

# 分享经济规制现状及方法改进

彭岳\*

**摘要** “如何妥当处理商业创新与政策困扰之间的关系”构成分享经济规制的重大命题。司法实践表明,如果对分享经济适用“传统法律法规”,分享经济参与人的权益往往无法得到有效救济。而受认知、规范和利益等因素制约,“监管新规”往往是“强调规范的多、鼓励发展的少”。2017年《关于促进分享经济发展的指导性意见》采取了“权力下移”的规制模式,但因为缺乏可操作性的规制理论作指导,极有可能造成监管上的各自为政。当前,分享经济规制难以同商业创新相契合,根本原因在于规制者采取了静态的规制思路,未能充分顾及市场的二次反应。对于分享经济所导致的政策困扰,我们无需为了解决技术层面的问题而预先抛出一个本体论的答案。通过采用“以规制中立原则为基础,并顾及公共利益和制度信赖利益”的“三步分析法”,社会各界可在“工程技术”层面达成“不完全理论化的共识”,从而实现利益平衡。

**关键词** 分享经济 商业创新 政策困扰 规制理论

分享经济(又名共享经济、协同消费、P2P经济等)是信息技术高度发展和普及时代的产物。受惠于国家政策的大力鼓励,中国分享经济获得了爆发性的增长。可以说,在中国近现代经济发展的进程中,从未有一个行业能在如此短的时间内,如此接近世界先进水平并有所创新。

由于受到分享经济冲击、颠覆的行业大多受到国家管控,现有规制体制与新兴业态之间的错配很容易引发政策困扰:一方面,如果对分享经济率由旧章,可能会阻碍其正常发展;另一方面,如果对分享经济适用新规,则可能打破现有市场平衡,引发监管套利。政策困扰期也是政策窗口期。对于规制者而言,尽早确定一套既能促进其发展,又可防止监管套利的规制制度成为当务之急。2016年,国家相关部门密集出台一批“监管新规”,试图从行业规制角度对分享

\* 南京大学法学院教授。

经济设置准入门槛,引发诸多法律争议和理论探讨。2017年7月,国家发展改革委等八家部门联合印发《关于促进分享经济发展的指导性意见》(“指导性意见”),〔1〕针对分享经济制定了较为明确的规制理念、结构和事项。

尽管“指导性意见”确立了规制框架,理论争议依然存在。当前,学界主要从本体论出发,讨论分享经济的规制问题。〔2〕然而,这一思维模式没有充分注意到,分享经济所表征的商业创新在给规制体制适用带来政策困扰的同时,相关政策选择也影响到分享经济的发展方向和表现形态。申言之,在规制实践中,并不存在一个静态的有待规制的分享经济。从一开始,分享经济引发的商业创新与政策困扰就处于一种互动的状态之中。正是在相互调适的过程中,两者才会逐渐匹配,一项新的商业创新才能在市场秩序中确定其相对位置。

从商业创新与政策困扰互动的角度出发,本文第一部分总结分享经济适用“传统法律法规”的现状与不良后果;第二部分分析当前分享经济“监管新规”的特点与问题,指出其成就与不足;第三部分讨论2017年“指导性意见”的制度创新以及相关分享经济规制理论的争议;第四部分提出分享经济规制“三步分析法”,并以此来检视现有规定;最后总结全文。

## 一、分享经济适用“传统法律法规”之救济不足

早在2016年一系列分享经济“监管新规”出台之前,业界已经普遍认识到,依托互联网的分享经济与当前占主导地位的社会管理制度互不适应。现有诸多法律法规是工业时代的产物,它们既不鼓励“互联网+”创新,也无法应对新的社会问题。〔3〕不仅如此,在具体法律争议中,它们还可能成为特定类型当事人维护既得利益的工具。当前司法实践表明,相关法律争议主要集中在行政执法、劳动关系认定和民事责任承担等方面。

### (一)行政执法方面的法律争议

作为“互联网+”经济业态的一种,分享经济至少涉及三方主体——资源提供者、互联网平台和资源使用者。其中,互联网平台发挥核心作用。从现有法律适用的角度来看,这一新型经济业态直接挑战传统部门的经济行政立法,涉及财产用途、市场准入和职业资质等方面,滋生大量行政法意义上的“非法”活动。〔4〕

〔1〕 具体内容参见《关于促进分享经济发展的指导性意见》(发改高技〔2017〕1245号)。

〔2〕 如蒋大兴、王首杰:“共享经济的法律规制”,《中国社会科学》2017年第9期,第144—148页; Stephen R. Miller, “First Principles for Regulating the Sharing Economy”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol.53, 2016, pp.150—164.

〔3〕 参见国家信息中心信息化研究部、中国互联网协会分享经济工作委员会:《中国分享经济发展报告2016》,第34页, <http://www.sic.gov.cn/archiver/SIC/UpFile/Files/Htmleditor/201602/20160229121154612.pdf>,最后访问日期:2018年2月12日。

〔4〕 参见张效羽:“互联网分享经济对行政法规制的挑战与应对”,《环球法律研究》2016年第5期,第151页。

当前,绝大多数行政执法争议与网约车服务有关,<sup>〔5〕</sup>焦点主要集中在个人通过互联网平台接单,从事客运服务是否违反相关行政立法。就此,各地法院的判决结果基本类似,但在是否应考虑分享经济的独特性方面存在两派观点。

一派观点认为,如果行政相对人的行为构成“未经许可擅自从事出租汽车客运经营”的所有法定事实要件,则应承担相应法律后果。至于网约车是否受到国家政策鼓励,是否具有社会效益,不在考虑之列。比如,在林智海诉中山市交通运输局行政处罚案中,原告未取得道路运输许可,通过“滴滴出行”平台接单,从事道路运输经营行为,受到行政处罚。法院认可执法机关的做法,因为该经营行为违反了《中华人民共和国道路运输条例》第64条的规定。<sup>〔6〕</sup>在宋卫明诉杭州市道路运输管理局行政处罚案中,法院指出,根据《浙江省道路运输条例》第2条,从事道路运输经营以及相关业务的行为和人,均适用该条例的规定。本案原告通过“滴滴出行”网约车平台提供的信息,以自有车辆按照乘客要求提供不定点、不定线的运送服务,并按行驶里程和时间计费,其行为符合城市出租汽车客运的经营模式,故驳回原告关于其行为仅仅构成拼车出行而非客运服务的主张。<sup>〔7〕</sup>

另一派观点认为,应充分考虑分享经济的独特性,在依法行政与鼓励创新之间寻求司法平衡。就此,以陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心行政处罚纠纷案最为典型。一方面,该案法院指出,网约车是客运服务的新业态,作为共享经济产物,其运营有助于提高闲置资源的利用效率,缓解运输服务供需时空匹配的冲突,有助于在更大程度上满足人民群众的实际需求。因此,“当一项新技术或新商业模式出现时,基于竞争理念和公共政策的考虑,不能一概将其排斥于市场之外,否则经济发展就会渐渐放缓直至最后停滞不前”。另一方面,法院承认,网约车的运营需要有效的监管。网约车这种客运行为与传统出租汽车客运经营一样,同样关系到公众的生命财产安全,关系到政府对公共服务领域的有序管理,应当在法律、法规的框架内依法、有序进行。因此,在本案当中,“我们既要依据现行有效的法律规定审查被诉行政行为的合法性,以体现法律的权威性和严肃性,同时也要充分考虑科技进步激发的社会需求、市场创新等相关因素,作出既符合依法行政的当下要求,又为未来的社会发展和法律变化留有适度空间的司法判断”。最终,法院认定,陈超的行为构成未经许可擅自从事出租汽车客运经营,违反了现行法律的规定。但虑及网约车这种共享经济新业态的特殊背景,该行为的社会危害性较

〔5〕 需要说明的是,此处网约车服务指的是利用网络预约平台,客运服务提供方和需求方相互匹配而进行的经济活动。其范围有别于2016年7月27日发布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》中的“网络预约出租车”。

〔6〕 法院指出,交通运输部等七部门颁布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(“网约车办法”)的实施日期为2016年11月1日,而林智海非法营运违法行为的发生日期为2016年5月16日,故不支持林智海的相关主张〔(2016)粤2071行初572号/2016.12.27; (2017)粤20行终47号/2017.03.15.〕。

〔7〕 (2016)浙0103行初37号/2016.09.12.

