见田野：《风险作为损害：大数据时代侵权“损害”概念的革新》，载《政治与法律》2021年第10期。

〔10〕 参见广州互联网法院（2023）粤0192民初256号民事判决书；北京市第四中级人民法院（2022）京04民终222号民事判决书；江苏省南京市中级人民法院（2016）苏01民终3947号民事判决书；西安市未央区人民法院（2017）陕0112民初1252号民事判决书。

〔11〕 参见辽宁省鞍山市中级人民法院（2023）辽03民终1358号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2017）京01民终字第509号民事判决书。

〔12〕 参见杭州互联网法院（2022）浙0192民初4259号民事判决书；广西壮族自治区东兰县人民法院（2018）桂1224民初365号民事判决书。

人数据兼具人格性权益和财产性权益，但由于实践中的救济方式主要为行为性质的救济，如停止侵害、消除影响等，较少涉及财产性的救济，数据侵权行为已造成的损害不可逆，行为性质的救济又没有带来实质性的赔偿，救济结果不尽如人意。第二，受制于传统民法的填补性赔偿原则，即使是财产性救济也难以达到理想化的赔偿程度，赔偿数额与理论数额相差较远，<sup>[13]</sup>以“填平”为目的的赔偿实际上未能“填平”数据主体遭受的实际损失。

## （二）“委托—受信”模式的理念更新与制度进阶

相较于“赋权—维权”的数据治理模式，“委托—受信”模式下的数据保护聚焦于数据处理者的义务和责任，将制度重心从个人数据主体的行权维权转向对数据处理者的行为规范。

### 1. 倾斜性保护：平衡数据处理者和数据主体的权力架构

首先，数据处理者信义义务的标准高于一般合同中对于数据保密的附随义务，更有利于保护数据主体的权益。合同附随义务主要源于民法当中的诚实信用原则，仅要求当事人“对对方的利益给予合理的关注和照顾”，是在勿害他人的情况下追求自我利益的最大化，本质上是利己的。信义义务要求受托人为了受益人的最大利益甚至是唯一利益而行事，并且要求受托人对此积极勤勉地履行相关职责，本质上是利他的。<sup>[14]</sup>一般合同当中的数据收集处理行为往往不是合同内容的核心，而是为完成合同所需的辅助部分，因此数据处理者对于合同中可能涉及的相关数据保护仅需履行一定的合同附随义务，即对相关数据进行保密，不主动公开和泄露，但是否能够进行收集处理以及进行何种程度的收集处理则处于灰色地带，而信义义务则要求数据处理者在收集处理数据时保障数据主体的权益。因此，从义务的严格程度上而言，信义义务要严于一般合同当中的附随义务，能够实现对数据主体权益的更好保护。

其次，数据处理者信义义务提供一种总体性的原则和标准，能够弥补传统合同规制手段存在的不足，即始终存在不完全合同问题和代理成本问题两大困境。不完全合同理论认为，基于交易主体的有限理性、交易信息的不完全性以及交易事项的不确定性，拟定充分完备的交易合同是不可能的，合同拟定之时风险就必然存在。<sup>[15]</sup>代理成本理论认为，代理人和被代理人之间存在潜在的利益冲突，需要恰当的手段来激励和规制代理人行为。<sup>[16]</sup>以上两个问题均存在于数据处理活动中，数据主体难以对数据处理者的行为规范进行具体细微的事先约定，<sup>[17]</sup>过于粗疏将带来较大的代理成本，过于严密又将限制合理的数据处理行为，因此通过传统的合同手段规制数据处理者的数据处理行为存在一定的局限。相较之下，信义义务提供一种总体性和原则性的标准，<sup>[18]</sup>以数据处理者是否以数据主体的最佳利益行事和是否积极勤勉地履行数据保护义务为主要依据，判断其是否违背信义义务以及是否需要承担相应责任，而不拘泥于具体的合同条款，能够实现对

[13] 参见山东省德州市德城区人民法院（2022）鲁1402民初2953号民事判决书；山东省平度市人民法院（2022）鲁0283民初1447号民事判决书；广州互联网法院（2022）粤0192民初20966号。

[14] 参见赵廉慧：《论信义义务的法律性质》，载《北大法律评论》2020年第1期。

[15] See Milton Harris, *Book Reviews: Firms, Contracts, and Financial Structure*, 9 *The Review of Financial Studies* 1271 (1996).

[16] 参见〔美〕詹森：《企业理论》，童英译，上海财经大学出版社2008年版，第79-85页。

[17] See Sitkoff, *The Economic Structure of Fiduciary Law*, 91 *Boston University Law Review* 1039, 1042 (2011).

[18] See Chirag Arora, *Digital Health Fiduciaries: Protecting User Privacy When Sharing Health Data*, 21 *Ethics and Information Technology* 181, 186 (2019).



数据权益更好的保护。

再次，数据处理器信义义务能够超越目前仍然较为抽象和原则的法定数据保护义务，作为一项制度性的框架，反哺数据保护制度规则在立法上的完善。在数据的保护方式上，《民法典》第127条采用了引致条款，即“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”，但专门性的法律对于数据保护的制度规则仍然规定得较为抽象和原则，以较为核心的数据分类分级保护制度为例，数据处理器应当如何构建制度框架，采取何种程度的制度措施很大程度上仍缺乏配套的细化规则，<sup>[19]</sup>数据保护相关制度规则的落实面临“最后一公里”问题。数据处理器信义义务作为一项制度性框架，能够通过信义法律制度的机理对数据处理器产生激励和威慑作用，促使其将立法上关于数据保护抽象和原则的规定根据实践的具体需要和行业的一般经验内化为数据收集处理活动中的具体制度规则和措施，完成对立法上数据保护相关制度规则的落实。实际上，数据处理器信义义务的具体内容取决于数据处理器和数据主体之间具体的数据处理关系以及具体数据活动事项，并不存在统一的信义义务标准，这与数据保护当中形成的“场景理论”共识相契合，<sup>[20]</sup>能够避免立法上对于数据保护一刀切的规定。在数据处理器信义义务框架下，数据处理者的受信数据收集处理活动实际上为数据的保护利用划定了实践标准，通过不断分析总结已有的实践经验，可以进一步推动立法上数据保护相关制度规则的完善。此外，由于数字技术的快速发展和频繁更迭，可能产生潜在的新型数据风险，立法的相对滞后性难以进行及时回应，运用法律上的基本原则进行处理又将面临“向一般条款逃逸”之嫌，<sup>[21]</sup>信义义务的开放性和包容性有利于适应变幻的社会需求，<sup>[22]</sup>更为契合数字经济发展的不确定性和复杂多变性。

## 2. 自主性运营：发挥数据必要的流通利用价值

数字经济时代，数据的价值很大一部分体现在数据的二级利用上，收集数据之初的个人授权和同意已经沦为形式，应当将制度重心放在数据处理者的数据处理行为及责任承担上。<sup>[23]</sup>

数据受托人信义义务下，制度的重心被放在最了解数据处理情况和数据处理风险的数据处理器身上，以实现数据处理者的自主运营和自主责任。对数据处理器施加严格的信义义务约束其数据处理行为，既避免了个人数据主体的决策困扰和决策风险，又保留了数据主体对数据权益的合理期待。基于信义法原理，数据处理器作为受托人拥有一定的自由裁量权，能够在一定范围内作出其认为符合数据处理目的和数据主体利益的数据处理活动，提高数据的处理效率，这与实践当中的数据处理活动现状也更为符合。

自主性运营并非降低了数据流通利用中的安全保护要求，而是在一定范围和条件下的事前豁免授权，但在事中、事后都提出了更程度的安全保护要求。在信义义务的框架下，数据处理器可以取得对数据处理活动的自由裁量权，但需保证在数据处理活动中对数据主体负有相应的忠实

[19] 参见袁康、鄢浩宇：《数据分类分级保护的逻辑厘定与制度构建——以重要数据识别和管控为中心》，载《中国科技论坛》2022年第7期。

[20] 参见丁晓东：《论个人信息概念的不确定性及其法律应对》，载《比较法研究》2022年第5期。

[21] 参见韩世远：《民法基本原则：体系结构、规范功能与应用发展》，载《吉林大学社会科学学报》2017年第6期。

[22] 参见吴伟光：《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》，载《中国法学》2021年第6期。

[23] 参见〔英〕维克托·迈尔-恩舍伯格、肯尼思·库克耶：《大数据时代——生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社2013年版，第220页。

义务和注意义务。当数据处理者遵守信义义务时，能够获得自由裁量权，当数据处理者违背信义义务时，则需要受到严格的责任处罚，由此能够形成对数据处理者的正向激励和责任威慑。

### 3. 私力性救济：弥补救济机制的滞后和不足

首先，信义法律制度框架下，数据主体的诉讼救济渠道更为畅通。信义义务高于一般的合同注意义务，并且包括合同中并未明确约定但在信义义务下确有履行必要的相关义务，这使数据处理者举证证明自身已经履行信义义务存在更大的难度，数据主体的胜诉几率得到提高。其次，信义义务机制下，数据主体所能获得的救济效果更为充分。除了提起一般的诉讼，数据主体还可以通过行使归入权来要求数据处理者将违背信义义务所获得的私利归于数据主体所有。利益归入责任不以受益人是否遭受实际损失为前提，也不计数据处理者为获得私利所付出的成本，是一种信义法律制度下特殊的惩罚性责任，因此能够实现和数据主体更为充分的救济。

此外，由于信义法律制度框架下私力救济的渠道更为充分，形成了数据主体对数据处理者的制衡和数据处理者自律治理的格局，<sup>[24]</sup> 避免公权力直接介入数据治理可能造成的信息失灵、容错率低和资源有限的问题，<sup>[25]</sup> 使公权力能够在更为中观和宏观的层面实施对数据的治理监管，形成“回应性”的监管模式，<sup>[26]</sup> 更好构建数据保护利用的治理体系。

## 二、数据受托人的模式选择：本土化和工具理性的导向

域外关于数据受托人信义义务制度的讨论中存在两种较为典型的理论模式，一种为以英国学者尼尔·劳伦斯为代表的“数据信任理论”，其主张由一个第三方的机构汇集数据主体的相关数据，由该机构以受托人的身份来履行数据管理的义务，对其他主体的数据利用请求进行授权许可；<sup>[27]</sup> 另一种为以美国学者杰克·巴尔金为代表的“信息受托人理论”，其将数据收集处理活动中数据主体和数据处理者之间的关系拟制为信义法律关系，主张数据处理者应当对数据主体承担数据处理的信义义务。<sup>[28]</sup> 我国对于数据受托人信义义务制度的讨论呈现出二元分野的格局，有的支持数据

[24] 参见鄢浩宇：《数据要素市场培育的制度需求与法治保障》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2023年第3期。

[25] 参见吴伟光：《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》，载《中国法学》2021年第6期。

[26] 参见杨炳霖：《监管治理体系建设理论范式与实施路径研究——回应性监管理论的启示》，载《中国行政管理》2014年第6期。

[27] 尼尔·劳伦斯的数据信任理论最早在2016年5月的一篇网络文章《数据信任》中提出，其后在相关论文中更为系统地阐释。See Neil Lawrence, *Data Trust*, available at <https://inverseprobability.com/2016/05/29/data-trusts#fnref:origin>, last visited on Feb. 2, 2024; Neil Lawrence, *Data Trusts Could Allay Our Privacy Fears*, available at <https://www.theguardian.com/media-network/2016/jun/03/data-trusts-privacy-fears-feudalism-democracy>, last visited on Feb. 2, 2024; Sylvie Delacroix & Neil D. Lawrence, *Bottom-Up Data Trusts: Disturbing the "One Size Fits All" Approach to Data Governance*, 9 *International Data Privacy Law* 236 (2019).

[28] 巴尔金的信息受托人理论最早在2014年3月的一篇博客文章《数字时代的信息受托人》中提出，其后通过相关论文不断论述完善。See Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries in the Digital Age*, available at <https://balkin.blogspot.com/2014/03/information-fiduciaries-in-digital-age.html>, last visited on Feb. 2, 2024; Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 *University of California Davis Law Review* 1183 (2016); Jack M. Balkin, *Free Speech Is a Triangle*, 118 *Columbia Law Review* 2011 (2018); Jack M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 *University of California Davis Law Review* 1149 (2018); Jack M. Balkin, *Fixing Social Media's Grand Bargain*, available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3266942#](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266942#), last visited on Feb. 2, 2024; Jack M. Balkin, *The Fiduciary Model of Privacy*, 134 *Harvard Law Review Forum* 11 (2020).

信任模式下由第三方主体作为数据受托人，<sup>[29]</sup>有的支持信息受托人模式下由数据处理者作为数据受托人。<sup>[30]</sup>应当澄清的是，数据信任模式和信息受托人模式并非两种互相排斥的制度模式，两者各有自身的制度优劣性，往往需要选择具体的适用情形才能发挥真正的制度效果，在规范数据处理者的数据处理行为上，信息受托人模式具有更强的适用性。还有学者从资产化的角度来讨论数据信托，<sup>[31]</sup>但主要关注数据资产化而非数据治理，故不在本文中赘述。

### （一）数据信任模式的水土不服和语境缺失

数据信任模式预设了一个可信的第三方主体，该第三方主体将数据权利汇集，代表数据主体的利益对抗数据处理者，管理数据的授权许可和监督数据处理者的数据处理行为。但实际上，这种制度模式面临着一系列理论上的缺陷和实践中的窘境。首先，可信第三方数据管理者的选任存在困难。已有实践表明，若不能妥善解决对第三方主体的信任问题，将难以构建起数据信任的运营基础，以2017年Google旗下子公司步道实验室（Sidewalk Labs）开展的“公民信托计划”为例，因为当地居民对于第三方数据管理者的不信任，导致该计划遭到广泛抵制，最终宣布取消。<sup>[32]</sup>其次，数据主体的参与积极性无法解决。对于数据主体而言，其一般在接受网络服务的情况下才愿意无偿提供个人数据，在其他情况下缺乏主动无偿提供个人数据的激励，如果缺乏足够的主体参与，则数据信任的运营模式将失去基础。再次，运营成本和利益分配存在困难。即使数据主体愿意无偿提供个人数据，第三方数据管理者的运营成本如何解决也是需要解决的问题，如果为解决运营成本的问题允许第三方数据管理者从数据管理当中获取利益，则将面临更为棘手的利益冲突和利益分配的问题，如果为避免利益冲突和利益分配的问题将第三方数据管理者定位为非营利机构或机关单位，经费由政府支持，则又将落入公权力监管的窠臼。此外，第三方数据管理者对数据处理者的监督难以有效实现。第三方数据管理者作为一个独立于数据处理者的主体，几乎很难直接参与到数据处理者内部的相关业务和数据处理活动当中，其监督往往只能流于表面，如果第三方数据管理主体不能发挥监督实效，则徒增数据处理活动的成本，并且扩展了数据接触链，进一步增加了数据泄露的风险。实践中存在的诸多第三方数据管理者往往扮演的是数据中介和数据商的角色，其将个人数据汇集后进行匿名化的处理，之后共享给数据需求方，实际上并未对数据的处理利用进行监督。

[29] 参见翟志勇：《论数据信托：一种数据治理的新方案》，载《东方法学》2021年第4期；丁凤玲：《个人数据治理模式的选择：个人、国家还是集体》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2021年第1期；李智、姚甜甜：《数据信托模式下受托人信义义务之规范》，载《学术交流》2022年第2期；冉从敬、唐心宇、何梦婷：《数据信托：个人数据交易与管理新机制》，载《图书馆论坛》2022年第3期；田奥妮：《第三方数据信托：数据控制者义务的困境及其破解》，载《图书馆论坛》2022年第8期。

[30] 参见吴泓：《信赖理念下的个人信息使用与保护》，载《华东政法大学学报》2018年第1期；冯果、薛亦飒：《从“权利规范模式”走向“行为控制模式”的数据信托——数据主体权利保护机制构建的另一种思路》，载《法学评论》2020年第3期；吴伟光：《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》，载《中国法学》2021年第6期；席月民：《数据信托的功能与制度建构》，载《民主与法制》2021年第3期。

[31] 参见凌超：《“数据信托”探析：基于数据治理与数据资产化的双重视角》，载《信息技术与政策》2022年第2期；钟宏、袁田：《数据信托的制度价值与创新》，载《中国金融》2021年第19期。

[32] See Jessica Mulholland, *Sidewalk Labs Releases “Toronto Tomorrow” Master Plan*, available at <https://www.govtech.com/smart-cities/sidewalk-labs-releases-toronto-tomorrow-master-plan-.html>, last visited on Feb. 2, 2024; Chris Fox, *Google Affiliate Sidewalk Labs Abruptly Abandons Toronto Smart City Project*, available at <https://toronto.ctvnews.ca/google-affiliate-sidewalk-labs-abandons-toronto-waterfront-project-1.4928968>, last visited on Feb. 2, 2024.

## （二）信息受托人模式的制度兼容与价值契合

信息受托人模式下，由数据处理者对数据主体承担数据处理的信义义务，通过信义法框架实现对数据处理者的监督，无需面临上述数据信任模式下的数据管理者选任、数据主体参与积极性、运营成本和利益分配的问题，也能够更好地实现监督规范数据处理行为的效果。虽然有学者提出信息受托人模式可能存在利益冲突和义务冲突的问题，<sup>[33]</sup>但后文将详述，经过一定的制度改造，数据受托人信义义务制度效用的发挥并不会受到影响。

此外，信息受托人模式与我国现有的个人信息保护制度存在巧妙的契合。我国的《个人信息保护法》确立了个人信息保护负责人制度，要求处理个人信息达到一定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人，由个人信息保护负责人对个人信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督。<sup>[34]</sup>实践当中，个人信息保护负责人往往由公司的高管担任，当数据主体将数据委托给数据处理者时，实际上也委托给了作为数据处理者内部人员的个人信息保护负责人，因此数据受托人信义义务的具体履行主体是数据处理者内部的董事高管层和个人信息保护负责人，由董事高管层实际管理运营数据，由个人信息保护负责人对数据的管理运营进行监督。个人信息保护负责人作为数据处理者的内部人员，可以深度参与数据处理者内部的相关业务和数据处理活动，实质行使对数据处理活动的监督权限，既一定程度地解决了数据受托人模式下可能的利益冲突和义务冲突问题，又进一步提升了对数据处理者的监督效果，实现制度理论与制度语境的巧妙契合。

## 三、数据受托人信义义务的逻辑展开：理论兼容与制度可行

制度的构建需具备现实的条件和具体的语境，在我国的制度环境和法律体系下，数据受托人信义义务制度具备理论上的兼容性和制度上的可行性，能够以信义法的基本原理为依据，在信义关系的成立、信托客体的适格、信义义务的内容上得到良好的阐释。

### （一）信义关系的法理分析：数据信义关系产生的正当性基础

信义法是不断发展的，是一个相对开放而非封闭的法律关系体系，随着社会和经济的发展，不断有新的社会关系被确认为信义法律关系而纳入信义法的范畴当中，<sup>[35]</sup>尤其在英美法系中，信义关系广泛存在于律师与客户、<sup>[36]</sup>会计师与客户、医生与患者、<sup>[37]</sup>监护人与被监护人、<sup>[38]</sup>雇主与雇员<sup>[39]</sup>等社会关系之中，配偶之间、朋友之间等新型信义关系也在不断被讨论。

---

[33] 参见邢会强：《数据控制者的信义义务理论质疑》，载《法制与社会发展》2021年第4期；Lina M. Khan & David E. Pozen, *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 *Harvard Law Review* 497 (2019).

[34] 参见《个人信息保护法》第52条。

[35] See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 *California Law Review* 795, 796 (1983).

[36] See Edward D. Spurgeon & Mary Jane Ciccarello, *The Lawyer In Other Fiduciary Roles: Policy and Ethical Considerations*, 62 *Fordham Law Review* 1358 (1994).

[37] See Marc A. Rodwin, *Strains in the Fiduciary Metaphor: Divided Physician Loyalties and Obligations in a Changing Health Care System*, 21 *American Journal of Law & Medicine* 241, 242 (1995).

[38] See Michelle Oberman, *Mothers and Doctors' Orders: Unmasking the Doctor's Fiduciary Role in Maternal-Fatal Conflicts*, 94 *Northwestern University Law Review* 451, 457 (2000).

[39] See Matthew T. Bodie, *Employment as Fiduciary Relationship*, available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2770072](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2770072), last visited on Feb. 2, 2024.



我国虽然没有普通法与衡平法的二元划分，但仍然拥有信义法适用的法律环境和制度空间，我国法律体系中，公司的董监高与公司和股东之间，证券服务机构与证券发行人之间等都存在信义法律关系。英美法系中信义法对于衡平法的依赖，实际上是司法裁判对于具体个案中公平正义理念的依赖，通过衡平法基于法官的“良心”来实现对弱势者和无助者的法律救济，在这个意义上，我国包括任何一个现代法治国家实际上都存在自己的衡平法传统。<sup>〔40〕</sup>我国民法中的“公平原则”和“诚实信用原则”等基本原则与英美法系中衡平法的理念存在异曲同工之处，史尚宽教授把诚实信用原则看作大陆法系国家法官手中的衡平法，通过正义衡平的原则实现具体案件中的社会公正。<sup>〔41〕</sup>《个人信息保护法》第5条规定的“诚信原则”是数据控制者信义义务构建的法理基础，诚信原则与信义法中所强调的忠诚地对待信任、积极地履行义务、不得欺诈或获取不当利益的基本法理相通，<sup>〔42〕</sup>信义法律规则可以作为诚实信用原则在特定社会关系下的制度进阶，<sup>〔43〕</sup>更好地实现司法裁判中的公平正义理念。从数据处理活动中各方主体的权利义务关系看，其符合信义法律关系的基本特征。

第一，数据主体对于数据处理者存在高度的信赖。所有信义关系均以信赖关系的存在为前提，<sup>〔44〕</sup>正如美国律师协会指出的，任何一方在对方知情的情况下对其给予信任和信心，都有可能建立一种信义关系。数据主体对数据处理者的信赖包括信任和依赖，前者是指数据主体认为数据处理者能够信守承诺保护数据主体的数据权益，后者是指数据主体依赖于数据处理者提供的服务及相关的数据处理能力。第二，数据主体和数据处理者之间的关系具有明显的不平等性。一方面，数据处理者具有专业和技术优势，以数据主体无法理解的方式开展相关的数据处理活动；另一方面，数据处理者具有信息优势，其相较于数据主体能够掌握更多有效信息。<sup>〔45〕</sup>基于这种不平等地位，数据处理者很可能利用其优势在数据处理活动中损害数据主体的权益，谋取不当利益。第三，受托人享有对特定标的或事务的自由裁量权是信义关系的典型特征，数据处理关系与这一特征具有高度相似性。个人数据主体在数据被收集后对于数据的处理利用几乎失去控制力，数据处理者对于个人数据的流通利用具有极大的控制权和自由裁量权，这与信义关系的典型特征高度相似。因此，鉴于数据主体与数据处理者权力架构的失衡，需要法律或制度从外部设置相关的义务作用于优势方的数据处理者，以对抗数据处理者的利己主义和机会主义，<sup>〔46〕</sup>规范其数据处理行为，信义法律关系即在这种情况下产生。

## （二）受托客体的资格检视：数据权利作为客体的适格性考察

信义法律关系中，受托人对特定事务的管理处分权能是信义法律机制整体功能得以发挥的基

〔40〕 参见赵廉慧：《作为民法特别法的信托法》，载《环球法律评论》2021年第1期。

〔41〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第331-332页。

〔42〕 参见赵磊：《信托受托人的角色定位及其制度实现》，载《中国法学》2013年第4期。

〔43〕 参见赵姿昂：《论推定信托在中国的引入》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2019年第5期。

〔44〕 See Matthew Harding, *Trust and Fiduciary Law*, 33 Oxford Journal of Legal Studies 81, 84 (2013).

〔45〕 See Chirag Arora, *Digital Health Fiduciaries: Protecting User Privacy When Sharing Health Data*, 21 Ethics and Information Technology 181, 186 (2019).

〔46〕 参见徐化耿：《信义义务的一般理论及其在中国法上的展开》，载《中外法学》2020年第6期。

础。有观点认为，数据并不满足信托法意义上的信托客体的条件，因此数据受托人制度缺乏基础。<sup>[47]</sup>但数据受托人信义义务制度依托的是信义法原理而非具体的信托法规则，认为受托客体必须严格满足信托法中关于信托标的严格的财产定义和登记要求实际上是对数据受托人理论的误解。实际上，信义法当中可以是对相对宽泛的财产或权力的委托，<sup>[48]</sup>例如董事信义义务、证券服务机构信义义务等都指的是受托人对特定事务的信义义务，强调的是受托人所提供的服务事项，而非具体针对某一受托客体的运营管理。因此，在数据处理的信义法律关系中，受托客体无需严格满足信托法当中的财产性和登记要求，只需要具备一定的独立性和范围上的确定性，以及满足受托人的管理和处分权能即可。数据权利作为受托客体能够满足以上两方面的要求，首先，数据权利具有一定的独立性和范围上的确定性，通过合同和技术手段，可以对数据权利进行固定，能够实现事实上的排他性，<sup>[49]</sup>形成范围上的确定性。其次，数据的权利结构能够实现不同权能的分置，满足受托人的管理和处分权能。“数据二十条”当中提出建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制，在数据受托人模式下，由数据主体享有数据资源持有权，由数据处理者享有数据加工使用权，符合信义法律制度下的权力架构配置要求。

### （三）信义义务的价值厘清：利益冲突和义务冲突的适当调和

根据信义法基本原理，信义义务包括两类禁止规则：一是利益冲突禁止规则，即禁止受托人从事自身利益与受益人利益可能发生冲突的行为；二是义务冲突禁止规则，即禁止受托人同时为两个利益相冲突的主体服务。<sup>[50]</sup>有观点认为数据处理者主要通过广告推送盈利，并以吸引数据主体在其提供的网络服务上花费更多时间精力为运营导向，<sup>[51]</sup>违背利益冲突禁止规则。此外，数据处理者的实际运营机构为董事和高管层，数据受托人制度下意味着董事高管需同时对数据主体和公司股东承担信义义务，而两者之间的利益是冲突的，违背义务冲突禁止规则。<sup>[52]</sup>但实际上，在数据受托人制度框架下，数据处理者可能面临的利益冲突和义务冲突是可调和的，并不影响信义义务的履行和信义法律机制整体效用的发挥。

首先，网络平台等数据处理者与数据主体之间并不存在绝对的利益冲突，数据受托人信义义务不违反利益冲突禁止规则。数据处理者所提供的网络服务和广告推送并非都是对数据主体的剥削，在一定程度上也可以满足数据主体的实际需求，为其提供便利和效率并使得数据主体因此获益，<sup>[53]</sup>数据主体通过让渡数据权利和一定的注意力成本换取数据处理者提供的免费网络服务，数据处理者通过广告推送实现盈利进而支持相关业务的持续开展，两者之间实际上是互利共赢的关系，而非利益冲突的关系。认为数据处理者的商业模式与数据主体的利益存在根本冲突实际上

[47] 参见邢会强：《数据控制者的信义义务理论质疑》，载《法制与社会发展》2021年第4期。

[48] 参见〔美〕塔玛·弗兰科：《信义法原理》，肖宇译，法律出版社2021年版，第12页。

[49] See Ivan Stepanov, *Introducing a Property Right over Data in the EU: the Data Producer's Right-an Evaluation*, 34 *Computers & Technology* 65 (2020).

[50] See Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Duties*, 58 *Mc Gill Law Journal* 969, 977 (2013).

[51] See Adam Alter, *Irresistible: The Rise of Addictive Technology and the Business of Keeping Us Hooked*, Penguin Press, 2017, p. 23.

[52] See Lina M. Khan & David E. Pozen, *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 *Harvard Law Review* 497 (2019).

[53] 参见张梦霞：《数据信托的渊源、价值与适用》，载《当代金融研究》2021年第Z5期。

是因果关系的颠倒，数据处理者对数据的合理利用不仅不会损害数据主体的权益，还将有益于数据主体，而数据处理者违规的数据处理行为才是导致其与数据主体之间产生利益冲突的根本原因。如果要求受托人的利益与委托人的利益完全吻合，实际上将导致信义关系消灭进而变成合营关系，是不切实际的幻想和强求。此外，随着信义法律制度的发展，信义义务的内涵已经由受益人的“唯一利益”转变为受益人的“最大利益”，<sup>[54]</sup>并且在利益冲突的禁止上也有所缓和。受益人“唯一利益”的标准不仅不利于受益人利益的最大化，也难以适应商事交易的现实需求，<sup>[55]</sup>改良后的信义法律制度允许受托人在经过委托人允许的情况下开展一定程度的自我交易，公司法中对于董事的利益冲突行为也已经采取事先批准或及时披露的非绝对禁止方式。

其次，数据主体的利益与公司股东利益具有合理的关联性，数据受托人信义义务不违反义务冲突禁止规则。根据公司法的基本原理，董事高管必须在法律自由限度内首先考虑公司和股东的利益，只有在其他利益与公司和股东利益合理相关并且有利于公司和股东利益增长时才能将其正当化并纳入考量范畴。<sup>[56]</sup>一方面，现行法律制度对于数据和个人信息保护作出了诸多要求，董事和高管有义务在公司的运营过程中采取合理的措施对数据信息进行有效保护，将用户数据权益纳入董事和高管履职的信义义务中具有正当性。另一方面，用户的数据权益与公司和股东的利益具有合理的关联性，用户的数据权益得到有效保护有利于公司持续获取更多数量和更高质量的用户数据，促进公司的运营和收益，将用户的数据权益纳入董事和高管履职的信义义务中具有必要性。此外，个人信息保护负责人被《个人信息保护法》赋予了相对独立的地位和法定的监督义务，能够跳出与公司股东可能存在的利益关联，对董事高管在运营公司过程中的数据处理行为进行监督，进一步缓解可能存在的义务冲突问题。应当注意的是，公司董事高管和个人信息保护负责人并非对数据主体直接承担信义义务，而是作为数据处理者内部的履职人间接承担信义义务，因此除非公司董事高管和个人信息保护负责人与数据处理者存在共同侵害个人数据权益的主观故意，否则在违反信义义务的责任承担以及相关权益救济上，仍然以数据处理者作为责任人和诉求对象，董事高管和个人信息保护负责人则承担履职不能的内部惩处或追偿责任。

#### 四、数据受托人信义义务的制度进路

数据受托人制度的构建需要从信义关系的成立、信义内容的厘清、权益救济的疏通三个方面展开，形成完整的制度框架，不仅需要在理论上阐释相关的制度运行基础，还需要在司法和立法上推动制度的改革和落实。

##### （一）数据信义关系的成立条件与法律拟制

信义法律关系是一种特殊的权利义务关系，应明确数据信义义务的成立条件，限制数据信义

[54] See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, p. 108.

[55] See John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?* 114 *The Yale Law Journal* 929 (2005).

[56] See Julian Velasco, *Fiduciary Principles in Corporate Law*, in Evan J. Criddle, Paul B. Miller & Robert H. Sitkoff eds., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 61 - 64.

义务的适用范围，防止信义义务因泛化而消解其本身的价值。<sup>〔57〕</sup> 信义法律关系的建立主要通过三种方式，分别是意定信义关系、默示信义关系和法定信义关系。<sup>〔58〕</sup> 意定信义关系是指当事人通过明确的意思表示合意建立信义法律关系。默示信义关系包括两种情况，一是当事人建立信义法律关系的意思并不明确，但是通过对其意思表示的推定可以得出信义法律关系的成立；二是虽然当事人之间没有建立信义法律关系的意思表示，但衡平法院结合当事人间的权利义务事实，通过“良心”“公平正义”等裁判理念，拟制当事人之间成立信义法律关系，又称为事实型信义关系。法定信义关系是指法律规定在一定情形下相关主体之间存在信义法律关系，一般为身份型信义关系，<sup>〔59〕</sup> 例如董事与公司股东、证券服务机构与证券发行人等。

在数据收集处理的情景下，意定信义关系的建立效果有限，默示信义关系的建立面临困境，只有在制度层面疏通默示信义关系的适用条件、在立法层面确立数据处理的法定信义关系才能够真正发挥数据受托人的制度效用，实现数据治理模式的转变。在意定信义关系的建立上，理论上数据主体可以通过与数据处理者签订委托合同，将自身数据委托给数据处理者，约定数据保护的相关条款，即可在享受服务的同时获得数据权益的保护。但数据处理情形下意定信义关系的成立面临一系列现实困境。首先是委托合同签订困难，一方面，信义义务是高度场景化的，取决于不同主体的关系以及具体活动的事项，当数据处理者面对数量众多的数据主体时，难以逐一协商数据保护的具体条款并签订委托合同，使用格式合同则面临不同意即退出的问题，实际上克减了数据主体的应然权益。另一方面，数据处理者相较于数据主体处于相对优势的地位，要求数据处理者主动接受严格的数据保护信义义务并不现实，最终可能导致意定信义关系的建立成为数据主体的一厢情愿。以上两方面使得意定信义关系下委托合同的签订存在巨大的协商成本和现实阻力，几乎难以实现，即使实践中建立了意定信义关系，仍然属于极为少数的情形，能够形成的制度效果有限。在默示信义关系的建立上，我国并不存在英美法系的衡平法基础，法官也不具有英美法系中丰富的司法自由裁量权，在数据信义义务成立条件和关键要素尚不明晰的情况下，意图通过司法层面借助公平正义等理念拟制数据处理者和数据主体之间的信义法律关系并不现实，反而可能造成司法自由裁量权的不当扩张。因此，数据受托人信义义务制度要真正落实并发挥效用，仅仅依赖数据处理者和数据主体间的意定信义法律关系的建立是不足以实现的，只有从制度解释层面推进数据处理情形下默示信义法律关系的适用，在制度立法层面形成法定数据信义义务的制度规则，才能够真正发挥数据受托人制度的作用，实现数据治理模式的转变。为此，需要提炼归纳数据信义义务的成立条件和关键要素，为数据处理情形下默示信义关系的适用和法定信义关系的成立提供依据。

信义关系往往存在于相对弱勢的委托方和相对强势的受托方主体之间，<sup>〔60〕</sup> 委托方基于对受托方的信赖将相关的财产或权力托付给受托方，委托人由于专业能力的匮乏和信息资源的不对称很难监督受托人，只能寄希望于受托人的自觉运营管理，但仅仅依靠委托人单方面的信赖和期望

〔57〕 参见朱圆：《论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入》，载《环球法律评论》2016年第2期。

〔58〕 参见周小明：《信托制度：法理与实务》，中国法制出版社2012年版，第56页。

〔59〕 See Robert Flannigan, *The Fiduciary Obligation*, 9 Oxford Journal of Legal Studies 301, 307-308 (1989).

〔60〕 See Paul B. Miller, *A Theory of Fiduciary Liability*, 56 McGill Law Journal 235 (2011).



并不现实，信义义务的意义在于，对受托人科以严格的忠实勤勉义务，以调整委托人和受托人之间不平等的权力结构，防止受托人对管理处分权限的滥用，确保受益人利益的实现。<sup>〔61〕</sup>基于此，可以将数据信义关系成立的条件总结为以下几点：第一，数据主体对于数据处理者存在信赖关系；第二，数据主体在数据处理活动方面相对于数据处理者处于明显弱势；第三，数据处理者对于数据的处理利用具有一定的自主权限；第四，为了限制数据处理者对管理处分权限的滥用损害数据主体权益，需要对数据处理者施加信义义务。因此，在制度解释层面，司法裁判中可以通过以上要素判断数据主体和数据处理者间是否成立信义法律关系，进而适用信义法律关系调整数据处理活动；在制度立法层面，数据信义法律关系的入法无需对《中华人民共和国信托法》进行修改，可以借《个人信息保护法》的修法契机，在总则部分规定数据处理者在数据处理活动中的忠实勤勉基本原则，从而为实践中信义法律制度在数据治理当中的应用提供依据。

基于数据信义义务的成立条件和关键要素，并非所有数据处理关系均应当被纳入数据信义关系的调整范围，仅当满足特定条件时方纳入信义法的调整范围，诸如平等主体之间的数据处理活动、数据主体对数据控制者缺乏高度信赖的数据处理活动、数据控制者缺乏对数据处理的自由裁量权等情形均难以产生法定数据信义关系。此外，对于数据在多个数据处理者之间流转的情形，应当以“实质大于形式”的方式判断数据接收者是否应当承担数据保护的信义义务。《中华人民共和国公司法》（2023年修订）第180条中规定，公司控股股东和实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，应当对公司承担信义义务，采取了实质认定标准来界定信义义务的承担，数据处理情形下同样可以借鉴此方式。当数据接收者仅具有查阅浏览等操作权限时，数据接收者不应当承担数据保护的信义义务，原数据处理者负有数据保护的信义义务对数据接收者的查阅浏览等行为进行监督；当数据接收者具有与原数据处理者相当的数据处理权限时，则应当按照实质认定标准对数据接收者科以信义义务。

## （二）数据信义义务的内容厘定

我国的信义义务内容体系更接近于美国，包括忠实义务和注意义务两项内容，而英国的信义义务在内容上仅包括忠实义务，注意义务则作为一种独立的义务类型，纳入侵权法的范畴进行调整，<sup>〔62〕</sup>忠实义务要求数据处理者以数据主体的最佳利益行事，不得做出损害数据主体权益的行为，注意义务要求数据处理者积极主动地履行相应职责并为数据主体争取权益。

在忠实义务方面，相关法律规范的表述集中使用“不得”“禁止”等模态词，表明忠实义务实际上体现为一系列禁止性规范，要求受托人履行各种法定化、类型化的消极义务，这与忠实义务的不得谋取私利、禁止利益冲突的核心思想是一致的。<sup>〔63〕</sup>在数据处理的情形下，数据处理者的忠实义务可以归纳为以下两方面的核心内容：第一，数据处理者的数据收集处理行为不得损害数据主体的数据权益。法律层面规定了数据处理者不得过度收集、不得泄露或擅自分享、不得在自动化决策过程中进行歧视性对待、不得信息骚扰或信息操纵等诸多禁止性规范，其目的均在于保障数据主体权益。忠实义务项下，数据处理者义务内容不限于法律规定的一系列类型化的数据

〔61〕 参见范世乾：《信义义务的概念》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2012年第1期。

〔62〕 参见徐化耿：《信义义务研究》，清华大学出版社2021年版，第38页。

〔63〕 参见徐化耿：《信义义务的一般理论及其在中国法上的展开》，载《中外法学》2020年第6期。

收集处理禁止性规范，还包括法律尚未规定但实践切实需要的义务规范，以及随着数字技术发展而产生的新型数据保护义务。第二，数据处理者的数据收集处理行为不得超出数据主体的合理预期。为保护数据主体对数据处理者的信赖利益，数据处理者的数据收集处理行为应当控制在数据主体可预期的范围之内，不得产生严重偏离。<sup>〔64〕</sup> 海伦·尼森鲍姆曾提出数据处理活动中的“场景理论”，即数据的保护取决于相关数据类型的功能、主体各自的角色、数据的发送人和接收者，以及数据流通的原则。<sup>〔65〕</sup> 忠实义务项下，要求数据处理者结合“场景理论”的判断标准，综合考虑数据处理活动中行业水平、业务模式、数据类型、处理方式和主体资质等因素，判断不同场景下数据收集处理行为的合理限度，满足数据主体对自身数据权益的合理期待。

相较于忠实义务的消极性和底线性，注意义务表现为积极性义务，<sup>〔66〕</sup> 体现为积极地履职和为受益人谋取利益，对受托人提出了更高的要求，也有更强的模糊性和抽象性。忠实义务由于原则明确，相对而言形成了一系列较为成熟的法定化和类型化的禁止性规范，但注意义务表现为一个开放和不确定的概念，<sup>〔67〕</sup> 具体标准不易判断。学理上存在四种注意义务的判断标准，分别是商业判断规则、谨慎投资人标准、善良管理人义务和诚实信用原则。<sup>〔68〕</sup> 信义义务最早起源于罗马法遗嘱信托中的善良家父义务，随着近代社会的发展和家父权的废除，善良家父义务发展成为善良管理人义务，即管理人需要像对待自己的事务一样处理他人的事务。<sup>〔69〕</sup> 信义法律框架下数据处理者对于数据收集处理的自由裁量权，本质上是数据主体对于自身数据权利的让渡，数据处理者在行使这部分让渡的数据权利时，理应以数据主体的权益为首要考量，“像处理自己的事务一样履行受托职责”，因此以善良管理人义务作为受托人注意义务的履行标准较为适当。具体到数据行业，善良管理人义务体现为数据处理者应当尽到本行业内一般数据从业者的数据保护标准，履职水平应当在数据安全保护所需的最低限度和其所能承受的最高限度的滑尺之间。数据主体行使数据权利的前提是对于数据收集处理活动的充分知情和了解，注意义务项下，最为核心的是数据处理者的告知和披露义务。数据处理者的告知和披露义务不限于立法层面已经确立的“告知—同意”规则中应当包含的内容，还包括数据处理者对于自身数据安全保护能力建设的情况、对于收集处理数据采取的数据安全保护措施以及可能存在的数据安全风险和应对策略等。信义法律框架下，数据处理者的告知和披露义务并非事无巨细，应当在数据处理者自由裁量的限度内判断告知同意的范围，在特定的载体中披露全面的数据收集处理情况以供数据主体查阅，满足数据主体对于数据权益的把握。

### （三）背信行为的权益救济

无救济则无权利，数据受托人信义义务的制度优势不仅在于数据的保护和利用，也在于数据

〔64〕 See Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 University of California Davis Law Review 1229 (2016).

〔65〕 See Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, p. 127.

〔66〕 参见许德风：《道德与合同之间的信义义务——基于法教义学与社科法学的观察》，载《中国法律评论》2021年第5期。

〔67〕 参见朱圆：《论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入》，载《环球法律评论》2016年第2期。

〔68〕 参见徐化耿：《信义义务的一般理论及其在中国法上的展开》，载《中外法学》2020年第6期。

〔69〕 参见陈志红：《罗马法“善良家父的勤谨注意”研究》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2005年第8期。

权益的救济，需要疏通权利救济渠道，设置法律责任威慑，以确保制度效果的实现。

首先，应当引入利益归入责任，设置数据主体归入权的行使制度。民事救济一般体现为恢复式和填补式的赔偿责任，在数据处理的情形下，数据处理者违规处理海量数据所获得的利益往往要大于其给单一数据主体造成的实际损害，仅仅依靠民事责任的恢复性和填补性赔偿责任难以实现对数据处理者的威慑和约束，依赖于没收违法所得或罚金等行政处罚责任则又将落入行政监管滞后性、资源有限性和容错率低的窠臼，由此可能导致数据处理者产生“效率违约”的动机。<sup>〔70〕</sup> 利益归入责任是指将受托人违反信义义务所获得的利益归于受益人，<sup>〔71〕</sup> 无论受益人是否实际遭受损失，无论受托人是否为获得该利益而投入了时间、精力、金钱等成本，均需要将其所获得的利益归于受益人，因此利益归入实际上是一种惩罚性的法律后果，是一种特殊的责任方式。<sup>〔72〕</sup> 在信义法律制度框架下，应当设置数据主体的归入权，将数据处理者违反信义义务处理数据所获得的利益归于数据主体，当利益归入后仍不足以弥补数据主体受到的实际损害时，还可以数据处理者违反一般信义义务为由要求其继续承担剩余损失部分的损害赔偿赔偿责任。实际上，现有的法律规定和司法实践也为信义法律制度框架下数据主体归入权的行使提供了条件。《个人信息保护法》第 69 条第 2 款规定，因违法处理个人信息造成的损害赔偿赔偿责任可以按照个人因此受到的损失或个人信息处理者因此获得的利益确定，与归入权的制度构造相契合，司法实践中也已经出现了将违法处理个人信息所获得的利益作为损害赔偿数额的案例。<sup>〔73〕</sup>

其次，应当疏通信义法律框架下数据主体的诉讼救济制度。在数据受托人模式下，数据处理者往往作为众多数据主体的受托人，当数据处理者违背信义义务处理数据时，涉及的是对众多数据主体的权益损害，此时可以充分利用民事代表人诉讼和个人信息公益诉讼的制度优势，更好实现诉讼渠道下的权利救济。一方面，在民事代表人诉讼机制下，通过选举专业知识技能较高、维权经验较为丰富、时间和精力较为充裕的当事人作为诉讼代表人推动诉讼的进展，能够一定程度上缓解单个数据主体提起诉讼所面临的能力、时间和精力不足的问题。<sup>〔74〕</sup> 另一方面，当数据处理者违背信义义务侵害众多数据主体权益产生公共利益危害性时，<sup>〔75〕</sup> 可以运用个人信息公益诉讼制度进行权利救济。在公益诉讼制度下，不仅可以由专业技术和纠纷解决能力更强的组织作为诉讼的当事人，<sup>〔76〕</sup> 还可以利用公益诉讼制度在诉讼请求、举证质证、法律运用等方面对原告方倾斜性的保护机制推动诉讼更为高效和顺利地展开。此外，在信义法律框架下，数据处理者举证证明标准更高，这使数据主体在诉讼救济的举证中也具有更大优势。

〔70〕 See Daniel Markovits, *Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post-The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations*, in Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., *Philosophical Foundation of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 210.

〔71〕 See Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Remedies*, 63 *The University of Toronto Law Journal* 570 (2013).

〔72〕 参见徐化耿：《信义义务的一般理论及其在中国法上的展开》，载《中外法学》2020年第6期。

〔73〕 参见河北省献县人民法院（2022）冀0929民初1770号民事判决书；陕西省米脂县人民法院（2022）陕0827民初19号民事判决书。

〔74〕 参见章武生、杨严炎：《群体诉讼的价值与功能》，载《法学评论》2007年第5期。

〔75〕 参见薛天涵：《个人信息保护公益诉讼制度的法理展开》，载《法律适用》2021年第8期。

〔76〕 参见张新宝、赖成宇：《个人信息保护公益诉讼制度的理解与适用》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

## 五、结 语

赫拉利在《未来简史》中描绘了赛博世界中人类的可能处境，当生物本身成为算法，生命就是不断处理数据的过程，<sup>[77]</sup>当拥有大数据积累的外部环境比我们自己更加了解自己时，人类将何去何从。应当承认的是，无论科技如何发展，人仍然是目的而非手段，人本主义和自由意志仍然是一切数字智能的宗旨。因此，数据权利的保护和主体人格的完满，是数字经济发展的应有之义和先决条件。信义法律制度作为一项古老的制度体系，在数字时代下仍能发挥其强大的理论效用，其通过调整数据主体和数据处理器之间的权力架构，将数据主体从权利失语者挽回为权利掌控者，将数据处理器从行为肆意者矫正为义务责任人，保全数据主体在数字经济社会中对于自身数据权益的合理期待，形成数据治理的科学模式，促进数字经济的良性发展。

---

**Abstract:** There is a sharp contrast between the prosperity of data use and the aphasia of data rights. The traditional data protection model that solely relies on the “empowerment-protection of rights” model faces the dilemma of limited rights asserting ability of data subjects and insufficient remedy effect of data rights, with increasingly prominent limitations. The data trustee system, which fictionalizes the data processing relationship between data subjects and data processors as a “entrustment-fiduciary duty” relationship, put the institutional focus on regulating the behavior of data processors, can adjust the imbalanced power structure, strengthen the rights and interests relief of data subjects and balance the reasonable data processing behavior. Starting from the jurisprudential basis of the fiduciary relationship, it can demonstrate the compatibility and feasibility of the data fiduciary through expounding the eligibility of the fiduciary object and the value orientation of the fiduciary obligation. It is imperative to refine the conditions arising from data fiduciary law relationship, clarify the specific contents of data fiduciary obligations, clear up the multi-channel remedies for data rights and interests, build an institutional framework for data protection and utilization under the fiduciary law system, and develop a new data governance model based on the data trustee’s fiduciary obligations to regulate data processing activities.

**Key Words:** data trust, data trustee, fiduciary, data governance

---

(责任编辑: 刘 权)

---

[77] 参见〔以色列〕尤瓦尔·赫拉利:《未来简史:从智人到智神》,林俊宏译,中信出版社2016年版,第75页。



## 我国个人数据利用的互惠性信任机理

许天熙\*

---

**内容提要：**“知情—同意”制度是个人信息进入数据使用和流通场景的主要环节。该制度目前并未理顺个人数据利用关系，主要原因在于其调和数据主体和数据控制者以及后者之间的数据利益矛盾并不理想。“个人信息权保护”这一当下重要的法解释学范式也没有对此给出必要的理论回应。数据主体人格利益与数据控制者经济利益之间的协调，需要在规范和制度层面有效兼顾个人信息安全、数据效益发展和数据收益公平分配这三项法律价值。并且从根本上看，要顺应促进效率的现实需要，因循产权配置逻辑来解释、调整制度安排和运作以实现互利共赢是不够的。“互惠性个人数据利用观念”以互惠性个人数据法律价值体系及其信任机制作为数据法律规范的道德正当性基础，明确个人数据“核心利益”概念和互惠性价值融贯逻辑，以此克服互利性产权配置逻辑局限于具体法益及其规范力不足的缺憾。它运用“个人数据信托”法律解释方法探究“知情—同意”制度和数据法规范之义务条款的互惠性信义，并尤为关注各类数据利用场景下个人数据收益的公平分配方式。

**关键词：**个人数据 利益 互惠性信任 数据信托解释方法 公平分配

---

### 一、个人数据“知情—同意”利用模式的困境 ——基于对数据利益的还原

我国正在着力发展以数字产业化和产业数字化为首要驱动力的新经济形态。实现个人信息数据化、要素化乃至产业化正是极其重要的工作之一：因为它们都依托于个人数据充分共享的现实，毕竟个人数据是数字化进程的“原料”。我国已经出台了一系列有关个人信息保护、数据安全和网络安全的专门法律，可以说对于个人数据的开发和利用能够做到有法可依。但问题在于，

\* 许天熙，上海交通大学凯原法学院博士研究生、中国法与社会研究院研究助理。

即便运用这些调整性法律规范将个人数据利用关系加以法律化、制度化，我们也不能够有效地整合数据收集、整理、分析、使用和转让的各生命时期。法律作为政治社会中最重要公共物品，其首当其冲的功能就是“定分止争”。所以我们需要依凭这些数据法律规范来理顺各方利益诉求与内在纠纷，促进个人数据合理利用，推动我国数字经济长远发展。

首先应当声明的是，本研究运用的基础性概念——个人数据——并不存在于我国现行的数据法律规范中。但在理论探究的视野中，它与法律行为所指涉标的物（个人信息、数据）存在概念指代联系。出于行文便利和避免误解的考虑，下文首先界定清楚个人数据概念的内涵与外延。

### （一）个人数据的概念和类型划分

顾名思义，个人数据是个人信息的数据化存在。用一个等式表达比较直观：

$$\text{个人数据} = \text{个人信息(内容)} + \text{数据(形式)}$$

一方面，这里的个人信息是存在于电子存储设备中，在电力支持下通过特定的信息处理技术实现读取。个人数据是以0和1按照特定顺序排列的二进制比特式，具有可加密性、可修改性、可传输性、可复制性、可发掘性和可删除性等信息技术属性。由于这些数字性，个人数据就具有相比于传统物权所指向的物质财产完全不同的特征，即非实体性、非独占性、同时利用性、表征事实性等。<sup>〔1〕</sup> 它也与传统知识产权所指向的脑力劳动成果不同，因为它不具备或不是主要体现了人的智力创造性。另一方面，这里的个人数据无论是一条还是集合，都应当具有“可识别性”，即经过读取能够将其关联到具体的数据主体（通常来讲是自然人）。它包含但不限于特定自然人的姓名、性别、出生日期、身份、职业、家庭住址、联系方式、经济收入或资产、健康状态、消费习惯、生物特征、违法记录、病历及其他。也正因为这些信息中的一部分在社会交往中具有敏感性，甚至属于隐私内容，所以个人数据通常承载着关联主体的人格利益。

个人数据按照使用需求性质不同还能进行更细致的区分。首先，根据数据所反映的特定主体情况的重要性、私密性不同，可以将其区分为一般个人数据和敏感个人数据。其次，按照个人在网络平台中注册行为和使用行为的不同，还可以将个人数据划分为元数据和使用数据。第三，根据数据控制者法律身份、数据使用目的不同，个人数据可以被分别划归为企业数据和公共数据。<sup>〔2〕</sup> 需要提前说明的是，本文从数据价值化、产业化的大背景出发，主要考察作为企业数据的个人数据在数据主体和数据控制者之间的收集、利用和利益分配。偶尔在行政管理、提供社会服务的语境中谈及对个人数据的利用时，所指代的则是公共数据。后者并不被作为本文中的个人数据典范加以讨论。当然，对于公共数据中的个人数据的合理利用也是与本文主题紧密相关的。

### （二）个人数据利益实现的实践难题

个人数据利益内容丰富且形式多元。数据主体对其个人数据享有人格利益，包括自由选择、隐私独立和尊严平等。在个人数据的使用和流通中也存在着经济利益，并且事实上为数据企业或平台经济占据着。从国外有代表性的立法例来看，人们就个人数据利益的保障目标存在着争论。

〔1〕 参见彭诚信：《个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期。

〔2〕 本文研究的对象是个人数据，所以当谈及企业数据、公共数据时，仅指其中涵括的个人数据，而不包括那些清洁的、不具有可识别性的非个人数据集。

比如美国偏重于发展数字经济（效率），而欧盟更看重数据主体的自决权和平等保护（安全）。美国加利福尼亚州在 2018 年颁布的《加利福尼亚州消费者隐私法案》（CCPA）中采取的是数据主体“明示退出”（opt-out）的消极保护，数据主体必须通过明确示意“不要出售我的个人信息”来对抗数据控制企业的合理使用行为。<sup>〔3〕</sup>而欧盟在《通用数据保护条例》（GDPR）中采用“明示加入”的保护方式，数据控制企业必须通过取得数据主体的明示同意而获得对其个人数据合理使用的权利。<sup>〔4〕</sup>我国数据法领域的学者在这一价值权衡问题上的态度至少是兼融并包的，认为维护数据主体之人格利益是促进个人数据效益发展的前提条件。

“知情—同意”制度通常包含“用户协议”和“隐私政策”二者之一，是目前协调隐私安全和信息价值化的重要方式。一方面，它以规定用户需要明示同意控制者合理利用行为的方式维护了数据主体在利用其个人信息、保护隐私上的自主选择权；另一方面，它又从数据主体和数据控制者间实际上的不平等地位（技术、资本和供需关系的不对等性）出发，强调同意内容的“一揽子”性和事后追责性，这样符合降低交易成本的“卡-梅框架”（C&M Framework）。<sup>〔5〕</sup>具体来讲，海量个人数据是具有发掘和交换价值的生产要素。由于利用场景和目的众多，国家对个人数据定价不切实际，故只能通过价格机制和市场调节来促进社会财富最大化。因为个人数据只能由数据主体自愿主动提供出来，所以“知情—同意”制度就从逻辑上预先推定数据主体对其个人数据享有“天然的权利”，可以与数据控制者交易。又因为众多数据主体在实践中并不具备和数据控制者就其个人数据转让进行议价的能力，并且，后者所提供的产品或服务（作为交换价值）满足数据主体的生产、生活需求，所以该制度出于便利交易的考虑，规定了同意表示的内容和救济方式。但这并不能令我们忽视其调节数据主体和数据控制者利益矛盾的不足，具体体现为如下几方面：

第一，在实现个人数据交换价值方面存在困境。在数据主体和控制者之间，事实上“知情—同意”制度并不能够促进经济效益的发展——它是低效的。从用户角度来看，提供给平台个人信息仅仅是享受对应服务的前提条件而已，这里的对价就是服务本身，并不包含其他经济收益；我们也仅仅是在“物物交换”的本质层面上将其看作是一场交易。另外，流于形式的格式条款并未实质解决双方交易地位不对等的问题，也没有保障数据主体的自决。<sup>〔6〕</sup>按照目前理论界的通常理解，上段中谈到的天然权利即指此类自决权。但从制度经济学、科斯定理的角度看它们绝非产权；<sup>〔7〕</sup>个人数据产权应当配置给能够最大化激发个人数据价值的控制者。所以“知情—同意”制度的权利推定逻辑既不关心所有权，也不关心数据控制者。然而该制度事实上却满足科斯定理的主张：权利推定并不妨碍数据控制者在“知情—同意”制度中的优势地位，并且只有在逻辑上预先

〔3〕 参见崔亮亮：《CCPA 法案 1 月正式施行 为消费者添加“不要出售我的个人信息”按钮》，载 <http://www.cidcom.com/hulianwang/20200106/O4NHbSxCaMsNnETY5176201lnryqc.html>，最后访问时间：2023 年 11 月 15 日。

〔4〕 参见欧盟网站 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504&qid=1532348683434>，最后访问时间：2023 年 11 月 15 日。

〔5〕 参见〔美〕吉多·卡拉布雷西、道格拉斯·梅拉米德：《财产规则、责任规则与不可让渡性：“大教堂”的一幅景观》，载〔美〕康纳德·A·威特曼主编：《法律经济学文献精选》，苏力等译，法律出版社 2006 年版，第 37-42 页。

〔6〕 参见高富平：《个人信息使用的合法性基础——数据上利益分析视角》，载《比较法研究》2019 年第 2 期。

〔7〕 参见汤珂、熊巧琴等：《数据经济学》，清华大学出版社 2023 年版，第 5 页。

设定数据主体享有该种权利，人们才能承认数据控制者通过该制度获得了对个人数据的合法权利。更有论者直言，此优势事实仅仅是为了促进数据商业化利用而从数据主体那里获得收集、使用之合理免责的理由。<sup>〔8〕</sup>概言之，“知情—同意”制度以推定的数据主体自决权作为企业通过交易方式获得数据产权的合法性基础，它试图令我们接受不尽合理的现状：数据主体和数据控制者事实上地位不平等。“大数据杀熟”蔑视相关数据主体平等交易者身份并侵犯他们的公平交易权利，就是例证。

第二，在数据控制者之间，存在着未经实际控制方同意、数据主体毫不知情而爬取其用户个人信息和使用数据的不正当竞争（如“微博诉脉脉案”“大众点评诉百度案”等）。也存在着作为数据控制者的优势企业滥用其市场支配地位、实施垄断的行为。<sup>〔9〕</sup>无疑，爬取行为并没有导致个人数据的增值，而垄断行为和支配地位本身会抑制公平交易和市场配置效率。此外，它们还会影响数据主体对个人数据被企业或平台获取、利用的意愿。

第三，在实现个人数据使用价值方面也存在着诸多困难。基于分析和发掘个人数据的算法独裁和精准推送也对数据主体之个人自由选择权产生了不合理的限制，因为后续使用服务中产生的一系列使用数据是早就被设计好的，数据主体成为平台企业的“数据矿工”。还有就是由于发生了非法的数据泄露，随之而来的精准诈骗和私下买卖就使得数据主体的人身财产安全和对数据利益的公平分配权利处于随时随地被侵犯的处境中。前文提及的事后追责方式并不能有效应对这里的泄露风险。总之，“知情—同意”制度对事实不平等地位的维护必然造成上述这些个人数据利用困境。

在笔者看来，目前这些已显现出来的实践困境有的是源于利益分立下各方未能形成互惠的个人数据利用关系，有的则是因为人们相互间信任感缺失而彼此防御、孤立和疏远。倘若我们能在“知情—同意”的个人数据利用上进一步激发数据主体和数据控制者之间的相互恩惠和彼此信任，则应当能够促进个人数据的充分共享和效益发展。这初听上去颇具吸引力，但仅仅处于实践直观层面。我们应当先行考察当前颇具理论影响力的“个人信息权保护”话语对上述实践难题的学术分析和回应。

## 二、对“个人信息权保护”法解释学范式的分析和反思

采取“个人信息权保护”进路既有学说主要从共享的理念、立场和逻辑证成“知情—同意”制度的合法性与道德正当性，并提出进一步完善该制度的建议。个人信息权理论尽管在本质上是一种法治主义的个人信息治理话语，但其意思自治观和赋权逻辑并未超越“知情—同意”制度背后的效用至上论和产权配置逻辑弊端。

### （一）个人信息权保护的既有学说

不少观点主张赋予数据主体以“个人信息权”来保障其信息利益，并将其作为不同于传统隐

〔8〕 参见彭诚信：《个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期。

〔9〕 参见王磊：《个人数据商业化利用的利益冲突及其解决》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第5期。



私权的新型人格权在民法典中加以承认和规定。<sup>[10]</sup> 该权利意图保障个人的信息自由；作为一种“权利束”，其在“知情权”“同意权”和“删除权”三项基础性权能之上又包含“复制、访问、修改、更正、删除、限制处理等”具体权能。<sup>[11]</sup> 从私权角度来看，个人信息权保护的法益是数据主体典型的消极自由。但其行使方式又是积极的，即主张数据主体对处理和使用行为具有参与性和监督权。<sup>[12]</sup> 当然，赋权论者也承认个人信息权是“有限的”，因为公共利益或共同善是其合理行使的外部限制条件，即数据主体这一权利束不能产生对其个人数据的排他性控制力。<sup>[13]</sup>

不难发现这种私权保护论的逻辑起点是个人信息之上承载着重要的人格利益，而且这种人格利益是区别于隐私利益的。但他们对人格利益如何蕴含着当下最引人注目的经济利益、如何兼顾这两种利益的保护似乎着墨不多，而我们知道，在数据主体给出个人信息之后，附着其上的经济利益为数据控制者所先占。企业能否就其掌握的用户数据集提出基于自身处理行为的数据权利呢？或许是看到了这层问题，作为一种相对立的保护观点，有论者提出“个人信息控制者利益”来对抗数据主体的人格利益。其从总体效用最大化的视角来看待个人数据之上的个人自决和社会效益的对立关系，强调保障数据流通和数据价值化具有正当性。<sup>[14]</sup> 收集行为应当宽松规制，处理行为应当严格规制，储存和披露行为应当更加严格地规制。<sup>[15]</sup>

## （二）反思与重构

承认个人信息权对于促进个人数据合理利用、激发数据效能来说是必不可少的，但这并不能彻底有效回应前文提出的实践难题。

首先，赋予数据主体个人信息权并未直接回应个人数据发展效益的现实需求。从实际效果上看，数据主体行使个人信息权，确实能够保证在数据流通和利用环节中个人数据具有真实性、有效性乃至稳定性，维持数据品质，但这并不能够直接促进个人数据经济价值的增长。个人数据的经济价值提升依赖于两方面：一是个人数据的质量，其所包含的内容随着用户的使用行为而越来越丰富、对用户肖像和行为偏好的刻画越来越精细，个人数据更加具有商业分析的价值；二是个人数据的数量，汇聚的个人数据量越大，对于数据控制者来讲越具有对市场、风口的预测价值。数据主体行使个人信息权的监督意义似乎仅仅与第一点有关。赋予数据主体个人信息权可以满足产权配置逻辑中的预设前提，但囿于产权配置逻辑的自身局限，这既不能制约数据控制者的优越地位和实力，也不能为后者获得个人数据的占有权、使用权和处分权提供有关合法来源的辩护。此外，从法律经济学的角度看，个人信息权保护模式没有正面回应“知情—同意”制度促进经济效益方面的制度价值；当然，在作为个人信息利用之底层逻辑的产权配置观点中，它是具有关联性的。

其次，个人信息权理论尽管优先关注身处弱势地位的一个个数据主体，但赋权方法和意思自

[10] 参见王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013年第4期。

[11] 参见叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》，载《清华法学》2018年第5期。

[12] 参见彭诚信：《个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期。

[13] 参见付新华：《个人信息权的权利证成》，载《法制与社会发展》，2021年第5期。

[14] 参见高富平：《个人信息使用的合法性基础——数据上利益分析视角》，载《比较法研究》2019年第2期。

[15] 参见丁晓东：《个人信息的双重属性与行为主义规制》，载《法学家》2020年第1期。

治观点并不能够令用户协议和隐私政策成为数据主体和数据控制者公平立约的结果。这表现在两方面：其一，诚如实践中已经展现出来的，数据主体享有个人信息权利并不一定有利于他们的隐私安全和敏感信息保护；其二，赋予个人信息权并不能有效制约数据企业、平台作为数据控制者的资本、技术优势，合同规制方法的约束效果非常有限。我们可以看到，数据控制者依凭上述“知情—同意”制度的深层逻辑“稳如泰山”，其追求经济收益的目标总是优先的。

最后，考察赋权论背后的道德观念，道德正当性仰赖于经典的消极自由观念，即在私主体之间、公私主体之间优先维护道德主体免于被外部“强制”的自由选择。法律承认公民意思自治、保障数据主体的自律性。但这些理论言说没有为消极自由之完整性所依凭的社会经济条件提供进一步辩护。上述第二点批判涉及的公平内涵亟需被拓展，我们要从捍卫数据主体和数据控制者的公平立约关系，推进到公平保障数据主体从数据产业化进程中获得应得的收益份额。

概言之，个人信息权理论在促进个人数据经济效益、推动数据效益公平分配方面是有所欠缺的。一定程度上这与该理论将注意力集中在维护数据主体的尊严和意思自治有关。<sup>[16]</sup>即便在个人信息权理论之下，研究者在法律调整个人数据合理利用关系之基本价值导向上也存在明显分歧。有观点认为应对个人数据治理困境尤其需要处理好个人信息权利保护（安全）、促进信息自由流通（效率）和维护数据监管之公共利益（秩序）三者间关系，<sup>[17]</sup>这三方面应当在“数据公平使用”的数据法原则中加以适当平衡。<sup>[18]</sup>也有学者主张解决问题的核心应当是协调好个人信息保护（“控制论”）和商业化利用（“共享论”）之间的关系，<sup>[19]</sup>比如一种具体方案就是将个人信息权作为（企业）数据财产权的前提和基础，数据主体始终保有对其个人信息的权利——安全是效率的基础，后者寓于前者之中。<sup>[20]</sup>

上述个人数据价值观大都采取了利益论和后果主义的基本立场。它们倾向于分析各种治理模式可能产生的利益平衡效果和“性价比”。倘若不能给出一种诸价值协调融贯的结构性关系，并解释清楚这一结构所依凭的道德基础，个人数据的法律治理就会是不断更新和反复博弈的“统治技艺”，就不能与被效用主义道德观念和统计学思维所支配的治理言说划清界限。

因此，我们在构想一种数据主体和控制者都不能够合理拒绝的个人数据利用关系时，应当摒弃那种“唯利是图”的效用评价方针。至少可以归纳出一种粗糙的价值结构，即个人数据利用应当做到保护个人信息安全、发展数据经济效益和维系公共利益相协调。当然，“粗糙”就意味着三者之间的对抗是非常强烈的，很难用一个超然的道德观点（比如公平利用）来统筹。笔者认为，真正重要的是抓住个人信息安全与促进经济效益这两个众多价值论观点的“公约数”，以它们为核心来展开讨论。一方面，个人数据安全背后的个人尊严独立与自决明显与效率价值有对抗性；另一方面，个人数据安全背后的平等权也与效率价值相冲突。关于这两点，已有研究相当精

[16] 有学者认为基于利益论的个人信息权利论证的背后观念是“权利功利主义”，其存在三种弊端。参见付新华：《个人信息权的权利证成》，载《法制与社会发展》2021年第5期。

[17] 参见王成：《个人信息民法保护的 mode 选择》，载《中国社会科学》2019年第6期。

[18] 参见季卫东：《数据保护权的多维视角》，载《政治与法律》2021年第10期。

[19] 参见杨贝：《个人信息保护进路的伦理审视》，载《法商研究》2021年第6期。

[20] 参见叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》，载《清华法学》2018年第5期。

确地指出，人们对个人数据权利的诉求基本表现了从隐私利益到财产利益的发展。<sup>〔21〕</sup>

对此，破解此二元对立的关键是找出处于它们之间的“链接性”价值。个人数据收益的公平分配（作为数据法制度及其规范的价值）是论者们较少关注的、数据主体与数据处理者乃至社会管理者之间关系交互的一个重要维度。对收益的公平分配有利于维系数据主体个人信息安全和自主，当然也能够为进一步激发数据经济效益提供制度助力。当然，个人数据安全价值与公平分配价值之间可能存在冲突。对于已占据数据利益的数据控制者而言，要求他们提供给数据主体一定公平份额的收益并非易事。另外，当下我国数据收益公平分配机制尚不健全，数据经济总体财富的“野蛮增长”也是不能否认的事实。所以，公平分配尽管与相互矛盾的安全和效益都有关联，但一边是对抗关系，一边是间接关联，其链接性功能不尽如人意。

言及于此不免悲观：我们还能在复杂性不断涌现的数字社会中坚持有规范意义的个人数据价值论吗？以权利平等保障为核心的现代法治观念在个人数据利用中能够应对本质上是价值冲突的纠纷吗？笔者坚信回答是肯定的，我们能够给出一种“个人数据互惠性利用观念”作为答案。该观念以“互惠性信任”充当数据主体（自然人）和数据控制者（企业和政府）之间个人数据合理利用的道德基础，三组对抗价值通过这一道德倾向实现了有效缓和乃至融贯。它不以结果看成败，反而注重交往主体向他人提供能够为对方所信服的理由——作为互惠性数据法律体系的“公共理由”（public reason）<sup>〔22〕</sup>——的过程。同时，这一观念为人们理解和解释他们共同诉诸的公共理由提供了一个相适应的方法，即个人数据信托，人们找到了各方理由在互惠互信中彼此融贯的可能性。

### 三、个人数据利用中的互惠性信任与数据法价值结构

互惠性信任是数据主体和控制者之间达成个人数据互惠性利用的关键因素。作为一种具有道德规范意义的个人数据利用观念，个人数据互惠性利用的内涵并不容易被充分说明。在笔者看来，这里要想给出一个相对令人信服的直观印象，至少需依次解决以下理论难点：首先，“互惠性”（reciprocity）所指为何？为人所熟知的互利性及产权配置逻辑有何弊端？互惠性在何种程度上与它们不同？接下来我们需要分析个人数据互惠性利用观在何种层面上能够成立，即数据法的价值融贯结构及其规范力的信任条件。互惠性及其价值融贯逻辑在个人数据利用关系中究竟有何根本性意义？最后，我们还需要探究互惠性个人数据利用观念在实践层面上的可解释性。

#### （一）互利及产权配置逻辑不可取

互惠是直面当下我国个人数据利用困境而给出的规范性实践态度。罗尔斯认为它位于“互利”与“公道”这两种人类行为动机之间。<sup>〔23〕</sup> 相比于本质上是利他主义的公道，互惠认为理性

〔21〕 参见付伟、李晓东：《个人数据的法律权利与经济权利配置研究》，载《电子政务》2021年第9期。

〔22〕 参见〔美〕约翰·罗尔斯：《公共理性理念新探》，载《罗尔斯论文全集》（下册），陈肖生等译，吉林出版集团有限公司2013年版，第617页。

〔23〕 参见〔美〕约翰·罗尔斯：《政治自由主义》，万俊人译，译林出版社2011年版，第15页。

的交往主体并不是站在一种具有普遍性意义的“非个人性立场”〔24〕之上，而是在尊重各人利益和追求有差别的前提下寻求达成合作与共识的基础。更重要的是，互惠尤其应当与“互利”（mutual advantages）加以区分，人们通常将这两个词画等号并关联使用——互惠互利。互利是主体用来证明其意图或行为具有正当性和可接受性的理由。与自利倾向存在较大的共性，它亦着眼于主体的利益而非其他，但是又更进一步地强调不同主体利益之间的互换关系和对等性。

其实不难看出，任何采取后果主义或利益平衡论观点的人都会接受互利的道德动机。他们在维持互利关系中具体权衡各种利益所体现的价值（单位效用）量，并且按照从大到小、从多到少的顺序优先保护或实现重要价值，尽量兼顾次要价值。当然评价和权衡是在具体的实践情境中进行的，当较小的利益损失（比如个人权利受侵害）对立于有广泛影响的良好前景破灭（比如产业受限、社会总财富下降），那么前者自然也应当被后者所取代。要言之，在运用法律——政治意图或司法政策——进行社会治理的过程中，基于互利的“成本—收益”比较和价值平衡策略必然破坏法治、侵害后者平等保障公民权利的制度品格。在笔者看来，前文提到的个人信息权保护进路在根本上指向的是互利，因为赋予数据主体以个人信息处理权利尽管优先肯定了人们的尊严、自决和平等，但对于经济利益事实上已先为数据处理者所占据这一事实，它因为依循着产权配置逻辑而无力纠正。也就是说，个人信息权保护模式促进了数据主体和控制者就个人尊严、自决（规范层面）和经济收益（事实层面）的互换互利，它在分配权利、保护法益的制度层面上承认数据处理者事实上相对于数据主体的不平等优势。个人信息权保护模式掉入了产权配置逻辑的“互利陷阱”，“诱饵”居然是它意图去捍卫的主体尊严和自决。

## （二）个人数据价值的互惠性融贯及其稳定性

我们在这里讨论的互惠性，恰恰是要挑战互利的“正统”地位。互惠就是看到了互利不可取的法律工具主义品性，才会要求自己取而代之，充当公共规范和建制的道德品格。互惠并不仅仅着眼于各种利益的对等性和互换，它更多地强调人们作为平等的交往主体相互尊重对方的核心利益，通过诉诸作为说理中介的公共规范而彼此接纳、相互信赖。

首先，互惠性站在法律立场上推行法治。尽管法律的重要功能是定分止争，但它的根本价值却在于如德沃金所强调的“平等照护”〔25〕，即不同的价值诉求在权利平等的层面上不存在公共权衡和取舍。此法律宗旨贯穿于分配、保障和救济权利的整个过程中。其次，互惠性在公共法律建制中对各种价值理由进行合理融贯。数据法律的公共性体现在个人数据安全、数据效益发展和数据利益公平分配等政治性价值的融贯关系中：基于互惠的安全价值为核心，效益价值为目的，公平分配价值为条件。个人数据利用应当从促进数据安全出发，进而获得合法性。个人数据的共享与价值化是现阶段个人数据利用的主要目的，然而这一目的的实现需要互惠地公平分配数据利益。数据法律作为“公共理由”，是各种主观理由进行相互沟通、彼此接纳的必要条件。人们在彼此作为同样重要的对话者的位置上关心他人的核心数据利益和诉求。为了进一步明确互惠性及其价值融贯逻辑的重要特征和内涵，尤其值得关注的描述维度包含逻辑渐进的五个方面，在这五

〔24〕〔美〕托马斯·内格尔：《平等与偏倚性》，谭安奎译，商务印书馆2016年版，第12页。

〔25〕〔美〕罗纳德·德沃金：《至上的美德》，冯克利译，江苏人民出版社2012年版，第128页。



个方面，互惠性与价值融贯逻辑、互利性与产权配置逻辑的对比请见表 1。

表 1 互惠性与价值融贯逻辑、互利性与产权配置逻辑对比表

	互惠性与价值融贯逻辑	互利性与产权配置逻辑
观念本质	平等主义的道德意识	效用论的经济思维
行动逻辑	平等照护	权衡利弊
利益观	以双方核心数据利益平等为根本	关注双方现实数据利益的平衡
权利观	权利地位平等与权利价值差异相统一	数据主体权利是数据价值化的条件
规范态度	改变事实不平等关系	默认事实不平等关系

由以上五点概括比较，我们能够达到对数据法本质的不同认识：互惠性数据法律规范体系应当是稳定的“重叠共识”而非不稳定的“临时协定”。互惠性是“人们对正义规范所作的有条件承诺”<sup>[26]</sup>。这当然是有条件的，即只有在其他法律主体也承认约束的合理性并自觉遵守时才成立。数据主体和控制者对于互惠性数据法律价值体系的实践态度有赖于罗尔斯所言的政治社会中公民的“正义感”<sup>[27]</sup>——交往主体自觉维护正义制度并敦促其他人践行。那么，我们如何想象数据主体和数据控制者能够出于正义感而维护互惠性个人数据利用关系呢？这一结构因其平等照护双方的数据核心利益而被实质性地接纳为共同善，并且是他们相互诉诸的、不能为他人所合理拒绝的公共理由。如此一来，互惠性数据法律体系就因其公共性和效力获得了主体信任之“焦点”的位置，它是公共信任的重要规范载体。在稳定、协调和规范各方合理期望的意义上，它具有普遍性的说服力。由此，数据主体和数据控制者能够发展出对对方遵守数据法、承认互惠性价值融贯结构的信任感。而此信任感又反过来维系了数据法律建制的实效性。

#### 四、互惠性信任观的法律解释方法：个人数据信托

##### （一）借鉴资源：数据信托理论

互惠性个人数据利用观念依赖一种道德论的法律解释方法，笔者将其称作“个人数据信托”。它的提出得益于近年来逐渐被人们关注的“数据信托”（data trust），这是一种解决隐私保护和数据利用间矛盾的数据管理方式。当然，笔者所构想的个人数据信托与这里的数据信托间存在显著区别。不过展开讨论前，我们有必要大略考察一番作为借鉴资源的数据信托理论。

数据信托理论的基本理念最早由美国宪法学家杰克·巴尔金（Jack M. Balkin）提出，他强调数据控制者是“信息受托人”<sup>[28]</sup>。目前人们关于数据信托的具体讨论有两种代表性的观点。其一是强调建立信任。英国开放数据研究所（ODI）试图提出一种贯穿收集、分析、流通等数据处理阶段的“独立的、受托的数据管理”结构。该构想通过明确受托人的信义义务和受托责任，实现数据主体对于数据控制者利用其个人数据的信任。<sup>[29]</sup> 其二是强调第三方代行数据控制权。英

[26] 慈继伟：《正义的两面》（修订版），生活·读书·新知三联书店 2014 年版，第 34 页。

[27] 参见〔美〕约翰·罗尔斯：《作为公平的正义——正义新论》，姚大志译，上海三联书店 2002 年版，第 31 页。

[28] Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 University of California, Davis Law Review 1183, 1223-1224 (2016).

[29] See ODI, *Data Trusts in 2020*, available at <https://theodi.org/article/data-trusts-in-2020/>, last visited on Dec. 10, 2022.

国学者西尔维·德拉克鲁瓦 (Sylvie Delacroix) 和尼尔·劳伦斯 (Neil Lawrence) 构想了以数据控制权作为信托财产的数据信托法律关系, 他们指出通过“自下而上的数据信托” (bottom-up data trusts) 数据信托机构代替数据主体与数据控制者进行基于技术乃至资本的对抗, 改变后两者之间现实的不平等关系。<sup>[30]</sup>

ODI 提出的数据信托理论按照传统英美财产法逻辑, 将数据看作有价值之物, 并通过设置数据受托人身份及其信义义务, 使得个人数据成为数据主体向数据处理者信托的标的物。这似乎已经预设了数据主体和控制者之间就个人数据的隐私保护和价值开发能够达成互信合作。自下而上的数据信托理论则相对悲观: 既然无数个独立存在的自然人和体量庞大的数据企业之间实力悬殊事实是既定的、企业逐利最大化的经营动机是必然的, 则一定要寻求第三方机构作为公共受托人来对抗企业的天然优势。这里的核心策略不是寻求合作而是力量制衡, 所以支持者们并未将个人数据本身设想为信托之物, 而更在意众人数据控制权的不断汇集及其所代表的斗争资格。<sup>[31]</sup>

## (二) 以数据利益作为解释逻辑中的“信托物”

笔者认为以上对于信托标的物的不同考虑各有其合理之处, 因为它们都能就个人数据的法律治理给出逻辑自洽的理论阐述。不过相比于本文提倡的个人数据信托, 它们更像是具体层面的政策建议和制度分析, 因为它们各自的着眼点都在于构建一种个人数据管理法律制度。而个人数据信托绝不是一种现实规划方案, 它是适应互惠性个人数据法律价值体系的法律解释方法。既然该价值本体论关注个人数据利用关系中各方的核心数据利益, 那么个人数据信托解释方法就主张: 互惠性信任的规范依据是现行数据法规范及相应制度, 包括个人信息处理权利、数据产权以及“知情—同意”制度; 现实依据是相互融贯的各方数据利益。解释目的在于将互惠性信任注入、展现于数据法规范和“知情—同意”制度中, 所以它关切的“标的物”自然是与现实相关的法益, 而终极目标或道德根源则是安全、效率和公平分配这三项个人数据核心利益。简言之, 它对数据法规范所涉及各类法益、个人信息权益的调整和保护以权利平等为起点和归宿。

个人数据并非数据信托的标的物。已经有论者从信托财产独立性原理的角度批判了在数据法理论中引入信义义务学说的合理性。<sup>[32]</sup>一方面, 数据主体将其个人数据信托给数据控制者的行为并不具有较大的经济意义。单独个人信息经济价值 (分析、预测功能) 事实上是微乎其微的, 我们很难想象数据控制者因为占有事实和利用行为就要为相关数据主体履行远强于法律义务的信义义务——好似在传统信托法律关系中受托人表现出的样子。另一方面, 由数据控制者掌握的具有可识别性的个人数据如果为双方共同所有, 则个人数据就不具有独立性。笔者就此也表示赞同。毕竟个人数据具有可复制性和难以确权的特点, 无论在其本身属性还是法律属性上, 都不能成为传统信托法理论中的独立财产。

将个人信息权利看作数据信托的标的物也不可接受。有读者可能会问, 既然《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》) 以专章明确了个人在个人信息处理活动中

[30] See Sylvie Delacroix & Neil D. Lawrence, *Bottom-up Data Trusts: Disturbing the “One Size Fits All” Approach to Data Governance*, 9 *International Data Privacy Law* 236 (2019).

