

ISSN 2343-4724

Journal of Legal Studies



Volume 2 Winter 2017
Nordic Journals

This publication was entitled the *Journal of Legal Studies*.

ISSN 2343-4724

Copyright © 2017 JLS

All rights reserved.

The *Journal of Legal Studies* provides a forum for legal studies. The *Journal* welcomes manuscripts for possible publication from authors both within and outside the legal profession. Send correspondence and manuscripts by e-mail. Submissions should be typewritten and footnotes and references should conform with *Publication Manual of the American Psychological Association*®.

Subscription Prices (online): EUR €29.00

The *Journal of Legal Studies* is accessible at:

<http://jls.pruna.eu>

Email: submissions@pruna.eu

Published in Helsinki, Finland

Except as otherwise expressly provided, the author of each article in this volume has granted permission for copies of that article to be made and used by nonprofit educational institutions, so long as copies are distributed at or below cost and provided that the author and Journal are identified and that proper notice of copyright is affixed to each copy.



Nordic Journals

Available online at jls.pruna.eu

Journal of Legal Studies

Journal of Legal Studies, 2017, 1–23



Journal of Legal Studies

Received: 25 May 2017. Accepted: 25 June 2017. Published: 30 June 2017

行政垄断及其规制探究

徐天宇*

摘要：随着市场经济发展，中国社会转型、经济转轨进程进一步加快，人们对于垄断和竞争的看法不断深化，对于国家运用行政权力进行合法垄断的理解度越来越高。竞争和垄断都有两面性，在某些情况下垄断有利于国计民生。但同时，行政垄断及其规制中存在的问题开始显现，相关经济和社会矛盾愈加明显。本文所探究的行政垄断不包括国家垄断，是指行政主体“滥用”自身拥有的行政权力，以此排除、限制竞争的行为。通过探究行政垄断与国家垄断的不同，明确行政垄断中行政机关滥用行政权力的违法本质。行政垄断不仅仅是因为中国的行政性旧经济体制在市场化改革的惯性作用，其本质上是行政机关为了满足自身的非法利益产生的违法行为。本文通过探究行政垄断的“滥用权力”的本质，分析我国当下运行行政垄断机制的优点和弊端，同时比较国外先进的、可适用于我国的行政垄断规制手段，提出优化行政垄断的方法和措施。对于抽象行政行为造成的垄断，本文引入了近期国家确定的竞争评估制度分析，以期更好的规制行政垄断行为。竞争和垄断的双面性如何，行政垄断的本质特征如何，如何正确的认定行政权力滥用以便更好地改善行政垄断问题，行政垄断的规制如何完善，是本文将要探究和解决的问题。

* 北京航空航天大学法学院

关键词：行政垄断;国家垄断;滥用行政权力;竞争评估制度;反垄断执法;反垄断法律完善

导论

竞争和垄断是市场经济配置资源的两种方法。从哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派再到新芝加哥学派，竞争理论在市场经济国家已经有了几百年的历史。随着竞争理论认识的转变，人们认识到，垄断在一定程度上非常有利于经济的发展。

我国对于竞争理论的认识经历了从计划经济体制到十一届三中全会正式实现社会主义市场经济体制改革的转变。随着《反垄断法》正式出台，我国的立法目的意在防止垄断给市场正常竞争机制造成的不利后果。《反垄断法》可以规范竞争，维护市场秩序，协调竞争者的个人利益和社会利益。

古典经济学家认为：“无论在过去、现在、还是将来，政府限制竞争行为都是对竞争危害最甚的行为”。现实经济生活也表明，限制竞争的力量不仅仅来自于企业，还有很多来自政府的行为。¹我国《反垄断法》关于行政垄断的规制受到了比经济垄断规制更大的关注。

行政垄断是备受争议的话题，对于行政垄断的界定在学界甚至都没有形成一致的共识。广义上的行政垄断分为两部分，一部分是合理的垄断，指政府为了国计民生和管理经济的需要，而对各行业实施的必要的垄断行为；另一部分是政府超过其对经济管理的合理界限，“滥用”行政权力限制自由竞争的行为，或者是政府不当使用行政垄断的行为。

学术界较早提出行政垄断概念的是胡汝银，他认为行政垄断就是国家垄断。²也有学者认为，行政垄断不应包括被反垄断法除外适用的垄断，此部分应被称之为国家垄断。真正的行政垄断不包括广义的概念，应当除去国家垄断的部分，仅包括由于“滥用行政权力”导致垄断的行为。

¹王晓晔. 行政垄断问题的再思考[J]. 中国社会科学院研究生院学报,2009 (04).

²胡汝银，竞争与垄断:社会主义微观经济分析[M]，上海:上海三联书店，1988,46.