小,应当对行政处罚是否畸重的情形予以特别关注。〔8〕

综上所述,在行政执法方面,法院观点基本一致,均认为针对传统业态的法律法规同样适用于分享经济。不过,一些法院更强调分享经济作为新业态的特殊性,要求执法者在实施行政处罚时应综合考虑相关行为的社会危害程度,以符合比例原则。

## (二)劳动关系认定、民事责任承担方面的法律争议

作为市场经济业态之一种,分享经济需借助现有民商事法律框架才能存在和发展。由于互联网平台的介入,原本相对清晰的法律关系出现灰色地带,进而产生诸多法律争议。为撇清责任,互联网平台一般会极力主张自身是信息服务平台开发运营主体,仅提供居间服务,如果分享经济参与者造成人身、财产损失,或受到行政处罚,一概应由平台注册用户自行承担责任。而利用平台匹配供求的其他参与方或第三人通常会主张,资源提供者与互联网平台存在特殊关系,互联网平台应承担主要责任或连带责任等。根据现有司法实践,相关争议大多与网约车有关,主要集中在三个方面:分享经济提供者与互联网平台之间是否存在劳动关系问题;在侵权案件中,互联网平台是否承担连带责任问题;以及保险公司是否承担赔偿保险金责任问题等。

就网约车司机与网约车平台之间是否存在劳动关系,法院主要根据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》加以判断。法院普遍认为,采取轻资产运营模式的网约车平台与网约车司机之间不存在劳动关系。〔9〕如在郭冬冬等诉贵阳吾步数据服务有限公司案中,原告郭冬冬在优步客户端注册为司机,客户端由被告负责管理和运营。法院指出,劳动关系成立需要劳动者为用人单位提供了有偿劳动,劳动者从用人单位获得有偿报酬和有关福利待遇,劳动者和用人单位形成了以“人身自由在劳动范围内归用人单位支配、服从劳动分工和安排、遵守劳动纪律、接受用人单位管理”为主要内容的从属关系。本案原告可自行掌握工作时间及是否接单,其劳动报酬亦非从被告处领取,故双方之间的关系不符合劳动关系的特征,不属于劳动关系。〔10〕

然而,即使分享经济提供者与互联网平台之间不存在劳动法意义上的劳动关系,并不意味着后者不承担因雇佣关系、委托关系或代理关系等而产生的民事责任。就此,针

〔8〕 最终,法院认为,虽然被告对未经许可擅自从事出租汽车客运的行为可以依法进行处罚,但原告在本案所涉道路运输经营行为中仅具体实施了其中的部分行为,在现有证据下,被告将本案行政处罚所针对的违法行为及其后果全部归责于原告,并对其个人作出了较重的行政处罚,处罚幅度和数额畸重,存在明显不当。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第70条规定的精神,依法应当予以撤销〔(2015)市行初字第29号/2016.12.30; (2017)鲁01行终103号/2017.02.17.〕。

〔9〕 参见王天玉:“基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以‘e代驾’在京、沪、穗三地法院的判决为切入点”,《法学》2016年第6期,第51页。

〔10〕 (2016)津0101民初6727号/2017.03.01。

对不同的网约车服务类型,法院的判决多有不同。<sup>〔11〕</sup>比如,对于利用互联网平台从事的代驾服务,法院一般将之归入 B2C 的经营模式之中,认为平台公司与代驾司机之间存在着雇佣关系。<sup>〔12〕</sup>对于平台注册司机利用自有或租赁轿车从事客运服务所导致的损害,法院大多将之归入 P2P 的经营模式之中。但就平台是否承担连带责任,各地法院的观点存在分歧。少数观点认为,网约车司机作为网约车承运人应当根据其过错对原告承担相应的赔偿责任,网约车平台的经营者收取相应的管理费用,亦应对网约车司机的赔付义务承担连带赔偿责任。<sup>〔13〕</sup>多数观点认为,私人小客车合乘(拼车、顺风车),是由合乘出行提供者事先发布出行信息,出行线路相同的人选择乘坐合乘出行者提供的小客车,分摊部分出行成本或者免费互助的共享出行方式。平台公司是合乘信息服务平台,并非承运人,应根据有无过错,确定赔偿责任。<sup>〔14〕</sup>

除分享经济参与人之间的责任归属和分摊问题之外,当网约车司机以家庭自用车辆进行营运,在交通事故中造成他人财产损害的,就保险公司是否应在交强险、商业三者险的范围内承担赔偿责任的责任也存在争议。基于司法谦抑原则,如果保险公司未就其赔偿责任提出异议,法院不会讨论交强险与商业三者险的区别。<sup>〔15〕</sup>但是,如果保险公司提出异议,法院就会严格区分两类险种。<sup>〔16〕</sup>对于商业三者险,各地法院普遍认为,以家庭自用名义投保的车辆从事网约车营运活动,会显著增加车辆的危险程度,被保险人应当及时通知保险公司。如果被保险人未作通知,因从事网约车营运发生的交通事故,应适用《保险法》第 52 条的规定,保险公司可在商业三者险范围内免赔。<sup>〔17〕</sup>但是,交强险的赔付不同于一般侵权责任和合同责任,为

---

〔11〕 根据《中国分享经济发展报告 2016》,交通领域分享经济的业务类型及运营模式具有多样化的特征。根据平台与车辆及司机的关系,服务类型分为 P2P 和 B2C 两大运营模式:① P2P 即个人车辆或司机接入互联网平台,平台只提供信息对接服务,但会对其进行安全审核及培训,并提供保险支持。② B2C 即平台拥有车辆及职业司机,在接到消费者出行需求后指派专车为其服务。

〔12〕 参见北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司与张新堂等服务合同纠纷上诉案〔(2017)浙 02 民终 535 号/2017.03.13.〕;陶新国诉赵鹏等机动车交通事故责任纠纷案〔(2014)浦民一(民)初字第 37776 号/2015.03.09.〕;高松诉黄焕勇等机动车交通事故责任纠纷案〔(2016)渝 0112 民初 15933 号/2016.12.23.〕。

〔13〕 参见杜某某诉范某某等机动车交通事故责任纠纷案〔(2015)未民初字第 07245 号/2016.11.12.〕。

〔14〕 参见徐小银上诉北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司等机动车交通事故责任纠纷案〔(2015)三中民终字第 04810 号/2016.05.27.〕;刘浩杰诉陈春阳等机动车交通事故责任纠纷案〔(2016)豫 0102 民初 6252 号/2017.04.18.〕;刘垚诉王富城等机动车交通事故责任纠纷案〔(2017)津 0112 民初 1766 号/2017.07.10.〕。

〔15〕 参见李洋与康秀芝等机动车交通事故责任纠纷上诉案〔(2017)津 02 民终 3668 号/2017.06.19.〕。

〔16〕 参见邹志祥诉程桥等机动车交通事故责任纠纷案〔(2017)浙 0102 民初 1248 号/2017.05.24.〕。

〔17〕 参见程春颖诉张涛、人保南京分公司家用车辆从事网约车运营发生交通事故索赔纠纷案〔(2016)苏 0115 民初 5756 号/2016.12.14.〕;李某诉甲保险公司财产保险纠纷案〔(2016)沪 0115 民初 75306 号/2017.03.01.〕。