[31] 一种有类似制度目标的理论构想请参见丁晓东:《数据公平利用的法理反思与制度重构》, 载《法学研究》2023年第2期。

[32] 参见那会强:《数据控制者的信义义务理论质疑》, 载《法制与社会发展》2021年第4期。

的权利，<sup>[33]</sup> 我们为什么不接受自下而上的数据信托的观点呢？在笔者看来，个人信息权包含两方面的内容：作为消极自由之免于被数据控制者干涉的自主选择权利和作为积极自由之要求获得个人数据利益公平份额的权利。这可以令个人信息权利作为新型人格权得到证成，因为当下社会的个人数据利用情景满足了所谓的“领域命题”。<sup>[34]</sup> 由是，自主选择权和公平分配权是从公民基本权利推演到个人信息权利的道德条件。既然个人信息权是公民基本权利的具体化，<sup>[35]</sup> 那么也就很好理解这一新型人格权不能成为信托标的物的原因：我们不应将公民的尊严和平等权（包括具体的行为方式）委托给其他公民。我们只能想办法令个人数据的收集、使用和转让行为表现出数据主体和数据控制者对彼此尊严和平等地位的认同和维护，而这必然需要通过互惠性信任达成。将个人信息权作为标的物未免有“隔靴搔痒”之嫌。<sup>[36]</sup>

### （三）作为适应不同个人数据利用场景的法律解释方案

我国早在 2016 年就出现了由中航信托公司和数据堂公司合作发行的以数据资产作为信托对象的数据信托产品。<sup>[37]</sup> 自巴尔金论文发表以来，我们从国外理论探讨以及一些国家的规范制定和机制探索中也不难发现，数据信托制度化是主流意见。现有数据信托的具体构想可大体分为两种：数据主体既可以是委托人也可以是受益人的两方信托关系（数据主体与数据控制者两方间的信任能够提供更为彻底且高效的个人隐私保护），<sup>[38]</sup> 由数据主体（作为受益人）、数据利用者（企业，作为受托人）和第三方公法人或私法人（作为委托人）构成的三方信托关系。这样的设计除了能够有效保障个人隐私之外，也能够进一步降低由于个人和企业之间信息、地位不对称所带来的高交易成本问题，促进个人数据的流通价值和经济效益。若第三方是由公法人或特定社会组织充当，还能够发挥促进社会监管、维护交易秩序、保护数据主体公平收益的有利作用。<sup>[39]</sup>

这些研究着眼于数据保护的实践层面。但是囿于他们的问题意识彼此不同，且相对都具有片

[33] 参见冯果、薛亦飒：《从“权利规范模式”走向“行为控制模式”的数据信托——数据主体权利保护机制构建的另一种思路》，载《法学评论》2020年第3期；冉从敬、唐心宇等：《数据信托：个人数据交易与管理新机制》，载《图书馆论坛》2022年第3期。

[34] 有关“领域命题”的概念说明，参见陈景辉：《权利可能新兴吗？——新兴权利的两个命题及其批判》，载《法制与社会发展》2021年第3期。

[35] 有论者认为个人信息权益是国家主导之“法秩序”的权利客体，应给予公权力保护。参见王锡锌：《个人信息权益的三层构造及保护机制》，载《现代法学》2021年第5期。

[36] 英国学者本·麦克法兰（Ben McFarlane）也认为将数据权利作为信托标的物是令人费解的。See Ben McFarlane, *Data Trusts and Defining Property*, available at <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/property-law/blog/2019/10/data-trusts-and-defining-property>, last visited on Nov. 15, 2023.

[37] 参见金融时报：《问路数据信托 中航信托发行首单数据资产信托》，载 <http://finance.sina.com.cn/roll/2016-11-28/doc-ifxyawmm3580008.shtml>，最后访问时间：2023年11月15日。

[38] See Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 *University of California, Davis Law Review* 1183 (2016); 冯果、薛亦飒：《从“权利规范模式”走向“行为控制模式”的数据信托——数据主体权利保护机制构建的另一种思路》，载《法学评论》2021年第3期；张小松：《数据信托》，载《中国科学基金》2021年第3期；解正山：《数据驱动时代的数据隐私保护——从个人控制到数据控制者信义义务》，载《法商研究》2020年第2期；李毓瑾：《数据信托：保护个人数据的有效途径》，载《人民邮电》2021年7月9日，第4版。

[39] See ODI, *Data Trusts in 2020* (17 March 2020), available at <https://theodi.org/article/data-trusts-in-2020/>, last visited on Dec. 10, 2022; Sylvie Delacroix & Neil D. Lawrence, *Bottom-up Data Trusts: Disturbing the “One Size Fits All” Approach to Data Governance*, 9 *International Data Privacy Law* 236 (2019); 冉从敬、唐心宇等：《数据信托：个人数据交易与管理新机制》，载《图书馆论坛》2022年第3期；翟志勇：《论数据信托：一种数据治理的新方案》，载《东方法学》2021年第4期；钟宏、袁田：《数据信托的制度价值与创新》，载《中国金融》2021年第19期。

面性，无法给出一套融贯的数据信托方案。而个人数据信托解释方法期望对现有各种数据信托治理模式进行理论反思，并试图进行基础性的理论重建。当理论作业从现实场景的约束性条件中脱离出来后，我们就可期达到一种完整而融贯的观点。作为一种法律解释方法，它不会执着于分析和探究普遍性数据治理机制。而且界定互惠性信任关系的样式远没有捍卫关系中的互惠性信任来得重要。所以，我们可以根据现实场景的需要针对性地描述个人数据利用法律关系的特定道德形式：互惠性个人数据利用关系及其信任条件在不同场景下可能依赖于两方也可能是三方当事人。

一如前述，互惠性个人数据信托解释方法考虑的信托标的物是个人数据之上的法益和核心利益。前者寓于后者之中，后者通过法律对前者的平等保障而得到道德上的确认。正因为个人数据信托解释方法采取了抽象的、利益还原的分析视角，它就俨然不同于各种数据信托理论：它被用来解释数据法义务规定中的数据主体和控制者间的互惠性信任。因为在充分阐述了个人数据信义义务的道德属性和具体内涵之后，个人数据安全、数据经济效益以及公平分配数据收益的冲突就能够在现有数据法义务中彼此融贯。

#### （四）个人数据信义义务

在说明了个人数据信托解释方法的大致内涵后，我们就可以进入对其核心内容——个人数据信义义务——的说明。个人数据信义义务的实质重要性在于，它是数据法律义务之道德属性的直观展示，形成数据主体和数据控制者之间互惠性信任的道德纽带。现有数据受托人信义义务的学理讨论大都借鉴了信托法理论中关于受托人信义义务的内容，具体包含忠实义务、谨慎义务、保护义务、保密义务、给付信托利益义务等等。<sup>〔40〕</sup>互惠性个人数据利用观念认为在构想个人数据信义义务时，应当批判地吸收信托理论关于信义义务的讨论成果，并应在结合个人数据利用关系之现实特点后有所发展。这样我们才有资格说个人数据信托的解释框架是针对解决个人数据利用实践困境而设计出来的合理方法，并非理论“空转”乃至“空想”。从融贯前文提及的三项价值（安全、效率、公平分配）出发，个人数据信托解释方法的个人数据信义义务包含忠实义务、谨慎义务和公平分配收益义务。

##### 1. 忠实义务

数据控制者的数据处理行为满足忠实义务的道德要求是其维护互惠性信任的充分条件，忠实义务是信义义务的本质内容。“忠实”在信托法理论中通常是指受托人在法定或合同约定的范围内，按照委托人的信托目的利用信托财产为受益人谋取信托收益。该义务具体包括五项内容，分别是遵守委托指令，善意提供信义服务，禁止转委托，报告、披露相关信息，公平对待各委托人。而对于受托人按上述行为方式处理、使用信托财产的行为之最大边界的确定，则依赖于“将他人利益与自身利益同等看待”这一道德倾向。<sup>〔41〕</sup>

首先，个人数据信托把这一倾向看作数据控制者对数据主体所负的互惠性数据利用责任的根源。这里关键在于将忠实义务和互惠性信任贯连起来。如前文所述，与其说数据法体制为各方提

〔40〕 参见张小松：《数据信托》，载《中国科学基金》2021年第3期；解正山：《数据驱动时代的数据隐私保护——从个人控制到数据控制者信义义务》，载《法商研究》2020年第2期；李毓瑾：《数据信托：保护个人数据的有效途径》，载《人民邮电》2021年7月9日第4版。

〔41〕 参见〔美〕塔玛·弗兰科：《信义法原理》，肖宇译，法律出版社2021年版，第106、107页。



供了稳定个人预期的规范性现实，毋宁说它是数据主体和控制者合理预期实现的互惠性担保。所以当个人利益与他人利益在数据法律体系中达成融贯关系时，看待他人的利益就是从自身利益出发的。毋庸置疑，数据法的一般性规定构成了个人数据互惠性利用的重要依据。另外，用户协议和隐私政策作为双方个人数据合同关系的约定内容，也是重要依据。在个人数据信托的解释逻辑中，这两种达致互惠性信任的规范性理由存在着效力上的从属关系，即双方就个人数据利用达成一致的内容和形式必须满足数据法的强行性规定，方具有效力。

言及于此我们就不能不考虑一种相关批评。这种意见认为，像在传统信托关系中那样，想象平台企业对主体的核心利益负有忠实义务是无甚意义的，因为平台企业往往同时具有卖家用户和买家用户，它在当中不可能不从事信托法明确禁止的“义务冲突”的经营活动。<sup>[42]</sup>笔者认为该质疑意见具有相当的启发意义，因为它迫使我们审慎考虑平台数据治理中借鉴数据信托理论的可行性。然而我们能够确认的是，在买家和卖家之间处理个人数据的行为属于作为交易第三方的平台经济，其目的一是通过精准推送为卖家找寻最有可能达成交易的对象，二是为买家了解卖家信誉和商品质量提供真实可靠的经营信息凭据，以促成买家放心购买。似乎在这里我们看不到平台作为个人数据受托人“出卖”了买卖双方的个人数据利益和交易利益，因为平台的数据利用行为是独立于买卖双方的利益博弈的。并且更重要的是，平台这些交易辅助行为被假定为符合互惠性数据法律体系所列出的数据处理义务。而且在个人数据信托解释方法下，我们主要考察的是其具体操作是否满足作为数据主体的买卖双方的个人数据利用预期，如前所述，这里的预期是数据主体不能合理拒绝的公共理由。所以，笔者认为个人数据信托解释方法及其在平台数据治理中的解释效果并不会被信托法的禁止“义务冲突”原理所驳斥。

其次，数据控制者的个人数据利用目的应当与其作为受托人的信托目的相同。从当下实践中我们不难发现，通常数据企业收集个人数据的目的不外乎是获取交易机会或利润，包括但不限于分析、整合进而预测潜在消费市场，推进自身服务升级优化以扩大用户人群，向稳定客户（比如会员、主播或大V）收取专属服务费用，将用户数据集打包优化后转售获利，获得广告商宣传费用，经营体量增加进而实现社会融资扩大等等。这些经营目的完全是自身的，尽管需要通过向用户提供一定数量的免费服务来换取。然而服务用户并不一定构成其经营目的。但是，这就与比如《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围》（国信办秘字〔2021〕14号）的规定——不得收集基础性服务之外的非必要个人信息——相冲突了。这看上去是数据控制者的预期与公共预期不符合，其实是数据主体的预期和数据控制者的预期有冲突。

企业追求个人数据效益的互惠性边界在哪里？有学者指出，从公司法的角度看，数据受托人的构想是相当勉强的。因为企业经营者在既对股东负有受托人义务（基于委托合同），又对数据主体负有受托人义务（基于互惠性信任）的情况下，促进收益最大化和保护数据主体隐私、尊严与自由选择难以调和。所以这一“分裂的信息义务”似乎仅仅可以从保护用户利益有利于公司长远发展的角度说服企业经营者作出维护用户利益优先于维护股东利益的决策。也就是说，经营者这里的忠实义务是不稳固的。笔者认为可如下回应：其一，个人数据的互惠性利用是个人数据法

[42] 参见邢会强：《数据控制者的信义义务理论质疑》，载《法制与社会发展》2021年第4期。

律关系层面的问题，它与公司治理中的内外协调问题是非常不同的；其二，经营者义务源于聘用合同的约定，企业对数据主体的忠实义务源于数据法的互惠性，当两者产生冲突时，后者作为强行法具有优先性；其三，个人数据包含数据主体的人格权益，如果数据控制者的利用行为不能满足互惠性信任的要求，将他人当作为自己谋取利益的工具，这就侵犯了公民的基本权利（尊严独立和平等权）。

最后，数据控制企业一旦与数据主体形成了互惠性信任，就不能简单地通过个人数据有偿分享的方式加剧数据主体承担的信息泄漏风险。在“知情—同意”制度下，企业合法获得个人数据的模式被《个人信息保护法》第23条和相关司法判决<sup>[43]</sup>确认为“三重授权”模式。有论者基于法经济学和产权配置理论对该模式提出了一项质疑：三重授权这种赋予数据主体对于其个人数据二次流行使同意权利的考虑，忽视了数据主体实际承担的较高认知成本和在不确定状况下的自主决策风险。所以应当调整为“二重授权”模式，即只有在数据控制企业明示拒绝分享或转让时，数据请求方才需要向数据主体寻求同意的意思表示。<sup>[44]</sup>出于促进个人数据共享的要求，社交平台提供的开放平台接口（API）通常对认证为“开发者”的第三方机构或个人提供免费接入服务。但是随着获取接口数的增加（越来越关联到重要个人信息），原来的免费逐渐变为有偿。<sup>[45]</sup>可见，个人数据控制者间的个人数据转移实际上是通过交易合同完成的——数据流通优先于个人数据安全。笔者认为，建有开放平台的数据控制者应在互惠性信任的基础上按照个人数据信义义务来促进数据分享，即应当以“三重授权原则”来引导开放平台中用户个人信息的保护，尤其是要求第三方获得用户对于其获得敏感信息的知情和同意，以避免交易思维对用户私生活安稳、隐私自由的侵害。

## 2. 谨慎义务

谨慎义务是忠实义务得到合理履行的体现。如果说忠实义务是信义义务的内容，那么谨慎义务就是信义义务的履行方式。《个人信息保护法》“总则”中规定的第6条（最小限度）、第7条（公开透明）、第8条（保证质量）、第9条（维护安全）及第10条（不得非法收集和处理）等都是作为受托人的个人数据利用者应当遵行的原则性规定，它们是数据主体对数据控制者产生互惠性信任的必要条件。而第二章“个人信息处理规则”中的各项具体义务，都是谨慎义务在各种情境中的具体要求。

首先，互惠性信任源于尊重他人之根本利益，维护安全（第九条）是谨慎处理个人数据义务的总体要求。当然这一要求并不意味着安全价值在处理活动中必然优先于效率价值，具有更高的位阶或作为前提，而是表明在互惠性个人数据利用关系中，数据控制者应当积极展现出对数据主体信息安全的根本性承认。这是对数据主体之互惠性信任的恩惠回应。这一回馈所表明的是数据控制者对个人数据之经济价值的挖掘和释放不会以牺牲数据主体人格利益为前提。

其次，数据处理者应当按照明确的、必要的处理目的，采取必要限度内的处理方式。《个人信息保护法》第13条明确规定了处理个人数据的六项法定目的。在个人数据信托解释中，法定

[43] 参见北京知识产权法院（2016）京民终字第588号民事判决书。

[44] 参见戴昕：《数据界权的关系进路》，载《中外法学》2021年第6期。

[45] 这一论断来自笔者对一位计算机编程从业者的访谈（2022年9月30日）。

目的是主体同意目的的例外情况，即能够合法对抗数据主体不同意处理的个人意志。法定目的与个人意志相悖并不意味着数据主体的人格利益（如尊严独立、平等权）为法律强制所否定，毕竟数据主体的平等自决与经济利益发展、公平分配要求同等重要。所以即便是法定之目的和利益也不能侵犯人格利益，而后者只能因其自身的缘故被限制。如此逻辑理顺之后，法定个人信息处理目的下的相关活动和行为也应当满足谨慎义务所涵盖的上述各项原则性内涵——体现出数据控制者的正义感，并且在这些互惠性信任的行事标准下最大限度实现法定目的。

再次，《个人信息保护法》第 21 条关于委托处理个人数据的规定并非个人数据信托的直观体现。因为委托处理人的身份取得源于符合委托合同法律规定的委托关系，而个人数据信托是个人数据利用关系之互惠性信任的解释方法。当然需要注意的是，委托关系中的受托人根据委托合同的规定，对委托人负有针对委托之个人数据与特定处理目的、方式、时限的注意义务，还要履行对于作为个人数据信托委托人（受益人）的数据主体应尽的谨慎义务。这里的谨慎义务是优先并严格于注意义务的，也就是说在个人数据信托的解释逻辑中，受托人按照委托合同履行受托行为的合理性、合法性应当根据个人信息保护法关于个人数据受托人的谨慎义务要求来具体判断，并且数据处理委托人基于委托合同取得的权利应当从有利于维护数据主体人格利益的角度来解释。

最后，与“三重授权原则”内容相关，按照《个人信息保护法》第 23 条之规定，个人数据获得者应当仍然对数据主体履行谨慎义务，因为这里存在着基于数据主体再次表示同意的互惠性信任关系。诚如上文所示，再次授权对于数据主体来说存在着较大的交易风险，所以理性而审慎的数据主体极有可能为了维护个人信息安全而限制处理行为的目的、范围、时限和方式。所以基于谨慎义务，新的数据受托人应当及时调整自己从原先数据处理者那里获得的同意内容，并告知数据主体其作出变更的部分。如此，则两位数据受托人就共同承担起对数据主体的互惠性谨慎义务。

### 3. 公平分配收益义务

受托人忠实于信托目的，谨慎地运用信托物从事专门的经营和投资活动，其结果是将所得信托利益给予受益人。这是信托法律逻辑的根本意义。根据信托财产的独立性原理，受托人仅以信托财产的范围为限向受益人履行利益给付义务、对第三人承担信托活动中产生的对外债务和损害赔偿赔偿责任。在笔者看来，这一信托法中的给付义务和独立性原理完全应当为个人数据信托所吸收，并用来说明数据主体与数据控制者之间建立互惠性信任的经济条件。个人数据信义义务中必然需要设置作为经济条件的公平分配义务，它以有限的信托利益给付义务为基础。

为什么要将数据处理者向数据主体提供的一定经济报酬理解为公平分配的数据利益份额？比如有论者就指出，按照人格利益和财产利益两分的逻辑看待数据财产，将财产利益配置给数据主体一来无甚必要（价值量少），二来可能导致社会财富不平等和高治理成本。<sup>[46]</sup>笔者认为对此问题的合理回应需要诉诸互惠性信任的内涵。前文已述，个人数据和特定服务之间的互换尽管看上去是一场满足了你情我愿、互有付出的交易，但实际上却远远不是公平的：平台用户的元数据和不断累积丰富的使用数据创造了远比特定服务价值巨大的经济利益。所以现代传播学领域中有学者强调，不计其数的数据主体成为数据企业不断对其进行压榨和剥削的“数字劳工”（digital

[46] 参见张新宝：《论作为新型财产权的数据财产权》，载《中国社会科学》2023年第4期。

labour), 他们在平台产品中上传、点击、浏览和评价就是在从事着数字经济的一线生产, 而其劳动时间内产生的“剩余价值”则完全被平台偷走了。<sup>[47]</sup> 尽管这种运用马克思主义剥削理论分析个人使用数据之价值分配不均的论证过于“拿来主义”且其立场较为偏激, 但是对互惠性个人数据信托构想个人数据经济利益之公平分配义务起到了振聋发聩的作用。因为从互惠性信任出发, 作为受托人的数据利用者如果连作为受益人的数据主体应得的信托利益份额都不能充分保障, 并且其收益又与这一份额事实上是冲突的, 我们如何能够想象他们之间是互惠的, 如何能够相信他们之间存在着互相信任? 平台经济既然已获得了它们必需的重要“生产要素”, 它们就应当从公平交易的原则出发优先保护用户的安全利益。<sup>[48]</sup> 个人数据信托则在此基础上进一步强调, 尊重用户的公平收益在某种程度上更是保护数据主体根本利益的体现, 因为他们有权利为捍卫自身的人格权益——尊严的独立和平等——而获得公平的经济份额。

不同个人的数据具有不同的开发利用价值, 同一份个人数据在不同使用场景下也有不同的开发利用价值。公平内涵的确定必然需要根据数据主体和数据利用情景的不同而分别作出合理的解释, 但这并不意味着要采取情景主义的利益平衡方法。不同个人数据的使用和转让之所以具有不同程度的经济价值, 必然由于数据处理者的处理活动面临着风险或不确定性。<sup>[49]</sup> 风险损失越大, 收益越大; 不确定性侵害越大, 意味着受众范围越大, 对个人造成人身利益、财产利益上不可逆的侵害越大。

在经济生活的各种数据利用场景中, 数据主体因其同意处理数据而自动承担起由于(敏感)信息泄露所造成的个人财产价值受损、隐私被公开乃至人身安全不保的风险。比如有关储蓄、投资、保险方面的个人金融数据利用主要面临的个人金融风险是可能被精准诈骗、诱导投资等。也就是说, 金融数据风险主要造成的是数据主体财产价值的损害。而对于另一类产生于网约车出行服务的预约数据、行程数据而言, 其泄露或非法交易所产生的风险损失则更多关涉个人隐私乃至人身安全。很明显, 对这两类个人经济数据的利用需要提供不同强度的信息安全保护。

所以, 我们在运用个人数据信托解释方法探究时, 就可以将促进数据效率, 发展投资者和金融机构、乘车用户和网约车平台之间的互惠性信任作为解释合理性的出发点, 将数据安全保护和公平收益分配两种价值的实现固定在两方数据信任之中。金融机构以自身商业信誉作为担保, 促进客户的金融数据合理交易, 推动数字金融服务和线上投资交易量不断发展。网约车平台以其跟踪定位技术、公安部门以其公法人资格与侦查技术做担保, 推动安全出行、方便出行服务不断提升, 扩大交易量。而数据主体获得数据收益的公平份额也应当是在尊重企业理性选择和经济效率的基础上进行。具体引入保险市场逻辑展开说明。我们可以将金融机构、网约车平台以及其他所有经济服务企业和组织看作是“投保人”, 将它们占有的、不同的个人数据集看作是具有不同价值量的“保险金”, 为作为客户的全体数据主体支付的公平收益份额是“总保费”。保险金越高,

[47] 参见〔英〕克里斯蒂安·福克斯:《受众商品、数字劳动之争、马克思主义政治经济学与批判理论》, 汪金汉、潘璟玲译, 载《国外社会科学前沿》2021年第4期。

[48] 参见武腾:《最小必要原则在平台处理个人信息实践中的适用》, 载《法学研究》2021年第6期。

[49] 该区分借鉴自经济学家奈特的著名观点。参见〔美〕富兰克·H·奈特:《风险、不确定性和利润》, 王宇、王文玉译, 中国人民大学出版社2005年版, 第13页。



相应地保费就越高。所以我们可以通过“保险精算”提供给企业保障水平各不相同的“保险产品”供其选择。那么不同行业、同行业不同体量的企业将理性接受不同水平的数据主体总体公平收益份额，再由数据主体人均平分，就可得出单一数据主体的公平收益份额。

而在卫生、文化服务领域中的数据利用活动就与上述经济生活领域中的相当不同了。这类个人数据的属性更多的是公共性而非私人财产性。这些领域中的个人数据往往被公权力机关、事业单位或社会服务组织按照法律规定的方式收集，以实现、发展特定社会公益服务为目的的分析、加工和转让。具体来看，个人医疗数据通常是以就诊病历形式存在的不断丰富着的个人患病、就医信息。需要明确的是，一方面，这些作为个人隐私的患病史、就诊史一旦被以各种形式加以公开，必将导致患者的道德人格因社会中普遍出现的不合理歧视而“减等”。另一方面，受教育数据，尤其是未成年人的受教育数据也是具有高度隐私性的个人信息，尽管合法合理地利用好这些数据能够极大改善一定范围内受教育者的普遍受教育水平，甚至是目标个体的受教育水平，但非法泄露与商用则必将侵害数据主体人格尊严的完整和独立（如未成年人被当成牟利工具），致使他们被社会排挤乃至抛弃（如有逃学、校园霸凌等方面处分的记录）。

所以，针对这种具有高度隐私性的个人生活数据可能面临的巨大不确定性侵害，数据处理者应以保护数据主体信息安全和隐私完整为首要目标，以促进流通价值、发挥公共价值为次要目标。对此，可以引入“独立的、中立的、可信任的”<sup>[50]</sup> 第三方数据控制者——国家卫生健康委员会在医疗系统设立的各级医疗信息服务机构、<sup>[51]</sup> 各级政府的教育主管部门、基层组织——作为监督、担保数据控制者合理合法处理医疗数据、受教育数据的数据委托人，以患者、受教育者和全体社会成员为普遍存在的数据利益受益人，以各类医院、学校和培训机构作为数据受托人。其合理性在于：其一，第三方数据监管者的介入能够有效避免数据主体和数据利用者之间事实上的不平等地位；其二，公法人和基层组织能够凭借公共信誉和公权力有效规制数据控制者的数据处理行为，使得法律对权利的保护更快速、更有针对性；其三，在致力于理论、技术创新的医疗数据合法流通中、医疗产品的生产与销售中应当回报患者与社会，这种回报既可以通过直接为临床受试者提供补助和报酬来实现，也可以体现为加速进入医保报销范围而为广大的潜在患者提供就医机会和经济保障。

## 五、结 语

个人数据利用互惠性信任观及其个人数据信托法律解释方法致力于为现有各类个人数据权利之平等对待提供一种“分配正义”的道德理想。该理论与针对数据权利分配的产权配置逻辑是同样处于分析层面的。相较于后者，它能够为现阶段个人信息权和数据产权<sup>[52]</sup>的充分衔接，为“知情—同意”制度促进数据主体信息安全与隐私保护、数据效益充分激发、公平分配数据收益

[50] 季卫东：《数据保护权的多维视角》，载《政治与法律》2021年第10期，第11页。

[51] 参见陈媛媛、赵晴：《数据利他：全球治理观下基于公共利益的数据共享机制》，载《图书馆论坛》2023年第5期。

[52] 参见中共中央、国务院：《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》，载 [https://www.gov.cn/zhengce/2022-12/19/content\\_5732695.htm](https://www.gov.cn/zhengce/2022-12/19/content_5732695.htm)，最后访问时间：2023年11月29日。

提供更具合理性的融贯解释。在互惠性信任观念看来，对数据主体和控制者上述核心数据利益的平等照护就是数据法治对于权利平等保障的具体要求，效率至上的、默认现实力量对比关系的产权配置逻辑具有不可忽视的局限性。

互惠性信任观及其个人数据信托法律解释方法为理顺我国当下各种个人数据利用关系提供了一种新的观察视角。不过应当指出的是，本文关于公平分配数据收益的构想还是很粗犷的。笔者认为这与其尚未完全将自身提升到一种个人数据分配正义理论的层面上有关。不过目前达到的对风险与不确定性的区分、保险市场逻辑、规制手段与互惠性信任相结合的初步探索具有进一步研究的价值。期待后续针对公平分配个人数据收益的深入研究能够为我国数据产业化进程中的共同富裕理想添砖加瓦。

---

**Abstract:** At present, the informed-consent utilization system is the main link of Chinese citizens' personal information entering the scene of data use and circulation. The system does not currently regulate the use of personal data. Through the method of interests reduction, it can be seen that the main reason is that it is not ideal to reconcile the conflict of data interests between the data subject and the data controller. The legal hermeneutic models of "protection of personal information right" do not respond properly from the theoretical level. On the one hand, they do not realize that to meet the personal interests and economic interests of data subjects and data controllers respectively, it is necessary to effectively take into account the three legal values of personal information security, data benefit development and fair distribution of data benefits at the normative and institutional levels. On the other hand, it fundamentally starts from the promotion of efficiency, explains and adjusts the system arrangement and operation according to the logic of property rights allocation to achieve mutual benefits and win-win situation. The conception of reciprocal personal data utilization explores the reciprocal legal values system of personal data and its trust mechanism, which is the moral basis of our country's data legal norms. It also puts forward the concept of "core interest" of personal data and the reciprocal logic of value convergence, in order to overcome the logic of mutual benefits and property rights allocation, which is limited to specific legal interests and insufficient normative force. It uses the interpretation method of the personal data trust to explore the reciprocal trust of the informed-consent utilization system and the obligations of the data law, and pays special attention to the fair distributions of personal data benefits under various data utilization scenarios.

**Key Words:** personal data, interests, reciprocal trust, the interpretation method of data trust, fair distribution

---

(责任编辑：徐建刚)

## 数据交易违约可得利益的类型化研究

高邴梅\*

**内容提要：**根据交易的给付特征和目的，数据交易合同的基本类型可以分为以提供财产为主要内容的数据许可合同和以提供数据技术服务为主要内容的数据服务合同。不同类型的数据交易合同在可得利益的认定和计算上存在差异。以提供财产为主要内容的数据许可交易主要适用市场价格法和替代交易法，当二者都难以适用时，可以考虑引入合理许可费标准。以提供技术服务为主要内容的数据服务具有鲜明的定制化属性，尚不具备普遍适用市场价格法的条件，更可能的选择是以替代交易法为基础、以获利返还法为补充。数据许可和数据服务违约可得利益的酌定赔偿数额都需要注重对数据产品或服务的性质、违约金条款以及合比例性的考量。

**关键词：**数据交易 违约损害赔偿 可得利益 市场价格法 替代交易法

### 一、引言

中国已经迈入数字经济时代。数字经济时代是以数据作为社会基础资源，通过全面实现数据链接和利用达致社会产出和效益的人类社会新时期。<sup>〔1〕</sup>新要素需要拥抱新市场，促进数据流通和交易是发挥数据对经济生活乘数效应的关键，也是建设数字中国的必要环节。《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》提出要完善和规范数据流通规则，构建促进使用和流通、场内场外相结合的交易制度体系。然而，现阶段我国数据交易面临诸多不确定性和法律障碍。数据交易作为数据价值实现的重要路径，其规范构造不仅影响当事人的利益诉求，

\* 高邴梅，中国政法大学民商经济法学院师资博士后。

本文为中国博士后科学基金面上资助项目“数据流通的私法治理：路径选择与规则建构”（2022M723526）的阶段性成果。

〔1〕 参见高富平：《数据经济的制度基础——数据全面开放利用模式的构想》，载《广东社会科学》2019年第5期；徐晨、吴大华、唐兴伦主编：《数字经济：新经济、新治理、新发展》，经济日报出版社2017年版，第48、50页。

对数据要素市场的建设和发展也具有实践意义。其中，数据交易违约损害赔偿的规则适用是数据交易法律规范的重要部分，关系到合同主体的行为预期〔2〕和法律救济措施的完善程度。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第584条是数据交易违约损害赔偿的请求权基础规范。依据该条规定，我国在违约损害赔偿上采取的是完全赔偿原则，即违约损害赔偿的数额是违约方因违约所造成的损失，包括对实际损失和可得利益损失的赔偿。相较而言，数据交易违约可得利益具有较大不确定性，存在认定难、计算难的问题。一方面，“合同履行后可以获得的利益”在性质上具有未来性、期待性和可得性，旨在使守约方的状况如同合同被正常履行一般，是一种推测或假设将发生的状况而非真实发生的状况。〔3〕对于数据交易而言，由于数据具有无形性、非排他性、非消耗性等特征，守约方在确定可得利益方面存在很大难度。公开或有限范围公开的数据，公开范围增加一人并不会增加生产数据的成本。但不同数量的使用主体可能影响数据交易的潜在收益，〔4〕进而导致数据交易违约可得利益也存在差异。此外，不同的数据交易类型所体现的可得利益也需要类型化评估。

另一方面，数据产品或服务具有价值多变性，由此加剧了数据交易违约可得利益的不确定性和发散性，可预见性规则适用困难。数据产品或服务的价值受到多重因素影响：一是与数据规模和数据组合方式相关。从根本上看，数据的价值在于通过充分分析和挖掘不同来源的数据之间的关联实现“数据洞察”（data insight），不同的数据规模和数据组合带来的价值有所不同。二是与开发利用的场景相关。数据资源作为新的生产要素，可以在不同的场景创造不同的价值。数据价值与质量通常取决于利用方式和拟作的用途，在某些应用场景具有较高质量和价值的价值数据不一定在其他场景具有相同的价值。〔5〕三是与时效性相关。〔6〕从数据的生命周期来看，有“活力”的数据是时效品，因为数据的寿命是有限的。〔7〕通常而言，新旧数据之间总是不断更替的，新数据的价值优于旧数据，且后者的价值随着时间的推移不断下降。四是与数据处理能力相关。相同的数据运用不同的分析工具和运算方法得出的结论可能截然不同。可见，数据产品或服务价值具有多变性，这加剧了违约可得利益预见性的困难，因为违约方在订立合同时很难预见数据产品或服务的后续应用价值和开发价值。

为此，下文将在区分数据交易合同类型的基础上，围绕数据交易违约可得利益的范围和计算方法展开研究，以期协调交易当事人的合理预期，完善数据市场的交易制度。

〔2〕 See N. Jansen & R. Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, p. 1198.

〔3〕 See Jonathan S. Coleman, “For Want of A Nail”: *Applying Florida’s Reasonable Certainty Test to Lost Profit Damage Claims*, 83 Florida Bar Journal 11, 12 (2009).

〔4〕 这一结论同样适用于知识产权领域。相关研究参见 Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, 18 Philosophy & Public Affairs 31 (1989).

〔5〕 See OECD, *Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synthesis Report*, October 2014, p. 26, available at <http://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>, last visited on Oct. 20, 2023.

〔6〕 See Frank J. Ohlhorst, *Big Data Analytics: Turning Big Data into Big Money*, Wiley, 2012, p. 3.

〔7〕 参见王坚：《在线》，中信出版集团2016年版，第63-69页。



## 二、数据交易合同类型的区分

有关数据交易流通的域外法律实践呈现不同的样态。欧盟关于促进数据共享的法案（如《数据法案》）旨在推动数据顺畅流通，该法案要求数据共享必须公平、合理且无歧视，并重点强调了企业间数据合同的公平性。<sup>〔8〕</sup>在数据合同内容上，欧盟《提供数字内容合同指令（草案）》创造性地规定了以数字形式数据、数字形式提供的服务和数据交互服务等为基本内容的提供数字内容合同，以此来规范提供数据和服务的交易。<sup>〔9〕</sup>但由于提供数字内容合同的给付内容具有多样性和混合性特征，难以通过确定给付特征的方法将其纳入统一的合同规则。成员国存在类推适用消费者销售法、归入许可合同、单列为新型合同等不同观点和选择。<sup>〔10〕</sup>在美国，关于数据利用的法律实践主要在竞争法的框架下展开。关于数据合同类型，《统一计算机信息交易法》在合同的特别类型部分规定了“访问合同”和“纠正和支持合同”。<sup>〔11〕</sup>

在数据财产与合同类型的关联方面，有学者探讨了数据商品交易和数据服务交易之间在“权力”移转性、时间性、人身专属性等方面的区别，<sup>〔12〕</sup>并指出与销售数据相比，以数据为基础的交易主要是服务模式，这也是解决市场失败的标准方案。<sup>〔13〕</sup>一般而言，财产型合同和服务型合同是有名合同的两大基本类型，前者包含买卖合同、租赁合同等，后者包含承揽合同、委托合同、物业服务合同等。两者在合同履行方式、风险负担、违约损害赔偿责任等法律效果上存在区别。<sup>〔14〕</sup>为了厘清数据交易违约可得利益的范围和计算方式，首先需要辨析的是数据交易的合同性质，究竟是定位于财产型合同，还是服务型合同。

从交易的给付特征和目的出发，提供财产的合同与提供服务的合同至少存在以下不同：<sup>〔15〕</sup>一是对交易标的的控制不同。财产型合同中，有形财产可以移转占有，无形财产可以许可使用，而服务型合同无法在事先完全实现标准化与定型化，具有难以库存的特征。<sup>〔16〕</sup>二是使用期限不

〔8〕 See European Commission, Data Act: Proposal for a Regulation on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data, COM (2022) 68 final.

〔9〕 See European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content, COM (2015) 634 final.

〔10〕 See N. Helberger et al., *Digital Content Contracts for Consumer*, 36 *Journal of Consumer Policy* 37, 42-43 (2013).

〔11〕 访问合同是一方授权另一方访问其信息处理系统或从信息系统获取信息的合同。纠正和支持合同是以提供与计算机信息运行有关的技术纠正和支持服务为主要内容的合同。See Uniform Computer Information Transactions Act (2002) § 611 (a). § 612 (a).

〔12〕 具体而言：第一，数据提供方是否丧失控制权不同；第二，交易是否具有持续性不同；第三，使用期限有所不同；第四，是否需要数据提供方亲自履行不同；第五，是否可以转售不同。See Herbert Zech, *Data as a Tradeable Commodity—Implications for Contract Law*, in Josef Drexler ed., *Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership, Privacy and Safeguarding Competition*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 6-9.

〔13〕 See Wolfgang Kerber, *A New (Intellectual) Property Right for Non-personal Data? An Economic Analysis*, available at <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/155649/1/870294326.pdf>, last visited on Dec. 31, 2023.

〔14〕 参见周江洪：《作为典型合同之服务合同的未来——再论服务合同典型化之必要性和可行性》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期。

〔15〕 参见武腾：《个人信息积极利用的类型区分与合同构造》，载《法学》2023年第6期。

〔16〕 无形性（intangibility）、异质性（heterogeneity）、不可分割性（inseparability）、难以库存性（perishability）等常被视为服务的构成特征（所谓的IHIP特征）。See Sabine Moeller, *Characteristics of Services—a New Approach Uncovers Their Value*, 24 *Journal of Services Marketing* 359 (2010).

同。财产型合同的财产使用期限可能是永久的（如买卖合同），也可能持续一定时间（如租赁合同），而服务合同提供的服务在生产 and 消费上具有同步性，在时间维度上难以分割。三是履行方式不同。财产型合同一般不具有人身专属性，不要求亲自履行；而服务合同的履行质量与服务提供者的技能密切相关，因此一般要求亲自履行，服务受领者也不得随意转让债权。四是可转让性方面不同。无论是有形财产，还是无形财产，都能以转让形式交易，而服务型合同则较少采用转让模式。

对数据交易而言，实践中主要存在数据转让、数据许可使用和数据服务等情形。<sup>〔17〕</sup> 数据转让，是指数据提供方一次性转移数据控制权给数据需求方而自身丧失控制权，如数据集的整体转让。数据转让具有一时性、财产性等特征，是典型的财产型合同。但数据的价值在于多次利用，“一次性买断”的数据转让远不如数据许可和数据服务有意义，实践中也较少采用数据转让的交易形式。因此，本文主要集中讨论数据许可使用和数据服务。数据许可使用以移转数据产品的使用权为给付内容，如数据被许可方通过调用数据许可方授权的接口（API）<sup>〔18〕</sup> 获取相关数据产品的使用权，而数据许可方不丧失数据的控制权，最终形成对数据的共同控制或彼此独立控制。<sup>〔19〕</sup> 如果作为许可标的物的数据产品构成著作权、专利权等知识产权客体，知识产权许可合同便是数据许可交易的形态。<sup>〔20〕</sup> 即便许可使用的是事实类数据，也可以类推适用知识产权许可合同。此类交易中，数据许可方与数据被许可方处于一种有期限的持续性关系，由数据许可方履行传输、更新等义务以保证数据被许可方持续使用数据。<sup>〔21〕</sup> 在财产型合同和服务型合同之间，许可使用合同更适宜归类为财产型合同，其与租赁非常接近，同样以财产为合同标的物，只不过租赁的合同标的物是有形物，许可合同的标的物既可以是无形物，也可以是有形物。<sup>〔22〕</sup> 数据服务合同是以大数据分析应用技术为基础，满足服务受领方特定目的的合同类型，如提供技术预测、数据加工定制服务等。数据服务不以提供财产为标的，数据服务中涉及的“数据产品”是为服务受领方专门提供的服务成果，旨在满足特定商业目的，服务受领方难以转让。

综上，数据交易的基本合同类型可以分为以提供财产为主要内容的数据许可合同，以及以提供数据技术服务为主要内容的数据服务合同。下文将分别讨论这两类数据交易合同的违约可得利益。

〔17〕 当然，数据交易的样态也可能是包含许可使用、提供数据技术服务等要素的混合合同。

〔18〕 API 是互联网新的应用开发模式，有助于发挥数据资源价值，其内容包含数据传输、数据交换、数据访问管理等。See LendIt Fintech, *The State of Open Banking*, available at <https://blog.lendit.com/whitepaper-state-open-banking/>, last visited on Apr. 1, 2023.

〔19〕 参见许可：《数据交易流通的三元治理：技术、标准与法律》，载《吉首大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

〔20〕 数据产品构成知识产权客体的情况在实践中并不少见。例如在“四维图新科技股份有限公司与立得空间信息技术股份有限公司等著作权纠纷案”中，地图数据是否构成著作权客体是争议焦点之一。法院认为，现实世界的地理信息非常丰富，地图上能容纳的信息本身有限，筛选确定的信息必然要经过复杂的筛选过程，所以结果因人而异，导航电子地图有很大的创作空间，至少独立测绘的导航电子地图偶合或者与现有作品重合的可能性小。据此法院认为独立测绘的导航电子地图，通常可以符合独创性的要求。参见北京知识产权法院（2019）京73民终1270号民事判决书。

〔21〕 参见高郦梅：《论数据交易合同规则的适用》，载《法商研究》2023年第4期。

〔22〕 参见武腾：《数据交易的合同法问题研究》，法律出版社2023年版，第155页。

### 三、财产型数据交易的违约可得利益

#### （一）数据许可合同违约可得利益范围

数据许可合同的数据通常构成无形财产的客体（可能属于知识产权客体，也可能不属于），该类合同的违约情形主要包括权利瑕疵和物的瑕疵。<sup>[23]</sup> 权利瑕疵源于许可方的权利瑕疵担保义务，即保证第三人对该许可标的物不享有任何权利。如果数据许可方无权或越权许可数据，影响数据被许可方行使许可使用权，则属于违反权利瑕疵担保义务，应当承担违约损害赔偿赔偿责任。因第三人享有权利而致使被许可方无法继续使用该数据时，数据被许可方的可得利益包括数据财产预期能够带来的经济利益。物的瑕疵指的是合同标的物在数量、质量等方面不符合合同要求。例如，实践中发生的访问障碍、数据毁损等纠纷在某种程度上体现的就是数据不符合可用性、完整性等质量要求。此时数据被许可方的可得利益可能是生产利润，也可能是经营利润，这取决于订立合同的目的。<sup>[24]</sup>

根据《民法典》第 584 条的但书规定，违约损害赔偿不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。据此，数据交易违约损害赔偿的范围受到可预见性规则的限制。具体考量时，除了结合合同目的、合同内容、合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等因素，还必须考虑数据本身的技术应用特征。

一方面，数据许可的合同目的和合同内容是基础判断因素。合同目的和合同内容体现了合同的保护范围，是当事人双方基于意思自治对损害赔偿风险的分配结果，根据合同自由原则，应当按照合同约定认定赔偿范围。也即如果合同内容载明了一方的合同目的，出于对意思自治的尊重，合同目的内的损害应当被违约方预见。同时，根据是否为合同内容所创设的典型风险，违约损害的可预见性也有所不同。如果违约损害是依事物的通常进程或交易观念产生的，数据许可中的违约方应当预见。具体来说，依事物的通常进程或交易观念产生的损害属于与合同性质和内容相关的典型风险，在英美法上被认为是“一般损失”（ordinary damage）。<sup>[25]</sup> 这类损害一般推定违约方知情，应当予以赔偿，如合同标的物的价值。而在事物通常进程或交易观念之外产生其他特殊损害，只有在守约方事先告知、合同内容载明了其合同目的或有其他证据表明违约方明知其违约会产生何种损失时，违约方才承担赔偿责任。

另一方面，数据许可的合同主体、行业特点、商业模式、使用场景、预期投入成本、数据的外部性、交易习惯、磋商过程等也是判断可预见性的重要参考因素。上文提及的事物通常进程之

[23] 有观点将数据瑕疵分为效用性瑕疵、交易性瑕疵、权利性瑕疵等。参见许可：《数据交易流通的三元治理：技术、标准与法律》，载《吉首大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

[24] 根据《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（以下简称《指导意见》），可得利益损失主要分为三类：（1）生产利润损失。如生产设备和原材料等买卖合同违约中，因出卖人违约而造成买受人的可得利益损失。（2）经营利润损失。如承包经营、租赁经营合同以及提供服务或劳务的合同中，因一方违约造成的可得利益损失。（3）转售利润损失。如先后系列买卖合同中，因原合同出卖方违约而造成其后的转售合同出售方的可得利益损失。在数据许可使用交易中，数据被许可方获得的是使用数据许可方数据的资格，一般不允许转售，因此可得利益属于转售利润的可能性较小。

[25] See Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution*, Hart Publishing, 1998, p. 161.

外的损害是否应当赔偿,就需要对各种因素作出综合考量。典型如数据被许可方将数据产品转卖或加工处理后转卖,因许可方违约导致其无法履行其他交易或正常营业而造成的损失。此种情形的难点在于,当事人双方的合同仅是交易链条中的一个环节,守约方嗣后的交易或营业安排不一定都能纳入违约方的可预见范围。尤其是出于商业秘密保护的考虑或订立合同时后续交易尚未实际发生,守约方可能不会事先披露给违约方,此时如何确定违约方是否可预见就应当综合考虑合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等方面。例如,在商事交易中,根据合同标的的性质和交易类型,作为对该行业的发展模式较为了解的债务人很难说其料想不到守约方的大致安排,如果债务人违约,须对守约方后续交易受到的不利影响承担赔偿责任。<sup>[26]</sup>

具体来说,如果数据许可合同双方当事人过去进行过类似交易或存在相关行业惯例,这些交易使相对方知晓违约可能产生的后果,或者在磋商时守约方提及了数据产品的后续安排和相关注意事项,违约一方当事人应当预见到违约行为对守约方后续安排或交易产生的损失。譬如,在“开平市捷安汽车租赁有限公司、佛山市北斗铭淇科技有限公司服务合同纠纷案”中,法院认为,由于被告提供服务的里程统计数据的完整性出现问题,导致原告因里程数据的缺失无法获得本应获得的油补,客观上造成了损失(正常履行合同后可以获得的利益减少),被告应当承担相应的违约责任。从双方在2019年11月到2020年期间微信聊天记录中的沟通和被告收取了35台车的追加服务费可以得知,被告对有关里程数据上传直接影响到原告能否获得油补是应当预见到的,故被告应当赔偿原告的相关损失。<sup>[27]</sup>

与此同时,数据交易的技术应用特征、行业特点和商业模式也需要纳入可预见标准的考量范围。数据交易作为一种新交易样态,相关市场和行业尚处于起步阶段,为了激发市场活力,促进新行业的健康发展,不应施加过于严苛的赔偿责任。<sup>[28]</sup>例如,数据有别于实物,通过数据技术预测的事件不是必然发生的,其质量具有较大不确定性,不易评价。在数据许可方违反物的瑕疵担保义务、造成预期的应用效果不能实现时,不能将被许可方的预期获利一概认定为可得利益。对此,考虑到数据被许可方基于数据产品作出的商业决策形式多样,如果借助合同内容、磋商过程和交易习惯都不能得出违约方对可得利益预见到的判断,那么就不宜要求违约方赔偿债权人的可得利益损失,否则会导致数据交易当事人因面临过高的市场风险而丧失交易积极性。

## (二) 数据许可合同违约可得利益的计算

### 1. 抽象算法与具体算法的适用空间

在违约可得利益计算方面,传统私法存在具体计算方法(concrete assessment)和抽象计算方法(abstract assessment),或称为替代交易法和市场价格法。前者对守约方的具体情况加以考量,根据守约方具体遭受的损失来计算,旨在恢复守约方实际遭受的全部损失;后者则不注重守约方的特定损失和个人经济情况,将合同约定价格与市场价格的差额作为违约损害赔偿额的计算方法,旨在给当事人合理的赔偿。<sup>[29]</sup>例如,债务人拒不交货时,具体计算方法考量的是债权人

[26] 参见浙江省高级人民法院(2010)浙海终字第113号民事判决书。

[27] 参见广东省佛山市禅城区人民法院(2022)粤0604民初5034号民事判决书。

[28] 参见齐英程:《数据服务提供者的质量瑕疵担保责任研究》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2022年第6期。

[29] 参见王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社1996年版,第432页。



进行替代交易实际支出的费用，而抽象计算方法则着眼于替代品的市场价格。

抽象计算方法和具体计算方法不能同时适用，对于二者关系的处理，存在不同立法例。例如，英国法以抽象计算方法为原则，具体计算方法为补充；德国法上，具体计算方法是基本计算方法，抽象计算方法的适用范围限于商业领域。<sup>[30]</sup> 考虑到违约损害赔偿的计算是依损害的性质和损害的构成因素来决定，我国宜采取多元路径，即守约方有不选择替代交易法而选择适用市场价格法的自主权。在守约方不愿或难以从事替代交易的场合，市场价格法会成为一种重要的损害计算方式。例如，房屋买卖合同中，出卖人因房价快速上涨拒不履行合同，买受人可能没有经济能力实施替代交易，此时市场价格法就可以发挥有效作用。

在数据许可交易中，抽象计算方法和具体计算方法都有适用空间。一方面，数据许可具备市场价格形成的理论基础和现实基础。作为财产型合同的数据许可，其标的物具有可标准化的特征。一旦数据要素市场存在同类数据产品，数据许可交易就有评估参照物。实践中，许多数据许可合同的标的物都符合知识产权的客体构成要件，<sup>[31]</sup> 数据许可合同的违约可得利益便可转换为知识产权许可合同违约可得利益的计算，其市场估值较为成熟。不以知识产权为基础的数据许可交易在运用抽象算法时，则有赖于数据产品标准化和数据要素市场的完善。有研究指出，上海数据交易所自揭牌运营以来，已成功对接 800 余家数据商，累计挂牌数据产品超过 800 个，数据产品交易额超过 1 亿元。未来可以依托数据交易所，探索建立类似股票价格指数数据要素价格指数，用以反映数据产品价格的水平和变动情况。<sup>[32]</sup>

另一方面，替代交易法更能接近真实的合同履行后的状态，比市场价格法更为准确具体，是实现守约方合同履行地位的理想选择。相较而言，市场价格法的抽象性和推测性可能会在当事人双方之间产生更多争议，尤其是在补购异质商品时，守约方的证明难度更大，而替代交易法的守约方只需证明实际的交易价格，更具确定性。<sup>[33]</sup> 更为重要的是，替代交易法对有效转化市场风险负担和鼓励当事人守约具有关键作用。在市场价格飞速上涨的情形，传统的市场价格法可能将风险转嫁给守约方，而采取替代交易价格与合同约定价格的差额会让违约方无利可图，减少对违约的激励效应。

替代交易作为数据许可违约可得利益的一种计算方法，其适用情形至少包括数据许可方不交付和数据被许可方拒绝接收与拒付款款。如果数据许可方没有交付数据产品，数据被许可方可以选择另行购买相同或相似产品，其损失为因此多支出的价款；如果数据被许可方拒绝接收数据产品并拒付款款，数据许可方可以选择以时价另行出售，其损失为售价低于合同约定价格的差额。但并非所有的替代交易都能产生法律效果，只有符合特定条件才是合理适当的替代交易。合理方

[30] See Bosil S. Markesinis et al., *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd Edition, Hart Publishing, 2006, pp. 480 - 481.

[31] 经过深度加工的数据产品可能构成著作权、专利权、技术秘密等知识产权客体。实践中，有的法院便是通过知识产权来保护数据产品。如认为地图数据属于作品，参见北京知识产权法院（2019）京 73 民终 1270 号民事判决书。

[32] 参见王建冬：《全国统一数据大市场下创新数据价格形成机制的政策思考》，载 [https://www.ndrc.gov.cn/wsdwhzf/202305/t20230508\\_1355558.html](https://www.ndrc.gov.cn/wsdwhzf/202305/t20230508_1355558.html)，最后访问时间：2023 年 10 月 15 日。

[33] See Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 California Law Review 975, 1042 (2005).

式的内涵广泛,《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》等多个立法例从时间、方式等方面规定替代交易需满足合理性要件,意在保护违约方,避免其因不适当的替代交易承担更重的责任。其中,价格合理是替代交易具备合理性的核心因素,即替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地市场价格的,替代交易可能被排除。不过,如果此时的替代交易具有紧迫性,不进行替代交易将导致守约方的损失扩大,则应当认为替代交易成立。

这就是说,替代交易的价格不必是最优的。<sup>[34]</sup>替代交易价格高低的合理性有赖于市场状况、当事人是否存在急迫需求等具体情事。譬如,对于数据来源具有稀缺性<sup>[35]</sup>的数据许可交易,如果数据许可方拒不履行合同,数据被许可方在作出合理搜寻后,以通常或有利的价格实施替代交易,即便替代购买的数据产品价格较高也是适当的。相反,如果替代交易与容易获得的相同或相似的数据的市场价格之间具有巨大差距,则此交易就不是以合理方式实施的。另外,基于数据许可标的物的特殊性和复杂性,一味要求完全相同质量的替代交易对守约一方当事人过于严苛且不具有现实可能性,对此应当着眼于合同整体,根据个案情况作出认定。<sup>[36]</sup>当然,因替代交易避免的费用或损失应当在计算赔偿额时予以扣除,如数据储存费、数据传输费等由于违约方不履行而导致的附带损失或间接损失可能得到节省。

在选择替代交易法计算违约损害赔偿数额时,还需要注意区分交易的性质。相较于一时性合同,以持续履行债务为内容的定期合同的可得利益损失计算存在一定特殊性,如合同当事人面临合作时间长、资源投入大、合同履行的不确定性明显等困难。就此而言,在以持续性分享数据控制权为给付内容的定期数据许可合同中:数据被许可方提前解除合同的,违约损害不能按照剩余使用期限对应的价款计算,否则可能导致数据许可方将数据另行许可后双重获利;数据许可方提前解除合同的,数据被许可方不能获得剩余使用期内全部经营损失,否则会造成数据被许可方无需继续投入成本而获取经营利润的不公平情形。因此,需要明确守约方替代交易的适用方法和合理期间。理论上,影响替代交易时间的因素主要有合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等。基于数据交易的特殊性(如价格异质性强,替代交易难度较大),确定合理时间时应当尤其注意合同标的的特点。例如,如果由于数据来源单一,债权人进行替代交易较困难,应根据市场情况确定较长的替代交易期间。在具体计算时,持续性定期合同的守约方获取价款或报酬本身也存在成本支出,故可得利益损失数额应当减去守约方的履约成本,即守约方寻找替代交易的合理期限对应的价款扣除守约方为履约支出的合理费用。

## 2. 合理许可使用费计算法的补充

合理许可使用费标准是我国知识产权侵权损害赔偿的计算方式之一。在知识产权这类非竞争性权利遭受侵害时,加害人未经许可利用他人知识产权并不影响或排斥权利人同时利用该知识产权,权利人难以通过差额说获得赔偿。基于知识产权的特殊性,未经许可利用他人的知识产权,应当理解为侵害了权利人享有的排他利用权带来的经济价值。故权利人可依据合理许可使用费计算

[34] 参见张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,载《法学》2017年第9期。

[35] 数据来源的稀缺性也被视为数据爬取正当性因素之一。参见许可:《数据爬取的正当性及其边界》,载《中国法学》2021年第2期。

[36] 参见王怡聪、孙良国:《作为违约损害赔偿计算方法的替代交易研究》,载《中国人民大学学报》2021年第2期。

损害赔偿，将权利人经法定程序允许他人使用特定权利而获得的许可使用费数额作为加害人损害赔偿的数额。<sup>〔37〕</sup> 确定合理许可使用费数额时，可以运用“全部市场价值规则”和“分摊规则”。<sup>〔38〕</sup>

在违约损害赔偿领域，同样会发生违约损失难以证明或计算的情况。比较法上，已存在相关的理论研究和司法裁判。例如，英国最高法院在 One-Step 案<sup>〔39〕</sup>中指出，损害赔偿除了适用填补损失原则之外，还存在使用费原则（principle of price or hire）。如果被告未经许可使用原告有形财产或知识产权，损失难以确定，则不能根据填补损失原则获得赔偿。此时往往运用使用费原则，将未经许可的使用看作侵害权利人对财产的排他利用权，判决被告承担使用费赔偿责任以补偿原告被侵害的合同权利的经济价值。由此，将合理许可费作为违约损害赔偿的计算方法存在一定条件：一是按照传统损害赔偿制度“差额说”理论不能证明违约财产损失或损失难以确定；二是被告利用的是具有财产价值的权利，如所有权、用益物权、知识产权以及其他财产性权利。

本文认为，合理许可使用费作为数据许可违约可得利益的补充计算方法具有可行性和必要性。首先，数据许可违约可得利益难以适用“差额法”。“差额法”是计算违约可得利益的常见方法，即将违约行为发生时守约方的财产状况与合同履行后守约方所应处于的财产状况进行对比。由于无形物具有非排他性，所以数据许可既可以存在排他许可，也可以存在普通许可（非排他许可）。不同的许可方式意味着数据许可方未来提供同一套数据的限制不同。但是，即便数据许可方违反许可范围的限制，将排他许可的数据又许可第三方使用，也不影响被许可方同时使用。正是因为数据的非竞争性，守约方难以证明自己的所失利益。因此，不宜借助差额说来认定数据许可合同违约可得利益。其次，数据许可是对无形财产的许可使用交易，具有明显的财产性特征。如前文所述，很多情况下数据许可的标的物都构成知识产权客体，以知识产权为基础的数据许可属于合理许可费标准的典型适用对象。被告违反合同约定未经许可利用了原告的财产性权利，获得了原告失去的使用利益。在这个意义上，合理许可使用费代表的是被告利用原告财产权利取得的使用价值，属于对不当得利的客观评价，区别于违约获利返还中被告因违约获得的实际利润。<sup>〔40〕</sup>

据此，当市场价格法和替代交易法均难以计算数据许可的违约可得利益时，合理许可使用费计算法可以成为第三种选择。合理许可使用费一般参考曾授权他方使用相同或类似知识产权或事实数据的许可费用，具有相对客观性和确定性，有利于限制法官的自由裁量权。

## 四、服务型数据交易的违约可得利益

### （一）数据服务合同违约可得利益范围

数据服务合同是以大数据技术应用为内容的服务型合同，一般属于继续性合同。<sup>〔41〕</sup> 该服务

〔37〕 参见冯德淦：《获利返还制度的法理研究》，载《法制与社会发展》2023年第1期。

〔38〕 参见缪宇：《作为损害赔偿计算方式的合理许可使用费标准》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2019年第6期。

〔39〕 Morris-Garner v. One Step (Support) Ltd [2018] UKSC 20.

〔40〕 参见黎珞：《作为违约损害赔偿计算方式的许可使用费——基于英国违约交涉赔偿制度的最新发展与我国相关案件的研究》，载《判解研究》第3辑，人民法院出版社2022年版，第202页。

〔41〕 参见林涸民：《个人数据交易的双重法律构造》，载《法学研究》2022年第5期。

可能涉及知识产权，也可能不涉及知识产权，常见于城市数字化、商业品牌规划、平台内店铺运营等场景。例如，在“赛迪顾问股份有限公司诉淄博华鸿印刷有限公司技术咨询合同纠纷案”中，法院指出：受托方应当围绕志鸿教育集团文化创意产业基地咨询项目的可能性、可行性、经济效益等具体情况，对项目建设所需资源与能力匹配度进行评估；对所采取的盈利模式以及投资收益性进行论证；对项目建设过程中的风险进行识别、评估和控制，从而确定该项目是否可行、能否成功，如何取得最大经济效益。<sup>〔42〕</sup> 在进行评估的过程中，需要按照特定目标收集相关数据，经过加工分析，给出项目的完善建议。不难发现，当受托人通过收集海量数据并运用云计算等技术进行加工时，此种交易本质上就是大数据技术应用后，以相关数据产品为基础的服务合同。数据服务合同中的数据产品往往是为数据服务受领方专门提供的技术咨询成果，一旦实现数据受领方的特定目的，数据产品的价值便会衰减乃至消失，数据服务受领方难以将其转让或在其上设立担保。<sup>〔43〕</sup> 数据服务合同旨在提供技术预测、定制加工等服务以满足特定商业目标，而不论是否存在财产权。如果数据服务提供方拒不履行合同或未能按照约定提供数据服务，数据服务受领方可以根据《民法典》第584条要求数据服务提供方赔偿损失。

一般来说，大数据技术直接服务于企业营销活动，主要包括改善市场营销效果和维护营业状况不遭受不利影响。就前者而言，如果数据服务提供方承诺产生特定服务效果，当大数据技术没有改善数据服务受领方的营销情况，则产生可得利益损失。如果未承诺产生特定服务效果，由于数据技术应用的不确定性，则难以证明营销效果本应当达到的水准，数据服务受领方可得利益的损失可能难以得到支持。就后者来说，如果数据服务的目的是维护数据服务受领方的营业状况不遭受不利影响，在数据服务提供方拒不履行合同或履行合同不符合约定时，由此产生的可得利益损失较容易认定。如在“一起数据技术服务纠纷案”<sup>〔44〕</sup>中，原告与被告签订了技术服务合同，约定被告为原告提供“深度威胁识别”服务，包括对ATD节点的日常维护、监控和及时排除故障。双方约定了因服务提供方导致ATD服务中断且服务可用性未达到99%的损害赔偿计算方法。但未对因服务中断所带来的网站知名度下降、流量减少、网站收入下降等违约损害赔偿作出明确约定。该案中，故障导致原告网站不能被客户访问时间为29小时。如果按照该约定计算，原告因违约应赔偿的金额仅为1691.86元。法院认为，互联网运行具有连续性、不可中断性，网站的流量直接影响网站的收入。案涉故障不仅导致29小时客户不能访问，还导致修复后网站流量减少、收入下降的后果。结合合同履行情况、当事人过错程度等因素酌情支持被告赔偿原告经济损失30万元。可见，数据服务合同违约可得利益可以包括流量减少损失、广告收入损失等经营利润损失。

在可预见性规则方面，与数据许可合同类似，数据服务合同违约可得利益的范围需要结合合同目的、合同内容、技术应用特征、合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等因素综合判断。

## （二）数据服务合同违约可得利益的计算

### 1. 抽象计算法的难点

如前所述，抽象计算方法是按照守约方知道或者应当知道违约行为发生后合理期间内合同履

〔42〕 参见最高人民法院（2011）民申字第396号民事判决书。

〔43〕 参见武腾：《数据交易的合同法问题研究》，法律出版社2023年版，第165页。

〔44〕 参见贵州省贵阳市中级人民法院（2020）黔01民终10086号民事判决书。



行地的市场价格与合同价格的差额确定可得利益。在这个意义上，抽象计算方法是以前述市场价格与合同价格的差额为赔偿额，那么其适用显然需要存在时价。时价是同类商品经常交易的结果，且需要考虑不同交易主体适应的市场层级和市场类型。例如，批发商和零售商的相关市场价格就有所不同。<sup>[45]</sup>

就我国数据服务交易的实际情况来说，抽象计算法最大的难点在于对数据服务同类交易的界定。正如前文所述，数据服务交易是专门为数据服务受领方提供数据技术预测、数据加工等数据服务的，其活跃程度高、时效性强，具有鲜明的定制化属性。数据服务的价值不仅取决于数据的质量、<sup>[46]</sup>成本以及数据的层次和协同性，还受到数据服务受领方的风险厌恶程度、数据偏好、信息使用成本和变现能力等异质性因素的影响。<sup>[47]</sup>不同于传统资产具有公认的交易价格，由于数据的用途和价值存在因人而异、见仁见智的特点，对数据设定具有共识性的对价并非易事。例如，关于数据的估值方法，传统的成本法、收益法、市场法在应用于数据这类新事物上都具有相当的局限性和不适应性，难以准确评估数据的真正价值。<sup>[48]</sup>数据要素市场尚未完善前，数据服务受领方的异质性对数据服务价值的影响更为突出。我国数据要素市场正在建设，数据服务交易的样本量有限，已成立的大数据交易中心的运营情况和数据交易成交量也远低于预期。<sup>[49]</sup>“这导致市场的价格发现功能并不健全，市场缺乏公允价格。”<sup>[50]</sup>如果采用市场价格法计算数据服务交易的违约损害赔偿数额，需以违约行为发生后合理期间内合同履行地的相同或相似的数据服务的抽象市场价格与合同价格的差额为基础。这意味着抽象计算方法对市场环境要求较高，评估难度较大，<sup>[51]</sup>需要依托市场上类似的交易进行类比。但目前数据市场环境的活跃程度不足，数据服务交易和数据积累不充分，尚不足以为抽象计算方法的普遍适用提供基础条件。

## 2. 具体计算法的适用

前文述及，具体计算方法着眼于守约方的实际损失，按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益。当一方当事人违约时，守约方及时、合理地实施替代交易有助于保护双方当事人的利益，也可以促进社会效益最大化。与数据许可一样，数据服务交易在运用具体计算法时也需要根据继续性合同的特性综合合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等判断替代交易的合理性。此处不再赘述。

实践中，替代交易法是计算数据服务违约可得利益的主要方法。例如，在“北京瑞达恒建筑咨询有限公司与企查查科技有限公司合同纠纷案”中，原被告双方签订《企业信息委托查询技术服务合同》，约定原告瑞达恒公司通过使用被告企查查公司的技术来优化其经营的“慧讯网”客户体验并提升网站的品质。被告企查查公司以预防征信风险拒绝履行合同义务，构成预期违约。

[45] 参见张金海：《违约损害赔偿中的抽象计算方法研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第3期。

[46] 一般可以通过数据质量的评价指标来明确数据质量要求，包括数据的采集方法、样本量、真实性、完整性、可用性、颗粒度等。参见吴江：《数据交易机制初探——新制度经济学的视角》，载《天津商业大学学报》2015年第3期。

[47] 参见熊巧琴、汤珂：《数据要素的界权、交易和定价研究进展》，载《经济学动态》2021年第2期。

[48] 参见茶洪旺、袁航：《中国大数据交易发展的问题及对策研究》，载《区域经济评论》2018年第4期。

[49] 参见中国信息通信研究院：《数据价值化与数据要素市场发展报告（2021年）》。

[50] 包晓丽、齐延平：《论数据权益定价规则》，载《华东政法大学学报》2022年第3期，第70页。

[51] 参见杭州国际数字交易联盟：《数据资产价值实现研究报告》，2023年2月。

法院认为，被告企查查公司未提供全部服务，原告瑞达恒公司有权要求被告企查查公司返还剩余额度款项 21000 元。同时，因被告企查查公司预期违约，导致原告瑞达恒公司为寻找可替代性服务，与案外公司北京金堤征信服务有限公司签订《数据服务合同（API 数据接口）》。《企业信息委托查询技术服务合同》与《数据服务合同（API 数据接口）》履行期限虽不同，但接口调用次数均为 1000 万次，而根据两份合同的约定以及行业习惯，接口调用次数是决定价格的主要因素。替代交易与被告企查查公司所提供的 174000 元 1000 万次查询额度相比，多支出了 76000 元，企查查公司应予赔偿。<sup>[52]</sup> 该案件反映出，数据服务合同中服务提供者拒不履行合同时，服务受领方可以通常或有利的价格实施替代交易，即替代交易的价格不必是最优的。

### 3. 获利返还法的补充

传统上，获利返还是侵权领域的一项特殊损害赔偿计算方法，旨在威慑不法行为。<sup>[53]</sup> 获利返还源于“任何人不得从其不当行为中获利”的古老原则，并为现代法所认可，其意义不仅在于丰富私法的预防功能，还可以协助惩罚赔偿制度，进而形成私法惩罚功能的梯度化和区分制。<sup>[54]</sup> 《民法典》侵权责任编第 1182 条明确规定了侵害人身权益中损害赔偿的获利返还标准，此外，《中华人民共和国著作权法》《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《个人信息保护法》在面临被侵害的知识产权、竞争利益、个人信息权益的损害计算问题时，也引入了获利返还标准。为了减轻司法证明难度和遏制不法行为，上述规范赋予受害方选择权，将实际损失与获利返还平行地确立为损害赔偿数额计算方法。

在数据服务合同领域，获利返还是作为补充性的赔偿方式还是独立的违约获利返还请求权？从违约救济体系的平衡性看，违约获利宜定位为补充性的损害赔偿计算标准。有别于侵权损害赔偿，基于对违约责任补偿性的认识，传统违约损害赔偿是以受害方的损害为中心作出的制度设计，旨在实现合同当事人的履行利益，故违约损害赔偿的计算方法几乎都以受害方因违约遭受的损失为判断标准。获利返还作为一种脱离实际损失的计算方法，<sup>[55]</sup> 一般性地认可和适用违约获利返还会对违约责任体系产生冲击，如果不加限制地进行扩张适用，恐怕将异化损害赔偿体系的价值功能，长远上还可能阻碍合同订立、浪费社会资源。<sup>[56]</sup> 然而，随着交易实践的不断发展，违约行为具体样态愈发复杂，单纯从受害方视角坚持“以损害为中心”的违约赔偿理念难以有效发挥合同法的制度功能。在实践中，常常存在当事人损失难以证明而违约方却因故意实施违约行为获得巨额利益的情形。如一物二卖案件中，出卖人为了追求更高的价金，与第一买受人订立合同后，将标的物转卖给出价更高的第二买受人，如果仍然要求第一买受人证明实际损失或根据市场价值主张赔偿，那么违约方的赔偿责任将会低于其获得的利益，这无异于鼓励违约，削弱合同的制度功能。这就为获利返还的计算方法留下了适用空间。在满足一定的适用条件下，将数据服

[52] 参见北京市西城区人民法院（2022）京 0102 民初 12577 号民事判决书。

[53] 参见〔奥〕海尔姆特·库齐奥：《侵权责任法的基本问题（第一卷）——德国国家的视角》，朱岩译，北京大学出版社 2017 年版，第 37 页。

[54] 参见冯德淦：《获利返还制度的法理研究》，载《法制与社会发展》2023 年第 1 期。

[55] 参见缪宇：《获利返还论——以〈侵权责任法〉第 20 条为中心》，载《法商研究》2017 年第 4 期。

[56] 违约获益赔偿本身存在一定成本。See Craig Rotherham, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, 32 Oxford Journal of Legal Studies 537, 542 (2012).

务交易违约方因违约获得的利益赔偿给守约方进而使其无利可图，在很大程度上是可行且明智的。<sup>〔57〕</sup>

本文认为，将获利返还作为无法确定数据服务违约可得利益时的补充计算方法，有着重要意义。一方面，违约方的获利是其不法行为的直接后果，也是对守约方无形伤害的物质体现。<sup>〔58〕</sup>在数据服务中允许依据获利返还标准确定损害赔偿的数额有助于补充市场价格法和替代交易法之不足。基于保护商业秘密等因素，守约方可能不愿意公开内部核算情况和业务联系，当其不能或者不愿证明具体损失且没有确定的市场价格时，允许以违约方的获利为标准计算违约损失具有实践必要性。也就是说，获利返还计算方法是一种兜底性方法，其适用顺序后于替代交易法、市场价格法等法律规定的其他计算方法，守约方不得直接主张依据违约方的获益确定违约损失。这也符合《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62条规定的意旨。<sup>〔59〕</sup>

另一方面，不同于有体物可以借助既有市场形成的评价体系确定其客观价值，数据服务的价值具有不确定性，因主体、场景、技术的不同而存在很大的差异。在数据要素市场尚未形成前，数据服务价值的确定会面临更加复杂的难题，尚不存在市场公允价格。基于此，数据服务的守约方很难证明因违约遭到的损失。相比而言，违约方获利是一个确定的事实，法官可以通过违约方财产状态的变化判断获利数额。不过，考虑到违约方不会主动公开账簿，守约方在证明违约方因违约行为获利的数额方面存在困难，有必要通过举证责任分配提高可行性或由法院依职权调查。

此外，获利返还需要受到一定的限制以避免法院滥用裁量权。<sup>〔60〕</sup>具体来说，法院通过获利返还确定守约方可得利益损失时应当综合考量，参考因素包括违约方的过错程度、违约情节、违约方资质信誉、违约方专业技术能力对获得该利益的作用<sup>〔61〕</sup>等。例如，数据服务合同的违约方虽然对所获利益作出了贡献，但如果属于恶意违约，基于对其主观不法的制裁，一般可以适用获利返还标准以维护合同严守原则。如果违约方主观非恶意，且所获利益主要是依托其专业技能等自身条件，则不应当将违约方因违约获得的全部利益确定为守约方在合同履行后可以获得的利益。

## 五、酌定赔偿数额的考量因素

当数据许可或数据服务违约造成的实际损失、许可使用费和获利数额均不能确定时，就需要

〔57〕 参见孙良国：《违约责任中的所获利益赔偿研究》，载《法制与社会发展》2008年第1期。

〔58〕 See Tareq Al-Tawil, *Does Restitution for Wrongdoing Give Effect to Primary or Secondary Rights*, 24 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 243, 268-269 (2011).

〔59〕 该条规定：“非违约方在合同履行后可以获得的利益难以根据本解释第六十条、第六十一条的规定予以确定的，人民法院可以综合考虑违约方因违约获得的利益、违约方的过错程度、其他违约情节等因素，遵循公平原则和诚信原则确定。”由此，违约方的违约获利可以作为一种补充性的损害赔偿计算方法。

〔60〕 有关违约获益责任构成要件的讨论，参见陈凌云：《论“违约方获益”之归属》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第4期。

〔61〕 比较法上，法院在判决违约获益赔偿的标准和程度时，通常将违约方付出的努力和技能作为自由裁量应当考虑的因素。判例可参见 *Earthinfo Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants Inc.* (1995) 900 P 2d 113; *Warman International Ltd v. Dwyer* (1995) 182 CLR 544.

法院根据实际情况酌定赔偿数额。对于数据这类无形财产，无论是所获利益，还是合理使用费和违约获利情况，守约方都面临相当程度的证明难题。因此，法院酌定赔偿在很大程度上伴随着所有类型的数据交易违约损害计算。不过，酌定赔偿并非一项独立的违约损害赔偿计算方法，而是以实际损失、许可使用费和违约获利数额难以确定为基础。未能证明实际损失、许可使用费和违约获利数额的数据交易守约方仍然可能获得法院酌定的赔偿。除了对合同履行情况、违约情节、违约方过错程度、可预见性等基础要素进行考量，数据交易违约损害酌定赔偿尤其需要注意数据产品或服务的性质、违约金条款以及合比例性的考量。

数据产品或服务在性质上有别于传统有体物，具有无形性、弱竞争性、动态时效性等特征，与其他数据结合衍生后分离难度大，如果出现违约情况，在酌定损害赔偿额时需要考虑此特性。在“北京精友时代信息技术发展有限公司与中国平安财产保险股份有限公司技术服务合同纠纷案”中，涉案合同中约定合同标的物包括数据库和数据，亦约定如合同不再续签，平安公司需删除数据库及数据。平安公司未删除配件数据的行为构成违约，需承担相应的违约责任。法院认为，尽管平安公司未依照合同约定删除数据构成违约，但平安公司已在原有数据的基础上增加了新的内容，部分数据也已经进行了更新，如果此时要求平安公司删除原有数据，将会对平安公司造成理赔工作中断等重大损失，实际上也难以操作，故综合考虑相关因素，包括汽车配件数据相对客观性，平安公司购买数据及更新均支付了对价等因素，在适当提高赔偿数额的基础上不再判令平安公司删除原有数据。<sup>[62]</sup>

实践中，数据交易的标的特征往往导致守约方难以证明因违约遭到的损失或利益。考虑到此种情况，数据交易的当事人通常会在事前约定相应的违约金条款。当事人约定的违约金很大程度体现了当事人意思对违约损害赔偿范围的影响，本身具有对损害赔偿数额预估的功能。<sup>[63]</sup>在“重庆祎山电子科技有限公司与陈某亮技术委托开发合同纠纷案”中，法院认为，委托方因受托方的根本违约行为所遭受损失数额不应受到约定的委托开发费用的限制，而需充分考虑涉案技术市场转化的预期，从而综合确定损失赔偿数额。在相应证据不足以证明委托方具体损失数额的情况下，合同中所约定的违约金，可视为对技术成果的市场转化价值的体现，用以确定赔偿数额。<sup>[64]</sup>该案反映出，守约方基于对方违约而得到的违约损失补偿非常有限，不能达到鼓励创新与释放数据价值的目的。因此法院在确定违约赔偿数额时，有必要将约定的违约金纳入考量范围。

与此同时，违约损害赔偿额的最终确定，往往都是法官借助公平原则作出调整后的风险分配结果，<sup>[65]</sup>而合比例性是公平原则在酌定损害赔偿中的重要体现。因此，合比例性也是酌定数据交易违约赔偿数额的重要考量因素。基于风险和收益一致性的基本法理，如果违约方承担与其获益不成比例的损害赔偿不仅不符合公平原则的要求，也破坏了当事人之间的对价关系。例如，当事人支付较低的价格往往意味着其没有承担较大风险的意思。换言之，即便损害可预见，也

[62] 参见北京知识产权法院（2021）京73民终2806号民事判决书。

[63] 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。

[64] 参见重庆市第一中级人民法院（2020）渝01民终9969号民事判决书。

[65] 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。



不能直接推定损害应当赔偿，此时还需要考察赔偿的合比例性，<sup>〔66〕</sup>结合交易数据的对价、利用场景、市场前景、当事人的开发能力等综合判断。

## 六、结 语

《民法典》第 584 条是数据交易违约可得利益的请求权基础规范。但是，基于数据交易标的物具有无形性、动态性、定制性、价值的不确定性等特征，在违约损害赔偿规则的具体适用上需要作出相应调整。数据交易的基本合同类型可以分为以提供财产为主要内容的数据许可合同、以提供数据技术服务为主要内容的数据服务合同。在可预见性规则上，数据许可合同和数据服务合同违约可得利益的范围都需要结合合同目的、合同内容、技术应用特征、合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等因素综合判断。在计算方法上，数据许可交易以抽象计算方法和具体计算方法为主，当二者都难以适用时，可以考虑引入合理许可费标准。数据服务尚不具备普遍适用市场价格法的条件，更可能的选择是以替代交易法为基础，获利返还法为补充。数据许可和数据服务违约可得利益的酌定赔偿数额都需要注重对数据产品或服务的性质、违约金条款以及合比例性的考量。

---

**Abstract:** Depending on the payment characteristics and purpose of the transaction, the basic types of data transaction contracts can be classified into data license contracts, which are mainly for the provision of property, and data service contracts, which are mainly for the provision of data technology services. There are differences in the calculation of lost profits for breach of contract in different types of data transaction contracts. The market price and alternative transaction calculation methods are mainly applicable to data licensing transactions where the provision of property is the main element, and when both are difficult to apply, the introduction of a reasonable license fee standard may be considered. Data services, which are mainly based on the provision of technical services, do not yet qualify for the general application of the market price method, and a more likely option would be to use the alternative transaction method as a basis, supplemented by the profit return method. The amount of discretionary damages for breach of contract for both data licenses and data services requires a focus on the nature of the data product or service, the liquidated damages provision, and proportionality.