实现其制度功能和救济目的,对在驾驶人违法情形下的损害仍然予以赔付。<sup>[18]</sup>

综上所述,根据当前司法实践,很难将分享经济提供者与互联网平台之间的合作关系界定为劳动法意义上的劳动关系。除非平台本身存在过错,否则作为信息中介不承担任何法律责任。不仅如此,如果被用于分享经济的个人财产(如车辆)改变用途,而又未通知保险公司,一旦发生保险事故,保险公司也不承担相应的商业保险责任。两相结合,在分享经济的法律纠纷中,两大“金主”——互联网平台和保险公司均可利用合同规定从损害事故中脱身,相对弱势的其他分享经济参与人与第三人可能陷入“无有效法律救济”的境地。

## 二、分享经济“监管新规”之规制过当

分享经济对传统经济的冲击涉及诸多市场主体的切身利益。鉴于法院不适于作出“多中心决策”,随着分享经济业态模式的发展,相关职能部门陆续出台“监管新规”,试图从经济规制——事前准入、事中监督、事后救济的角度实施全面管制。<sup>[19]</sup>然而,从实际效果看,相关“监管新规”对分享经济往往是限制大于鼓励,由此引发新一轮的理论争议。

### (一)分享经济“监管新规”的出台

2016年,针对分享经济,国家密集出台一系列“监管新规”,主要集中在交通出行、网络直播、互联网金融等领域。互联网金融方面为2016年4月的《互联网金融风险专项整治工作实施方案》、<sup>[20]</sup>8月的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》;<sup>[21]</sup>交通出行方面为2016年7月的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(“网约车办法”);<sup>[22]</sup>网络直播方面为国家互联网信息办公室于2016年11月发布的《互联网直播服务管理规定》。在这批新政中,互联网金融涉及网络资金交易、网络直播涉及文化传播、交通出行涉及出租车客运等。这些行业均受到国家的严格管制。其中,“网约车办法”与民众生活最为息息相关,相关规定成为分享经济监管的风向标。从文件起草、征求意见到公开发布以及各地实施细则的出台,网约车新政始终受到全社会的关注。

[18] 参见李德胜诉中国平安财产保险股份有限公司北京分公司财产保险合同纠纷案[(2017)京7101民初104号/2017.04.19.];仇国明与易家明等机动车交通事故责任纠纷上诉案[(2017)京02民终5754号/2017.06.27.];赵艳艳与中国平安财产保险股份有限公司郑州中心支公司保险纠纷案[(2017)豫01民终6876号/2017.06.22.]。

[19] 本文“规制”一词含义较广,它不仅包括一系列政府命令(涉及霍菲尔德意义上的权利、义务、自由、特权、豁免、无责任等概念),还包括政府刻意作出的意在影响市场主体的行为。既有限制或防止某类行为发生的“红灯”规制,又有授权或便利某类行为发生的“绿灯”规制等。See Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press (2<sup>nd</sup> ed.), 2012, p.3.

[20] 具体内容参见《互联网金融风险专项整治工作实施方案》(国办发[2016]21号)。

[21] 具体内容参见《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(银监会令[2016]1号)。

[22] 具体内容参见《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(交通运输部、工业和信息化部、公安部、商务部、工商总局、质检总局、国家网信办令[2016]60号)。

及至 2017 年,国家明显放缓出台分享经济“监管新规”的节奏。除国家食品药品监督管理总局于 2017 年 11 月发布《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》,<sup>[23]</sup>对网络餐饮服务施加监管之外,并无其它重量级规定出台。比如,在互联网金融领域,尽管中国证券业协会早在 2014 年就公布了征求意见稿,《股权众筹融资管理办法》仍在酝酿之中。<sup>[24]</sup>在空间分享领域,网络民宿行业依然面临着国家政策鼓励、<sup>[25]</sup>地方法规滞后,随时被关门停业的尴尬境地。在交通出行领域,共享单车公司频频倒闭,引发分享经济的真伪之争,而各地网约车地方实施细则也饱受诟病。除了从平台条件、司机资质、车辆标准、申请程序、保险要求、顺风车限制等方面细化了国家层面的有关规定外,有些城市还对司机户籍、车辆轴距、排量、准入年限,甚至揽客区域进行了严格限制,<sup>[26]</sup>有论者认为,此类细则有将网约车平台“出租车公司”化的嫌疑。<sup>[27]</sup>

## (二)分享经济“监管新规”规制过当的原因分析

尽管近年来国家出台的许多重要文件都明确提出要发展分享经济,但从一些部门与地区出台的具体监管规定来看,往往是“强调规范的多、鼓励发展的少”。分享经济业界认为,之所以出现这一现象,有三大原因:①“不懂”。对分享经济缺乏正确认知,习惯于用传统思维和方式对待新技术、新业态、新模式。②“不敢”。在原有法律框架下,创新发展所涉规制事项与依法行政存在潜在冲突。③“不愿”。分享经济是一种新的财富创造与利益分配机制,可能冲击传统利益格局。<sup>[28]</sup>

本文认为,业界所总结的“不懂”“不敢”和“不愿”三大原因分别涉及认知、规范和利益等规制要素,可适当揭示当前分享经济“监管新规”饱受业界诟病的症结所在。

首先,“不懂”问题涉及如何认识分享经济。在一定程度上,关注“不懂”问题的学者多少有点“苏格拉底情结”——知识即至善。认识是非不仅是理论上的意见,还是坚定的实践上的信

[23] 具体内容参见《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》(国家食品药品监督管理总局令[2017]36号)。

[24] 这与美国的做法形成对比。早在 2012 年 4 月,美国总统签署 JOBS 法案。该法在第 3 节就众筹监管问题作出规定,涉及众筹豁免和众筹门户监管等内容。具体参见彭岳:“投资性众筹的法律问题”,《法学家》2013 年第 5 期,第 101 页。

[25] 2015 年 11 月 19 日,国务院办公厅发布《关于加快发展生活性服务业促进消费结构升级的指导意见》(国办发[2015]85 号),提出要“积极发展绿色饭店、主题饭店、客栈民宿、短租公寓、长租公寓、有机餐饮、快餐团餐、特色餐饮、农家乐等满足广大人民群众消费需求的细分业态”。2016 年 2 月 17 日,发改委、中宣部、科技部等十部门联合出台《关于促进绿色消费的指导意见》(发改环资[2016]353 号)，“支持发展共享经济,鼓励个人闲置资源有效利用,有序发展网络预约拼车、自有车辆租赁、民宿出租、旧物交换利用等”。

[26] 按照是否会影响到网约车的价格和数量,从管制宽严的程度区分,北京、天津、青岛和石家庄等北方城市倾向于严格限制网约车的发展;杭州、宁波、合肥、成都和贵阳等南方城市倾向于鼓励网约车的发展。由此形成了非常有趣的“南北”两派。参见徐天柱:“创新与管制:互联网约租车管制制度研究”,《江淮论坛》2017 年第 2 期,第 68 页。

[27] 参见王峰:“新政周年考:网约车平台‘出租车公司’化?”,《21 世纪经济报道》(2017 年 7 月 26 日)第 6 版。

[28] 参见国家信息中心分享经济研究中心、中国互联网协会分享经济工作委员会:《中国分享经济发展报告 2017》(2017 年 2 月)。

念;不仅属于理智问题,还属于意志问题。<sup>[29]</sup>典型的观点认为,“在对新事物缺乏认知共识之前,任何新制度设计都面临艰难挑战,法律法规常常滞后于发展需要就在于此”。<sup>[30]</sup>国内对分享经济的界定,大多借鉴了分享经济鼻祖 Zipcar 的创始人罗宾·蔡斯(Robin Chase)的经典定义,即分享经济是一种“过剩产能+分享平台+人人参与”机制,在当今资源稀缺的世界里,人人共享可以创造出富足。<sup>[31]</sup>然而,在借鉴的过程中,相关学者或机构往往会有意无意地淡化分享经济中的个人与个人交易(P2P)色彩。比如,2016年《中国分享经济发展报告》将分享经济界定为“利用互联网等现代信息技术整合、分享海量的分散化闲置资源,满足多样化需求的经济活动总和”。到了2017年,《中国分享经济发展报告》将分享经济的定义修订为“利用互联网等现代信息技术,以使用权分享为主要特征,整合海量、分散化资源,满足多样化需求的经济活动总和”。由此,在国内语境下,即使某一业态(如共享单车)所用资产源于新增,并且以专业化方式提供服务,仍可被视为分享经济之一种。申言之,原初分享经济所特有的“过剩产能+分享平台+人人参与”三要素已经被改造为“使用而不占有理念+网络信息技术”两要素。由此造成的后果之一是,原本被三要素理论排除在外的经济业态,因符合两要素理论而被认定为分享经济。相应地,一些本应在“传统业态+互联网”框架下讨论的问题,被提升到“互联网+”的层面之上。对于同一事项,因为对分享经济内涵和外延认识的不同,而产生理论争议。<sup>[32]</sup>

其次,“不敢”问题涉及规制权限的裁量行使。一方面,国家赋予“互联网+”以重大使命,认为加快推进“互联网+”发展,对于形成经济发展新动能,实现中国经济提质增效升级具有重要意义。<sup>[33]</sup>另一方面,《行政许可法》第4条明确规定,设定和实施行政许可,应当依照法定的权限、范围、条件和程序。在此情况下,有关国家部门在对分享经济实施规制时,必然采取十分谨慎的态度。以“网约车办法”为例,在该办法出台之前,2015年10月份交通部曾公布一份“征求意见稿”,意见稿第12条规定,拟从事网络预约出租汽车经营的车辆,“使用性质登记为出租客运”,这无异于将合规网约车的范围限定为传统出租车,排除了私家车参与运营的可能性。该“征求意见稿”有维护既得利益之嫌,但如果从规制权限角度分析,或许可以理解交通部的苦衷。具体而言,《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》第112项保留了三项由法律、行政法规以外的规范性文件设定的许可:出租汽车经营资格证、车辆运营证和

[29] 参见(美)梯利著、伍德增补:《西方哲学史》(增补修订版),葛力译,商务印书馆2015年版,第58页。

[30] 李强治:“分享经济与伪分享经济:辨析与讨论”,《中国电信业》2017年第7期,第26页。

[31] 参见(美)罗宾·蔡斯:《共享经济:重构未来商业新模式》,王芮译,浙江人民出版社2015年版,第2页。

[32] 以网约车为例,一种观点认为,“互联网汽车的共享模式主要有互联网专车服务、互联网拼车服务和P2P(Peer-to-Peer)出租车服务三种商业发展形态。因互联网拼车服务和P2P在线租车服务与劳动用工无关,所以本文在此只分析、探讨互联网专车服务模式”(张素凤:“‘专车’运营中的非典型用工问题及其规范”,《华东政法大学学报》2016年第6期,第76页)。另一种观点并不作出区分,而是认为“网约车运营体现了共享经济的理念,实现了网约车的人车合一经营模式,只有认定网约车平台承运人法律地位才能有效保障各方权益”(侯登华:“共享经济下网络平台的法律地位——以网约车为研究对象”,《政法论坛》2017年第1期,第163页)。

[33] 具体内容参见《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》(国发〔2015〕40号)。

驾驶员客运资格证核发。<sup>〔34〕</sup> 由于部门规章无权新设行政许可,交通部只能将网约车视为出租车加以管理。最终,在“网约车办法”中,交通部作出若干突破,将传统三类许可改为:网络预约出租汽车经营许可证、网络预约出租汽车运输证、网络预约出租汽车驾驶员证。虽然名称有所不同,要求有所降低,但这三类许可均紧扣“出租汽车”字样,以表明交通部并未越权新设行政许可。

最后,“不愿”问题涉及传统业态与分享经济业态之间的利益平衡。在其发展初期,依托互联网平台进行弹性匹配的分享经济业态已经严重冲击了传统业态。以网约车为例,相关司法实践表明,传统出租汽车行业、车辆租赁行业以及出租汽车从业人员的经济状况因网约车的出现而受到重大不利影响,并引发大量合同争议。<sup>〔35〕</sup> 面对此类商业创新所引发的利益分配之争,规制者在整个规制体系中所处的位置影响到其关注点。从中央与地方事权划分理论上说,网约车规制与城市交通管理有关,主要属于地方性事务。<sup>〔36〕</sup> 实践中,大多由城市依法制定本地区的交通管理规章。<sup>〔37〕</sup> 问题是,分享经济具有跨地区、跨行业、网络型的特征,而城市的格局决定了其规章必然以当地利益为重。因此,相对于部门规章,城市规章更倾向于限制分享经济在本地区的发展。这也是为什么2016年11月1日“网约车办法”施行之后,在当年年底全国就有42个城市迅速发布了网约车管理实施细则,另有140余个城市向社会公开征求了意见。<sup>〔38〕</sup> 总体而言,这些实施细则延续了“网约车办法”中的思路,以管理出租汽车的思维对网约车提出要求。

综上所述,当前关于分享经济本质之争依然没有定论。特别是,按照“使用而不占有理念+网络信息技术”两要素宽松界定分享经济,固然符合国家大力提倡发展“互联网+”经济的方针,<sup>〔39〕</sup>但也会将诸多“传统业态+互联网”囊括进来,反而为规制机构沿用传统方法管制分享经济提供了基础。不仅如此,即使在认识层面解决了“何为分享经济”这一事项,受制于《立法法》《行政许可法》等法律的约束,相关部门或地方政府在立法时,必然带有部门或地方的局限性,会或多或少地倾向于维护部门或地方利益。在此情况下,分享经济受到较为严格的规范也就在情理之中了。

〔34〕 具体内容参见《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(国务院令〔2004〕412号)。

〔35〕 法院大多将网约车的市场冲击视为外部因素,并不支持违约方解除合同的诉讼请求。如赤峰市大江运输有限公司诉方力车辆租赁合同纠纷案〔(2016)内0421民初8297号/2016.12.02.〕;桑兰山诉王志斌等合同纠纷案〔(2017)鲁02民终744号/2017.03.06.〕;吴忠华与清远市粤运公共交通有限公司小客车出租分公司车辆租赁合同纠纷上诉案〔(2017)粤18民终708号/2017.05.31.〕;黄观柱与清远市金宇小客车出租有限公司车辆租赁合同纠纷上诉案〔(2017)粤18民终713号/2017.05.31.〕。

〔36〕 参见郑毅:“中央与地方立法权关系视角下的网约车立法——基于《立法法》与《行政许可法》的分析”,《当代法学》2017年第2期,第19页。

〔37〕 相关立法依据是《立法法》第82条、《行政许可法》第15条。

〔38〕 参见《42个城市已发布网约车实施细则》(2017年1月3日),[http://zizhan.mot.gov.cn/st2010/shandong/sd\\_hangyed/201701/t20170103\\_2148898.html](http://zizhan.mot.gov.cn/st2010/shandong/sd_hangyed/201701/t20170103_2148898.html),最后访问日期:2018年3月15日。

〔39〕 具体内容参见《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》(国发〔2015〕40号)。

### 三、2017“指导性意见”之制度创新及规制理论争议

正是在分享经济适用“传统法律法规”和“监管新规”可能会产生救济不足或规制过当的背景下,2017“指导性意见”出台,共计16条。意见旨在进一步营造公平规范的市场环境,促进分享经济更好更快发展。<sup>[40]</sup>“指导性意见”第1条将分享经济界定为“利用网络信息技术,通过互联网平台将分散资源进行优化配置,提高利用效率的新型经济形态”。第2条总结了特征:①强调所有权与使用权的相对分离,倡导共享利用、集约发展、灵活创新的先进理念;②强调供给侧与需求侧的弹性匹配,实现动态及时、精准高效的供需对接;③强调消费使用与生产服务的深度融合,形成人人参与、人人享有的发展模式。结合《中国分享经济发展报告》相关表述,可以认为,“指导性意见”更强调所有权与使用权的相对分离以及互联网平台的弹性匹配功能,至于个人与个人之间对过剩产能或闲置资源的分享不在其重点考虑的行列之内。这一宽泛的分享经济概念为监管套利留下了巨大的制度空间,<sup>[41]</sup>也给规制理论提出了更高的要求。