**Key Words:** data transaction, damages for breach of contract, lost profit, market price method, alternative transaction

---

(责任编辑：武 腾)

〔66〕 参见孙良国：《合同法中可预见规则研究》，载《国家检察官学院学报》2011年第6期。

## 个人数据保护域外管辖的合理性原则

刘 业\*

**内容提要：**随着全球数据跨境流动的深入推进，各国在个人数据保护领域的域外管辖实践逐渐增多。合理性原则可作为国际层面协调各国解决域外管辖冲突的重要理论和方法论指导。立足于既有理论与实践，合理性原则可结构化阐释为形式上的可预见性要素和实质上的利益衡量要素。可预见性要素包括密切性和客观性标准，要求域外立法管辖的连结点符合密切性和客观性要求。利益衡量要素可分为直接和间接利益衡量，要求一国执法或司法机关在个案中衡量各连结点管辖国利益强弱，遵从更强利益管辖国管辖。直接利益衡量下，管辖利益强弱次序排列大致为数据控制者所在地、数据主体所在地、数据处理行为地与数据来源地。间接利益衡量作为直接利益衡量位序排列的纠正机制而存在，促进实质正义的实现。

**关键词：**个人数据保护 域外管辖 合理性原则 可预见性 利益衡量

### 一、引言

个人数据<sup>[1]</sup>的全球范围加速流动导致附着于数据之上的国家利益不断外溢，围绕个人数据保护的各国域外管辖实践渐成大势。通过选取分析全球大部分国家关于个人数据保护的立法实践，并以域外立法管辖的连结点为标准，本文大致归纳出该领域域外立法管辖连结点的五类实践：第一类，数据控制者所在地。该连结点以欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，以下简称 GDPR）第 3 条第 1 款的规定为代表。第二类，数据处理行为

\* 刘业，厦门大学法学院博士研究生、荷兰乌特勒支大学联合培养博士研究生。

本文为国家社会科学基金青年项目“跨境数据流动风险防范法律规制研究”（23CFX069）的阶段性成果，本文亦得到国家留学基金的资助。

[1] 在个人数据保护讨论场域下，“个人数据”与“个人信息”实际上无实质性区别。为契合中国法语境，本文在论及中国的部分会选择性使用“个人信息”一词。

地。该连结点主要体现在墨西哥、秘鲁、南非等国的立法中，如墨西哥《联邦个人数据保护法实施条例》（Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares）第4条第1款。第三类，数据来源地。该连结点在巴西、哥伦比亚等国的立法中有所体现，如巴西《一般数据保护法》（Lei Geral de Proteção de Dados）第3条。第四类，数据主体所在地。以欧盟GDPR第3条第2款的规定为代表。第五类，效果发生地。印度尼西亚《个人数据保护法》（Personal Data Protection）第2条第2款将这一连结点作为其域外管辖的依据之一。

在个人数据保护领域，这些国家的域外立法管辖实践在国际法上应作何种评价，依据域外立法管辖而产生的域外执法或司法管辖冲突又该如何协调和化解？为回答这些问题，本文拟借助合理性原则这一规制域外管辖的重要国际法理论和实践分析工具。需要承认，合理性原则的国际法渊源地位在学界存在争议。1987年《美国对外关系法（第三次）重述》试图将合理性原则确立为习惯国际法，但有学者认为：并没有关于国家间实践的充分证据能够证明合理性原则具备习惯国际法的“国家实践”和“法律确信”两大要素。<sup>〔2〕</sup>亦有学者提出，合理性原则可以朝着国际法的一般法律原则方向发展，包括不干涉内政、相称性、公平和真正联系等在内的大量国际法原则可支持以利益平衡为基础的合理性原则。<sup>〔3〕</sup>本文认为，即便是作为不具国际法强制约束力的软法原则，合理性原则对规制国家间域外管辖实践、化解域外管辖冲突具有重要意义，对国家间域外管辖权的分配亦能产生重要的指导作用。

合理性原则灵活性有余但确定性不足，这是阻碍其实践适用乃至成为国际法正式渊源的主要原因。合理性原则的内涵实质上乃是一种“一案一议”的利益平衡机制，各国对本国利益和他国利益的平衡具有较大的自由裁量空间。鉴于此，本文意图通过对合理性原则的结构化阐释弥补其确定性之不足，破除合理性原则的适用障碍。于此之上，将合理性原则适用于个人数据保护领域，分析各国域外立法管辖连结点的合理性程度，并通过合理性原则的适用，协调和化解各国域外执法或司法管辖过程中可能产生的管辖冲突。

## 二、合理性原则的结构化阐释

合理性原则的结构化阐释，是指整合关于合理性原则的重要理论和实践成果，在此基础上发掘和提炼合理性原则的核心要素，并构建诸要素之间的内部秩序。在个人数据保护领域管辖冲突背景下，将合理性原则的现有理论和经验梳理为一套明确、充实、可操作的规范指引尤为迫切。

### （一）合理性原则的理论提炼

《美国对外关系法（第三次）重述》第402节和第403节首次对合理性原则进行了较为正式和具体的规定：第402节明确合理性原则为域外管辖中许可性原则的一项限制性原则；第403节则规定了合理性原则的具体内涵和适用条件，要求一国在判断域外管辖的合理性时，应综合考虑所有相关因素，包括规制行为与规制国领土之间的联系、责任人或受保护人与规制国的联系、所涉法律对规

〔2〕 See William S. Dodge, *Jurisdictional Reasonableness under Customary International Law: The Approach of the Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law*, 62 *Questions of International Law* 5 (2019).

〔3〕 See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2015, p. 184.

制国的重要性、所涉法律对第三国或国际社会的影响等。换言之，合理性原则在具体个案基础上权衡一系列利益因素以确定合理管辖，这些因素包括领土联系、国籍联系、行为人合理期待、监管国的利益、其他国家的利益、国际体系的利益以及冲突的可能性等。<sup>〔4〕</sup>实际上，合理性原则引入第三国合法利益的考量来判断是否合理的标准主要有：第一，不对其他国家合法利益造成不合理的损害；第二，本国利益需大于外国利益。<sup>〔5〕</sup>塞德里克·林格特（Cedric Ryngaert）教授更是将合理性原则的核心内涵提炼为：较弱利益的国家遵从较强利益的国家。<sup>〔6〕</sup>

另有学者通过对既往判例进行分析认为，就管辖权来说，可预见性（foreseeability）是合理性原则的核心。<sup>〔7〕</sup>可预见性主要体现在拟管辖事项与管辖国之间的连结点规则。德国的合理联系理论（sensible liaison），为一国对外经贸活动与在此基础上延伸出的管辖权提出一种最低限度的联系要求，决定国家可以管辖的自由限度。该理论对合理联系的判定标准包括：其一，主张域外管辖的国家与拟管辖事项具有密切关联（close relation）；其二，对拟管辖事项具有清晰的利益（clear interest）；其三，这种利益为国际法秩序所认可。<sup>〔8〕</sup>可以看出，合理联系理论在兼顾利益的同时，亦要求形式上的关联性。《美国对外关系法（第四次）重述》虽然放弃合理性原则的习惯国际法主张，但明确将真实联系（genuine connection）作为合理性原则的应有之义。根据习惯国际法规则，立法管辖权要求规制对象与规制国存在真实联系。<sup>〔9〕</sup>真实联系包括两项要件：第一，拟管辖事项与管辖国存在客观、直接的联系；第二，这种联系是实质性、长期持续的真实存在。<sup>〔10〕</sup>

可见学界对于合理性原则的理解与认知围绕“利益衡量”“密切联系”“真实联系”“可预见性”等内容展开。诚然，这些关键概念均从不同程度上揭示出合理性原则的部分内涵，但现有的理论缺乏一个统摄性的框架对这些关键概念进行整合，从而勾勒出合理性原则的完整内涵。本文尝试通过分析梳理这些关键概念之间的逻辑关系，锁定合理性原则内涵的基本要素及其内在结构。本文认为，以上论说主要从形式和实质两个层面阐释合理性原则。形式层面，可预见性是合理性原则对一国域外立法管辖在形式上的基本要求，密切联系、真实联系等则是实现可预见性目标的重要标准。实质层面，利益衡量是合理性原则判断一国域外管辖是否“合理”的实质标准。仅具有可预见性外观，无法通过利益衡量证明具有更强“利益”的管辖国，其管辖不符合合理性原则的要求。形式层面的可预见性要素主要约束国家的域外立法管辖，而实质层面的利益衡量主要在国家适用域外立法管辖规则导致实际的管辖冲突时，用以约束国家的域外执法管辖和域外司法管辖。

## （二）可预见性要素与利益衡量要素

对合理性原则的结构化阐释，需要辨识该原则的基础要素。结合上文分析，本文认为合理性

〔4〕 See William S. Dodge, *Jurisdictional Reasonableness under Customary International Law: The Approach of the Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law*, 62 *Questions of International Law* 5 (2019).

〔5〕 参见徐崇利：《美国及其他西方国家经济立法域外适用的理论与实践评判》，载《厦门大学法律评论》第1卷，厦门大学出版社2001年版，第262页。

〔6〕 See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2015, p. 172.

〔7〕 See Michael A. Geist, *Is There a There There-Towards Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 *Berkeley Technology Law Journal* 1345, 1356 (2001).

〔8〕 See Krzysztof Zalucki, *Extraterritorial Jurisdiction in International Law*, 17 *International Community Law Review* 403, 409-410 (2015).

〔9〕 See James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2019, p. 441.

〔10〕 参见汤净：《域外立法管辖权的第三条路径》，载《当代法学》2022年第3期。



原则的基础要素是作为形式要素的可预见性和作为实质要素的利益衡量。可预见性关注管辖国与拟管辖事项之间的联系外观，即联系二者的连结点形式外观上的密切性和客观性。利益衡量关注各不同连结点对应管辖国之间的利益强弱，对主张管辖的国家与拟管辖事项的利益强弱进行实质判断。可预见性要素的功能是筛选框定具备密切、客观联系的形式适格管辖国，而利益衡量要素是在可预见性要素框定的范围内，衡量形式适格管辖国之间的利益强弱，锚定形式适格管辖国之中的实质适格管辖国。

### 1. 可预见性要素

可预见性要素主要着眼于域外立法管辖的确定性评价，即行为人可以合理预见其行为是否受该国法律管辖，并在此种合理预期下开展活动。判断可预见性需考量以下两个标准：

第一，连结点需具备密切性，即连结点需要与管辖事项存在密切联系，这种密切联系并非实质层面的要求，而是形式上要求连结点为拟管辖事项法律关系构成要件的一种事实因素。<sup>〔11〕</sup>这一标准将连结点的选择，限定在与拟管辖事项法律关系构成要件相关的事实因素。第二，连结点需具备客观性，即连结点必须是客观、具体的物理存在，不以人的意志为转移。同时，诸如利益或影响等抽象难以具化的现象，不具备确定的客观外在，因而不符合客观性标准。

通过拆解行为法律关系构成要件，可以提炼出行为人、行为、行为对象、行为客体等事实因素，其在不同程度上符合密切性和客观性标准。而行为意图、行为效果等因素属于主观的或非密切的，偏离合理性原则的可预见性形式要求。主观的行为意图，若可以通过外在的客观行为体现，为行为意图设定客观的推断标准，这种主观的行为意图可客观化。例如，可以通过网站的可访问性、网站语言、金融支付服务等配套设施的提供等客观事实，推断行为人是否具备向境内居民提供服务或产品的主观意图。

### 2. 利益衡量要素

根据可预见性要素的两项标准，可筛选出多个形式适格管辖国，其中部分形式适格管辖国可能与拟管辖事项并无或者仅存在微弱的利益关联，因此需要通过实质性的利益衡量要素筛选其中具有更强利益的实质适格管辖国。兹举例说明：位于甲国的数据控制者，使用乙国公司提供的云服务，处理丙国居民个人数据并向其提供产品或服务，但间接损害丁国同类企业的利益。此时，甲乙丙三国各自所依据的“行为人所在地”“行为发生地”“行为对象所在地”连结点，具备可预见性。利益衡量作为合理性原则的实质性要素，意在从中筛选确定具有更强利益的管辖国。

然而，追求客观、准确衡量各个管辖国的真实利益会陷入“利益”一词抽象、政治化、缺乏可操作性恶性循环之中，正是这一问题让礼让原则、利益平衡原则乃至合理性原则饱受批评。<sup>〔12〕</sup>因此，本文根据管辖国利益与拟管辖事项之间因果关联的远近，将“利益”分为因果关联较近的

〔11〕 参见蒋新苗：《国际私法本体论》，法律出版社2021年版，第501页。

〔12〕 礼让的概念具有模糊性，不具备法律所要求的确定性和可预见性，带有过多自由裁量甚至政治判断的色彩。与礼让原则一样，“利益”一词的含义过于政治化和宽泛化，无法从中推导出明确、可预测的规则以缓和管辖权冲突。利益平衡原则在实践中不具备可操作性，且在传统的国际公法渊源中找不到利益平衡理论的支撑。See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2015, p. 172; Andreas F. Lowenfeld, *Antitrust, Interest Analysis, and the New Conflict of Laws*, 95 *Harvard Law Review* 1976, 1984 (1982); F. A. Mann, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, Martinus Nijhoff, 1984, p. 20.

“直接利益”与因果关联较远的“间接利益”，据此将利益衡量分解为两个步骤：第一步，直接利益衡量，围绕行为法律关系之构成要件相关的直接利益，衡量“行为人所在地”“行为发生地”“行为对象所在地”“行为客体所在地”等连结对管辖国的直接利益的强弱。探寻这些连结对管辖国利益大小的一般规律，借此对连结点作出一般性的利益强弱排列，为利益衡量提供一个相对明确的参照标准。第二步，间接利益的衡量，主要衡量影响更加复杂和难以预测的利益，如某一行为对一国政治、军事、社会利益以及国际社会利益等造成的影响。合理性原则的利益衡量需要综合考量直接利益与间接利益。就一般情形而言，通过直接利益衡量即可确定更强利益的管辖国。但作为对直接利益衡量的补充，间接利益衡量在直接利益衡量的管辖分配明显不合理时，作为直接利益衡量的一项纠偏机制而存在。

### 三、可预见性要素在个人数据保护域外管辖中的适用

作为数据处理法律关系主要构成要件的事实因素，数据控制者所在地、数据处理行为发生地、数据主体所在地以及数据来源地，符合可预见性要素的密切性标准。数据控制者和数据主体，均属于客观存在的实体；数据处理行为和数据，虽然属于网络空间中无形的电子化存在，但仍属于客观之物，可借助服务器载体或存储介质予以确定。因此，以上四个连结点不同程度上均符合可预见性要素的客观性标准。下文将主要讨论两点：第一，根据可预见性要素的两个标准，排除效果发生地这一连结点；第二，结合网络空间数据处理行为的传播特性，纳入客观化的主观目的，以补强数据主体所在地连结点。

#### （一）排除效果发生地：兼与数据主体所在地之区分

从可预见性的密切性标准来看，效果与数据处理法律关系构成要件并无直接关联，仅是行为的一种间接的不确定影响；从可预见性的客观性标准来看，效果可以呈现出任何表现形式，既可以存在物理的损害，也可以是抽象的政治、经济、社会利益或者法律权利受损。效果发生地是一种高度不确定且主观性强的连结点，难以满足可预见性要求。

然而，实践中存在效果发生地与数据主体所在地之认知混淆，亟须澄清二者关系。效果发生地对应效果原则，数据主体所在地对应客观属地原则。二者的混淆主要是因为对效果原则和客观属地原则的界分不清。例如，有学者认为，GDPR第3条第2款的依据并非客观属地原则，而是效果原则。其理由在于，“提供商品或服务”和“监控”所指向的行为过于宽泛，理论上所有国家都可以链接到全球所有网站。<sup>〔13〕</sup> 客观属地原则和效果原则区分的关键在于是否有违法行为的构成要素（constituent element）发生在领土内。<sup>〔14〕</sup> 客观管辖原则的行为后果本质上是行为的构成部分，而效果原则不是。如果将属于行为构成部分的“结果”冠以“效果”之名，便会产生不

〔13〕 See Lilian Mitrou, *The General Data Protection Regulation: A Law for the Digital Age?*, in Tatiana Eleni Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou & Thalia Prastitou, eds., *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Springer, 2017, p. 32; 蒋小红:《欧盟法的域外适用:价值目标、生成路径和自我限制》,载《国际法研究》2022年第6期。

〔14〕 See Roger O'Keefe, *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, 2 *Journal of International Criminal Justice* 735, 739 (2004).

必要的概念混淆。<sup>[15]</sup> 广义上的“效果”一词实际上囊括包括“结果”在内的行为的所有直接或间接的影响。盲目使用“效果”一词指代“结果”，无疑会造成管辖范围不必要的模糊和扩张。有学者犀利地指出，一旦我们放弃“构成要件”而偏向“效果”，必然会使属地原则滑向普遍管辖的深渊。<sup>[16]</sup> 印度尼西亚《个人数据保护法》中的效果发生地连结点体现了效果原则，其中规定，若行为发生在境外但对境内造成法律影响（legal impact）则受本法调整。此处的法律影响，均远非行为结果所能涵盖。

效果原则的适用有其特定的领域，不能盲目迁移至其他领域，尤其是网络空间。效果原则源于1945年美国联邦第二巡回上诉法院审理的“美国诉铝业公司案”（United States v. Aluminum Co. of America），法院认为即便违反美国反垄断法的行为发生在境外，且行为人并非美国国籍，只要该域外行为的影响或效果波及美国境内商业，就可适用美国反垄断法。<sup>[17]</sup> 尽管在其后20年间其他国家质疑效果原则实质上是美国经济和政治霸权的非法扩张，但在20世纪90年代之后，大多数国家已经接受这一原则在反垄断等经济领域作为行使域外管辖的有效依据。<sup>[18]</sup> 由于公法的域外适用无法脱离具体领域，域外管辖的原则均是针对特定领域发展而来的，离开特定领域便可能受到国际合法性的质疑，<sup>[19]</sup> 效果原则亦是如此。效果原则缺乏原则阐释而难以适用，其判断标准存在模糊性，法院和学者之间没有就管辖权应扩展至何处达成一致。这些问题的根源可能是效果学说基础的不确定性。<sup>[20]</sup>

与现实世界不同，互联网让全球相互连接、相互影响，网络任一节点的波动可能影响到网上其他节点。国家针对互联网的监管行为具有全球性影响，更易干涉他国主权。为维持相互容忍和善意的国际秩序，国家需要在域外管辖方面采取更为保守和克制的态度。<sup>[21]</sup> 传统物理空间中尚且饱受争议的效果原则，在全球互联的网络空间中更难有立锥之地。张华教授同样指出，效果标准适用于网络空间存在法律困境，如认定网络攻击的效果标准会导致不受“近因标准”限制，而盲目将间接或长远的影响纳入损害后果，会导致“使用武力”的过度涵摄，并造成自卫权滥用。<sup>[22]</sup> 印度尼西亚等国采用效果原则作为管辖依据之一，将域外管辖建立在抽象的连结点之上，管辖范围可能及于无限。

## （二）补强数据主体所在地：并入客观化的主观目的

数据主体所在地的管辖依据是国际法所许可的客观属地原则。虽然客观属地原则避免了效果

[15] 参见〔英〕詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社1995年版，第388页。

[16] See Michael Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 46 *British Year Book of International Law* 145, 154 (1972-1973).

[17] See *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 444 (2d Cir. 1945).

[18] See Austen Parrish, *The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business*, 61 *Vanderbilt Law Review* 1455, 1473 (2008).

[19] 参见宋晓：《域外管辖的体系构造：立法管辖与司法管辖之界分》，载《法学研究》2021年第3期。

[20] See Austen Parrish, *The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business*, 61 *Vanderbilt Law Review* 1455 (2008).

[21] See Thomas Schultz, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, 19 *European Journal of International Law* 799, 814-815 (2008).

[22] 参见张华：《网络空间适用禁止使用武力原则的法律路径》，载《中国法学》2022年第2期。

原则不符合可预见性要素的密切性和客观性要求的问题，但互联网的全球性传播环境致使客观属地原则也呈现一定的水土不服。正如著名的“反种族主义联盟诉雅虎法国案”（LICRA v. Yahoo France）中雅虎公司发出的质疑：为何面向全球用户开放的雅虎网站，不适用英国法、俄罗斯法、沙特阿拉伯法、印度法，或者中国法，而只适用法国法？<sup>〔23〕</sup> 雅虎公司运营网站的数据处理行为，其直接结果是让全球用户得以访问网站信息。任何可以访问该网站信息的国家均可依据客观属地原则行使域外管辖权，从而导致管辖权的泛滥和管辖冲突的激增。因此，需要结合网络空间的特殊环境，补强数据主体所在地这一连结点的可预见性，并入行为人主观目的的客观化考量，具体体现为欧盟 GDPR 第 3 条第 2 款引入的针对性标准。

#### 1. 针对性标准：数据控制者的主观目的限制

将针对性标准引入个人数据保护领域，经历了从“zippo 标准”到效果标准，再到针对性标准的发展阶段。“zippo 标准”（也称“积极—消极”标准）来源于美国宾夕法尼亚州地区法院 1997 年的一个商标侵权判例。<sup>〔24〕</sup> 法院在该案中依据网站的信息互动程度和商业性质确定管辖权，据此可分为三类网站：一是积极类网站，可以通过该网站进行交易，如签订合同和互传信息文件；二是消极类网站，该网站只能向对网站内容感兴趣的人提供信息服务；三是交互式网站，用户与网站之间可以交换信息。法院对积极类网站具有管辖权，对消极类网站则无管辖权，对中间的交互式网站是否有管辖权属于法院的自由裁量范畴。“zippo 标准”的产生，为解决互联网管辖权的不确定性提供了一个可靠的解决方案，在保护消费者与鼓励互联网商业发展之间取得了适当平衡。

作为当时解决管辖权问题的最好选择，“zippo 标准”迅速适用于互联网司法裁判实践之中。但由于互联网技术的快速发展，步入 21 世纪之时，这一标准逐渐被效果标准所取代。<sup>〔25〕</sup> “zippo 标准”无法适应信息科技的飞速发展，不能满足各国对网络案件的管辖需求。呼应各国管辖权利益诉求的效果标准登上舞台。但随着效果标准导致管辖权泛滥，不断有学者主张限制适用效果标准，并催生针对性标准。<sup>〔26〕</sup>

有学者认为，可以视针对性标准为效果标准的严格版本，其对行为效果增加行为人主观意图的限制条件。具体而言，一国可根据行为人的客观行为表现合理推断行为人针对本国的主观意图。针对性标准不仅可以减少重复管辖，提供一个可预见性更强的标准，更能在国家与拟管辖行为之间规定门槛更高的真实或实质联系，使国家域外管辖的合理性得到增强。<sup>〔27〕</sup> 这种观点强调了针对性标准的作用，但将针对性标准认定为效果标准的严格版本却不够准确，未能认识到客观属地原则和效果原则的区别。还有学者为将针对性标准客观化，主张应从合同、技术和真实

〔23〕 See UEJF et LICRA v. Yahoo! Inc. et Yahoo France, T. G. I. Paris, May 22, 2000, N° RG: 00/05308.

〔24〕 See Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Corn, Inc., 952 F. Supp. 1119, 1126 (W. D. Pa. 1997).

〔25〕 See Michael A. Geist, *Is There a There There-Towards Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 Berkeley Technology Law Journal 1345 (2001).

〔26〕 针对性标准来源于美国冲突法规则，被广泛适用于媒体和互联网类案件，并被确立为成文法律规则。See Julia Hörnle, *Internet Jurisdiction: Law and Practice*, Oxford University Press, 2021, p. 261.

〔27〕 See Thomas Schultz, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, 19 European Journal of International Law 799 (2008).



或推断的知识等角度识别行为人意图，需要考虑的因素为包括合同中约定的争议管辖条款、识别地理位置的新兴技术、侵权受害者的地理位置、离线订单履行、金融中介记录和网络流量等在内的客观信息。<sup>[28]</sup> 这些理论主张随后被欧盟法院在“维尔蒂莫诉国家数据保护局案”（Weltimmo v. NAIH）中吸收，<sup>[29]</sup> 并最终上升为 GDPR 第 3 条第 2 款的法律条文。GDPR 序言第 23 段明确强调，境外数据控制者或处理者在欧盟境内的网站可被访问这一事实并不足以导致适用 GDPR，只有其主观上意图或者可预见欧盟居民接受其服务，案件才属于 GDPR 的适用范围。

## 2. 欧盟 GDPR 对针对性标准的客观化考量

作为一项主观连结点，针对性标准增强可预见性的核心在于行为人主观意图客观化的明确程度。对此，欧盟不仅明确将针对性标准纳入 GDPR 之中，欧盟数据保护委员会（European Data Protection Board）更进一步通过《关于 GDPR 适用范围的第 3/2018 号指南》（Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR）详细解释了如何适用针对性标准。欧盟通过书面文件方式明确针对性标准的客观化所需考量的具体因素，并与欧盟领土内事项紧密联系，提高了法律的确定性。<sup>[30]</sup>

对于欧盟规则如何将数据控制者的行为意图客观化，以下分“提供商品和服务”和“监视数据主体行为”两种主观意图逐一阐释。第一种情形下，境外的数据控制者处理数据应具有向欧盟境内数据主体提供商品或服务的意图，判断是否具备这种意图，应考虑的因素包括向搜索引擎运营商支付互联网检索服务费用、针对欧盟内主体发起营销或广告活动、提到可联系的欧盟国家或地区的专用地址或号码、使用与欧盟成员国相关的顶级域名、使用欧盟成员国的语言或货币、可在欧盟成员国内交付货物等。第二种情形下，境外的数据控制者处理数据应具有监控欧盟境内数据主体的意图。对“监视”的界定应确定自然人是否在互联网上被跟踪，包括后续可能适用的个人数据处理技术如对自然人进行用户画像，以及为作出有关他的决定而分析预测他的个人喜好、行为和态度。典型的监视活动包括用于营销等目的的地理定位活动、通过使用 Cookies 技术或其他跟踪技术进行在线跟踪、在线个性化饮食和健康分析服务、闭路电视监控、根据用户画像进行市场调查和其他行为研究、监视或定期报告个人健康状况等。

## 四、利益衡量要素在个人数据保护域外管辖中的适用

合理性原则的可预见性要素可初步筛选出连结点符合密切性和客观性要求的管辖国，利益衡量要素以利益强弱为尺度，进一步锚定出更强利益的管辖国。然而，参与利益衡量的管辖国，由于连结点大多具有一定的属地性，如数据控制者所在地、数据主体所在地、数据处理行为所在地

[28] See Michael A. Geist, *Is There a There There-Towards Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 Berkeley Technology Law Journal 1345 (2001).

[29] See Weltimmo s. r. o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság, Case C230/14, para. 66.

[30] See Paul de Hert & Michal Czerniawski, *Expanding the European Data Protection Scope beyond Territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in Its Wider Context*, 6 International Data Privacy Law 230, 243 (2016).

等管辖国，均可依据属地管辖原则主张管辖权。唯属地原则论（或称绝对属地原则）意味着只要具有属地联系而无论利益大小均具有绝对的管辖权。为此，首先需要摒弃唯属地原则论的形式思维，深入其真实利益方可对各个连结点展开利益衡量。

#### （一）对连结点的直接利益衡量

同一数据处理法律关系中，法律关系构成要素可能分别位于不同国家，从而导致可能存在多个国家同时主张管辖权。但不同连结点所在地国家之间的管辖利益存在不同，需要加以权衡。

##### 1. 数据控制者所在地

首先具有较强利益的是数据控制者（或其实体）所在地国家。数据控制者所在地连结点依据属地管辖原则和属人管辖原则的双重理论支撑，具有更强利益和更充足的合法性理据。作为数据处理法律关系中的行为人和潜在执法对象，以数据控制者所在地为中心构筑的经济和社会关系，依存于所在地国的法律环境，受数据控制者所在地国全面规制。相比其他连结点而言，数据控制者所在地国无疑具有更强利益关涉，也是最有能力保障法律有效执行的国家。

欧盟数据保护委员会对 GDPR 第 3 条第 1 款的适用解释，间接说明作为管辖国的欧盟国家具有更大的利益。该条款规定，数据控制者的数据处理行为并不必然由欧盟境内实体本身进行，只要处理行为发生在欧盟境内实体的活动范围即可。认定是否落入活动范围的考量因素主要包括：其一，欧盟境外数据控制者与其欧盟境内实体的关系；其二，是否在欧盟境内产生盈利。当欧盟境外的数据控制者在欧盟境外的个人数据处理行为与欧盟境内实体的活动存在“不可分割的联系”，且该实体在欧盟内的收入由于该活动增加时，则可能被认定在活动范围。

然而对跨国科技公司而言，开展全球数据业务技术上不必将数据控制权分散，只需在各个国家或地区设立一个代理商业实体。为此，欧盟在《数据保护指令》第 4 条第 1 款和 GDPR 第 3 条第 1 款中均将这一商业实体拟制为数据控制者，借此实现对该实体背后真正的数据控制者的数据处理行为的管辖。正如在“谷歌西班牙诉西班牙数据保护局案”（Google Spain v. AEPD）中，欧盟法院通过扩大解释，将美国谷歌总公司的数据搜索处理行为与谷歌西班牙在搜索引擎下推广和销售广告位的经营绑定，从而实现对境外美国谷歌总公司的数据处理行为的域外管辖。<sup>〔31〕</sup>

##### 2. 数据主体所在地

另一具有较强利益的是数据主体所在地国家。相比数据控制者所在地的属地与属人双重许可性管辖原则支撑，数据主体所在地仅具有客观属地原则的单一支撑。上文可预见性部分实际上已对欧盟 GDPR 第 3 条第 2 款进行了详述，不再赘言。GDPR 通过将客观属地原则与针对性标准相结合，大幅降低了管辖规则的不确定性。与此同时，增强了据此主张管辖权的利益理据。数据主体所在地是数据处理行为的结果发生地。数据主体是数据处理行为的直接作用对象，数据主体所在地国也将直接承受数据处理行为的不利后果，轻则损害本地居民的隐私和财产权益，重则可能产生更深远影响，如左右一国民主选举和政治安全。在“英国剑桥分析”事件中，剑桥分析公司

〔31〕 See Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, C-131/12, 2014.

借助 Facebook 提供的海量用户数据，进行定向宣传，恶意引导和控制民意，试图左右选民意志。<sup>〔32〕</sup> 无论是直接结果，还是进一步衍生的间接效果，都会对数据主体所在地国的利益产生重大影响。因此，数据主体所在地国拥有更多应受保护的利益，如果称数据控制者所在地国为积极利益，数据主体所在地国则主要为受保护的消极利益。数据主体所在地国有充分利益行使管辖权，但由于管辖对象位于境外，境内一般无可执行对象和财产，国家在执行环节可能面临难以实际执行的困境。

### 3. 数据处理行为地

数据处理行为所在地国家相对而言具有较弱利益。数据处理行为地的管辖原则是主观属地原则，但在网络空间中，数据处理行为在技术层面几乎脱离空间疆域的限制，可被分发至位于任一国领土内的服务器中进行，行为地国对数据处理行为并不必然具有管辖利益，<sup>〔33〕</sup> 主观属地原则正在失去其重要地位。墨西哥、秘鲁、南非等国家，将数据处理行为地（也称设备所在地）作为域外管辖的连结节点之一。如墨西哥《联邦数据保护法》的实施条例规定，如果境外数据控制者使用境内的数据处理设备，则适用本法，除非仅用于传输目的。实际上，墨西哥等国借鉴了欧盟 1995 年《数据保护指令》第 4 条第 1 款 c 项的规定。替代《数据保护指令》的 GDPR 则放弃了此种连结节点。原因在于：一方面，设备所在地与数据处理行为的连结过于宽泛和薄弱，缺乏实质性的连结要素和管辖利益，易引起无谓的管辖争议；<sup>〔34〕</sup> 另一方面，设备所在地管辖容易导致数据控制者挑选管辖地，规避具有实质利益的管辖国的法律，对该国执法造成管辖障碍。若境外数据控制者利用境内服务器针对境外数据主体进行数据处理活动，除占用设备所在地国少量物理空间和电力能源外，这一数据处理行为与该国并无直接的利益联系。因此，即便数据处理行为发生于境内，设备所在地国主张域外管辖权可能不如数据主体所在地国更具有充分利益。

另外，在云计算普及的当下，数据处理行为的地点并不固定，该行为可能分散在不同国家的云服务器中分别或者切换进行，追踪和确定数据处理行为的所在地具有技术上的不确定性和模糊性。<sup>〔35〕</sup> 针对数据处理行为地管辖的弊端，欧盟 GDPR 最终选择以数据主体作为管辖权连结节点，无疑具有更强的合理性。

### 4. 数据来源地

另一个具有较弱利益的连结节点为数据来源地。数据来源地作为管辖权连结节点实际上难以匹配国际法所许可的管辖原则，但若采用个人数据的人格化理论，即个人数据为网络空间中的虚拟人格、是现实人格在网络空间中的映射，则个人数据可取得主体资格，数据来源地连结节点可以消极

〔32〕 参见孙宝云、李艳、齐巍：《网络安全影响政治安全的微观分析——以“剑桥分析”事件为例》，载《保密科学技术》2020 年第 4 期。

〔33〕 参见王燕：《数据法域外适用及其冲突与应对——以欧盟〈通用数据保护条例〉与美国〈澄清域外合法使用数据法〉为例》，载《比较法研究》2023 年第 1 期。

〔34〕 See Christopher Kuner, *Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 2)*, 18 International Journal of Law and Information Technology 227, 242 (2010); Bernhard Maier, *How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Nature of the Internet?*, 18 International Journal of Law and Information Technology 142, 161 (2010).

〔35〕 See Faye Fangfei Wang, *Jurisdiction and Cloud Computing: Further Challenges to Internet Jurisdiction*, 24 European Business Law Review 589, 592–593 (2013).

属人原则作为其管辖依据。巴西、哥伦比亚等国家以数据来源地作为域外管辖的连结点之一，即只要处理的个人数据是在一国境内收集的，即便数据控制者、数据处理行为在境外，也受该国法律管辖。巴西等国试图通过给数据打上原产地标签，赋予产生于本国的数据以本国国籍，从而无论该数据跨境流动至任一国家，均可依据消极属人原则对本国数据行使域外管辖。催生出此种管辖规则的可能原因在于，美国和拉丁美洲国家在数据跨境流动方面存在巨大逆差，<sup>[36]</sup> 导致本国数据源源不断流入美国等数字经济发达的国家，拉丁美洲国家希望以这种方式保护流至境外的本土数据。除国家外，亚太经合组织（Asia-Pacific Economic Cooperation, APEC）在其制定的《APEC 隐私框架》（APEC Privacy Framework）中也存在责任原则（accountability principle）等这类规则，个人信息的原始收集者被要求遵守在数据被收集时的数据所在地国家的法律，即使个人数据随后被传输至其他组织或国家。克里斯托夫·库勒（Christopher Kunner）教授认为该框架的基础是属人原则，数据出口地法律可同数据相互绑定，并随着数据跨境传输而适用于世界各地。<sup>[37]</sup>

以数据来源地作为管辖权连结点，存在以下困境：第一，当特定数据处理法律关系的全部构成要件均在境外时，数据来源地国很难主张对该特定数据处理行为具有实质性利益。第二，数据来源地国的域外管辖权随本国数据跨境流动而在互联网无限扩张，可能几乎所有国家均存在本国数据，因此可能导致管辖范围及于无限。第三，数据在互联网层层流动和传播，他国公司可能难以感知其处理的是该国收集的数据，识别难度随数据传播链条的延长而增大。互联网技术黑箱中，数据来源地国是否有能力监测数据流向也未可知。

## （二）对连结点的间接利益衡量

对各连结点的直接利益衡量适用于一般情形，这一阶段旨在建立各国管辖利益强弱的一般性排序标准，增强利益衡量过程和结果的稳定性和可预测性。在坚持一般性排序标准的共识基础之上，亦要兼顾特殊情形下对实质正义价值的追求。换言之，鉴于网络空间利益牵涉的复杂性，上述一般性的利益强弱排序并非均可合理适用于现实中的所有情形。不排除存在某些特殊情形，即在直接利益衡量中具有弱利益的数据来源地或数据处理行为地国，可能具有比数据控制者所在地或数据主体所在地国更强的利益。为了解决直接利益衡量过于注重形式正义价值而对实质正义价值缺少关注的问题，需要设置间接利益衡量的机制以补强实质正义。可以印度尼西亚为例子以说明，上文论及印度尼西亚数据保护法律中设置的效果发生地连结点，因其不符合可预见性要素而排除其合理性考量，但并不意味着放弃考量因行为之效果对印度尼西亚造成的利益损害。印度尼西亚可以首先依据数据来源地、数据行为发生地等弱利益连结点主张管辖，然后在间接利益衡量阶段，将行为所产生之效果纳入利益衡量之中，从而增强自身的管辖利益。间接利益衡量机制的设置是为依据弱利益连结点的管辖国提供一种末位管辖的救济机制，使处于直接利益衡量排序中

[36] See UNCTAD, *Digital Economy Report 2021 Cross-border Data Flows and Development: for Whom the Data Flow*, available at <https://unctad.org/webflyer/digital-economy-report-2021>, last visited on Sept. 29, 2023.

[37] See Christopher Kuner, *Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 1)*, 18 *International Journal of Law and Information Technology* 176, 189 (2010).



的末位管辖国得以有机会夺取管辖的优先顺位。

但此种间接利益衡量机制的启动和运行应当予以严格限制，防止因末位管辖国频繁利用间接利益衡量机制，而使直接利益衡量机制所欲实现的确定性和可预测性目标破灭。例如，末位管辖国若主张具有更强管辖利益而意图启动间接利益衡量机制，则应对其主张承担相应的举证责任，证明其具有相比优先序位管辖国而言更强的管辖利益。末位管辖国承担举证责任虽会使其承担举证不利的后果，但属于较为合理的举证责任设计：其一，这符合“谁主张谁举证”的举证责任分配基本原则，并起到限制末位管辖国任意启动间接利益衡量机制的作用，不至使直接利益衡量所设置的一般性排序标准被过度虚置；其二，末位管辖国对其境内领土上的人、事、物享有最高的管辖权，在收集证据证明间接利益的存在及其规模方面无疑享有更为强大的资源调配能力。因此由其承担存在间接利益的举证证明责任更为合理。关于证明标准应达到何种程度，本文认为，考虑到末位管辖国一般属于经济发展水平相对落后的发展中国家，其证明能力相对有限，出于实质公平的价值考虑，证明标准达到排除合理怀疑即可。至此，证明责任将转移至优先位序的管辖国，由其举证反驳，但其证明标准应严于末位管辖国。

## 五、对我国个人信息保护域外管辖的启示

上文结合各代表国家和地区个人信息保护域外管辖立法例和相关实践，分别对合理性原则的两大要素进行了具体详细的阐述。下文将首先根据合理性原则的两大要素，对各国立法例中域外管辖的连结点进行合理性的一般性评估排序，以此定位《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）第3条的合理性位序，并据此提出针对性建议。

### （一）连结点合理性评估排序与我国所处位序

根据可预见性要素，数据控制者所在地、数据主体所在地、数据处理行为地、数据来源地乃客观的连结点。其中经补强的数据主体所在地，结合行为目的的客观化考量，在网络空间中具备更强的可预见性。行为效果外延过于宽泛，一般意义上亦不属于法律关系构成要件，但可纳入间接利益衡量予以考量。在利益衡量层面，数据控制者所在地国对数据控制者拥有全方位的管辖和规制权力，无论是法律适用还是法律执行层面，其均拥有更强的财产性积极利益。相对而言，数据主体所在地国被动承受数据控制者数据处理行为的直接后果，保护本国境内居民的合法权益是数据主体所在地国的权力或应尽的责任。数据主体所在地国拥有更强的消极性管辖利益。数据处理行为地与数据来源地相比，前者所在地国具有属地联系，为数据处理设备（服务器或数据中心）提供环境、人员以及其他资源支持，利益关涉较大。而后者为数据贴上原产地标签，赋予数据以国籍，借此寻求属人管辖，国际法上的管辖依据存在争议。以数据来源地为连结点，利益关涉程度、管辖的明确性以及可行性，都存在较大的质疑空间。

综合以上对代表性国家和地区的分析，以可预见性和利益衡量这两个合理性原则的核心要素为标准，可以对国家个人数据保护域外管辖实践中的连结点进行评估，确定各立法例与合理性原则的符合程度（如表1所示）。

表 1 个人数据保护域外管辖权连结点立法例的合理性比较（作者自制）

连结点	相关国家或地区的立法	可预见性		利益衡量	
		密切	客观	直接	间接
数据控制者所在地	欧盟	高	高	强	再衡量
数据主体所在地	欧盟	高	高	强	
数据处理行为所在地	墨西哥	中	中	中	
数据来源地	巴西	中	中	弱	
效果发生地	印度尼西亚	不符		—	—

结合我国《个人信息保护法》第3条的规定，第1款似采用数据处理行为地连结点，第2款则与欧盟GDPR的规定类似，采用数据主体所在地（客观属地原则和针对性标准的结合）连结点。下文将详细展开分析。

## （二）我国域外立法管辖的可预见性改进

### 1. 针对第3条第1款：数据处理行为地

《个人信息保护法》第3条第1款规定：“在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法。”

第1款是否具有域外效力，从条文安排、立法者意图以及国内学者观点来看，倾向于否定回答。条文安排和立法者意图上，由于第3条第2款立法术语上鲜明体现了域外管辖目的，而第1款则遵循传统属地的立法模式，无域外管辖之意图，立法者试图呈现二者域内和域外的管辖分工。此外，《个人信息保护法》第53条关于域内专门机构和代表设立的制度，也仅与第3条第2款相联系。学者也主张仅第3条第2款具备域外效力，据此认为我国域外效力条款中只包含了欧盟的商品服务目的地标准和分析评估标准，效力范围窄于欧盟。<sup>[38]</sup>网络空间中，行为人与行为的空间分离已是常态，换言之，在境内处理个人信息的行为人具有身处境外的高度可能性。本款沿用传统立法表述与新兴网络环境存在一定冲突。跳出传统立法语境，从文义解释角度可以推断本款采用数据处理行为地作为管辖权连结点，即便个人信息处理者（即欧盟语境下的数据控制者）身处境外，只要处理个人信息的行为发生在境内，应受本法管辖。<sup>[39]</sup>对此，在后续个人信息保护的立法或司法解释中，应澄清第1款的域外管辖意涵。例如，第1款可表述为：“在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法，无论个人信息处理者是否位于境内。”

但另一方面，也需认识到以处理行为地作为域外管辖连结点的弊端。处理行为地点的识别困难、<sup>[40]</sup>相比数据控制者所在地和数据主体所在地而言更弱利益等特征，均会让第1款在域外管

[38] 参见宋晓：《域外管辖的体系构造：立法管辖与司法管辖之界分》，载《法学研究》2021年第3期。

[39] 参见江必新、郭锋主编：《〈中华人民共和国个人信息保护法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第32页。

[40] 参见张新新：《个人数据保护法的域外效力研究》，载《国际法学刊》2021年第4期；张哲、齐爱民：《论我国个人信息保护域外效力制度的构建》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2022年第5期。

籍实践中难以有效发挥作用。为此，在出台更为细致的配套法律文件的同时，应当积极探索更符合合理性原则的域外管辖连结点，如选择以个人信息处理者所在地（即数据控制者所在地）作为连结点等。

## 2. 针对第3条第2款：数据主体所在地

《个人信息保护法》第3条第2款规定：“在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，有下列情形之一的，也适用本法：以向境内自然人提供产品或者服务为目的；分析、评估境内自然人的行为；法律、行政法规规定的其他情形。”

根据前文所述，效果原则并非且也不应成为本款域外管辖的法理依据。本款承袭欧盟 GDPR 规则，以数据主体所在地作为连结点，只要针对境内数据主体而处理该主体的个人数据，即便个人信息处理者位于境外，也应当适用本法。

针对第2款第1项“以向境内自然人提供产品或者服务为目的”，实务人士认为该项存在主观标准和客观标准的理解歧义，主观标准是指行为人具有这样一种目的而处理个人信息即可，而客观标准要求存在向境内自然人销售产品或服务的行为。<sup>[41]</sup> 本文认为，如上所言，数据主体所在地连结点融合了客观属地原则与针对性标准，即只要具备针对境内主体实施特定行为的主观意图，并实施了相应的数据处理行为，就纳入第2款的管辖范围，无须要求产生客观的销售产品或服务行为。因此，不存在主观标准和客观标准的理解歧义。

针对第2项“分析、评估境内自然人的行为”，有学者认为“分析、评估”与欧盟 GDPR 的“监控”相同，从而将《关于 GDPR 适用范围的第3/2018号指南》对“监控”的具体解释用于解读“分析、评估”的具体内涵。<sup>[42]</sup> 由于我国立法最终并未直接使用“监控”，而是使用“分析、评估”，表明立法者欲与“监控”相区别。中文语境中，“分析、评估”的含义更为广泛，更侧重对行为性质的描述，而“监控”为具有该性质的行为增加特定的目的导向，二者为属种关系。放诸合理性原则检视之下，“分析、评估”外延相对广泛，边界不甚明晰，并且未能体现行为的危害性以及危害的迫切性，应加以限缩。

此外，第3项设置“法律、行政法规规定的其他情形”这一兜底条款，以缓和该款列举式行为规制模式的僵化性，提升应对未来新情势的立法灵活性和稳定性。但该项将本身可预见性欠缺的该款规定再度推向不确定性边缘，增加企业的合规成本和国家管辖的冲突风险。<sup>[43]</sup> 为增强兜底条款适用的确定性，保障个人信息保护域外管辖的合理性，其他法律、行政法规在设置新的补充情形时，需要遵循以下两个限制条件：第一，境外个人信息处理者处理境内个人信息的行为必须直接针对境内自然人，即存在针对境内自然人的主观故意；第二，境外个人信息处理者的处理行为需实质性影响境内自然人的利益。换言之，应受到域外管辖的数据处理行为必须达到与提供产品和服务、分析评估境内自然人行为一样的利益关涉程度，或者高于此种程度。

[41] 参见杨洪泉、车佳倩：《个人信息保护法的域外效力》，载《法人》2020年第12期。

[42] 参进程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第53页。

[43] 参见俞胜杰：《〈通用数据保护条例〉中的域外管辖问题研究》，华东政法大学2020年博士学位论文，第116页。

### （三）我国域外执法与司法管辖的利益衡量决策

在个人信息保护域外执法和司法过程中，执法和司法机关遵循合理性原则的要求对本国管辖利益与他国管辖利益进行利益衡量，符合我国参与国际治理的一贯立场。新近生效的《中华人民共和国对外关系法》（以下简称《对外关系法》）第18条和第19条明确规定，我国维护和践行多边主义，维护以国际法为基础的国际秩序，坚持共商共建共享的全球治理观。这要求我国在统筹推进国内法治和涉外法治、加强涉外领域法律法规的适用过程中，不仅要关注和保护本国国家利益，还应当尊重、关切和顾及他国合理利益。正如《对外关系法》第39条所强调的，中国将积极加强双多边法治对话，按照平等互惠原则，与外国在执法、司法领域开展国际合作。

针对同一管辖事项，我国行政或司法机关以数据处理行为地为依据行使管辖权，当他国以数据控制者所在地或数据主体所在地为依据同时主张管辖权时，我国行政或司法机关可依据合理性原则，克制己方管辖权的行使，以退为进。短期来看此举或许会减损本国的眼前利益，但长远而言可以促进我国与他国之间的法律合作。国家利益不仅包括本国国家及国民的利益，还包括因相互合作给国家带来司法权威、司法资源节约、法律可预见性目标的保障等相关利益。<sup>〔44〕</sup>因此，尊重和维护他国合理利益，对本国管辖权保持相对克制，不仅可以彰显中国在国际法治建设中的大国风范，更能增强对本国在国际维度上利益的维护。此外，我国克制管辖权的行使，也会成为他国基于平等互惠原则克制管辖权行使的起点。“如果双方都等待对方先迈出一步，自己再跟进给予对方互惠的话，事实上永远不可能发生相互间的互惠。”<sup>〔45〕</sup>作为负责任的发展中大国，我国理应率先迈出利益衡量实践的第一步，推动个人信息域外执法和司法管辖冲突的解决。

## 六、结 语

网络空间跨界性的技术特点从根本上颠覆了传统法律关系中诸要素总体存在于同一时空范围的固有认知。借助数据跨境流动的网络连接，数据处理法律关系的诸要素完全有可能散落于不同国家或地区。从而，各要素所在地国可以该要素为管辖权连结点主张域外管辖，由此导致各国针对同一数据处理法律关系的管辖冲突或重叠。为缓解这一问题，在识别出各国域外管辖实践中存在的连结点类型基础之上，本文引入合理性原则，对这些连结点类型通过可预见性要素进行形式层面的筛选，再通过利益衡量要素从实质层面区分各连结点管辖利益的强弱，最终为各国行使域外管辖提供理论和方法论意义上的参考。

合理性原则对他国管辖利益的平等考量，契合中国“人类命运共同体”的外交理念和平等互惠的外交准则。作为涉外法治建设的重要组成部分，中国国内法的域外管辖可将合理性原则作为理论基础和方法指导。此外，当国际社会就个人数据保护域外管辖冲突协调议题展开国际谈判和

〔44〕 参见肖永平：《提升中国司法的国际公信力：共建“一带一路”的抓手》，载《武大国际法评论》2017年第1期。

〔45〕 马琳：《析德国法院承认中国法院民事判决第一案》，载《法商研究》2007年第4期，第153页。



公约制定进程时，本文所提供的合理性原则解决方案能够为此提供极富建设性的智识参考，助力发出中国声音。诚然，本文将合理性原则适用于个人数据保护领域的研究仍存在诸多略显稚嫩和不足之处。本文是合理性原则研究的一个起点，后续将进一步深入论证合理性原则的理论内涵，并尝试将合理性原则置于证券、反垄断、劳工、环境保护等领域加以检验和推及。

---

**Abstract:** With the deepening of cross-border data flows worldwide, the practices of extraterritorial jurisdiction in the field of personal data protection has gradually increased. The reasonableness principle can be used as an important theoretical and methodological guide for coordinating countries to resolve conflicts over extraterritorial jurisdiction from the international perspective. Based on the existing theories and practices, the reasonableness principle can be structured into the element of foreseeability at the formal level and the element of interest measurement at the substantive level. The element of foreseeability, including the criteria of closeness and objectivity, requires the connection points under the jurisdiction of extraterritorial legislation meet the requirements of closeness and objectivity. The element of interest measurement can be divided into direct and indirect interest measurement. The interest measurement requires the authorities of the state to weigh the interests of the states who exercise the extraterritorial jurisdiction case by case, and to comply with the jurisdiction of the countries with stronger interests. Under the direct interest measurement, the order of strong-weak of jurisdictional interests is the place of data controller, the place of data subject, the place of data processing and the place of data source. Indirect interest measurement exists as a corrective mechanism of the ranking of direct interest measurement, and promotes the realization of substantive justice.

**Key Words:** personal information protection, extraterritorial jurisdiction, reasonableness principle, foreseeability, interest measurement

---

(责任编辑：肖 芳)

## 商事登记改革与保护规范理论 ——对“王某琳案”的分析

余凌云\*

---

**内容提要：**准确判断利害关系的有无，是判定有无行政复议、行政诉讼资格的关键。我国商事登记由计划经济下的特许和核准主义转变为市场经济下的准则主义，行政行为的性质也由许可类登记转变为确认类登记。判断一个人是否具有复议申请人资格，与登记行为是否有利害关系，可以采用保护规范理论作为基本分析工具，而对有关规范的解释又必须结合商事登记改革。保护规范理论在一定程度上缓解了司法上判断“利害关系”的主观化，寻求到了较为客观的法规范依据。不可放大保护规范理论作用，更不能对我国已有判断标准妄自菲薄。去除主观公权利，保留对第三人有无利益保护的规范分析方法，可能更容易为我国行政法理论与实践所接受。

**关键词：**商事登记 保护规范理论 利害关系 申请人资格 原告资格

---

准确判断利害关系的有无，是判定有无行政复议、行政诉讼资格的关键。备受关注的“王某琳诉北京市海淀区人民政府复议决定案”（以下简称“王某琳案”），与商事登记改革、保护规范理论交织在一起。以此案为视角对相关争议问题进行研究，对于推进商事登记制度改革、准确适用保护规范理论，具有重要的理论与实践价值。

### 一、“王某琳案”的基本情况

王某琳与案外人王某红、张三三人是北京市海淀区韦伯豪家园9号楼4—10层的房屋所有权人，曾与饶某武签订房屋租赁合同，但从未与自由空间酒店公司签订过任何租赁合同。饶某武系自由空间酒店公司的股东及开办人。自由空间酒店公司于2009年10月29日在海淀工商分局注

\* 余凌云，清华大学法学院教授。

本文获得清华大学教材建设定向支持项目“本科优秀教材建设”资助。

册成立，办公地址登记为北京市海淀区魏公村街1号韦伯豪家园9号楼4层401室。2010年11月2日，自由空间酒店公司向海淀工商分局进行变更登记。2012年，王某琳曾向海淀工商分局举报自由空间酒店公司提交虚假材料，要求海淀工商分局依据《中华人民共和国行政许可法》（以下简称《行政许可法》）第69条撤销其行政许可。2015年4月，王某琳向北京市非紧急救助中心12345进行了举报。2018年的5月14号，海淀工商分局作出书面答复，确认自由空间酒店公司提交了虚假文件，但是没有作出撤销登记决定。

2018年5月28日，王某琳向海淀区人民政府提起行政复议，申请海淀区人民政府责令海淀工商分局撤销自由空间酒店公司的工商登记。2018年7月24日，海淀区人民政府作出海政复决字（2018）177号《驳回行政复议申请决定书》，驳回了其复议申请。王某琳对行政复议决定不服，于2018年8月1日提起行政诉讼，请求撤销复议决定。2018年12月4日北京市第四中级人民法院作出（2018）京04行初991、992号行政判决，驳回王某琳的诉讼请求。王某琳不服提起上诉，2019年4月15日北京市高级人民法院作出（2019）京行终566、682号行政判决，驳回上诉，维持一审判决。王某琳申请再审。2020年11月17日最高人民法院作出（2019）最高法行申13352号行政裁定，驳回王某琳的再审申请。

本案的争议包括王某琳是否具有申请行政复议资格、是否符合行政复议受理条件、是否与登记行为有着利害关系。复议机关认为，王某琳要求海淀工商分局撤销自由空间酒店公司工商登记，是基于房屋所有权及房屋租赁关系，其实质上是基于民事法律关系产生的影响，不属于行政法上的利害关系。一审法院、二审法院、再审法院均认为，王某琳与自由空间酒店公司设立登记之间不具有行政法上的利害关系、不符合行政复议的受理条件。

那么，上述认识是否正确？如果正确，理论与规范依据又是什么？这是本文要思考的基本问题。对“王某琳案”的分析与商事登记改革、保护规范理论交织在一起。判断王某琳是否具有复议申请人资格，与登记行为是否有利害关系，可以采用保护规范理论作为基本分析工具，而对有关规范的解释又必须结合商事登记改革。

## 二、商事登记改革

法院对第三人申请复议资格是否认可、对登记行为的审查尺度，都可能对方兴未艾的商事登记改革产生重大而深远的影响。法官决不能对商事登记改革动向充耳不闻、置之不理。对于商事登记趋于便捷化，“宽进严管”，加快商事流转，实现“简政放权、放管结合、优化服务”等改革方向，行政审判应当与之相向而行。法官“不能仅仅就法论法”，要“对自发的制度创新进行客观的评价与判断”，“法院的最后判决往往必须建立在对现行规则、实践需要和利益平衡等的全面分析的基础上保持一种开放的方式”〔1〕。否则，行政审判考虑不周、处理不当，便会阻碍商事登记改革进程。这在“王某琳案”的审判中至关重要，必须认真对待并妥善处理。

商事登记，也称商业登记，包括设立、变更和注销等种类，有关程序包括申请、审查、登记和

---

〔1〕周汉华：《论建立独立、开放与能动的司法制度》，载《法学研究》1999年第5期，第8-9页。

公示等。在行政法上，以往由工商部门登记，称为工商登记。工商部门改制为市场监管部门之后，改称企业登记、市场主体登记、商事登记（以下混用）。对于登记行为的性质，尽管学术上有“公法行为说”“私法行为说”和“混合行为说”之争，但是，商事登记毕竟是由行政登记机关依法作出的，当属行政行为，是依申请的行政行为，也已被列入行政诉讼的行政案件案由。<sup>〔2〕</sup>

在我国，商事登记不区分主体登记和营业登记，营业执照兼具证明商事主体资格和经营资格的双重作用。对于申请人而言，其目的和功能是获得对其商主体资格的确认。就国家而言，其目的和功能一是为了实现对市场主体的监督和管理，比如帮助税收、确定法律文书送达地址，二是为社会提供公共信息服务，保护消费者免于受骗。其中夹杂着公法与私法目的，所有这些迄今未变。

### （一）趋向准则主义的商事登记变革

随着计划经济向市场经济转变，商事登记由计划经济下的特许和核准主义转变为市场经济下的准则主义，行政行为的性质也由许可类登记转变为确认类登记。商事登记目的实现了“由经济监管向信息公示的转移”。“在现代社会，信息公示并透过其实现确保交易安全则是商事登记最为根本的目的和最为核心的功能。”<sup>〔3〕</sup>

上述商事登记变革实际上就是不断限缩由行政行为创设市场主体资格的过程，将绝大部分许可类登记实际转化为确认类登记，实行准则主义，凡是符合法律规定条件的，都给予登记记录。<sup>〔4〕</sup>“对愿意进入市场从事经营活动的各类商事主体，政府都应给予鼓励，并对其进行记录。这样不仅可以增加就业机会，政府亦可以增加税收。”<sup>〔5〕</sup>行政审批制度改革不仅大量削减不必要的前置性审批项目，而且实行“先照后证”也让市场主体能够尽快获得主体资格。因此，除了少数依然保留下来的许可类登记，比如金融、保险、证券等经营资格仍然需要行政审批之外，其他应该都是行政确认性质的登记。商事登记的公法目的也变得极其克制且有限，经济监管目标的实现更多要依靠事后监管、信用监管。

详言之，第一，对于确认类登记，以何种企业形态进入市场交易，从事何种范围经营，都由当事人自己决定。只要符合《中华人民共和国公司法》规定条件，行政机关便给予登记认可，无需行政机关的事先许可批准，企业主体资格、经营资格也不由商事登记创设。登记只是确认了当事人民事处分的法律效力，并通过记载、公开查询等产生公示效力。第二，对于少数必须存留的许可类登记，必须通过行政许可创设主体资格，并赋予其从事特定市场交易活动的经营资格。

### （二）商事登记审查方式的变化

在立法上，从1988年《企业法人登记管理条例施行细则》第55条第（二）项规定的实质审查，发展为2005年《公司登记管理条例》第52条第1款第（一）（二）项和2004年《企业登记程序规定》第3条规定的形式审查为主、实质审查为辅。上述变迁实际上反映了商事登记由特许

〔2〕 参见《最高人民法院印发〈关于行政案件案由的暂行规定〉的通知》（法发〔2020〕44号）。

〔3〕 冯果、柴瑞娟：《我国商事登记制度的反思与重构——兼论我国的商事登记统一立法》，载《甘肃社会科学》2005年第4期，第58页。

〔4〕 参见余凌云：《船舶所有权登记的行政法分析》，载《中国海商法研究》2021年第2期。

〔5〕 朱慈蕴：《我国商事登记立法的改革与完善》，载《国家检察官学院学报》2004年第6期，第19页。



和核准主义转变为准则主义、由许可类登记转变为确认类登记。

可以说，在商事登记改革之前，第一，行政机关原则上只对申请材料作形式审查，核对材料是否齐备、形式合法，要尽到审慎注意义务；必要时，也可以实行适度的实质审查，查明材料的真实性。行政机关核查手段有限，且面对的是暂时未发生争议的材料，适度的实质审查仅能从形式上发现材料是否存在不真实，若有，则指派两名以上工作人员依法核查。<sup>〔6〕</sup>第二，申请人应当保证申请材料的真实性以及符合法定形式。行政机关不对民事处分的有效性负责。<sup>〔7〕</sup>申请人提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的，行政机关可以作出不予登记决定或者撤销登记决定，并依法给予行政处罚。

2013年商事登记改革之后，以市场化为核心取向，实现“宽入严管”目标，大量削减前置性行政审批，降低市场准入门槛，简化准入程序，切实减轻企业负担，激发市场活力。<sup>〔8〕</sup>长期以来对实质审查诟病甚多，尤其是给公众以行政机关担保申请材料真实性的预期，事实上却又无法保证兑现，交易相对人不因为实质审查而变得更加安全，登记机关却因为实质审查变得更加无效率和不可信。“商事主体的经营自由权，市场所追求的效率和社会公众所期望的交易安全并没有成为商事登记法律制度关注的中心。”<sup>〔9〕</sup>因此，《市场主体登记管理条例》第19条不再要求实质审查，仅保留形式审查。

为了弥补形式审查可能对市场秩序、交易安全带来的潜在影响，《市场主体登记管理条例》通过第15条、第16条、第17条、第36条、第38条规定了辅助制度，包括要求申请人实名登记，申请材料向社会公开，申请人对材料的真实性、有效性、合法性负责，公示年度报告和登记相关信息，以及信用监管，赋予受虚假市场主体登记影响的第三人要求撤销登记的权利等。

之所以实行上述变革，一方面，这是因为“商事登记的结果和利益直接归属于申请人”，“要求申请人对真实性负责体现了权利义务的均衡”<sup>〔10〕</sup>。将市场信息真实性判断与市场风险预测还原于民众，是商事登记实行形式审查制的理论基础。另一方面，“符合市场准入便捷高效的要求”，也契合行政管理以事后监管为主的改革趋势。<sup>〔11〕</sup>具体而言，就是加强企业信息公示、健全失信惩戒机制、推进实施智慧监管等。<sup>〔12〕</sup>

司法裁判具有制度性效应，对未来商事登记实践很可能产生深远的影响，能够产生对未来案件的反复适用的规范效应，能够在特定的事项与领域内形成一种稳定的法秩序，<sup>〔13〕</sup>因此，法官不可一门心思只盯着合法性审查，还应当密切关注商事登记制度改革。对商事登记行为的审查尺

〔6〕 参见《行政许可法》（2019年修正）第34条第3款。

〔7〕 参见余凌云：《船舶所有权登记的行政法分析》，载《中国海商法研究》2021年第2期。

〔8〕 参见艾琳、王刚：《商事登记制度改革的行政审批视角解析——兼评广东省及深圳市商事登记制度改革的实践》，载《中国行政管理》2014年第1期。

〔9〕 朱慈蕴：《我国商事登记立法的改革与完善》，载《国家检察官学院学报》2004年第6期，第16页。

〔10〕 冯果、柴瑞娟：《我国商事登记制度的反思与重构——兼论我国的商事登记统一立法》，载《甘肃社会科学》2005年第4期，第59页。

〔11〕 参见冯果、柴瑞娟：《我国商事登记制度的反思与重构——兼论我国的商事登记统一立法》，载《甘肃社会科学》2005年第4期。

〔12〕 参见《国务院办公厅关于深化商事制度改革进一步为企业松绑减负激发企业活力的通知》（国办发〔2020〕29号）。

〔13〕 参见余凌云：《法院如何发展行政法》，载《中国社会科学》2008年第1期。

度与要求，不能与改革发展东趋西步。如果法官对登记规范解释不当，对登记机关的审查标准和注意义务要求过高，必然会不恰当地抬高市场准入门槛，降低行政审批效率，与“宽进严管”改革方向相背。上述认识极其重要，直接左右着后面即将展开的对有关登记规范的解释，构成了法解释必须考虑的重要因素。

### 三、“王某琳案”的法律关系分析

商事登记审查交织着不同法律关系，不仅有因登记行为而在行政机关与申请人之间形成的行政法律关系，还有申请材料中体现的各种民事法律关系。比如，公司章程是股东之间就公司经营事项达成的约定，公司住所证明可以是与产权人签订的房屋租赁合同等等。商事登记机关对申请材料的审查，实际上是对有关民事法律关系的初步的、形式上的确认与认可。尽管登记机关不对申请材料的真实性、民事处分的有效性负责，但是，对形式上有明显瑕疵、疑点的或者不符合法律要求的申请材料，应当审慎核查，不能轻易采信。因此，民事关系与行政关系也不可避免地纠缠在一起，在登记审查上就有必要条分缕析、认真鉴别。

在商事登记案件分析中，法律关系分析法就备受重视，并得到广泛运用。在分析一个具体案件时，首先不仅要区分不同性质的法律关系，比如行政法律关系、民事法律关系，而且，即使是同一性质的法律关系，如果存在多种复杂的法律关系，也要条分缕析，理顺不同的法律关系。其次，将各种法律关系分开，以不同的法律关系确定当事人的法律权利和义务，明确不同法律关系之间的关联性，是在一个诉讼中同时解决，还是由不同诉讼解决，以及解决的先后次序。亦即决定是分别诉讼，还是先民后行、先行后民或者行政诉讼附带民事诉讼。最后，根据不同法律关系所发生的争议，找出相关的法规范，“在此基础上进一步适用法律”<sup>〔14〕</sup>。

在“王某琳案”中，复议机关已经注意到了在本案存在着两种不同法律关系：一是王某琳与饶某武签订房屋租赁合同，他们之间存在案涉房屋的租赁关系；二是工商部门对酒店的设立登记、变更登记行为，这是行政关系。商事登记是在饶某武与工商部门之间发生的行政法律关系，王某琳至多算是第三人。

根据法律关系分析方法，不同法律关系上发生的纠纷，应当分门别类解决，不可混淆不清。复议机关认为，在本案中，首先存在着租赁合同纠纷。王某琳认为，饶某武违反了租赁合同规定的用途，将租赁房屋用于酒店经营。这个纠纷完全可以通过民事诉讼解决。其次，工商部门拒绝王某琳撤销设立登记、变更登记行为的要求，引发了行政纠纷。王某琳是否可以提起行政复议、行政诉讼，取决于其是否具有申请人资格、原告资格。

复议机关直接断定当事人与工商登记行为之间不存在行政法上的利害关系，申请人提起的本次行政复议申请不符合受理条件，决定驳回申请人的行政复议申请。理由是，该案纠纷本质上是租赁合同纠纷，之所以会波及工商登记行为，“实质上是基于民事法律关系产生的影响”<sup>〔15〕</sup>。

〔14〕 王利明：《民法案例分析的基本方法探讨》，载《政法论坛》2004年第2期，第121页。

〔15〕 北京市第四中级人民法院（2018）京04行初992号行政判决书。

沿着上述思路，我们可以进一步分析：第一，王某琳只是商事登记行为的第三人，其权益受损，本质上可能是因为承租人饶某武没有遵守租赁合同约定。通过民事诉讼就能够得到更恰当、及时、有力救济的，行政诉讼一般就不赋予第三人原告资格。诚如行政诉讼法立法参与者所言，赋予行政诉讼原告资格，“原则是通过行政诉讼比通过其他途径解决争议的效率更高、成本更低，更有利于保护公民、法人或者其他组织的合法权益”<sup>〔16〕</sup>。这一立场体现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2018〕1号）第13条规定中。<sup>〔17〕</sup>在“黄某军等人不服金华市工商行政管理局工商登记行政复议案”中，公报“裁判要旨”也表达了同样的审判思路。<sup>〔18〕</sup>第二，工商登记是对民事关系的确认，对申请材料的形式审查乃至实质审查，都不触及民事处分的有效性，实际上就是不宜过分介入民事关系，应当尽量尊重当事人意思自治。租赁合同即使约定了用途为“配套办公”，也丝毫不妨碍当事人在执行合同过程中默许或同意用于酒店经营。是否如此，登记机关和登记程序则力不能及，只能通过民事诉讼查明。就本案而言，酒店注册登记之后，在长达三年时间里，王某琳并未提出异议，也没有与承租人交涉。在民事上无疑可以推定王某琳实际上默许了改变用途。

然而，仅从法律关系分析上否定当事人具有复议申请权，恐怕失之草率，过于武断。商事登记的程序以及要求提交的材料之中，有些与租赁合同和租赁房屋有关，比如《企业住所（经营场所）证明》、租赁协议复印件以及出租方的房屋产权证复印件。其中，《企业住所（经营场所）证明》上的产权人签字事后查明系他人伪造。对于上述材料，登记机关应当形式审查，必要时，可以实质审查。第一，对于《公司登记管理条例》（2005年修订）第52条第1款第（一）项规定的形式审查，在“王某诉广州市工商行政管理局变更登记核准行为案”中，法院认为，形式审查包括对申请材料内容之间是否一致进行审查。<sup>〔19〕</sup>学者也认为，形式审查要核查材料是否齐全、“内容有无遗漏”<sup>〔20〕</sup>。在本案中，对记载事项符合法定要求的审查，是否包含核对租赁合同上约定的房屋用途与酒店登记注册是否一致？只要浏览一下租赁合同，就不难发现租赁房屋用途是“配套办公”，而不是酒店经营。第二，《公司登记管理条例》（2005年修订）第52条第1款第（二）项规定的实质审查，其中对材料真实性的核查，是否要求登记机关比对租赁合同上产权人签字与《企业住所（经营场所）证明》上产权人签字是否一致？或许不用实质审查，也无需鉴定，仅凭形式审查，通过简单比对，就可发现端倪。这些对审查方式要求的理解，不仅涉及对有关登记规范的法解释，还必须与上述商事登记改革结合起来一并考虑。究竟应当如何解释，关涉出租人与商事登记行为之间是否有着利害关系，登记行为是否侵犯了出租人的合法权益。若是，出租人就具有复议申请资格。

〔16〕 信春鹰主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉释义》，法律出版社2014年版，第70页。

〔17〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2018〕1号）第13条规定：“债权人以行政机关对债务人所作的行政行为损害债权实现为由提起行政诉讼的，人民法院应当告知其就民事争议提起民事诉讼，但行政机关作出行政行为时依法应予保护或者应予考虑的除外。”

〔18〕 该案的“裁判要旨”是：“买卖、租赁民事合同一方当事人，与合同相对方因公司设立、股权和名称改变而进行的相应工商登记一般没有法律上的利害关系，其以合同相对方存在民事侵权行为为由申请行政复议的，行政复议机关可以不予受理。”载《最高人民法院公报》2012年第5期，第44-48页。

〔19〕 参见广东省广州市天河区人民法院（2003）天法行初字第45号行政判决书。

〔20〕 李孝猛：《公司登记审查的裁量》，法律出版社2011年版，第15页。

#### 四、行政法上利害关系的判断

行政复议法没有对申请人资格规定可以据以判断的标准，只是从形式上规定，依法申请行政复议的相对人是申请人。在理论上一般认为，行政复议申请人资格和行政诉讼原告资格应该一致。这主要是考虑到从1990年《行政复议条例》开始，在制度设计上一直将行政复议作为行政诉讼的配套制度，为减轻法官负担，让行政机关通过层级监督先行过滤一些行政争议。能够行政诉讼的，就一定能够行政复议。甚至，反之亦然。<sup>〔21〕</sup>

《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）（2017年修正）第25条第1款规定：“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。”利害关系，“一般也仅指公法上的利害关系”<sup>〔22〕</sup>。《中华人民共和国行政复议法实施条例》第28条规定的受理条件中，第（二）项要求“申请人与具体行政行为有利害关系”。<sup>〔23〕</sup> 王某琳不是工商登记行为的相对人，其是否具有原告资格，取决于其与商事登记行为是否有利害关系。

一审法院只是断言，王某琳并非自由空间酒店公司变更登记时的相对人，其与自由空间酒店公司变更登记之间不具有行政法上的利害关系，<sup>〔24〕</sup> 没做具体分析。二审法院提出了一个很重要的分析进路，“王某琳与自由空间酒店公司使用其房屋之间的纠纷，并不在原海淀工商分局作出变更工商登记行为的考量范围之内，因此其亦不是被复议行为的利害关系人”<sup>〔25〕</sup>。当事人之间存在租赁合同纠纷，在工商登记的程序规范或者裁量规范上是否要求考虑？二审法院没有进一步查找、梳理有关规范。

最高人民法院在再审时支持了一审、二审法院，具体理由包括：第一，民事法官已有裁判，不支持王某琳以租赁房屋用于酒店经营为由要求解除租赁合同。从中国裁判文书网上可以查询，王某琳与承租人之间的租赁纠纷已经民事生效裁判确认租赁合同有效并驳回王某琳关于解除合同的诉讼请求。该租赁合同纠纷涉及的标的物即涉案房屋，该房屋为自由空间酒店公司的住所（经营场所）。第二，在自由空间酒店公司申请设立登记时，相关民事争议不属于行政机关应审查的内容。第三，王某琳还主张自由空间酒店公司在进行工商登记时提供了虚假材料，《企业住所（经营场所）证明》上的产权人签字不是其本人书写，故涉案工商登记行为应被撤销。但《企业住所（经营场所）证明》的主要目的在于明确公司住所的产权归属，确定具体的住所地点，涉及住宅改变为经营性用房的还需要原权利人签字确认。自由空间酒店公司申请工商登记时并未隐瞒

---

〔21〕 但是，从理论上说，相对于行政诉讼，行政复议的范围更广，审查程度要深。因此，复议申请人资格和原告资格不完全一致。参见余凌云：《论行政复议法的修改》，载《清华法学》2013年第4期。《中华人民共和国行政复议法》（2023年）采用了与法院不同的适当性审查，门槛更低，因此，第10条规定：“公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的，可以依照《中华人民共和国行政诉讼法》的规定向人民法院提起行政诉讼，但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。”这意味着可以复议不见得就可以诉讼。

〔22〕 最高人民法院（2017）最高法行申4361号行政裁定书。

〔23〕 《中华人民共和国行政复议法》（2023年）第30条第1款规定的受理条件与《行政复议法实施条例》（2007年）第28条规定完全相同。

〔24〕 参见北京市第四中级人民法院（2018）京04行初992号行政判决书。

〔25〕 北京市高级人民法院（2019）京行终682号行政判决书。



公司住所的产权归属和地点，且涉案房屋租赁合同中载明“租赁房屋用途为配套办公”，故王某琳在签订租赁合同时应知晓涉案房屋将被用于经营性用房，现其以《企业住所（经营场所）证明》上的产权人签字不是其本人签署为由，要求撤销涉案工商登记的理据不充分。<sup>〔26〕</sup> 上述第二点重申了二审法院观点，也同样没有做相关规范分析。

#### （一）“刘某明案”与保护规范理论

在工商登记时，登记机关是否应当考虑事实上存在的租赁合同纠纷？租赁合同纠纷是否属于行政机关审查内容？这个设问实际上仍然可以依托于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第13条规定，将其作为分析框架进行类推。从工商登记规范中分析，应当审查的是出租人的利益、租赁合同纠纷是不是“行政机关作出行政行为时依法应予保护或者应予考虑的”，是否为行政裁量的考量因素，或者是否体现在程序或者实体规范之中。易言之，工商登记规定之中是否存在行政机关相关审查义务？

这种审查思路在“刘某明诉张家港市人民政府行政复议案”（以下简称“刘某明案”）中有充分的阐发。<sup>〔27〕</sup> 该案判决的重大意义是，当德国法上保护规范理论尚未引起我国学术界足够关注之际，“司法实务就已率先开始援引这一域外理论，并予以大范围推广”<sup>〔28〕</sup>。有的学者称上述第13条为最高人民法院在“刘某明案”之后发布的明确导入保护规范理论的一个标志性（司法解释）条款。<sup>〔29〕</sup>

但是，这些说法似乎有点夸大其词。“刘某明案”再审虽然裁定于2017年，早于上述第13条形成时间（2018年），但是，上述第13条似乎与保护规范理论没有渊源关系。新近出版的行政诉讼法著作都极力回避保护规范理论，只字不提。<sup>〔30〕</sup> 或许，与保护规范理论相伴相依的主观公权利极具德国法特色，在我国行政诉讼法上却付之阙如，既无法律术语，又无权威解释。在理论和实务界对主观公权利尚感陌生之际，贸然引入法院裁判之中似乎过于唐突。但上述第13条意图解决的第三人原告资格问题，与德国情境极其近似。在德国，“只要诉讼原告是‘行政干预性措施’的相对人，就足以证明其主观权利受损，而无需再寻求一般法依据。而保护规范理论的实践场域因此移转至行政法中的第三人保护问题上”<sup>〔31〕</sup>。

对于《行政诉讼法》第25条第1款规定的原告资格判定标准的“利害关系”，尤其是判断第三人是否与行政行为具有利害关系，最高人民法院行政法官在“刘某明案”中引入了保护规范理论。“以行政机关作出行政行为时所依据的行政实体法和所适用的行政实体法律规范体系，是否要求行政机关考虑、尊重和保护原告请求保护的权益或法律上的利益，作为判断是否存在公法上

〔26〕 参见最高人民法院（2019）最高法行申13352号行政裁定书。

〔27〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申169号行政裁定书。

〔28〕 赵宏：《保护规范理论的误解澄清与本土适用》，载《中国法学》2020年第4期，第176页。

〔29〕 参见章剑生：《行政诉讼原告资格中“利害关系”的判断结构》，载《中国法学》2019年第4期。

〔30〕 梁凤云法官在阐释上述第13条时没有提及保护规范理论。参见梁凤云：《行政诉讼法司法解释讲义》，人民法院出版社2018年版，第81-83页。胡建森、何海波也同样不提。参见胡建森：《行政诉讼法学》，法律出版社2019年版，第249页；何海波：《行政诉讼法》（第3版），法律出版社2022年版，第200-208页。

〔31〕 赵宏：《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》，载《法学家》2019年第2期，第8页。

利害关系的重要标准。”<sup>〔32〕</sup>在“北京联立房地产开发有限责任公司诉北京市东城区人民政府行政复议案”（以下简称“联立公司案”）中，最高人民法院行政法官进一步指出：“如果相关联的法律规范要求行政机关在做出决定时对某一要素予以考虑，行政机关若不予考虑，又会使第三人‘具体且特别’地受到行政决定影响时，即可认为第三人属于规范保护范围。”<sup>〔33〕</sup>行政法官对保护规范的认识，从“刘某明案”的法规范明确“私益保护性”进一步发展为“联立公司案”的“考虑要求”。在德国，“考虑要求”的提出是为克服传统保护规范理论因特别强调客观法规范明确的“私益保护性”所导致的权利保护不足。“考虑要求”强调，即使客观法规范并未以特别的方式对行政应予保护的第三人的范围进行划定，而只是以一般形式规定要求行政机关在做出决定时予以顾及或考虑，这一“客观考虑要求”就可成为肯定第三人主观公权利的依据。

这就与上述第13条主旨一致，共同建立了对第三人原告资格的基本分析构架。具体步骤包括：第一，要找到行政机关作出行政行为应当依据的所有法规范。第二，上述规范之中应当明示或者默示要求行政机关在作出行政行为时保护或者考虑第三人利益。第三人利益构成了行政裁量必须考虑的考量因素，或者是在行政机关应当遵循的程序规范或者实体依据之中就要求予以保护。第三，受到上述规范保护的第三人，就是具有诉权的第三人。反之，找不到行政行为作出时应当依据的具有第三人利益保护指向的法规范，则第三人不具有诉权。在这个分析框架中，回避了我国行政法上缺失的主观公权力理论，更加契合我国行政诉讼制度，实现了保护规范理论的本土化改造。

上述第二点至关重要。第三人是否有诉权，决定于“客观法规范必须包含确定的‘私人利益的保护指向’（Individualinteresserrichtung）”。也就是必须存在要求行政机关保护或者考虑的法规范。对“个人权利的框定是通过法技术手段，即法律解释的技术来完成”<sup>〔34〕</sup>。对“依法应予保护或者应予考虑”的探寻不止步于法律明文规定，还可以通过法解释学推断法律是否具有保护第三人利益的目的。法规范如果没有明确规定，或者存有歧义，“可以参酌整个行政实体法律规范体系、行政实体法的立法宗旨以及作出被诉行政行为的目的、内容和性质进行判断”<sup>〔35〕</sup>，从法规范的解释中推断出行政机关是否有保护或者考虑义务。为防止“文意解释局限性可能影响法院作出正确的裁判”，应当“引入体系解释方法”“目的性扩张解释方法”，“从‘上下文脉络’中确定法规范的旨意”<sup>〔36〕</sup>。

这种分析方法在我国司法实践早已有之，容易获得共鸣。比如，在“黄某军等人不服金华市工商行政管理局工商登记行政复议案”中，二审法院指出，对第三人与登记行为是否有因果关系、有利害关系的判断，应当重点考量分析：第一，被上诉人东阳市工商行政管理局在对涉诉公

〔32〕 最高人民法院（2017）最高法行申169号行政裁定书。在“关某春等与浙江省住房和城乡建设厅等复议再审查”中，最高人民法院行政法官又重申了类似观点。参见最高人民法院（2017）最高法行申4361号行政裁定书。在该案中，之所以否认关某春等193人的诉求，主要是其所居住的房屋既非在案涉《选址意见书》范围内，亦不在焚烧车间边界为基准300米的环境防护范围内，其住宅与案涉项目距离超过2公里，其也不具备相应的原告主体资格。但可惜在行政裁定书上没有列明与此有关的规范，所援引的《中华人民共和国城乡规划法》（2015年）第36条、《浙江省城乡规划条例》（2011年）第30条第2款都无法涵摄上述事实。

〔33〕 最高人民法院（2019）最高法行申293号行政裁定书。

〔34〕 赵宏：《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》，载《法学家》2019年第2期，第4页。

〔35〕 最高人民法院（2017）最高法行申169号行政裁定书。

〔36〕 章剑生：《行政诉讼原告资格中“利害关系”的判断结构》，载《中国法学》2019年第4期，第258-260页。

司进行工商登记时，应当按照公司法、企业登记相关法律、法规的规定，审查公司设立（变更）是否符合法定条件；第二，登记机关无法预见公司成立后作为市场主体，在与上诉人发生买卖、租赁民事合同后的侵权行为或侵权可能性；第三，登记机关没有对涉诉公司作为市场主体的民事侵权行为进行审查的法定义务。<sup>〔37〕</sup> 上述第一点是要求依规范审查，第二、第三点是审查过程中对民事侵权没有相应考量要求和审查义务。因此，上述利害关系的司法判断暗含着保护规范说的框架。

如果诉的利益可以解释为“法律上保护的利益”，这不仅是“司法上保护的利益”，也是“行政上的保护利益”，是行政机关做出行政行为时应当考虑的事项。这种应当考虑的私人利益就与行政行为形成了利害关系。比如，在“上海超慧实业有限公司不服镇江市工商行政管理局京口分局工商行政登记案”中，二审法院明确指出，《公司登记管理条例》对上诉人的这一债权也未设定特别的保护，上诉人不具有本案行政诉讼的原告资格。<sup>〔38〕</sup> 比如，在“张某银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案”中，江苏省高级人民法院行政法官指出，行政复议法虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议，但根据正当程序的要求，行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时，应当专门听取利害关系人的意见。本案中，复议机关审查的对象是颁发鼓房字第 1741 号房屋所有权证行为，复议的决定结果与现持证人张某银有着直接的利害关系，故复议机关在行政复议时应正式通知张某银参加复议。本案中，徐州市人民政府虽声明曾采取了电话的方式口头通知张某银参加行政复议，但却无法予以证明，而利害关系人持有异议，应认定其没有采取适当的方式正式通知当事人参加行政复议。<sup>〔39〕</sup> 上述案件都是基于对行政行为的合法性审查而衍生出类似保护规范理论的审查路径，包括有无审查义务、是否为考量因素，或者法规范有无审查要求。因此，去除主观公权利，保留对第三人有无利益保护的规范分析方法，可能更容易为我国行政法理论与实践所接受。