#### (一)2017“指导性意见”的制度创新

##### 1. 2017“指导性意见”确立的规制结构

2017“指导性意见”第3条规定了分享经济的规制理念,即按照“鼓励创新、包容审慎”的原则,发展与监管并重。在此理念下,“指导性意见”确立了三个层面的规制要求。

首先是宏观层面,要求合理界定不同行业领域分享经济的业态属性,分类细化管理。这意味着,国家仍主要依赖部门和地区规章进行规制。为防止规制碎片化,“指导性意见”第4条要求部门与地方应加强衔接协调,避免用旧办法管制新业态,破除行业壁垒和地域限制。

其次是中观层面,要求坚持包容审慎的监管原则,建立多方协同治理机制。本层面旨在通过政府、平台企业、行业协会以及资源提供者和消费者共同参与实现共治共享。<sup>[42]</sup>“指导性意见”第5条对共享共治的参与者分别提出了具体的要求。

最后是微观层面,依托平台企业实施监管要求。“指导性意见”第6条在一定程度上将平台企业视为执法之工具,即“平台企业应建立相应规则,严格落实网络主体资格审查,保护消费

[40] 该意见由国家发展改革委等八部门联合编制,经国务院同意后,印发给各省、自治区、直辖市人民政府,国务院各部委、各直属机构,各中央管理企业。由于“经国务院同意”,且发文对象为省部级机构,其地位相当于国务院的指导性意见。参见《国家发展改革委、中央网信办、工业和信息化部、人力资源社会保障部、税务总局、工商总局、质检总局、国家统计局印发〈关于促进分享经济发展的指导性意见〉的通知》(发改高技〔2017〕1245号)。

[41] 有论者根据平台交易对象的种类,将平台分为三类:①网络商品交易平台;②网络服务交易平台;③网络资本交易平台(周荆、杨琳:“网络交易平台民事责任的类型化研究”,《人民司法》2016年第34期,第85页)。根据2017“指导性意见”,只有网络商品交易平台,如淘宝可被排除在外。而“传统行业+互联网”商业模式中的互联网平台有可能被归入后两类。如果对分享经济的规制不同于对传统经济的规制,则传统经济业态可通过“互联网化”进行规制套利。

[42] 就此,《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第34条、《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第33条、《互联网直播服务管理规定》第18条均规定,相关行业协会有建立自律机制。

者合法权益,积极协助政府监督执法和权利人维权”。不仅如此,“指导性意见”第7条还提出,应引导平台企业建立健全消费者投诉和纠纷解决机制,鼓励行业组织依法合规探索设立分享经济用户投诉和维权的第三方平台。<sup>[43]</sup>

如果将上述三个层面的规制要求结合起来理解,可以发现,“指导性意见”仍主要依赖自上而下的市场准入政策来实现发展与监管并重的规制理念,而多方协同治理以及平台内部监管等规制要求,只有在相关分享经济业态获得市场准入之后方才涉及。

## 2. 2017“指导性意见”涉及的规制事项

在上述三层规制结构下,2017“指导性意见”涉及诸多规制事项。这些事项分为传统法律问题 and 新兴法律问题两类。

就传统法律问题,除了“指导性意见”第4条涉及的市场准入要求之外,还包括第6条的责任制度、第7条消费者保护、第8条的反垄断和公平竞争、第12条的劳动者权益保护、第13条的税收征管措施等。这些传统法律问题是工业化时代自由市场经济的产物,对应着较为成熟的法律制度。由于互联网平台的介入,自由市场经济呈现出新的合作市场经济的特点,相应的,市场失灵的表现形态也不一致,如果沿用原有的法律制度,很可能导致规制失灵。<sup>[44]</sup>有鉴于此,第15条强调,要加强释法、修法工作,按程序及时调整不适应分享经济发展和管理的法律法规与政策规定,不断优化法律服务,加强制度与监管的适应性。然而,对于如何具体调整分享经济所涉及的传统法律问题,“指导性意见”未给出指导性建议。

就新兴法律问题,主要集中在如何利用信息和数据,目前尚无成熟的法律制度可以适用。“指导性意见”第9条涉及征信问题,要求打破信息孤岛,建立政府和企业互动的信息共享合作机制,充分利用互联网信用数据,对现有征信体系进行补充完善,并向征信机构提供服务。第11条涉及数据共享,主张大力推动政府部门数据共享、公共数据资源开放、公共服务资源分享,增加公共服务供给,提升服务效率,降低服务成本。第14条涉及统计问题,要求充分运用大数据等信息技术手段,创新统计调查方法,推动部门统计信息共享,多渠道收集相关数据并建立数据库,完善统计核算等。令人意外的是,“指导性意见”未涉及个人信息或数据安全和保护问题。

综上所述,通过界定分享经济的定义和特征,确立三层规制要求和相应的规制事项,2017“指导性意见”试图构建出一套对象明确、理念清晰、结构合理、范围全面的规制框架。按传统规制理论,只要规制的权限结构理顺了,问题基本上就算解决了。<sup>[45]</sup>根据意见第16条,相关

[43] 就此,《互联网直播服务管理规定》第7条、《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第9条、《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第17和18条、《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》第6至8条等有所体现。

[44] See Sarah E. Light, “Advisory Nonpreemption”, *Washington University Law Review*, Vol.95, 2017, p.325; Kellen Zale, “When Everything is Small: The Regulatory Challenge of Scale in the Sharing Economy”, *San Diego Law Review*, Vol.53, 2016, p.949.

[45] 这一特别关注规制结构的思维并非分享经济所独有。长期以来,金融规制的核心理论争议是如何在水平和垂直层面配置规制和监管权力。See Saule Omarova and Adam Feibelman, “Risks, Rules and Institutions: A Process for Reforming Financial Regulation”, *University of Memphis Law Review*, Vol.39, 2009, p.881.

实体内容,有待各地区、各部门担起责任,主动作为,切实加强对分享经济的深入研究,因地制宜加以制定。

## (二)2017“指导性意见”所涉规制理论争议

2017“指导性意见”要求各地区、各部门因地制宜制定相关实体性规制要求和标准。这意味着,该意见的印发是新一轮监管新政的开始,而非终结。然而,如果没有对决策制定施加结构性规范和合理化要求,当相关部门或地方自身缺乏相应的内部规范来限制此类广泛的自由裁量权时,此类规制权力很可能被滥用。<sup>[46]</sup>实际上,2017“指导性意见”印发之后,相关“监管新规”依然延续着此前“监管新规”的规制策略,即先将“互联网+”改造为“+互联网”,然后适用传统规制方法。<sup>[47]</sup>这一方面说明,上述“不懂”“不敢”和“不愿”问题可能依然存在,另一方面也说明,如果没有成熟规制理论作为指导,无论是规制目标的确定,还是规制手段的选择,仍有非常大的不确定性,依然会产生救济不足或规制过当问题。问题恰恰在于,现有规制理论大多关注本体论问题,在可操作性方面有所欠缺。

### 1.传统规制理论关于公共利益之争

尽管规制——主要表现为政府公布公法性指令,通过制裁或激励方法加以执行,以对市场及社会活动施加影响——已被各国政府普遍接受,并在市场经济中发挥重要作用,但相关理论难言成熟。<sup>[48]</sup>

传统规制理论多以公共利益为由证明政府干预的正当性和必要性。与之相对应,如何界定公共利益成为理论争议焦点。一派观点认为,利用经济学原理足以证成规制符合公共利益。<sup>[49]</sup>此类观点将新古典经济学意义上的自由竞争市场视为完美模型,经济规制目标被界定为补救市场机制失灵。通说认为,市场失灵主要有四种重要情形:不完全竞争、不完全信息、外部性和公共物品。政府可以应用各种政策,包括采取规制,促进竞争、纠正外部性和不完全

[46] 参见(英)迈克·费恩塔克:《规制中的公共利益》,戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第231页。

[47] 以2017年11月6日发布、2018年1月1日起施行的《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》(国家食品药品监督管理总局[2017]36号令)为例,该办法第4条规定,“入网餐饮服务提供者应当具有实体经营门店并依法取得食品经营许可证,并按照食品经营许可证载明的主体业态、经营项目从事经营活动,不得超范围经营。”该办法第27条规定,“入网餐饮服务提供者不具备实体经营门店,未依法取得食品经营许可证的,由县级以上地方食品药品监督管理部门依照食品安全法第122条的规定处罚。”据此,所有非职业性的餐饮服务提供者将被排除在餐饮类分享经济之外。P2P的经营模式让位于B2C的经营模式。

[48] See Matthew D. Adler, “Regulatory Theory”, in Dennis Patterson (ed. 2<sup>nd</sup>), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2010, p.590.

[49] See Cento Veljanovski, “Economic Approaches to Regulation”, in Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge (ed.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010, p.35. 奥格斯认为,无论是经济规制行为还是社会规制行为,均应参照经济学理论加以理解((英)安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第29—55页);布雷耶认为,规制建立在这样一个简单原理之上:确立目标;考察实现这些目标的备选方法;选择实现这些方法的最佳方法。而支持此类规制的理据也大多基于经济学理论((美)史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷、宋华琳、苏苗罕、钟瑞华等译,北京大学出版社2008年版,第8、53页)。

信息产生的问题,并提供公共物品。<sup>[50]</sup> 另一派观点认为,除以促进经济效率和消费者选择的  
市场中心主义规制目标之外,政府还可以基于保护权利、促进社会团结或仅仅出于慎议等理  
由,对经济行为施加规制。<sup>[51]</sup> 鉴于规制理论的经济学方法不适于分析这些非市场目标,规制  
者应在民主慎思明辨的框架下,发挥“官僚制的美德”,<sup>[52]</sup> 承担诸如排纷解难、预防性疏导、群  
体构建、目标定位等“法律活儿”(law job),<sup>[53]</sup> 促成公共利益的实现。

由于传统规制理论依然处于发展阶段,自然存在诸多不足。特别是,公共利益考量仅为政  
府干预提供了理由,并没有明确规制方法。如科斯所言,市场只是诸多社会安排中的一种,企  
业本身就是市场交易的合理替代物。政府也是一种特殊类型的超级企业,因为它能通过行政  
决定影响生产要素的使用。面对社会问题,规制者所要解决的是如何选择合适的社会安排。  
既然所有的解决办法都需要一定成本,没有理由认为市场和企业不能很好解决的问题,政府管  
制必然奏效。最终采取何种办法,有必要对以不同方式解决问题的结果进行深入研究方可得  
出结论。<sup>[54]</sup>

## 2. 分享经济新规制理论的提出

在对传统规制理论日益不满的情况下,有学者提出了专门针对分享经济的规制理论,试图  
避开适用上的不确定性。新规制理论认为,作为一种社会安排,分享经济的运作模式既不完  
全等同于自由竞争市场,也不完全等同于企业组织。其中,互联网平台成为经济运转中枢,弹性  
匹配供给和需求,市场交易的目的不是取得所有权而是获得过剩产能使用权(access to excess  
capacity)。因此,有必要建构一套异于传统的理论。<sup>[55]</sup> 就其论证思路,可分为两类——经济  
学方法和多元价值论。

对于采用经济学研究路径建构分享经济规制理论的学者来说,如何准确界定分享经济有  
别于自由竞争市场的独特性至关重要。就此,国外学者大多求助于资本主义多样化理论。该  
理论认为资本主义有多样形态,包括以美国为代表的自由市场经济(LME)和以德国为代表的

[50] 参见(美)约瑟夫·E.斯蒂格利茨、卡尔·E.沃尔什:《经济学》,黄险峰、张帆译,中国人民大学出版社2005年版,第247页。

[51] See T. Proseer, *The Regulatory Enterprise: Government Regulations and Legitimacy*, Oxford University Press, 2010, pp.11-20.

[52] See Mike Feintuck, “Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest”, in Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge (ed.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010, p.45. 所谓“官僚制的美德”指的是由遵循拟议职业生涯路径的公务员所组成组织的治理美德,该组织的力量在于利用了行政体系中固有的诸多美德,如理性化、专长、绝缘和权威等(参见(美)史蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环:政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第81页)。

[53] See William Twining, “The Idea of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn”, *University of Miami Law Review*, Vol.48, 1993, p.130.

[54] See R. H. Coase, “The Nature of the Firm”, *Economica*, Vol.4 (New Series), 1937, p.386; R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, Vol.3, 1960, pp.17-19.

[55] See Stephen R. Miller, *supra* note 2, p.151.

协作市场经济(CME)。<sup>[56]</sup>与自由市场经济中的合作——以企业内部指令取代竞争——不同,协作市场经济中的商业合作经由制度化中介(如行业协会)加以协调,旨在实现共赢。分享经济更像是协作市场经济在信息技术革命支持下的升级版。有所不同的是,协作市场经济中的制度化中介多由生产者或服务提供者控制,而分享经济则由互联网平台公司主导,无需借助正式的契约机制或企业机制,互联网平台就可以对参与者实施有效的监督和惩戒。因此,有学者主张,必须从“分享经济是一种协作市场经济”这一基本属性出发讨论规制问题。包括:①应正确认识互联网平台所发挥的协调功能;②应保证资源提供者公平参与分享经济;③应保证使用者的权益得到保护;④应促进两种市场形态的共存。<sup>[57]</sup>

多元价值规制理论并不认同这样一种一元论主张,即复杂法律领域中的各类学说受单一价值指导,如果相关法律领域受诸多价值影响,则存在着一个特定的价值平衡作为规制原则。多元论者指出,当面对不可通约的多元价值时,为维护法律领域价值的单一性,典型的一元论者通常采取如下三种策略:①重新界定相关法律客体,将那些不符合规制原则的事项边缘化;②将其理论作为改革方案,呼吁进行大的法律变革,使法律领域遵循其规制原则;③提出一个非常抽象和宽泛的规制原则,足以容纳异质法律资料。<sup>[58]</sup>问题是,人们所追求的价值不仅是多元的,而且有时互不相容。<sup>[59]</sup>如果以排除、变革或抽象的策略将多元价值缩减为单一规制性原则,则不仅难以阐明现存的学说,也难以以为评估和发展这些学说提供实质性的指导。<sup>[60]</sup>通过借鉴多元论法律理论,有学者主张,分享经济与多元论具有同构性,两者均增加了消费者选择的权利。前者不仅没有对法律理论提出挑战,反而契合价值多元主义。在对分享经济规制时,应考虑到如下几点:首先,应鼓励分享经济发展;其次,分享经济应受到规制;再次,应就分享经济设置新的特殊规制制度;最后,应防止监管套利。<sup>[61]</sup>

如果将协作市场规制理论与多元价值规制理论加以比较,可以发现,两者在维护公共利益层面存在共识,即为保证资源提供者公平参与分享经济、使用者的权益得到保护,分享经济应受到规制。但两者在如下三个方面存在着显著差异:①规制中立问题。前者持中立态度,后者强调鼓励分享经济发展。②新设规制制度问题。前者未置可否,后者持肯定态度。③新旧业态关系问题。前者考虑到旧业态的信赖利益,后者主张优胜劣汰。

[56] See generally Peter A. Hall and David Soskice, *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, 2001; James Q. Whitman, “Consumerism Versus Producerism: A Study in Comparative Law”, *The Yale Law Journal*, Vol.117, 2007, p.340.

[57] See Rashmi Dyal-Chand, “Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System”, *Tulane Law Review*, Vol.90, 2015, pp.289-297.

[58] See Hanoch Dagan, “Pluralism and Perfectionism in Private Law”, *Columbia Law Review*, Vol.112, 2012, pp.1410-1411.