但是，在“刘某明案”中，第一，发改部门应当审核的、与备案有关的规定，包括《国务院关于投资体制改革的决定》（国发〔2004〕20号）、《中央预算内直接投资项目管理暂行办法》、《政府核准投资项目管理暂行办法》、《江苏省企业投资项目备案暂行办法》等，最高人民法院行政法官本应对此重笔浓墨，却一笔带过，没做过多规范分析，仅是给出审查结论，“并无任何条文要求发展改革部门必须保护或者考量项目用地范围内的土地使用权人权益保障问题，相关立法宗旨也不可能要求必须考虑类似于刘某明等个别人的土地承包经营权的保障问题”<sup>〔40〕</sup>。从而引发学者不解与质疑，比如，从《政府核准投资项目管理暂行办法》第 10 条第（四）项关于经济和社会影响分析的规定，“就完全可以解释出包含对相关建设项目用地使用权人的合法权益的影响”<sup>〔41〕</sup>。“连行政机关在作出项目审批行为时对包括土地承包经营权在内的各种利益予以均衡考量的义务都被免除的话，那么，该解释论显然已脱离了‘常识’。”<sup>〔42〕</sup> 第二，最高人民法院行政法官将保护规范仅限

〔37〕 参见“黄某军等人不服金华市工商行政管理局工商登记行政复议案”，载《最高人民法院公报》2012年第5期。

〔38〕 参见江苏省镇江市中级人民法院（2011）镇行终字第1号行政裁定书。

〔39〕 参见“张某银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案”，载《最高人民法院公报》2005年第3期。

〔40〕 最高人民法院（2017）最高法行申169号行政裁定书。

〔41〕 成协中：《保护规范理论适用批判论》，载《中外法学》2020年第1期，第101页。

〔42〕 杨建顺：《适用“保护规范理论”应当慎重》，载《检察日报》2019年4月24日，第7版。

于行政实体法，范围可以是法律、法规、规章以及规范性文件，还可以是司法解释。<sup>[43]</sup>这显然受到德国法影响，德国联邦行政法院曾经肯定程序法对于创设第三人权利的意义，但是，不久就推翻了程序权利的“推测证明作用”，从程序权利的存在中不能再推导出实体权利。<sup>[44]</sup>在我国却不尽然，一方面，存在实体规范，比如，《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》（2011年）第23条第1款规定，房屋征收补偿协议应当由房屋征收部门与被征收人、公有房屋承租人签订。这是实体法规定，直接赋予了公有房屋承租人原告资格。另一方面，又有程序规范，比如《中华人民共和国城乡规划法》（以下简称《城乡规划法》）（2019年修正）第50条第2款对第三人的保护规范，<sup>[45]</sup>以及《公安机关办理行政案件程序规定》（2020年修正）第107条第2款第（三）项、第3款关于被侵害人或者善意第三人合法占有财产的登记规定，<sup>[46]</sup>这些都是程序法规范，前一个条款体现为程序权利与利益，而后一个条款保护有关财产权益。

不可否认，保护规范理论在一定程度上缓解了司法上判断“利害关系”的主观化，寻求到较为客观的法规范依据。但是，引入保护规范理论，只能从一定程度上为界分个人的公法权利和私法权利，进而界分行政诉讼和民事诉讼提供相对客观的判断基准。不可放大保护规范理论作用，更不能对我国已有判断标准妄自菲薄。

首先，在我国，行政行为依据的法规范如果明确规定了第三人的程序权利，行政机关侵犯了当事人程序权利，在以往司法实践上本就认可第三人具有诉权。比如，公安机关在扣押时违反《公安机关办理行政案件程序规定》第107条第2款第（三）项、第3款规定，明知是善意第三人合法财产却不作登记而是扣押，第三人无疑具有诉权。与是否引入保护规范理论没有太大关系。只不过借助保护规范理论，将思考、识别与辩论更加集中在法规范之上。

其次，保护规范理论所援引的法律规范不限于行政行为直接依据的条文，还包括与之有关的规范群。判断法规范是否具有个人利益保护指向，必须借助法解释学，逐次采用文义解释、体系解释、目的解释，就越可能趋向主观化，变为以规范为线索、对赋予原告资格必要性的综合判断。对是否要放宽诉讼资格判断，也会逐渐走向相对主观化。支持保护规范理论的学者也承认，第一，考虑到法律解释技术的繁杂与争议，社会生活中利益状况（特别是私益与公益之间）的交错、重叠与连续，在每个个案中，对于原告所主张的利益是否受法律保护，无法都给出确定

---

[43] 《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》（法释〔2010〕15号）第4条规定：“房屋登记机构为债务人办理房屋转移登记，债权人不服提起诉讼，符合下列情形之一的，人民法院应当依法受理：（一）以房屋为标的物的债权已办理预告登记的；（二）债权人为抵押权人且房屋转让未经其同意的；（三）人民法院依债权人申请对房屋采取强制执行措施并已通知房屋登记机构的；（四）房屋登记机构工作人员与债务人恶意串通的。”

[44] 参见赵宏：《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》，载《法学家》2019年第2期。

[45] 《城乡规划法》（2019年）第50条第2款规定：“经依法审定的修建性详细规划、建设工程设计方案的总平面图不得擅自修改；确需修改的，城乡规划主管部门应当采取听证会等形式，听取利害关系人的意见；因修改给利害关系人合法权益造成损失的，应当依法给予补偿。”

[46] 《公安机关办理行政案件程序规定》（2020年）第107条规定：“对下列物品，经公安机关负责人批准，可以依法扣押或者扣留：（一）与治安案件、违反出境入境管理的案件有关的需要作为证据的物品；（二）道路交通安全法律、法规规定适用扣留的车辆、机动车驾驶证；（三）《中华人民共和国反恐怖主义法》等法律、法规规定适用扣押或者扣留的物品。对下列物品，不得扣押或者扣留：（一）与案件无关的物品；（二）公民个人及其所扶养家属的生活必需品；（三）被侵害人或者善意第三人合法占有的财产。对具有本条第二款第二项、第三项情形的，应当予以登记，写明登记财物的名称、规格、数量、特征，并由占有人签名或者捺指印。必要时，可以进行拍照。但是，与案件有关必须鉴定的，可以依法扣押，结束后应当立即解除。”



的解答。<sup>〔47〕</sup>第二，行政法一般为公共利益设定，很少直接规定个人利益，几乎很难从法规范上找到对个人利益的保护条款。保护规范理论就很可能限缩原告资格，也因此受到了批判。<sup>〔48〕</sup>第三，《行政诉讼法》第2条保护的是合法权益。如果权利需要以实体法规范为前提，对合法权益的判断就必须具有实体法上的根据。为了切实保护合法权益，保护规范理论在解释的过程中，要在遵守既定框架的基础上使法解释保持一定的开放性，为主观公权利的扩展留下适度空间。也就是对法规范的解释就可能存在较大空间。<sup>〔49〕</sup>法解释如果趋向相对主观化，与司法实践上已有的“不利影响”“实际影响”“因果关系”等判断标准实际上是殊途同归、难分伯仲，不可能完全替代后者。它们都需要“具体问题、具体分析”，结合情势判断和政策考量，结果都存在不确定性、不可预测性。

与德国主要适用于相邻权人和公平竞争人不同，在我国，相邻权人和举报投诉人成为保护规范理论最重要的适用场域，<sup>〔50〕</sup>更多是解决行政许可、行政处罚、行政确认、行政登记（颁证）等涉及的第三人原告资格问题。<sup>〔51〕</sup>就“王某琳案”而言，王某琳向工商部门投诉，要求其撤销承租人的酒店登记，本质上是为了解决其与承租人之间的租赁合同纠纷。工商部门决定不撤销，王某琳随即提起行政复议、行政诉讼。王某琳是否具有公法请求权，取决于商事登记规范是否要求工商部门在登记时要考虑其利益，否则，其只能诉诸民事诉讼。

## （二）注册地址规范不保护出租人利益

王某琳不是工商登记行为的相对人，其要求撤销工商登记的理由，却与注册为住所的租赁房屋密切相关。第一，酒店注册地址是租赁房屋，租赁合同中没有明确约定承租人可以用于酒店经营。第二，承租人提交的工商登记材料中有虚假成分，《企业住所（经营场所）证明》上的产权人签字不是王某琳本人书写。从与上述两点有关的登记规范之中能否找出支持王某琳提出撤销工商登记请求的规范依据，成为判断其是否具有复议申请人资格、诉讼原告资格的关键。

从工商登记规定看，与租赁房屋有关的规范主要包括：（1）《公司登记管理条例》（2005年修订）第20条第2款第（十）项、第24条规定、第29条规定的公司住所证明。（2）《关于印发〈内资企业登记提交材料规范〉和〈内资企业登记文书规范〉的通知》（工商企字〔2009〕83号）规定，公司住所是租赁房屋的，应当提交租赁协议复印件以及出租方的房屋产权证复印件。将住宅改变为经营性用房的，应当提交《登记附表一住所（经营场所）登记表》及所在地居民委员会（或业主委员会）出具的有利关系的业主同意将住宅改变为经营性用房的证明文件。从保护规范理论看，“系争规范是否具有私益保护指向，又依赖于对客观法规范的解释”<sup>〔52〕</sup>。从上述规范

〔47〕 参见王天华：《主观公权力的观念与保护规范理论的构造》，载《政法论坛》2020年第1期。

〔48〕 王克稳分析的两起案件，通过引入复效行政行为，都确认了第三人具有原告资格。参见王克稳：《论行政诉讼中利害关系人的原告资格——以两案为例》，载《行政法学研究》2013年第1期。但是，如果采用保护规范理论分析，上述第三人都可能不具有原告资格。

〔49〕 参见成协中：《保护规范理论适用批判论》，载《中外法学》2020年第1期。

〔50〕 参见赵宏：《保护规范理论的误解澄清与本土适用》，载《中国法学》2020年第4期。

〔51〕 参见耿宝建：《主观公权力与原告主体资格——保护规范理论的中国式表述与运用》，载《行政法学研究》2020年第2期。

〔52〕 赵宏：《保护规范理论的误解澄清与本土适用》，载《中国法学》2020年第4期，第169页。

之中，是否能够解释出保护出租人利益呢？若可以，王某琳就具有申请人资格和复议申请权、原告资格和诉权。反之，则没有。

### 1. 公司住所证明不具有保护出租人利益指向

《公司登记管理条例》（2005年修订）第20条第2款第（十）项规定，申请人应当提交公司住所证明。第24条又明确规定，提交该证明材料的目的是证明申请人对住所享有使用权。本案公司住所是租赁房屋，根据《关于印发〈内资企业登记提交材料规范〉和〈内资企业登记文书规范〉的通知》规定，应当提交租赁协议复印件以及出租方的房屋产权证复印件，以此证明对租赁房屋的合法使用权。

公司登记立法参与者进一步指出，第一，申请人提供的公司住所证明是对公司享有该住所使用权的证明，并不要求公司对该住所必须享有所有权。公司提交的住所证明，可以是公司对该住所享有房屋所有权的证明，也可以是公司与该住所所有权人签订的有效房屋租赁合同。第二，法人（公司）以它的主要办事机构所在地为住所。“公司的住所是公司所涉及的法律关系的汇集之地。”“公司住所是公司的注册登记地，是公司的纳税地，也是公司的一般诉讼管辖地以及债务履行地。确定公司住所，使法律关系集中处于一处，有利于权利义务的确立和履行，也有利于民事纠纷的解决。”<sup>〔53〕</sup>工商登记要求提供具有合法使用权的住所证明，其公法意义就在于此，进而划定了对住所证明材料的审查目的与基本任务。

从文义以及立法者意图看，公司住所证明是必须提交的申请材料，且仅需证明对住所具有使用权而非所有权。目的解释就是要指明“规范体系的内在目的”<sup>〔54〕</sup>。上述规范目的是保护公益，不是保护出租人利益。登记机关的审查义务就是确认公司住所明确且具有合法使用权，能够有效承载上述公法目的。在本案中，只要提交形式合格的租赁合同，就可以证明对住所享有使用权。至于房屋使用用途是否违反了租赁合同，属于私法关系上发生的纠纷，不在登记机关的审查范围。对房屋有无使用权是一回事，有没有按照合同使用房屋又是另外一回事，不可混为一谈。<sup>〔55〕</sup>

在承租人饶某武提交的《企业住所（经营场所）证明》中，产权人签字一栏不是房屋所有权人王某琳亲笔签字，而是伪造了王某琳签名，这属于材料瑕疵。但是，第一，有王某琳与饶某武签订的合法有效的租赁合同，上述伪造签名就不足以否定饶某武依据租赁合同对房屋具有使用权。第二，租赁合同约定的“配套办公”，已表明用于经营性活动不违拗王某琳本意。因此，上述材料瑕疵极其轻微，无足轻重，根本不可能否定证明材料的真实性，登记机关也不会因此撤销登记决定。这一点至关重要，对本案裁判具有决定性意义。

当然，笔者不否认，果真要求王某琳在《企业住所（经营场所）证明》上签字，王某琳会及时获悉承租人欲将租赁房屋用于酒店经营。如有异议，可以拒绝签字，当即重申租赁合同约定，并通过民事诉讼解决租赁合同纠纷。但是，第一，这只是登记程序操作的附带效果，不是程序规

〔53〕 赵晓光、王学政主编：《中华人民共和国公司登记管理条例释义》，中国市场出版社2006年版，第118页。

〔54〕 〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第256页。

〔55〕 对房屋是否有合法使用权，也同样与房屋是否为违法建筑无关。“只要违法建筑不当然是危险建筑且不被强制拆除，就没充足理由禁止违法建筑内的居住和经营行为。”艾琳、王刚：《商事登记制度改革的行政审批视角解析——兼评广东省及深圳市商事登记制度改革的实践》，载《中国行政管理》2014年第1期，第24页。

定意在追求的法律效果。第二，申请人只要提交了租赁协议复印件以及出租方的房屋产权证复印件，就足以证明具有使用权。产权人在《企业住所（经营场所）证明》上签字属重复证明，可有可无，已无关紧要。商事登记改革必须彻底铲除“奇葩”证明、循环证明、重复证明。<sup>〔56〕</sup>

## 2. “对住所享有使用权”不宜做扩张解释

对于上述第24条规定的“对住所享有使用权”，能否做如下解释：承租人对租赁房屋享有合法的使用权，也应该包括严格按照租赁合同约定的使用用途，否则，就是非法使用了租赁房屋，也就不具有合法的使用权。

如此解释显然不妥。第一，这已经超出了文义范围。对租赁房屋有无使用权和是否依约定使用租赁房屋是两个不同的概念，它们之间是递进关系，先有使用权，才有依约定使用，不因为违反约定而否定享有使用权。第二，上述解释放在商事登记规范的上下关联当中，特别是结合审查方式一并推敲，在体系解释中也难以成立。工商登记原则上都是形式审查，一般仅查看是否有形式合法的租赁合同，从不过问合同内容是否有效，也无从判断是否为当事人真实意思表示。工商登记即使采用实质审查，也不足以满足上述期望。《公司登记管理条例》（2005年修订）第52条第1款第（二）项规定，公司登记机关认为申请文件、材料需要核实的，书面告知申请人需要核实的事项、理由以及时间。《行政许可法》（2003年）第56条、第34条第3款规定，由两个执法人员对申请材料的实质内容进行核实（核查）。这种行政调查过于简陋，十分有限。因为注册时第三人不可能及时发觉并提出异议，登记机关的实地核查只是查看注册地址与实际地址是否相符，<sup>〔57〕</sup>无权主动传唤并听取出租人意见，实在难以有效查清租赁合同的真实性、有效性，也无法获知当事人之间在合同履行过程中是否有过变更约定用途的合意。第三，更重要的是，上述解释混淆了工商登记中交织的民事关系和行政关系之间的层次构造以及与登记目的的关联性，加重登记审查的行政成本与责任，不仅使工商登记窒碍难行，也极大妨碍民事交易与自由，与商事登记制度改革方向相左。

## 3. 登记审查应当适度

登记机关在审查时，是否不能仅核查有无《企业住所（经营场所）证明》、租赁合同，还应该大致浏览一番租赁合同内容？比对一下产权人签字？果若如此，登记机关应该不难发现注册酒店与租赁合同上的“配套办公”用途不完全吻合，字迹不一致，进而要求申请人寻求出租人明示同意。

《公司登记管理条例》（2005年修订）第52条第1款第（一）项规定，申请文件、材料齐全，符合法定形式的，应当决定予以受理。这属于形式审查，限于逐一核对文件材料的种类是否齐全、格式是否符合法定要求。国家工商行政管理总局曾做过解释，申请材料齐全是指国家工商行政管理总局依照公司登记法律、行政法规和规章要求申请人提交全部材料。申请材料符合法定形式是指申请材料符合法定时限、记载事项符合法定要求、文书格式符合规范。<sup>〔58〕</sup>立法参与者认为，主要审查：（1）申请事项是否属本公司登记机关的管辖范围；（2）申请事项是否属于公司登记范畴的事项；（3）申请人是否按照规定提交了符合规定数量、种类的申请文件；（4）申请人提供的申请文件、材料是否符合规定的格式、形式；（5）其他事项，如申请人提供的材料是否有明

〔56〕 参见《国务院办公厅关于做好证明事项清理工作的通知》（国办发〔2018〕47号）。

〔57〕 参见陈彦峰、钱力军：《对企业登记实质审查若干问题的思考》，载《中国工商管理研究》2006年第12期。

〔58〕 参见《企业登记程序规定》（2004年）第9条。

显的计算、书面错误以及类似错误等。<sup>[59]</sup>但是,第52条第1款第(二)项又进一步规定:“申请文件、材料齐全,符合法定形式,但公司登记机关认为申请文件、材料需要核实的,应当决定予以受理,同时书面告知申请人需要核实的事项、理由以及时间。”这是实质审查规定。登记机关怎么发现或者判断申请文件、材料需要进一步核实?立法参与者没有解释说明。实践部门同志认为:“当登记人员确实对材料的真实性、合法性有怀疑,如证件、文件有涂改迹象,许可证内容、印章、有效期与法律法规不符,申请材料违反公司章程规定,某一申请登记事项可能涉及第三人重大利益以及公共利益,变更登记材料的签字或公章与登记机关的登记档案不一致等等,企业登记机关就可以启动实质审查。”<sup>[60]</sup>

就“王某琳案”而言,要求登记机关对申请材料进行比对审核,也毫无意义。第一,从以往法院裁判看,只有申请材料的实质内容确有问题的,才要求登记机关实行实质审查。<sup>[61]</sup>假使在本案中,登记机关通过浏览租赁合同,发现租赁房屋用途没有明确表述为酒店,而是“配套办公”,也很难断定“确有问题”。因为酒店不完全用于宾客住宿,也有前台、客房、餐饮、工程、娱乐等配套办公场所。何况出租人也没有禁止用于酒店。第二,假如事实上出租人不反对用于酒店经营,或者与承租人有过口头允诺,登记机关却执拗于上述文字表述上的不一致,要求出租人必须明示同意,那么,申请人只能再与出租人签订一份补充协议,或者让出租人一同前往登记机关说明情况。以往法院也要求采用这种审查方式来确认签字或印章的真伪。<sup>[62]</sup>但是,这种审查要求不恰当地涉入了租赁关系,审查尺度深浅难定,程序拖沓且无依据,来回折腾当事人,这全然不符行政审批改革追求的高效、便民。因此,形式审查不要求核对酒店注册与租赁合同中关于用途约定是否一致。这与上述“对住所享有使用权”的解释内在一致、互为表里。

#### 4. 住所(经营场所)登记表及证明文件与出租人无关

《关于印发〈内资企业登记提交材料规范〉和〈内资企业登记文书规范〉的通知》规定:“将住宅改变为经营性用房的,属城镇房屋的,还应提交《登记附表一住所(经营场所)登记表》及所在地居民委员会(或业主委员会)出具的有利害关系的业主同意将住宅改变为经营性用房的证明文件。”《中华人民共和国民法典》第279条规定:“业主不得违反法律、法规以及管理规约,将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的,除遵守法律、法规以及管理规约外,应当经有利害关系的业主一致同意。”这是为了保护其他有利害关系业主的所有权。

就“王某琳案”而言,王某琳将其在韦伯豪家园9号楼的房屋出租给饶某武,租赁合同约定用途是办公配套,具有经营性质。经营活动可能妨碍周边邻居安宁,造成出入不便。因此,必须事先征得邻居的同意。这是为了维护邻里关系和谐,保护与租赁房屋改变用途有利害关系的其他业主的利益,制约出租人的租赁权,而非保护出租人利益。对工商登记不服,其他有利害关系业

[59] 参见赵晓光、王学政主编:《中华人民共和国公司登记管理条例释义》,中国市场出版社2006年版,第173页。

[60] 陈彦峰、钱力军:《对企业登记实质审查若干问题的思考》,载《中国工商管理研究》2006年第12期,第55页。

[61] 参见陈彦峰、钱力军:《对企业登记实质审查若干问题的思考》,载《中国工商管理研究》2006年第12期。

[62] 《最高人民法院办公厅关于印发〈关于审理公司登记行政案件若干问题的座谈会纪要〉的通知》(法办〔2012〕62号)规定,登记机关无法确认申请材料中签字或者盖章的真伪,可以要求申请人进一步提供证据或者相关人员到场确认。



主才具有诉权，出租人却无法依据该规范主张公法请求权。

因此，从工商登记需要提交的证明材料以及登记机关相应的审查义务上，找不到登记机关应当保护或者考虑出租人的利益、保证租赁房屋必须依照租赁合同约定用途使用的依据。王某琳也就不具有要求行政复议的申请人资格，以及提起行政诉讼的原告资格。

退一步说，就司法审查对利益损害救济实益而言，救济须有用，司法审查不产生实际作用的无须赋予起诉资格。<sup>〔63〕</sup> 王某琳起诉要求撤销工商登记，目的是解决其与承租人之间的租赁合同纠纷，维护其出租人的权益。王某琳希望通过撤销工商登记，迫使承租人与其协商解决租赁合同纠纷。王某琳与承租人之间发生的租赁纠纷，已经民事生效裁判确认租赁合同有效，并驳回王某琳关于解除合同的诉讼请求。因此，即便赋予王某琳复议申请人资格、行政诉讼原告资格，也无益于解决租赁合同纠纷。

---

**Abstract:** Accurately determining the presence or absence of interest is crucial for judging the plaintiff qualification of administrative reconsideration and administrative litigation. In China, commercial registration has transformed from the franchise and verification model under a planned economy to the registration model under the market economy, and the nature of administrative actions has also shifted from licensing registration to confirmatory registration. The theory of protective norms can be used as a basic analytical tool to determine whether Wang has the qualification of an applicant for administrative reconsideration and whether Wang has interests in the registration action. Meanwhile, interpreting these norms must be in conjunction with commercial registration reform. The theory of protective norms theory has, to some extent, alleviated the subjectivity in judicial assessments of interest relationships aiming for a more objective legal normative basis. The importance of the protective norm theory should not be overstated, nor should China's criteria for judgment in place be undervalued. Eliminating subjective public rights and maintaining normative analysis methods for protecting the third parties' interests might be more readily accepted in the theory and practice of China's administrative law.

**Key Words:** commercial registration, theory of protective norms, interest relationship, plaintiff qualification, applicant qualification

---

(责任编辑：刘 权)

---

〔63〕 参见朱应平：《澳美两国司法审查原告资格比较研究》，北京大学出版社2013年版，第234-235页。

## 论党政机关联合制定文件的司法适用

樊 英\*

---

**内容提要：**作为贯彻落实党的领导的具体方式，党政联合文件深度融入国家治理。根据调整内容和调整方式的差异，可以将其分为宏观指导类和内部管理类。党政联合文件可能对权利义务关系产生间接影响，在司法审判中实际发挥了一定的作用，但受调整内容和调整方式的影响，其表现形式较为单一。内部管理类文件和宏观指导类文件在行政诉讼、民事诉讼、刑事诉讼中的作用也存在显著差异。在现有的法律框架下，党政联合文件可以作为法官裁判说理的依据，但其仅能够作为行政规范的补充。党政联合文件的司法适用与当前司法适用规则之间存在一定的张力。为消解法律规范主义与现实的张力，有必要探索党政联合文件司法适用的指引规则。

**关键词：**党政联合文件 党的领导 司法适用 法律渊源

---

党政机关联合制定文件，是指中国共产党机关与国家行政机关就职权交叉事项联合制定的规范性文件，简称党政联合文件。<sup>〔1〕</sup>党政联合文件是贯彻落实党的领导的具体措施，具有协同党和国家机构职能的功能。由于党政联合文件的制定主体多元、调整范围广泛，在国家和社会治理中发挥了重要的作用，这种作用也自然传递到了司法实践当中。

学术界关于党政联合文件的研究是一个渐次深入的过程。一些学者在研究党内法规及相关问题时探索了党政联合文件的属性等问题。<sup>〔2〕</sup>2018年党的领导写入《中华人民共和国宪法》（2018年修正，以下简称《宪法》）正文后，党和国家机构改革进一步深入，党政联合文件在贯彻和落

\* 樊英，重庆大学法学院助理研究员。

本文为国家社科基金项目“党政联合发文的备案审查制度研究”（20XKS016）、中国法学会部级法学研究课题“论党政机关联合制定文件的司法适用”（CLS（2022）C01）、重庆市教委人文社会科学重大项目“监督执纪视域下的党内法规模糊性问题研究”（22SKDJ001）的阶段性成果。

〔1〕 参见任喜荣、樊英：《论党政机关联合制定文件的信息公开》，载《内蒙古社会科学》2021年第1期。

〔2〕 参见李树忠：《党内法规与国家法律关系的再阐释》，载《中国法律评论》2017年第2期；秦前红、苏绍龙：《党内法规与国家法律衔接和协调的基准与路径——兼论备案审查衔接联动机制》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第5期；陈海嵩：《环保督察制度法治化：定位、困境及其出路》，载《法学评论》2017年第3期。

实党的领导中发挥的作用进一步凸显，关于党政联合文件的研究增多。一些学者就党政联合文件的一元属性（党内法规属性）〔3〕和二元属性（党规、国法二重属性）〔4〕展开了激烈的讨论。但以上两种属性认定均有局限，党政联合文件的外在表现形式无法按照现行法律渊源来加以归类。〔5〕有的学者跳出在现有规范体系中“安置”党政联合文件的研究路径，从更为宏观的视角解释党政联合文件作为治理工具所具有的制度属性。〔6〕党政联合文件在一定程度上“提升了政府效能，弥补了国家治理的制度短板，减少了规范性文件的制定成本，提高了制度的供给效率与执行合力”〔7〕。随着党政联合文件“从临时性、过渡性的政策载体演变为一种常态化的治理工具”〔8〕，党政联合文件给司法活动带来的挑战逐渐凸显，党政联合文件的信息公开、〔9〕备案审查、〔10〕司法审查〔11〕等方面都面临诸多现实难题。

党政联合文件能够将党的领导贯彻到党和国家所有机构履行职责全过程，对于行政法渊源体系的独立性造成了一定的冲击，并由此对行政行为的法律依据、行政诉讼的法律适用等产生连带影响。〔12〕由于民法、刑法与行政法具有相关性，党政联合文件对民事诉讼、刑事诉讼的法律适用也产生了一定的影响。党政联合文件在司法裁判中发挥何种作用、司法机关应当如何适用，亟需学理回应。

## 一、党政联合文件司法适用的基础

党政联合文件契合了我国“党政一体的复合型治理结构”〔13〕，在将党的各种主张和意图直接作用到国家公共事务管理活动的过程中，会间接影响公民的行为预期，对司法审判等产生了连带影响。实践中，党政联合文件在填补法律漏洞和社会关系的调整中也具有独特的价值。

### （一）党政机构融合背景下党政联合文件的类型

党政联合文件主要通过宏观指导文件或内部管理文件的方式实现党的领导。党的领导主要包括全面领导、直接领导、间接领导三种方式。〔14〕其中，全面领导的内容覆盖整个国家和社会，中国

〔3〕 参见欧爱民、李丹：《混合性党规的正当性证成与适用范围——党政联合制定党规的一种理论回应》，载《中南大学学报（社会科学版）》2020年第1期；苏绍龙：《论党内法规的制定主体》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2018年第5期。

〔4〕 参见强梅梅：《党内法规与国家法律关系的实证分析》，载《华东政法大学学报》2022年第5期；张海涛：《论党政联合发文的规范性质》，载《党内法规理论研究》2021年第1期。

〔5〕 参见王春业、任佳佳：《论多主体联合发文现象》，载《广西社会科学》2012年第1期。

〔6〕 参见秦前红、张晓瑜：《论党政联合发文的制度属性》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2021年第4期。

〔7〕 封丽霞：《党政联合发文的制度逻辑及其规范化问题》，载《法学研究》2021年第1期，第3页。

〔8〕 姚琪：《论党政联合发文的分类治理机制》，载《法治社会》2020年第3期，第79页。

〔9〕 参见张力：《党政联合发文的信息公开困境与规则重塑：基于司法裁判的分析》，载《中国法学》2020年第1期。

〔10〕 参见徐信贵：《党政联合发文的备案审查问题》，载《理论与改革》2020年第3期；周佑勇：《党政联合发文备案审查的法治监督逻辑与机制完善》，载《中国法律评论》2023年第1期。

〔11〕 参见金龙君、魏铭：《党政联合发文的司法审查困境及其因应》，载《天津行政学院学报》2022年第2期。

〔12〕 参见林鸿潮：《党政机构融合与行政法的回应》，载《当代法学》2019年第4期。

〔13〕 王浦劬、汤彬：《当代中国治理的党政结构与功能机制分析》，载《中国社会科学》2019年第9期，第7页。

〔14〕 参见郝铁川：《中国共产党在宪法中领导党地位的形成》，载《南都学坛》2019年第4期。

共产党“通过制度性嵌入、功能性嵌入、主体性嵌入、过程性嵌入等方式介入国家治理过程”〔15〕。在这个过程中，“为了高效地解决政治、经济和社会事务问题，强化党和政府的责任，在这些衔接或者重合的领域，适度的党政联合立法的方式受到重视”〔16〕。党政机关主要就上述事项联合制定宏观指导性的文件落实党的全面领导。直接领导是指党在特定政治生活领域的领导，主要体现在内部管理关系，如机构调整、编制、人事等。党政机关在内部管理职能上具有高度的重合性，为提高行政效率、节约立法成本，多采用党政联合发文的方式进行规定。间接领导是通过设立党组（党委）来实现党的领导，属于组织架构问题，不涉及党政联合文件。（见表1）

表1 党的领导方式与党政联合文件的关系

党的领导	党政联合文件	
	调整内容	调整方式
全面领导	国家和社会事务全面管理	宏观指导
直接领导	内部管理关系	内部管理
间接领导	—	—

宏观指导类的党政联合文件（以下简称“宏观指导类文件”）就国家和社会事务管理有关事项作出部署，由行政机关依据有关部署作出具体的、可操作性的行政规范予以贯彻落实。实践中，党政机关会通过党政联合发文的方式针对相关领域的事项进行宏观指导，对有关事项或相关领域发展规划、政策目标、政策及各部门工作协调等问题作出规定。〔17〕如2022年中办、国办联合发布了《乡村建设行动实施方案》《关于推进以县城为重要载体的城镇化建设的意见》等文件对有关领域的工作做出安排。宏观性是此类党政联合文件的典型特征，这是因为“党的领导不应异化为对具体业务事无巨细的包办和干涉”〔18〕。宏观指导类文件需要由行政机关在落实过程中进一步细化，制定具有可执行性、可操作性的行政规范予以落实。〔19〕

内部管理类的党政联合文件（以下简称“内部管理类文件”）主要体现在机关事务管理、公文管理和机构编制管理等机关内部事务中。任何一个组织的组织管理制度都基本包含人事管理、薪酬管理、绩效考核、组织运转等几个方面的内容。中国共产党作为执政党，高度关注政权建设和各项事业的发展，着力推进国家治理体系与治理能力现代化，与行政机关的职能高度重合。由于组织管理目标的重合性，党组织和行政机关的内部管理规范内容也高度重合，为了提高管理效率，党组织与行政机关就内部管理事项通过联合行文的方式作出规定。以机构编制工作为例，中国共产党组织是以行政区划为基础而设置的，其内部形成了与国家政权机关相对应的科层制结构。〔20〕由于机构编制在管理全流程中都具有基础性作用，党对机构编制工作实行集中统一领导，

〔15〕 刘杰：《党政关系的历史变迁与国家治理逻辑的变革》，载《社会科学》2011年第12期，第7页。

〔16〕 常纪文：《把握好国家立法与党内法规制定的关系》，载《学习时报》2014年3月3日，第A5版。

〔17〕 参见王建芹、陈思羽：《党政联合发文权力边界论纲》，载《学习与实践》2022年第6期。

〔18〕 陈雪、刘锐：《依法加强和改善党的领导——以新中国70年来党的领导法规制度变迁为视角》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2019年第6期，第94页。

〔19〕 参见王振民、施新州：《中国共产党党内法规研究》，人民出版社2016年版，第14页。

〔20〕 参见景跃进等主编：《当代中国政府与政治》，中国人民大学出版社2016年版，第5页。



为了保障和推进机构编制的法定化，中办、国办联合印发了《关于进一步加强和完善机构编制管理严格控制机构编制的通知》《关于调整应急管理部职责机构编制的通知》等文件。

## （二）党政联合文件对权利义务关系的间接影响

党政联合文件广泛存在于国家公共事务管理的各领域中，间接影响公民的权利义务关系。这种间接影响会以行政机关为媒介传递到司法审判活动中。

“党务与政务的高度交叉性以及党政机关合署办公决定了党政机关联合发文是一种较为常见的现象。”<sup>〔21〕</sup> 党政联合文件的制定主体不仅包括各级党组织和同级政府，还包括了各级党政机关办公厅（室）、党委和政府的部门。截至 2022 年底，党的各级地方委员会共有 3198 个。<sup>〔22〕</sup> 随着党政联合文件的常态化运行，党政联合文件的适用范围从农业农村领域拓展到了经济建设、党风廉政、生态文明、英烈保护、民主法治、机构改革以及脱贫攻坚等领域。<sup>〔23〕</sup> 制定主体和调整范围都决定了党政联合文件的数量十分庞大。中央与地方政府机构设置和管理事项具有同构性，同时受到科层制结构的影响，各级机关制定党政联合文件的数量从上至下会呈现出金字塔结构。截至 2022 年底，中共中央国务院、中办国办共计联合发布文件 825 部，<sup>〔24〕</sup> 地方党政联合文件的数量可见一斑。

广泛存在的党政联合文件会间接影响公民、法人和社会组织的行为预期。中央制定的党政联合文件，是国家政权机关行使职权的重要决策依据。<sup>〔25〕</sup> 如在生态环境等相关领域的重大改革，往往通过党政联合文件的形式启动。<sup>〔26〕</sup> 2015 年中办、国办联合发布《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》，揭开了我国生态环境损害赔偿制度实践探索的序幕。文件明确试点包括明确赔偿范围、确定赔偿义务人、明确赔偿权利人等八项内容，为行政机关提供了指引。在政策贯彻和执行的过程中，可能会增加相关领域的企业和从业人员的责任与义务。与中央制定的党政联合文件相比，地方党政联合发文的内容更加具体，虽然不会直接对公民的权利义务进行调整，但与案件事实更为贴近，“对一定区域内公民权利义务的影响更加直接”<sup>〔27〕</sup>。

党政联合文件对公民的权利义务产生了影响，并借由行政机关为媒介进入司法裁判。“司法机关通过法治监督和审判，重新确认被模糊的当事人的权利和义务，恢复被搁置或破坏的权利和义务关系的活动。”<sup>〔28〕</sup> 党政联合文件对公民的权利义务产生了影响，其进入司法审判的视野中，应当被认真对待。党政联合文件广泛影响着行政机关职权的行使，其以行政机关的职权为媒介进入行政诉讼中。党政联合文件进入民事审判、刑事审判都需要以行政机关为媒介。在民事审判活

〔21〕 吕永祥、王立峰：《依法治国与依规治党统筹推进机制研究——基于中国特色社会主义法治的动态分析》，载《河南社会科学》2018 年第 2 期，第 35 页。

〔22〕 参见中共中央组织部：《中国共产党党内统计公报》，载《人民日报》2023 年 7 月 1 日，第 002 版。

〔23〕 参见王建芹、陈思羽：《党政联合发文权力边界论纲》，载《学习与实践》2022 年第 6 期。

〔24〕 本文在《国务院公报》《中央党内法规和规范性文件汇编（1949 年 10 月—2016 年 12 月）》和“北大法宝”党内法规制度专题数据库中进行了检索，整理了 1949 年至 2022 年底中共中央国务院、中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的文件，共获得 825 份党政联合文件。

〔25〕 参见封丽霞：《党政联合发文的制度逻辑及其规范化问题》，载《法学研究》2021 年第 1 期。

〔26〕 参见彭峰：《环境法典化之难题及其克服——以党政联合规范性文件与法律之关系为视角》，载《政治与法律》2021 年第 11 期。

〔27〕 姚琪：《论党政联合发文的分类治理机制》，载《法治社会》2020 年第 3 期，第 84 页。

〔28〕 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 14 页。

动中，法院需要受行政法的约束，行政规范需要借助民法中有关规范作为连接点才能够在民事审判中适用。<sup>〔29〕</sup>如《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第513条规定：“执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。……”在满足规定情形时，相关的规范性文件就会作为合同价格计算的判断标准在民事审判中发挥作用。刑事违法的判断需要通过行政法的补充确定行为人的行为是否符合犯罪构成要件。<sup>〔30〕</sup>党政联合文件需要借助民法、刑法中有关的行政规定对民事审判、刑事审判发挥作用。

### （三）党政联合文件对法律固有局限性的补充

法律的固有局限性为其他规范预留了作用的空间，而党政联合文件在一定程度上能够弥补法律的固有局限性。

法律的稳定性需要以法律的滞后性作为代价，党政联合文件的灵活性对于法律的滞后性具有补充作用。法律的滞后性是指“法律在固化立法意图而成为其载体后，在其稳定的调控区内，反映和调控社会关系的效能逐渐削弱的属性”<sup>〔31〕</sup>。法律对现有利益安排和妥协的过程本身是一个循环往复的过程，不断涌现的利益需求让法律在制定时就滞后于社会现实。博登海默把法律滞后于社会生活的特点叫做“保守的倾向”<sup>〔32〕</sup>。制定程序和内容的灵活性为党政联合文件预留了充足的制度空间，党政联合文件不仅为党和国家的重要制度和政策的推行实施“酝酿趋势”<sup>〔33〕</sup>，还承担了一定的“先行先试”的功能。<sup>〔34〕</sup>立法对制度改革创新无法提供及时的反馈，部分改革事项是通过党政联合文件启动的，待条件成熟之后，再制定为法律。如中共中央、国务院印发的《关于进一步深化电力体制改革的若干意见》和中办、国办印发的《关于推行河长制的意见》等文件实施积累了一定的经验之后，《中华人民共和国电力法》《中华人民共和国水污染防治法》修订时对相应的内容做出了修改。

法律的抽象性决定法律不能够对所有事情进行事无巨细的规定，法律中不宜规定的内容可以通过党政联合文件予以补充。法律规定本身具有简洁性、原则性和抽象性的特点，“模糊性是语言的本质属性之一”<sup>〔35〕</sup>，法律都需要通过解释才能够适用。“所谓法律的自足性、自洽性、明晰性、确定性和普遍性追求，只是法律的一种修辞预设。”<sup>〔36〕</sup>从这个意义上来讲，法律的模糊性是绝对的，而精确性是相对的。立法者总是借助抽象的语言来进行规范化表达，但“在使用抽象语言中，将付出以减少内涵换取极大扩展外延的代价”<sup>〔37〕</sup>。党政联合文件在先行先试过程中积累了丰富的素材，是对立法最好的补充。如《中华人民共和国人民法院组织法》（2018年修订）、《中华人民共和

〔29〕 参见于立深：《行政规章的民事法源地位及问题》，载《当代法学》2005年第4期。

〔30〕 参见王勇：《法秩序统一视野下行政法对刑法适用的制约》，载《中国刑事法杂志》2022年第1期。

〔31〕 殷冬水：《法律滞后三论》，载《行政与法（吉林省行政学院学报）》1998年第2期，第28页。

〔32〕 〔美〕E·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2017年版，第342页。

〔33〕 王立峰、孙文飞：《新时代党政联合发文制度的“政治势能”优势及其治理效能》，载《河南社会科学》2021年第9期，第27页。

〔34〕 参见罗豪才、宋功德：《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》，载《中国法学》2006年第2期。

〔35〕 伍铁平：《模糊语言学》，上海外语教育出版社1999年版，第139页。

〔36〕 谢晖：《法律的模糊/局限性与制度修辞》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第2期，第9页。

〔37〕 〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2013年版，第307页。

国人民检察院组织法》（2018年修订）中对领导干部干预司法活动进行了抽象规定，2015年3月中办、国办印发的《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》中，明确列举了领导干部干预司法活动的具体情形，是对上述两部组织法中相关规定的重要补充。

法律仅仅是调整社会关系的一种方式，党政联合文件作为贯彻和落实党的领导的重要方式，其调整方式与法律具有显著的差异性。法律由国家强制力保障实施，法律调整方式的单一性决定了法律的局限性。正如庞德所言：“如果法律作为社会控制的一种方式，具有强力的全部力量，那么它也具有依赖强力的一切弱点。”<sup>〔38〕</sup>在法律之外，我们需要其他规范调整社会关系。2018年《宪法修正案》将“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”写入《宪法》总纲，2019年中共中央印发《关于加强党的政治建设的意见》，对党的领导载入法律制度做出具体要求，但立法写入党的领导主要是宣示性、原则性或基础性规定。<sup>〔39〕</sup>党的具体领导方式、领导权限、领导程序等不属于立法调整的范围，<sup>〔40〕</sup>可以由党政联合文件进行调整。

## 二、党政联合文件司法适用的现状

由于党政联合文件制定主体多元且数量庞大，以机关名称、发文字号或者文件名称进行检索不具有现实可行性，本文以“联合印发”“联合制定”“联合发文”“联合行文”等为关键词，在北大法宝司法案例数据库、中国裁判文书网分别进行检索，截至2022年底，共获得涉及党政联合文件的行政裁判文书559篇，民事裁判文书708篇，刑事裁判文书55篇。

### （一）党政联合文件在不同审判中的适用

受调整内容和调整方式的影响，内部管理类文件和宏观指导类文件在行政诉讼、民事诉讼、刑事诉讼的作用存在显著的差异。（详见表2）

表2 党政联合文件在司法裁判中的作用

党政联合文件	裁判类型		
	行政裁判	民事裁判	刑事裁判
宏观指导类文件	具体行政行为的间接依据	影响民事责任的承担方式	无实质性影响
内部管理类文件	适格主体资格的认定和职能范围确定	影响民事责任的承担主体	职务犯罪的构成要件要素

### 1. 党政联合文件在行政审判中的适用

#### （1）宏观指导类文件作为行政行为的间接依据

宏观指导类文件的指导性强、灵活性大，实践中不作为具体行政行为的直接依据。《中华人民共和国行政诉讼法》（2017年修正）第34条第1款规定：“被告对作出的行政行为负有举证责任，应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。”实践中，被告将涉及的党政联合文件与相对应的行政规范共同列为作出行政行为的依据，但党政联合文件仅作为具体行政行为的

〔38〕〔美〕罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆2017年版，第12页。

〔39〕参见向嘉晨：《党的领导入法入规的生成逻辑与实践向度》，载《理论视野》2023年第7期。

〔40〕参见欧爱民、向嘉晨：《“党的领导”入法原则及其标准》，载《中共天津市委党校学报》2020年第3期。

间接依据，对行政规范进行补强。如“杨某琴与银川市金凤区人力资源和社会保障局纠纷案”中，有两个党政联合文件分别为中办、国办联合印发的《关于党员干部带头推动殡葬改革的意见》和宁夏回族自治区党委办公厅、自治区政府办公厅出台的《贯彻落实〈关于党员干部带头推动殡葬改革的意见〉的通知》，《殡葬管理条例》（行政法规）和《宁夏回族自治区殡葬管理办法》（地方政府规章）分别与之对应。<sup>〔41〕</sup>被告将四个文件共同列为作出行政行为所依据的规范性文件，但主要以《殡葬管理条例》和《宁夏回族自治区殡葬管理办法》作为执法依据，党政联合文件仅作为补充。

## （2）内部管理类文件作为特定事实认定的构成要件

内部管理类文件在实践中经常作为事实认定的构成要件，但由于调整内容为机构编制、人事管理等，一般不会造成公民权利的克减，仅在适格被告主体资格的认定和职能范围的确定中发挥作用。一是适格被告主体资格的认定。机构调整会导致权利义务关系的变更，影响适格诉讼主体资格的认定。如“贵阳市人民政府与沈某铸等强制案”中，《中共贵州省委、贵州省人民政府关于支持贵州双龙航空港经济区加快发展的意见》（黔党发〔2015〕14号）与《中共贵阳市委办公厅 贵阳市人民政府办公厅 中共黔南州委办公室 黔南州人民政府办公室关于印发〈中共贵州双龙临空经济区工作委员会、贵州双龙临空经济区管理委员会主要职责、工作部门和人员编制规定〉的通知》（筑委厅字〔2015〕16号）对双龙航空经济区工作委员会作出了不同的隶属性规定，法院依据黔党发〔2015〕14号文件认定，双龙航空经济区工作委员会为贵州省人民政府的派出机构，贵阳市政府为非适格被告。<sup>〔42〕</sup>二是职能范围的确定。职能范围是行政机关履行行政管理职能、承担行政责任的基础。如“张某成诉舒兰市人民政府案”中，中共舒兰市委办公室与舒兰市人民政府办公室联合制定文件赋予舒兰市东富管理区乡镇级计划、财政、税务、工商、城建、土地等方面管理权与审批权。<sup>〔43〕</sup>

## 2. 党政联合文件在民事审判中的适用

### （1）宏观指导类文件影响民事责任的承担方式

宏观指导类文件可能会作出重大的政策调整，对民事法律关系存在的政策基础、事实基础产生实质性的影响，属于不可抗力或情势变更，可以作为当事人的免责事由。如2021年中办、国办联合印发了《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》，导致各地都出现很多由于培训学校无法继续履行培训合同而产生的纠纷。仅陕西省咸阳市杨陵区人民法院就受理了多起相关诉讼。法院认定培训学校已经无法继续提供培训服务，这一情形属于典型的情势变更。<sup>〔44〕</sup>

### （2）内部管理类文件影响民事责任具体的承担主体

内部管理类文件涉及职权调整和机构改革，有关主体的成立、撤销、合并等会影响具体民事法律关系中民事责任的承担主体。如“倪某会与攀枝花市农林科学研究院财产损害赔偿纠纷案”

〔41〕 参见宁夏回族自治区银川市中级人民法院（2016）宁01行终194号行政判决书。

〔42〕 参见贵州省高级人民法院（2017）黔行终819号行政裁定书。

〔43〕 参见吉林省舒兰市人民法院（2015）舒行初字第30号行政判决书；吉林省吉林市中级人民法院（2016）吉02行终193号行政判决书。

〔44〕 参见陕西省咸阳市杨陵区人民法院（2022）陕0403民初741号、（2022）陕0403民初742号、（2022）陕0403民初744号、（2022）陕0403民初1168号等民事判决书。



中，由攀枝花市委办、政府办联合印发的《攀枝花市市属事业单位清理调整实施意见》将市内良种场等4个单位整合为市农林科学研究院，市农林科学研究院因此成为民事权利义务的继受主体，成为适格被告。<sup>〔45〕</sup>

党政联合文件虽然进入民事审判活动中，但相较于行政规范，其在民事审判活动中所发挥的作用是有限的。首先，只有强制性规定能够对特定民事主体的管理义务进行规定。<sup>〔46〕</sup>党政联合文件都不会直接干涉公民权利义务的行使，不属于强制性规定。其次，部分民事法律中对于连接点规范的属性明确要求只能是行政法规，《民法典》中共有55次提及行政法规。最后，民事法律中明确了行政规范的内容，如《民法典》第511条第1项中涉及国家标准、行业标准，国家标准或行业标准的制定具有专业性，一般由国务院有关部门依职权制定，不属于党政联合文件的调整范围。

### 3. 党政联合文件在刑事审判中的适用

#### (1) 宏观指导类文件对刑事审判不产生规范效应

党政联合文件不属于纯粹的行政规范。在刑事裁判中，行政规范能够作为犯罪构成要件的空白罪状、犯罪构成要件要素、犯罪构成以违反行政法上的义务为前提和刑法上相关概念的司法解释依据。<sup>〔47〕</sup>罪刑法定原则是刑法的基本原则，犯罪构成要件及刑事责任应当由《刑法》进行规定。宏观指导类文件无法对上述事项进行规定，不会对刑事裁判产生实质影响。

#### (2) 内部管理文件作为职务犯罪构成要件要素

55篇刑事裁判文书均为职务类犯罪案件，职务类犯罪要求犯罪嫌疑人从事特殊的职务、具有法定的职权，特殊的职务、职责并未规定在《刑法》中，需在其他规范中探明。“党管干部”是人事管理工作中始终坚持的重要原则，为了贯彻党管干部的原则，内部管理类文件通常会涉及人事管理、职权范围确定，这一类规范对职务犯罪的认定及定罪量刑产生了影响。如“张某海贪污案”中，检察院向法院提交证据《中共攀枝花市东区委员会办公室、攀枝花市东区人民政府办公室关于印发攀钢尾矿库扩容技改项目征地拆迁补偿安置实施方案的通知》，证实张某海为拆迁工作领导小组下设的现场工作组中协议签订组的副组长，享有特定的职权。案件中张某海骗取征地补偿款属于利用职务便利的行为，法院认定其犯贪污罪，并给予相应的处罚。<sup>〔48〕</sup>

#### (二) 党政联合文件在审判中的适用情形

在对党政联合文件在不同诉讼中的作用进行整理之后，此处着重对党政联合文件的司法适用作一个整体性的描述。

##### 1. 党政联合文件作为裁判说理依据

从司法实践来看，党政联合文件在司法裁判中仅作为裁判说理依据。法律的司法适用主要包括裁判说理依据和裁判依据，裁判依据是司法裁判中法官最终作出决定的规范基础，裁判说理依据是法官认定事实的根据和理由。司法裁判文书一般由标题、正文和落款三个部分组成。正文是裁判文书的主体部分，包括首部、事实、理由、裁判依据、裁判主文、尾部几个部分，其中首部

〔45〕 参见四川省攀枝花市中级人民法院（2015）攀民终字第463号民事判决书。

〔46〕 参见刘东霞：《论行政规范对民法的规范效应——以民事审判活动为视角》，载《公法研究》2016年第1期。

〔47〕 参见刘夏：《犯罪的行政从属性研究》，中国法制出版社2016年版，第19-31页。

〔48〕 参见四川省攀枝花市东区人民法院（2016）川0402刑初397号刑事判决书。

是关于当事人基本情况、委托诉讼代理人的基本情况、当事人的诉讼地位等案件基本信息的交代,事实、理由、裁判依据和裁判主文等几个部分分别对应裁判文书中的法院事实认定(法院查明)、法院认为(说理部分)、裁判依据、裁判结果等部分。在司法裁判中,党政联合文件通常出现在事实和理由两个部分,由当事人提出,或由法官在事实调查中查明后,作为裁判说理的依据。在所有的司法裁判中,法官未曾引用党政联合文件作为作出司法裁判的直接依据。

## 2. 党政联合文件对行政规范的补充适用

实践中,存在与党政联合文件相对应的行政规范时,党政联合文件仅能够作为行政规范的补充。党政联合文件往往需要由行政机关在具体落实过程中进一步细化,因此一般可以找到与之相对应的行政规范。<sup>[49]</sup>基于这一基本事实,在多数案件中,司法机关一般将党政联合文件与行政规范共同提出,党政联合文件仅作为对行政规范的补充,发挥辅助性的说理功能。如“天津滨海房地产经营有限公司房屋买卖合同纠纷案”中,法院在说理过程中明确,根据滨海新区建设工程质量安全监督管理支队出台的《关于加强2017—2018秋冬季停工工程项目安全管理的通知》(以下简称《停工通知》)的规定,相关工程受到影响无法如期完工的情况不可归责于施工方。法院查明,滨海新区建设工程质量安全监督管理支队作出的《停工通知》是根据天津市委、市政府联合发布的《天津市2017—2018年秋冬季大气污染综合治理攻坚行动方案》和《市建委2017—2018年秋冬季建设工程现场扬尘治理攻坚行动方案》制定的。<sup>[50]</sup>从实际功能来看,法官主要依据《停工通知》进行说理,党政联合文件加强了滨海新区建设工程质量安全监督管理支队作出《停工通知》的合法性,实质上发挥了对《停工通知》的补充作用。

## 三、党政联合文件司法适用的现实张力

《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(以下简称《裁判文书引用规定》)形塑了当前司法适用规则的基本内容。在当前规则之下,党政联合文件的司法适用应该满足三个条件:作为裁判说理的依据、审理案件的需要、经审查认定为合法有效。通过对司法实践的观察,党政联合文件的司法适用与当前司法适用规则之间存在一定的张力。

### (一) 司法适用规则对党政联合文件的约束和限制

当前司法适用规则的法定化在一定程度上约束和限制党政联合文件对司法的影响。《裁判文书引用规定》第3—6条对行政规范的司法适用进行了规定,主要体现为三个适用位序:行政法规、行政规章和其他规范性文件。在行政诉讼中,“将行政法规‘升格’为与法律、地方性法规一样,法院在行政诉讼中应当无条件适用”<sup>[51]</sup>,而行政规章作为“参照”,其他规范性文件作为“参考”。在民事诉讼中,也将行政法规“升格”为必然的法律渊源,<sup>[52]</sup>其他规范性文件仅作为

[49] 参见王振民、施新州:《中国共产党党内法规研究》,人民出版社2016年版,第14页。

[50] 参见天津市第二中级人民法院(2019)津02民终2987号民事判决书。

[51] 章剑生:《现代行政法专题》,清华大学出版社2014年版,第269页。

[52] 《裁判文书引用规定》第4条规定:“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。”

裁判说理依据。部分行政规章会影响民事法律关系的产生、变更、消灭，<sup>〔53〕</sup>在民事诉讼中也发挥着“参照”作用。<sup>〔54〕</sup>在刑事诉讼中，法官根据需要可以将其他规范性文件作为裁判说理的依据，但是关于行政法规、行政规章在刑事司法中的地位，法律、司法解释中没有明确规定。根据《裁判文书引用规定》第3—6条的规定，党政联合文件明确被排除在司法裁判依据的范围之外，作为裁判说理依据的其他规范性文件主要指向行政规范性文件。党政联合文件的法律属性并不明确，且党政联合文件多采用党委发文字号，长期被排除在司法适用的视野之外。

在党政联合文件常态化的趋势下，党政联合文件对司法审判的影响也逐渐增加。党政机构融合是推进职责相近的党政机构职能的协调，作为党政机构融合最典型的表现形式之一，随着党和国家机构改革的进一步深入，党政联合文件逐渐成为常态化的治理工具。统计数据显示，党的十八大以来，党政联合文件的数量显著增加，2013年之后印发的党政联合文件就占现存党政联合文件的40%左右。<sup>〔55〕</sup>党政联合文件作为我国独特的政治实践，是公共政策的重要载体，对法律制度的贯彻和落实发挥了积极的推动作用，贯穿于法律实施的过程中，发挥了引导和支撑作用，会对法律产生一定的规范作用，这种作用会传递到司法审判当中。随着党政联合文件的日常化，其在国家和社会治理中发挥的作用更加凸显，其对司法审判的影响也呈现上升趋势。在搜集的1322份裁判文书中，仅2018年至2022年的裁判文书就有992篇，占有所有案例的75.04%。

司法适用规则一定程度上约束和限制党政联合文件对司法的影响，但在党政联合文件越来越多地进入司法实践的现实趋势下，理论表达和现实实践之间就出现了一定程度的背离。党政联合文件常态化使其对法律及司法的影响也逐渐凸显，近年来，关于党政联合文件对政府信息公开诉讼制度的影响以及党政联合文件的司法审查等问题逐渐引起学者的关注。法官在面对党政联合文件时，一方面需要借助党政联合文件对特定的法律事实进行认定，另一方面，对党政联合文件是否适用政府信息公开制度、司法机关是否应当对其进行司法审查等问题，基本上采取否定的态度或予以回避。

## （二）司法适用规则对党政联合文件与行政行为合法性关联的否定

“为了案件审理的需要”是党政联合文件司法适用的基本要求，现实中党政联合文件对行政行为产生了影响，但司法实践中法官通常会拒绝将其认定为行政行为的依据。

只有“为了案件审理的需要”，法院才可以在司法裁判中引用规范性文件。在行政诉讼中，行政规范性文件必须与所诉行政行为之间存在依据关系，这是对规范性文件进行合法性审查的前提，<sup>〔56〕</sup>也是规范性文件司法适用的前提。规范性文件是法律之外的其他形式的规范材料，“或多或少都会与法律的运行发生关联，或起到类似的拘束效果”<sup>〔57〕</sup>。司法审判应当将这种拘束效果考虑在内。有学者提出，审理案件的需要是指“涉案行政规范性文件是否相对于其他规范更接近于个案事实，且该行政规范性文件属于对其上位规范之具体化，并符合法律秩序之统一性”<sup>〔58〕</sup>。党

〔53〕 参见于立深：《行政规章的民事法源地位及问题》，载《当代法学》2005年第4期。

〔54〕 参见贾媛媛：《行政规范对侵权责任认定之规范效应研究》，载《政法论坛》2012年第5期。

〔55〕 参见任喜荣、樊英：《论党政机关联合制定文件的信息公开》，载《内蒙古社会科学》2021年第1期。

〔56〕 参见王春业：《论行政规范性文件附带审查中“依据”的司法认定》，载《行政法学研究》2019年第3期。

〔57〕 雷磊：《重构“法的渊源”范畴》，载《中国社会科学》2021年第6期，第148页。

〔58〕 汪君：《行政规范性文件之民事司法适用》，载《法学家》2020年第1期，第114页。

组织和行政机关在管辖范围内通过党政联合文件就有关事项作出安排，如地方发展规划、招商引资的决策、机构职能调整方案等，法律、行政立法等无法对上述内容作出规定，从这个意义上讲，部分情况下党政联合文件比行政法规、行政规章更接近个案事实。

尽管党政联合文件对行政行为可能产生影响，但司法实践倾向于否定党政联合文件与行政行为的合法性的关联性。如“张某杰与北京市房山区人民政府等复议上诉案”中，法院认为《中共北京市房山区委 北京市房山区人民政府关于成立轨道交通房山线征地拆迁指挥部的通知》是以党组织文号制发的党政联合文件，“轨道交通房山线征地拆迁实施方案”是该文件附件，“主要对目标进度、措施保障、分工安排等予以宏观指导，但不涉及对拆迁人、被拆迁人相关具体权利义务的设定，并非《北京市城市房屋拆迁管理办法》《北京市集体土地房屋拆迁管理办法》规定的，由拆迁人制定并由拆迁行政主管部门批准的，以拆迁补偿和安置为具体内容的拆迁方案或拆迁实施方案”<sup>[59]</sup>。该案中，法院明确区分了行政行为的直接依据和间接依据。在“魏某贵诉天津市东丽区人民政府无瑕街道办事处案”中，法院认为党政联合文件能够证明拆房原因，政府的拆迁行为侵害了原告的合法权益，但党政联合文件与具体行政行为合法性之间没有必然的关联性。<sup>[60]</sup>实践中，并非所有的地方政府都会为了贯彻和落实党政联合文件，制定与之相对应的行政规范，在这样的情况下，没有直接关联的行政规范作为行政行为的直接依据，如果否定党政联合文件与行政行为合法性的关联性，就会让法官在司法适用的过程中陷入无所适从的状态。

### （三）司法适用规则对党政联合文件合法性审查的回避

根据当前的司法适用规则，“经审查认定为合法有效”的党政联合文件才可以进行适用，实践中法官基本将党政联合文件排除在司法审查的范围之外，会造成行政权的“逃逸”。

“经审查认为合法有效”是法官援引规范性文件的基本前提，当前的规定对于党政联合文件能否纳入司法审查的范围并没有给法官提供明确的指引。关于规范性文件的审查主要包括以法院主动适用为目的的“隐性审查”和规范性文件附带审查。“隐性审查”是指，“法院也可以在具体行政行为之诉中，在行政相对人没有提出对行政规范性文件进行审查的诉讼请求时，实际上对作为该具体行政行为依据的行政规范性文件进行审查”<sup>[61]</sup>。规范性文件是行政行为的依据和源头，附带审查制度可以从根本上构成对规范性文件的监督，通过对规范性文件的合法性审查，有效防止行政规范性文件对公民利益的侵害。<sup>[62]</sup>正是基于这样的考虑，2014年《行政诉讼法》修订之后，规范性文件附带审查制度被正式写入法律文本中。现行《行政诉讼法》及相关司法解释并未明确党政联合文件是否可以附带审查，一定程度上构成了司法实践中法官对党政联合文件回避态度的直接理由。

实践中，法院对党政联合文件的司法审查基本持否定的态度。就“隐性审查”而言，法官援引党政联合文件作为裁判说理的依据应当以合法性审查为前提，但实践中法官都直接进行引用，并没

[59] 中华人民共和国最高人民法院（2016）最高法行申3525号行政裁定书。

[60] 参见天津市东丽区人民法院（2019）津0110行初49号行政判决书。

[61] 耿思远、侯学宾：《行政规范性文件隐性司法审查的生成逻辑与法理反思》，载《法治现代化研究》2021年第3期，第138页。

[62] 参见全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国行政诉讼法释义》，法律出版社2014年版，第138-141页。



有展开关于党政联合文件合法有效性的说理。在当事人提出附带审查的案件中，法院的态度也十分消极。在检索的案例中，有 135 篇裁判文书中行政相对人提出对党政联合文件进行规范性文件附带审查，其中 29 个案件中，公民在行政复议中提出对党政联合文件合法性审查，复议机关均未对其进行审查。到行政诉讼阶段，法院将党政联合文件排除在附带审查的范围之外，也均未审查。实践中，法院通常以党组织作为制定主体、党政联合文件体现了党的意志、从党政联合文件的发文字号和抬头等形式要件可以判断党政联合文件不同于行政规范性文件为由，将党政联合文件排除在法院附带审查的范围之外。<sup>〔63〕</sup>如“宋某慧诉天津市北辰区宜兴埠镇人民政府案”中，天津市高级人民法院认为由中共天津市委员会作为主办机关制作的公文不属于规范性文件附带审查的范围。<sup>〔64〕</sup>

在现有附带审查体系下，法院明显缺乏动机与能力对党政联合文件进行审查，<sup>〔65〕</sup>事实上使得行政机关有可能通过党政联合发文来逃逸附带审查的控制。<sup>〔66〕</sup>“附带审查制度的确立，是司法权监督行政权的纵深推进。”<sup>〔67〕</sup>司法权是在宪法规定的国家权力框架下运行的，对行政规范性文件进行司法审查的本质是“立法、司法和行政机关之间制度能力的认定与相互间权力配置的问题”<sup>〔68〕</sup>。党政联合文件体现了行政机关的意志，对行政机关产生指引，影响着行政机关职权的行使。党政联合文件被排除在司法审查范围之外，则意味法院无法对其中行政权的行使进行“合法/非法”的判断。

#### 四、党政联合文件司法适用规则的调适

为了缓解党政联合文件的司法适用与当前的司法适用规则之间的紧张关系，有必要在当前司法适用规则的基础上探索党政联合文件司法适用的规则指引，以消解理论与实践的矛盾。

##### （一）从司法视角明确党政联合文件的法源地位

党政联合文件的常态化对司法裁判已经产生了不可忽视的影响，在这样的背景之下，有必要从司法视角检视当前的法律渊源体系。关于法律渊源的定位存在立法视角和司法视角，法理层面上的法律渊源理论应当关注法的适用即司法视角，致力于寻找和证成对司法裁判具有法律拘束力的规范基础。<sup>〔69〕</sup>在我国现有的法律渊源的理論中，既强调“法律渊源作为司法适用之法的权威理由的来源”<sup>〔70〕</sup>，又强调制定法的权威性、优先性和广泛性，在这样的语境下，法官司法适用的范围基本限制在制定法的范围之内。<sup>〔71〕</sup>法律渊源的定義一方面遵循法律渊源认定的司法视角，

〔63〕 参见金龙君、魏铭：《党政联合发文的司法审查困境及其因应》，载《天津行政学院学报》2022年第2期。

〔64〕 参见天津市高级人民法院（2019）津行申197号行政裁定书。

〔65〕 参见卢超：《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》，载《比较法研究》2020年第3期。

〔66〕 参见章剑生：《论行政诉讼中规范性文件的合法性审查》，载《福建行政学院学报》2016年第3期。

〔67〕 江国华、易清清：《行政规范性文件附带审查的实证分析——以947份裁判文书为样本》，载《法治现代化研究》2019年第5期，第33页。

〔68〕 宋华琳：《论行政规则对司法的规范效应——以技术标准为中心的初步观察》，载《中国法学》2006年第6期，第123页。

〔69〕 参见雷磊：《重构“法的渊源”范畴》，载《中国社会科学》2021年第6期。

〔70〕 彭中礼：《法律渊源论》，方志出版社2014年版，第78页。

〔71〕 参见彭中礼：《法律渊源论》，方志出版社2014年版，第104页。

同时又站在坚定的制定法视角之下，使得在学理上“无法有效区分法的渊源与法律实践（法律适用）中可能运用到的其他规范材料”〔72〕。党政联合文件就是法官在司法裁判中可能运用到的其他规范材料，但在当前的《中华人民共和国立法法》及《裁判文书引用规定》之下，司法适用范围具有法定化倾向，党政联合文件被明确排除在司法适用范围之外。从立法论的视角下认定法的渊源，对司法实践中实定法范围之外可能对司法产生影响的其他规范材料的定位是极其模糊的。〔73〕相反，“立足于司法主义立场来理解法律渊源，可以最大限度地保证法律渊源的实践意义”〔74〕。

由于党政联合文件在填补法律漏洞和社会关系的调整中也具有独特的价值，应当明确党政联合文件在我国法律渊源体系中的地位。瑞典法学家佩策尼克提出司法机关适用具体法律渊源的适用位序理论，包括“必须法源”“应当法源”和“可以法源”。〔75〕“必须法源”主要指制定法，“应当法源”指行政机关制定的行政规范，“可以法源”是指其他对司法实践有影响的习惯规范、公共政策、法律学说等。〔76〕党政联合文件“同时体现党和政两个方面的意志，使党内规范性文件同时具备普遍约束力”〔77〕，但党政联合文件不属于制定法，不是“必须法源”。部分学者认为党政联合文件应当属于行政规范，〔78〕但从制定程序、调整方式、效力等方面来看，党政联合文件与行政规范之间存在显著差异。因此，无法认定党政联合文件属于“应当法源”。结合党政联合文件在司法裁判中所发挥的作用，其应当属于“可以法源”。雷磊教授结合我国的立法和司法实践，对法律渊源概念进行了检视，将法的渊源区分为“法的效力渊源与认知渊源”〔79〕，其中，认知渊源在裁判依据之效力来源和内容来源分离的前提下，只能提供裁判依据的内容来源。认知渊源与“可以法源”的基本内涵是相似的，都体现出党政联合文件在司法实践中仅能够证明特定的内容和事实、发挥辅助性的说理功能。

## （二）明确党政联合文件与行政行为合法性的关联

在明确了党政联合文件的法源地位之后，法院根据审理案件的需求，可以区分情况合理对待党政联合文件与行政行为合法性的关联性。

首先，文件类型属于内部管理或宏观指导的识别。宏观指导类文件对公民的权利义务关系会产生间接影响，内部管理类文件不涉及公民的权利义务关系，两种类型的文件在实践中作用也具有显著性的差异，在司法适用过程中，首先应当明确党政联合文件的类型。具体而言，如果文件主要以对某一领域、某一事项做出整体性的战略部署为内容，就应当认定其为宏观指导类文件；如果文件以人事管理、薪酬管理、绩效考核、组织运转等为主要内容，那便属于内部管理类文件。宏观指导和内部管理是对党政联合文件整体性的分类。实践中，宏观指导类文件中也会对人事管理、机构组织运行等内容作出规定，具体到个案中可能需要结合具体的规范作出区分。党政

〔72〕 雷磊：《法的渊源：一种新的分类法及其在中国语境中的运用》，载《河北法学》2021年第11期，第2页。

〔73〕 参见雷磊：《法的渊源理论：视角、性质与任务》，载《清华法学》2021年第4期。

〔74〕 周安平：《法律渊源的司法主义界定》，载《南大法学》2020年第4期，第37页。

〔75〕 参见〔瑞典〕亚历山大·佩策尼克：《论法律与理性》，陈曦译，中国政法大学出版社2015年版，第299页。

〔76〕 参见彭中礼：《法律渊源论》，方志出版社2014年版，第191-200页。

〔77〕 张洪松：《统筹推进依法治国与依规治党》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期，第100页。

〔78〕 参见王圭宇、王明瑞：《党内法规向国家法律转化之路径探析》，载《学习论坛》2018年第4期。

〔79〕 雷磊：《法的渊源：一种新的分类法及其在中国语境中的运用》，载《河北法学》2021年第11期，第2页。

联合文件中的内部管理规范应当适用于对特定主体资格的认定；而宏观管理规范则会影响行政机关的行为和公民的行为预期，就具有与行政行为之间建立某种关联的可能性。

其次，党政联合文件与行政行为之间关联性的识别。“行政行为理论建构起了现有行政法的基本体系。”〔80〕行政机关欲使其权力影响相对人，权力的行使必借助行政行为这一活动形式。〔81〕在行政诉讼过程中，通常认定“行政行为所依据的规范性文件”与行政行为之间具有关联性。〔82〕但实践中，行政机关作出行政行为时并未实质援引所有与被诉行为相关的规范性文件，而是将部分文件作为合法性论据进行提交，法院应当接受这一部分文件。〔83〕党政联合文件在实践中并不会出现在行政决定书中，但实质上对行政机关权力的行使产生了影响，在行政诉讼中，法官应当从实质上判定党政联合文件中所涉及的内容与行政行为之间是否具有关联性，即党政联合文件中的特定内容是否会导致行政机关作出案件中的行政行为。

最后，直接关联和间接关联的识别。一般情况下，“党政联合发文只传达到相应的国家政权机关并要求其执行”〔84〕，行政机关通常会为了贯彻党政联合文件而制定与之相衔接的行政规范，党政联合文件对行政行为的影响是通过行政规范发生的，是一种间接影响。在这种情况下，法院一般可以认定行政规范为行政行为的直接依据，党政联合文件仅作为对行政规范的补充。实践中，并非所有行政机关都会针对党政联合文件制定行政规范与之衔接，且行政规范受制定程序、权限等内容的约束，并非能够与党政联合文件的规范内容形成一一对应的关系。在没有对应的行政规范或行政规范中没有相对应的内容时，党政联合文件就从幕后走到了台前，法院应当充分考虑、谨慎衡量党政联合文件对行政行为的直接影响。如“杨某荣等诉保山市隆阳区人民政府案”中，并未查明与涉案行政行为相关的行政规范，法院认为案件中所提及的中共保山市委与原保山市人民政府联合行文发布的《关于认真清理、收回“农转非”人员承包土地、山林的意见》（保发〔1990〕28号），是“关于‘农转非’问题制定的其他规范性文件，可以作为行政行为的作出依据”〔85〕。

### （三）以党政联合文件中行政权的行使为司法审查对象

应由司法机关区分党政联合文件中的“党”“政”因素，对行政权的合法性、适当性以及有效性进行审查。这不仅符合司法权运行的理论逻辑，而且能够保障法律秩序的统一。

审判实践中，法院应当以较为宽松的解释立场，不探究联合行文本身的正当性，将党政联合文件纳入司法审查的范畴。由于行政诉讼法将附带审查的范围明确限缩为行政规范性文件，实践中法院会通过名称、外部形象、制定主体等方面进行初步的判断。〔86〕正是在这样的审查标准与逻辑之下，法院将党政联合文件排除在附带审查的范围之外。对于党政联合文件而言，应当绕开对发文形式正当性的审查，将其从制定程序、形式外观等的审查困境中解脱出来，转而“以行政

〔80〕 刘孟、沙卫鹏：《抽象与具体之间：行政行为二分法之反思》，载《南海法学》2021年第3期，第1页。

〔81〕 参见李洪雷：《行政法释义学需要关注的基本问题》，载《中国社会科学报》2019年5月8日，第5版。

〔82〕 参见何海波：《论法院对规范性文件的附带审查》，载《中国法学》2021年第3期。

〔83〕 参见章剑生：《现代行政法总论》（第2版），法律出版社2018年版，第483页。

〔84〕 封丽霞：《党政联合发文的制度逻辑及其规范化问题》，载《法学研究》2021年第1期，第16页。

〔85〕 云南省保山地区中级人民法院（2015）保中行终字第32号行政判决书。

〔86〕 参见陈运生：《规范性文件附带审查的启动要件——基于1738份裁判文书样本的实证考察》，载《法学》2019年第11期。

机关主导或参与发文这一形式要件将联合制定的规范性文件纳入行政规范性文件范畴”〔87〕。为保障司法权的有序运行和法治统一，根据《行政诉讼法》第53条的规定，可纳入司法审查的党政联合文件的参与制定主体中的行政机关应当限定在国务院部门和地方人民政府及其部门，法院不得对中共中央国务院、中办国办印发的党政联合文件进行司法审查。

以党政联合文件具体规范内容进行区分，仅对涉及行政权的规范进行合法性审查。首先，行政机关制定了行政规范与党政联合文件相对应时，法院主要对相关行政规范进行审查，行政规范经审查合法时应当免于对党政联合文件的审查，只有行政规范存在合法性瑕疵时，才需要追溯对党政联合文件进行合法性审查。其次，没有行政规范与党政联合文件相对应时，法院应当依据职权对党政联合文件中涉及行政权的规范进行合法性审查。一般党政联合文件都包含指导思想、主要目标、整体规划和组织保障等内容，并非所有内容都直接涉及行政权，如果无差别地对党政联合文件进行整体性审查，可能会超出司法机关司法审查的职能范围和能力。党政联合文件中的整体规划、具体实施方案等内容可能涉及行政权，这一部分应当由法官在个案中进行识别，考察具体规范中行政权的行使是否超出特定主体的职权范围；另外，法官应当从是否与法律法规相抵触、是否明显违反比例原则等方面对党政联合文件中行政权的行使进行考察。

经审查认为党政联合文件合法有效的，法院可以根据审理案件的需要对其选择适用；反之，对存在合法性瑕疵的党政联合文件，法院应当不予适用。此外，还应当建立起司法机关与党组织、行政机关的沟通协调机制，通过对党政联合文件中行政权行使的情况进行实质性的判断，司法机关认为党政联合文件存在合法性瑕疵的，可以向有关党组织、行政机关提出司法建议。

综上，本文结合党政联合文件的调整方式及其司法适用的现实困境，对当前的司法适用规则进行了调适，形成了“类型识别—关联性认定—合法性审查—司法建议”的技术方案（如图1），使党政联合文件的司法适用规则更加完备。

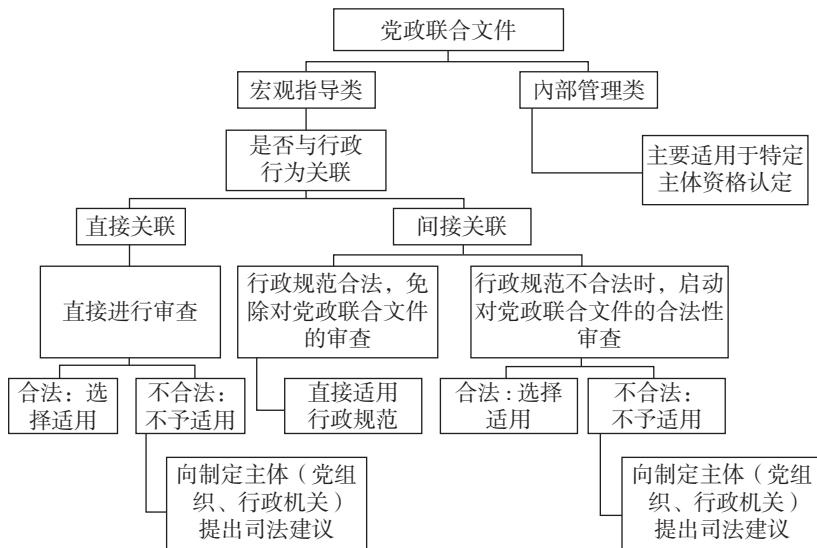


图1 党政联合文件的司法适用规则

〔87〕 李成：《行政规范性文件附带审查进路的司法建构》，载《法学家》2018年第2期，第64页。



## 五、结 语

党和国家机构改革对既有法学理论提出了重大的新课题。“随着党政关系深度融合趋势的加强，党内法规特别是党政联合制发的党内法规和规范性文件越来越多地成为行政执法的依据。”<sup>〔88〕</sup>党的二十大报告指出：“着力破解深层次体制机制障碍，不断彰显中国特色社会主义制度优势，不断增强社会主义现代化建设的动力和活力，把我国制度优势更好转化为国家治理效能。”<sup>〔89〕</sup>党政联合文件是具有中国特色的治理工具，对法律产生了一定的影响并投射到了司法实践中，对司法适用和公法理论带来了新的挑战。受调整内容和调整方式的影响，党政联合文件在司法裁判中发挥了辅助性的说理作用，应当从司法视角明确党政联合文件的法源地位。为避免党政联合文件侵蚀行政权的风险，司法机关应当区分党政联合文件中不同职权的属性，确立明确的司法审查标准，确保对行政权进行合法有效的审查，保障依法行政与法律秩序的统一。

---

**Abstract:** As a specific way to implement the Party's leadership, the party-government joint documents are deeply integrated into national governance. According to the differences in adjustment content and methods, it can be divided into macro guidance and internal management documents. The party-government joint documents may have an indirect impact on the relationship between rights and obligations, and has actually played a certain role in judicial trials. However, due to the influence of the adjustment content and method, its manifestation is relatively single. There are also significant differences in the roles of internal management and macro guidance party-government joint documents in administrative, civil, and criminal litigation. Under the existing legal framework, party-government joint documents can serve as the reasoning basis for judges to make judgments, but they can only serve as a supplement to administrative norms. There is a certain tension between the judicial application of party-government joint documents and the current judicial application rules. In order to dispel the tension, it is necessary to explore the guiding rules for the judicial application of party-government joint documents.

**Key Words:** party-government joint documents, the leadership of the CPC, judicial application, legal sources

---

(责任编辑：于文豪)

〔88〕 章志远：《新时代我国行政审判的三重任务》，载《东方法学》2019年第6期，第97页。

〔89〕 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》，载《人民日报》2022年10月26日，第1版。

## 论行政的首次判断权

程皓楠\*

---

**内容提要：**尊重行政的首次判断权意味着行政诉讼的上诉审类似性。行政诉讼制度建立初期，公法权利体现为不受非法侵害的自由，由相对独立的机关审查并撤销违法的行政行为即可维护秩序、保障自由，但权利保护理念的高扬与公法权利内涵的扩张使得法院不能止步于行政行为的合法性审查，尊重行政首次判断权不复是一种内嵌于诉讼构造中的先验性诫命，而是尊重行政权判断优势的个案考量。首次判断权的最小行使单位是行政行为的理由，法院是否要在其他理由上进行替代性判断取决于权利保护实效性的要求、法院的事实发现能力以及行政裁量余地。可以依据诉讼类型分类讨论行政首次判断权的展开：撤销诉讼以行政行为为中心，排除违法行政行为即可保护原告的自由，变更行政处罚判决只能是一种极个别的例外情形；给付诉讼则聚焦于法律关系，服务于实体公法权利的实现，因此要为尊重行政的首次判断权提供更实质的理由，这通常是行政在事实调查上具有不可替代的优势，或保有无法进一步压缩的裁量。

**关键词：**首次判断权 合法性审查 行政裁量 诉讼类型化 争议解决

---

### 一、引言：行政首次判断权的问题所在

尽管“行政的首次判断权”所描述的问题也存在于德国法<sup>〔1〕</sup>上，但该术语是由日本学者田上穰治、雄川一郎、田中二郎等人在课予义务诉讼和预防性不作为诉讼的容许性争议中正式提出的。<sup>〔2〕</sup>

\* 程皓楠，中国人民大学法学院博士研究生。

本文受到国家留学基金2021年国家建设高水平大学公派研究生项目（202106360142）的资助。

〔1〕 Vgl. Johannes Buchheim, Das Vorrecht des ersten Zugriff auf das Verwaltungsrechtsverhältnis, Die Verwaltung 49 (2016), 55, 64 - 68.