[59] 参见(英)以赛亚·柏林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2003年版,第2页。

[60] See Steven J. Burton, “Normative Legal Theories: The Case for Pluralism and Balancing”, *Iowa Law Review*, Vol.98, 2013, p.538.

[61] See Erez Aloni, “Pluralizing the ‘Sharing’ Economy”, *Washington Law Review*, Vol.91, 2016, pp.1433-1445.

综上所述,传统规制理论与分享经济新规制理论具有多样化和抽象性的特征。这些“科学原理”确实能为学界争论提供丰富的资源,但因为缺乏“工程技术”的支持而难以为实践提供指导。究其原因,两类理论均将市场中的商业组织模式视为待规制的静态事项,而将政府干预视为市场困境的“解围之神”。然而,该一静一动的理论预设并不符合商业创新与政策选择相互影响和调适的现实。即便我们引入新规制理论,它依然无法解决“如何做”的难题。在2017“指导性意见”要求各地区、各部门“担起责任,主动作为”的背景下,没有操作性理论指导的“主动作为”很可能会成为乱作为。当务之急,是如何在商业创新与规制困扰互动的框架下,设计一套可行的评估分享经济规制策略的方案,而非动辄迂回到抽象的规制理论,在断言分享经济具有某类本质特性之后,贸然抛出一套法政策建议。<sup>[62]</sup>

#### 四、商业创新与政策困扰互动理论下的“三步分析法”及其应用

规制法的社会实践性决定了相关规制理论不仅应关注“科学原理”,还应关注相应的“工程技术”。在分享经济规制中的三个核心问题中,如果说分享经济的本质是一个“科学原理”问题,那么,“传统法律法规”的可适用性,以及应采取何种法律变革来应对分享经济均属于“工程技术”问题。如上所述,尽管分享经济是一种新业态,但该新业态所表征的商业创新,以及引发的政策困扰却是一个反复出现的课题。即便关于分享经济性质存在着诸多“科学原理”之争,这些问题依然可以纳入商业创新与政策困扰互动的框架下加以分析和应对。

##### (一)商业创新与政策困扰互动理论

就其经济学根基而言,商业创新与政策困扰的互动理论与科斯的交易成本理论以及克里斯坦森的扰乱性创新(disruptive innovation)理论有关。在《社会成本问题》的结论部分,科斯指出,分析经济政策问题,必须考虑到现有的规制框架。即由于我们无法从现状过渡到理想状态,为使分析有实际意义,“较好的方法看来是,从实际存在的状况出发,审视所提出政策变化的效果,以试图决定新情况是否在总体上优于原来的情况”。<sup>[63]</sup> 克里斯坦森在熊彼特“创造性破坏”概念的基础上,提出了扰乱性创新理论。即有意义的商业创新常常是新的组织形式与突破性技术的组合,它们侵扰到现有业态的运转。<sup>[64]</sup> 然而,无论是交易成本理论还是扰乱性商业理论,都没有说明商业创新如何引发政策困扰,以及政策困扰如何影响商业创新。由此导致:尽管法律学者试图借助上述理论推导出相应的政策建议,但因缺乏关键中间步骤来审查扰乱性创新的政策影响而缺乏连贯性和说服力。为此,有必要从商业创新与政策困扰互动的角

[62] See e.g. Nathan Gortez, “Regulating Disruptive Innovation”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.29, 2014, pp.199—226; Benjamin G. Edelman and Damien Geradin, “Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 19, 2016, p.293.

[63] See R. H. Coase, *supra* note 54, “The Problem of Social Cost”, p.43.

[64] See Joseph L. Bower and Clayton M. Christensen, “Disruptive Technologies: Catching the Wave”, *Harvard Business Review*, Jan.—Feb., 1995, p.43.

度补足该短板。

就本文而言,政策困扰指商业创新威胁到现有业态并与现有规制体制不匹配而产生的政策不确定现象,主要包括四种形态:①政策目标缺失引发的困扰。如果商业创新与现有业态类似,但在技术或商业模式方面有扰乱性创新,则引发“现有规制体制目标是否适当”的争论。<sup>[65]</sup> ②政策豁免引发的困扰。如果商业创新符合当前规制体制列明的例外,但可能导致或加剧该规制体制意图控制或缓解的情形,则引发“是否应享有豁免”的争论。<sup>[66]</sup> ③政策漏洞引发的困扰。如果威胁到现有业态的商业创新引发新的政策问题,对此缺乏规制体制,或者需要极度扩张方可适用当前规制体制,则引发“是否需要创设新规制体制或改革现有规制体制”的争议。<sup>[67]</sup> ④解决政策关切引发的困扰。如果某一受制于现有规制体制的商业创新解决了该规制体制的政策关切,并且与“现有业态继续适用现有规制体制”而言,能产生更大的公共福利,则引发“是否继续适用原有规制体制”以及“是否施加新的规制体制”的争议。<sup>[68]</sup>

对于商业创新与现有规制体制不匹配所引发的政策困扰问题,规制者可在四类规制工具中加以选择:阻止、放任、适用旧体制或创设新体制。<sup>[69]</sup> 其中,阻止策略将现有法律法规解释为阻止商业创新的进入市场,从而维持当前规制和商业结构。放任策略在不改变规制结构的前提下,允许商业创新进入市场,进而使此前的商业模式以及与之配套的规制架构趋于消灭。适用旧体制策略允许相关企业进入市场,但是对之适用现有法律法规,从而在现有业态与新兴业态之间保持平等竞争关系。创设新体制策略为商业创新设置新的规制要求,并力图在现有业态和新兴业态之间维持中立。总体而言,阻止策略有助于维护现有业态对现有规制体制的信赖利益,但不利于经济创新发展。而放任、适用旧体制或创设新体制为商业创新留下了制度空间,但会或多或少损害到现有业态的制度信赖利益。

当然,上述政策困扰的四种形态以及四种规制策略仅是分析商业创新与政策困扰互动的理论构成要素,要使该理论发挥作用,有必要确定基本的原则与分析的步骤。

[65] 就此,国内关于网约车规制问题的讨论基本按此思路进行。参见陈超诉济南市城市公共客运管理中心行政处罚纠纷案[(2015)市行初字第29号/2016.12.30;(2017)鲁01行终103号/2017.02.17.];张效羽,见前注[4],第151页。

[66] 就此,互联网金融规制问题,特别是P2P借贷的讨论主要集中在是否享有豁免之上。参见最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2015]18号);彭岳:“互联网金融监管理论争议的方法论考察”,《中外法学》2016年第6期,第1630—1631页。

[67] 就此,如何保护个人信息、使用个人数据成为争议焦点。参见梅夏英:“数据的法律属性及其民法定位”,《中国社会科学》2016年第9期,第164页。

[68] 就此,无人驾驶技术时代的来临大大提升了交通安全,但也可能引发道路交通安全法的根本性变革。Jean-François Bonnefon, Azim Shariff and Iyad Rahwan, “The Social Dilemma of Autonomous Vehicles”, *Science*, Vol.352, 2016, p.1573; Jessica S. Brodsky, “Autonomous Vehicle Regulation: How an Uncertain Legal Landscape May Hit the Brakes on Self-Driving Cars”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.31, 2016, p.851.

[69] See Eric Biber, Sarah E. Light, J.B. Ruhl and James Salzman, “Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb”, *Vanderbilt Law Review*, Vol.70, 2017, p.1603.