〔2〕 参见王丹红：《日本行政诉讼类型法定化制度研究》，法律出版社2012年版，第146 - 147页；王天华：《行政诉讼的构造：日本行政诉讼法研究》，法律出版社2010年版，第195、197页；肖军：《田中二郎的行政法思想》，载《行政法学研究》2010年第1期。

这一概念被引入我国后也在学术讨论和司法实务中被频频提及。<sup>〔3〕</sup>然而，其内涵与功能并不清晰，因而引发种种困惑：有时行政的首次判断权同司法权的事后性划等号，用以否定给付诉讼尤其是预防性诉讼的容许性。<sup>〔4〕</sup>那么给付诉讼以及反信息公开诉讼在实定法上的确立是否会使得该理论丧失意义？如果不会，该理论又将如何影响给付诉讼的裁判？有时行政的首次判断权又被用以描述司法权的有限性，进而否定法院的代替性判断。<sup>〔5〕</sup>那么，尊重行政的首次判断权又是否只是尊重行政裁量的同义反复？又如何同实质性解决行政争议的诉讼目的相协调？如是种种都要求对行政的首次判断权展开更深入的探讨。本文拟结合作为我国行政行为理论与行政诉讼理论始源之一的德国学理，探讨行政首次判断权理论的实质与基础、构造与边界，并结合实定法规范探讨尊重行政首次判断权在我国行政诉讼中的展开。

## 二、行政首次判断权的实质

需要明确的是，尽管同司法权的事后性及行政裁量都存在概念与功能上的亲近，但行政首次判断权的概念绝非赘余或同义反复。行政首次判断权理论描述的问题既不是司法审查的时机，也不是司法审查的范围，而是行政诉讼的上诉审类似性。

### （一）行政行为同行政裁判之间的同质性

首先从对行政首次判断权的界定入手。雄川一郎提出“行政机关具有以行政行为对某种法律关系进行调整的权限，意味着这种行政法律关系的形成与确认，一般而言应当首先由行政机关以行政行为来进行，而非法院的判断”<sup>〔6〕</sup>。这种界定将行政法律关系的首次调整权交由行政机关以行政行为来进行，法院的任务不是对有争议的法律关系进行首次调整，而是对行政机关的首次调整结论进行复审。这可以同我国最高人民法院的界定相印证，即尊重行政的首次判断权要求“对于行政机关职权范围内未予判断处理的事项，应待行政机关先行处理后，法院再对其是否合法以及明显不当进行审查”<sup>〔7〕</sup>。因此，行政诉讼或者司法审查就具有类似于上诉审的特征。

对行政诉讼上诉审类似性的论述可以追溯至奥托·迈耶（Otto Mayer）。迈耶的理论中，行政机关的行政行为与行政法院的判决之间存在很强的同质性。这一方面体现为行政行为同司法判

〔3〕 截至2024年1月17日，笔者以“首次判断权”为全文关键词在“北大法宝司法案例”上检索，共有行政裁判文书977件，执行裁定书8件，行政赔偿裁判文书191件。

〔4〕 参见王克稳：《论行政拒绝行为及其司法审查——以郑广顺申请规划认定案为例》，载《安徽大学法律评论》2009年第2辑，安徽大学出版社2010年版，第123页；郭庆珠：《预防性不作为诉讼：行政规划救济的路径选择——从城市规划中强制拆迁自力救济悲剧说起》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2010年第4期；阎巍：《行政诉讼禁止判决的理论基础与制度构建》，载《法律适用》2012年第3期；徐信贵、康勇：《论食品安全领域权利救济的预防性行政诉讼》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》2015年第3期；熊勇先：《行政给付诉讼研究》，法律出版社2016年版，第108页。

〔5〕 参见杨建顺：《论行政裁量与司法审查——兼及行政自我拘束原则的理论根据》，载《法商研究》2003年第1期；杨建顺：《行政诉讼的类型与我国行政诉讼制度改革的视角》，载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第4期；高秦伟：《行政行为司法审查范围的比较研究》，载《湖北行政学院学报》2003年第5期；高卫明：《论行政裁量的司法统制范围——从过程论的视角》，载《法律适用》2013年第11期；王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第148页；梁君瑜：《行政诉讼变更判决的适用范围及限度》，载《法学家》2021年第4期。

〔6〕 王天华：《行政诉讼的构造：日本行政诉讼法研究》，法律出版社2010年版，第195页。

〔7〕 最高人民法院（2017）最高法行申317号行政裁定书。

决都是“向人民就什么是个案中的法（所为）的高权宣示”〔8〕。行政判断同法院判断一样，都是将所认定的事实涵摄（或等置）入法律规定的法适用过程，行政行为的存续力类似于司法判决的确定力，只能经由特定程序废除，在被废除前自行生效。只不过在行政判断中存在更广泛的、应予尊重的裁量。这种构造使得行政行为与行政程序也具有一种具体化的功能，即承接并执行立法者的意志，将抽象的法具体化为个案中的适用结论，〔9〕法院的法律适用权并不排他，甚至要在行使次序上让位于行政。〔10〕而另一方面体现为行政裁判究其本质更接近于行政系统的自我纠错。行政裁判是一种“司法形式化的”行政活动，与行政行为没有本质差异。〔11〕从当时裁判机关的组织和人事上来看，行政法院被划归入行政组织，行政法院与行政机关之间的机构分离仅限于较高层级，在较低层级中行政程序和行政争议解决程序往往仍彼此纠缠，由行政官员兼任行政法官的情形在较小的州中仍然常见。〔12〕从当时的裁判程序来看，行政裁判并未完全建立起两造平等的、当事人主导的、对抗性的诉讼程序。〔13〕南德地区在相当长的时间里受法国法影响，不承认国家可以作为被告，因此行政救济程序欠缺对抗性，与民法上的诉（Klage）相区别，如《巴伐利亚邦行政法庭法》（BayVGHG）将行政法院的救济命名为“异议申诉”（Beschwerde），并将行政法院的终审结论命名为“决定”（Entscheidung）而非“判决”（Urteil）。相较之下，北德地区虽然受格贝尔（Carl Friedrich von Gerber）与拉班德（Paul Laband）的国家法人理论影响，将行政机关作为法人的机关与公民相对置，行政法院的救济程序更具两造对抗的特性，但行政法官往往也被授予独立的调查取证权来查明事实，具有更浓郁的职权主义色彩。〔14〕

## （二）“争议处理”作为区分基准

既然同为高权机关在个案中进行的法宣布，哪些事务应由行政机关以行政行为进行，哪些事务又应由行政法院以行政裁判进行？迈耶与弗莱纳（Fritz Fleiner）将行政争议事务（Verwaltungsstreitsachen）分为原初性的行政争议事务与事后性（nachträglich）的行政争议事务，分别对应原初性的行政司法（Verwaltungsrechtspflege）与事后性的行政司法，也分别对应行政机关与行政法院的管辖范围。原初性的行政争议事务是“个体在个案中的权利义务究竟是什么”，高权机关或者依公民申请而发动权限，或者依职权发动权限，此即原初性的行政司法，通常由行政机关以行政行为进行。〔15〕不服原初性行政司法中的决定就会产生事后性的行政争议，

〔8〕 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 131.

〔9〕 Vgl. Stefan Haack, Der Eigenwert der Verwaltungsentscheidung, Archiv des öffentlichen Rechts 133 (2008), 44, 47-48; 赵宏：《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》，法律出版社2012年版，第55页。

〔10〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes; Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 117-118; Johannes Buchheim, Das Vorrecht des ersten Zugriff auf das Verwaltungsrechtsverhältnis, Die Verwaltung 49 (2016), 55, 60.

〔11〕 行政裁判是“属于行政的机关像法院一样地活动，即像法院判决民事争议一样地活动”。Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 131.

〔12〕 Vgl. Karl-Peter Sommermann, B. Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 2019, S. 84-85, 879-880.

〔13〕 如同迈耶所指出的，行政裁判中没有真正的两造（Partei），只有程序的主导人（Prozessführer）。Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 150-151.

〔14〕 Vgl. Karl-Peter Sommermann, B. Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 2019, S. 90, 100-101, 882, 885.

〔15〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 151-152.



即“初次处理（即行政行为）是否合法有效”，对这一争议的处理通常由行政法院以上诉审（Berufung）或复审（Revision）的方式进行，即对被诉行政行为中涉及的事实问题与法律问题进行全面审查或仅对其涉及的法律问题进行法律审。<sup>〔16〕</sup>行政诉讼中的一审实际上相当于其他诉讼中的上诉审，这是行政诉讼区别于其他诉讼的特殊性所在。在行政机关被授予首次判断权的范围内，请求行政法院进行首次判断的起诉就会因缺乏权利保护必要性而被移交回行政机关。<sup>〔17〕</sup>

这与当时普鲁士的立法相一致。1875年颁布的相关法规<sup>〔18〕</sup>以程序的“争议性”为基准，将非争议性程序中的判断权委诸行政机关，将争议性程序中的判断权委诸行政法院。<sup>〔19〕</sup>此处的“争议”指的显然是事后性的行政争议，因为1876年与1883年先后颁布的两部管辖权法律中以列举的方式逐一说明在济贫、学校、道路等22项事务中的管辖机关及不服决定时的起诉要件，这既是以列举主义的方式明确行政诉讼的受案范围，也是进行事务领域的机构分工，将行政法院的管辖权约束在对事后性行政争议处理的范围内。<sup>〔20〕</sup>而行政法院处理争议的方式通常仅限于撤销有争议的行政决定，无论该行政决定是侵害性的，还是对申请的拒绝。因为如果涉及“个人在个案中的权利义务究竟是什么”，那这样的判决处理的就不再是事后性的行政争议，而是原初性的行政争议。因此，以这一对概念区分行政机关与行政法院的管辖权时，就不可能容认撤销判决以外的判决类型，即使偶尔容认行政法院可以处理原初性行政争议，这也是基于行政法院作为行政机关时的“原始管辖权”（„ursprüngliche“ Verwaltungsgerichtsbarkeit）。<sup>〔21〕</sup>

### 三、行政首次判断权的理论基础及其转变

上诉审类似性是行政诉讼的万代不移的本质还是只是特定历史时期选择与规范的塑造？有必要对行政首次判断权的理论基础予以考察。如将行政诉讼的主要功能定位为权力监督与秩序维护，则行政诉讼的上诉审类似性就是绝对的、先验的。但如将行政诉讼的主要功能定位为权利救济，则为保障公法权利在自由防御之外的保护权能与受益权能，行政诉讼的上诉审类似性就会弱化，尊重行政首次判断权就是国家权力合理分工的要求。这种转折在德国与我国都有迹可循。

#### （一）服务于自由保障的秩序维护

限制与防御国家高权以保障自由曾被视为法治国家原则的核心，<sup>〔22〕</sup>对应行政诉讼的权力监督、秩序维护功能。排除违法的（负担性）行政行为即可保障私人“不受非法侵害”的消极自

〔16〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 151 - 152; Fritz Fleiner, Institution des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl, 1913, S. 240.

〔17〕 Vgl. BVerwGE21, 270 (270); BVerwGE25, 280 (280).

〔18〕 Vgl. Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875.

〔19〕 Vgl. Martin Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 214 - 215.

〔20〕 Vgl. Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden vom 26. Juli 1876 und Anwendung auf die Entscheidungen der Polizeibehörden, Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883.

〔21〕 由于组织上的分离不彻底，有时行政法院仍承担着一定的行政任务，在贸易法上的许可证颁发与撤销、道路法上的道路建设与维修、学校法上的校舍建造等方面，法院享有“原始管辖权”。Vgl. Martin Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 241 - 245, 265 - 272.

〔22〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staats Rechts, 3. Aufl, 2006, Band 2, § 26, Rdn. 13.

由，权力监督与权利保障这对目的之间的张力并不明显。行政的首次判断权内嵌在撤销诉讼合法性审查的构造中，不言自明。二战前的德国与2014年修改《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）前的我国都比较强调行政诉讼的这一面向。

### 1. 服务于秩序维护的行政审判制度

“法治国家就是良序行政法的国家。”<sup>[23]</sup>德国的法治国家原则包含主观地位秩序与客观功能秩序两个面向，前者涉及公民的公法权利，后者则涉及国家权力的分配秩序，行政审判制度是二者的一个交汇点。<sup>[24]</sup>可以从两个角度观察秩序维护、自由保障的目的对行政审判的要求。

就公法权利而言，传统认识具有以下两个特点。其一是公法权利对实定法规范的强烈依赖。个体自由与权利并未被理解为先于国家的自然权利或者可以约束立法者的基本权利，而只是现行法秩序的创造，<sup>[25]</sup>公法权利要从实定法的内容和立法者的意志中导出，如耶利内克（Georg Jellinek）将“现行法秩序所明确或默示认可的个人利益”视为公法权利的判断基准，<sup>[26]</sup>布勒（Ottmar Bühle）又额外增添了“法规范的强制性”这一判断要件。<sup>[27]</sup>其二是公法权利内涵的狭窄，仅被消极地理解为人身与财产不受侵害的自由。<sup>[28]</sup>尽管在19世纪末出现了一系列保护劳工、社会保险、济贫补贴方面的立法，《魏玛宪法》甚至规定了不少社会经济性基本权利，但这更多被视为一种基于“国家理性”的政策或一种纲领性的国家目标，公民不能借此向国家主张给付与授益。<sup>[29]</sup>既然公法权利依附于法规范，是免于违法干预的自由，那不违反实定法规范的行为就不会侵害权利，撤销违法的干预即可恢复受损的法秩序并实现包蕴其中的公法权利，侵权性的判断就会被违法性的判断吸收，保护权利的目的可以借助维护法秩序顺带实现。<sup>[30]</sup>

就国家权力分配秩序而言，权力的区分与分离被视为保障“国家权力行使可测度性”的必要措施。<sup>[31]</sup>但此时强调的是立法权与执行权的分离，分别对应国家意志的形成与实现，而司法权（Justiz）同行政权都是执行权的组成部分。<sup>[32]</sup>执行权需要服从于法的统治。迈耶认为依法律裁判的司法权可堪模板，因此一方面通过法律优位、法律保留及法律的法规创造力构成的法治三原则向行政权提出依法律行政的要求，另一方面模仿司法裁判提炼出行政行为这一概念作为行政权

[23] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 58.

[24] Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staats Rechts, 3. Aufl, 2006, Band 2, § 26, Rdn. 46.

[25] 如迈耶将公法权利界定为“为其利益而通过法秩序授予权利人的，对一部分公共权力的权能（Macht）”。Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 104; [德] 米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说和行政学（1800—1914）》，雷勇译，法律出版社2007年版，第502页。

[26] Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919. S. 69.

[27] Vgl. Otto Bühler, Die Subjektive öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914, S. 36.

[28] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 70.

[29] Vgl. Dieter Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 150 - 155; Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 11 - 12.

[30] Vgl. Karl-Peter Sommermann, B. Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 2019, S. 902; Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 100.

[31] 参见 [德] 卡尔·施米特：《宪法学说》（修订译本），刘锋译，上海人民出版社2016年版，第166页。

[32] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 56.

的行使方式。<sup>[33]</sup>至于行政权与司法权的关系，尽管普遍承认为预防和矫正行政违法需要对行政权予以监督和控制，但这种控制应如何进行，则存在以贝尔（Otto Bähr）为代表的普通法院管辖与以格奈斯特（Rudolf von Gneist）为代表的行政法院管辖这两种迥异的方案。这两种方案的核心区别并不只是法官的中立性与独立性，更多恐怕在于对行政审判功能的定位。贝尔认为，行政与司法分离的意义不仅在于分工原则，更是因为“由此获得的司法对行政的管辖是法治国家的本质性条件”<sup>[34]</sup>。作为原告的公民和作为被告的行政机关是平等的两造，行政审判就同民事诉讼一样，是服从于权利实现的、真正的诉讼。<sup>[35]</sup>只不过因为公法权利主要是消极的自由且依附于实定法规范，权利的保护可通过违法性审查而实现。而格奈斯特则主张行政审判应当是“由不属于司法机关的特别行政机关（行政法院）以普通法院的方式建立，以类似于普通法院的程序（行政争议程序）进行争议解决活动”<sup>[36]</sup>，此时行政审判就不能被视为由独立第三方主持的两造对审的诉讼，而只是行政权内部的自我纠错，一种“通过形式性对抗性程序强化了异议申诉”<sup>[37]</sup>，如果开启这一程序的公民因违法行为被排除而受益，那也只是顺带性的。

格奈斯特的方案最终成为普鲁士近代行政审判制度所立基的原理，固然是因为该方案避免了使行政权丧失独立性的诟病，<sup>[38]</sup>予以行政权更强尊让而博得二元制下实权君主的青睐，但不可否认的是，由具有一定独立性和权威的机关以类司法的程序进行合法性审查并撤销违法行为即可满足法治国家的要求，<sup>[39]</sup>私人的公法权利（主要是自由与财产）可经由法秩序维持而得到保护，<sup>[40]</sup>作为司法机关的法院与真正的诉讼程序显得并不那么要紧。

## 2. 对行政首次判断权的绝对尊重

此时行政审判的上诉审类似性或者说对行政首次判断权的司法尊重就是题中之义，因为究其根本，行政法院在组织和人事上的分离与独立、公民在裁判程序中的参与和对抗充其量只是使行政裁判成为一种更公正、更容易为人信服的监督手段，正所谓“行政裁判是为了使因受政治影响而腐败的诉愿程序重新转化为完全独立于政治影响的形式而实施的一种变革”<sup>[41]</sup>。区分行政机关与行政法院各自的管辖权就与国家权力的分配无关，<sup>[42]</sup>只是出于机构分工以提高效率的考量。<sup>[43]</sup>行

[33] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 61 - 63.

[34] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 12, 54.

[35] 需要指出的是，围绕（民事）诉讼的目的存在争议，但在贝尔生活的19世纪中期，诉讼的目的通常被认为是实现私人权利。参见〔德〕米夏埃尔·施蒂尔纳编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，第16页。

[36] Gerhard Anschütz, Justiz und Verwaltung, in: R. Stammler (Hrsg.), Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1913, S. 383

[37] Rudolf von Gneist, Der Rechtsstaat, 1872, S. 274 - 276, 149,

[38] 行政法院是一个“在很大程度上照顾到在不超越行政权限方面的个人利益，但又不损害在履行行政职责方面共同利益”的调和性方案。Vgl. Gerhard Anschütz, Justiz und Verwaltung, in: R. Stammler (Hrsg.), Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1913, S. 383.

[39] 参见〔德〕卡尔·施米特：《宪法学说》（修订译本），刘锋译，上海人民出版社2016年版，第167页。

[40] 需要说明的是，尽管存在以符腾堡为代表的南德模式与以普鲁士为代表的北德模式之间的区分，南德模式更强调私人权利保护，在法官独立性、诉讼形式以及原告资格方面与民事诉讼更为类似，但未能改变公法权利对实定法的极度依赖，也就不能超出法秩序维护而保护公法权利。事实上，由于消极的法院严格解释权利，救济的实效性反而降低。参见〔日〕原田尚彦：《诉的利益》，石龙潭译，中国政法大学出版社2014年版，第271-279页。

[41] Philipp Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsarchiv 2 (1894), S. 74, 146 ff.

[42] Vgl. Johannes Poppitz, Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fortsetzung), Archiv des öffentlichen Rechts, 73 (1944), 3, 10 - 12.

[43] 亚当·斯密指出“生产效率的增进，来源于劳动分工”，后来分工的理念从经济学溢出，成为组织管理学上的一般性原则。参见〔法〕亨利·法约尔：《工业管理与一般管理》，迟力耕、张璇译，机械工业出版社2007年版，第22-23页。

政诉讼客观法律监督的功能同行政诉讼上诉审类似性之间的连结在近代日本行政法中也有体现，美浓部达吉同样认为行政审判只适用于对公正有较强要求以至于需要引入独立第三方以进行合法性审查的情形，<sup>[44]</sup>而抗告诉讼自然是一种以行政行为存在为前提的复审。<sup>[45]</sup>以事后性作为司法权界限的观点在二战后仍保有影响，妨碍课予义务诉讼及预防性诉讼的建立。

同样地，我国1989年制定的《行政诉讼法》格外强调行政诉讼的权力监督功能，行政诉讼的上诉审类似性被包蕴在“具体行政行为合法性审查”原则（1989年《行政诉讼法》第5条）中。通说认为，该原则划定了司法审查权的内容与边界，即限于“具体行政行为”而非“抽象行政行为”，限于“合法性审查”而非“适当性审查”。<sup>[46]</sup>值得注意的是，通说对该原则的解读还包含着一种意味深长的前理解，即将法院对行政诉讼的审理与法院对行政行为的合法性审查划等号，<sup>[47]</sup>被诉行政行为合法与否得到判断，法院审理即告结束，涉案法律关系如何调整，则交由行政权决定。<sup>[48]</sup>这种前理解来自行政法作为权力监督法的功能定位，如若认为行政法与行政诉讼的功能主要在于经由规范行政权的行使而维护人民权益，那借履行判决排除违法拒绝履行或不予答复形成的法状态就足以实现该功能，此时私人诉求也能因为判决重作而得到部分实现，至于未能实现的部分，就不在行政诉讼功能范围之内。<sup>[49]</sup>这也能解释，为何履行判决的适用对象在很长一段时间内都被认为仅限于不予答复这种不行为，<sup>[50]</sup>以及为何其审理模式与判决要件也曾被认为是围绕行政行为的合法性展开，同撤销判决并无质的不同。<sup>[51]</sup>

## （二）服务于权利保障的权力分配

权利保障理念的高扬使得秩序维护不复是行政裁判的首要功能，而公法权利在侵害防御之外新发展出的干预请求与授益请求功能又使得法院不能止步于行政行为的合法性审查，否则不足以实现权利保障。基于此，对行政首次判断权的司法尊重不复是一种内嵌于行政诉讼构造中的先验性诫命，而是基于权利保障实效性的个案考量。这一转折在德国法上体现为二战后行政审判制度

[44] 参见〔日〕原田尚彦：《诉的利益》，石龙潭译，中国政法大学出版社2014年版，第64页。

[45] 参见〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第303、304页。

[46] 这基本是当时的通说，具体论述可见参见肖岫：《试论人民法院审查具体行政行为合法性的原则》，载《中国法学》1989年第4期。

[47] 参见王汉斌：《关于〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》1989年第2期；韦宗、阿江：《行政诉讼立法要论》，载《中国法学》1988年第6期；皮纯协、刘永志：《略论行政审判权的构成》，载《法律学习与研究》1989年第1期；江嘉禧：《行政审判中的司法变更权研究》，载《中国法学》1988年第6期；最高人民法院《行政诉讼法》培训班编：《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第61页（皮纯协撰写）。

[48] 参见最高人民法院《行政诉讼法》培训班编：《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第82页（皮纯协撰写）。

[49] 参见最高人民法院《行政诉讼法》培训班编：《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第42页（胡康生撰写）。

[50] 在1989年《行政诉讼法》初颁行时即有人持此立场：“不履行或迟延履行是指行政机关没有作出行为，如对申请许可证的人不予理睬。不履行或迟延履行指的不是行政机关的否定行为，否定行为是已经有了一个行为，如驳回对营业执照的申请……”肖岫：《试论人民法院审查具体行政行为合法性的原则》，载《中国法学》1989年第4期，第35页。后来亦有人持此立场，参见章剑生：《行政诉讼履行法定职责判决论——基于〈行政诉讼法〉第54条第3项规定之展开》，载《中国法学》2011年第1期。

[51] 如基于1989年颁布的旧法，有观点围绕拒绝作为或不作为的合法性构建课予义务诉讼理由具备性阶段的审查对象，即“行政机关拒绝作为或不作为是否违法、原告权益是否因此遭受损害以及案情是否已经达到可为裁判的程度”。章志远：《行政诉讼类型构造研究》，法律出版社2007年版，第150-151页。2014年修法后，仍有观点以撤销诉讼的审查框架将履行判决适用的条件归纳为六点：（1）被告负有履行某项义务的法定职责；（2）在需要依申请才能作出行政行为的情况下，原告向行政机关提出了合法申请；（3）被告不履行法定职责；（4）被告未履行法定职责没有法律所规定或认可的理由；（5）被告有履行的能力；（6）判决被告履行对原告仍有意义。参见江必新、邵长茂：《新行政诉讼法修改条文理解与适用》，中国法制出版社2014年版，第270页。



的司法化变革。我国虽未发生类似的断裂与革新，但 2014 年修法与 2015 年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称 2015 年《行诉法解释》）促进了诉讼类型化，为行政首次判断权理论基础的转变提供契机。

### 1. 服务于权利保障的行政诉讼制度

在德国，二战后各占领区依据 1946 年第 36 号《军政府法令》（MRVO）设置的行政法院具备真正法院管辖的所有特征，包括法官在人员和事务上的独立性、维护所有参与人法定听审的司法形式的程序，<sup>[52]</sup>《基本法》及后续的《行政法院法》则将行政审判划归司法权，<sup>[53]</sup>并接受了英占区与美占区行政法院法令<sup>[54]</sup>中新增的诉讼类型，在《行政法院法》第 42 条与第 113 条中规定了同撤销诉讼相并列的课予义务诉讼，使得行政法院可以同民事法院一样作出所有的三种类型的判决。行政法院在管辖方式和判决类型上实现了司法化。这可以说是对贝尔司法型法治理念的接续。“德国新建的行政管辖的知识祖先既不是汉斯·凯尔森，也不是鲁道夫·冯·格奈斯特，而是奥托·贝尔。我们选择了司法国家的解决方案，通过司法诉讼实现法治国家。”<sup>[55]</sup>司法权有别于立法权和行政权，其合法性立基于以一种追溯性的、个体化的方式保护私人权利，也就是保障个人自决的实现，<sup>[56]</sup>因此行政法院的司法化标志着行政诉讼的主观化，即行政诉讼的功能焦点从法秩序维护转移到权利保护，两种功能之间的主从关系发生了颠倒。<sup>[57]</sup>

而在我国，虽然行政诉讼一直被划归司法权，但 2014 年的修法也对行政诉讼的目的作出了以下两点调整：其一是明确了行政诉讼“解决行政争议”的功能；其二是删去“维护和监督依法行使职权”中的“维护”，增强法院的中立性。这促使权利救济的目的与争议解决的目的凸显出自身的独立性与重要性。2014 年针对判决类型的修法与 2015 年《行诉法解释》中针对履行判决与给付判决作出要件的说明，可以视为“单向度的‘行为诉讼’转向多向度的‘关系诉讼’”<sup>[58]</sup>的标志，也可视为对诉讼目的与功能变迁的回应。<sup>[59]</sup>

这是因为公法权利在两个方面都发生了转变。一方面，纳粹统治与残酷战争的教训催使自然法思想回潮，基本权利构成对立法者的拘束，这打破了公法权利对实定法的依赖。基本权利不是实定法秩序的创造物，相反，实定法秩序要依托对基本权利的保障而获得正当性。<sup>[60]</sup>并且基本权利作为一种客观价值秩序对国家权力的行使提出要求。既然权利的存在不完全依附于实定法，则

[52] Vgl. Otto Bachof, *Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 4 (1949), 377, 379; Christian-Friedrich Menger, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 1954, S. 52-55.

[53] Vgl. Otto Bachof, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 2. Aufl., 1968, S. 18-19; Christian-Friedrich Menger, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 1954, S. 60-62.

[54] Vgl. *Militärregierungsverordnung Nr. 141 über die Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen in der britischen Zone* (Art. I Nr. 1 lit. b und Art. III Nr. 2); *VGG der amerikanischen Zone* § 35 Abs. 1 und 2.

[55] Karl August Bettermann, *Das Verwaltungsverfahren*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 17 (1958), S. 166.

[56] 公法权利是通过定义权利范围来保护所有人的个人自决的一般规则，司法机构被期望作出个别性的决定，其正当性来自个人的自决要求。Vgl. Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, 2008, S. 100-106; Bernd Grzeszick, *Die Teilung Der Staatlichen Gewalt*, 2013, S. 65.

[57] Vgl. Winfried Brohm, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat*, *Die öffentliche Verwaltung*, Heft 1, 35 (1982), 1, 2.

[58] 梁风云：《不断迈向类型化的行政诉讼判决》，载《中国法律评论》2014年第4期，第152页。

[59] 参见李广宇、王振宇：《行政诉讼类型化：完善行政诉讼制度的新思路》，载《法律适用》2012年第2期。

[60] 参见〔德〕康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第231页。

侵权性判断就不能被违法性判断完全吸收。而另一方面，社会利益与社会力量的分化促生了越来越多的对私人自由的非国家侵害，个人的生存越来越仰赖国家的给付与照顾，国家与社会之间的界限正在变得模糊，国家通过法律更加积极地形成与塑造社会。<sup>〔61〕</sup>公法权利在排除非法侵害之外还衍生出请求保护和受益权能。所谓请求保护权能，指由于对自由权的威胁越来越多来自第三人和自然力引发的灾害，自由权在防御功能（Abwehrfunktion）外的保护权能（Schutzfunktion）逐渐凸显。<sup>〔62〕</sup>保护请求权与国家保护义务作为一般法理在我国的规范与学说上也得到容认，呼应“国家尊重和保障人权”[《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第33条第3款]要求，第三人的要求干预或请求保护的公法权利崭露头角。<sup>〔63〕</sup>所谓请求受益权能，主要指以生存保障、福祉提高为内容的生存权。在德国，自由权作为分享请求权的面向同社会法治原则结合，弥补了《基本法》在社会基本权利方面的留白。在我国，尽管《宪法》上规定的劳动权（第42条）、休息权（第43条）、获得物质帮助权（第45条）、受教育权（第46条）等是否应被视为规范意义上的基本权利仍有争议，但反对者并非否定生存权的保障必要性，而是强调这类权利的实现程度受制于国家给付能力，将其委诸立法者的裁量或许更为合适。<sup>〔64〕</sup>当立法者通过相关领域的专门立法为生存权的实现配置了财政、组织与程序保障时，也就塑造了私人请求国家依法受益的请求权。<sup>〔65〕</sup>

## 2. 对行政首次判断权的相对尊重

行政诉讼权利保障功能的强化与公法权利保护权能及受益权能的凸显动摇了行政诉讼的上诉审类似性。毕竟私人的权利不只是“不受非法侵害”的自由，保护权能与受益权能的实现依赖于行政的积极作为，因此，至少在原告请求国家保护或受益的给付诉讼中，“对诉讼的审理等同于对涉案行政行为的合法性审查”这一默认的前提就应当予以检讨和修正，否则无法回应原告的诉求以解决纠纷，也不能实现对原告请求权的充分救济。对行政首次判断权的司法尊重得以相对化，不复是行政审判的本质性特征，而是需要提供实质性理由证成。

这种理由通常是行政机关相对于法院的判断优势。即基于实定法的权力分配，行政机关在组织、人员、程序、权限等方面相较于法院更具事实发现或法律判断上的优势，可以更好地适用法律，<sup>〔66〕</sup>因此应由行政机关首次判断，课予行政机关具体义务的判决缺乏裁判成熟性。<sup>〔67〕</sup>鉴于“行政裁量的历史可以说是行政裁量日益窄化的历史……司法权借助于立法的助推，逐渐从形式和实质上加强对行政裁量的审查”<sup>〔68〕</sup>，对行政首次判断权的绝对尊重就随着“自由裁量不予审

〔61〕 Vgl. Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 75 - 77; 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学出版社2001年版，第51-54、93-96页。

〔62〕 Vgl. Volker Epping, *Grundrechte*, 9. Aufl., 2021, Rdn. 16, 122; 〔德〕康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第234-235页。此即对基本权利的国家保护义务，对自由权“防御国家的侵害”到“请求国家的保护”这一转折较经典的说明可参见〔日〕小山刚：《基本权利保护的法理》，吴东镐、崔东日译，中国政法大学出版社2021年版，第43-78页。

〔63〕 对此的具体论述可参见王世杰：《行政法上第三人保护的权利基础》，载《法制与社会发展》2022年第2期。

〔64〕 此类观点可参见刘康磊：《权利·义务：现行宪法社会权的理解与反思》，载《西南政法大学学报》2012年第3期；刘馨宇：《宪法社会权性质的教义学探析》，载《中外法学》2022年第3期。

〔65〕 Vgl. Andreas Funke, *Falldenken im Verwaltungsrecht. Ein systematisches Studienbuch*, 2020, S. 38.

〔66〕 此即功能主义的分权理论。Vgl. Christian Bickenbach, *Das Bescheidungs Urteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage*, 2006, S. 92.

〔67〕 参见〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第444页。

〔68〕 王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第144页。

查”一道成为历史，在不存在裁量或者裁量收缩为零的情形下，法院可以就个案中如何适用法律作出代替性判断，此时就是由法院行使首次判断权。我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（2018）（以下简称2018年《行诉法解释》）第91条规定，履行判决的作出取决于是否“尚需被告调查或裁量”，亦可表明对行政首次判断权的尊重不复是一个先验的命题，而是要放到个案中进行具体判断。从这个角度看，将行政首次判断权的理论基础归结于“法官恪守权力界限”“法官缺乏行政历练”“行政专业知识与经验使行政机关具有优越性”<sup>〔69〕</sup>，也不能说是错误。但是，至少要在行政诉讼的上诉审类似性得以反思和修正，诉讼类型化在规范上得以容认后，法院超越合法性审查、进行代替性的首次判断才具备现实可能，才谈得上以上述理由论证法院有必要尊重个案中的行政首次判断权。

#### 四、对行政首次判断权的司法尊重

既然对行政首次判断权的司法尊重只是缓和而非消弭，那就仍有必要研究这种司法尊重在当下法秩序中的展开。以下首先探讨首次判断权的载体，这是司法尊重的对象，然后考察有哪些因素影响尊重的强度，构成司法尊重的边界。

##### （一）司法尊重的对象

既然尊重行政首次判断权通常是因为案件中仍保有行政的调查与裁量余地，那尊重行政首次判断权是否就等于尊重行政裁量？行政的首次判断权是否因此退化为一种概念上的阑尾？这就有必要探讨在提及“尊重行政的首次判断权”时尊重的到底是什么。

行政判断是一个法适用的过程，大致包含四个步骤：案件事实的调查与确认，法规范选择与解释，将事实涵摄（或等置）入法规范，法律效果的选择。<sup>〔70〕</sup>所选择的法律效果经由行政行为外部化，也就是说行政行为是对判断结论的宣布与实现。理由（Begründung/Gründ）则是行政判断过程与行政行为之间的连结，可以分为（事实）证据采信理由、（法律）依据选择理由与行政裁量理由。其中行政裁量理由最为重要，因为这是对行政机关行使裁量权时着眼点和个别基准的展现，行政机关据此说服相对人，法院据此审查行政裁量。同一行政行为可能由多个裁量理由支持，举例而言，依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第72条第3款，“对某甲处以二百元罚款”是一个行政行为，“某甲吸食少量鸦片”或“某甲为缓解病痛而吸食鸦片”均可构成行政机关认定“情节较轻”的理由。因此可以区分“判断和决定过程中的首次判断权与作用和行为层面的首次判断权”，分别对应行政行为的理由与作为规律（Regelung）的行政行为，理由是行政首次判断权的最小行使单位。<sup>〔71〕</sup>

裁量决定的理由说明了行政机关行使裁量权的着眼点，但未必穷尽说明了所有的着眼点，此时行政机关只是在其裁量所依据的理由上行使了首次判断权。因此所谓“尊重行政的首次判断权”指的是尊重同一行政行为（可能有）的其他理由上尚未进行的行政判断。如同一行政行为 X

〔69〕 黄先雄：《行政首次判断权理论及其适用》，载《行政法学研究》2017年第5期，第117-118页。有的法院也持类似观点，参见江苏省宿迁市中级人民法院（2016）苏13行终第7号行政判决书。

〔70〕 参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第47页。

〔71〕 参见〔日〕山本隆司：《诉讼类型、行政行为与法律关系》，王贵松译，载《法治现代化研究》2020年第6期。

可由相互独立的理由 A、B、C、D 支持，行政机关以 A 为理由作出 X 行为时，行政机关在 B、C、D 上仍保有首次判断权。法院对理由 A 中的行政判断予以尊重是尊重行政裁量，法院只审查理由 A 而不对理由 B、C、D 作判断则是尊重行政的首次判断权。可见，尽管尊重行政的首次判断权同尊重行政裁量有关，但二者发挥着不同的功能，前者不能被后者吸收。

在绝对尊重行政首次判断权的立场下，行政法院的审判就被严格地限缩于对给出的理由上已进行的行政判断的合法性审查：行政行为是否有事实根据、证据确凿，是否正确适用法律，是否妥当地选择了法律效果。<sup>〔72〕</sup>至于涉案的其他事实能否适用其他的法律、选择什么法律效果更加妥当，法院对此不作判断，而是发回行政机关重新决定。而行政首次判断权原理缓和化后，行政法院的审判就可能溢出行政机关给出的理由而触及案件涉及的整体法律关系，就案件事实如何认定、如何解释并适用法律、如何选择法律效果代替行政机关作出判断。变更判决与课予特定义务判决是法院代替行政机关进行首次判断的典例。预防性的禁止作为判决则有些特殊，相当于在行政行为作出之前，法院通过庭审中的两造对抗预先了解并审查了该行政行为所有可能立基的理由，然后对该行政行为的合法性予以否定，但案件中的法律关系应如何调整，仍留给行政机关决定。

## （二）司法尊重的强度

这一研究得以开展的前提是排除行政诉讼审理等于合法性审查的前理解，当上诉审查性不再是行政审判的本质性特征时，尊重行政的首次判断权才不复是先验性的绝对原则，才产生探讨司法尊重强度的可能。一般而言，以下三项因素会对司法尊重的强度产生影响。这三项因素之间存在递进关系，即首先因为权利保护的实效性产生了由法院进行代替性判断的需要，然后才有必要考虑法院的事实发现能力及个案中的行政裁量。

### 1. 权利保护的实效性

如果交由行政机关首次判断会显著危及权利保护的实效性，法院就有必要超越违法性审查直接调整涉案法律关系。而权利保护的实效性又可以进行两个维度的评估。

一是待保护权利的位阶。基本权利位阶秩序理论认为，即使同为权利，彼此之间也存在位阶上的高低，有必要予以某些权利相较于另一些权利更为优先的保障。<sup>〔73〕</sup>在保障上，生存权优先于发展权，不可恢复的权利优先于可恢复的权利。这样的逻辑也适用于行政诉讼。《行政诉讼法》第 57 条规定对“抚恤金、最低生活保障金和工伤、医疗社会保险金”的先予执行制度，第 56 条规定在“该行政行为的执行会造成难以弥补的损失”时可以停止执行，显然也是出于区分待保护法益位阶的考量。因此，如果原告寻求救济的权利是最低生活保障金、医疗保险金给付请求权这类关乎生存的权利，或人身自由权、隐私权这类受损后不可恢复的权利，对行政首次判断权的司法尊重程度就有必要减弱。二是权利保护的方式。权利具有不同的功能，对应不同类型的国家义务，有时国家消极的不予侵害即可实现权利保护，有时却需要进行积极的给付或干预。<sup>〔74〕</sup>这种

〔72〕 参见姜明安：《行政法》（第 5 版），法律出版社 2022 年版，第 279-284 页。关于形式合法性与实体合法性各自包含的内容，不同学者之间存在些许差异，但司法审查应覆盖的范围基本重合，如毛雷尔认为形式合法性包含管辖权、程序、形式及说明理由，实质合法性包含符合现行法律与原则、有授权根据、裁量没有瑕疵、符合比例原则与确定性原则、符合其他合法要件。参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 235-240 页。

〔73〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社 2017 年版，第 300-302 页。

〔74〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社 2017 年版，第 69-70 页。



分野对应行政诉讼法上的撤销诉讼与给付诉讼。<sup>〔75〕</sup> 如果原告主张的权利通过撤销违法行政行为即可实现，那就无需突破对行政首次判断权的尊重，去考察有无其他理由可支持该行政行为的合法性。相反，如果原告请求被告干预或给付，此时对行政首次判断权的司法尊重就有必要减弱，因为仅撤销违法的拒绝行为并不足以保护权利。

## 2. 法院的事实发现能力

正确地认识事实是后续判断展开的前提，在涉案基础事实不清、缺乏证据的情况下，法院对行政在新事实上的首次判断权的尊重取决于法院的事实发现能力。

法院的事实发现能力不能同行政机关相比，因为行政机关获取的信息通常来自行政调查，是第一手的，而法院获取的信息则大多来自案卷，是第二手的，并且行政官员在事实判断上具有法官所不具有的专家知识及行政经验，尤其是涉及专利、关税、食药等具有专业技术性的事务领域。但法院并非在事实发现上完全无能为力。一方面，案卷主义的缓和容许案件两造在诉讼中补充行政程序中未使用的证据，如允许原告与第三人进行证据补充，允许行政机关进行理由的追加与变更。法院可能因此获知行政行为所依据理由之外的事实。另一方面，立法者可能通过职权调查原则或释明权条款赋予法院主动收集信息以发现案件真实的能力。职权调查原则与辩论主义相对，标志着法院可不受当事人陈述或证据调查申请的拘束，依职权主动调查事实或要求诉讼参与人释明，并利用各种证据手段判断事实的真实内容（如德国《行政法院法》第86条第1款）；而采取辩论主义的诉讼制度中，对自由主义诉讼观的反思也凸显出法院行使释明权促进实质正义与当事人程序保障的必要性，<sup>〔76〕</sup> 即容许法院通过发问、晓谕、过议等方式促进当事人明确诉讼请求、去除或变更不当的诉讼请求并补充证据资料。<sup>〔77〕</sup> 我国行政诉讼制度中也有关于释明权的相关规定，容许法院通过敦促当事人举证（《行政诉讼法》第39条）、质询专家证人（《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第48条）与向当事人发问（2018年《行诉法解释》第44条）的方式促进案件真实的发现。当然，即使具备事实发现能力，法院是否要去主动查明案件真实还是需要结合案件的复杂性、审理效率等因素进行综合权衡。

## 3. 行政的裁量余地

案件事实清楚的情况下，还需考虑行政裁量的问题。“行政法的精髓在于裁量”，司法不能完全取代行政裁量“一方面是解决事务的能力界限，另一方面是法官所不熟知的行政政策上的考虑”，这使得“法院以‘个人权利自由’之名，一切都服从于自己的优越性判断，这样的做法即便不是不可能，但也是不妥当的”<sup>〔78〕</sup>。

但司法尊重的强度也会有差异。因为裁量广泛存在于行政判断的每一个环节，即使法律效果的选择是羁束性的，行政机关仍可能就案件事实的调查方式及证明程度、不确定法律概念的解

〔75〕 同狭义与广义的“行政给付”相对应，狭义给付诉讼指以金钱财物为给付对象的“行政给付诉讼”，广义给付诉讼的给付对象不仅包括行政行为、事实行为与金钱财物，甚至可能包括行政不作为。参见江必新、梁风云：《行政诉讼法理论与实务》（第3版），法律出版社2016年版，第1638-1639页。本文在广义范畴上使用“给付诉讼”这一概念。

〔76〕 参见张力：《阐明权研究》，中国政法大学出版社2006年版，第16-28页。

〔77〕 参见蔡虹：《释明权：基础透视与制度构建》，载《法学评论》2005年第1期。这是日本行政诉讼法采取的路径。参见〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第348-351页。

〔78〕 〔日〕田悦村一：《自由裁量及其界限》，李哲范译，中国政法大学出版社2016年版，第112、216页。

释、决定所需的时间、采取的程序具有裁量余地。因此有必要区别不同类型的行政裁量，进而将司法尊重的强度予以阶梯化。大致可以认为：事实发现上的裁量、时期上的裁量、程序上的裁量对行政判断的内容影响不大，如果行政裁量仅存在于这些方面，那通常不能据此要求法院尊重；要件裁量上的代替性判断相较于效果裁量上的代替性判断更容易被接受，因为作出法的宣告是法院的原始功能，并且当下保护基本权利的迫切需求使得行政机关在解释不确定法律概念时的判断余地越来越窄，不确定法律概念被进一步分为经验性不确定法律概念与价值性不确定法律概念，可以分别通过预设一定的价值与去价值化来将其转化为较易审查的构成要件；〔79〕效果裁量“是行政机关在法律要件补充充足之后适当选择的自由”〔80〕，被认为是属于行政权的核心领域，不宜轻易由司法权代替行使。因此存在效果裁量时的司法尊重比只存在要件裁量时更强。

即使存在效果裁量，还需考虑裁量收缩的可能性。法效果选择上的裁量空间可能因为行政介入请求权与国家保护义务的存在而被压缩，有时甚至只存在“唯一合法的法律后果”，此时裁量的权力转化为履职的义务。〔81〕典例就是危险防御的情形中，有极高盖然性发生对私人重大法益的严重侵害，且行政机关可以预见危险并有职权采取回避危险的措施时，就应当采取这种措施。

## 五、行政首次判断权的诉讼展开

经过以上分析，探讨尊重行政首次判断权在诉讼中的展开就有了抓手。对撤销诉讼与给付诉讼进行分类讨论是一种比较妥当的思路，因为撤销诉讼与给付诉讼中的原告具有不同的诉求。

### （一）在撤销诉讼中的展开

撤销诉讼是行政审判最古典的形态，承担了更多的法秩序维护与监督行政的功能，审查并撤销违法行政行为即可救济受损的私人自由。在我国，撤销诉讼的提起、审查、判决全程都是围绕行政行为构建的：撤销诉讼的受案范围通过列举行政行为的种类加以描述；原告资格来自同行政行为的利害关系（《行政诉讼法》第25条）；判决要件在于行政行为的合法性（《行政诉讼法》第70条）；判决的禁止反复效力限于被诉行政行为所依据的事实与理由（《行政诉讼法》第71条）。可以说，尊重行政首次判断权的要求或者说行政诉讼的上诉审查性内嵌在撤销诉讼的构造中。

即使不考虑学理脉络中行政首次判断权同撤销诉讼的亲缘，仅考虑上述三项因素，法院仍应保有较强的尊重。首先就权利保护的实效性而言，撤销违法的侵益性行政行为即可实现对原告的权利保护，至于有无其他的理由支持该行为，并非原告所关怀，也不宜由法院代替判断，否则会剥夺两审终审制下原告的初审诉讼权利。〔82〕其次就法院的事实发现能力而言，侵益性行政行为通常由行政机关依职权进行，行政程序中的证据也基本来自行政机关主动进行的调查，即使案

〔79〕 参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第60-63页。

〔80〕 王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第46页。

〔81〕 关于裁量收缩论的具体展开可参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第190-250页。

〔82〕 Vgl. Gregor Marx, Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß. 1995. S. 144 - 145.

情并不涉及复杂的专业性判断，法院也难以复现案情重新调查，获取更多的信息。再次就行政裁量而言，以行政处罚为代表的侵益性行政行为中通常存在着广泛的效果裁量，能否以及如何压缩裁量还欠缺共识与标准，<sup>〔83〕</sup>而且效果裁量中的幅度裁量很难被压缩为零。

唯一的例外是《行政诉讼法》第77条规定了对行政处罚的变更判决，法院可以在行政处罚“明显不当”时代位行使行政的首次判断权。但法规范本身并未规定明显不当的判断标准、法院在决定是否作出变更判决时的考虑因素及进行变更所依据的标准，这为变更判决的适用带来很多不确定性。1989年制定《行政诉讼法》时，是否应设立变更判决争议很大，甚至在1989年3月七届全国人大二次会议分组审议时，仍有代表基于避免法院侵夺行政机关的权限与维持合法性审查原则的立场，否认法院的变更权。<sup>〔84〕</sup>站在被告行政机关的立场上，相较于至少还维持了法院判决与行政行为之间界限的履行判决，变更判决则是由法院判决取代了行政行为，对行政权的侵夺更为直接。站在原告公民的立场上，变更判决也属诉判不一致，行政处罚是典型的侵益性行政行为，撤销该行政行为才是原告的诉请，变更判决不仅并未实现原告诉请，还相当于剥夺了原告请求一审救济的机会。当然，这也能说明在行政处罚领域容许变更判决显然是出于一次性、实质性解决行政争议的目的，避免两造在事实清楚、法律选择与解释正确、涵摄/等置正确的案件中围绕具体罚款数额反复争讼。但也应当意识到，这一目的的实现是以显著损害法院与行政机关之间的权力分工、公民的程序权利为代价，因此变更行政处罚判决应属于绝对的例外，仅在实质性解决行政争议具有极高必要性，且原被告双方都认同变更结果的情形下才得容许。

## （二）在给付诉讼中的展开

给付诉讼与利害调整型行政法相对应，<sup>〔85〕</sup>有别于撤销诉讼，其构造是围绕实体法上请求权的成立性而展开，可以用请求权模式（Anspruchsmodell）加以构造。<sup>〔86〕</sup>我国实定法绕过行政行为，将“法定职责”的不履行与“给付义务”的存在规定为履行判决和给付判决的判决要件，使得这两条具备承载公法权利义务分析的可能性，给付类诉讼的审理也就可以不局限于对行政行为合法性的审查。忽视诉讼构造上的区别，以尊重行政的首次判断权为由直接拒绝受理案件或拒绝作出履行判决显然是不足的，法院需要为司法尊重提供更实质的说理。

具体到本土，首先需要探讨的是实定法是否容认了行政法上的给付诉讼，换言之就是《行政诉讼法》第72、73条规定的履行判决与给付判决课予行政机关的义务能否包含实体性内容。对此的回答是肯定的，对于原告请求被告作为的诉讼请求，法院以实体性判决予以回应才能实现“实质性解决行政争议”的立法目的。<sup>〔87〕</sup>即使因为“尚需被告调查或者裁量”而尊重被告的首次

〔83〕 学理上对行政裁量收缩的研究通常限于危险防止领域和给付行政领域，参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第190-192页。

〔84〕 参见何海波编：《行政法治奠基时：1989年〈行政诉讼法〉史料荟萃》，法律出版社2019年版，第112、119、121页。

〔85〕 参见王贵松：《作为利害调整法的行政法》，载《中国法学》2019年第2期。

〔86〕 这一进路在德国颇具影响力。Vgl. Andreas Funke, Falldenken im Verwaltungsrecht. Ein systematisches Studienbuch, 2020. 中国学者的零星论及参见赵宏：《规划许可诉讼中邻人保护的权利基础与审查构造》，载《法学研究》2022年第3期。

〔87〕 在德国，一度有观点主张课予义务判决课予被告的仅是重作义务。Vgl. Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., 1968, S. 18-19; Christian-Friedrich Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 62, 193. 这种理解使得履行判决仍然处于撤销判决的延长线上，只不过是把本身就包含在撤销判决拘束力效果中的重新处理义务加以明确宣示，不符合战后行政审判司法化的变革趋势，也不利于权利救济与争议解决，故而逐步被抛弃。

判断权，课予被告的也绝非程序性的重作义务，而是受判决意旨拘束的重作义务。

具体来说，在原告请求被告履行法定职责的理由成立时，2018年《行政诉讼法解释》第91条以是否“尚需被告调查或者裁量”为界，区分了履行具体义务判决与履行重作义务判决（又称“答复判决”），分别对应对行政首次判断权较弱和较强的尊重。该条文中的“调查”对应案件事实发现，“裁量”对应规范解释与法效果选择，这与前文列举的影响因素相契合。就事实发现而言，给付诉讼中的法院比撤销诉讼中的法院更具优势，因为给付诉讼中涉及的行为通常以相对人的申请为前提，相对人有义务提供证据或协助调查，如提供全面且真实的说明（如《行政许可法》第31条第1款），如果相对人不协作或者欺诈隐瞒，不仅要承担可能的不利后果，还可能承担法律责任（如《行政许可法》第78、79条）。相对人在行政程序中提交的证据也是其在诉讼提交的证据，并且案件的事实状态通常可以从申请时延续到审理时，仅就案件信息获取而言，法院与行政机关处于同一水平线上。因此，除非待调查的事实非常复杂，如需要专家经验、多机关的协助、专门的程序等才能查明，法院有必要通过调取证据或行使释明权在诉讼中查明案情。而就裁量而言，法院不仅有必要考察是何种类型的裁量并结合权利保护的需求考察有无收缩的可能，还需考虑利害调整型行政任务的特殊性，如对第三人利益的考虑要求、程序的公正透明性等等，即使不能据此将裁量收缩为零，但也有必要在判决中予以提示，如此，答复判决课予被告的就是“依判决要旨答复”的义务，行政机关在重作时的裁量受到判决意旨的拘束。<sup>[88]</sup>

答复判决“遵守判旨”的拘束力同撤销判决的禁止反复效力既有联系，亦有区别。二者的相似性在于都承认对判决主文提供支撑的主要判决理由也对被告的重作具有拘束力。这不仅从《行政诉讼法》第71条与《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（2002）第70条中得到佐证，也在最高人民法院的判决中有所体现。<sup>[89]</sup>二者的区别在于：禁止反复效力的拘束是单一的，仅禁止被告“以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的行政行为”；而“遵守判旨”效力的拘束是双重的，不仅禁止被告对于法院在判决中认定成立的请求理由及其基础事实作出相反的判断，还将被告重作时的判断余地限缩在法院认为“尚需被告调查与裁量”的事项上。<sup>[90]</sup>答复判决“遵守判旨”的效力可以更精细地分割给付诉讼中法院与行政机关各自的权限，在不侵夺行政机关首次判断权的情况下促进争议的实质性解决。<sup>[91]</sup>

[88] 德国法上称之为“答复判决”。参见〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第446页。2016年最高人民法院在“郭某欣诉山东省巨野县人民政府等征收补偿决定及复议决定案”中借鉴德国法上的界定，引入“答复判决”的概念。“如果这种事实调查过于繁重，或者存在行政裁量或判断余地之情形，法院也可以作出一种答复判决，即法院不是直接宣布行政机关的义务，而是责令行政机关按照法院的法律观重新作出决定。”最高人民法院（2016）最高法行申2621号行政判决书。

[89] 参见最高人民法院（2017）最高法行申265号行政裁定书。

[90] Vgl. Christian Bickenbach, Das Bescheidungs-surteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage, 2006, S. 206; Marcus Hödl-Adick, Die Bescheidungs-klage als Erfordernis eines interessengerechten Rechtsschutzes, 2001, S. 79-80. 最高人民法院法官撰写的司法解释义书采取了类似立场：“被告违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的，法院实际上已经表明了自己的‘法律观’，即原告的请求理由是成立的，而被告采取了违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的方式，法院在判决理由中已经肯定了原告的诉讼请求，并且否定了被告不履行法定职责的行为，只是由于被告对相应的行政事项尚具有裁量空间、调查空间、判断空间，法院才不作出具体判决，而交由行政机关按照法院的‘法律观’或者‘司法意旨’作出相应的行政行为。”江必新、梁风云：《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》，中国法制出版社2015年版，第186-187页。

[91] 将答复判决视为撤销加重作判决的观点（如王明喆：《行政诉讼履行判决的类型与适用——基于“不履行法定职责”类型化的分析》，载《环球法律评论》2023年第3期），忽视了遵守判旨效力同禁止反复效力之间的区别，应予反驳。



## 六、结 语

尊重行政的首次判断权意味着行政审判的上诉审类似性，但这并非行政诉讼的本质属性，而是时代的产物。在行政诉讼制度初建时期，公法权利依赖于实定法，主要表现为“免于非法侵害”的消极自由，则由特别行政机关（行政诉讼）以类司法的程序审查并排除非法的行政干预即可实现秩序维护与权利保障。权利保护理念的高扬使得行政诉讼从合法性审查制度转型为权利救济制度，公法权利权能的扩张又使得仅进行合法性审查不能满足权利保障的需要，给付诉讼的分化与并立成为大势所趋，此时尊重行政的首次判断权是行政权判断优势的体现。可见，诉讼的类型化并不会抹消行政的首次判断权原理，只是使之缓和化。尊重行政的首次判断权等于尊重行政机关在行政行为理由上未行使的调查与裁量，同尊重行政裁量虽有联系，更有区别，法院是否要在其他理由上进行替代性判断取决于权利保护实效性的要求、法院的事实发现能力以及行政裁量余地。据此可以依据诉讼类型分别讨论行政首次判断权的展开。撤销诉讼围绕侵害行为的合法性展开，法院原则上不宜代替行政机关首次判断。给付诉讼则聚焦于原告实体法上的请求权是否成立，法院要为尊重行政的首次判断权提供更具实质性的理由。

---

**Abstract:** Respecting administrative primary judgement implies the similarity of the appellate trial of administrative litigation. At the early stage of the administrative litigation system, public right was embodied in the freedom from unlawful infringement, and cancellation of unlawful administrative acts by a relatively independent organ could maintain order and safeguard freedom. The concept of rights protection and the expansion of the connotation of public rights makes the court can not stop at the legality review, and respect for administrative primary judgement is no longer a kind of priori commandment, but respect for the superiority of the case considerations. The smallest unit of the primary judgement is the reason for the administrative act, and whether the court is to substitute judgement on other reasons depends on the effectiveness of rights protection, the fact-finding ability of the court, and administrative discretion. The unfolding of the administrative primary judgement can be discussed according to litigation types: revocation litigation is centred on the administrative act, and the exclusion of unlawful administrative acts protects the plaintiff's rights, and the change of the administrative penalty judgement can only be a rare exception; fulfillment litigation focuses on the legal relationship, and serves the realisation of public law rights, court has to provide a more substantial ground for the respect of the administrative primary judgement, which is usually administrative have an irreplaceable advantage in fact-finding or retain a discretion that cannot be further compressed.

**Key Words:** primary judgement, lawfulness review, administrative discretion, litigation typification, dispute resolution

---

(责任编辑：于文豪)

## 操纵市场类型化认定的理论审思与制度构造

孙宝玲\*

---

**内容提要：**操纵市场行为损害证券市场效率和公平，应予禁止。但识别操纵市场的难点在于，某些操纵的外观表现为正常的交易，很难将其与对市场有利的健康交易活动相区分。目前对操纵市场的认定主要有以欧盟为代表的“行为+后果”模式、以美国为代表的“意图”模式及我国的“影响”模式，但皆存在困境。以行为手段与获利模式为基础将操纵市场分为欺诈型与交易型，并将交易型进一步分为公开交易型与外部利益型，是区分操纵市场与合法交易的有效路径。欺诈型、公开交易型与外部利益型操纵有不同的行为模式和违法性根源，应设计不同的认定标准，以更好识别和打击操纵市场，同时可为投资者民事求偿奠定侵权行为认定的理论基础。

**关键词：**操纵市场 欺诈型操纵 交易型操纵 不对称价格反应理论

---

“恒康医疗”案于2019年12月27日宣判，作为操纵市场民事赔偿胜诉第一案，在操纵市场民事审判领域迈出了历史性步伐。但其赔偿金额与投资者起诉请求相差甚远，在如何区分操纵市场与虚假陈述的行为特征、主观意图、损害后果、市场影响以及行政处罚等方面，亟须在今后的民事审判实践中探索完善。在操纵市场行政执法实践中也缺乏清晰、可操作性强的操纵行为认定标准，执法公信力不强，缺乏说理。<sup>〔1〕</sup>虽然我国在2019年《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）修订之时修改了操纵市场基本规范，但现有规范尚存在缺陷，无法区分正常的交易行为与操纵市场。<sup>〔2〕</sup>而目前关于操纵市场行为的研究多为零散、具体的分析，缺乏对操纵市场行为认定标准的框架性研究。早期研究操纵市场行为类型化的学者提出操纵市场行为大致有虚伪交

---

\* 孙宝玲，首都经济贸易大学法学院讲师。

本文为首都经济贸易大学新入职青年教师科研启动基金项目“类型化视角下算法交易中的操纵市场认定研究”（XRZ2023012）的阶段性成果。

〔1〕 参见彭冰：《交易型操纵民事责任的因果关系界定——朱雀投资诉阿波罗公司、邵某案分析》，载《中国法律评论》2023年第4期。

〔2〕 参见《中国证监会行政处罚决定书》（〔2016〕70号）。

易、实际交易操纵、散布谣言或不实资料、违反政令而实施的安定操作等类型。<sup>〔3〕</sup>但未说明此分类的原理及规范意义，大体可认为是从操纵手段角度进行的归纳性分类。也有学者提出了信息型操纵与交易型操纵的类型划分，但对于信息型操纵的范围，学界并无统一的观点，且信息型操纵与交易型操纵并非操纵市场两大逻辑周延的基础性分类。<sup>〔4〕</sup>其他现有研究多聚焦于对某一操纵行为的具体研究，如对信息型操纵、跨市场操纵、抢帽子交易操纵、幌骗交易的研究等，缺乏对操纵市场行为的系统性类型化研究。<sup>〔5〕</sup>

本文溯源而上，从禁止操纵行为的核心理论中寻找规制基础，从类型化角度切入，以欺诈市场理论、市场的微观结构理论等分析不同操纵市场类型的认定标准，为操纵市场的认定提供理论定义明确、行为认定明晰、因果关系一致的逻辑基础，以厘清操纵市场规制的理论基本面，为指导监管实践提供坚实的法理基础。

## 一、现行操纵市场的认定模式与困境

操纵市场通过影响价格准确性与流动性损害市场效率与公平，阻碍证券市场正常发挥功能，是应予禁止的交易行为。考察现行操纵市场认定模式可为分析操纵市场的具体构成要件提供基准。<sup>〔6〕</sup>

### （一）以欧盟为代表的“行为+后果”认定模式

行为与后果认定模式是指，通过定义操纵手段的违法性及其产生后果的危害性区分操纵市场与正常的交易行为。这一模式的典型代表是欧盟对市场操纵的认定。为了应对市场中金融产品交易的自动化及可能出现的新型市场滥用行为，欧盟于2014年颁布了《反滥用市场条例》（Market Abuse Regulation）用以取代2003年的《反滥用市场指令》，为反市场操纵提供更为明确的认定规则。该条例扩大了市场操纵的定义，增加了操纵行为示例，如算法交易和高频交易中的市场操纵等。

《反滥用市场条例》在第12条第1款规定市场操纵包含以下手段：第一，向市场释放虚假或误导性信息，或导致人为定价的行为；第二，采用虚伪策略或其他欺骗诡计的行为；第三，向市场释放虚假或误导性信息，或导致人为定价的信息传播行为，且传播者知道或应当知道信息是虚假或误导性的；第四，金融基准操纵，即行为人传播虚假或误导性信息，或提供与金融基准相关的虚假或误导性输入数据，或从事其他操纵金融基准计算的行为，且该行为人知道或应当知道信息或数据是虚假或误导性的。第一种和第二种活动是关于欧盟市场操纵行为的概括性规定，对于这两个活动的认定，该条例附件中列出了一些具体的指标。第三个活动是第一个活动的具体化，如果行为人是通过信息传播的形式向市场释放虚假或误导性信号，或产生了人为定价的影响，则

〔3〕 参见张晨颖：《股市中操纵市场行为及防范的法律对策》，载《法学》2000年第5期。

〔4〕 参见缪因知：《信息型操纵市场行为执法标准研究》，载《清华法学》2019年第6期；程红星、王超：《美国期货市场操纵行为认定研究》，载《期货及衍生品法律评论》第1卷，法律出版社2018年版，第79-102页；高海涛：《试论信息型操纵的违法性及防控对策》，载《证券法苑》第22卷，法律出版社2017年版，第456页。

〔5〕 参见缪因知：《信息型操纵市场行为执法标准研究》，载《清华法学》2019年第6期；程红星、王超：《跨市场操纵立法与监管研究》，载《证券法苑》第22卷，法律出版社2017年版，第472-486页；王崇青：《“抢帽子”交易的刑法定性探析——以汪建中操纵证券市场案为视角》，载《政治与法律》2011年第1期；谢贵春：《证券市场如何规制幌骗交易——以美国为例》，载《证券法苑》第21卷，法律出版社2017年版，第191-207页。

〔6〕 参见樊健：《禁止操纵证券市场的理论基础：法律与金融的分析》，载《财经法学》2022年第3期。

还应证明行为人的主观状态，即行为人知道或应当知道其传播信息的虚假性或误导性。第四个活动是新增加的操纵行为，即操纵金融基准行为。如2015年全球多家银行交易员合谋影响伦敦银行间同业拆放利率（LIBOR），通过操纵该利率谋利的行为即属于金融基准操纵。<sup>〔7〕</sup> LIBOR是伦敦主要银行从其他银行借款时预计收取的平均利率，也是许多证券利率的基准，约450万亿美元的金融交易以该利率为估值基础。<sup>〔8〕</sup> 对该利率的操纵行为导致数万亿美元的金融工具以错误的利率定价，严重损害了金融市场的功能与信誉。该案在全球范围内已致多家涉案银行被处以总额超90亿美元的罚款，也为欧盟金融基准操纵的认定提供了例证。

《反滥用市场条例》第12条第2款列举了五种操纵行为的具体表现形式，包括：（1）利用市场优势地位，造成人为定价或其他不公平市场条件的效果；（2）通过尾市交易，造成误导其他投资者的效果；（3）通过算法或高频交易等申报订单，导致交易系统的运行受到干扰、识别真实订单的难度增加或向市场释放虚假或误导性信息；（4）抢帽子交易操纵，即通过媒体发表对金融产品的意见，同时持有该金融产品头寸，并随后从对该产品价格的影响中获利，而未同时以适当有效的方式向公众披露该利益冲突；（5）温室气体排放配额操纵，即在竞价前买卖二级市场中的温室气体配额及衍生品，导致该产品的人为定价或竞价中的误导性交易等。

总体而言，欧盟《反市场滥用条例》中规定了两类市场操纵行为：第一类是向市场释放虚假或误导性信号，或导致人为定价的行为；第二类是采用虚伪的策略或其他欺骗手段影响金融产品价格的行为。第12条第1款中的后两种行为都可以包含在第一类中，第2款中列举的操纵行为也是这两类市场操纵的具体化，该条例附件中也分两类列举了市场操纵行为的认定参考指标。其中，第一类市场操纵从行为的效果角度认定其违法性，若行为产生了向市场释放虚假或误导性信号的效果，或产生了人为定价的效果，则为市场操纵行为；第二类从行为本身认定其违法性，即行为本身具有虚伪性、欺骗性，则应认定为市场操纵行为。

该认定模式具有一定合理性，但总体而言较为严格，认定标准较高，且未明确操纵意图在操纵市场认定中的作用。首先，该认定模式中要求信息传播操纵与金融基准操纵中的行为人知道或应当知道信息的虚假性，实质上提高了行为人的操纵意图这一构成要件的认定标准。其次，操纵手段的认定标准不清晰，构成要件之间的逻辑关系模糊。如向市场释放虚假或误导性信息、采用虚伪策略或欺骗诡计的行为与虚假的信息传播行为等可能存在重合。<sup>〔9〕</sup> 这三个操纵手段之间的区别未予明确，可能导致在认定标准的具体适用上存在混乱。在虚假的信息传播操纵中，行为人知道或应当知道信息或数据是虚假的，而在第一种操纵手段，即向市场释放虚假信息的操纵中，行为人的操纵意图在认定中的作用及标准却未予明确。

## （二）以美国为代表的“意图”认定模式

意图认定模式是指以操纵意图作为操纵市场与正常交易区分标准的认定模式。美国证券法中

〔7〕 See Deirdre Ryan, *Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation*, 8 King's Inns Student Law Review 60, 60-87 (2019).

〔8〕 See Alexandra Youngblood, *Aftermath of the LIBOR Scandal*, 35 Review of Banking and Financial Law 57, 57 (2015).

〔9〕 See Mathias M. Siems, *The EU Market Abuse Directive: A Case-Based Analysis*, 2 Law and Financial Markets Review 39, 43-44 (2008).



的操纵市场认定规则是这一模式的典型代表，主要规定在其《证券交易法》的第9(a)和10(b)条。<sup>[10]</sup>第9(a)(1)条规定了禁止洗售、对敲等争议较小的典型操纵行为，第9(a)(2)条则是更概括性的规定，禁止进行以下证券交易：该交易将导致实际或表面的活跃交易或影响证券价格，且行为人进行该交易的目的是诱导他人购买或出售此证券。<sup>[11]</sup>这一规则具有实际意义的关键在于定义了何为非法目的。因为正常的交易活动也会造成证券交易活跃的现象，从而影响证券的价格；但除非法律另有规定，若行为人进行一系列证券交易的目的是诱导他人购买或出售此证券，则应认定为操纵市场而非正常的交易。第10(b)条禁止行为人在证券交易中使用操纵性或欺骗性手段。<sup>[12]</sup>这是一条概括性的反欺诈条款，并没有指出操纵性手段的具体含义。

美国《证券交易法》第9(a)(2)条对如何区分操纵市场与正常交易指出了具体认定标准，即行为人的操纵意图。虽然在欧盟“行为+后果”认定模式中的某些具体操纵行为中也存在意图这一构成要件，但其并非区分操纵行为与正常交易活动的根本标准。而在美国“意图”认定模式中，若行为人进行交易的目的是诱导他人交易，则应认定为操纵市场，该构成要件是区分表面正常的操纵行为与其他正常市场交易活动的根本标准。但作为区别标准的操纵意图在实践中很难认定，且规制只有意图没有损害后果的行为也缺乏坚实的规范基础。<sup>[13]</sup>此外，认定操纵意图的更具困难之处在于被视为操纵市场的客观行为与正常的市场活动是一致的。如连续高价交易可能被认定为操纵市场，因为集中资金优势连续买入是我国连续交易操纵的表现形式之一。但如果连续更高的出价不是出于操纵意图，可能的一个合理解释是：在行为人购买的同时，由于其他原因而导致证券的价格在上涨，而非行为人的操纵；或行为人通过勤勉地研究，得出某证券价格最终会上涨的结论，因而提前连续买入。<sup>[14]</sup>美国的GAF案和米尔肯案中也存在同样的客观证据不明困境，对这两个案子中的交易行为都可以进行其他解释，而这种解释与将其解释成操纵市场至少同样合理。<sup>[15]</sup>因此，确定操纵意图的具体证明标准及其在操纵市场认定中的作用力是意图认定模式的应予完善之处。

### (三) 我国的“影响”认定模式

根据我国证券法，操纵市场是指影响或意图影响证券交易价格或交易量的行为。有学者将之称为价量操纵，即价格操纵或交易量操纵。<sup>[16]</sup>操纵市场的构成要件是“行为手段+影响”或“行为手段+意图影响”，因而可将我国操纵市场的认定模式归纳为“影响”模式。此外，证监会的执法实践中采用的也是基于影响的认定模式。<sup>[17]</sup>在该认定模式下，如果能够证明所交易证券的价格或

[10] See Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 35 *Yale Journal on Regulation* 67, 67-126 (2018).

[11] See 15 U.S.C. § 78i(a)(2) (2012); *Anchor Bank, FSB v. Hofer*, 649 F.3d 610, 616-17 (7th Cir. 2011).

[12] See 15 U.S.C. § 78j(b) (2012).

[13] 参见朱庆：《论股份回购与操纵市场的关联及其规制》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2012年第3期。

[14] 在行政执法实践中，已有当事人提出相关申辩意见，如《中国证监会行政处罚决定书》（〔2022〕49号）、《中国证监会行政处罚决定书》（〔2022〕70号）等。

[15] See *United States v. GAF Corp.*, 928 F.2d 1253 (2d Cir. 1991); *United States v. Milken*, 759 F.Supp.109 (S.D.N.Y. 1990).

[16] 参见谢杰：《证券合规：市场操纵的法律规制与风险管理》，法律出版社2022年版，第38-44页。

[17] See Sun Baoling, *An Empirical Analysis of Regulation on Open-Market Manipulation in China: An Effect-Based Approach*, 18 *US-China Law Review* 109, 109-121 (2021).

数量受到交易行为的影响，或交易者意图对证券的价格或数量造成这种影响，则构成操纵市场。

这种影响认定模式背后的逻辑是，如果交易者的行为影响了所交易证券的价格或数量，则本质上是试图扭曲市场中的自然供求关系、损害市场定价机制的行为。交易者采取该种行为后，便可通过市场效率的失灵，或市场公平的损害，或两者同时受损而获利。<sup>〔18〕</sup> 由于真实的合法交易也可能对所交易证券的价格或数量产生影响，因此，区分表面合法的交易与正常交易行为的关键是意图或损害要素。在这一点上，欧盟的“行为+后果”认定模式与影响认定模式的区别在于对损害后果的举证责任不同。在“影响”认定模式中，原告只需证明其行为影响了证券交易价格或交易量即可，而无须证明是否导致人为定价。美国的“意图”认定模式与“影响”认定模式的区别在于对操纵意图的举证责任不同。在“影响”认定模式中，原告的举证责任已减少到仅证明意图影响价格或数量即可，而不是意图造成人为价格的特定意图标准。

虽然“影响”认定模式在操纵市场构成要件的证明中较为容易，但仍存在适用困境。首先，该模式无法区分正常的交易与操纵市场，投资者在证券市场中的正常交易也可能导致所交易证券价格或交易量的变化。该模式未从本质上阐明为何操纵市场与正常的交易不同，无法应对不断变化的操纵手段。其次，该模式提到了认定操纵市场的行为模式、损害后果与操纵意图三个构成要件，但没有明确这些构成要件之间的关系以及如何在实践中认定。是否某交易只要影响了价格或交易量，就构成操纵市场，或行为人只是意图影响价格但未成功也应承担操纵市场责任？《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）第55条中所列举的各具体操纵手段与影响或意图影响价格或交易量的关系如何并不明确。

## 二、类型检讨：基于违法性根源的行为模式认定

操纵市场的现行认定模式存在理论与实践缺陷，是因为没有认识到不同操纵市场类型的构成要件与认定标准有所差异。单层次的认定模式无法实现不同类型操纵行为的识别功能，因此，应构建操纵市场类型化理论，以对应多层次的构成要件与认定标准体系。此处的类型化理论并非对于操纵实践中行为模式的归纳与总结，而是从规范性视角对操纵手段的本质概括。实践中操纵人可能混合多种操纵手段以达到其操纵目的，但不同操纵手段作用于市场的逻辑不同。以行为认定为目的、以最小操纵手段公因式为视角，探究不同操纵手段的违法性根源，可为相应操纵市场行为的认定提供理论依据与实践指引，也可为人工智能背景下高频交易等算法交易中新型操纵手段的认定与解释提供理论依据。<sup>〔19〕</sup> 根据行为人操纵证券市场的手段不同，可把目前实践中的操纵市场分为两类，即欺诈型操纵与交易型操纵，二者的区分标准是行为模式中是否有洗售、对敲、利用虚假的重大信息等欺诈性手段。操纵市场行为的表现形式多样，从行为模式上而言，欺诈型操纵与正常的交易行为明显不同，而交易型操纵与正常的交易行为表面上一致，难以区分。因

〔18〕 See Gina-Gail S. Fletcher, *Legitimate Yet Manipulative: The Conundrum of Open-Market Manipulation*, 68 Duke Law Journal 479, 479-493 (2018).

〔19〕 参见那会强：《数字经济视角下的新〈证券法〉——修订解读、实施支撑与未来展望》，载《浙江工商大学学报》2020年第4期；刘艳红：《人工智能的可解释性与AI的法律责任问题研究》，载《法制与社会发展》2022年第1期。

此，该分类标准有利于首先从行为模式上对操纵市场的表现形式进行区分，为不同认定难度的操纵手段制定不同的认定标准。

### （一）欺诈型操纵的违法性根源

对于欺诈型操纵的违法性根源，除了行为人对整个证券市场的欺诈，还可通过市场的微观结构理论予以阐释。禁止欺诈型操纵的主要原因是这种交易策略降低了市场的流动性，而非对市场中的其他交易者不公平。<sup>〔20〕</sup> 根据市场的微观结构理论，解释市场价格形成的重要模型之一是信息模型，即信息在市场价格的形成过程中发挥着重要作用。<sup>〔21〕</sup> 信息模型将市场参与者分为内幕交易者、信息交易者、噪声交易者、流动性交易者及做市交易者五类。<sup>〔22〕</sup> 如果流动性交易者出售所购买股票的平均价格超过其购买时的价格，那么该流动性交易者就会获利。但流动性交易者在与知情交易者（包括内幕交易者、信息交易者）进行交易时，平均会亏损，因为知情交易者只有认为股票的真正价值高于流动性交易者的出价时，才会从流动性交易者处购买股票。<sup>〔23〕</sup> 因此，知情交易一方面使股价平均朝着更准确的方向调整，但另一方面鉴于其对流动性提供者的不利影响，会降低市场流动性。<sup>〔24〕</sup> 因而有必要在股价准确性提高带来的积极影响与流动性下降带来的负面影响之间进行权衡。通常而言，基于股票的基本价值信息进行交易对市场是有利的，而基于披露的信息、来自发行人或非发行人的内幕信息进行交易对市场是有害的，因为这些交易在导致流动性下降的同时不会提高价格准确性，或会导致对交易对手的不公，损害市场公平。

从本质上而言，欺诈型操纵是一种特殊的知情交易。欺诈型操纵者根据他知悉而市场不知的信息进行交易，即他所作出的压低或抬高股价陈述的虚假性，或他所知悉的洗售、对敲、虚假申报等交易的非真实性。欺诈型操纵者的知情交易在总体上降低了证券的流动性而又未提高价格准确性，是一种损害证券市场的行为。

### （二）交易型操纵的违法性根源

根据获利方式的不同，交易型操纵可进一步分为公开交易型操纵与外部利益型操纵。公开交易型操纵行为人通过预测市场中存在不对称的价格反应，以低买高卖的方式获利；外部利益型操纵行为人通过独立于交易但与市场价格相关联的外部利益获利。该分类标准的意义在于通过区分不同获利方式的交易型操纵，厘清交易型操纵不同的违法性根源与获利可能性，分别对公开交易型操纵与外部利益型操纵中行为人的目的与动机进行解释，有利于相应操纵市场行为的认定。

#### 1. 再类型化之一：公开交易型操纵

美国证券法学者费舍尔（Fischel）和罗斯（Ross）在其开创性论文中认为，公开交易型操纵行为人不可能得到预期利润，无动力去从事这类违法行为，该行为本身具有自我抑制性。<sup>〔25〕</sup> 此

〔20〕 See Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 35 *Yale Journal on Regulation* 67, 67-126 (2018).

〔21〕 参见〔美〕莫琳·奥哈拉：《市场的微观结构理论》，杨之曙译，中国人民大学出版社2007年版，第43页。

〔22〕 参见孙宝玲：《证券信息披露简明性与有效性探析》，载《中国政法大学学报》2022年第5期。

〔23〕 See Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 35 *Yale Journal on Regulation* 67, 90 (2018).

〔24〕 参见孙宝玲：《证券信息披露简明性与有效性探析》，载《中国政法大学学报》2022年第5期。

〔25〕 See Daniel R. Fischel & David J. Ross, *Should the Law Prohibit "Manipulation" in Financial Markets?*, 105 *Harvard Law Review* 503, 503-553 (1991).

外，没有客观可考察的行为将操纵交易与基于其他目的的交易区分开来。若法律基于主观目的禁止公开交易型操纵，会阻止对市场有价值的交易。基于以上两点，费舍尔和罗斯认为法律不应禁止操纵。但该观点并不完全正确，因为行为人可能预测其交易的盈利性，且实际上也存在客观可观察的行为以区分操纵性交易与对社会有利的交易。

对于为什么公开交易型操纵不可能盈利，费舍尔和罗斯提出的重要论点在于，试图进行操纵的行为人买入证券时会导致证券价格上涨，而卖出时又会导致证券价格下跌，无法实现低买高卖，且存在执行交易的成本等，平均而言会亏损。因而从长远来看，试图操纵的行为人必定会无利可图。但该论点的问题在于，市场中还可能不存在不对称的价格反应，市场对股票新订单的价格反应实际上会不断变化，买入订单增多导致证券的价格上涨，可能高于卖出订单增多导致的价格下降。行为人若能够提前预测到这种市场条件的存在，有合理的理由相信不对称的价格反应可以足够大，使其交易成本低于交易收益之时，公开交易型操纵策略就可产生正收益。<sup>[26]</sup> 通过公开交易型操纵获利的关键在于行为人买入证券时对价格产生较大的影响，而卖出证券时对价格产生较小影响，或在卖出时产生较大影响，而在买入时产生影响较小，以总体实现低买高卖而获利。

证明行为人在交易之前有充分的理由相信市场会产生不对称的价格反应，是区分公开交易型操纵与正常交易的标准。若在证券市场实践中，行为人有能力预测到虽然他的购买行为可能会推高价格，但他随后的销售行为却不会相同幅度地拉低价格，则随后的买入后卖出行为很可能是操纵市场。因此，对于认定公开交易型操纵而言，更重要的是行为人是如何作出这种预测，即是否存在某种市场条件，使市场更容易产生不对称的价格反应。以下是关于此市场条件的三种情形。<sup>[27]</sup>

第一，价格反应会异常不确定的时期，即市场在某个时期可能比平时对价格的反映更强烈。例如，可以预计某发行人将在某个日期公布其收益情况，但公布的内容尚不确定，可能高于也可能低于预期。而在公布之前，流动性提供者若发现任一方向的订单不平衡，都可能反映更高的价格上涨或下降的可能性，因为发行人的内幕人或受密者在此时进行交易的可能性都会高于平常。因此，如果操纵者在这段额外的不确定期间下单买入或卖出该公司股票，造成了这种订单簿的不平衡，更可能促使流动性提供者对其出价和报价进行比平常更大的调整。<sup>[28]</sup> 第二，寻找止损订单，即当前市场中存在异常大量的止损订单，则市场可能产生不对称价格反应。在卖方一侧，止损订单是在价格超过一定水平的情况下买入证券的订单，这种订单通常由处于卖空头寸的人为限制潜在损失而设。若股价超过某个点，其再继续卖空可能损失的更多，若设置了止损订单，则当股价持续上涨到达某个点时，就会自动买入，从而为其卖空行为止损。若报价侧有大量止损单，则操纵者在股价上涨过程中的购买行为会对价格产生增压效应，随着其订单推动价格上涨，止损单被触发，从而引发更多的买单；而当操纵者转而卖出时，随着市场价格的下跌，市场价格平均

[26] See Franklin Allen & Douglas Gale, *Stock Price Manipulation*, 5 *Review of Financial Studies* 503, 505 (1992).