## (二)基于中立原则的“三步分析法”及其应用

在市场经济中,企业家选择以何种方式经营受交易成本(包括规制成本)的制约。一项规制所产生的规制成本可能便利或阻碍商业创新。这意味着,为尽量减少规制成本对商业创新的影响,除非基于公共利益或增加消费者选择,否则在相关规制原则上应当对商业组织形式保持中立。一旦将中立原则确定为规范性的目标,则规制者可依如下三个步骤,分析商业创新引发的政策困扰问题。<sup>[70]</sup>

第一步,规制者应当将现有规则与规制中立原则相对照,如果现有规则偏向现有业态或新兴业态,则有必要对该规制体制作重新考量。

第二步,规制者应当考察是否存在相关公共政策因素,如保护生命健康、环境、隐私、反对歧视等,可证成对规制中立原则的偏离。

第三步,规制者应考虑是否应对现有体制的信赖利益诉求作出回应。如果需要回应,是否应采取替代性法律机制来保护人们免受法律变迁所导致的不公平损害。

通过上述三个步骤的分析,规制者可最大限度地实现利益平衡。这主要表现在:①将规制中立原则作为分析起点,有助于维护商业创新动力,既不会惩罚此前规制者未曾预料到的新商业组织形式,也不会允许它们利用规制漏洞损害公共利益;②在特定情况下允许对规制中立原则的偏离,有助于维护公共利益;③利用替代性法律机制补偿制度信赖利益有助于降低监管套利和寻租行为,同时承认某些制度生成的公法利益具有保护价值。

以网约车规制为例,当前各城市出租车管理规则明显偏向当地出租车公司。随着跨地区、网络性网约车平台的出现,新兴业态冲击到各地出租车公司的经营。在此情况下,规制者首先应考虑的不是规制策略层面的选择,而是政策困扰的来源与表现形态。特别是,现有的出租车管理规则是否符合规制中立原则。其次,规制者应考虑到,现有关于出租车管理的政策关切是否足以证成对中立原则的偏离。如果是,应按不同政策困扰形态,采取不同的规制策略。最后,规制者应考虑到,如果轻资产模式的网约车对重资产模式的出租车经营产生冲击,是否应对后者的信赖利益提供一定的保护。<sup>[71]</sup> 按此思路,“网约车办法”既有可圈可点之处,也有进一步提升的空间。

其一,“暂行办法”并未审视产生政策困扰的来源和具体形态。而是人为地将网约车界定为出租汽车行业的互联网化。比如,该办法第1条明确其目标在于“促进出租汽车行业和互联网融合发展”,第38条规定了例外,即“私人小客车合乘,也称为拼车、顺风车,按城市人民政府

[70] See *ibid.*, at 1608—1609.

[71] 就此,焦点集中在是否应减少出租车司机上交出租公司的“份子钱”之上。在“份子钱”模式下,随着专车的不断冲击,出租车司机的收入日渐减少,这引发了部分城市关于这两种新旧业态的冲突。一些城市选择了直接降低“份子钱”。比如,2015年3月31日,南京市物价局和交通运输局联合下发通知,从4月1日起,南京降低出租车“份子钱”,普通车型单班每月下调600元,双班每月下调200元。需要说明的是,南京市出租车公司的“份子钱”为每月7000—9000元,远远高于大多数直辖市和省会城市,即使下调“份子钱”,出租车司机的负担仍然繁重(贾国强:“31省会城市出租车现状:21城万人拥有量不达标,重庆‘份子钱’超万元为最高”,《中国经济周刊》2013年第31期,第44—47页)。

有关规定执行”。因此，“暂行办法”是一个典型的部门利益本位的立法，其所创立的新体制旨在弥补原有规制体制的漏洞。

其二，“暂行办法”强调了合法目的，并以此来说明新设规制体制的正当性。比如，该办法第1条提出了两大政策关切，“更好地满足社会公众多样化出行需求”以及“保障运营安全和乘客合法权益”。理论上，如果仅考虑前者，则规制者应采取鼓励网约车发展的政策立场，如果仅考虑后者，基于平等竞争之考虑，规制者有可能继续适用旧体制。正是综合考虑了上述两大政策关切，“暂行办法”最终采取了创设新体制的规制策略。值得注意的是，根据该办法第38条，私人小客车合乘不适用“暂行办法”，而应“按城市人民政府有关规定执行”。这在一定程度上为其他种类网约车的发展拓宽了制度空间。

其三，“暂行办法”并未考虑到出租车经营者的信赖利益保护问题。究其原因，通过给网约车施加类似于出租车的“三证”要求，要求网约车平台公司承担承运人责任，“暂行办法”显著地提高了网约车的运行成本，降低了传统出租车行业受冲击的程度。因而，无需通过替代法律机制来补偿出租车行业因法律变迁所受的损失。当然，在这一模式下，消费者的权益必然会或多或少地受到影响。

## 五、结论

分享经济是一种依托于互联网的全新业态，它的出现冲击着旧业态，并对是否适用现有规制制造成政策困扰。现有司法实践表明，在实证法思维模式下，分享经济所产生的法律问题将被放置在传统法律框架下解决，导致最有能力预防和承担责任的市场主体（如互联网平台公司和保险公司）往往最有可能从各类责任中脱身。在此情况下，规制部门密集出台针对分享经济的“监管新规”具有必要性和正当性。问题是，从规制策略选择的角度而言，这些“监管新规”均采取了功能监管的方法。由此，旧规制体制的核心内容在未受规制中立原则审查的情况下，被包装为新规制体制而得以存续。从总体效果而言，它们阻碍而非鼓励了分享经济的发展。

2017“指导性原则”在确立发展与监管并重的理念之后，就将重点放在了规制结构的调整方面。当代规制理论的共识之一是，规制结构在整个规制框架仅具次要意义。因为只有确定相对明确的规制目标之后才会谈及规制结构的选择问题。<sup>〔72〕</sup>显然，我们不能从“以满足经济社会发展需求为目标”这一高度抽象的前提，推演出三层规制结构及待规制事项。2017“指导性原则”未能充分重视分享经济的跨行业、跨地区和网络性特征，而是将制定实体性规制要求的重任赋予各地区、各部门。如果任由各地区、各部门在本地区或部门的权限内制定“监管新规”，则必然在原有条块分割的规制局面下，出现新一轮的“规制碎片化”现象，反而导致“法令滋彰，盗贼多有”的局面。不仅如此，由于“指导性意见”未能确立规制中立原则，各地区、各部门也就无需反思旧体制的合理性，“监管新规”或是沿用旧体制，或是将之改造为功能类似的

〔72〕 See Michael Taylor, “The Search for a New Regulatory Paradigm”, *Mercer Law Review*, Vol.49, 1998, p.793.

新体制,最终不利于分享经济的发展。

总而言之,分享经济是新事物,其所涉及的商业创新与政策困扰却是一个市场经济中反复出现的经济规制法命题。对于分享经济所导致的政策困扰,我们无需为了解决技术层面的问题而预先抛出一个本体论的预设。通过采用“以规制中立原则为基础并且虑及公共利益和制度信赖利益”的“三步分析法”,社会各界完全有可能在“工程技术”层面达成“未完全理论化的共识”。〔73〕 规制者可以此共识为起点,充分利用政策窗口期,分析政策困扰的表现形态,有针对性地选择规制策略,对现有规制体制作出实质性改进,而非局限于规制结构的调整。

**Abstract:** How to properly deal with the relationship between business innovation and regulation constitutes a major concern for sharing economic regulations. Judicial practice shows that if “traditional laws and regulations” are applied to the sharing economy, the participants’ rights and interests cannot always be effectively remedied. However, due to factors such as cognition, norms and interests, “new regulations” are often “more about emphasizing regulation and less about encouraging development”. The 2017 “Guiding Opinions on Promoting Development of the Sharing Economy” adopted a mode with regulatory power moving downward, which may trigger regulatory fragmentation in the absence of guidance from feasible regulatory theories. At present, the fundamental cause for mismatch between sharing economy regulation and business innovation is that regulators still stick to a static regulatory idea and fail to adequately consider the secondary response from market players. By adopting a three-step analysis method based on the principle of regulation neutrality and taking into account the public interest and legitimate expectation on institution, all social sectors could reach an “incompletely theorized consensus” at the “engineering technology” level to achieve interests balance.

**Key Words:** Sharing Economy; Business Innovation; Policy Dilemma; Regulatory Theory

(学术编辑:邓 峰)

(技术编辑:包康赞)

〔73〕 关于“未完全理论化共识”的理论争议,可参见(美)凯斯·R.孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社2004年版,第39页。