[27] See Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 35 *Yale Journal on Regulation* 67, 104 (2018).

[28] 参见〔美〕拉里·哈里斯：《交易与交易所：从业者市场微观结构指南》，上海证券交易所产品创新中心译，格致出版社、上海人民出版社2021年版，第247-254页。



将远高于买入方的止损指令。第三，订单簿的脆弱性，即操纵者可能检测到市场一侧或两侧的订单簿是否比平常脆弱。订单簿的脆弱性是指在一方下达大量待执行的订单时，市场中没有足够相反方向的订单满足此执行交易的请求。如对浮动价格可转债的卖空行为或通过高频交易进行的抢先交易策略都属于这种情形。<sup>[29]</sup> 对于后者，亚当·克拉克-约瑟夫（Adam Clark-Joseph）的研究为美国的 eMini S&P 500 期货市场中的公开交易型操纵提供了间接证据。<sup>[30]</sup> 克拉克-约瑟夫分析美国商品期货交易委员会（Commodity Futures Trading Commission）的交易数据后发现，有八个高频交易者在一系列小额的订单中亏损，而这同一批人也经常从一系列大额订单中取得大额收益。克拉克-约瑟夫认为，这些小额订单是试探性的，高频交易者设计并施行这些小额订单的目的是测试买盘或卖盘的订单簿是否“单薄”。订单簿单薄是指以最佳报价为成交价格的股票数量相对较少，并且在可见订单需要执行的时候无法马上补足。在这种情况下，执行此侧的大额订单会导致股票价格的大幅变动。如果高频交易者通过试探性交易得知报价侧的订单簿较为单薄，他可以通过大额买入订单抬高股价。且此高频交易者通常有能力预测是否将有大额买入订单进入市场，他便可在抬高股价后很快出手股票而不会导致类似幅度的股价下跌。高频交易者通过算法可以预测市场对某一证券是否会产生不对称的价格反应而获利，是公开交易型操纵的一个典型例子。<sup>[31]</sup>

## 2. 再类型化之二：外部利益型操纵

外部利益型操纵是指行为人可通过某一证券的价格变动获得经济利益，此利益独立于其在公开市场中通过交易差价获得的利益，因此称为“外部利益”。换言之，外部利益驱动市场操纵下，行为人的主要获利方式并不直接来自证券价格的涨跌。<sup>[32]</sup> 一个典型的例子是董事薪酬激励计划。若计划中规定在某一特定时间公司的股票价格达到规定的水平，则给予董事薪酬奖励。在此特定时间之前，行为人购买一定数量的股票，从而推高股价，使之达到规定的价格水平；一旦过了该特定时间，则卖出之前购买的用于推高股价的股票。与公开交易型操纵不同的是，在外部利益型操纵中，行为人不需预测市场是否会对其交易产生不对称的价格反应，且这种不对称反应的幅度大到可以覆盖交易成本，而只需外部利益比交易成本高，即可获得收益，这是一个较容易达到的条件。

当存在外部利益的行为人恰在证券价格决定此利益之前购买了股票，应推定其实施了外部利益型操纵而受到处罚，除非有相反证据证明存在其他情形。外部利益型操纵会导致证券价格的暂时扭曲，但是这类暂时性证券定价的不准确不会严重削弱股价对实体经济的引导作用，其真正的违法性根源在于对外部利益合同相对方的不公平。如以董事薪酬激励计划为例的外部利益型操纵中，行为人的违法性根源在于其对所任职上市公司的不公平。董事所任职的上市公司之所以会与

[29] See Pierre Hillion & Theo Vermaelen, *Death Spiral Convertibles*, 71 *Journal of Financial Economics* 381, 381 - 415 (2004).

[30] See Adam D. Clark-Joseph, *Exploratory Trading*, available at <http://www.nanex.net/aqck2/4136/exploratorytrading.pdf>, last visited on Jun. 20, 2023.

[31] 参见王天龙：《市场操纵犯罪与抢先交易行为的本质探讨——以高频撤单为视角》，载《商丘职业技术学院学报》2021年第6期；徐文鸣、张玉美：《新〈证券法〉、程序化交易和市场操纵规制》，载《财经法学》2020年第3期；钟维：《基于价格影响的期货市场操纵规制理论：反思与重构》，载《法学研究》2022年第1期。

[32] 参见张超、甘培忠：《市场操纵的规范解构和分析框架维度构建》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2019年第9期。

该董事签订薪酬激励计划，是为了激励该董事，提高本公司的经营业绩。但该董事却操纵股价，通过买入公司股票推高股价达到公司期待的标准，而非通过尽心的管理提高公司的经营水平，这种行为与对合同相对方的欺诈没有本质上的区别，也是应予禁止的操纵市场行为。<sup>〔33〕</sup> 外部利益型操纵的本质与合同欺诈一致并非否定其操纵市场责任，正如内幕交易的违法性根源在于对信义义务或信任关系的违反，即使是通过合同建立的信任关系，也可通过证券法予以规制。操纵市场或内幕交易都利用了证券市场，都是在证券市场的特殊环境下发生的欺诈，受到证券法的特殊规制也在情理之中。<sup>〔34〕</sup>

### 三、适用考量：类型化视角下的认定标准

传统操纵市场的规范基础是欺诈，据此有观点认为，若无法证明一个行为是证券欺诈，则不应认定其构成操纵市场。这是典型的美国证券法学界或司法界对操纵市场的认知，有其历史原因。美国证券法中关于操纵市场的认定标准过高、适用范围过窄，因而私人原告或执法机构另辟蹊径，以反欺诈条款作为起诉操纵人的规范基础。<sup>〔35〕</sup> 反欺诈条款中确实有禁止“操纵性”手段的规定，因此从证明操纵故意的欺诈角度出发对操纵人课以责任，反而更易成功。而我国证券法中并没有类似的统合式反欺诈条款，没有必要将操纵市场行为的认定完全建立在证券欺诈的基础之上，没有必要将所有类型的操纵市场都解释为证券欺诈行为，类型化的认定规则建构反而更清晰且更具可操作性。对于操纵市场行为的认定以现行认定模式为基准，操纵市场的构成要件主要有行为模式、操纵意图与损害后果三个方面。在类型化理论之下对操纵市场认定规范的再造，应首先明确不同操纵类型的构成要件，将操纵市场与正常交易行为的区分难题转化为不同构成要件的具体认定标准问题。

#### （一）欺诈型操纵的认定

由于欺诈型操纵的行为模式具有明显的虚假性、欺骗性，关于欺诈型操纵认定的主要问题并非其与正常交易行为的区别，而是各个构成要件的具体认定。欺诈型操纵行为人通常采用的是具有欺骗、虚假性质的手段，如虚假交易操纵中的对敲、洗售，蛊惑交易操纵中的编造、散布虚假信息，抢帽子交易中的公开作出投资建议后反向交易等。带有欺诈性质的行为本身即可为欺诈型操纵的认定提供规范性基础，而损害只是论证其违法性的非必要条件，意图只是论证欺诈型操纵违法行为的辅助性构成要件。<sup>〔36〕</sup> 换言之，交易型操纵采取以结果为导向的认定思路，而欺诈型操纵则应采取以行为为导向的认定思路。<sup>〔37〕</sup> 行为模式是欺诈型操纵认定的核心构成要件。行为

〔33〕 参见谢向英、黄伟文：《新型操纵市场犯罪行为研究》，载《中国检察官》2019年第22期；陈景善：《商事自由中的行政监管与司法判断界分》，载《行政法学研究》2021年第4期。

〔34〕 See Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 35 *Yale Journal on Regulation* 67, 98 (2018).

〔35〕 参见彭冰：《交易型操纵民事责任的因果关系界定——朱雀投资诉阿波罗公司、邵某案分析》，载《中国法律评论》2023年第4期。

〔36〕 参见谭冰霖：《行政处罚构成要件法定原则的逻辑展开》，载《政法论坛》2022年第4期。

〔37〕 参见程红星、王超：《美国期货市场操纵行为认定研究》，载《期货及衍生品法律评论》第1卷，法律出版社2018年版，第88-89页。

人只要从事了不当行为，如虚假交易、向市场释放虚假信息等，且主观上为故意，就应认定其从事了欺诈型操纵。此处故意的证明达到一般标准即可，而无须证明特定的操纵意图，操纵人的行为模式本身足以说明其违法性。

## （二）交易型操纵的认定

交易型操纵是指采用表面上合法的交易进行操纵的行为。与欺诈型操纵相比，交易型操纵的行为模式在表面上与正常的交易没有区别，因而损害后果与操纵意图就成为认定一个行为是否构成交易型操纵的关键。

### 1. 公开交易型操纵的认定方法

在公开交易型操纵中，可以市场条件为基础判断其损害后果。公开交易型操纵对证券市场的损害主要表现为危害了市场中自然的供求关系，制造人为价格。人为价格通常指非自然的供求力量所产生的价格，或偏离历史或资产价值的价格。<sup>[38]</sup> 行为人可通过表面合法的交易创造人为价格，尤其在其拥有市场优势地位、市场异常波动与市场流动性低等条件下。虽然这些因素本身不能证明此时的资产价格是人为的，但若市场中存在这些因素，则监管机构应加强对行为人交易合法性的审查，以确定其交易是否导致了证券的价格扭曲而具有操纵性。

第一，行为人能够操纵市场的表现之一是其占据市场优势地位。如美国的马斯里案和阿玛兰斯案都是短期控制市场的例子，行为人利用短期的市场优势地位导致了人为价格。<sup>[39]</sup> 在马斯里案中，被告的交易占该资产最后一小时内所有买入量的 94%，占当天所有买入量的 75%。马斯里的市场优势地位仅持续了一天，但其交易对资产价格施加了人为影响，使资产价格对行为人有利以便从期权合约中获利。同样，在阿玛兰斯案中，被告的市场优势地位也只持续了几分钟，行为人在收盘窗口的最后四分钟内卖出量占比达到 99%。即使行为人只有短暂的优势地位，也能够扭曲资产价格达到操纵市场的效果。我国执法实践中对于连续交易操纵的认定也遵循了该逻辑，行为人的资金优势、持股优势或信息优势皆为占据市场优势地位的表现。<sup>[40]</sup> 市场支配地位是认定价格人为性的有力指标，不论行为人是拥有绝对的市场支配地位，还是相对的交易支配地位，执法机构都应更为严格地审查其从事的交易。

第二，严重的市场异常波动也可能表明证券价格是人为的。一般而言，随着市场条件的变化、投资预期的调整以及新信息的出现，市场确实会存在一定程度的波动。<sup>[41]</sup> 但是，若交易者退出市场，资产价格就暴跌，则可能表明之前的价格是因为交易者的人为支撑。如在美国的马可夫斯基案中，一旦被告无法支撑涉案证券的价格，证券价格在一天内就暴跌了 75%。<sup>[42]</sup> 在穆勒

[38] See Rosa M. Abrantes-Metz, Gabriel Rauterberg & Andrew Verstein, *Revolution in Manipulation Law: The New CFTC Rules and the Urgent Need for Economic and Empirical Analyses*, 15 University of Pennsylvania Journal of Business Law 357, 357 (2013).

[39] See *CFTC v. Amaranth Advisors*, L. L. C., 554 F. Supp. 2d 523 (S. D. N. Y. 2008); *SEC v. Masri*, 523 F. Supp. 2d 361 (S. D. N. Y. 2007).

[40] See Sun Baoling, *An Empirical Analysis of Regulation on Open-Market Manipulation in China: An Effect-Based Approach*, 18 US-China Law Review 109 (2021).

[41] See David C. Donald, *Regulating Market Manipulation through an Understanding of Price Creation*, 6 National Taiwan University Law Review 55, 64 (2011).

[42] See *Markowski v. SEC*, 274 F. 3d 525 (D. C. Cir. 2001).

伦案中，被告交易之前，所交易证券的价格以 0.125 美元小幅度变化；在证券价格因穆勒伦的交易而上涨之后，被告一停止交易股票就下跌了 1.375 美元。<sup>[43]</sup> 在这两个案子中，资产价格的急剧下跌都不是因为市场中出现了新的消息或事件等，市场中最重要变化是被告不再交易该资产。在我国执法实践中，有行为人提出的申辩意见是市场价格波动并非完全因自己的操纵行为所致，对于该意见的反驳，可从行为人退出市场后所交易证券的价格异常波动角度切入。<sup>[44]</sup> 若市场中存在这种价格的异常波动，则某行为即使表面上合法也应因可能存在公开交易型操纵而受到严格审查，尤其若行为人的交易构成公开交易型操纵，将既导致市场的不稳定，又导致人为价格，对市场造成双重危害。

第三，若关于某资产的市场规模很小且流动性不足，而关于另一资产的市场活跃且流动性高，则行为人更可能在前者的市场条件下利用表面合法的交易操纵市场。<sup>[45]</sup> 流动性强效率又高的证券市场的特点是交易者能够迅速执行订单而不太可能导致资产价格向对其不利的方向移动。如某行为人想快速出手其持有的大量上市公司股票且此股票的交易活跃，则该卖出行为不会导致股价的大幅下降。<sup>[46]</sup> 而即使在没有操纵的情况下，市场参与者进行交易更可能对较小市场的价格产生影响，因为可供交易对手方较少，且进行大宗交易和尾市交易等策略在较小的市场中更容易对资产的价格产生影响。因此，在较小市场中的交易应受到更为严格的审查，以确定行为人表面合法的交易是否构成操纵市场。

## 2. 外部利益型操纵的认定方法

外部利益型操纵本质上是一个合同问题。<sup>[47]</sup> 除了上文中提到的董事薪酬激励计划，在衍生品和类似的金融工具中，也常常存在“外部利益”。在这些合同中，支付金额通常参考金融基准或其他客观市场指标而确定，如资产在指定日期的收盘价等。<sup>[48]</sup> 合同当事人依赖特定市场中客观的估值方法以确保任何一方都无法控制或影响其合同安排的估价方法。若交易者干扰商定的估价基础，就损害了这些估价工具应为合同各方提供的均等获利的机会。若证券期货市场中长期存在此实践，会导致以证券期货市场价格作为估值标准的合同成本极大提高，不利于证券市场整体作为重要经济指标发挥功能。<sup>[49]</sup> 如在阿马兰斯案中，阿马兰斯与其交易对手达成了互换协议，商定了一种客观的估值方法，即纽约商品期货交易所的收盘价。<sup>[50]</sup> 而被告通过一系列交易扭曲了纽约商品期货交易所的收盘价，其在掉期协议中获得的收益是从掉期交易对手到被告的不公平财富转移。鉴于阿马兰斯对其交易对手的不公平行为及该交易成本提高对整体市场公平造成的损

[43] See *United States v. Mulheren*, 938 F.2d 364 (2d Cir. 1991).

[44] 参见《中国证监会行政处罚决定书》（〔2022〕72号）。

[45] See Matthijs Nelemans, *Redefining Trade-Based Market Manipulation*, 42 Valparaiso University Law Review 1169, 1169-1220 (2008).

[46] See James Peck & Karl Shell, *Liquid Markets and Competition*, 2 *Games and Economic Behavior* 362, 363 (1990).

[47] See Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 35 *Yale Journal on Regulation* 67, 67 (2018).

[48] See Gina-Gail S. Fletcher, *Benchmark Regulation*, 102 *Iowa Law Review* 1929, 1929 (2017).

[49] 参见许德风：《欺诈的民法规制》，载《政法论坛》2020年第2期；Jill E. Fisch, Jonah B. Gelbach & Jonathan Klick, *The Logic and Limits of Event Studies in Securities Fraud Litigation*, 96 *Texas Law Review* 553, 560 (2018).

[50] See *CFTC v. Amaranth Advisors*, L. L. C., 554 F. Supp. 2d 523 (S. D. N. Y. 2008).



害，阿马兰斯应对该外部利益型操纵承担责任。

外部利益型操纵人的证券交易行为与市场中其他从事真实交易的投资者无异，不会导致人为价格。但该行为会导致市场中不公正的财富转移，损害市场公平，因而具有操纵性。有观点认为如果外部利益型操纵只是损害了特定的合同相对人，如互换对手，而非市场价格，并非损害市场公平，以民法规则解决即可。但证券法中的许多规则都是同理。如在非发行人内幕交易中，收购人的内幕人以其在工作中获得的重大非公开信息进行了内幕交易，因而违反了《证券法》第50条的规定。在该种情形下，内幕人行为的违法性在于其利用职务盗用了本属于公司的有价值信息。该内幕人受到惩罚并非因违反了对证券市场中交易对手的诚实信用义务，而是因违反了对信息来源的诚实信用义务。<sup>[51]</sup> 在这一情形中，证券法也是贯彻了更为一般的代理规则，即禁止代理人利用从本人处获得的信息谋取私利，只是证券交易恰好是牟取私利的方式。换言之，证券法并非只针对特定的证券问题，即使是民法中合同不得欺诈规则的细化，在证券法中予以规定也具有重要意义。<sup>[52]</sup> 总之，除了证明行为人故意导致人为价格损害市场效率，若能证明行为人为获得外部利益而故意从事证券交易损害市场公平，也应认定其构成操纵市场。

#### 四、规则反思：类型化理论的法律构造

我国操纵市场司法实践较少，证监会的执法实践是研究操纵市场认定现状与相关规范适用的良好样本。自2001年至2022年证监会公布了197个操纵市场行政处罚决定书，其中有167个涉及欺诈型操纵，有139个涉及交易型操纵，表明行为人通常综合利用欺诈型与交易型操纵手段影响或意图影响证券交易价格。<sup>[53]</sup> 我国的“影响”认定模式对某些操纵市场行为的证明标准较低，比较容易认定当事人构成操纵，但却可能打击范围过大，甚至打击对社会有利的正常交易活动。<sup>[54]</sup> 应通过优化操纵市场行为认定规则设计，提高我国操纵市场的监管效率。

##### （一）欺诈型操纵认定规则反思

在证监会2001年至2022年所作出的167个涉及欺诈型操纵的案例中，当事人与执法机构在78个案例中对操纵行为的认定产生了争议，其中仅有2个涉及约定交易操纵的认定问题。约定交易操纵的认定难点在于行为人串通的证明。对于该问题，证监会一般是通过当事人操纵前后及操纵当日通讯、联络情况与两人控制账户交易情况等证明事前存在意思联络。对于交易约定，证监会一般是从交易的时间、价格和方式等方面进行认定。如在〔2018〕51号“王某宏、陈某”案中：在交易时间上，当事人控制的账户在特殊时点对对方做市账户低价卖出的股票进行买入；在交易价格上，行为人买入股票情况与对方做市账户重点减仓股票清单高度重合；在交易方式上，

[51] See *United States v. O'Hagan*, 521 U. S. 642 (1997).

[52] See Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 35 *Yale Journal on Regulation* 67, 110-111 (2018).

[53] See Sun Baoling, *An Empirical Analysis of Regulation on Open-Market Manipulation in China: An Effect-Based Approach*, 18 *US-China Law Review* 109, 109-121 (2021).

[54] 参见王乐兵：《资产收益权视角下资管交易的穿透式规范》，载《政法论坛》2022年第5期。

买入顺序与重点减仓清单的排序完全一致。<sup>〔55〕</sup> 据此认定行为人构成约定交易操纵，较为典型。

此外，洗售操纵是一种常见的欺诈型操纵，在执法实践中争议较多。在78个争议案例中有48个是关于洗售操纵手段的认定争议，比例高达61.5%，主要争议在于当事人是否在自己实际控制的账户之间进行交易。对于该问题的认定，执法机构主要是通过涉案账户之间成交量占当日总成交量的比例，或账户间交易的成交量占同期该品种市场成交量的比例予以认定。如在〔2018〕118号“北京新华汇嘉投资管理有限公司、王某东”案中，涉案账户之间成交量占当日总成交量的比例高达97.31%，因而认定行为人是在账户之间进行交易，构成洗售操纵。<sup>〔56〕</sup> 在〔2019〕2号“福建道冲投资管理有限公司、李某开、张某丽”案中，账户间交易的成交量占同期该品种市场成交量的比例超过5%，因而认定行为人具有操纵市场的主观目的，构成洗售操纵。<sup>〔57〕</sup> 虚假申报操纵是较为新型的操纵市场手段，其争议案例数仅次于洗售操纵，占比接近三分之一。在执法实践中，对于该操纵手段的认定主要是根据客观行为和操纵意图认定其行为的违法性，而最终是否导致人为价格并不影响对虚假申报操纵的认定。如在〔2014〕3号“赵某波、赵某林”案中，证监会指出，股价是否偏离行业指数并不影响对操纵行为的认定。<sup>〔58〕</sup> 即作为一种欺诈型操纵，损害后果并不是判断行为人是否构成虚假申报操纵的必要构成要件。

总体而言，我国目前欺诈型操纵的认定标准是“操纵意图+操纵手段+影响证券价格”。操纵意图主要是通过客观的行为手段推定操纵的主观故意，具有一定合理性。至于操纵行为对证券价格或交易量的影响，在欺诈型操纵的认定中并非必要，因此在某些执法案例中，监管机构正确地指出即使未对所交易证券的价格造成显著影响，只要有影响证券价格的可能性，也应认定构成操纵市场。<sup>〔59〕</sup> 总之，“故意+欺诈性手段”即可认定行为人构成欺诈型操纵。

## （二）交易型操纵认定规则反思

交易型操纵认定中最根本的问题是表面合法的交易活动为何具有操纵性。2019年《证券法》第55条在此问题的解决上提供了一定的思路，即在判断交易是否属于被禁止的操纵手段时增加了意图要素。但意图不具有客观可观察性，若市场上没有不当行为或负面后果，仅以一般的操纵意图惩罚交易者是不公平的。从类型化角度而言，目前我国证券法中明确的交易型操纵手段包括连续交易操纵和跨市场操纵，这两种操纵手段分别属于公开交易型操纵和外部利益型操纵两种类型，但认定规范中行为模式、损害后果与操纵意图三个要素之间的逻辑关系模糊。例如，判断某行为是否构成操纵市场，应证明该行为影响了所交易证券的价格，且行为人意图造成这种影响，还是只证明其中之一即可，我国《证券法》第55条中并未阐明。

对此，基于损害的认定模式可应对交易型操纵的理论与实践难题。该认定模式要求原告证明操纵意图和损害后果两方面。与证监会目前基于影响的认定模式相比，其将操纵意图这一构成要件的证明标准从中等标准“意图影响证券交易价格或交易量”降低到一般标准“故意”，将损害

〔55〕 参见《中国证监会行政处罚决定书》（〔2018〕51号）。

〔56〕 参见《中国证监会行政处罚决定书》（〔2018〕118号）。

〔57〕 参见《中国证监会行政处罚决定书》（〔2019〕2号）。

〔58〕 参见《中国证监会行政处罚决定书》（〔2014〕3号）。

〔59〕 参见《中国证监会行政处罚决定书》（〔2008〕42号）。

后果这一构成要件的证明标准从一般标准“影响证券交易价格或交易量”提高到特定标准“导致人为价格”。将损害后果这一构成要件的认定标准提高是因为即使是正常的交易行为，也可能影响所交易证券的价格或交易量，因而基于影响的认定模式无法很好地区分正常交易与交易型操纵。而基于损害的认定模式将人为价格作为损害后果的认定标准，可有效识别操纵市场，也明晰了交易型操纵的违法性。<sup>[60]</sup>

与美国基于意图的认定模式或欧盟基于后果的认定模式相比，基于损害的认定模式有一定优势。首先，基于损害的认定模式使交易型操纵的认定规则更加明确，提高了市场确定性。目前反操纵立法中的混淆主要源于以意图或影响为中心的认定模式。对于操纵意图的证明，除非有短信、邮件等直接证据，根据间接证据推断行为人的操纵意图有其困难性与不确定性，市场参与者也无法确定他们的行为是否会被监管机构视为操纵市场。而以影响为核心的认定模式无法说明操纵市场的违法性根源，正常的交易行为也可能对所交易证券的价格造成影响，市场参与者无法确定自己的交易是否会被认定为交易型操纵。基于损害的认定方法降低了含糊不清的意图标准，并明确表面合法的交易可能被认定为操纵性的违法性根源。该认定模式并非单独考虑行为人的操纵意图，而是将责任建立在操纵意图认定标准与损害结果认定标准之上，二者结合认定行为人是否构成交易型操纵，交易者可明确何时他们的行为可能被视为操纵。该模式与我国证监会正在执法实践中适用的以影响为核心的认定模式有异曲同工之处。证监会目前从“意图影响证券交易价格或交易量”的角度证明操纵意图，从“对证券交易价格或交易量造成影响”的角度证明损害，试图从意图与损害两个角度认定交易型操纵。

其次，基于损害的认定模式可有效提高监管机构证明交易型操纵的能力。在美国以意图为基础的认定模式中，司法实践多聚焦于原告对被告意图的证明，而意图难以证明又说服力低，法院经常对涉嫌交易型操纵的指控持怀疑态度。<sup>[61]</sup>将损害纳入责任基础以构建交易型操纵认定理论更易说服司法机构，该理论解释了为什么看似合法的交易仍具有操纵性，即该行为导致了人为价格或对合同相对方不公平等损害后果，使交易型操纵的监管规则趋于一致。对于操纵意图这一构成要件，达到“意图影响证券交易价格或交易量”这一中等意图的证明标准难度较高，证监会在执法过程中也没有很好地证明。而本文提出的一般操纵意图证明标准，只需证明行为人的故意性与有意性，降低了执法机构与私人原告的举证负担。

总之，基于损害的认定模式通过操纵意图与损害后果之间的互动关系，既为打击交易型操纵提供了符合其违法性根源的认定标准，也在举证方面利于对交易型操纵行为人的精确打击，并提供客观且可验证的方式识别交易型操纵，有利于提高监管效率。

## 五、结 语

证券市场的社会功能、市场效率与市场公平、价格准确性与流动性是分析操纵市场违法性根

[60] 参见刘宪权：《涉证券、期货犯罪研究》，上海人民出版社2021年版，第167页。

[61] See Hillary A. Sale & Donald C. Langevoort, “We Believe”: *Omnicare, Legal Risk Disclosure and Corporate Governance*, 66 *Duke Law Journal* 763, 785-786 (2016).

源的三重维度。在目前操纵市场的“行为+后果”认定模式、“意图”认定模式及我国的“影响”认定模式中，操纵市场认定难题的症结在于现有规则无法区分表面合法的操纵交易与正常的交易活动，且行为模式、操纵意图与损害后果等构成要件之间的逻辑关系不清、认定标准不明。以客观可区分的欺骗性行为作为操纵市场类型建构的逻辑起点，在类型化基础上设计操纵市场的构成要件及其具体认定标准，可打通操纵市场认定的区分难题与逻辑难题，实现操纵市场类型化理论对规则设计与监管实践的法理支撑。故意以欺骗性或虚假性手段影响证券交易价格或交易量、故意进行一系列交易导致人为价格或存在相关外部利益而进行影响价格的交易构成操纵市场行为。

---

**Abstract:** Market manipulation harms the efficiency and fairness of the securities market and should be prohibited. But the difficulty in identifying market manipulation is that some manipulative behavior manifests itself as ordinary trading, and it is difficult to distinguish it from healthy trading activity that is beneficial to the market. At present, the identification of market manipulation mainly includes the “action+consequence” mode represented by the European Union’s securities law, the “intent” mode represented by the United States’ securities law, and the “effect” mode of China’s securities law, but all of them have difficulties. Dividing market manipulation into fraudulent manipulation and open-market manipulation, and further dividing open-market manipulation into naked open-market manipulation and open-market manipulation with an external interest based on behavioral means and profit models is an effective way to distinguish market manipulation from healthy transactions. Fraudulent manipulation, naked open-market manipulation and open-market manipulation with an external interest have different behavioral patterns and illegal origins so that different identification standards should be formulated to better identify and combat them. At the same time, it can also lay a theoretical basis for the determination of torts for investors’ civil claims.

**Key Words:** market manipulation, fraudulent manipulation, open-market manipulation, asymmetric price response theory

---

(责任编辑：王湘淳)



## 类型区分视角下将来债权担保的私法规制

赵申豪\*

---

**内容提要：**将来债权是指订立担保合同时尚未存在，但将来有可能发生的债权。根据底层资产的有无，将来债权可以分为孳息型将来债权与经营型将来债权。孳息型将来债权担保与经营型将来债权担保在底层资产、信用水平、过度担保等方面均存在显著区别，所以两者应适用不同的调整规则。孳息型将来债权担保不存在信用降维与过度担保的问题，其面临的问题有二，一是底层资产受侵害时担保权人的利益保护问题，二是孳息型将来债权担保与其他担保物权竞存时的顺位问题。前者需要构建特殊的侵权法规则，而后者只需适用现行法上的顺位规则即可。与之相反，经营型将来债权担保既会因信用降维而损害担保权人，也会因过度担保而损害担保人的其他债权人。对于过度担保，可以通过合同无效制度来解决。而对于信用降维，则应区分正常经营过程与破产清算程序来分析。在前者，可以采取合同安排或借鉴接管人制度；在后者，可以适用合同解除制度。

**关键词：**将来债权担保 孳息型将来债权 经营型将来债权 将来财产担保

---

在“融资难、融资贵”的背景下，企业一般需要提供担保才可以获得融资。与保证相比，担保物权往往因其风险较小而更受青睐。但是，担保物权制度有效运行的基础是高质量的担保财产，而当下的问题恰恰在于：很多企业没有不动产，或者虽有不动产，但由于土地所有制等原因（比如公路）而不得设立抵押。将来债权担保<sup>〔1〕</sup>的实践正是在此背景下逐渐形成的。20世纪90年代，作为将来债权之一的公路收费权最初被用于公路建设的担保融资。1997年的《中华人民共和国公路法》（以下简称《公路法》）第21条规定，公路收费权的出让收入必须用于公路建设。这是将来债权首次被规范性文件所承认。此后，一系列规范性文件相继承认了学生公寓收费

\* 赵申豪，中山大学法学院副教授。

本文为2022年度国家社科基金青年项目“将来财产担保的理论范式转型与规则体系构建研究”（22CFX075）的阶段性成果。

〔1〕《中华人民共和国民法典》第388条采取了实质担保观，凡具有担保功能之合同均可被界定为担保合同，从而在法律适用上尽可能趋同。本文的“担保”也指这种功能意义上的担保。因此，收费权让与、将来应收账款保理与将来债权资产证券化都是本文所指的将来债权担保。

权质押、将来应收账款保理等将来债权担保，而学界对它的研究也不断加深。

早期，学界关注的重点是“将来债权是不是法律上适格的担保财产”这一问题，而随着《应收账款质押登记办法》（2007年）第4条把将来债权纳入应收账款的范畴内，将来债权在实证法上的可担保性已成共识。此后，学界的研究重点逐步过渡到将来债权确定性的判断标准、〔2〕将来债权担保的生效要件与公示方式、〔3〕将来债权担保的顺位安排〔4〕等问题。

既有文献在外部视角上已对将来债权担保做了充分的研究，但尚未从内部视角对将来债权担保做出更精微的分析。详言之，将来债权的种类繁多，而不同的将来债权在权利结构与特征上存在较大区别，立法与学理本应就不同的将来债权担保构建针对性的调整规则，但是，既有文献均站在外部视角上，把“将来债权担保”作为一个整体来对待，而未形成类型区分的自觉。这种规则构建上的结构性偏差不仅会导致调整重心的偏离，也会破坏交易当事人的利益均衡状态。由此，本文采取类型分析的方法，提出将来债权担保的二元规制路径：对于孳息型将来债权，本文主要研究底层资产被侵害时担保权人的保护问题；对于经营型将来债权，本文主要研究如何解决信用降维与过度担保的问题。

## 一、将来债权担保的类型区分

将来债权，又称将来应收账款，是指订立担保合同时尚未存在，但将来有可能发生的债权。〔5〕与现实债权不同，将来债权的经济价值来源于“将来债权人将来通过订立合同而收取的对价”，所以它指向的是一种预期的经济利益。在实践中，将来债权包含公路收费权、特许经营收益权等不同类型，而这些不同类型的将来债权又因内部特征的不同应当区别规制，因此，“将来债权”一词不足以反映其外延的多元形态，有必要对其外延进行梳理与类型分析。

### （一）中国法上将来债权的外延变迁史

在我国，将来债权的外延是随着法律法规与政策文件而不断扩大的。早在1997年，《公路法》第21条就提及了公路收费权转让。这是将来债权第一次出现在法律中。后《国务院关于收费公路项目贷款担保问题的批复》规定，公路建设项目法人可以用公路收费权质押的方式向银行贷款。在这一时期，将来债权的外延在实证法上就限于公路收费权。

2000年，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》出台，其第97条明确承认了公路桥梁、公路隧道等不动产收益权可以出质。至此，将来债权的外延扩展到所有的不动产收益权。以此为起点，国务院与其各部委也发布了一系列法规与政策文件，提倡以公寓收费权、景区门票收益权等设立质押。〔6〕实践中，也出现了商铺租金收益权质押、停车场

〔2〕 参见张素华、李鸣捷：《保理合同中“将来应收账款”释论》，载《华东政法大学学报》2023年第2期。

〔3〕 参见陈本寒：《新类型担保的法律定位》，载《清华法学》2014年第2期。

〔4〕 参见张静：《将有债权处分的法律构造与顺位安排》，载《法学》2022年第2期。

〔5〕 参见赵申豪：《资产收益权交易的法律构造——基于最高人民法院与高级人民法院41份裁判文书的分析》，载《现代法学》2022年第4期。

〔6〕 如《国务院办公厅关于进一步促进旅游投资和消费的若干意见》第26条、《国务院关于加快发展旅游业的意见》第19条等。

收费权质押、知识产权收益权资产证券化等交易模式。2007年实施的《应收账款质押登记办法》进一步把将来债权纳入应收账款之中，从而使将来债权质押制度“间接”地被《中华人民共和国物权法》所确立。在这一时期，将来债权的外延主要包含各类不动产收益权与知识产权收益权。不动产收益权与知识产权收益权的共性是：两者的底层资产都是民法上的财产。

2008年，《国务院办公厅关于加快发展服务业若干政策措施的实施意见》提出，逐步将收费权质押贷款范围扩大到供水、供热、环保等城市基础设施项目。此后，收益权不再局限于不动产收益权或知识产权收益权，还包括供水供热收费权、环保企业收益权、学费收费权、旅游收费权等。<sup>〔7〕</sup>2015年，在指导案例53号中，最高人民法院承认了“以特许经营企业的将来经营收益设立质押”的法律效力。<sup>〔8〕</sup>2017年，修订后的《应收账款质押登记办法》第2条将收益权的外延从“不动产收费权”修改为“基础设施和公用事业项目收益权”。这标志着将来债权的外延进一步拓展到了公用事业项目收益权（简称“项目收益权”）。

如果说上述规范性文件只是承认某些具体类型将来债权的可担保性，那么2021年实施的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）则全面承认了将来债权的可担保性。《民法典》第440、761条分别规定了将来应收账款（即将来债权）的质押与保理。至此，将来债权担保作为一个整体被立法所确立。

将来债权的外延经历了“公路收费权—不动产收益权—项目收益权—将来应收账款”的变迁过程。这段变迁史一定程度上反映了筚路蓝缕的融资历程。最初，政府囿于财政预算所限无法进行大规模公路建设，因而探索出了公路收费权担保融资的方式。<sup>〔9〕</sup>后来，由于土地所有制与法律政策的原因，某些不动产的流通与设立担保受到了限制，拥有这些不动产的重资产企业逐渐探索出“以不动产上的将来收益担保融资”，不动产收益权质押因而盛行。然而，实践中还有很大一部分轻资产企业（主要是服务型企业），它们虽然经营状况与市场前景俱佳，但却无高价值的不动产，也无大量存货或者原材料，无法像制造业企业一样采用存货质押或浮动抵押。<sup>〔10〕</sup>因此，这类企业也采取了以将来经营收益担保融资的方式，从而有了将来债权外延的后续扩张。

## （二）将来债权的类型区分：孳息型将来债权与经营型将来债权

虽然将来债权担保本质上都是以将来获得的经济利益担保债权实现，但不同类型的将来债权在权利结构、将来经济利益的来源等方面存在显著区别，须要构建不同的私法规则予以调整。下文以不动产收益权与项目收益权为例予以说明。

所有权有占有、使用、收益和处分四大积极权能。收益权能是收取所有物天然孳息或法定孳息的能力。天然孳息是根据自然规律由原物所生成的收益，法定孳息是通过就原物实施一定法律

〔7〕 参见《“十二五”节能环保产业发展规划》第5节第3条、《重庆市人民政府关于促进民办教育发展的意见》第2条等。

〔8〕 参见福建省高级人民法院（2013）闽民终字第870号民事判决书。

〔9〕 参见吴文化：《关于收费公路收费权转让问题探讨》，载《综合运输》1998年第3期。

〔10〕 《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》第35条规定：“探索创新信贷服务。支持开展排污权、收费权、集体林权、特许经营权、购买服务协议预期收益、集体土地承包经营权质押贷款等担保创新类贷款业务。……”可见，将来债权担保对于服务型企业有特殊意义。

行为而获得的收益。<sup>〔11〕</sup>两者的本质都是“从原物中产生的财产增值”。基于此，笔者假定，收益权中“收益”的涵义也与此类似。该假定在不动产收益权与知识产权收益权中可以被验证。不动产收益权是一个双层结构。其中，上层结构是将来获得的经济利益，下层结构是该经济利益据以产生的财产（统称底层资产）。以不动产收益权为例，其包含公路收费权、商铺租金收益权等不同类型的将来债权，而这些将来债权都有一个共性：它们都是权利人将来基于底层资产而获取的法定孳息，而不是出卖底层资产所得的对价。<sup>〔12〕</sup>例如，在停车场收费权中，收费权人所收取的费用是车主们将来租用停车场而支付的对价，车主们与停车场所有人间是一个个的场地租用合同关系（在不构成保管合同关系时），因此该笔费用是法定孳息（租金）。

然而，项目收益权并不是将来的法定孳息。关于项目收益权的典型例证是指导案例53号。在该案中，质押人福州市政公司为担保债务人向银行的借款，以污水处理厂的特许经营收益权设立质押。双方约定，如果债务人届期不履行债务，银行对于质押人将来收取的污水处理费享有优先受偿权。可见，特许经营收益权实际上是将来质押人处理污水过程中所收取的费用。因此，项目收益权实际上是“企业在运营过程中获得的经营收益”。孳息是与原物或原权利相对应的概念，而项目收益权并没有对应的底层资产，其来源于企业的经营行为。

基于此，笔者将“以法定孳息为内容的将来债权”称为孳息型将来债权，将“以企业经营收益为内容的将来债权”称为经营型将来债权。在实践中，典型的孳息型将来债权包含不动产收益权、知识产权收益权等，而典型的经营型将来债权则包含特许经营收益权、电影票收费权等。

### （三）将来财产担保面临的问题：信用降维与过度担保

在民事责任制度与保证制度中，清偿能力的大小不仅受到客观市场的影响，也受到民事主体的知识水平、道德品行等主观因素的影响。这种基于民事主体自身品质而表现出的信用，被称为主体信用。相反，担保物权制度中，因为担保财产已从一般责任财产中区隔出来而形成了一份“只用于清偿担保人”的责任财产，且担保权人对其享有优先受偿权与物上请求权，所以清偿能力只受到市场波动等客观因素的影响。这种建立在特定财产之上、与债务人自身品质无涉的信用，被称为资产信用。在信用水平上，资产信用因其确定性而强于主体信用。担保物权制度之所以可以起到增信作用，正是因为其具有更高的确定性。<sup>〔13〕</sup>因此，担保物权的本质是将主体信用升格为资产信用。在此意义上，资产证券化也属于一种功能意义上的“担保物权”。

担保物权制度可以将担保人的一部分责任财产区隔出来，这减少了担保人的责任财产，会影响担保人的其他债权人或潜在交易人的利益。不过，考虑到公示制度，这种影响是可被接受的。而且，担保财产通常只包含担保人现有的财产，其将来获得的财产仍属于一般责任财产。

担保物权制度能实现信用升格。这是因为：其一，通过物上代位规则、追及效力规则与排除妨害请求权来保证担保财产价值的稳定性；其二，通过优先受偿规则来防范普通债权人追索担保财产。然而，这是建立在担保财产已经存在的基础上。在将来财产担保中，担保财产尚未取得，

〔11〕 参见王明锁：《对孳息的传统种类及所有权归属之检讨》，载《法商研究》2015年第5期。

〔12〕 参见张玉海：《收益权信托融资合法性检视——基于“安信信托案”的反思》，载《证券法苑》2015年第3期。

〔13〕 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，法律出版社2000年版，第59页。



上述规则无法适用。相反，取得担保财产一般依赖于担保人的积极经营行为，而这体现了主体信用。这个意义上，将来财产担保是对担保物权本质的背离。本文将这一特征称为信用降维。

此外，将来财产担保中，如果担保人以其现有与将来的全部或大部分财产给他人设立担保，不仅会给自身造成经济上的沉重负担，而且会给其他债权人带来负外部性。尽管有公示制度，但这也无法保护因侵权等事实行为而形成的债权人。本文将这一特征称为过度担保。

#### （四）类型区分的理由：信用水平与过度担保的不同

将来债权担保也会面临信用降维的不确定性与过度担保的负外部性。本文之所以对将来债权担保做类型区分，正是因为上述问题在两种将来债权担保上体现的程度是不同的。

##### 1. 两种将来债权担保所反映的信用水平不同

孳息型将来债权是底层资产上的将来法定孳息。法定孳息是基于法律关系而获得的收益，它是一种被动型收益，即底层资产可以自动产生这种收益，而通常不需要人力的持续介入。这是法定孳息与天然孳息的区别所在。<sup>〔14〕</sup> 比如，商铺租金与存款利息只需订立租赁或存款合同即可产生，而不依赖于担保人的劳动或经营行为。孳息型将来债权的产生不会受到底层资产所有人（担保人）的影响，因此，孳息型将来债权担保仍然体现了资产信用。

诚然，某些孳息型将来债权的产生也需要人力的介入。比如，公路收费权就需要依靠公路与维护人员的合力。尽管如此，公路收费权在绝大部分程度上仍然体现了资产信用。理由是：其一，就将来收费而言，公路所做的贡献远高于维护人员，维护人员的劳动与将来收取的费用在价值上不构成“对等关系”。相反，在经营型将来债权中，将来收益主要源于企业经营行为，特定资产在其中的贡献较少。比如，对服务型企业来说，企业的将来收益蕴含的是员工的劳动价值，而不是资本价值。其二、公路维护人员具有较强的可替代性且替换成本较低，这种取代机制消弭了“维护人员主观行为对将来收费的影响”。

然而，经营型将来债权担保所体现的则是——至少主要是——主体信用。以电力收费权为例，在设定收费权质押时，电力公司尚未履行供电义务，将来收益能否产生不仅取决于客户是否依约缴费、市场情况等客观因素，更取决于电力公司的积极经营行为。而能否正常经营与担保人的主观意愿密不可分，怠于经营或决策失误都可能影响将来收益的多少。

两种将来债权之所以存在信用水平上的差异，源于它们在“自动产生收益”这一特征上的区别。孳息型将来债权是“底层资产+将来法定孳息”的双层结构，底层资产可以不依赖于担保人的劳动而自动产生收益，这使孳息型将来债权的价值不受主观行为的影响。其实，在资产证券化中，为了将主体信用提升为资产信用，基础资产就必须满足“自动产生收益”的特征。<sup>〔15〕</sup> 相反，经营型将来债权没有底层资产，它是由担保人的经营行为而产生，这使得经营型将来债权的价值受到担保人行为的影响而具有高度不确定性。

〔14〕 参见赵申豪：《土地收益权质押：一个虚幻的担保》，载《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2018年第6期。

〔15〕 基础资产的“自动产生收益”，是指现金流的产生不依赖于除债务人依约付款之外的其他因素。美国证券交易委员会认为，“自动产生收益”应当是资产支持证券的必要原则，资产支持证券主要由不必进行主动管理且具备独立性的资产池提供支持，入池资产应具备自我变现的属性，可在其自身期限内转变为现金。参见李力：《雕刻现金流——从证券化到项目融资》，中信出版社2017年版，第17页。

## 2. 两种将来债权担保的负外部性不同

经营型将来债权指向的是企业将来的经营收益，这是企业将来责任财产的主要组成部分。如其设立担保，将会导致企业将来的全部或大部分责任财产都被担保权人所支配。尽管从理论上说，担保人的现有财产仍然是其责任财产。但是，当担保人以将来经营收益设立担保时，要么是其属于轻资产企业，现有财产价值不高或不适合设立担保，要么是其已经在现有财产上设立了担保，但担保物价值仍然不够。此外，由于将来的经营收益不仅取决于企业的经营行为，也与企业的生产设备挂钩，所以担保权人一般会在生产设备上设立担保，以限制处分。<sup>[16]</sup>

因此，以经营型将来债权设立担保的行为会损害担保人的其他债权人。如果是合同之债，那么尚可通过公示保护其他债权人的预期，但是，如果是侵权之债或其他事实行为之债，那对于债权人显然不公平。此外，过度担保也会对担保人造成沉重负担。如果担保人是自然人，过度担保会危及他的基本生存权利；如果担保人是企业，过度担保会降低它的持续经营能力。其理由是：其一、过度担保将导致其他主体不敢与担保人交易，金融机构也不敢对其放贷；<sup>[17]</sup> 其二、将来经营收益都由担保权人支配后，担保人会缺乏运营资金。然而，孳息型将来债权担保不存在过度担保的问题，因为担保人只是以特定底层资产上的将来法定孳息设立担保，底层资产、其他财产与担保人的将来经营收益仍是责任财产。

### （五）类型区分的意义：将来债权担保规则的差异

担保物权关系中，最重要的问题是担保权人、担保人与担保人的其他债权人的利益冲突与平衡。孳息型将来债权担保与经营型将来债权担保因为在信用水平与过度担保上存在差异，将会各自面临不同的利益冲突，具体说来：

孳息型将来债权担保与现实财产担保在信用水平与过度担保上都很相似，所以两者基本上可采取相同的调整规则，其特殊性仅体现为：首先，尽管孳息型将来债权是被动性收益，但也可能因为底层资产的类型而面临不确定性的问题（后文详述）。对于收益不确定的孳息型将来债权，是否应该禁止以其设立担保？其次，孳息型将来债权的价值与底层资产的完好程度挂钩。当底层资产因为侵权行为而受损时，将来收益一般也会相应地减少甚至消失。<sup>[18]</sup> 此时，底层资产所有人可以根据物权/知识产权主张损害赔偿，但担保权人应如何维护自身权利呢？最后，由于底层资产的存在，孳息型将来债权担保的权利竞存与顺位问题会更为复杂。

经营型将来债权担保与现实财产担保在信用水平与过度担保上都大相径庭。其一，担保人的经营行为直接影响着经营型将来债权的价值，所以经营型将来债权担保的规制重心应当是对担保人经营行为的约束。在正常经营过程中，这种约束尚属可行，但当担保人因破产而停止经营时，问题则比较棘手。其二，过度担保时，担保人及其债权人都可能遭受损害。其负外部性已经从担保合同当事人扩展到第三人。需要研究的是：其他债权人可否主张撤销该合同，抑或直接主张合同无效；购买价金担保权在这种情形下是否有适用空间。

[16] See Stephen W. Mayson, Derek French & Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Blackstone Press Limited, 1997, p. 315.

[17] 参见董学立：《浮动抵押的财产变动与效力限制》，载《法学研究》2010年第1期。

[18] 经营型将来债权没有对应的底层资产，所以不存在因侵害底层资产而损害经营型将来债权的情况。

综上所述，两种将来债权担保会面临不同的问题，必须因势利导构建相应的规则。必须承认的是，这种分类只是一种渐进式的区分，而很难在两种将来债权担保间划定一个泾渭分明的界限。如果以资产信用/主体信用的强弱作为一道光谱，那么典型的孳息型将来债权与典型的经营型将来债权分别位于这道光谱的两端，体现了完全的资产信用（如停车场收费权）与主体信用（如服务型企业的经营收益权）。但在这道光谱的中间，存在一些模糊状态的将来债权，其不能归入光谱的任何一端。以电力收费权为例，将来收益的产生既取决于电网公司职工的经营行为，也取决于发电站、电网等基础设施建设，资产信用与主体信用在这里都占了相当的比例。然而，不能仅以分类具有模糊状态，就否定其价值。首先，实践中不乏位于光谱两端的典型状态，至少对于这些典型状态，可以适用这种分类以及基于此分类而构建的规则；其次，除了规则适用的层面，这种分类更多起到了一种分析框架的指导意义，它能提供一种新的视角去分析与思考将来债权担保。这就如债物二分理论，虽然实践中不乏中间形态（物上之债、地役权等），但作为一种分析框架的物债二分仍有其重要意义。

## 二、孳息型将来债权担保的私法规制

孳息型将来债权担保的特殊性在于担保权人的保护上，而这又分为三个问题：其一，将来收益不确定的孳息型将来债权是否可以设立担保；其二，孳息型将来债权被侵害时，担保权人如何寻求保护；其三，孳息型将来债权担保与其他权利竞存时，如何确定其顺位关系。第一个问题与经营型将来债权担保密切相关，笔者拟在第三部分一并分析，本部分只分析后两个问题。

应说明的是，第二个问题在孳息型将来债权质押中很好解决，因为质权人可以基于物权请求权主张排除妨害或损害赔偿。但是，将来债权转让也可以实现担保功能，而这时受让人是不享有物权请求权的。此外，该问题在公路收费权担保中也不是问题。因为根据《公路法》第67条，侵权人因埋设管线、堆放货物等原因而占用公路，给公路经营企业（收费权人）造成损失的，应给予相应补偿。但是，该条无法适用于其他孳息型将来债权，而且侵权人也只承担补偿责任。

### （一）孳息型将来债权保护的实然现状：现行规则及其局限性

当底层资产因为侵权行为而受损时，将来收益也会相应地减少。底层资产所有人可基于物权主张停止侵害或损害赔偿，那么将来债权人应当如何保护自己呢？将来债权人不是底层资产所有人，且孳息型将来债权也非绝对权，因此，因侵害底层资产而导致将来经济利益的损失属于纯粹经济损失。将来债权人可考虑的救济手段有二：一是《民法典》第1165条（侵权责任的一般条款），二是通过合同约定予以保护。

《民法典》第1165条（侵权责任一般条款）的保护范围是“民事权益”，它也包含绝对权之外的其他人身、财产权益。该条未对民事权益做内部区分，似乎只要行为人因过错侵犯了民事权益且造成损害，都应当承担责任。但是，这种“权利与利益同等保护”的思路存在不足。因为侵权法承担着权利保护与维护行为自由的双重功能，而绝对权之外的其他民事权益缺少公示性与可预期性，同等保护将会导致行为人动辄得咎。因此，通说认为，有必要参照《德国民法典》第823、826条，对侵权责任一般条款作目的性限缩，以实现区别保护。经限缩之后，对于绝对权

的保护仍以过错为构成要件，而对于包括纯粹经济损失在内的其他权益，则须以“故意背俗”或“因过错违反保护他人的特别法律”为构成要件。<sup>〔19〕</sup>

孳息型将来债权不是绝对权，立法上也没有关于它的特殊法律，因此只得诉诸“故意背俗”侵权。“故意背俗”不仅要求侵权人主观上是故意的，而且要求侵权人在动机上违背了善良风俗。比如，侵权人故意侵犯底层资产而造成将来收益的损失时，将来债权人是不得主张赔偿的；只有当侵权人出于损害将来债权人的动机而故意侵犯基础资产时，将来债权人才可以主张纯粹经济损失的赔偿。可见，在大量“侵权人只有主观故意而无背俗动机”的情况下，将来债权人无法主张损害赔偿，更遑论侵权人过失的场景。然而，在现实中，底层资产受到侵害时，侵权人大多都无背俗动机。例如，修建通信设施或埋设管道时损坏了桥梁，将来债权人就不得主张修缮期间内的通行费用损失。

赔偿纯粹经济损失须以“故意背俗”为要件，这无疑降低了孳息型将来债权受保护的程度。但是，如果把将来收益损失解释为间接经济损失，则可以绕过该要件。然而，这种思路也不可行。间接经济损失并非一项独立的、受法律保护的利益，而是绝对权效力的体现。绝对权受到侵害时，受保护的利益范围也包含因绝对权被侵害而产生的间接经济损失。<sup>〔20〕</sup>因此，绝对权与间接经济损失应属于同一主体。但是，底层资产与孳息型将来债权分属不同主体，即使要主张间接经济损失，也只能是底层资产所有人主张。

尽管将来债权人不能向侵权人主张间接经济损失，但这部分损失总是应当获得赔偿的。有一种路径是：底层资产所有人向侵权人主张这部分损失，再转交将来债权人。这实际上是合同法的保护路径。

在交易实践中，对于“因底层资产受损而导致的将来收益减少”的问题，交易双方往往会通过合同约定。比如，有《公路收费权质押合同》约定，因自然灾害、第三人原因影响公路收费收入，出质人所获得的补偿金或赔偿金应优先用于清偿质权人的借款。<sup>〔21〕</sup>在质押中，该约定没有问题。因为质权人可以基于物上代位性直接对补偿金或赔偿金优先受偿，也可以根据物权直接向侵权人主张损害赔偿，而无须以底层资产所有人为中介。但在转让中，即使做出上述约定，受让人对该补偿金或赔偿金也没有优先受偿权，而无法规避转让人破产的风险。

## （二）孳息型将来债权保护的应然要求：利益衡量下的选择

在解释论下，侵权法与合同法都无法充分地保护孳息型将来债权，所以有必要完善相关规则。这一观点的隐含前提是：法律保护不到的这些利益是应予保护的。而这需要论证。

现行法的局限是：当侵权人因过错——但非背俗——侵害底层资产时，将来债权人无权向侵权人主张损失。这时，需要考虑的问题是：第一，非背俗的情况下，侵权人是否应赔偿底层资产上的将来收益损失；第二，如果应该，是否应当将请求权赋予将来债权人。

第一个问题是“是否赔偿”的问题。侵权损害赔偿的范围应受因果关系的限制。底层资产的用途是收取孳息，一旦被侵害，将来收益必相应减少。这种损失与从事经营活动的车辆受损而产

〔19〕 参见葛云松：《〈侵权责任法〉保护的民事权益》，载《中国法学》2010年第3期。

〔20〕 参见葛云松：《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》，载《中外法学》2009年第5期。

〔21〕 参见《公路收费权质押合同》第10条，载 [http://www.haolietou.com/n\\_20541](http://www.haolietou.com/n_20541)，最后访问时间：2023年9月3日。



生的合理停运损失、人身损害而生的误工费并无不同，而后两者都是可获赔偿的。其实，如果孳息型将来债权未被让与，那么将来收益的损失通常会被认定为间接经济损失，底层资产所有人可以主张侵权损害赔偿。虽然让与行为使得“所有人的间接经济损失”变成了“将来债权人的纯粹经济损失”，但这不会影响侵权人的可预见性。因此，侵权人应赔偿将来收益的损失。

第二个问题是“赔偿给谁”的问题。如果将请求权赋予所有人（方案一），那么将来债权人享有的只是对于所有人的转付请求权，这导致将来债权人必须承受所有人破产的风险。这反过来会降低金融机构提供融资的意愿。反之，如果将请求权赋予将来债权人（方案二），那么其就不须承受所有人破产风险。因此，方案二对于将来债权人更有利。

对所有人而言，这笔赔偿最终都不归自己所有，而且由侵权人直接向将来债权人履行，既减少了自己的转交风险，也防止了将来债权人因担心破产风险而拒绝放贷的情况。因此，方案二对所有人也更有利。

对于所有人的其他债权人，方案一更为有利，因为它在一定情况下增加了所有人的责任财产。但是，所有人在转让孳息型将来债权时，已经获得了对价，方案二不会使所有人的责任财产不当减少。即使其他债权人最终因破产不能完全受偿，那也属于正常的商业风险。此外，在电子支付的年代，履行对象的变更也不会过度增加侵权人的负担。

综上，通过利益衡量，方案二总体上更有利。况且，《公路法》第67条已规定，公路收费权人可以直接向侵权人请求补偿。这说明立法者在价值判断上也倾向于方案二。

### （三）孳息型将来债权保护的规则完善

孳息型将来债权保护的实然现状与应然要求间存在紧张关系，这主要体现在责任构成要件与请求权的主体上。在立法论上，如果可以赋予孳息型将来债权以物权地位，则可一并解决这两个问题：物权的侵权责任不以“背俗”为构成要件，且物权人可以直接向侵权人主张停止侵害与损害赔偿。但是，《民法典》采取了严格的物权法定原则，而孳息型将来债权不是法定物权。

在解释论上，可以通过类推适用《公路法》第67条来保护孳息型将来债权。但这也只是权宜之计。首先，该条规定的是“补偿”而非“赔偿”，对将来债权人的保护力度不足；其次，该条只赋予将来债权人事后请求赔偿的权利，而没有赋予其事先停止侵害的权利；最关键的是，类推适用是对法条文义的超越，法官可能不敢采取类推适用。

另外一种思路是，通过扩张解释来缓和物权法定原则，即将行政法规与司法解释都解释为《民法典》第116条的“法律”，再通过司法解释将孳息型将来债权确立为物权。但是，根据立法者的解释，该条的“法律”是指“全国人大及其常委会制定的法律，除法律明确规定可以由行政法规、地方性法规规定之外，一般不包括行政法规与地方性法规”〔22〕。因此，这种解释也违背了立法者本意。而且，将来债权虽然与现实债权有着极大的区别，但毕竟被冠以“债权”之名，如将一种冠以“债权”之名的权利确立为物权，在观念上就很难被人接受。

笔者认为，现行法体系下可行的思路是：通过司法解释将停止侵害与损害赔偿请求权直接赋予将来债权人，但不明确承认其物权性，这样就可以绕开物权法定这一问题。但是，这种思路在

〔22〕 石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第273页。

理论上是无法圆融的，因为无法解释一个非物权性的权利为何可以直接对抗第三人。但作为一种司法对策，它是有效的。

#### （四）孳息型将来债权担保的顺位问题

根据《民法典》第412条，抵押物被扣押后，抵押权的效力及于抵押财产的法定孳息。具体地说，底层资产所有人将不动产出租后，实施了如下交易：Ⅰ. 将租金债权质押给了甲；Ⅱ. 将底层资产抵押给了乙；Ⅲ. 将孳息型将来债权出质给了丙。当底层资产上同时存在上述交易时，担保权人之间的优先顺位应该如何确定？<sup>〔23〕</sup>

比较法将这一问题简单处理了。《美国统一商法典》（U. C. C.）第9-109条（d）（11）将因不动产租赁而产生的租金债权排除在应收账款之外；而《魁北克民法典》第2695条规定，担保不动产的现有及将来产生的租金的抵押视为不动产抵押，应在土地登记簿上公示。域外立法如此规定的原因是：若允许不动产租金债权作为应收账款单独质押，则会产生复杂的权利冲突关系，特别是考虑到应收账款质押与不动产抵押分属不同的登记机关，无法合理地确定优先顺序。<sup>〔24〕</sup>但我国并无类似立法，而且在不动产的法定孳息上设立质押能拓宽融资渠道，不宜一律禁止。因此，必须根据“公示在先、权利在先”的规则来处理它们之间的优先顺位问题。<sup>〔25〕</sup>具体说来：

首先，在交易Ⅱ与交易Ⅲ之间。这里分两种情形：

情形一：丙的质权成立在先，乙的抵押权成立在后。如果丙的质权已依法公示，乙可以预料到抵押权的效力将来可能无法及于租金，因此乙劣后于丙。而且，在乙实现抵押权时，后续受让人也应承受质权的负担，即此后抵押物的孳息应当由丙优先受偿。

情形二：乙的抵押权成立在先，丙的质权成立在后。这里应区分不同时间段考虑。在“将来债权质权成立之日到扣押日”这段时间内，抵押物产生的收益由丙优先受偿。因为在抵押期间，抵押人有权对抵押物进行使用与收益，而既然收取孳息的行为合法，那出质该权利的行为属合法。在扣押日之后，收益由乙优先受偿。这是基于“登记在先、权利优先”规则的当然结果。<sup>〔26〕</sup>

其次，在交易Ⅰ与交易Ⅲ之间。这也分两种情形：

情形一：甲的质权成立在先，丙的质权成立在后。假设所有人与承租人签订了租赁合同，租赁期间是从1月1日到12月1日。那么，这段时间内，所有人的孳息型将来债权实际上已经不存在了。即使所有人不将该租金债权出质，将来债权质押也会因客体不存在而无法设立，但所有人应向丙承担违约责任。

情形二：丙的质权成立在先，甲的质权成立在后。假设所有人与丙订立了孳息型将来债权质押，孳息型将来债权的期间是从1月1日到12月1日。那么，一旦这段时间内有人承租了抵押物，租金收益自动归于质权的效力范围之内。如果所有人将该租金债权出质给甲，丙基于在先的登记而对该笔收益享有优先权。

〔23〕 交易Ⅰ与交易Ⅱ因不涉及孳息型将来债权，不是本文的焦点，在此不赘述。

〔24〕 参见孙超：《应收账款融资的法律问题研究》，山东大学2011年博士学位论文，第21页。

〔25〕 参见李勇德：《典型动产和权利担保物权顺位规则研究》，载《财经法学》2023年第6期。

〔26〕 理论上抵押权的效力只及于抵押物本身，而不及于抵押物所产生的租金。但是，如果抵押权成立在先，在抵押权人实现抵押权时，抵押权所及的抵押物应该是一个没有任何负担的抵押物。唯有如此，抵押物才可以尽可能卖出高价。如果允许收益权质权继续存在于抵押物上，那么即使拍卖抵押物，由于抵押物上存在权利负担，抵押权人也可能不能完全受偿。

以上对孳息型将来债权担保可能面临的特殊法律问题做了一个较为详尽的分析。上述分析虽然是以商铺未来租金收益权为模版，但其结论也适用于其他孳息型将来债权。

### 三、经营型将来债权担保的私法规制

经营型将来债权担保的私法规制，应着眼于如何克服信用降维与过度担保的问题。就信用降维而言，其主要问题是，担保财产因主体信用而呈现高度不确定性；就过度担保而言，其主要问题是，如何防范担保人以过量的将来财产设立担保，从而损害自己及其债权人的利益。

#### （一）正常经营过程中担保权人的保护问题

经营型将来债权的价值具有高度不确定性。尽管登记可以使得担保权人对经营型将来债权享有优先受偿权，却不可以强制担保人积极经营；而如果担保人不积极经营，经营型将来债权将不能实现。因此，担保权人的利益保护应着眼于“如何约束担保人的经营行为”。

在担保人正常经营过程中，这个问题比较好解决。首先，从商业上看，担保人一般不会为了损害担保权人的利益而故意怠于经营。而且，担保合同一般会约定担保人的剩余索取权，以激励后者积极经营；抑或通过合同安排来保证担保人将来收益的稳定性。<sup>〔27〕</sup>例如，当事人往往通过采取照付不议合同（take-or-pay contract）来保证担保人将来收益的稳定性。该类合同约定，产品或服务的购买人必须保证一个周期内最小的购买数量，即使购买人后来未足量购买，购买人都负有付款义务。该类合同一般是为了应对市场风险而设，确保不因市场波动而影响担保人（出卖人）的将来收益。因此，担保权人在与担保人订立担保合同时，有时会以存在该合同为条件。

其次，从法律上看，担保权人可以通过合同安排来约束担保人的行为。比如，担保合同可约定，担保人仅仅为了使担保权落空而在正常商业范围外实施的经营行为无效，<sup>〔28〕</sup>当事人甚至可在公司章程里载明这种限制；<sup>〔29〕</sup>又如，在英国，浮动抵押权人可以依合同约定指定接管人入驻担保人企业，来继续经营基础业务，这种取代机制也可以将主体信用提升为资产信用。<sup>〔30〕</sup>

需要说明的是，孳息型将来债权毕竟是将来财产，虽然其具有“自动产生收益”的特征，但其价值也会因为底层资产的类型而呈现出不确定性。公路收费权的确定性就高于知识产权收益权。因为公路通行针对的是不特定的多数人，将来收益根据大数定律才会呈现出确定性以及规律性，从而可以基于历史数据较为准确地预测出来。即使在同一种孳息型将来债权内部，其不确定性也有区别。比如，公路收费权的价值可能受到区域内经济人口增长率、路网结构、通行费收费标准与政策等因素的影响。又如，商铺租金收益权的价值可能受到出租率、地理位置等因素的影响。<sup>〔31〕</sup>那么，为保护担保权人，是否应该禁止以不确定性过高的孳息型将来债权设立担保呢？

〔27〕 参见朱宏文：《专案融资担保：中国大陆的实践与法律问题（下）》，载《法令月刊》2004年第7期。

〔28〕 参见李国安主编：《国际融资担保的创新与借鉴》，北京大学出版社2005年版，第177-179页。

〔29〕 参见李力：《雕刻现金流——从证券化到项目融资》，中信出版社2017年版，第254-257页。

〔30〕 参见〔美〕弗兰克·J·法博兹、莫德·休亨瑞：《欧洲结构金融产品手册》，王松奇、高广春、史文胜译，中国金融出版社2006版，第287页。

〔31〕 参见邹建等主编：《中国资产证券化项目剖析与实操指南》，法律出版社2018年版，第216、371页。

有学者认为，这类孳息型将来债权不得设立担保，否则不利于担保权人的保护。<sup>〔32〕</sup>但这在正当性与可行性上都存疑。在正当性方面，法律行为只要不损害第三人利益或社会公共利益，不违背公序良俗，就应有效。孳息型将来债权的不确定性只会损害担保权人的利益，如果不确定性过高，担保权人自会拒绝交易或者要求对方提供其他增信措施。在可行性方面，确定性是商业判断，一般须综合考虑交易对手、底层资产、历史数据等因素。而司法机关无从知悉这些信息，反而是担保权人更有可能通过尽职调查而获得。也许某类孳息型将来债权在法官看来具有不确定性，但担保权人基于专业知识可能做出相反的判断。如果将这一判断强加给法官，最后很可能导致以“孳息型将来债权未实现”反推出“孳息型将来债权有不确定性”。<sup>〔33〕</sup>

有鉴于此，确定性不应当作为判断孳息型将来债权担保效力的标准。但应指出，在将来债权资产证券化交易中，为保护众多投资者的利益（公共利益），须从源头上控制风险，禁止不确定性过高的孳息型将来债权作为基础资产，这是具有正当性的。

## （二）破产清算程序中担保权人的保护问题

如果担保人破产，则无法通过“约束担保人的经营行为”来保护担保权人。举例而言：

某民办教育机构以将来2年的学费收费权向银行质押贷款，且已办理了登记。1年后，教育机构因经营不善而被破产清算，那么，该第2年的学费收费权是否属于破产财产？

银行对已设立质权的学费收费权享有别除权，所以当学费收费权变为现实债权后，质权的效力及于该现实债权。但是，由于经营型将来债权担保体现的是主体信用，当教育机构被破产清算时，其经营行为也随之停止，将来的经营收益永远也没办法实现，质权也因为没有质押物而成为“空头支票”。

如果强制教育机构继续经营，则会带来两方面的问题。首先，继续履行合同会推迟其他债权人的受偿时间。尽管破产管理人有权选择继续履行破产清算前订立的合同，但这必须为了全体债权人的利益，履行合同带来的收益属于破产财产。但在上述案例中，即使教育机构继续经营，所获收益也应由质权人优先受偿，因此，破产管理人一般不会选择继续履行这种“专门利人”的合同，即使选择，也无法征得债权人委员会之同意。其次，继续履行合同可能降低其他债权人的受偿比率。企业的财产是一个有机整体，需要互相配合才可以实现生产经营。在上述案例中，教育机构继续经营离不开相关的教学设备与教师。如果强制教育机构继续经营，势必得继续使用与耗损教学设备等财产，且须支付教师工资。这些行为都会减损破产财产的价值。

强制企业继续经营会置其他债权人之利益于不顾，而若不如此，经营型将来债权担保又徒具虚名。对于破产程序中将来财产担保的问题，《美国破产法典》（United States Bankruptcy Code）第552条采取的是一种“原则—例外—再例外”的规制模式。<sup>〔34〕</sup>依该条，判断担保权是否及于将来财产的根本标准是：如果及于将来财产，是否会减损破产财产。而在经营型将来债权担保中，答案是肯定的，因为经营型将来债权的实现与经营行为密不可分，而经营行为必然会消耗破

〔32〕 参见罗欢平：《论普通债权质押》，法律出版社2012年版，第109页。

〔33〕 参见赵申豪：《〈民法典〉将来债权转让的规范基础与解释论构造》，载《政法论坛》2023年第1期。

〔34〕 关于该条的详细分析可参见赵申豪：《〈民法典〉将来债权转让的规范基础与解释论构造》，载《政法论坛》2023年第1期。



产财产。例如，在教育机构破产后，如果想将学费收费权变为现实债权，必须强制其继续经营，而继续经营所需要的员工工资须从破产财产中支出，这就会损害其他破产债权人的利益。因此，《美国破产法典》第 552 条无法解决担保权人的破产保护问题。

反观我国澳门地区，其虽未对该问题做总体性规定，但澳门地区《商法典》规定了将来债权保理商的破产保护问题，该规定对本文面临的问题有借鉴意义。

破产程序宣告后，破产人现有及将有之财产都属于破产财产。这一规定对将来债权保理商不利，因为保理商受让将来债权时已支付了对价。对此，澳门地区《商法典》第 888 条是通过“解除合同”来保护受让人的。该条规定，对让与人于宣告破产之日尚未实现的将来债权所作之让与合同，破产管理人可以解除；如果解除，破产管理人有义务将与该将来债权有关且已支付给让与人之款项交还予保理人。依此，受让人至少可以退而求其次地追回相应的融资款。

但是，该条对于受让人的保护也有不足之处。首先，受让人的返还请求权是债权，只能与其他无担保债权人共同参与分配，而在破产程序中，让与人不可能全部受偿；其次，该单方解除权是由破产管人享有，破产管理人如不及时解除合同，则难免损害保理商之利益。

澳门法虽然对于保理商的保护力度略显不足，却也聊胜于无。

在商业实践中，债权人（担保权人）一般会通过分期发放融资款来降低风险。一旦解除贷款合同，债权人有权拒绝发放剩余款项；对已发放的，债权人可参与破产分配。不过，澳门地区《商法典》将单方解除权赋予管理人，这显然不利于保护受让人。因此，可以通过灵活解释《民法典》第 563 条第（二）项，赋予债权人以单方解除权。该项规定，在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务，另一方可以解除合同。尽管将来债权已被让与给了保理商，且办理了登记，让与人的义务似乎已经履行完毕。但是，将来债权之实现取决于“让与人与债务人继续维持业务往来关系”，如果让与人因破产而无法实现将来债权，那么依诚实信用原则，其可以被认定为违反保理合同。当然，这种情况下，保理商是否构成违约，很大程度上取决于对于该条的解释。为稳妥起见，双方可在保理合同中对此作出明确约定。

与保理这种非典型担保不同，典型的经营型将来债权担保中存在两个合同：贷款合同（主合同）与担保合同。担保合同可以因为担保人破产而被解除，那么贷款合同是否也可以随之解除呢？一般来说，从合同的效力瑕疵不必然影响主合同。但在合同联动中，数个合同相互结合成为一个交易整体，服务于同一交易目的。如果一个合同被解除，可能导致整个交易目的无法实现，那么，当事人可以此为由解除合同。<sup>[35]</sup>《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第 20 条规定，在按揭购房的交易模式中，房屋买卖合同无效、被撤销或解除后，导致借款合同目的不能实现的，借款人可以请求解除借款合同。这是合同联动制度在我国法上的具体体现。与按揭购房交易相似，当担保合同解除后，债权人（担保权人）控制贷款合同风险的交易目的无法实现，继续履行对其明显不公，所以其也有权主张解除贷款合同。在解释论上，可考虑通过情势变更规则或意思表示附款规则来实现这一目的。<sup>[36]</sup>

[35] 参见陆青：《合同联动问题研究》，载《政治与法律》2014 年第 5 期。

[36] 相关论述参见潘重阳：《论联动合同的效力关联——以商品房买卖与借款合同联动为例》，载《政治与法律》2021 年第 11 期。

应当注意的是,《美国破产法典》第552条也为将来债权的类型区分提供了正当性基础。孳息型将来债权是由底层资产自动产生的,其价值是在破产之前已经确定的,而没有介入任何人工劳动或其他价值增量,即使这部分将来债权由担保权人优先受偿,也不会减损破产财产。因此,根据第552条的法理,破产后的孳息型将来债权是可以从破产财产里剔除的。当然,严格来说,如果担保权人只在孳息型将来债权上设定了担保,而未在底层资产上设定担保,那这不满足第552条“例外规定”的构成要件,担保权人无法就该孳息型将来债权优先受偿。

但是,第552条“例外规定”(如果该将来财产是债务人既有财产的收益、果实、幼崽或孳息,且担保权人在破产开始前已在该既有财产上设立担保权益,那么该将来财产不属于破产财产)之所以要求担保权人必须在底层资产上设立担保权益,主要是担心会推迟其他破产债权人的受偿时间。如果担保权人对于底层资产无担保物权,那么该底层资产将会作为破产财产被强制执行,而没有了底层资产,将来收益也将无从产生。有虑于此,第552条才额外规定了“底层资产上设立了担保物权”的构成要件,以防止底层资产被强制执行。将来财产担保实践中,强势的债权人通常会采取“组合担保”(composite charge)的方式,即在担保人的将来收益与既有的固定资产上同时设立担保。<sup>[37]</sup>诚然,采取组合担保主要是为了限制担保人处分其固定资产,但这却“歪打正着”地满足了第552条“例外规定”的构成要件。但是,当以公路桥梁等收费权出质时,因土地国有的原因,底层资产不得设立抵押权。这时就无法满足第552条“例外规定”。

笔者认为,不论底层资产上是否设立了担保,都不应影响担保权人对孳息型将来债权的优先受偿权。担保人破产时,破产管理人可以正常拍卖该底层资产,只不过该底层资产上有权利负担,受让人有义务将其上的将来收益交由担保权人优先受偿。诚然,底层资产上的权利负担必然影响其拍卖时的成交价格,但只要能够登记公示,就不会损害交易安全。

### (三) 经营型将来债权过度担保的防范

有观点认为,对于担保人而言,将来财产担保减小了其融资成本,增大了其依约履行的可能性;<sup>[38]</sup>对于担保人的其他债权人而言,公示制度足以解决过度担保的负外部性问题。但是,上述观点忽略了商业实践的复杂性。首先,放任担保人过度担保可能增大企业的后续融资成本,影响其持续经营能力,<sup>[39]</sup>因为担保人以将来的大部分财产设立担保后,几乎没有金融机构愿意再向它提供融资。<sup>[40]</sup>其次,公示制度也无法保护基于侵权等事实行为而形成的债权人。

有鉴于此,澳门地区《商法典》第872条规定,只得让与将来24个月的将来债权,而日本最高裁判所则将该期限限制为8年。<sup>[41]</sup>在我国台湾地区,学界一般认为,以全部将来债权设立

[37] See Stephen W. Mayson, Derek French & Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Blackstone Press Limited, 1997, p. 315.

[38] See William A. Schnader, *The Unsecured Creditor- "The Little Businessman" -and the Uniform Commercial Code*, 1 *Boston College Law Review* 65, 70 (1959).

[39] See Anonymous, *Limitations on the Scope of the After-Acquired Property Clause*, 53 *Columbia Law Review* 392, 394 (1953).

[40] 参见董学立:《浮动抵押的财产变动与效力限制》,载《法学研究》2010年第1期。

[41] See Masaru Ono, *Unique Aspects of Japanese Securitization Relating to the Assignment of Financial Assets: A Comment on Raines & Wong*, 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 469, 471 (2002).

担保的合同会因违反公序良俗而无效。<sup>[42]</sup>我国有学者建议对将来债权处分设置时间限制，<sup>[43]</sup>但未被立法所采纳。过度担保不仅会给担保人自身造成经济压迫，而且会使担保人的责任财产减少甚至消失，从而使后续受让人、让与人的债权人在交易过程中处于不安全状态，也就会使其他市场主体在与与人交易时产生顾虑。<sup>[44]</sup>因此，这类合同因违反公序良俗（市场交易秩序）而无效。关于过度担保的认定，主要标准是经营型将来债权的期限，具体期限可以结合具体案情酌定。当然，期限对于合同效力的影响也不应绝对化。有时企业会只让与部分业务的将来经营收益，其仍保有一定的将来责任财产，因此这类合同应当有效。

购买价金担保权制度（《民法典》第416条）同样是为了解决过度担保问题而存在的，其主要适用于以下情景：已经设定浮动抵押的担保人向银行贷款购买机器设备，或向设备供应商赊购设备，浮动抵押权因设立在先而自动及于该设备之上，即使银行或供应商立刻在设备上设立动产抵押权，顺位上也后于浮动抵押权人。为了排除担保权人的垄断性地位，《美国统一商法典》的起草者创设了购买价金担保权制度，既使得在后的购买价金担保权人获得“超级优先权”，又未损害在先担保权人的利益。<sup>[45]</sup>

然而，该制度在经营型将来债权担保中并无适用空间。经营型将来债权担保中，担保物权只及于企业的将来经营收益。当企业向银行贷款购买设备或原材料时，该设备或原材料不是企业的经营收益，不在担保权效力范围之内，因此购买价金担保权没有存在之必要。也许有反对观点认为，原材料虽非经营收益，但原材料最终会经由“原材料—成品—应收账款”的过程而体现为经营收益。但也不能因此认为购买价金担保权也可以及于企业的将来经营收益。首先，这种牵连关系过于间接了。其次，企业将来经营收益虽然有部分是原材料价值的体现，但也有其他部分是员工劳动价值的体现，而当这些价值转变为经营收益时，它们是混合在一起的，原材料的价值无法被特定。而一旦物权客体失去特定性，担保物权也随之消灭。

#### 四、代结语：将来财产担保理论的不足与展望

将来债权担保在商事交易中正变得越来越普遍。当下随着中国的经济转型，将来债权担保——尤其是经营型将来债权担保——将具有更广阔的实践需求，而相关法律纠纷与法律问题也将不断涌现。

尽管本文对将来债权担保做了有益的研究，但仍然有所不足。商事担保面临着一个悖论：商事融资数额通常远大于民间借贷，因此需要价值更高的担保财产；但是，企业如果为了设立担保而专门“闲置”出一批资产，反而不利于其经营。尽管不动产抵押权可以兼顾财产的使用价值与交换价值，但很多企业缺少这种理想型的担保财产。将来财产担保正是在这一背景下生成的。实践中，将来财产担保越来越普遍，除将来债权担保外，浮动抵押、动态质押等都是其具体体现。

[42] 参见陈自强：《契约之内容与消灭》，元照出版公司2018年版，第256页。

[43] 参见谢菁菁：《国际保理中应收账款转让问题研究》，中国检察出版社2011年版，第135页。

[44] 参见杨明刚：《合同转让论》，中国人民大学出版社2006年版，第79页。

[45] See Robert M. Lloyd, *Refinancing Purchase Money Security Interests*, 53 *Tennessee Law Review* 1, 5 (1985).

这些将来财产担保有大量的共性法律问题有待解决，而本文显然已无能为力。虽然本文对将来债权担保做出了有益的研究，可也只是扬汤止沸，而构建将来财产担保的一般性理论与规则体系才是根本之策。当然，那远超出本文的射程范围了。不过，本文提出的“信用水平与过度担保的分析框架”对于将来财产担保理论体系的构建也许会有所裨益。

---

**Abstract:** Future claims are claims that do not exist at the time of the formation of the security contract but may arise in the future. Depending on whether the underlying asset exists, future claims can be divided into asset-based future claims and operating-based future claims. Asset-based future claims pledge and operating-based future claims pledge differ significantly in underlying assets, credit level, excessive guarantee, etc., so they should apply different rules. There are no problems of credit degradation and excessive guarantee in asset-based future claims pledge, and the main problems in it are the protection of secured creditors when the underlying assets are infringed, as well as the priority when the asset-based future claims pledge is in the competition with other security interests. In order to solve the former, we need to constitute special tort law rules, while the latter can be solved by applying the Civil Code. In contrast, operating-based future claims pledge would harm both secured creditors for credit degradation, and the other creditors of the secured debtor for excessive guarantee. Excessive guarantee can be resolved by confirming the contract invalid. While for credit degradation, if secured debtor is in ordinary course of business, it can be resolved by contractual arrangements or administrative receiver system, and if secured debtor is in bankruptcy, it can be resolved by contract termination rules.

**Key Words:** future claims pledge, asset-based future claims, operating-based future claims, after-acquired property clause

---

(责任编辑：武 腾)



## 小额诉讼四重独立性的理论建构

唐玉富\*

**内容提要：**我国现行小额诉讼存在着严重的理念、程序、制度与主体的非独立性问题。小额诉讼四重独立性模型承续既有的小额诉讼程序独立性理论，增添法理独立性、制度独立性与主体独立性，从理念、程序、制度与主体四重维度建构全新的小额诉讼理论框架。小额诉讼四重独立性模型在阶梯式结构的接续展开过程中培育小额诉讼共同体，为小额诉讼的未来发展提供方向性指引。普惠性司法与程序相称性两种理论共同构成小额诉讼四重独立性模型的正当基础。全面构筑小额诉讼的独立性体系，可以从制度利用者的立场系统性重塑小额诉讼的指导理念，在简易程序之后设立专章规范小额诉讼程序，形成供给充足、品格独立的小额诉讼制度集群，建立专业化的小额诉讼审判组织。

**关键词：**小额诉讼 四重独立性模型 简易程序 普惠性司法 程序相称性

小额诉讼以保障国民对小额金钱债权的诉权为目标，并因其司法平民化、程序简易化和费用低廉化等内在性优势而为现代国家普遍接受和广泛利用。2012年修改后的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）在简易程序中增设单独条款，正式将小额诉讼变为制度实在。最高人民法院本来对小额诉讼抱有很高的功能期待，<sup>〔1〕</sup>作为制度运营者的基层法院和作为制度利用者的当事人却在很大程度上不愿意真正利用小额诉讼，甚至选择性规避该制度的现实利用，致使小额诉讼在司法实践中遭受冷遇。这种相当数量的不满和反对现象昭示着小额诉讼的非常态运转。<sup>〔2〕</sup>无论是因简易程序框架所预设的标准造成的小额诉讼程序高门槛准入现象和同质化的指导理念，还

\* 唐玉富，浙江工商大学法学院副教授。

本文为最高人民法院2022—2023年度司法案例研究课题“公正高效保障案外人民事权益案例研究”、国家社科基金项目“在线矛盾纠纷诉源治理理论构建研究”（23BFX168）的阶段性成果。

〔1〕 最高人民法院原副部级专委杜万华在宁夏法院调研时指出：“全国法院小额诉讼案件将占到全部民事案件的30%左右，总数将超过120万件，对人民法院的民事审判工作格局将产生重大影响。”谢勇：《要认真做好小额诉讼实施准备工作》，载《人民法院报》2012年10月9日，第1版。

〔2〕 参见〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第370页。

是其运作进程中制度供给和人员配置的缺乏，所指向的均是小额诉讼欠缺独立性的核心症结。为此，认真审视小额诉讼的独立性问题，采取合理措施推进小额诉讼的独立性建构，成为民事诉讼制度现代化过程中的前沿课题。

## 一、小额诉讼中理念、程序、制度与主体的非独立性

小额诉讼在实践运行中遭遇的最大困境是适用率很低，〔3〕适用不均衡、〔4〕程序优势不足〔5〕以及被物业公司、银行等大型公司和企业滥用为追债工具而缺乏程序规制措施等多重问题又在很大程度上弱化对小额诉讼的认同度和接受度。这些问题一方面归因于严控审级制度造成的当事人与法官的担忧和抵触的行为，另一方面与小额诉讼适用简易程序未能形成独立的程序框架密不可分。任何法律程序的有效实施，不仅有赖于制度设计者秉承理性务实的态度构筑逻辑自洽的程序，而且需要设定精致严密的制度集合并安排合适主体不折不扣地实际推进，小额诉讼亦不例外。认真解析小额诉讼的实践困境及其制度框架，就会发现其中存在着严重的理念、程序、制度与主体的非独立性问题。

### （一）出现独立程序地位与独特程序法理的双重缺位

我国在2012年修改《民事诉讼法》过程中采纳解决严重诉讼拥堵问题的法院本位主义路径，〔6〕合理移植并适度改造了两大法系普遍采行的小额诉讼，将小额诉讼正式镶嵌于民事诉讼程序之中进而使其成为一种制度实在。然而，我国借鉴某些大陆法系国家实行的在普通程序延长线连续性构造的制度设计体制，〔7〕未能一步到位建立完整独立的小额诉讼程序。究其根源在于独立的小额诉讼条款过于单薄，未能形成具有可辨识度和区分度的子程序，不足以支撑起功能自洽的精细化小额诉讼程序体系。能够体现程序独立性的程序特征只有一审终审制，其他均与简易程序呈现出高度的同构性。正是如此，充其量只能将我国的小额诉讼称为“小额案件的一审终审”或者小额诉讼制度，不能将其抬升到与普通程序和简易程序平行的独立程序高度。

小额诉讼的条款内容与制度安排反映出制度设计者未就小额诉讼形成与之匹配的独特程序法理。在这种层层相扣的程序设计中，小额诉讼自然而然地适用简易程序的法理基础与制度安排。最为典型的是小额案件在满足争议的诉讼标的额标准的同时，须对标简易程序一体性适用案情状况标准。这种二元标准要求对于小额案件的审理必须采用双轨制，〔8〕大幅限定了小额诉讼的适用范围。依照简易程序法理衍生而成的小额诉讼天然地贴上“有限性”的标签，却又因案情状况标准包含可裁量的因素而呈现弹性化和扩张性的姿态。简易程序基本与普通程序依循共同的程序

〔3〕 据最高人民法院统计，在2020年之前小额诉讼的适用率为5.7%，在繁简分流改革试点过程中提升至19.3%。参见周强：《最高人民法院关于民事诉讼程序繁简分流改革试点情况的中期报告》，载《人民法院报》2021年3月1日，第1版。

〔4〕 参见陆俊芳、牛佳雯、熊要先：《我国小额诉讼制度运行的困境与出路——以北京市基层法院的审判实践为蓝本》，载《法律适用》2016年第3期。

〔5〕 参见王亚明、周琴琴：《繁简分流改革下的小额诉讼程序：适用困境与完善进路》，载《贵州省党校学报》2021年第4期。

〔6〕 参见肖建华、唐玉富：《小额诉讼制度建构的理性思考》，载《河北法学》2012年第8期。

〔7〕 参见王亚新：《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》（第2版），清华大学出版社2010年版，第299页。

〔8〕 参见蔡彦敏：《以小见大：我国小额诉讼立法之透析》，载《法律科学》2013年第3期。

法理，只是在迅速性与妥当性之间有所游移。基于此，小额案件的审理要遵循以辩论主义和处分权主义为基础的诉讼两造平等对抗的程序法理。现代国家广泛适用小额诉讼，看重的是“不需法律技巧的简易和效率”〔9〕的简速优势。倘若采用缜密而精细设计的对抗性程序法理来审理小额案件，势必无法达致简速审理的法律效果。

我国现行小额诉讼制度安排存在着独特程序法理和独立程序地位双重缺位的结构性缺陷。这种结构性缺陷造成小额诉讼在实践运行中难以充分发挥期待的制度功效，在相当程度上束缚了小额诉讼的现实利用。在民事诉讼程序繁简分流改革中，体系化构筑小额诉讼程序是重中之重。2021年12月24日修改后的《民事诉讼法》在既有小额诉讼条款基础上提高诉讼标的额，增设四个法条明确规定当事人约定适用小额诉讼、审理方式、审理期限和程序转换等多项内容。小额诉讼在实现程序精致化的过程中，逐渐孕育而成契合自身的特色程序。推进小额诉讼的程序独立性已经成为加快小额诉讼制度变革的核心脉络。在这种理念指引下，小额诉讼表现出愈发强烈的挣脱简易程序束缚的态势，并以其多重简化的优势展现出程序外溢样态。尽管如此，这并未从根本上动摇小额诉讼镶嵌于简易程序之中以同质化与非独立性形态存续的程序本质。《民事诉讼法》第165条所规定的“适用小额诉讼的程序审理，实行一审终审”仍然预设了小额案件的双轨制审理。其中，“的”字作为点睛之笔指明小额诉讼并非一种与简易程序并行而立的独立诉讼程序，实际上表明小额诉讼须受简易程序的统辖，在此基础上才能体现一审终审制的设计亮点。

## （二）未能建构自成体系的小额诉讼制度集群

最高人民法院敏锐地意识到小额诉讼的程序非独立性与供给不足的设计缺陷，不断寻找能够弥补这种内生性缺陷的微观制度。采取的主要措施是透过司法解释或者规范性文件对作为模板的简易程序予以更加简化的规定，有限度地扩张解释民事诉讼法中的小额诉讼条款内容。2015年2月4日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第271条至第283条试图建立小额诉讼制度体系，明确缩减举证期限为七日、禁止就管辖权异议裁定或者驳回起诉裁定提起上诉、确立当事人的异议权、简化裁判文书、告知与阐明小额诉讼等多项内容。2022年4月10日新施行的《民诉法解释》修改两条、废除两条，仍然保留了前述的主体内容。上海、浙江、河南等多地的小额诉讼实施细则创造性地准许诉讼两造约定适用小额诉讼程序、确定小额诉讼的程序异议权等全新的制度安排，被《民事诉讼法》所吸收成为正式制度。这些微观制度依照不规则的方式组合而成小额诉讼制度集群，为小额诉讼程序合理运转提供能量元素，大有脱离简易程序创设独立的小额诉讼程序〔10〕之势。

这些小额诉讼制度集群大体上是沿着简易程序再度简化的既定思路而营建起来的，没有多少真正体现小额诉讼程序特色的新型制度，也就无法形成程序供给充足、实践运转正常和制度特色鲜明的系统集成。倘若说《民事诉讼法》第165条准予当事人合意约定小额诉讼、第169条赋予当事人程序适用异议权尚属某种程度的制度创新，那么第167条鼓励一次开庭审结和当庭宣判、

〔9〕〔美〕杰弗里·C·哈泽德、迈克尔·塔鲁伊：《美国民事诉讼法导论》，张茂译，中国政法大学出版社1998年版，第173页。

〔10〕参见李峰：《小额诉讼制度完善的进路分析——对民事诉讼法第162条的解读》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。

第168条缩短审限为两个月等多项措施则只是对简易程序的简化适用。这些文本意义上的制度优势只有能够长期经受司法实践的多重检验,才能变为实实在在的制度创新。实践证明,小额诉讼未能实质性简化简易程序,反因多出事先告知、程序转换或者判后答疑等额外工作事实上增加了法官的工作量。<sup>[11]</sup>这说明现行制度安排对民事简易程序的简化已经接近极致,真正留给对民事简易程序再度简化的空间不大。<sup>[12]</sup>依靠简易程序再度简化来建构小额诉讼制度集群的现行路径难以为继,亦不可行。

已经形成的小额诉讼制度集群存在着制度供给不足与制度非均衡性<sup>[13]</sup>的双重难题。一方面,制度设计者在禁止当事人上诉的同时没有事先给予程序选择权,一并拆除了小额诉讼的事先程序保障与事后程序保障。小额诉讼如同一艘失去风帆的航船,任由法官自由驰骋。现行规范更缺少对证据调查的简化程序。灵活规定小额诉讼的证据调查程序并明确法官权力应是主要的变革措施。另一方面,我国缺乏一套充盈着人文关怀精神的针对小额裁判的执行制度。在现有小额诉讼规范体系中不存在韩国的建议履行、<sup>[14]</sup>日本的分期支付<sup>[15]</sup>或者我国台湾地区的被告自动清偿免责<sup>[16]</sup>等别具一格制度的踪影。

### (三) 尚未打造专精高效的小额诉讼法庭

小额诉讼包含于简易程序之中,当然要承续简易程序的审判组织规定,由基层法院及其派出法庭承担小额诉讼的审理职责。现行法律和司法解释未对其具体审判组织加以明确规定,造成司法实践中小额诉讼的审理混乱。大多数基层法院依循简易程序的操作流程,在立案庭予以统一立案后,区分案由分配到民事审判庭或者人民法庭,再由实际承办法官决定是否适用小额诉讼程序来审理。有些法院在立案后将案件分配到为实现民事案件快速审理而设置的小额速裁庭等专门机构。有的法院组建专门的小额诉讼审判团队,对符合条件的案件由立案庭直接标记为小额诉讼程序,将其分配到具体的小额诉讼审判团队实行全流程全要素审理。<sup>[17]</sup>

采用小额速裁庭或者小额诉讼审判团队等方式确实有助于提升小额诉讼的审理专业化水平,但是大多数小额诉讼案件仍然采用与简易程序混同的审判组织。法官既要承担小额诉讼的审判任务,也要承接简易程序和普通程序的相关案件,需要不停地在不同案件之间来回切换,他/她们实际上共享着相同法律思维。小额诉讼被融入所审理的众多民事案件之中,未能表现出多少特别之处。小额诉讼高度强调程序弹性与诉讼简便,对法官的综合判断能力提出相当高的要求。<sup>[18]</sup>若是由尚未从普通程序或者简易程序的思维惯性中转换过来的法官负责审理小额案件,那么将无

[11] 参见李后龙、潘军锋:《小额诉讼中存在的问题及对策研究——基于江苏法院小额诉讼工作的实践分析》,载《民事程序法研究》第16辑,厦门大学出版社2016年版,第203-204页。

[12] 参见左卫民、靳栋:《民事简易程序改革实证研究》,载《中国法律评论》2022年第2期。

[13] “制度非均衡,就是人们对现存制度的一种不满意或不满足,欲意改变而又尚未改变的状态。”盛洪主编:《现代制度经济学》(第2版下卷),中国发展出版社2009年版,第259页。

[14] 参见〔韩〕孙汉琦:《韩国民事诉讼法导论》,陈刚审译,中国法制出版社2010年版,第531-532页。

[15] 参见〔日〕新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第689页。

[16] 参见吴明轩:《民事调解、简易及小额诉讼程序》,五南图书出版有限公司2004年版,第174-178页。

[17] 参见《重庆市江津区人民法院:打造全流程全要素审理模式 推动小额诉讼案件高效规范办理》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1745503382544210579&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2023年9月1日。

[18] 参见许政贤:《专家层级结构或权威决断体系——小额诉讼制度的反思》,载《军法专刊》2015年第1期。



法实现小额诉讼的专业化审理，更不能全面体现小额诉讼的程序特色。我国推行严格的一审终审、禁止上诉，这更需要熟谙小额诉讼运作机理和小额诉讼思维的高水平法官。

## 二、小额诉讼四重独立性模型的体系性框架

小额诉讼的低频适用与程序缺陷反映出制度设计者出现理念错位、制度安排欠缺科学性。缺乏独特新颖的小额诉讼理念、完整独立的小额诉讼程序、供给充足的小额诉讼制度集群与专精高效的小额诉讼法庭等多种现象，共同指向小额诉讼独立性这个核心命题。小额诉讼独立性并非全新的学术命题。然而，既有研究将小额诉讼的独立性用以指称普通程序、简易程序与小额诉讼的体例安排与关系结构，没有将小额诉讼制度集群与小额诉讼组织的独立性问题涵摄其中，更缺少对小额诉讼独特程序法理的概括。笔者在小额诉讼独立性学术命题的基础上，整合小额诉讼的程序法理、程序框架、制度集群与审判组织，提炼出小额诉讼四重独立性模型。

### （一）小额诉讼四重独立性模型的核心框架

小额诉讼四重独立性模型，是指小额诉讼是由独立程序法理构筑起来的不同于简易程序的独立程序，并由独立的审判组织依照功能自足的独立的制度集群进行审理，呈现出四重独立性品格的理论体系。四重独立性是这种理论框架的典型特征，意指独立的程序法理、独立的程序构架、独立的制度集群和独立的审判组织。下面对小额诉讼四重独立性模型展开详尽阐述。

#### 1. 小额诉讼以独立的程序法理为基础性支撑

我国小额诉讼延续简易程序再度简化的既定思路而建构起来，<sup>[19]</sup> 因其缺少独特的程序法理而出现严重的程序同质化现象。这种从制度运营者的立场出发所秉承的法院本位主义思路在仿造诉讼两造平等对抗场景的同时，遵循的是“简化程序减损权利”的思路，致使所作的制度安排未能赋予当事人适当的程序保障。小额诉讼的核心旨趣在于采用简便、低廉和高效的诉讼程序快捷保护当事人的权利，保证受损的当事人能够及时接近司法，增强民事司法系统的可利用性。<sup>[20]</sup> 为国民提供简速、低廉、易于利用的救济程序，缩减国民与司法的距离，不使国民因为权利太小而被排除于民事司法之外，这才是小额诉讼真正的建构基础。这种基于制度利用者的立场而创设的新型程序系统意欲在简化程序与正当保障之间实现妥当的平衡，确立简速性的程序保障。一味地抛弃必要的程序保障而极致追求程序简化有悖于小额诉讼的基本出发点。现行小额诉讼采行的一审终审制，在缺少事先筛选渠道的程序选择权的前提下，完全堵截当事人采用上诉实现程序救济的渠道，严重偏离了简速性程序保障系统。小额诉讼至少应该提供最低限度的程序保障，<sup>[21]</sup> 透过精细化的制度安排真正实现“简化程序不减权利”的目标。作为小额诉讼四重独立性模型的第一重独立性，程序法理的独立性往往潜藏于小额诉讼法律规范和运作实践的背后，以或隐或显的形式指引小额诉讼的有序发展，很容易为人所忽视。为此，应当全景式解析小额诉讼的静态规

[19] 参见占善刚：《科学配置民事诉讼第一审程序的逻辑起点》，载《法学评论》2022年第2期。

[20] See James C. Turner & Joyce A. McGee, *Small Claims Reform: A Means of Expanding Access to the American Civil Justice System*, 5 University of the District of Columbia Law Review 177 (2000).

[21] 参见傅郁林：《繁简分流与程序保障》，载《法学研究》2003年第1期。

范与动态实践，妥适运用程序法理的独立性。

## 2. 小额诉讼是不同于简易程序的独立程序

建构小额诉讼四重独立性模型的核心任务是加快小额诉讼的范式转换，<sup>〔22〕</sup> 构筑不同于普通程序与简易程序的具有独立构造的小额诉讼程序，在立法体例上真正实现小额诉讼的程序独立。故此，应当适时摒弃简易程序再度简化的既定思路，以保障国民的小额权利为基本出发点，运用独特的程序法理系统性重塑小额诉讼，从现有的简易程序框架中剥离出小额诉讼法律规范并加以适度改造，进而将小额诉讼程序抬升到与普通程序、简易程序同等的地位。小额诉讼程序将形成独立于普通程序与简易程序的理论框架与程序体系，并因非常显著的差异性特征而容易为国民所认知和接受。在与普通程序、简易程序之间形成阶梯式的程序结构<sup>〔23〕</sup>之后，小额诉讼程序将被塑造为多元化民事初审程序的重要环节，共同担负民事案件的首次分流任务。小额诉讼的程序独立性是小额诉讼四重独立性模型的第二重独立性，亦是最为关键的一重独立性。因为小额诉讼的程序独立性不但直接运用和展现小额诉讼的法理独立性，而且决定着小额诉讼制度集群独立性与小额诉讼审判主体独立性的实现程度。

## 3. 小额诉讼是供给充足、规则均衡的独立性制度集群

实现小额诉讼的程序独立性高度依赖于一整套设计巧妙、功能自洽的独立性制度集群，此为小额诉讼四重独立性模型的第三重独立性。倘若缺少这种独立的小额诉讼制度集群的支撑，就无法贯彻小额诉讼的独立性理念以形成辐射效应，更无法发挥制度设计者所期待的功效。所建构起来的小额诉讼制度集群既要与独立的小额诉讼程序保持高度的制度适应性而形成供给充足的独特制度，又要增进众多制度之间的均衡性与协调性以形成自给自足、运转正常的系统集成。

就前者而言，供给充足的独特制度是独立性制度集群的必要条件。这包含两个层面的内容：一是小额诉讼应当存在非常显著的制度壁垒，在与普通程序或者简易程序的对照中体现出明显的独特性与可识别性；二是在此基础上营建的小额诉讼制度应当确保供给充足以形成体系性。以这两个判定基准为出发点，会发现我国的小额诉讼制度集群仍然呈现出缺乏独立性与规则供给不充足的现实问题。实现小额诉讼制度独立性的主要做法是要么确立程序选择权来加强事先的程序保障，要么构建有限上诉或者异议程序以构筑事后的程序保障。反观我国强制适用的小额诉讼，既未事先给予当事人程序选择权，也未事后为当事人提供上诉救济渠道。两大法系为保障小额诉讼的独立性赋予法官适当的公平裁量权。德国小额诉讼中的法官享有双重裁量权，美国小额诉讼中的法官亦被授予很大自由裁量权，在无律师参与的情况下可以在发现事实真相方面展露更强的司法能动性。<sup>〔24〕</sup> 在高度强调法官职权的我国，小额诉讼法律规范中却没有法官公平裁量或者职权干预的明显痕迹，这其实也映射出小额诉讼制度缺乏独立性。

就后者而言，在构思搭建一种全新制度的同时，必须认真检视该制度的运行条件与适用限度。只有在已经建立起来的众多制度之间保持均衡性与协调性，才能有效防止小额诉讼的制度异

〔22〕 参见王亚新：《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》（第2版），清华大学出版社2010年版，第301页。

〔23〕 参见左卫民、靳栋：《民事简易程序改革实证研究》，载《中国法律评论》2022年第2期。

〔24〕 See Eric H. Steele, *The Historical Context of Small Claims Courts*, 2 *American Bar Foundation Research Journal* 346 (1981).

化。潜在的当事人在功利目标的驱动下有着冲破制度藩篱、歪曲利用小额诉讼的强烈动机，使得原本应保障司法民主化的小额诉讼被企业索赔者滥用而异化为企业追债的工具。<sup>〔25〕</sup> 缺少对小额诉讼被大公司或者大企业滥用而发生制度偏斜<sup>〔26〕</sup>的抑制措施是我国现行小额诉讼法律规范所存在的重要缺陷。这意味着我国尚未形成功能自足的小额诉讼制度集群，实现小额诉讼的制度独立性尚须更加系统化的精细设计。

#### 4. 小额诉讼须由独立的审判组织进行审理

小额诉讼四重独立性模型的第四重独立性为小额诉讼审判主体的独立性，亦即应由专门的小额诉讼法庭或者审判团队来审理小额诉讼案件。小额诉讼的程序独立性与制度独立性奠定了审判主体独立性的重要前提。依照我国的小额诉讼设计原理，先有小额诉讼程序的独立性，后有审判主体的独立性。在英美法系，现在多用小额诉讼法庭来指称小额诉讼程序，他们一般先设立小额诉讼法庭，再由小额诉讼法庭适用较普通程序更为灵活、去技术化的程序。美国的小额诉讼法庭脱胎于英国的治安法官制度，在渐进式改革过程中主要由各州立法专设的小额诉讼法庭具体承担小额案件的审判工作。<sup>〔27〕</sup> 在加拿大，除了专门审理小额索赔的全职法官外，亦可由执业律师或退休法官担任非常设法官。<sup>〔28〕</sup> 无论是专职法官还是非常设法官，在小额诉讼案件审理过程中均拥有独立的程序控制权与实体裁量权。实现小额诉讼法庭的独立性，搭建有效解决个体间纠纷的平台，<sup>〔29〕</sup> 是英美法系小额诉讼制度的必然结果。在我国，审判主体的独立性与专业化的小额诉讼法庭无法简单等同，意欲实现审判主体的独立性，高度依赖于法院内设机构的适时调整。

#### （二）小额诉讼四重独立性模型的本质

小额诉讼四重独立性模型是融合小额诉讼的理念、程序、制度和主体四重独立性的全新理论模型。既往的小额诉讼独立性仅仅关注小额诉讼立法体例的独立性。<sup>〔30〕</sup> 小额诉讼四重独立性模型是在承续小额诉讼程序独立性的框架基础上，增添法理独立性、制度独立性与主体独立性，演化为从理念、程序、制度与主体四重维度阐释小额诉讼的理论模型。在这种理论模型中，四重独立性以层层递进的阶梯式结构不断展开。第一重的法理独立性是小额诉讼四重独立性模型的基础性支撑，为小额诉讼的程序独立性输送指导性理念。第二重的程序独立性是四重独立性模型的核心内容。小额诉讼脱离简易程序跃升为与普通程序、简易程序并行的独立程序，既是对第一重独立性的合理运用，又为小额诉讼的制度独立性确定基本框架与行为边界。第三重的制度独立性是在小额诉讼的程序独立性构架下开展的独特制度的集群建构，亦是独立性小额诉讼稳健有序运行的规则基础。第四重的主体独立性是小额诉讼的制度独立性能够真正落到实处的人员保障。若是没有专业化的小额诉讼法庭，那么小额诉讼的程序独立性与制度独立性可能只是流于形式而无法

〔25〕 See Christopher S. Axworthy, *Controlling the Abuse of Small Claims Courts*, 22 McGill Law Journal 480 (1976).

〔26〕 参见肖建国、刘东：《小额诉讼适用案件类型的思考》，载《法律适用》2015年第5期。

〔27〕 See Eric H. Steele, *The Historical Context of Small Claims Courts*, 2 American Bar Foundation Research Journal 326, 330 (1981).

〔28〕 See Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis: A Review of Recent Reform Measures*, 49 Canadian Business Law Journal 213, 240 (2010).

〔29〕 参见〔英〕罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》（第2版），彭小龙译，中国政法大学出版社2015年版，第209页。

〔30〕 参见黄宣、陈清：《论小额诉讼程序的独立性》，载《时代法学》2013年第2期。

有效实践。理念、程序、制度与主体的四重独立性可以凝成合力共同作用于小额诉讼，进而深刻改变民事初审程序的多元格局。

小额诉讼四重独立性模型是宏观视野与微观视野有机结合的理论模型。在这种理论模型中，小额诉讼的法理独立性在宏观视野上为小额诉讼的程序独立性、制度独立性与主体独立性提供理念指导与方向指引。小额诉讼的程序独立性、制度独立性与主体独立性则于微观视野的不同维度构建小额诉讼独立性的保障措施。程序独立性提供推进小额诉讼独立性的程序框架，制度独立性构筑推进小额诉讼独立性的制度集群，主体独立性强化小额诉讼独立性的人员保障。宏观视野与微观视野的交织会将小额诉讼打造成为理念、程序、制度与主体融为一体的小额诉讼共同体。小额诉讼四重独立性模型可以在最大程度上克服适用率较低、利用不均衡、程序简化不足与制度缺位等多重现实困境。例如，在不违反现有审级制度的前提下引入异议申请制度，不仅可以有效消弭当事人对剥夺小额诉讼上诉权的担忧，而且能够形成具有特色的小额诉讼制度安排。基于此，小额诉讼四重独立性模型能够及时有效反映其背后的社会需求与时代浪潮，促进小额诉讼的程序变革与制度建构。具有独立构造的小额诉讼成为社会变革的载体，变成急迫社会问题与社会政策在基层执行的平台。<sup>[31]</sup>当然，小额诉讼四重独立性模型是在综合理念、程序、制度与主体等多种元素基础上在应然的意义上所提出的新理论模型，尚需小额诉讼精细化制度安排的配合与司法实践的检验修正。

### 三、小额诉讼四重独立性模型的理论证成

小额诉讼四重独立性是全新的理论模型，必须经过精确的理论证明和周密的逻辑推理，才能验证其命题的真伪。我国的小额诉讼在法律文化、建构基础、程序构造与运作机制等方面有着自身特色，不能直接拿其他国家或者地区的小额诉讼正当基础来论证小额诉讼四重独立性模型。正如前述，小额诉讼四重独立性模型是以阶梯式结构不断延伸开来的，法理独立性是程序独立性的理念基础，并与程序独立性交织融合在一起，制度独立性与主体独立性又以程序独立性为基本框架而展开。程序独立性是小额诉讼四重独立性模型的核心要素，若是能够完整证明程序独立性，其他三重独立性亦不攻自破，我们就可完成理论证成小额诉讼四重独立性模型的关键性工作。为此，小额诉讼四重独立性模型的理论证成可以化简为小额诉讼的程序独立性的证成。

然而，小额诉讼的程序独立性在我国并非不言而喻的学术命题，反而受到很多的质疑和批评。有学者剖析单纯禁止上诉与程序分化两种小额诉讼立法模式的优劣，指明单纯禁止上诉的小额诉讼立法模式契合我国法治发展的客观实际，明确反对小额诉讼的程序独立性。<sup>[32]</sup>有学者认为，小额之诉与一审终审这两个本质特性决定了小额诉讼案件只能适用二次简化的简易程序，而

[31] See Shelley McGill, *Small Claims Court: A Vehicle for Social Change and the Case for Equitable Relief*, 26 *Journal of Law and Social Policy* 90, 91 (2017).

[32] 参见李峰：《小额诉讼制度完善的进路分析——对民事诉讼法第162条的解读》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。



不能推进小额诉讼的程序独立性。<sup>〔33〕</sup>亦有学者非常尖锐地指出，民事诉讼程序构架本是以简单的民事案件为建构基础，程序功能叠合使得小额诉讼无法真正吸引当事人。<sup>〔34〕</sup>从动态的发展视角来看，我国已经形成一整套相对成熟的小额诉讼制度集群，在很大程度上已经完成量变，摆脱小额诉讼作为简易程序附属程序的既有设定，逐渐外溢并在事实上形成不完整的程序独立性。无视小额诉讼的最新发展，或僵化固守小额诉讼嵌入简易程序的关系格局，均非动态发展的问题分析方法。

实现小额诉讼的程序独立性进而建构小额诉讼四重独立性模型具有正当基础。在笔者看来，普惠性司法与程序相称性两种理论构成小额诉讼四重独立性模型的正当基础。

#### （一）普惠性司法

所谓普惠性司法，是指所有人平等享有向合格的司法机构寻求司法救济并获得国家所提供的有效救济的法律理念。就其本质而言，普惠性司法不仅是所有国民平等享有的基本权利和法律明确赋予的实在权利，而且是现代国家普遍采用多样化路径提供的关键性公共服务。这种司法理念主要有三个特性：一是普遍性。普惠亦即普遍惠及，普遍惠及所有人的司法理念即为普惠性司法。普惠性司法是从“司法为民”的立场出发塑造和改变国民日常生活状态的社会政策和司法福利。这一普惠性司法的核心特征要求给予所有国民平等获得司法救济的权利。二是均等性。所有国民享有平等诉诸司法并获得有效司法救济的权利，不受民族、种族、肤色、经济状况或者受教育状况等因素的影响。均等性更加强调机会平等，对实质平等没有太多关注。“越来越多的证据凸显诉诸司法机会不平等与更广泛的社会经济差距之间有着复杂关系。”<sup>〔35〕</sup>为此，现代国家开始为边缘群体或者弱势群体提供更加人性化的服务，努力实现普惠性正义与差异性正义的平衡发展。<sup>〔36〕</sup>三是可及性。平等诉诸司法并获得有效司法救济是法律赋予的基本权利，所有国民皆可正当行使这种基本权利，国家应该采取合理措施保障这种基本权利落到实处。营建所有国民均可平等诉诸司法并能实现权利保障的人本主义司法观是普惠性司法的核心意旨。

普惠性司法由数量充足、分工精密的复杂司法链条组合而成。在我国现有的民事初审程序格局中，小额诉讼被放置于简易程序框架体系中尚未构成独立的诉讼程序，无法承担起纠纷解决或者权利保护的初次分配任务。依赖严格的审级控制延续程序简化的做法实际上是以当事人或主动或被动的放弃权利为代价，因为直接切断程序流动管道、形骸化程序保障而难以为当事人所广泛接受和利用。基于此，以普遍性、均等性与可及性为特性的普惠性司法需要将小额诉讼从简易程序中剥离出来，改造成为与普通程序、简易程序并行的独立程序，构筑国民保护简单小额权利的最佳程序。“对于小额诉讼的悉心照顾，可使国民与司法在真诚的意义上相互联系，培养国民的司法根基。”<sup>〔37〕</sup>开辟独立的小额诉讼程序通道，充足提供人性化的制度供给，建立专精高效的小额诉讼法庭，既有助于增进国民平等地利用小额诉讼获得合理救济的机会，也有助于为国民输出

〔33〕 参见朱金高：《小额诉讼制度有效运作之机理》，载《法学》2014年第6期。

〔34〕 参见傅郁林：《小额诉讼与程序分类》，载《清华法学》2011年第3期。

〔35〕 Ineke van de Meene & Benjamin van Rooij, *Access to Justice and Legal Empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Cooperation*, Leiden University Press, 2008, p. 15.

〔36〕 参见吴忠民：《普惠性公正与差异性公正的平衡发展逻辑》，载《中国社会科学》2017年第9期。

〔37〕 〔日〕三ヶ月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版有限公司1997年版，第394页。

简便、低廉和高效的公共法律服务。小额诉讼由此被作为普惠性社会福利的重要内容，<sup>〔38〕</sup> 并被上升为国民普遍享有的基础性福利而发挥更加重要的作用。普惠性司法深刻地改变了小额诉讼在民事程序连续体中的地位，引领小额诉讼的未来发展方向，为建构小额诉讼四重独立性模型提供了非常坚实的根据。

## （二）程序相称性

程序相称性，是指纠纷解决程序应当与案件类型、争议金额或者复杂程度等因素相互匹配的理论。<sup>〔39〕</sup> 制度设计者应当依据程序相称性理论甄别案件性质差异、争议金额大小或者案件繁简程度等多种因素，有针对性地设计与其相适配的纠纷解决程序。司法制度作为公共产品生成装置，最终将由国民承担各项运行成本，如若对所有民事纠纷划一适用作为模板的民事审判程序，无疑将会引致司法资源的过度耗费。“司法控制的目标是避免不必要的成本和延迟，保障法院的资源受到经济/节约的安排。”<sup>〔40〕</sup> 程序相称性在追求效率性司法的同时并不放弃对正义性司法的探求，成为妥适配置效率性司法与正义性司法的重要理念。现代法治国家或明或暗地采用程序相称性理论来指引民事审判程序的精细化建构。

程序相称性理论融于民事诉讼的必然结果是建立多样化的民事程序系统。我国民事初审程序仍旧维持普通程序与简易程序的二元构造，程序供给不够丰富、不成比例。这种结构性失衡导致有些民事案件的当事人支付过高的财务成本而得不偿失，甚或在收益成本比较之后放弃诉权。财务成本、时间成本以及程序系统的复杂性等均成为国民平等诉诸司法的常见障碍。<sup>〔41〕</sup> 众所周知，基层法院面对的往往是争议金额不大的日常性民事纠纷，发生纠纷的国民透过这种简单的民事纠纷解决过程与法院之间建立法律关系，真实感受法律的父爱关怀。适用有着鲜明附属性标签的小额诉讼来审理这些简单的小额金钱纠纷，难以充分体现程序简化与成本杠杆的多重优势。完全褫夺当事人的审级利益，更是增加了当事人直接拒绝适用小额诉讼的可能性，致使很多当事人宁愿选择简易程序而疏离小额诉讼。断言小额诉讼未按程序相称性理论加以设计过于偏颇，但是程序相称性理论与小额诉讼未能达致妥当融合却是不争的事实。

司法实践中的简易程序会虚化案情标准，受理相当广泛的民事案件，而更多呈现出相对简单性，<sup>〔42〕</sup> 从而为简单小额案件提供通人情的针对性程序设计留出充足的空间。最高人民法院于2021年9月17日发布的《关于调整中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》统一提高了中级人民法院的受案标准，实际上也相应提高了基层法院的受案标准，将实质性解决纠纷功能进一步下沉到基层法院，平添了基层法院的审案压力。与其在简易程序内部进行程序的修修补补，不如适当压缩本就拉伸过长的简易程序，将小额诉讼独立出来。构建独立的小额诉讼程序能顺应法院系统正在强力推进的“分调裁审”机制改革，满足程序相称性理论的必然要求。

〔38〕 参见王福华：《小额诉讼与福利制度》，载《中外法学》2016年第1期。

〔39〕 参见齐树洁：《构建小额诉讼程序若干问题之探讨》，载《国家检察官学院学报》2012年第1期。

〔40〕 〔英〕阿德里安·A·S·朱克曼主编：《危机中的民事司法：民事诉讼程序的比较视角》，傅郁林等译，中国政法大学出版社2005年版，第45页。

〔41〕 See Ineke van de Meene & Benjamin van Rooij, *Access to Justice and Legal Empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Cooperation*, Leiden University Press, 2008, p. 16.

〔42〕 参见左卫民、靳栋：《民事简易程序改革实证研究》，载《中国法律评论》2022年第2期。

#### 四、小额诉讼四重独立性模型的实现路径

小额诉讼四重独立性模型有着脉络贯通的适用逻辑。在提炼出小额诉讼四重独立性的理论框架并加以正当性理论证成之后，全方位构筑小额诉讼四重独立性模型的实现路径就成为亟待完成的任务，同时也是繁重而全新的系统性工程。鉴于在阶梯式结构不断延伸过程中法理独立性交融于程序独立性或者制度独立性，下文主要从程序独立性、制度独立性与主体独立性三重维度着手并适当融入法理独立性的内容，体系性地构筑小额诉讼四重独立性模型的实现路径。

##### （一）在简易程序之后设立专章规定小额诉讼程序

程序独立性要求解除小额诉讼与简易程序的隶属关系，构建具有独立构造的小额诉讼程序。那么，我国应当采用何种类型的小额诉讼程序立法模式呢？当今，富有代表性的两大法系国家和地区采行的独立小额诉讼程序主要呈现出三种立法模式。

一是单独立法模式。美国、加拿大、韩国和欧盟采用此种模式，具体做法又有所不同。美国主要采用各州立法来规定小额诉讼法庭与小额诉讼程序。马萨诸塞州在 1920 年首次颁布适用于全州的小额诉讼法庭法案；<sup>〔43〕</sup> 佛罗里达州在 1943 年制定单独的立法法案在每个县设立小额诉讼法庭；<sup>〔44〕</sup> 俄亥俄州立法机关在 1967 年通过全州统一适用的小额诉讼法庭法案。<sup>〔45〕</sup> 加拿大亦由各州立法建立小额诉讼法庭，新斯科舍省借助《市政法》在每个城镇设立市法院审理小额案件。<sup>〔46〕</sup> 韩国在 1973 年制定《小额案件审判法》，经由单独立法的形式确立小额诉讼程序，<sup>〔47〕</sup> 历经六次修正将诉讼标的额逐渐提高到 2000 万韩元。欧盟议会和欧洲理事会在 2007 年 7 月 11 日通过《小额诉讼条例》以单独立法的形式创设特色鲜明的欧洲小额诉讼程序。

二是独立编章模式。日本、英国和我国台湾地区采用此种模式。日本在 1996 年修改《民事诉讼法》开设“第六编 小额诉讼的特殊规定”正式引入小额诉讼程序并使之系统化，这被誉为日本民事诉讼法世纪修改的重要亮点。<sup>〔48〕</sup> 英国新《民事诉讼规则》准许法院适用小额诉讼程序审理诉讼请求金额不超过 5000 英镑的人身损害赔偿案件与房屋修缮案件。<sup>〔49〕</sup> 我国台湾地区在 1999 年修改“民事诉讼法”时在简易程序之后增设独立一章确立小额诉讼的独立地位。

三是独立条款模式。德国采用此种模式。《德国民事诉讼法典》第 495a 条规定：“争议价额未超过 600 欧元时，法院可依公平裁量确定其程序。当事人提出申请时，必须进行言词辩

〔43〕 See Robert J. Hollingsworth, William B. Feldman & David C. Clark, *The Ohio Small Claims Court: An Empirical Study*, 42 *University of Cincinnati Law Review* 469, 472 (1973).

〔44〕 See Elizabeth Purdum, *Examining the Claims of a Small Claims Court: A Florida Case Study*, 65 *Judicature* 25, 26 (1981).

〔45〕 See Robert J. Hollingsworth, William B. Feldman & David C. Clark, *The Ohio Small Claims Court: An Empirical Study*, 42 *University of Cincinnati Law Review* 469, 472 (1973).

〔46〕 See Christopher S. Axworthy, *A Small Claims Court for Nova Scotia—Role of the Lawyer and the Judge*, 4 *Dalhousie Law Journal* 311 (1978).

〔47〕 参见谢鹏远：《韩国小额诉讼制度现状及对我国的启示》，载《河南财经政法大学学报》2014 年第 5 期。

〔48〕 参见石达理：《日本小额诉讼制度考察》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2012 年第 6 期。

〔49〕 参见徐昕译：《英国民事诉讼规则》，中国法制出版社 2001 年版，第 134 页。

论。”〔50〕法院依据第495a条双重裁量小额诉讼时仍须进行合宪性解释，不能因其只有独立条款而将其降为次等程序。〔51〕该条款借助其他制度的配合建构出独立的小额诉讼程序。〔52〕

在这三种立法模式中，单独立法模式需要制定单独的小额诉讼法律而显现立法周期过长与立法成本过高的缺陷，不适合我国小额诉讼亟须结构性变革的现实需要。德国采用的独立条款模式高度依赖于发达的合宪性解释与法律解释学，我国缺乏这些不可或缺的配套性条件，易使小额诉讼丧失独立性，因此不适宜采用此种立法模式。现行《民事诉讼法》共有四编，专编的立法模式必然引发小额诉讼与审判程序或者执行程序并立的逻辑矛盾。英国小额诉讼改革在强化法官对程序的司法控制权的同时，始终无法摆脱其所固有的对抗制诉讼文化。相对来说，我国台湾地区在简易程序之后设立专章规定小额诉讼程序的模式更为合理，值得借鉴。

综上所述，为合理推进小额诉讼四重独立性模型，我国在未来修改《民事诉讼法》时可以在第十三章简易程序之后增加一章作为“第十四章 小额诉讼程序”，在法律上确保小额诉讼程序变为与普通程序、简易程序并驾齐驱的独立程序。在专章规定小额诉讼程序时，有必要删除案情状况标准，将诉讼标的额作为衡量是否适用小额诉讼的主要标准，仅需在除外事由中排除某些特定案件类型。现行的各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之五十以下的弹性比例标准，能够妥当适应经济社会发展需要以及经济发展不平衡的情况，可以继续采用。

## （二）建成供给充足、品格独立的小额诉讼制度集群

构筑具有完整结构的小额诉讼程序为制度独立性拓展了更大空间。在扎实推进制度独立性的过程中应当充分发挥法理独立性的基础性支撑作用。小额诉讼四重独立性模型的指导性理念在于保障普通国民的小额金钱债权及时接受简便、低廉和高效的诉讼程序审理，增进国民与司法之间的可及性，妥适平衡迅速性与正当性之间的关系。采纳制度利用者的立场势必要反省和摒弃传统的法院本位主义路径及其所包蕴的制度运营者立场，〔53〕多维度渗入人本主义司法观，真正实现小额诉讼的法理独立性。日本的简易裁判所〔54〕与意大利的“新治安法官”制度〔55〕的失败变革充分说明，减轻法院负担并非增进小额诉讼制度化与实效化的康庄大道。小额诉讼的程序法理应从制度利用者视角出发构筑小额金钱债权的简速性程序保障。

我国搭建起来的小额诉讼制度集群已经具有半独立性的倾向。为建构供给充足而特色鲜明的小额诉讼制度集群，实现小额诉讼的制度独立性，应主要从以下几方面着手：

第一，保障诉讼两造的程序选择权。现行小额诉讼法律规范既未确立程序选择权，又实行绝对的一审终审制堵截当事人的上诉渠道，使得当事人被重重圈定在程序中无法移动。于当事人而言，理性的选择是采取提高诉讼标的额或者变更案由等方式刻意规避适用小额诉讼程序。尽管

〔50〕 赵秀举译：《德国民事诉讼法典》，法律出版社2021年版，第153页。

〔51〕 参见刘明生：《小额诉讼程序之研究——以当事人程序权之保障与程序迅速化进行为中心》，载《月旦民商法杂志》2018年第9期。

〔52〕 参见唐力、谷佳杰：《小额诉讼的实证分析》，载《国家检察官学院学报》2014年第2期。

〔53〕 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第8页。

〔54〕 参见〔日〕小岛武司：《美国小额法院的现状考察》，林剑锋译，载陈刚主编：《自律型社会与正义的综合体系——小島武司先生七十华诞纪念文集》，陈刚、林剑锋、段文波等译，中国法制出版社2006年版，第328页。

〔55〕 参见傅郁林：《繁简分流与程序保障》，载《法学研究》2003年第1期。



《民事诉讼法》第169条赋予当事人程序异议权在很大程度上消解了这种紧张关系，但是程序异议权与程序选择权有本质区别，可能为被告恣意滥用而造成程序空转。长远来看，赋予当事人程序选择权是推进小额诉讼制度独立性不可或缺的制度设计。为有效防范小额诉讼沦为商业讨债工具，保证小额诉讼不偏离既定的轨道，我们有必要针对公司企业批量化提起小额诉讼的现象，在禁止起诉、限制起诉次数或者费用制裁等方式中斟酌确定合理的措施。

第二，全面简化小额诉讼操作流程。务实做法是采用具体条文对小额诉讼的起诉、答辩、传唤、送达、庭审与裁判文书制作等内容予以精细化规定。重中之重是运用现代科技手段适当简化证据调查程序，明确证明责任裁判、<sup>[56]</sup>严格证明和书证提出命令等排除适用于小额诉讼程序。鉴于辩论主义与处分权主义的对抗式诉讼场景无法在小额诉讼中展开，强化法官对程序控制权的职权主义<sup>[57]</sup>更加契合小额诉讼的简速性需要。即使在法律规范中未像美国、<sup>[58]</sup>加拿大<sup>[59]</sup>或者德国<sup>[60]</sup>等明确规定公平裁量权，法官依然可以依据职权主义法理合理运用小额诉讼的裁量权。

第三，确立合理的小额诉讼救济制度。无论是理论界还是实务界，均强烈呼唤确立适当的小额诉讼救济制度。常规的小额诉讼救济机制主要有三种：一是有限上诉，德国、韩国、英国、我国台湾地区、美国有些州等采用此种机制。在韩国，当事人认为一审判决适用的法律、命令或者规则违反宪法规定或者大法院先例时有权提起上告或再抗告。<sup>[61]</sup>二是重新审理。美国部分州规定，若当事人对小额诉讼法庭的判决提起上诉，应由新法官或者法院重新进行审理。<sup>[62]</sup>三是异议。日本民事诉讼法禁止对小额诉讼判决提出控诉，却允许当事人在判决送达后两周内向同一简易裁判所提出异议申请。<sup>[63]</sup>有限上诉和重新审理会突破现有的绝对审级控制逻辑，异议申请在确保一审终审制的同时为当事人提供了适当的救济，高度契合我国的小额诉讼结构设计。2011年我国开展的小额速裁试点改革曾经采用异议制度并积累一定经验，这为正式确立异议申请的救济方式奠定了良好基础。

第四，构筑适当的小额裁判的执行制度。当前对小额诉讼的研究很少关注执行制度，而小额裁判的执行制度却能真正检验小额诉讼制度安排的合理性。“小额法院在执行阶段总潜藏着一些难言之隐。一种裁判制度不管多么公正且富有效率，但只要在判决执行上存在着难点，这一制度本身就不能说是合格的。”<sup>[64]</sup>很多国家和地区发展形成了独具匠心的执行制度，我国可以抓住正在制定民事强制执行法的契机，构筑适当的小额裁判的执行制度。立法者立足于本土化理念采用

[56] 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第686页。

[57] 参见王德新：《小额诉讼的功能定位与程序保障》，载《江西社会科学》2022年第1期。

[58] See Thomas L. Eovaldi & Peter R. Meyers, *Pro Se Small Claims Court in Chicago: Justice for the Little Guy*, 72 *Northwestern University Law Review* 953, 955 (1977-1978).

[59] See Michelle Cumyn & Cecile Pilarski, *An Empirical Study of Quebec Small Claims Court Decisions regarding Home Renovation: Access to Law, A Decisive Component of Access to Justice for Consumers*, 48 *Revue Juridique Themis* 389, 429 (2014).

[60] 参见周翠：《民事简易程序与小额诉讼程序的比较研究》，载《月旦民商法》2011年第3期。

[61] 参见〔韩〕孙汉琦：《韩国民事诉讼法导论》，陈刚审译，中国法制出版社2010年版，第531页。

[62] 参见李浩：《小额诉讼程序救济方式的反思与重构》，载《法学》2021年第12期。

[63] 参见〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第302页。

[64] 〔日〕小島武司：《小额执行制度改革建议》，林剑锋译，载陈刚主编：《自律型社会与正义的综合体系——小島武司先生七十华诞纪念文集》，陈刚、林剑锋、段文波等译，中国法制出版社2006年版，第179页。

的民事执行立法技术发挥着至为关键的作用。<sup>〔65〕</sup>

### （三）建立专业化的小额诉讼审判组织

程序独立性与制度独立性须由专业化的审判组织提供组织保障方能落为实效。为践行主体独立性，应该设立专业化的审判组织，无须建立单独的小额诉讼法院。设立专业化的审判组织来审理小额诉讼，有助于祛除法官在普通程序、简易程序与小额诉讼程序三种不同程序思维之间来回切换而造成的混乱无序，采用集约化方式高效处理小额诉讼案件，充分发挥小额诉讼的多重优势。

小额诉讼法庭是实现主体独立性的最佳载体。作为国民最可能体验到的法院，小额诉讼法庭真实地塑造国民对整个司法系统的印象。<sup>〔66〕</sup>具体方式是将正在运行的小额速裁庭或者派出法庭改造为小额诉讼法庭专司小额诉讼案件。未设小额速裁庭的基层法院可以成立小额诉讼团队来实现审判的专业化。实在没有这些条件的基层法院可以指派专人来审理小额诉讼案件。无论采取何种组织体，实际审理小额诉讼的应是通晓情理、法律造诣精深的法官。毕竟绝对的一审终审制所带来的一次性决断，迫使小额诉讼法官慎之又慎。在强化法官的决断权威背景下，“一位通情达理而睿智的法官，其重要性远胜于知识丰富却拘泥执着的同侪”<sup>〔67〕</sup>。没有丰富的审判经验和社会阅历的年轻法官很难做好小额诉讼审判工作。

若是建立小额诉讼法庭来推进主体独立性，将会引起小额诉讼操作流程的深刻变革。一是重构小额诉讼程序的甄别机制。主要以诉讼标的额为标准来筛选甄别小额诉讼案件，对诉讼标的额低于特定标准而符合小额诉讼条件的，不必移交给审判庭而由小额诉讼法庭全程负责立案与审判工作。<sup>〔68〕</sup>只有在确需转换为简易程序或者普通程序时才移交给民事审判庭。二是形成独立的小额诉讼管理系统。当小额诉讼程序与普通程序、简易程序并列成为民事初审程序之后，有必要改革现在的民事审判管理系统，单设小额诉讼模块，适当调整各种审判绩效考核指标。三是提高小额诉讼的审判质效。小额诉讼法庭“选配好作风正派、业务能力强、调解水平高、熟悉当地社情民意的资深法官”<sup>〔69〕</sup>，所带来的结果是全面提高小额诉讼的审判质效。为适应这种变化，应该不断加强对小额诉讼法官综合判断能力的培训。

## 五、结 语

作为全新的理论框架，小额诉讼四重独立性模型有着复杂的运作逻辑。法理独立性、程序独立性、制度独立性与主体独立性在阶梯式结构的渐进展开过程中集聚为小额诉讼四重独立性模型。这种理论模型不是凭空臆造出来的，是在吸收小额诉讼程序独立性的基础上，深度融合小额

〔65〕 参见谭秋桂：《论我国民事执行立法内容确定技术的四对关系》，载《财经法学》2023年第3期。

〔66〕 See Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis: A Review of Recent Reform Measures*, 49 *Canadian Business Law Journal* 213, 221 (2010).

〔67〕 许政贤：《专家层级结构或权威决断体系——小额诉讼制度的反思》，载《军法专刊》2015年第1期，第51页。

〔68〕 参见廖万春等：《完善小额诉讼制度 规范程序救济途径——广东高院关于小额诉讼制度实施情况的调研报告》，载《人民法院报》2014年5月8日，第8版。

〔69〕 高民智：《关于小额诉讼程序的理解与适用》，载《人民法院报》2012年12月6日，第4版。

诉讼的程序理念、制度安排与审判组织的特有规则提炼出来的。普惠性司法与程序相称性两种理论为小额诉讼四重独立性模型提供正当性支撑。小额诉讼四重独立性模型尚未根植于我国民事诉讼法之中，要将这种理论模型妥适嵌入法律规范必须采取理性务实的路径。为此，应当系统性重构小额诉讼的核心理念，将小额诉讼作为从制度利用者的立场出发构筑的保护小额金钱债权的简速性程序装置，在简易程序之后设立专章规定小额诉讼程序来实现程序独立性，形成供给充足、品格独立的小额诉讼制度集群，设立专业化的小额诉讼审判组织。诚如卡多佐所言：“法律如同远行者，要为明天做准备，它必须拥有成长的原则。”<sup>〔70〕</sup> 小额诉讼四重独立性模型为科学精准建构小额诉讼的独立性体系孕育了丰富的养料，顺应加快中国式法治现代化的历史性变革趋势，我们应当全面阐释并合理运用这种全新理论框架。

---

**Abstract:** Serious problems of non-independence of concept, procedure, system and subject exist in our small claims litigation. The quadruple independence model of small claims litigation inherits the existing independence theory of small claims procedure, adds legal independence, system independence and subject independence, and constructs a brand-new theoretical framework of small claims litigation from the four dimensions of concept, procedure, system and subject. The quadruple independence model of small claims litigation cultivates the community of small claims litigation in the process of continuous development of stepped structure, and provides directional guidance for the future development of small claims litigation. The two theories of inclusive justice and procedural proportionality constitute the legitimate basis of the quadruple independence model of small claims litigation. To build independent systems of small claims litigation in an all-round way, we can systematically reshape the guiding concept of small claims litigation from the standpoint of system users, set up a special chapter to regulate small claims procedure after the summary procedure, form an independent small claims system cluster with sufficient character, and establish a professional small claims trial organization.

**Key Words:** small claims litigation, quadruple independence model, summary procedure, inclusive justice, procedural proportionality

---

(责任编辑：曹建军)

---

〔70〕〔美〕本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长》，李红勃、李璐怡译，北京大学出版社2014年版，第30页。

# 元宇宙金融的跨界融合治理

## ——以多元货币融合为重点

柯 达\*

---

**内容提要：**自元宇宙行业兴起以来，金融机构开始在虚拟世界提供新型金融服务，而私人加密货币和去中心化金融市场也在虚实世界的融合中得以优化发展。元宇宙金融的本质是用户享有高度自主性的虚实跨界融合，包括现实虚构、虚为实用、虚替实用，其重点在于多元货币的融合。我国将正规金融机构既有业务的“元宇宙化”与私人加密货币进行区分式治理的策略，难以应对元宇宙金融在金融工具、主体、行为等方面存在的风险挑战。对此，应在智慧规制理论的基础上，结合不同跨界融合场景对现实世界的影响程度而采用“跨界融合治理”模式。具体而言，应通过货币持有、货币流通、债务清偿三行为实现私人加密货币与法定数字货币的法律地位协调，按照前端、中端、后端三阶段构建“双重金融消费者”的适当性制度，并在市场准入、行为标准、风险防控方面确立跨界货币运营机构的准公共职能。

**关键词：**元宇宙 元宇宙金融 跨界融合 数字货币 虚拟世界

---

### 一、引言

随着 2021 年 Soul App 提出打造社交元宇宙、美国 Roblox 公司在招股说明书中加入元宇宙概念、Facebook 公司更名为“元”（Meta）公司，元宇宙概念兴起，此后出现了元宇宙产业的投资与技术开发热潮。“元宇宙”一词尚未形成较为权威公认的定义，其一般指通过新一代数字技术融合所构建的、可映射或超越现实世界，并能与现实世界进行交互的新型虚拟世界。工信部等

\* 柯达，华东政法大学经济法学院特聘副研究员。

本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“数字人民币财产权的多层次法律保护研究”（23YJC820016）的阶段性研究成果。



部委已于2023年发布《元宇宙产业创新发展三年行动计划（2023—2025年）》，上海、北京等地亦发布支持元宇宙产业发展的规范性文件，将发展元宇宙行业作为未来重点工作。进一步看，中央金融工作会议强调金融是实体经济的血脉，要加快建设金融强国、着力做好数字金融等大文章，〔1〕元宇宙金融作为元宇宙经济体系的重要组成部分，不仅有助于金融机构降低经营成本、增强用户体验，还为其他元宇宙产业提供了基本交换媒介、资金优化配置和信用支持，最终服务于实体经济，进而践行了中国特色金融发展之路的基本要义。但实践中，元宇宙金融概念滥用、治理模式不清导致金融风险滋生，元宇宙金融被误等同于投机炒作私人加密货币（即虚拟货币）。我国监管部门曾多次警示公众远离相关骗局。在域外，欧洲议会于2023年6月发布的元宇宙报告也指出，要在尊重基本权利、创新、合作的原则基础上监管包括私人加密货币在内的元宇宙金融现象。〔2〕随着生成式人工智能等新型技术在元宇宙金融领域的深入应用，亟须在厘清元宇宙金融的现象本质和治理逻辑的基础上提出相应治理建议，这不仅有利于丰富发展数字经济法学理论，更能促进引导元宇宙金融的健康有序发展。

自元宇宙行业多个标志性事件发生后，我国学界掀起了研究元宇宙的热潮，内容聚焦于元宇宙的法律本质、风险挑战、治理机制等。目前较一致的认识是，元宇宙是便于价值转移的第三代互联网，应通过代码或法律对元宇宙的网络安全、数据安全等风险进行多层次治理。〔3〕然而，与元宇宙金融规制或治理直接相关的研究相对较少。学界主要以去中心化金融为重点论证元宇宙金融“再中心化”的规制难题，以及讨论如何在元宇宙空间中对数字货币实施包容性规制、交易风险防范或强化铸币权的法律保障。〔4〕虽然现有研究成果均注意到元宇宙金融业态特别是货币形态的特殊性，但尚未深入剖析元宇宙环境下虚拟世界与现实世界跨界融合现象，及其对相关金融业态特别是多元货币带来的特殊治理挑战。〔5〕在此情况下，元宇宙金融的具体表现形态、跨界范围和治理方式仍待厘清，特别是在金融工具、主体和行为等层面相较于其他元宇宙行业或传统金融行业的治理特殊性。下文将在梳理元宇宙金融的行业发展、跨界融合本质与风险挑战的基础上，以多元货币为重点分析既有治理现状与不足，并通过跨界融合治理理论提出相应的治理完善建议。

## 二、元宇宙金融的跨界融合实践及其风险挑战

### （一）元宇宙金融的虚实跨界行业实践

“元宇宙”并非严格意义上的学术词汇或行业术语，其来源于早期科幻小说的想象，并在通

〔1〕 参见中央金融委员会办公室、中央金融工作委员会：《坚定不移走中国特色金融发展之路》，载《求是》2023年第23期。

〔2〕 See Mariusz Maciejewski, *Metaverse*, Study of Policy Department for Citizens Rights and Constitutional Affairs of European Parliament, 2023, p. 147.

〔3〕 参见那会强：《元宇宙的“网信安全”与法律适用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第4期；程金华：《元宇宙治理的法治原则》，载《东方法学》2022年第2期。

〔4〕 参见邓建鹏：《元宇宙金融规制理论》，载《财经法学》2022年第5期；袁达松、罗琴：《元宇宙中数字货币的包容性法律规制》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2023年第3期；袁曾：《元宇宙空间铸币权论》，载《东方法学》2022年第2期。

〔5〕 See CitiBank Global Perspectives & Solutions, *Metaverse and Money: Decrypting the Future*, available at [https://www.citigroup.com/global/insights/citigps/metaverse-and-money\\_20220330](https://www.citigroup.com/global/insights/citigps/metaverse-and-money_20220330), last visited on Jan. 5, 2024.

信、算力等技术发展到一定阶段后被业界所关注和推崇。<sup>〔6〕</sup>目前，元宇宙这一概念如何界定仍较为开放，但“虚实跨界”的空间特性及其对金融等行业的优化升级功能已渐获认可。由于金融的基础是信用，其通过虚实跨界为元宇宙内生产销售商品、存储价值的经济体系提供基本交换媒介与投融资渠道；自元宇宙概念于2021年兴起之后，元宇宙技术在金融领域的应用开始被金融机构特别是商业银行所重视，由此成为银行开展数字化服务的又一突破口。其中最具代表性的元宇宙金融场景，便是银行在虚拟世界中创造虚拟营业场所，客户利用沉浸式设备更加真实、近距离地体验原本在柜台才提供的银行业务，或针对本人需求享受更个性化的定制服务，二者在本质上仍然属于传统的正规金融业务。<sup>〔7〕</sup>从虚实跨界角度看，元宇宙金融服务又可分为“原生世界”服务和“孪生世界”服务两大类：前者是指与现实世界不发生关联、针对虚拟事物开展社会交往的非现实空间；后者是与现实世界存在映射关系的社交空间，包括“增强现实世界”“镜像世界”及“生命记录”。<sup>〔8〕</sup>

由于目前元宇宙的技术水平不足以支撑全面的沉浸式体验、用户自主化创作和各“子宇宙”之间的互联互通，传统中心化机构提供的元宇宙金融场景尚不成熟，部分金融机构对元宇宙虚实跨界业务仍持观望态度。<sup>〔9〕</sup>但另一方面，由于绝大多数元宇宙产业或应用均需特定的支付手段作为价值交换的工具，货币支付便顺理成章地成为元宇宙金融中相对容易实现的应用场景。事实上，在互联网早期发展过程中，名为“网络虚拟货币”或“网络游戏币”的交换媒介便已存在，用户除了通过自身“劳动”获得少量网络空间中的虚拟货币，也需要通过购买额外的虚拟货币获得虚拟商品或其他增值服务，这种虚拟货币至今仍存在于大量虚拟或现实世界的社交场合。而自2009年比特币诞生以来，私人加密货币市场已形成以比特币为主导、稳定币快速发展、多币种共存的格局；这种基于区块链技术的新型交换媒介，试图通过多主体的分布式运行和虚实世界的跨界流通，打破国家对货币发行权的垄断。<sup>〔10〕</sup>在区块链被视为元宇宙关键技术的情况下，私人加密货币以及与此相关的去中心化金融已成为金融市场中最具影响力的元宇宙业态，甚至涉及同质化代币（NFT）的投融资活动也被纳入了元宇宙金融的范畴。<sup>〔11〕</sup>

## （二）元宇宙金融的虚实跨界融合本质

元宇宙金融目前被打造成“包治百病、无所不能”的新现象，与20世纪90年代末的互联网泡沫十分相似，相关风险极易被掩盖于市场主体试图创造的绚烂宏图之中，因此对元宇宙金融的本质进行剖析不可或缺。目前，学界对元宇宙本质的判断主要基于元宇宙的某一技术组成或迭代更新的视角，但元宇宙作为互联网的“应用”之一无法与互联网等同，其作为新型信息技术的综

〔6〕 参见〔美〕弗诺·文奇：《真名实姓》，李克勤、张羿译，北京联合出版公司2019年版，第123页。

〔7〕 参见中国电子信息产业发展研究院、江苏省通信学会：《元宇宙产业链生态白皮书》，2022年5月，第66页。

〔8〕 “增强现实世界”是将虚拟事物叠加至现实世界，例如在VR眼镜屏幕上查阅账户资金动态；“镜像世界”是将现实世界精准映射到虚拟世界，例如虚拟银行柜台服务；“生命记录”是通过虚拟世界表达现实世界的社交经历，例如线上客服咨询。

〔9〕 参见苏洁：《元宇宙金融蹒跚起步》，载《中国银行保险报》2022年11月2日，第5版。

〔10〕 参见柯达：《区块链数字货币的证券法律属性研究——兼论我国〈证券法〉证券定义的完善》，载《金融监管研究》2020年第6期。

〔11〕 参见袁园、杨永忠：《走向元宇宙：一种新型数字经济的机理与逻辑》，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2022年第1期。

合运用亦难以成为一种“新技术”。<sup>〔12〕</sup> 元宇宙作为一种特殊的互联网应用形态，其所对应的虚拟世界并不是完全“虚化”的，亦不是完全与现实世界平行的虚拟世界，而是在参考现实世界的同时，又辅助社会公众更自主地体验和改造现实世界。在此基础上，元宇宙金融本质应当是金融领域用户享有高度自主性的虚实跨界融合业态。

一方面，元宇宙金融在现实虚构、虚为实用、虚替实用三大跨界场景中实现融合。随着数字经济的发展，用户不仅仅在虚拟世界中简单地读写信息，还更能体验到虚拟世界与现实世界不断增强的交互融合程度。在先前对孪生/原生世界的划分基础上，元宇宙金融所创造的虚拟世界与现实世界的交互类型包括现实虚构、虚为实用、虚替实用三类。其一，现实虚构。虚拟世界可以模仿构造出与现实世界在组织架构等方面具有一定相似性、但与现实世界的经济机制相分离独立的空间，如虚拟的货币兑换所。其二，虚为实用。虚拟世界可以致力于减少现实世界的交易成本，如卖家在虚拟世界收到货款后在现实世界寄出商品、虚拟世界对现实世界中的商品进行评价，从而使虚拟世界成为完成现实世界特定行为的补强性手段。其三，虚替实用。虚拟世界可以复制现实世界的某些活动，如涉及金融服务的网络聊天、提供线上金融服务咨询、播放音视频等，从而成为现实世界的替代性手段。<sup>〔13〕</sup>

另一方面，元宇宙金融赋予用户相较于传统金融更具自主性的行为模式。通过使用沉浸式设备、感知仿真与脑机接口等技术，元宇宙中的虚拟世界与现实世界的融合更为紧密，使虚拟世界趋向于低延迟的沉浸式真实：在现实虚构和虚替实用方面，虚拟世界模仿或复制现实世界的精准度大为提升，如用户在现实世界中的行为、表达甚至思想均可被准确映射于虚拟世界；在虚为实用方面，虚拟世界可以更高效地将该空间产生的信息投射于现实世界，如用户的 AR 眼镜可以清晰显示附近的高评分餐厅及其支持的支付方式。更重要的是，在前述三类交互过程中，用户与他人进行交互的自主性大幅提升，其以现实世界中的自我为基础，根据个人喜好改变在虚拟世界中的肖像、身份等要素，亦使得虚拟世界中的数字人形象更为智能化。

### （三）元宇宙金融跨界融合的风险挑战

元宇宙金融在改善客户体验、创造提升交易效率新方式的同时，也带来了有别于传统金融和既有数字金融业态的跨界融合风险挑战。将技术作为孤立实在的立场在数字时代各行业深度应用的当下不可持续，因此，应从主体、行为等更广泛视角看待技术系统。<sup>〔14〕</sup> 下文基于金融的“工具—主体—行为”三要素，分析元宇宙金融在跨界融合过程中的具体风险挑战。

首先，传统金融工具在元宇宙跨界融合特别是“虚替实用”场景中的被替代和映射效果，会加深金融工具权属确认的复杂化。确权是维系元宇宙经济体系有序运行的前提与基础，元宇宙中的虚拟世界自行创造货币以维持内部经济体系运转的需要，而股票、债券等投融资工具也可以根据商业开发的需求在虚拟世界中发行和流通；此外，现实世界中的货币、股票、债券等金融工具同等映射至相应的虚拟空间。如采用区块链技术，虚拟世界中创造的金融工具便可具备更强的支

〔12〕 参见王文喜、周芳、万月亮、宁焕生：《元宇宙技术综述》，载《工程科学学报》2022年第4期。

〔13〕 以上三种虚实交互类型不包括真实世界模仿虚拟世界的娱乐游戏行为，例如角色扮演（cosplay）。

〔14〕 参见胡凌：《理解技术规制的一般模式：以脑机接口为例》，载《东方法学》2021年第4期。

配性和排他性，从而动摇中心化主体开展确权的作用。在此情况下，金融工具的权属确认标准、确认方式如何在虚拟世界与现实世界中进行协调认定仍存在疑问，进而不利于金融工具持有人的财产权保护。

其次，在元宇宙跨界融合大幅增加具备更强自主性和匿名化的金融工具的情况下，传统中心化机构对用户的控制能力受到进一步削弱，同时还不利于实现金融公平。通过“用户生成内容”(UGC)<sup>[15]</sup>等自主性较强的元宇宙活动提供货币金融服务，央行等政府部门将难以对货币流通总量进行有效调整，并造成针对正规金融设置的严格市场准入和身份识别形同虚设，最终破坏社会信用。<sup>[16]</sup>更重要的是，元宇宙金融潜藏加剧数字鸿沟的风险，不同地区信息基础设施完备性的差异与VR等沉浸式设备不甚舒适的感官体验，减弱了许多金融消费者探索元宇宙的动机，进而难以在元宇宙中实现普惠金融；与此同时，元宇宙对现实世界的逼真复制，还可能助长金融消费者的消费主义甚至“消费黑洞”使其成为数字难民，并为其负面情绪的宣泄提供更大的空间。<sup>[17]</sup>

最后，由于“去中心化自治组织”和数字化身的存在，元宇宙金融的跨界融合会加剧责任认定的困难，并由此带来更大的系统性风险。在虚实跨界融合特别是“虚为实用”场景下，可能存在自然人、虚拟人和机器人代表的不同“人格”，虚拟人协助自然人在虚拟世界行事，机器人协助人类在真实世界行事。元宇宙金融延续了网络空间的归责必要性和归责主体认定这一传统难题，特别是在通过生成式人工智能对元宇宙所涉海量支付数据或其他金融数据实施管理时，相应的管理行为若导致侵权乃至损害范围更大的系统性技术故障，如何认定归责主体更难以明确。<sup>[18]</sup>此种责任认定难题不仅带来了货币主权和数据主权的双重侵蚀风险，还会因元宇宙金融的跨界融合将给现实世界带来系统性风险的传递威胁，特别是在虚拟世界的货币价值发生大额波动时。进一步看，归责不清会强化元宇宙金融平台的避法动机，这也使得此类平台原本具有的算法权力化地位会进一步推动数据的再中心化和经济活动的垄断化，而金融工具特别是货币的可编程性加剧了对隐私和自由的限制，元宇宙金融平台的用户反而会因为“沉浸性”面临更大的权利受损风险。<sup>[19]</sup>

### 三、元宇宙金融的风险治理现状及其不足——以多元货币为重点

#### (一) 作为元宇宙金融治理重点的多元货币解构

货币作为社会经济活动的基本交换媒介，是元宇宙中虚实跨界融合程度最高的金融工具，因此多元货币治理应当成为元宇宙金融治理的重中之重。对货币而言，在现实世界的社交与经济中，实体货币（即现金）、实体货币电子化（即银行存款）以及相关电子货币服务（如第三方支

[15] 丁道勤：《元宇宙的法律规制》，载《财经法学》2022年第5期，第24页。

[16] 参见〔印尼〕萨法里·卡西亚安托、〔德〕穆斯塔法·基林茨：《元宇宙的法律难题》，郑志峰、罗有成译，载《财经法学》2022年第6期。

[17] 参见杨丹辉：《元宇宙热潮：缘起、影响与展望》，载《人民论坛》2022年第7期。

[18] 参见王学光：《元宇宙时代下人工智能法律风险与犯罪论体系探究》，载《南通大学学报（社会科学版）》2023年第6期。

[19] 参见黄镛：《元宇宙的行政规制路径：一个框架性分析》，载《中国法学》2022年第6期。



付账户余额) 占据主导地位, 其中银行存款实际上可作为补充性要素实现“虚为实用”; 在元宇宙金融应用场景内, 为了扩大现金作为国家信用货币的影响力和流通范围, 现金在技术上亦可投射于虚拟世界、在虚拟世界中用作交换媒介, 从而实现“虚替实用”。与此同时, 创造于虚拟世界的私人数字货币和法定数字货币亦在现实世界予以交易流通, 以补充甚至替代现金、银行存款在特定交易场景下(如满足指定条件或期限才可完成货币流转的条件支付)的交换媒介功能。这不仅有助于完成现实虚构, 还可发挥“虚为实用”和“虚替实用”的效果, 由此形成多元货币的跨界融合。进一步看, 区块链技术的应用还可极大提升用户持有、兑换甚至自我发行货币的能力, 进而使用户的货币自主性得到更强的信用保障和互联互通效率。需注意的是, 虽然数千年货币经济的发展早已形成不同主体发行、不同形态共存的多元格局, 但在未采用元宇宙技术之前, 相应货币治理争议基本在同一现实世界或虚拟世界出现, 如在虚拟世界中如何应对某一游戏币发行过多损害用户既有财产, 因而未发生类似于元宇宙金融的跨界融合效果。尽管在元宇宙技术应用之前亦存在虚拟世界中发行的部分私人货币(如 Q 币)在现实世界中被兑换为现金或其他货币形态, 从而达到类似于虚实跨界的效果, 但此种私人货币的使用范围原先便受到发行机构的限制, 处于灰色地带的“地下兑付市场”与该私人货币的目标用途相背离, 因而不符合元宇宙金融的跨界融合本质。

与多元货币不同的是, 在投融资等金融活动中, 元宇宙虚实世界的融合存在一定差异性, 因为现实世界中的代表性金融工具如股票、债券已经实现高度的电子化, 这使得金融体系的“虚拟性”更为明显。自 20 世纪 60 年代开始, 在商用计算机技术高速发展, 以及纽约清算所发生的“纸面工作危机”(paperwork crisis) 凸显纸质财产清算与结算弊端的背景下, 面向大型金融机构的金融工具清结算等业务逐渐实现了电子化, 以解决实体性金融工具清结算的不便。因此, 金融工具的创设、存管、清算结算等活动均已通过互联网在虚拟世界完成, 这使得在元宇宙金融场景下, 能体现更强虚实世界融合的金融业务主要为部分登记、交易、推介业务, 及其他附属业务(如律师提供证券中介服务)。同时, 元宇宙中金融工具的清算结算等已实现电子化的业务, 也可通过区块链等技术的应用, 强化用户的行权自主性和业务间的互联互通性。<sup>[20]</sup>

## (二) 元宇宙金融中多元货币的治理现状

面对数字经济的激烈国际竞争, 我国工信部等部委、多地政府发布规范性文件提供激励型政策, 大力支持元宇宙产业的发展。在金融领域, 政策支持的首要重点, 体现在引导金融机构为元宇宙产业发展提供资金支持;<sup>[21]</sup> 其次, 金融消费作为商贸的一部分, 被纳入了元宇宙消费这一强调个性化或定制化的范畴;<sup>[22]</sup> 最后, 元宇宙金融作为信息技术应用于金融行业的新近展现,

---

[20] 就沉浸式设备而言, 元宇宙没有改变金融服务的本质, 而是在金融服务效率、客户黏性和满足客户猎奇心理方面形成了特殊效果。

[21] 例如, 北京市通州区人民政府等政府机构发布的《北京城市副中心元宇宙创新发展行动计划(2022—2024年)》(通政发〔2022〕13号)提出“探索基于区块链、数字金融支持的数字文化艺术资产交易和金融服务体系”, 以及“引导辖区金融机构加强对元宇宙相关企业的融资服务”。

[22] 例如, 工业和信息化部等部委发布的《虚拟现实与行业应用融合发展行动计划(2022—2026年)》(工信部联电子〔2022〕148号)提出“发展线上线下同步互动、有机融合的商贸活动体验新模式”, 进而将消费金融产业纳入元宇宙激励型政策发展的赛道。

事实上已经受到了金融监管部门乃至国家层面的政策支持。<sup>〔23〕</sup>元宇宙高度仿真的沉浸式效果,也可为金融机构创立新业务或金融监管部门实施新型监管手段提供低成本的试验场景与试错机会。更重要的是,包括金融领域在内,元宇宙产业作为新一代数字世界的新入口具有国家战略意义,积极推动其发展有助于在国际上争夺数字产业话语权和行业标准制定权。

对元宇宙金融采取激励型的政策回应立场,并不意味着忽视其潜藏的风险挑战,而是更需要由公权机关通过相应的治理路径予以应对。由于目前元宇宙金融仍处于初期发展阶段,我国金融监管部门和地方政府尚未将其明确规定于法律法规之中,而是在给予激励型政策回应的同时,提出了原则性的元宇宙金融治理框架:其一,强化在隐私保护、数字资产确权等方面的元宇宙法治建设,以保护元宇宙金融中个人的信息权益和财产权利;其二,建立元宇宙金融的行业标准,以防范金融领域过度投机、恶意炒作等金融乱象造成的金融风险;<sup>〔24〕</sup>其三,在建立容错机制和包容审慎监管机制的同时,强化元宇宙平台主体责任,以营造鼓励创新的市场准入环境和监管环境;<sup>〔25〕</sup>其四,强化数字化监管能力建设和科技创新的行为监管,并巩固金融与科技风险防火墙,以实现元宇宙中的监管科技应用。<sup>〔26〕</sup>

针对元宇宙金融中的多元货币现象,由于我国对私人加密货币采取了严格的禁止式监管立场,元宇宙金融与发行或交易私人加密货币事实上被严格区分开来。2022年2月,原银保监会(现为国家金融监督管理总局)发布《关于防范以“元宇宙”名义进行非法集资的风险提示》,明确了利用元宇宙进行非法集资的典型行为,包括编造虚假元宇宙投资项目、打着元宇宙区块链游戏旗号诈骗、恶意炒作元宇宙房地产圈钱、变相从事元宇宙虚拟币非法牟利。针对NFT,2023年6月,中国人民银行上海总部发布《谨防NFT、元宇宙炒作等相关风险》,强调要警惕NFT金融化证券化倾向,防止利用数字藏品、元宇宙等开展虚拟货币交易炒作,避免不法分子打着NFT、数字藏品、元宇宙等旗号开展非法金融活动。对元宇宙中私人加密货币的排斥态度,实质上延续了2017年特别是2021年以来我国对私人加密货币的严格禁止式监管立场。相较而言,网络游戏币在我国诞生之初处于相似的合法性不明状态,央行等部委对待此类货币支付工具采取了较开放的默许立场,只有在提供虚拟货币与法定货币双向兑换、有助于扩张虚拟货币支付范围的“非官方兑换市场”涉嫌扰乱货币流通秩序、助长反洗钱犯罪时,才受到严格限制。<sup>〔27〕</sup>从比特币开始,我国央行对以区块链技术为依托的新型支付工具开始出现了“严打”局面:一方面,金融监管层面认定比特币为合法财产或虚拟商品,但不承认私人加密货币具有货币属性;另一方面,对私人加密货币的交易监管立场发生了从适度容忍、严禁公开交易、严禁公开交易与打击挖矿和

〔23〕 例如,全国人民代表大会发布的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》提出要“稳妥发展金融科技,加快金融机构数字化转型”。

〔24〕 参见上海市人民政府办公厅发布的《上海市培育“元宇宙”新赛道行动方案(2022—2025年)》(沪府办发〔2022〕12号);上海市市场监督管理局、上海市经济和信息化委员会发布的《关于推进本市元宇宙标准体系建设的指导意见》(沪市监标创〔2022〕376号)。

〔25〕 参见浙江省发展和改革委员会等发布的《浙江省元宇宙产业发展行动计划(2023—2025年)》(浙发改高技〔2022〕309号)。

〔26〕 参见中国人民银行发布的《金融科技发展规划(2022—2025年)》(银发〔2021〕335号)第19、22—25条。

〔27〕 参见《文化部、国家工商行政管理总局、公安部等关于进一步加强网吧及网络游戏管理工作的通知》(文市发〔2007〕10号);《文化部、商务部关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》(文市发〔2009〕20号)。

私下交易并举的转变。私人加密货币本质上属于金融创新，但由于我国央地在金融监管中的利益、目标等差异，金融创新的监管立场常出现“历时性反差”的波动特征。<sup>[28]</sup>而元宇宙目前在多种技术方面仍处于发展阶段，纯粹依靠技术或代码治理元宇宙会带来更大的风险，<sup>[29]</sup>因此，对元宇宙中私人加密货币同样采取禁止式监管，也反映出我国以中心化监管方式“压倒一切”防范化解风险的态度。

### （三）元宇宙金融中多元货币的治理不足

基于元宇宙金融的虚实跨界融合本质，我国目前采取的治理措施难以应对元宇宙金融在金融工具、主体、行为视角下面临的风险挑战。首先，对正规金融机构既有业务的“元宇宙化”与私人加密货币禁止式监管的区分策略，难以消除元宇宙中金融工具权属确认的复杂化风险。在传统物债二分的财产法体系下，交付、登记、通知等法律技术实现了财产权的有序转移。而随着互联网乃至元宇宙经济的发展，用户对游戏装备、社交账号等网络虚拟财产的支配受到了网络运营者等第三方主体的影响，此类财产的权属确认仍存较大争议，例如“准物权”<sup>[30]</sup>“虚拟物所有权”<sup>[31]</sup>。在金融领域，金融工具的高度电子化也使得新型权利被创造，如对无纸化证券的权利曾被认定为证券账户权。元宇宙金融场景中不仅有在虚拟世界流动的金融工具，也存在现实世界向虚拟世界或反向映射的金融工具，因此对某种金融工具应认定为何种财产权、由何种主体通过何种方式确权，应当根据其在现实世界与虚拟世界的融合程度而定。然而，我国采取了认可金融机构开展元宇宙业务、严格禁止私人加密货币交易的立场，事实上径行否认了私人加密货币的财产合法性，此种无视私人加密货币与法定数字货币虚实跨界共存以及与“相同风险、相同监管”相悖的做法，不仅造成金融机构在元宇宙中经营成果的货币化渠道较为有限，而且会加大法定数字货币在元宇宙交易场景扩大的情况下高效确权的难度。<sup>[32]</sup>

其次，既有消费者保护和金融身份识别制度无助于解决元宇宙金融中心化机构的控制能力弱化与金融公平失衡的困境。在当前的金融法体系下，金融市场中的经营者与消费者存在更严重的信息不对称，双方在信息获取能力、交易协商能力、经济地位存在更大差异，因此需要给予金融消费者倾斜性的保护，如更充分的知情权和金融普惠；尽管在互联网交易中，金融消费者或许能充分获取产品相关信息、减少搜寻成本，但仅凭其个人能力仍难以获取复杂算法背后与交易有关的重要信息，因此倾斜性保护仍有必要。<sup>[33]</sup>同时，为了维护金融秩序、防控金融风险，在消费者倾斜保护之外还存在身份识别/账户管理与适当性管理制度，为参与金融消费投资设定了一定门槛。但在元宇宙各类虚实跨界场景中，代码开源前提下的UGC将成为主流，用户希望此类内容能在元

[28] 参见新文辉：《论金融监管法的体系化建构》，载《法学》2023年第4期。

[29] 参见刘宪权：《元宇宙空间非法获取虚拟财产行为定性的刑法分析》，载《东方法学》2023年第1期。

[30] 程金华、张豪：《虚实之界：元宇宙视野下的空间权利冲突及其解决》，载《探索与争鸣》2022年第11期，第55页。

[31] 杨延超：《元宇宙中数字财产权的制度建构——以若干NFT科学实验为基础》，载《治理研究》2023年第2期，第149页。

[32] 例如，合规的私人加密货币支付系统还可以为各国法定数字货币的发行和流通提供“BaaS服务”，各国央行可以不用单独建设各自的法定数字货币系统，而是作为私人加密货币支付系统中的“超级节点”（super node），直接利用其“区块链即服务”（BaaS）设施发行、流通和管理法定数字货币。参见姚前：《Libra 2.0与数字美元1.0》，载《第一财经日报》2020年5月12日，第3版。

[33] 参见〔英〕科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社2018年版，第151页。

宇宙经济体系中产生价值并获得稳定收益；再加上各类场景中匿名化的普遍存在，既有的身份识别和适当性管理将难以适用，更无法在此基础上开展监管控制和消费者保护（如对弱势群体的识别不明）。更重要的是，元宇宙中跨界存在的数字化身并非一定需要与现实世界的自然人对应，而既有法律难以认定数字化身形象则为其实施不法行为埋下了隐患。

最后，既有金融机构主体责任规范难以应对多元货币互联互通带来的系统性风险。元宇宙金融与现实世界金融体系的互联互通包括金融数据、货币支付，以及同质化代币/去中心化金融三类。<sup>[34]</sup>其中，货币领域的互联互通体现为在不同币种之间，或同一币种的资金在不同货币形式或保管媒介之间切换的能力。针对以往出现的支付“二选一”等反竞争行为，我国通过制定技术标准、完善支付监管、新设清算组织等方式提升了互联互通程度。<sup>[35]</sup>由于元宇宙中的中心化货币服务提供商通过智能合约创造的“条件支付”，可能对用户的货币使用自由带来更大损害，元宇宙中多元货币的互联互通更具紧迫性。与此同时，在元宇宙中的去中心化组织（DAO）共存的情况下，互联互通后如出现支付市场反竞争行为，或违规使用某一类货币的行为，如何认定责任主体便存在难题。我国法律法规对金融交易行为与互联网运营行为均采用了中心化主体责任模式，即谁经营/实施、谁负责，因而难以解决责任认定的争议。此种责任认定的困难，还会弱化元宇宙各类金融场景中主体合规的动机，进而引发更大的虚实跨界系统性风险。<sup>[36]</sup>

需要指出的是，尽管一些监管部门或地方政府将区块链视为元宇宙经济体系不可或缺的技术基础，但元宇宙作为既有技术综合运用前提下的跨界融合革新，其无法与区块链技术直接等同，因此不能仅以区块链的去中心化特性评价元宇宙金融的治理方式。元宇宙金融的人机交互和虚实交互色彩，需要互联网的层层配合，即通过操作系统、应用程序以及硬件终端，实现直接面向用户进行信息传输的功能。但区块链作为由多方共同维护并实现数据一致存储、防篡改、防抵赖的技术体系，<sup>[37]</sup>其本质上是一个分布式的数据存储库，属于介于互联网传输层和应用层之间的事物，因此无法与元宇宙在同一个层次予以比较。<sup>[38]</sup>在此情况下，元宇宙金融的货币流通等数据也可兼容中心化和去中心化存储，是否采用区块链技术取决于原领域是否有相应的需求。区块链的实质意义，更在于用户通过区块链可以对元宇宙中的资产拥有排他性更强的支配能力；同时，用户的元宇宙资产可以具有在无数个可互联互通的“子元宇宙”之间通用的能力，从而更便于为数字资产赋值交易。<sup>[39]</sup>如，NFT这一基于区块链技术的数字资产，可以实现元宇宙从传统互联

[34] 参见欧阳日辉、李翔宇：《元宇宙金融的理论机制与演化逻辑》，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2023年第2期。

[35] 参见柯达：《数字人民币互联互通的法律规制》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023年第5期。

[36] See James Hutson et al., *Architecting the Metaverse: Blockchain and the Financial and Legal Regulatory Challenges of Virtual Real Estate*, 15 *Journal of Intelligent Learning Systems and Applications* 1 (2023).

[37] 参见中华人民共和国金融行业标准：《区块链技术金融应用 评估规则》（JR/T 0193—2020），2020年7月，第1页。此外，国际标准化组织（ISO）将区块链定义为“抗篡改，并创建最终的、确定的和不可变的分类账记录”。See International Organization for Standardization (ISO), *Blockchain and Distributed Ledger Technologies-Vocabulary*, ISO/22739: 2020, 1st Edition, 2020.

[38] See Primavera De Filippi & Aaron Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018, p. 49.

[39] 参见刘宪权：《元宇宙空间非法获取虚拟财产行为定性的刑法分析》，载《东方法学》2023年第1期。



网“信息转移”功能向“价值转移”功能的转变，同时实现“可读、可写、可拥有”〔40〕。

#### 四、多元货币融合下元宇宙金融跨界融合治理的具体路径

##### （一）理论基础：跨界融合治理模式的提出

既有元宇宙金融治理难以回应金融工具、主体和行为方面的潜在风险挑战，因此需要基于新的理论框架提出相应的治理完善路径。在传统金融法逻辑下，元宇宙金融作为一种新金融现象可能存在市场失灵，监管者应当对相关市场主体采取市场准入、信息披露、现场检查等措施。这种监管模式本质上属于政府部门主导的“命令—控制”型监管，但在数字技术深度应用于金融行业后的“颠覆式创新”数量众多、迭代速度快这一背景下，数据安全、网络安全等风险对金融稳定的威胁大大增加，且囿于监管者自身能力和立法滞后，这种要求监管对象满足特定规则、通过处罚约束受监管对象的方式渐生弊端。〔41〕针对传统“命令—控制”型监管难以解决科技创新的各类风险和稳定问题，学界提出了回应型规制、自我规制、智慧规制等新型治理理论。其中，“智慧规制”（smart regulation）侧重于引入政府以外的第三方作为治理主体，并引入说服、建议等非强制性治理工具，构造了按照规制效果逐步采用不同规制工具、调整不同规制效果的规制金字塔体系。这一规制模式兼具软硬法治理的优势，不存在回应型规制或自我规制等模式存在的规制主体单一、规制担责规避等弊端，〔42〕因此更适合用于规制元宇宙金融这一跨界融合特征明显、参与主体自主性较强的新业态。

因此，需在智慧规制理论的基础上，结合元宇宙的本质和金融业的特殊性，并根据影响现实世界的程度来建构“跨界融合”治理框架。具体而言，现实虚构、虚为实用、虚替实用分别用于模仿、补强、替代现实，其对现实世界中法律主体的权利义务影响程度呈渐增趋势，而政府对相关行为的信息掌握程度和执法可行性亦随之提升。因此，现实虚构场景应主要由金融服务提供者（如支付平台）依托技术或用户协议实施自我规制，虚为实用场景应主要由行业自律组织实施第三方规制，而虚替实用则主要由政府部门实施正式的法律规制。需注意的是，如果在现实虚构和虚为实用场景中发生虚拟世界“溢出”事件，给现实世界造成负外部性影响，那么政府部门仍有权直接实施规制。〔43〕此外，关于具体规制工具的选择，除了与规制主体所必须关联的措施（如行政机关作出责令停产停业的处罚）或仅能在现实世界提供合法性授权的措施（如监管沙盒）之外，应视规制对象所实施行为的风险严重程度采取与之相匹配的规制工具，这包括建议、警告、补贴、罚款、剥夺资格等。

就元宇宙中的多元货币而言，跨界融合治理不仅借鉴了金融科技背景下金融监管的工具革新

〔40〕 姚前：《Web3.0：渐行渐近的新一代互联网》，载《中国金融》2022年第6期，第14页。

〔41〕 参见张永亮：《金融科技监管的原则立场、模式选择与法制革新》，载《法学评论》2020年第5期。

〔42〕 参见〔英〕罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇：《牛津规制手册》，宋华琳等译、上海三联书店2017年版，第148、150页。

〔43〕 例如有学者认为，由于金融市场的信息不对称更为严重、长尾效应更为明显，金融市场应采取公权主导型的规制模式。参见段礼乐：《市场规制工具研究》，清华大学出版社2018年版，第264页。

和科技创新背景下的治理范式转变，更从比例原则出发为实现元宇宙金融的差异化治理提供了理论依据。首先，跨界融合治理符合金融监管和科技创新的基本逻辑，旨在应对元宇宙金融业态中的市场失灵或技术故障，以及由此带来的金融风险。其次，跨界融合治理尊重元宇宙金融不同的虚拟融合场景，将传统的“平面”空间治理转变为跨越虚实世界的“多维”空间治理，并基于比例原则差异性设置规制主体和规制工具。最后，跨界融合治理使技术补充或替代法律作为治理的工具，尊重技术在不同虚实融合场景下的治理效果。<sup>〔44〕</sup>此外，对技术治理的尊重，更有利于在元宇宙金融发展的不同阶段实施相应的治理。对一项新生事物过早规制会遏制创新，而太晚规制则会带来“劣币驱逐良币”的后果甚至引发更大的社会风险，对此应在创新初生期、发展期和成熟期等不同阶段实施不同的治理方式，这类似于部分学者提出的“阶段性规制”。<sup>〔45〕</sup>

## （二）货币支付工具：私人加密货币与法定数字货币的跨界法律地位协调

金融机构既有业务“元宇宙化”与私人加密货币禁止式监管的绝对分立，造成元宇宙货币支付工具的治理不足，对此应结合不同虚实跨界融合的场景，实施私人加密货币与法定数字货币的差异化法律协调，以实现二者的有效财产权保护。下文将通过货币持有、流通（交易）、债务清偿三方面予以具体论述。

在货币持有方面，应认可各类跨界融合场景中私人加密货币的合法财产属性，但不应认定其具有与法定数字货币同等的法律地位。如上文所言，在区块链技术出现之前，互联网社交、游戏等场景中便已出现在一定范围内流通的网络虚拟货币，其不论是在立法还是执法、司法层面均可以视为合法的财产权客体，只有在兑换法定货币或作为现实物品的支付手段时才受到监管的限制。私人加密货币基于区块链技术被创造和流通，除了在发行主体、流通范围等方面存在若干差异外，其与传统意义上的网络虚拟货币具有相同的法律本质。有诸多学者质疑称，许多私人加密货币属于没有底层资产支持的“空气币”，不仅受投机影响价格大幅波动，还因耗费大量电力而有损生态环境。<sup>〔46〕</sup>但仅就货币持有这一静态视角而言，只要不发生有偿交易，私人加密货币就不会给金融乃至整个经济体系带来过大影响，而加密货币的创造方式是多样化的，耗电力的负外部性亦无法作为否认合法财产属性的正当依据。因此，不论是在何种虚实跨界融合场景下，某一主体通过劳动（如“挖矿”）等方式原始取得或通过非交易方式继受取得私人加密货币的，法律上应当认可该类加密货币的合法财产属性。不过，由于加密货币由私人发行、不体现国家信用，其无法享有与法定数字货币相同的合法货币地位。

在货币流通（交易）方面，应认可私人加密货币在“现实虚构”场景中的财产权转移效力，并在加密货币市场发展较为成熟时认可虚为实用、虚替实用场景中的财产权转移效力。元宇宙由在线、社交、经济三要素构成，其中的经济体系需要作为交换媒介的数字货币以及作为价值存储的非同质化代币，而私人加密货币同样是该经济体系的重要组成部分。<sup>〔47〕</sup>与传统互联网相比，

〔44〕 参见〔美〕劳伦斯·莱斯格：《代码2.0》，李旭、沈伟伟译，清华大学出版社2018年版，第135页。

〔45〕 参见王首杰：《创新规制的时间逻辑》，载《华东政法大学学报》2022年第3期；赵精武：《“元宇宙”安全风险的法律规制路径：从假想式规制到过程风险预防》，载《上海大学学报（社会科学版）》2022年第5期。

〔46〕 参见盛松成、张璇：《虚拟货币本质上不是货币——以比特币为例》，载《中国金融》2014年第1期。

〔47〕 参见季卫东：《元宇宙的秩序》，上海人民出版社2023年版，第24页。

元宇宙的支付可以进一步利用区块链技术绕过“守门人”，以提高支付效率、降低手续费用；虽然目前国内侧重于发展确保数据防篡改的产业区块链，但在将来，相关数据可以被转化为数字资产，再将该数字资产通证化以增强其流通性，使产业和资金能够互相匹配。<sup>〔48〕</sup>由于私人加密货币价格波动剧烈，据此发展的去中心化金融亦无法真正服务于其他元宇宙产业，<sup>〔49〕</sup>如在虚为实用、虚替实用场景中交易流通，可能会对现实世界中的经济体系带来损害，但在对现实世界影响甚微的现实虚拟化场景中，承认私人加密货币的交易效力不仅可以激励相关企业进行技术创新、弥补既有加密货币的不足，还能为将来在虚为实用、虚替实用场景中认可加密货币的交易效率提供“试点”示范。我国目前采用的“先鼓励、后治理”静态规制方式无法有效应对数字经济的动态发展规律，并可能会引发政策套利和低质量的创新，<sup>〔50〕</sup>而区分虚拟融合场景、分阶段的治理路径遵循了元宇宙金融创新的“时间规律”，使创新与治理同步。因此，结合元宇宙经济体系在虚拟世界的内循环、现实世界的外循环以及虚实世界之间的双向循环流动，<sup>〔51〕</sup>应结合私人加密货币市场的发展成熟度（如是否有运行良好的风险管理产品）决定是否认可其在虚为实用、虚替实用场景中的财产权转移效力，这亦符合比例原则特别是相称性原则。

在债务清偿效力方面，与法定货币价格锚定的私人加密货币在“虚为实用”场景中应视为不可拒收的货币类型。一般而言，国家发行的法定货币具有法偿性，债务人用法定货币清偿债务的，不论债权人接受与否，均可发生清偿效力；在一些国家，适用法偿性的货币类型甚至还被进一步扩张至银行存款。<sup>〔52〕</sup>在我国，法定货币具有比法偿性的强制力更大的“不可拒收”效力，但在实践中，由于反洗钱、现金管理等限制，银行存款事实上也具有类似于不可拒收的效果。<sup>〔53〕</sup>在元宇宙各类虚实跨界融合场景中，如仅认可法定数字货币或银行存款的不可拒收效力，可能难以满足元宇宙用户的支付需求和普惠金融的需要。一般而言，仅用于支付的私人加密货币可大致分为“无支持型”（如比特币）和“支持型”（即稳定币），而后者又可分为链上锚定型、链下锚定型、算法型三类，只有链下锚定型才与现实世界的法定货币、黄金、艺术品等财产发生联系。而与法定货币锚定的私人加密货币与银行存款均属于法定货币体系的一部分，认可其不可拒收效力事实上能进一步巩固法定货币体系的中心地位。当然，这种不可拒收效力的确立前提，是已经建立对锚定法币型的私人加密货币建立类似于银行的监管机制；在与法定货币的地位协调上，还需明确在虚拟世界实现原本现实世界才会出现的接触式支付行为（如现金支付、现金存取）的合法效力。

进一步看，就货币债务清偿后货币的权属登记而言，出于兼顾市场效率、信用保障和风险监测的需要，应由央行委托的市场机构统筹负责在各类跨界融合场景下私人加密货币和法定数字货币的权属登记。与非同质化代币相似，虽然这两类货币所依托的信息系统可能有相应的运营机构

〔48〕 参见廖宗湖、孙竹编：《元宇宙金融基础设施：DeFi 九讲》，机械工业出版社 2022 年版，第 15-16 页。

〔49〕 参见方明：《元宇宙大金融》，中译出版社 2023 年版，第 10 页。

〔50〕 参见宋亚辉：《数字经济创新中的“科林格里奇困境”及其规制》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 3 期。

〔51〕 参见陈永伟、程华：《元宇宙经济：与现实经济的比较》，载《财经问题研究》2022 年第 5 期。

〔52〕 See Euro Legal Tender Expert Group, *Final Report of the Euro Legal Tender Expert Group (ELTEG) of 6 July 2022*, available at <https://currencyassociation.org/wp-content/uploads/2022/09/Euro-Legal-Tender-Expert-Group-July-2022-Final-report.pdf>, last visited on Jan. 5, 2024.

〔53〕 参见柯达：《数字经济背景下拒收现金的法律规制》，载《经贸法律评论》2023 年第 3 期。

或区块链节点负责记录交易信息，自发性地具有确权效果，但经央行认可的市场机构的权属登记具有最终效力。在此基础上，央行便可对私人加密货币的风险重点——兑付机制——进行监测，即是否能无差别地自由公平兑换、采用固定汇率制还是浮动汇率制。<sup>[54]</sup>

### （三）货币市场主体：跨界“双重金融消费者”的适当性制度构建

在元宇宙金融各类跨界融合场景中，面对既有消费者保护和金融身份识别制度难以有效保护货币持有人合法权益的状况，根据影响现实世界的程度采用数字化身和实体自然人均作为金融消费者的双重适当性管理制度应作为实施跨界融合治理的路径选择。下文将从适当性义务履行的前、中、后三个阶段展开论述。

在适当性前端，应确立以账户/钱包为核心、匿名与实名共存的身份识别机制。现实世界中的政府发现互联网可治理的过程，正是在数据与人或物之间建立对应关系，从而将这一国家基础能力嵌入网络空间的过程。<sup>[55]</sup>现实中的个人在元宇宙中通过自我想象和说明刻意创造了另一种身份，从而使身份经由自我解释被加强或削弱。<sup>[56]</sup>事实上，在货币领域亦天然存在匿名的需求，如实体货币起源于民众对交易隐私保护的需求，因为在隐私权法律保护和社会信用体系不完善的情况下，市场主要通过相关技术的改进控制和隐藏交易信息，其中就包括完全匿名化的金属铸币和纸币，因此，货币的重要功能之一就是保护隐私，以消除无法信任彼此的交易双方采取后续机会主义行动的可能。<sup>[57]</sup>在此情况下，一方面，除了现实虚拟化场景之外，应允许虚为实用、虚替实用场景中的小额匿名支付的存在，以实现保护隐私与打击违法犯罪之间的法益平衡。<sup>[58]</sup>我国目前正在试点发行的数字人民币亦具有小额匿名的功能，用户可以在仅通过手机号注册的前提下实现对商户或银行的非实名交易。<sup>[59]</sup>另一方面，由于身份识别在虚拟世界的“溢出”效应较强，应由政府主导建立统一的元宇宙身份认证平台，该平台应以经认证、兼具货币和数据存储功能的账户/钱包为核心，对在各类场景中创建的数字化身提供备案服务，同时对组织类用户与个体类用户采取不同的认证方式。<sup>[60]</sup>这还有利于用户通过同一钱包享受任何金融服务，同时保障对金融资产的充分控制、强化普惠金融的程度，此外还能更好贯彻“谁认证谁治理”的原则，保障认证的可靠性。<sup>[61]</sup>

在适当性中端，应确立数字化身与自然人双重的适当性义务和消费者准入机制。如上文所言，数字化身不仅包括与现实世界中的用户自我基本一致的数字孪生，还包括可以由用户经过刻意装扮的非孪生个体；用户通过多个数字化身，可以将分析、决策、执行等行为实施环节进行解构，以提高工作效率，还可激发商业模式的创新。尽管数字化身能否获得独立财产权及责任主体

[54] 参见焦艳鹏：《元宇宙生活场景中的利益识别与法律发展》，载《东方法学》2022年第5期。

[55] 参见欧树军：《灵境内外：互联网治理简史》，上海交通大学出版社2023年版，第16页。

[56] 参见〔韩〕李时韩：《元宇宙新经济》，王家义译，中译出版社2022年版，第63页。

[57] See Charles M. Kahn, James McAndrews & William Roberds, *Money is Privacy*, 46 *International Economic Review* 377 (2005).

[58] 与此相对应的是，“匿名问责”是可实现的，即用户能跨平台构建自己的信用，同时对外部世界保持完全的匿名。参见〔荷兰〕马克·冯·里吉门纳姆：《商业元宇宙：开启万亿规模社会经济》，赵丽霞译，中译出版社2023年版，第59页。

[59] 参见柯达：《基于公私利益衡量：论我国法定数字货币的个人信息保护》，载《南京社会科学》2023年第5期。

[60] 参见黄镛：《元宇宙的行政规制路径：一个框架性分析》，载《中国法学》2022年第6期。

[61] 参见欧树军：《灵境内外：互联网治理简史》，上海交通大学出版社2023年版，第137页。



地位尚存争议，<sup>〔62〕</sup> 但这不影响金融服务提供者对其履行适当性义务的法理基础。对此，一方面，金融机构等主体应根据被用户设置的数字化身特征判断其使用某种货币的风险识别和风险承受能力，并将适当的货币类型提供给该数字化身；而在数字化身的特征上，应随着不同虚实跨界场景对现实世界融合程度的提升，对数字化身在现实世界中的真实特征予以优先认定。另一方面，由于是否允许消费者进入某一市场对其权利义务有更深刻的影响，金融机构等主体应当仅根据数字化身在现实世界中的真实特征进行认定，并据此区分普通消费者和专业消费者。<sup>〔63〕</sup>

在适当性后端，应确立数字化身与自然人双重的金融信息保护与消费者教育机制。在完成适当性匹配、将货币类型提供给金融消费者之后，元宇宙中的金融服务提供者仍需要对现实世界中的用户和虚拟世界中的数字化身履行持续性的消费者保护义务。虽然元宇宙中不同虚实跨界场景使用了基于 Web3.0 的基础设施，可以让用户对数据的控制程度更强，但在实践中，绝大多数终端用户对底层数据的控制成本远大于收益。<sup>〔64〕</sup> 因此，对金融信息的保护仍十分必要，以满足消费者删除、查询、转移个人信息等需求。由于沉浸式技术的广泛应用，除了财产信息之外，元宇宙金融中的生物信息在所有个人信息类型中应处于主导地位，其亦应成为金融消费者教育中的重点内容。同时，基于数字化身的可变更以及存在“深度伪造”<sup>〔65〕</sup> 的可能，金融机构等主体可先基于安全等需要设置一定的底层技术规则（如对数字分身的虚拟人进行统一化处理），并在取得用户同意的前提下，持续对数字化身的货币交易行为进行监测，定期对该数字化身的适当性进行评估。

#### （四）货币支付行为：跨界货币运营机构“准公共职能”的定位确立

在元宇宙多元货币实现互联互通的目标之下，为规制既有法律关于责任认定不足加深互联互通所带来的系统性金融风险，应在市场主体准入、货币服务行为标准、系统性风险防控三方面构建跨界货币运营机构的“准公共职能”，以实现货币支付行为视角下的跨界融合治理。

在市场准入方面，应仅允许中心化的市场主体作为货币运营机构，提供锚定法定货币或具有虚实跨界效果的货币服务。由于与法定货币或与现实世界关联性较强的货币服务对现实世界经济体系的外部性影响更大、公共性更强，如允许去中心化组织开展相关服务，便会陷入无人为其引发的系统性风险担责的尴尬境地。此处需注意的，由于区块链技术并非元宇宙存在的基本条件，元宇宙金融的中心化、多中心化和去中心化可以并存，金融中介仍会存在，其难以完全被去中心化金融业态或去中心化自治组织所替代。<sup>〔66〕</sup> 尽管随着区块链及智能合约的应用，元宇宙的主体间信任机制由机构信任转向算法信任，原本需要中介组织的商业交易被算法所取代，甚至出现了“数字乌托邦”与“货币乌托邦”的合流，但通过互联网发展史和私人加密货币发展史，特别是 Web2.0 时代以来，大型平台运用算法权利增强市场支配地位可以发现，私人加密货币最终

〔62〕 参见张力：《“元宇宙”语境中的数字财产关系探正》，载《学术界》2022年第12期。

〔63〕 参见季卫东：《元宇宙的秩序》，上海人民出版社2023年版，第78页。

〔64〕 参见丁晓东：《从阿帕网到区块链：网络中心化与去中心化的法律规制》，载《东方法学》2023年第3期。

〔65〕 〔荷兰〕马克·冯·里吉门纳姆：《商业元宇宙：开启万亿规模社会经济》，赵丽霞译，中译出版社2023年版，第223页。

〔66〕 参见〔美〕乔纳森·马米兰：《未来银行》，陈学斌、刘彤译，中信出版集团2020年版，第189页。

需要通过“再中心化”与中心化主体和法定货币体系进行互动方可生存。元宇宙作为新型互联网应用形态，同样具有趋向于中心化的趋势，并有可能新增中介类型和出现多中心的趋势。<sup>〔67〕</sup>

在行为标准方面，提供跨界货币服务的运营机构应以准公共职能标准提供货币服务，特别是货币编程相关的服务。商业银行等金融中介作为运营跨界货币服务的市场主体，事实上为扩大法定货币的社会接受程度、帮助央行等政府机构调控社会的总体货币量提供了私人力量，属于履行“准公共职能”的体现，因而具有与准公共职能相应的、需要受到约束的“私权力”<sup>〔68〕</sup>。这种私权力应具有更加中立性的色彩，如林登实验室作为《第二人生》的开发商未积极促成游戏中的交易或直接生产销售商品，而更像基于政府的角色开展身份管理、所有权登记和创建虚拟法律系统的中立角色，从而吸引更多开发者和体验用户。<sup>〔69〕</sup>此外，由于货币服务的可编程性会增大货币发行或运营主体滥用自身权力的风险，<sup>〔70〕</sup>货币运营机构不仅应基于公共利益目的审核监督实现可编程目标的智能合约条款，还应重点审核自动执行的条件是否清晰明确、有无体现较强模糊性的表述，以便为合约履行的相关救济权利如解除权、抗辩权等提供行使的可能性。<sup>〔71〕</sup>

在风险防控方面，基于公共性设定多元货币互联互通的条件。过度扩大互联互通的倾向，不仅会造成用户的差异化支付需求被忽视，并降低市场主体参与互联互通的激励，还会造成责任认定困难、增加防控跨界金融风险的难度，因此需要合理设置互联互通的条件。以数字人民币为例，加入数字人民币互联互通系统的业务除了与货币发行相关的央行业务外，应当限于符合条件的支付结算、电子商务、电子政务、公益社保等业务；与互联互通的业务范围相对应，加入互联互通的市场主体应当限于具有全国或跨区域影响力并具备良好风险管理能力的网络平台。在加入互联互通后，货币运营机构应当在遵守金融基础设施相关监管要求的基础上，制定通用性更强的技术标准以及反洗钱和消费者保护规则，更积极主动地开拓货币的使用场景，以便为更广泛的互联互通创造空间。<sup>〔72〕</sup>

## 五、结 论

对元宇宙的治理并非简单地分别针对虚拟世界或现实世界的行为予以治理，而是要重点针对其中的虚实交互行为。在将元宇宙金融本质认定为用户享有高度自主性的虚实跨界融合这一前提下，我国采取的金融机构参与元宇宙业务合法化和私人加密货币禁止化的分立策略，会导致金融工具权属确认的进一步复杂化，而既有法律制度不仅难以有效保护货币持有人的合法权益，更难以应对多元货币互联互通带来的系统性风险。在此情况下，以多元货币融合为重点，按照影响现

---

〔67〕 区块链技术在司法存证、金融数据存储等方面体现了其“多中心化”优势，但在元宇宙热潮下，部分机构鼓吹绝对的“去中心化”，过分夸大由特定中心化主体所带来的货币增发、金融欺诈等事件的负面影响。

〔68〕 丁玮、於兴中：《规范元宇宙：可能性、难题与基本思路》，载《财经法学》2022年第5期，第14页。

〔69〕 参见〔加〕马修·鲍尔：《元宇宙改变一切》，岑格蓝等译，浙江教育出版社2022年版，第19页。

〔70〕 例如，瑞典央行亦认为，法定数字货币的可编程性意味着“有条件支付”而非“有条件货币”，后者可能会侵犯个人隐私。See Sveriges Riksbank, *E-krona Report: E-krona Pilot Phase 3*, 2023, pp. 5, 23.

〔71〕 See Hong Kong Monetary Authority, *E-HKD: A Policy and Design Perspective*, 2022, p. 14.

〔72〕 See Bank for International Settlements et al., *Central Bank Digital Currencies: System Design and Interoperability*, 2021, p. 10.

实世界程度构建“跨界融合”治理框架应当予以适用：针对货币支付工具，实现私人加密货币与法定数字货币的法律地位协调；针对货币市场主体，建立双重金融消费者的适当性制度；针对货币支付行为，确立跨界货币运营机构的准公共职能。元宇宙金融目前虽处于初步发展阶段，但从长期看，元宇宙金融势必作为“灵境世界”的重要组成部分而大放异彩。从“元叙事”的视角看，元宇宙体现了人类通过先进技术，试图实现对未来世界的美好憧憬人一贯的想象。但新技术不是无中生有地被发明，而是基于先前已有技术被组合创造，<sup>[73]</sup> 因此不宜过分夸大元宇宙的创新价值，不宜用复杂的技术用语装点元宇宙的门面，而是要在明确其本质的基础上设计合理的制度框架，由此实现金融安全、金融效率与金融公平之间的平衡。

---

**Abstract:** With the rise of the metaverse industry, financial institutions have begun to provide new financial services in the virtual world, while private cryptocurrencies and decentralized finance have also been optimized in the integration between the virtual and real worlds. The essence of metaverse finance is the cross-boundary integration of virtual and real worlds where users could enjoy a high degree of autonomy, with the focus on the integration of multiple monies, including the fiction of real world, realization with virtual world, virtual world as the substitution of real world. China's regulatory strategy on separating the existing business of metaverse provided by formal financial institutions from private cryptocurrencies is difficult to cope with the risks of metaverse finance in terms of financial instruments, entities, and behaviors. In this regard, the model of "cross-boundary integration governance" should be adopted, based on the theory of smart regulation, which considers the impact of different cross-boundary integration scenarios. Firstly, the legal status of private cryptocurrencies and central bank digital currencies should be coordinated through the acts of monetary holding, circulation, and debt repayment. Secondly, the suitability obligations based on "dual financial consumers" should be constructed in accordance with the stages of front-end, middle-end, and back-end. Finally, the quasi-public functions of cross-boundary monetary operating institutions should be established in terms of market access, behavioral standards, and risk prevention and control.

**Key Words:** metaverse, metaverse finance, cross-boundary integration, digital currency, virtual world

---

(责任编辑：李 敏)

---

[73] 参见〔美〕布莱恩·阿瑟：《技术的本质：技术是什么，它是如何进化的》，曹东溟、王健译，浙江人民出版社2018年版，第17页。

## 创设知识财产的中国范式及其国际扩张

曹 博\*

---

**内容提要：**美日欧主导的知识产权国际保护体系，虽在名义上并未限制本土知识财产的国际化，但对发展中国家已形成实质性锁闭的效应。中国在知识产权制度建设的过程中，形成了“国家利益导向型”“产业利益导向型”和“市场秩序导向型”三种创设知识财产的范式形态。由于无法与知识产权预设的制度要素相匹配，这些设权模式的实践效果并不显著。基于知识产权在主体、客体以及内容等方面的内在要求，有必要废止“市场秩序导向型”知识财产，重构创设知识财产的中国范式：区别权利主体层次的“国家利益导向型”知识财产、界分权利客体形态的“产业利益导向型”知识财产、新领域新业态下的新型知识财产。面对“再全球化”背景下“小多边主义”盛行的国际形势，中国应积极参与 RCEP、CPTPP、DEPA 等多边协定，实现创设知识财产中国范式的国际扩张。

**关键词：**知识财产 知识产权 中国范式 全球治理 人类命运共同体

---

### 一、引言

工业革命在欧陆的勃兴改变了世界发展格局，知识产权作为创新成果的制度载体在部分欧洲国家间形成利益共识。经由海外贸易与对外扩张，这种地方性知识通过法律移植在全球范围内广泛传播，初步塑造了主要由《保护文学艺术作品伯尔尼公约》《保护工业产权巴黎公约》及《商标国际注册马德里协定》构成的知识产权国际保护形态。在世界知识产权组织（WIPO）建立并成为联合国专门机构后，知识产权领域的国际合作进一步强化，《世界知识产权组织著作权条约》《世界知识产权组织表演和录音制品条约》以及《专利合作条约》等国际条约进一步充实了知识

\* 曹博，上海交通大学凯原法学院副教授。

本文为国家社科基金青年项目“新型作品的法律确认与保护路径研究”（19CFX054）的阶段性成果。



产权全球治理的规则体系。世界经济一体化进程实现了国际贸易与知识产权的深度捆绑，裹挟着更多的国家接纳了知识产权制度，使得世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协定）成为最具影响力的国际条约。整体来看，知识产权国际条约以全面列举的方式建构了最低限度的知识财产体系范畴，并未限制自主创设知识财产的自由，并对各国既有的知识财产提供保护。<sup>〔1〕</sup>但是，现有的知识产权全球治理体系由美日欧主导，其中的知识财产范式已经形成，以之为蓝本进行的法律移植难以超越既有框架，本土化过程中确立的新型知识财产囿于后发劣势很难实现国际扩张，知识财产在国际保护层面已实质性锁闭。

这种现实不符合创设知识财产的历史经验与法理逻辑，加剧了国际竞争的失衡，对发展中国家非常不利，成为其跨越“中等收入陷阱”<sup>〔2〕</sup>的重要障碍。中国正在经历这一困局与挑战，其中尤以中美贸易争端中不断出现的知识产权议题为代表。<sup>〔3〕</sup>如何在法理层面突破创设知识财产的国际范式，既关系到中国在知识产权领域的竞争力与话语权，也会影响知识产权制度本土化的预期效果。中国的知识产权制度具有浓厚的法律移植色彩，在自上而下的制度构建中，充分体现出知识产权的公共政策属性。出于对国家利益、产业利益与市场秩序的关切，中国逐渐形成了三种创设知识财产的基本范式：“国家利益导向型”知识财产对遗传资源、传统知识及民间文学艺术提供保护，“产业利益导向型”知识财产对中医药品种、传统工艺美术及曲艺杂技提供保护，“市场秩序导向型”知识财产则在实质意义上对中华老字号和地方著名商标提供保护。

然而，中国自主创设的知识财产并未实现预设的制度目标，这既是源自西方的知识产权制度内在价值预设的排异反应，又是创设知识财产时对市场要素考量不足的外在表现。鉴于此，本文在确立自主创设知识财产具备法理正当性的前提下，反思本土化知识财产存在的缺陷与不足，提出重构创设知识财产中国范式的基本思路：废止“市场秩序导向型”知识财产，设定以工业化程度为标准的“产业利益导向型”知识财产的二元结构，构建“国家—集体—个人”主体序列的“国家利益导向型”知识财产体系，通过正向承认的方式积极创设新领域新业态相关的知识财产。基于中国经济发展转型的内在需求与积极参与知识产权国际治理的现实考量，有必要将创设知识财产的中国范式推向国际，“再国际化”背景下的“小多边机制”及中国提出的人类命运共同体理念，为本土化知识财产的国际扩张提供了方向与路径。

## 二、知识财产国际化的实质性锁闭

财产权的正当性基础在近代西方社会经历了自然法向实证法的转变，为主权国家通过法律自主创设知识财产提供了法理依据。历史经验表明，智力成果的知识产权保护并非完全遵循事实逻辑，而是带有较强的功利主义色彩，创设知识财产形态存在着技术与利益博弈背景下的正向承认与反向追溯两条路径。美日欧主导的知识产权国际保护体系将最能体现其利益诉求的知识财产纳入其

〔1〕 参见 TRIPS 协定第 1.1 条、第 70.2 条。

〔2〕 寇宏伟、陈璋：《中等收入陷阱的存在性讨论及跨越机制分析》，载《科学学研究》2020 年第 9 期，第 1580 页。

〔3〕 参见易继明：《改革开放 40 年中美互动与中国知识产权制度演进》，载《江西社会科学》2019 年第 6 期。

中，虽然形式上为各国保留开放创设的自主性，但在国际层面已形成实质性锁闭的效果。

### （一）主权国家创设知识财产的正当性与自主性

现代意义上的著作权与专利权本就脱胎于封建特权，在创设之初面临巨大争议，具有强烈的工具主义倾向。<sup>〔4〕</sup>虽然美国学者莫索夫（Mossoff）主张专利的财产权转变受到自然法观念的影响，<sup>〔5〕</sup>在英国也曾发生关于永久性文学产权的激烈论争，支持者力图将文学产权与所有权等量齐观，实现对文学产权“永久性普通法权利”属性的证成，但这种尝试最终以失败告终。<sup>〔6〕</sup>自此以降，激励创新作为知识产权正当性的依据成为立法宗旨与理论基石，经由知识产权的保护实现相应公共政策的价值诉求也成为共识。对何种知识财产提供法律保护、提供何种形式的法律保护，属于各国法律创设的自主范畴。

### （二）创设知识财产的两条基本路径

纵观知识产权制度的演进历史，进入知识财产序列的客体一直处于扩张之中，分别体现为正向承认与反向追溯两条路径。前者是指对技术革新中出现的新型客体创设知识财产，后者是在既有的客体形式上创设知识财产。

作为现代著作权法的源头，英国的《安妮法》仅对图书提供保护。<sup>〔7〕</sup>照片、电影等全新的文艺表现形式出现后，创设了新的利益空间，催生出新兴的行业，通过财产权确认利益归属和分配成为必然选择，这种主张以诉讼形式频繁出现，最终在立法中得到回应。技术变革同样对既有文艺表现形式的利益分配格局产生影响，引发创设知识财产的诉求。以音乐作品为例，在录制技术发明之前，音乐作为一种重要的文艺形式已广为流传，但欣赏声音的唯一方式只能是现场表演。随着19世纪末钢琴卷纸和唱片在美国的流行，通过设备对乐曲进行的演奏，即声音能否成为财产权客体引发巨大争议。以怀特-史密斯音乐出版公司诉阿波罗公司案<sup>〔8〕</sup>为代表的诉讼中，法院并未支持对音乐表演的财产权主张，立法通过利益平衡的方式确认了作曲家享有机械复制的权利，同时规定了机械法定许可。<sup>〔9〕</sup>

专利领域同样体现出这样的扩张进路。生物技术产业在20世纪兴起，创造了可观的经济利益，产生确认利益格局的需要。随着DNA遗传信息的发现和基因工程的技术突破，出现了分离、净化或改造的DNA序列，创设财产权以确认其利益归属的诉求最终推动此类基因合成物成为专利权的客体。<sup>〔10〕</sup>此外，通过非自然手段培育植物新品种的做法长期存在，但耗时漫长且效率低下，生物技术的进步催生出专门从事品种培育和推广的种子产业，对植物新品种的保护诉求更为

---

〔4〕 See Edward C. Walterscheid, *The Early Evolution of the United States Patent Law: Antecedents (Part 2)*, 76 *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 849, 856 (1994).

〔5〕 See Adam Mossoff, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800*, 52 *Hastings Law Journal* 1255 (2000-2001).

〔6〕 参见易健雄：《技术发展与版权扩张》，法律出版社2009年版，第48-74页。

〔7〕 参见刘波林译：《安妮法》，载《中国版权》2005年第2期。

〔8〕 See *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908).

〔9〕 1909年美国《著作权法》授予音乐作品著作权人禁止他人制作录音制品的权利，而一旦他许可了一个唱片的制作，其他任何人只要向著作权人支付每一复制件2美分的许可费就可以制作唱片。See *Copyright Act of 1909, Amendment.*, 55 *Stat.* 732.

〔10〕 See Resnik & David B., *DNA Patents and Human Dignity*, 29 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 152, 152 (2001).

迫切，最终促使美国颁布《1930年植物专利法》，对无性繁殖所得新品种予以专利保护。<sup>〔11〕</sup>

商标法较为特殊，技术革新在商标权领域对利益格局的影响也较为有限，但反淡化保护力图强化对高知名度商标的财产权保护，实际上是一种在既有的商标中选择性地创设更高层级财产权的尝试。在著作权、专利权与商标权之外，其他知识财产的创设也表现为这两种路径，例如，欧盟就对在选择与编排方面无独创性的数据库提供特殊权利保护，<sup>〔12〕</sup>对地理标志进行的保护则是对已在商业实践中普遍使用的原产品名称创设财产权。

### （三）知识财产国际化实质性锁闭的现实困境

不同国家经历的技术革新与产业需求乃至利益格局变动等情形存在重大差异，针对同样的客体形态，是否创设以及如何创设知识财产更多出于经济与政治考量。因此，知识产权国际保护的推进需要寻找全球共识。近代西欧国家对知识产权的保护存在一定的利益共识，1883年《保护工业产权巴黎公约》与1886年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》意在实现各成员对艺术家与发明者权利的相互承认，但允许在保护范围与保护期限上存在差异。这一阶段的知识产权国际保护体制认可不同国家发展水平上的固有差异，各国得以自主创设知识财产，以反映其本国经济发展水平、体现其创新与模仿方面的比较优势。

世界知识产权组织成立后，美国的影响力逐渐显现。为了提升其话语权，美国通过世界贸易组织实现了知识产权与国际贸易的挂钩，并主导制定了TRIPS协定。<sup>〔13〕</sup>TRIPS协定背后的推动者是由代表制药业、娱乐业和软件工业的12个美国成员组成的特别知识产权委员会，他们与欧洲和日本的同行联合，制定出使他们都受益的全球规则。<sup>〔14〕</sup>由此带来的结果是，表面上体现全球共识的TRIPS协定中的知识财产必然是对美日欧产业利益的体现。

虽然对TRIPS协定的批判从未休止，<sup>〔15〕</sup>“获取知识运动”等反思知识产权国际保护最大化的思潮也取得一定成效。<sup>〔16〕</sup>但整体来看，知识财产国际化对美日欧之外的大多数国家已体现出实质性锁闭的效应。

## 三、中国创设知识财产的既有范式

在全面加入知识产权国际保护规则体系的同时，中国也充分利用知识产权的公共政策属性，基于不同的价值诉求与制度目标，尝试创设相应的知识财产，并形成了三种范式。一是立足于发

〔11〕 See 35 U. S. C. § § 161 - 164.

〔12〕 See Matthias Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in Sebastian Lohsse, Reiner Schulze & Dirk Staudenmayer eds., *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Hart Publishing, 2017, pp. 27 - 57.

〔13〕 参见吕炳斌：《知识产权国际博弈与中国话语的价值取向》，载《法学研究》2022年第1期。

〔14〕 参见〔美〕苏珊·K. 塞尔：《私权、公法——知识产权的全球化》，董刚、周超译，中国人民大学出版社2008年版，第13页。

〔15〕 See Peter Drahos & John Braithwaite, *Intellectual Property, Corporate Strategy, Globalisation: TRIPS in Context*, 20 *Wisconsin International Law Journal* 451 (2001 - 2002).

〔16〕 参见邵科：《全球知识产权治理博弈的深层话语构造：中国范式和中国路径》，载《法学研究》2021年第6期。

展中国的角色定位，主张遗传资源、传统知识及民间文学艺术的国家主权或族群权利，从而在国际范围内争取发展空间与竞争利益；二是着眼于具有文化传统的特定产业，通过对中药品种、传统工艺美术品种和技艺、曲艺杂技等提供知识产权保护，实现相应的产业政策目标；三是行政机关在发挥管理职责的过程中，为满足特定条件的市场主体提供特殊保护，对市场竞争提供示范效应。从三种知识财产形式的正当性基础来看，分别体现出维护国家利益、促进产业利益与实现市场秩序的不同导向。

#### （一）“国家利益导向型”知识财产

立足于国家发展阶段，在具有国际公约指引且符合国家利益的前提下，中国尝试对遗传资源、传统知识与民间文学艺术创设“国家利益导向型”知识财产。

发展中国家在接受知识产权国际保护规则的同时，逐渐意识到实质性锁闭的知识财产带来的竞争劣势，提出在促进社会经济均衡发展的框架下，应当给予生物遗传资源、传统知识、民间文学艺术特定地位和特别保护，不应允许对其滥用以及对资源、文化原生社区的损害。<sup>〔17〕</sup>这种诉求在国际层面逐渐得到重视，联合国《生物多样性公约》确立了遗传资源的国家主权、事先知情同意和惠益分享三项基本原则，《名古屋议定书》进一步规定对遗传资源相关的传统知识及利用此种知识产生的惠益进行分享的规则。<sup>〔18〕</sup>世界知识产权组织于2000年设立“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会”，对相关议题展开研究。<sup>〔19〕</sup>该委员会2016年发布《传统知识保护条款草案》，<sup>〔20〕</sup>但其中关于传统知识的界定并不清晰。此外，联合国教科文组织与世界知识产权组织联合制定了《保护民间文学表达形式、防止不正当利用及其他损害行为的国内示范法条》，对民间文学艺术表达进行了界定。<sup>〔21〕</sup>

中国具有多样化的生物遗传资源、丰富的传统知识与繁荣的民间文学艺术，建立相应的知识产权保护规则符合中国的国家利益。1998年科学技术部与卫生部制定的《人类遗传资源管理暂行办法》专设“知识产权”一章，确立了我国研究开发机构对我国境内遗传资源信息的专属持有权利，并规定了相应的知识产权保护规则。2019年国务院颁布的《人类遗传资源管理条例》并未明确遗传资源的权属问题，但对采集和保藏、利用和对外提供等行为施加了严格限制，同时规定在国际合作中产生成果的专利权及其他科技成果权应由双方共有。《中华人民共和国专利法》在2008年进行修订时规定了依赖遗传资源完成的发明创造申请专利时的特殊限制。国家著作权局于2014年发布《民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）》，设定了民间文学艺术的概念与类型、著作权归属、权利内容以及保护期不受限制等条款。在“《乌苏里船歌》案”中，法

〔17〕 参见薛虹：《十字路口的国际知识产权法》，法律出版社2012年版，第298页。

〔18〕 参见薛达元：《〈名古屋议定书〉的主要内容及其潜在影响》，载《生物多样性》2011年第1期。

〔19〕 See WIPO/GRTKF/IC/5/12, p. 2, available at [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_5/wipo\\_grtkf\\_ic\\_5\\_12.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_12.pdf), last visited on Dec. 12, 2023.

〔20〕 See WIPO/GRTKF/IC/32/4, available at [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32\\_4.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_32/wipo_grtkf_ic_32_4.pdf), last visited on Dec. 12, 2023.

〔21〕 See Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions, with a Commentary, Section 2.



院也认定涉案的赫哲族民间音乐曲调形式属于民间文学艺术作品，应当受到法律保护。<sup>〔22〕</sup>

## （二）“产业利益导向型”知识财产

既然传统知识具备知识财产化的可能，那么以知识产权为政策工具促进传统文化的传承更新及产业发展，便具有了正当性基础。由此，中国在中医中药、传统工艺美术、曲艺杂技等领域，创设了“产业利益导向型”知识财产。

早在1986年，国务院就对中医中药的发展提出了原则性指导意见，<sup>〔23〕</sup>1987年国家医药管理局拟定《关于加强中药行业管理的意见》，明确传递了振兴中药事业的理念。1993年施行、2018年修订的《中药品种保护条例》申明其立法宗旨是“提高中药品种的质量，保护中药生产企业的合法权利，促进中药事业发展”。2009年《国务院关于扶持和促进中医药事业发展的若干意见》再次体现了对提升中药产业发展水平的关切，并在完善中医药事业发展保障措施中提出加强中医药法制建设和知识产权保护。2021年国务院办公厅印发《关于加快中医药特色发展的若干政策措施》，在“营造中医药发展良好环境”中提出加强中医药知识产权保护的措施。综合看来，这些行政法规、规范性文件对中药采取“传统知识财产+中药品种保护”的模式，后者是在实现中药产业利益这一大前提下创设特殊类型知识财产的尝试。《中药品种保护条例》授予企业的通常为相对独占的权利，但可以附条件（多次）延长，且延长条件重在对中药品种疗效质量改进的考虑，其目的在于鼓励中药品种的持续创新，并兼顾药品的可及性。<sup>〔24〕</sup>

1997年制定、2013年修订的《传统工艺美术保护条例》的立法宗旨被表述为“保护传统工艺美术，促进传统工艺美术事业的繁荣与发展”。该条例对传统工艺美术品种和技艺实行认定制度，具体的保护措施包括对工艺技术秘密确定密级、依法实施保密，建立健全保密制度，并对窃取或泄漏行为设定了行政责任。由此，行政法规针对传统工艺美术创设了一种类似于商业秘密但又存在重大差别的知识财产类型。另外，将传统的文艺表现形式纳入《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）中的作品类别，也具有鲜明的产业利益导向。1990年制定的《著作权法》将曲艺作品与音乐、戏剧、舞蹈并列，并在《著作权法实施条例》中将其解释为“相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品”。2001年修订的《著作权法》新增杂技艺术作品，修订后的《著作权法实施条例》将其界定为“杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品”。立法理由被阐述为“我国杂技在世界上享有很高的声誉，杂技造型具有独创性，应明确规定为著作权保护的客体”<sup>〔25〕</sup>。

## （三）“市场秩序导向型”知识财产

中国建立知识产权制度的过程与市场经济体制的逐步完善关系密切，促进社会主义市场

〔22〕 参见北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书。

〔23〕 参见《国务院对发展中医中药的几点意见》（1986年1月4日）。

〔24〕 参见李慧、宋晓亭：《中国中药品种保护制度的出路——基于与欧盟药品补充保护证书制度的比较与启示》，载《中国软科学》2020年第9期。

〔25〕 顾昂然：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国著作权法修正案（草案）〉修改情况的汇报——2001年4月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上》，载 [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-12/06/content\\_5280828.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-12/06/content_5280828.htm)，最后访问时间：2023年12月12日。

经济发展是知识产权制度的正当性基础之一。商标法与市场秩序的关系最为紧密，行政机关与地方政府在发挥监督、管理及服务职能的过程中，出于维护市场竞争秩序、发挥市场引领功能的考量，积极应用制度工具，为满足特定条件的企业提供特殊保护。这种做法以“中华老字号”、地方著名商标的认定、管理和保护为代表，实质性地创设了“市场秩序导向型”知识财产。

2006年商务部发布《关于实施“振兴老字号工程”的通知》，将其目标宗旨定位于“引导具有自主知识产权、优秀民族文化和独特技艺的老字号加快创新发展，发挥老字号在经济和社会发展中的重要作用”。《“中华老字号”认定规范（试行）》将“中华老字号”界定为“历史悠久，拥有世代传承的产品、技术或服务，具有鲜明的中华民族传统文化背景和深厚的文化底蕴，取得社会广泛认同，形成良好信誉的品牌”。认定条件中明确要求必须拥有商标所有权或使用权且传承独特的产品、技术或服务，其实质是对商标这一财产权在权利内容上进行的个体扩张。有学者认为，这是把老字号作为由名称、术语、标记、符号、图案或其组合而形成的，用于区别市场上其他产品和服务的无形资产。<sup>[26]</sup> 2007年，商务部为了维护“中华老字号”的信誉、加强标识管理、规范标识使用，出台了《“中华老字号”标识使用规定》，赋予企业在相应产品或服务的包装、装潢、说明书、广告宣传及互联网等媒介中使用统一规定的“中华老字号”标识的权利。商标的核心功能在于识别商品或服务的来源，<sup>[27]</sup> 识别力的强弱高低更多来自企业对商标的现实使用在商品与其来源之间建立的联系，驰名商标的跨类保护、商标反淡化保护的理论与实践都根植于此。从实际效果看，获得“中华老字号”认定的商标用于产品或服务的包装装潢及广告宣传显然有利于吸引消费者，相当于对商标显著性的外在提升，在某种程度上无异于创设了新的知识财产。

地方政府推行的“地方著名商标”与“中华老字号”有相似之处。从20世纪90年代末开始，各地政府逐步推出著名商标认定与保护的地方性法规，其核心内容是由地方政府认定某些商标在一定行政区域内具有较高知名度，并给予特殊保护。著名商标所有人通常享有在相应地域范围内排斥相同或近似文字作为企业名称或字号使用与登记的权利，同时可以在商标核定使用的商品及包装、装潢、说明书、广告上使用“XX省（市）著名商标”的字样和标志。<sup>[28]</sup> 但地方著名商标制度却遭遇了学界普遍性的反思、质疑与批判，<sup>[29]</sup> 工商行政管理总局最终叫停地方政府对著名商标的认定，<sup>[30]</sup> 各地有关认定和保护著名商标的地方性法规均已废止。

[26] 参见宋晓亭：《谈老字号中的知识产权问题》，载《电子知识产权》2009年第9期。

[27] See Mark A. Lamley, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 *Yale Law Journal* 1687, 1695 (1998-1999).

[28] 例如1997年4月26日施行的《浙江省著名商标认定和保护条例》、1999年7月1日施行的《河北省著名商标认定和保护条例》、2000年7月15日施行的《成都市著名商标认定和保护规定》。

[29] 参见徐聪颖：《制度的异化抑或完善——对我国著名商标保护现状的冷思考》，载《电子知识产权》2008年第2期；储敏：《对著名商标保护制度研究的反思》，载《江淮论坛》2010年第5期；怀晓红：《法外施恩当休矣——从“著名商标享受驰名商标同等保护”说开去》，载《电子知识产权》2005年第12期；金多才：《对我国著名商标保护制度研究的反思》，载《河南社会科学》2012年第10期。

[30] 参见余瀛波：《工商总局“叫停”地方政府商标评选认定》，载 [http://www.xinhuanet.com/legal/2017-07/01/c\\_1121245282.htm](http://www.xinhuanet.com/legal/2017-07/01/c_1121245282.htm)，最后访问时间：2023年12月12日。

## 四、创设知识财产中国范式的反思与重构

对中国创设知识财产的制度实践进行的归纳和整理，凸显出国家、产业与市场三个维度，从实现路径来看，既有法律，也有行政法规、规范性文件及部门规章、地方性法规。这种略显驳杂的情形，很难推断是立法者有意进行体系化制度建设的结果，既有范式更多是一种理论上的梳理与整合。各种创设知识财产的尝试体现出强烈的本土意识和民族情结，但从实际效果来看却难言理想。为此，有必要在分析成因的基础上，提出针对性的解决方案，重新构建创设知识财产的中国范式。

### （一）本土化知识财产的实践效果不佳

经由不同方式创设的本土化知识财产，力图实现特定的政策目标，提升国家竞争力、促进传统产业发展、维持市场竞争秩序，但从实际效果来看，不但未能达成预期目标，反而在个别领域产生了负面影响。

#### 1. “国家利益导向型”知识财产难以实现制度化

中国针对遗传资源、传统知识和民间文学艺术创设知识财产的尝试，立足于发展中国家的角色定位，具体的制度设计更多来自相关国际组织的开放性讨论。例如《中国生物多样性保护战略与行动计划（2011—2030）》以及《生物多样性相关传统知识分类、调查与编目技术规定（试行）》均受到相应国际条约的直接影响。<sup>〔31〕</sup>但是，国际层面的讨论并未在制度建设方面形成更为具体化的有益指引。遗传资源、传统知识和民间文学艺术的概念与范畴、主体归属、保护模式、保护期限，仍存在较大争议且难以形成统一认知。综合看来，除了在抽象意义上确定了遗传资源的国家所有、知情同意和惠益分享原则，“国家利益导向型”知识财产尚未产生进一步的制度化成果。

#### 2. “产业利益导向型”知识财产无法有效促进产业发展

针对《中药品种保护条例》立法后评估的研究指出，中药保护品种数量总体呈减少趋势，申请数量与批准保护的品种数量都急剧下降，反映出中药生产企业对中药品种保护诉求越来越低的现实。<sup>〔32〕</sup>虽然中药工业产值增长迅速，但中成药制造业增速水平明显低于整个医药工业增速水平，在医药工业各子领域中增速垫底。<sup>〔33〕</sup>这种发展现状很难得出中药品种的特殊保护对中药产业发展起到了促进作用的结论。现实中违反《传统工艺美术保护条例》而施加行政处罚的案例并不多见，针对曲艺作品和杂技艺术作品的著作权侵权案件也非常罕见。虽然侵权行为的多发与相关产业的活跃度并无必然联系，但此类知识财产对产业发展的促进效应显然存疑。

#### 3. “市场秩序导向型”知识财产对竞争秩序产生消极影响

基于对企业历史进行回溯性评价的“中华老字号”和“地方著名商标”，是对既有商标显著性的外部提升，试图通过这种方式，对参与市场竞争的主体起到示范引领的效果。但实际上却对

〔31〕 参见尹仑：《中法两国遗传资源相关传统知识获取与惠益分享法律制度比较研究》，载《法国研究》2021年第1期。

〔32〕 参见王丹丹：《基于立法后评估的中药品种保护制度的实施效果评价与优化》，南京中医药大学2019年硕士学位论文，第20页。

〔33〕 参见李耿、程煜华、郭宇博等：《中药大品种科技竞争力报告（2017年版）》，载《中国现代中药》2018年第1期。

市场竞争产生了不良影响，“地方著名商标”制度已被全面废止就是明证。“中华老字号”虽未冠以“商标”之名，但仍发挥了从外部提升商标显著性的效果，能够起到吸引消费者的作用。在《中华人民共和国商标法》明确禁止将“驰名商标”字样用于商品包装及广告宣传的情况下，对“中华老字号”标识的使用依然未加限制显然不妥。现实中的负面事件令人对“中华老字号”在市场中的示范引领效用产生疑问。<sup>〔34〕</sup>

## （二）创设本土化知识财产的内在悖论

与通过法律移植的方式被动接纳的知识财产不同，本土化知识财产的创设是一种有意识的积极建构，具有较为明确的利益诉求与公共政策取向。但知识产权业已形成相对固定的价值立场，如果无法与其预设的制度要素相匹配，则无异于削足适履。

### 1. 私人所有的主体预设与国家或集体所有的冲突

TRIPS 协定在其序言中明确将知识产权界定为私权，这大体符合制度演进的基本脉络和实践共识。对私人所有的主体预设也成为知识产权立法推进的重要动力。与之相对的是，遗传资源、传统知识以及民间文学艺术本质上是一种国家资源或集体知识，而非个人创造。这就意味着“国家利益导向型”知识财产，往往无法实现真正的私人所有，一方面缺乏内生性的保护诉求和现实动力，另一方面难以划定作为权利对象的客体边界，最终在转化为法律制度时面临重重障碍。

### 2. 工业化的商品预设与传统产业的裂痕

历史地看，知识产权制度作为近代科学技术与商品经济发展的产物，具有强烈的产业政策性。<sup>〔35〕</sup>对中药品种、传统工艺美术、曲艺杂技进行保护，也带有鲜明的产业利益诉求。然而，知识产权制度产生于工业时代，承载知识财产的商品带有强烈的工业化烙印。这种商品需要适应工业大生产的要求，能够让企业主进行大批量地生产和销售，实现规模效应，使财富尽可能快速、高度地流动。<sup>〔36〕</sup>力图通过创设“产业利益导向”型知识财产实现振兴的产业，主要是前工业化时代的传统产业，承载相应智力成果的商品往往无法满足这种预设。如果无法将传统产业的商品形态转化为工业制成品，通过知识财产的创设实现产业利益的期望也无从实现。

### 3. 自由竞争的市场预设与政府认证的矛盾

虽然放任的市场经济范式已然式微，政府对经济生活的介入越发普遍，但这种介入通常是引导式的，在规范层面必须确保市场主体的公平地位，维持自由竞争的秩序。知识财产，特别是商标权的财产性利益，来源于自由竞争中同一标识的持续使用而获得的知名度。在个案中认定驰名商标并对其赋予跨类保护的财产性利益，同样以知名度为基础。通过地方著名商标、中华老字号的认定发挥示范引领效应，原本也是政府实现经济文化职能的体现。但对相应标识的使用不加规范与限制的结果，却是以政府认证的方式代替了自由竞争而对特定商标赋予了更高的知名

〔34〕 参见郝琪：《狗不理因“差评”而报警，老字号陷入难堪境地》，载《国际品牌观察》2020年第29期。

〔35〕 参见张平：《市场导向下的知识产权制度——兼论知识产权保护中的“产业政策论”》，载吴敬琏、江平主编，梁治平执行主编：《洪范评论（第14辑）：知识产权——法律与政策的反思》，生活·读书·新知三联书店2012年版，第65页。

〔36〕 参见〔意〕F. 卡尔卡诺：《商法史》，贾婉婷译，商务印书馆2017年版，第104页。



度。创设此类知识财产，不但无法起到示范引领市场秩序的效果，反而对市场竞争造成不良影响，地方著名商标制度因有违商标法的正当性基础已被废止，<sup>〔37〕</sup>对中华老字号的认定与保护也有必要进行检讨与反思。

### （三）对既有范式的反思与重构

面对本土化知识财产实践效果不佳的现实，基于制度要素的价值预设与既有范式之间的裂痕，对有害于市场竞争的“市场秩序导向型”知识财产，应予以检讨和废止，对“国家利益导向型”知识财产与“产业利益导向型”知识财产，应分别从主体归属与知识产品两个层面，寻求协调路径。此外，还应积极创设新技术新业态下的知识财产。

#### 1. 检讨并废止有害于市场竞争的“市场秩序导向型”知识财产

“市场秩序导向型”知识财产主要集中于商标领域，认定与保护地方著名商标的积极意义，曾被归结为保护地方性商誉<sup>〔38〕</sup>与实施商标战略，<sup>〔39〕</sup>但市场经济体制下的国内市场，不可能按照行政区划进行人为切割。作为一项财产权的商标，即便受到地域性限制，但对商标知名度的评价及保护必然是全国性的。中华老字号的认定虽是全国性的，但政府认证的性质对商标知名度形成了外在加成。同时，对商标价值的事前判断，与商标知名度事后评价且个案判断的基本规则相冲突，有害于市场竞争与商标保护的公平性。商标作为企业的符号性表征，通过政府认证的方式施加荣誉称号极易形成知名度加成。对企业及商标相关荣誉的认定，只能是阶段性和个案式的，不能成为一种永久性标签，对类似于“中华老字号”这样的标识，在商品及包装装潢以及广告宣传中的使用，需要进行严格限制。

#### 2. 设定以工业化程度为标准的“产业利益导向型”知识财产的二元结构

“产业利益导向型”知识财产的主要问题在于，意图实现特定产业利益的知识财产指向的产品，存在着工业化程度不足的问题。为此，应在客观认识传统产业特点的基础上，以工业化转型的现实性与可能性为标准，基于二元划分的商品形态，确立不同的知识财产类型。能够实现工业化生产的智力成果，应努力嵌入已有的知识产权制度，难以实现工业化生产的智力成果，则应创设特殊的保护规则。以中药为例，《中药品种保护条例》中列明的中药品种，包括中成药、天然药物的提取物及其制剂和中药人工制成品。这三类中药品种，在工业化转型的现实性与可能性上存在差异。中成药与天然药物的提取物及其制剂的工业化水平，已经较为先进。中药人工制成品，囿于动植物养殖繁育的特定限制，短期内难以实现工业化生产。因此，对中成药和天然药物提取物及其制剂创设的知识财产保护，应参照既有的知识财产形态设定相应规则；对中药人工制成品的保护，则不妨采用行政手段，以控制其中的不稳定因素和环境伦理风险。

#### 3. 构建“国家—集体—个人”主体序列的“国家利益导向型”知识财产体系

目前对遗传资源的保护，已经形成了国家所有、知情同意和惠益分享的基本原则：国家所有

〔37〕 参见蒋莉：《从地方著名商标制度的废除看商标法理论的规范评价意义》，载《现代法学》2018年第4期。

〔38〕 参见王坤：《品牌创新与地方知识产权制度关系研究——以〈浙江省著名商标认定和保护条例〉为例》，载《中共杭州市委党校学报》2010年第5期。

〔39〕 参见吴汉东、周俊强：《地方商标战略及其制度完善——以〈湖北省著名商标认定与促进条例〉的制定为例》，载《江汉论坛》2008年第8期。

解决权利归属问题，知情同意体现为对精神权利的尊重，惠益分享则力图实现对财产权利的保护。对传统知识与民间文学艺术的保护同样可以借鉴这一模式，尝试构建“国家所有—集体所有—个体所有”的“国家利益导向型”知识财产的体系结构。以传统知识为例，国家所有为起点，经由地方政府推动对传统知识的收集与整理，进一步建立登记制度，保障传统知识的完整性与开放性。对已经形成传承秩序和特定智力成果形式的传统知识，可以创设一种类似于用益物权的用益知识产权，由特定的个人或集体享有并行使这种权利。<sup>〔40〕</sup>此外，通过获取、使用传统知识的知情同意规则与核准登记制度，对二次创新形成的智力成果，赋予有个人所有权，确定相应的收益分配比例，补偿国家的管理性支出并惠及传统知识的生成社区与族群。

#### 4. 通过正向承认的方式积极创设新领域新业态内的新型知识财产

三种创设知识财产的范式都面向既有的智力成果形式，没有针对技术革新出现的新型客体的制度化尝试。当前的新领域新业态主要表现为以数字经济为基础、以数字技术创新为支撑的大数据、物联网和人工智能，如何激活数据要素是其中的核心问题。<sup>〔41〕</sup>《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）已确认了数据的财产属性，<sup>〔42〕</sup>《中共中央、国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》从数据产权、流通交易、收益分配、安全治理等层面，提出了搭建我国数据基础制度体系的顶层设计方案，阐明了公共数据、企业数据、个人数据的分类分级确权授权机制，规划了数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权的产权运行机制。国家知识产权局也开展了数据知识产权地方试点工作，北京、浙江、深圳等地制定了数据知识产权的登记管理办法，积极探索创设数据相关知识产权的方式与路径。<sup>〔43〕</sup>此外，《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》新增“商业数据”条款，力图强化对商业数据财产利益的保护。<sup>〔44〕</sup>

## 五、创设知识财产中国范式的国际扩张

对既有范式的反思与重构，打通了创设知识财产的两条路径，实现了关照传统与面向未来的有机结合，但知识财产国际化实质性锁闭的现实依然客观存在，如果不能突破这些限制，对经由知识产权制度强化国际竞争力的期许也难以达成。为此，必须结合中国的对外战略，通过由近及远、以点带面的方式，积极寻求建立并提升本土化知识财产的国际共识，最终在全球治理的背景

〔40〕 现实中已出现一些通过设立集体利益共管组织来实现传统资源集体利益和个人利益保护的有益尝试，例如云南新庄村在村委会牵头下成立了传统资源共管会并制定《传统资源共管公约》和《传统资源共管会章程》，致力于主张本村传统资源的集体利益并代管本村传统资源传承人的个体利益。参见龙文、艾怀森：《传统资源权的社区实践与理论探讨：新庄村手工造纸》，载周林、龙文、韩纛主编：《超越知识产权：传统知识法律保护与可持续发展》，浙江大学出版社2013年版，第123-126页。

〔41〕 参见来小鹏：《完善知识产权保护制度，为新业态护航》，载《科技日报》2021年5月10日，第8版，转引自[http://digitalpaper.stdaily.com/http\\_www.kjrb.com/kjrb/html/2021-05/10/content\\_467331.htm](http://digitalpaper.stdaily.com/http_www.kjrb.com/kjrb/html/2021-05/10/content_467331.htm)，最后访问时间：2024年3月4日。

〔42〕 《民法典》第127条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”

〔43〕 参见《国家知识产权局办公室关于确定数据知识产权工作试点地方的通知》《北京市数据知识产权登记管理办法（试行）》《浙江省数据知识产权登记办法（试行）》《深圳市数据产权登记管理暂行办法》。

〔44〕 参见《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）〉意见的公告》，载[https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art\\_53f286b0f8a64545a52f92db0aeb8162.html](https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_53f286b0f8a64545a52f92db0aeb8162.html)，最后访问时间：2023年12月12日。

下，构建并推进基于人类命运共同体的知识产权命题。

### （一）创设知识财产中国范式国际扩张的必要性

权利客体的无形性导致了知识产品的可复制性与可共享性，特定的知识财产只有获得国家公权力的认可，才能充分实现权利救济，维系激励创造的制度链条。知识产权国际保护规则的建立过程就是西方国家将其本土知识财产向外输出的过程。在制度运行的实践中，国内规则与国际规则相互影响，共同促成知识产权规范体系的调整与更新。将创设知识产权的中国范式推向世界，既是经济发展转型的内在需求，也是中国积极参与知识产权国际治理的重要途径。

数字经济已成为国民经济的重要组成部分，数据是数字经济中最重要最核心最关键的要素，《“十四五”数字经济发展规划》已明确将数据要素作为数字经济深化发展的核心引擎。<sup>〔45〕</sup>作为数字经济最重要的基础性资源，不同国家和地区都在积极探索对数据的保护，力争在国际数字竞争中占据主动。欧盟面对其区域内数据要素利用较为滞后的现实，力图通过对个人数据的强保护限制数据的跨境流动，为欧盟的数字经济发展争取空间，有关数据设权的立法模式也经历了从“产权化”到“去产权化”的转变。<sup>〔46〕</sup>美国在数字经济领域非常活跃，为了促进数据的流通利用，其充分利用联邦法与州法在调整范围上的区分，并未对数据设定相应的财产权，同时积极推进数据的跨境流动。<sup>〔47〕</sup>面对这种现实，创设有关数据的知识财产并积极推进相应模式在国际范围内的扩张，是激活数据要素、发展数字经济的必然要求。

中国在知识产权国际治理体系中的角色与定位，也正在从被动接受转向主动参与。“国家利益导向型”知识财产、“产业利益导向型”知识财产以及数据知识财产的构想，都可以被表述为强化知识产权保护的具体措施，符合国际主流知识产权话语体系的偏好。<sup>〔48〕</sup>具体而言，“国家利益导向型”的知识财产针对遗传资源、传统知识、民间文学艺术，在发展中国家间存在广泛共识。而“产业利益导向型”的知识财产与数据知识财产，只有在国际范围内得到普遍接纳，才能实质性地推进传统产业的发展与传统文化的传承，提高数字经济企业的竞争力与影响力。

### （二）“再全球化”背景下通过“小多边”机制寻求利益共识

在“全球化”与“逆全球化”交替并行的同时，<sup>〔49〕</sup>“再全球化”的趋势已经逐渐显现，西方国家试图通过“小多边”机制重塑西方价值观，进一步压制多样化的知识财产诉求。<sup>〔50〕</sup>将创设知识财产的中国范式向外推广，同样应该充分利用这种“小多边”机制，经由“一带一路”倡议下的双边协定与区域性国际组织，寻求利益共识，推进由点及面的国际扩张。

从知识产权国际保护的演进历程考察，基于地缘政治缔结的双边协定是推进知识财产国际扩张的起点，贸易与知识产权的捆绑则成为市场要素变革的内在要求与国际协同的外在形式。从双边协定与贸易捆绑这两个要素出发，“一带一路”倡议的实施，无疑为本土化知识财产的国际扩

〔45〕 参见《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》，载 [https://www.gov.cn/zhengce/content/2022-01/12/content\\_5667817.htm](https://www.gov.cn/zhengce/content/2022-01/12/content_5667817.htm)，最后访问时间：2023年12月11日。

〔46〕 参见孔德明：《数据财产权到数据访问权：欧盟数据设权立法转型解析》，载《比较法研究》2023年第6期。

〔47〕 参见周汉华：《数据确权的误区》，载《法学研究》2023年第2期。

〔48〕 参见万勇：《知识产权全球治理体系改革的中国方案》，载《知识产权》2020年第2期。

〔49〕 参见葛浩阳：《全球化和逆全球化何以交替并行？：一个马克思主义的分析》，载《世界经济研究》2023年第6期。

〔50〕 参见易继明：《后疫情时代“再全球化”进程中的知识产权博弈》，载《环球法律评论》2020年第5期。

张提供了重要契机。纵览当前在“一带一路”倡议实施过程中签订的双边自由贸易协定，有关知识产权保护的内容仍以 TRIPS 协定为基石。虽规定了遗传资源、传统知识和民间文艺的保护，但没有形成可操作性的制度规则，同时没有体现新业态新领域下的知识财产需求。由此，在推进“一带一路”倡议具体化的过程中，应从顶层设计的角度提出双边自贸协定知识产权规则的中国范式。<sup>[51]</sup> 在设定知识产权条款时，应保持一定程度的确定性和灵活性，根据不同国家的现实情况，确定弱 TRIPS 协定还是超 TRIPS 协定的保护标准。结合双方贸易结构、产品需求和文化共识，制定有关遗传资源、传统知识和民间文艺知识财产保护的具体化规则。对于国内法创设的新技术新业态下的知识财产，逐步在双边协定中加以推进。

通过区域性国际组织实现知识财产的扩张需要寻求利益共识。由东盟发起，包括中国、日本、韩国、澳大利亚等国在内的共 15 方成员制定的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)，本来就具有一定的利益共识基础。在 RCEP 有关知识产权保护的章节中，仍然以 TRIPS 协定为基本参照，虽然规定了遗传资源、传统知识与民间文学艺术，但并无进一步的制度化推进，仅具有象征意义。<sup>[52]</sup> 在 RCEP 框架下，如何通过共同文化基因的提炼为本土化知识财产的扩张寻求空间与机遇，值得进一步研究。RCEP 的成员大多在东亚文化圈的辐射范围之内，在文明基因方面具有不少共性特征，将这些共性特征反馈在有关遗传资源、传统知识与民间文学艺术的规则体系中，足以形成基于“泛东亚文化圈”的知识产权共识。针对新业态新领域的知识财产扩张，特别是有关数据知识财产的保护，同样应充分利用这种文化基础与利益共识。

### (三) 构建并推进基于“人类命运共同体”的知识产权议题

要在知识产权国际治理体系中嵌入本土化知识财产，必须主动构建并积极推进有关知识产权的全球命题，将创设知识财产的中国范式融入更为宏大的人类命运共同体的理念与行动之中。

新一轮科技革命、产业革命正在重塑世界，国际格局和国际体系出现了深度调整，全球治理体系发生了深刻的变革，世界经济发展面临诸多风险和不确定性。<sup>[53]</sup> 在这一背景下，中国共产党提出“构建人类命运共同体”的理念，强调国际社会应从伙伴关系、安全格局、经济发展、文明交流、生态建设等方面做出努力，坚持对话协商、共建共享、合作共赢、交流互鉴与绿色低碳，这意味着全球治理的中国方案已经成型。<sup>[54]</sup> 围绕“人类命运共同体”理念，知识财产的国际扩张能够获取相应的理论资源与实践智慧，更为恰当地嵌入全球治理的范畴内，形成有关人类命运共同体的知识产权命题。通过知识财产的垄断性控制形成的知识鸿沟和技术壁垒，早已反馈在世界秩序之中，形成了关于粮食安全与公共健康等问题的重大关切，引发知识产权与

---

[51] 参见王衡、肖震宇：《比较视域下的中美欧自贸协定知识产权规则——兼论“一带一路”背景下中国规则的发展》，载《法学》2019年第2期。

[52] 参见 RCEP 第十一章“知识产权”，载 [http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d11z\\_cn.pdf](http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d11z_cn.pdf)，最后访问时间：2023年12月12日。

[53] 参见陈立新：《世界变局与历史观的复兴》，载《中国社会科学》2021年第4期。

[54] 参见习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，载《人民日报》2017年1月20日，第2版。



人权的讨论，<sup>[55]</sup> 联合国人权促进小组甚至直接得出 TRIPS 协定与人权存在冲突的结论。<sup>[56]</sup> 在 TRIPS 协定遭受质疑、世界贸易组织的多哈回合谈判陷入停滞、其争端解决机制面临危机的背景下，寻求新的洲际贸易协议，继续推进国际经贸的自由化，成为新的国际趋势。

虽然美欧主导的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP) 因美国的退出而终止，但日本将其转换为《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP) 后已正式生效，我国也提交了加入 CPTPP 的书面申请。从发展态势看，CPTPP 呈现出与 RCEP 等已有区域性协定相互连结的趋势，甚至不排除在未来，以这一巨型贸易协定为核心，建构取代世界贸易组织的新型世界经济贸易秩序，知识产权国际保护的规则体系也具备调整与重塑的机遇。CPTPP 暂缓实施原 TPP 争议较大的 22 项知识产权内容中的 18 项，表明知识产权全球治理的共识基础仍有待强化，中国有关知识产权全球治理的理念构想完全有可能在 CPTPP 的未来完善中发挥影响。针对 CPTPP 中的知识产权条款，特别是暂时被冻结的具体规则，中国应在评估分类的基础上确立不同的应对措施。对于一些与我国当前产业结构和经济形势相匹配的高标准和强保护措施，应积极接纳并主动调整，对于暂时不宜引介的规则条款，则应突出世界最大发展中国家的主体身份，争取继续冻结相应规则，或利用 CPTPP 中的过渡期、例外规定等制度设计缓冲负面效应。<sup>[57]</sup>

在数字经济领域，有关数字贸易与数据跨境流动的国际竞争日益激烈，已经形成了“美国模式”与“欧盟模式”的治理格局，前者集中体现于《美墨加协定》(USMCA) 中的数字贸易章节，<sup>[58]</sup> 后者以欧盟试图将《通用数据保护条例》(GDPR) 建立的数字标准推向全球为代表。<sup>[59]</sup> 《数字经济伙伴关系协定》(DEPA) 是全球首个针对数字经济而制定的多边协定，和传统的综合贸易协定相比，更契合中小国家的利益诉求，针对性强、灵活度高，很可能在美欧模式之外，形成更具国际影响力的数据治理路径。中国已申请加入 DEPA，国家网信办发布《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》，明确释放出降低合规成本、促进数据跨境流动的信号，<sup>[60]</sup> 为中国加入 DEPA 创造积极条件。在未来对 DEPA 的进一步调整完善中，中国完全有能力输出有关数据主权及数据知识财产的基本认知，实现平衡数据安全与数据流动、增强数字领域全球竞争力的效果。

在全球治理的背景下，知识产权国际保护体系同样需要价值理念的更新与进化，强调共商共建共享的新型全球治理观<sup>[61]</sup> 无疑具有启发意义，并且与国际社会在遗传资源保护方面已经形成的惠益共享原则高度契合，更强调共享的人类命运共同体的知识产权命题也呼之欲出。由此，中

[55] See Anthony E. Cassimatis, *Human Rights Related Trade Measures Under International Law: The Legality of Trade Measures Imposed in Response to Violations of Human Rights Obligations under General International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 139 - 140.

[56] See UN Commission in Human Rights, *Intellectual Property and Human Rights*, 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/7.

[57] 参见屈向东：《我国加入 CPTPP 的版权规则挑战及其应对》，载《中国出版》2023 年第 1 期。

[58] 参见靳思远：《全球数据治理的 DEPA 路径和中国的选择》，载《财经法学》2022 年第 6 期。

[59] 参见叶开儒：《数据跨境流动规制中的“长臂管辖”——对欧盟 GDPR 的原旨主义考察》，载《法学评论》2020 年第 1 期。

[60] 参见《国家互联网信息办公室关于〈规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，载 [http://www.cac.gov.cn/2023-09/28/c\\_1697558914242877.htm](http://www.cac.gov.cn/2023-09/28/c_1697558914242877.htm)，最后访问时间：2023 年 12 月 12 日。

[61] 参见秦亚青、魏玲：《新型全球治理观与“一带一路”合作实践》，载《外交评论（外交学院学报）》2018 年第 2 期。

国应努力在遗传资源、传统知识和民间文学艺术方面，尽快形成制度化成果，通过双边协定和区域性国际组织的推进，不断凝聚和提炼共识，使之在人类命运共同体理念下，进一步具体化为伙伴关系、安全格局、经济发展、文明交流、生态建设等具体问题中的组成部分，谋求更具基础性的全球共识。

---

**Abstract:** The international protection system of intellectual property rights dominated by the United States, Japan and European Union has formed a substantial locking effect on developing countries, although it does not nominally limit the internationalization of local intellectual property. In the process of building the system of intellectual property rights, China has formed three paradigms of creating intellectual property: “national interest-orientated” “industrial interest-orientated” and “market order-orientated”. Due to the inability to match the pre-set institutional elements of intellectual property rights, the practical effects of these models of creating rights are not significant. Based on the inherent requirements of intellectual property rights in terms of subject, object and content, it is necessary to abolish the “market order-oriented” intellectual property and reconstruct the Chinese paradigm of creating intellectual property: the “national interest-oriented” intellectual property that distinguishes the subject level of rights, the “industrial interest-oriented” intellectual property that distinguishes the object form of rights, and the new intellectual property of new fields and new business models. In the face of the prevailing international situation of “minilateralism” under the background of “re-globalization”, China should actively participate in multilateral agreements such as RCEP, CPTPP and DEPA to realize the international expansion of the Chinese paradigm of creating intellectual property.

**Key Words:** intellectual property, intellectual property rights, the Chinese paradigm, global governance, a community with a shared future for mankind

---

(责任编辑：张金平)