王保树认为应当将行政垄断定义为“国家经济主管部门和地方政府滥用行政权，排除、限制竞争或阻碍企业之间合法竞争”。³根据《反垄断法》第八条⁴的规定，王保树定义的行政垄断是学界关于“行政垄断”的主流思想，也最终成为了《反垄断法》关于行政性限制竞争的主要释法基础。

一、国家垄断和行政垄断

《反垄断法》第七条第一款中提到的关乎国计民生的行业都是典型的自然垄断行业。这些行业可以概括为两类：一是国有经济占统治地位的关乎国民经济发展的行业，二是依法实行专营专卖的行业。⁵第七条规定表明，国家垄断是必须符合社会公共利益的。这些存在自然垄断性质而合法化行业本身对于国民生活密切相关，因此需要国家作为调控者，通过审查赋予某些具备条件的经营者以垄断经营的权力。这样的垄断所形成的规模经济可以在技术等其他条件不变的情况下，得到更高的产出，降低成本。⁶

实践中，自然垄断行业与国家垄断基本一致。国家垄断和行政垄断的区别在于，由于自然垄断行业性质的特殊性，在经过了权衡利弊后选择以国家垄断的方式，利用行政权力干预来维持此种特殊行业的正常运行，是有利于国民经济发展的选择的合法垄断。而行政垄断是滥用行政权力危害市场秩序，破坏国家经济发展的行为，是非法垄断。

国家垄断和行政垄断是可以相互转化的。⁷垄断行业的经营者都会追求营利性目标，自然垄断行业也不例外。当自然垄断的因素逐渐消失，应当在相应行业引入竞争机制更有利于经济发展时，如果原有的垄断企业和相关行政主管部门基于维护自身既得经济利益的考虑，仍然运用行

³王保树，论反垄断法对行政垄断的规制[J]，法学研究，1998,3.

⁴《反垄断法》第八条：“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争。”

⁵冯全兴. 行政垄断的本质与法律认定[D].南京师范大学,2011.

⁶王茂林.论我国反垄断法除外适用制度 [J]. 西部法学评论,2009.

⁷漆多俊. 中国反垄断立法问题研究 [J]， 法学评论， 1997(4)

政权力的保护拒绝引入竞争，维持已经不必要的垄断经营局面，则国家垄断就转化为行政垄断。

二、经济垄断和行政垄断

经济垄断，经营者“滥用”其优势地位，排斥市场自由竞争的行为。

经济垄断所获得的优势地位来自于竞争。行政垄断所依靠的力量是行政主体所掌握的行政权力，优势地位是因法律、行政法规的规定而获得，不是在竞争中形成的，并具有永久的独占性。

行政垄断与经济垄断的区别不是绝对的，两者也有相互转化的可能性。由于在市场竞争机制下，行政主体也可以从事如政府采购、公共建设等合法的经济活动。当行政权力被滥用越界从事原本合法的活动从而谋取不合法利益时，由于行政权力本身的特性，行政垄断可能有更甚于经济垄断的危害性。史际春认为，不论是从逻辑还是从时间方面看，根据不同对象采取不同调整方法，区分普通经营者利用行政权力的主体，将《反垄断法》的规制分为行政垄断和经济垄断，这样的划分不存在方法论依据。⁸从竞争理论的反垄断角度，行政垄断和经济垄断对于市场的消极影响没有本质差别，都应当得到《反垄断法》的规制。

三、行政权力“滥用”的理论分析

根据《反垄断法》第八条规定，《反垄断法》本身并不禁止市场控制地位的存在，而是禁止滥用市场地位的行为。反行政垄断其实就是反对行政机关滥用行政权力，影响市场正常竞争机制的行为。对行政垄断控制的关键，首先应当准确界定“滥用”的标准以及行政机关运用权力的合法性和合理性限度。

王晓晔认为，应当将行政权力运用的主观动机作为判定是否滥用行政权力的标准。行政机关在做出行政行为时，只要具备了限制、排除竞

⁸史际春.遵从竞争的客观要求—中国反垄断法概念和对象两个基本问题.国际贸易,1998年第4期。

争的目的，就可以认定此行政行为具有违法性。“滥用”权力本身应当是主体积极、故意主观状态的反应，最起码具有间接故意即放任的态度。如果行政主体仅仅是由于行使权力过程中存在过失，没有法外目的导致违法或者不当，也不能因此界定为行政权滥用，这能归结于行政能力较低。⁹对于如何界定“滥用”，《反垄断法》本身没有给出具体的认定方式，使得认定标准模糊不定，导致我国反行政垄断的工作效果不尽如人意。

对于“滥用”的认定，各国的认识不尽相同。大陆法系国家法律体系大多为成文法体系，讲究概念和原则的抽象界定。在认定行政权力是否滥用时，可利用行政法当中的比例原则，以此界定行政权“滥用”的边界。法国行政法理论认为，行政机关的决定只要不符合法律授予这种权力的目的，即使行政主体没有超越权限，也可认定为行政权力的滥用；而德国《行政法院法》的具体条款认为，只有自由裁量权部分才会存在行政权滥用的可能；与中国同属大陆法系的邻国日本，亦认为行政权滥用仅仅指“自由裁量权的滥用”。¹⁰

我国学者对于行政权滥用的理论认识，如胡建森《行政法学》中所论，主流观点认为滥用行政职权就是滥用自由裁量权。在判断标准上，可以引用以朱新力为代表的学者的归纳概括：违背目的说、显失公正说、综合说和列举说四种学说。¹¹这一度是理论界的主要共识。

正如洛克所说：“有很多事情非法律所能规定，这些事情必须交由握有行政权的人自由裁量，由他根据公共福利和利益要求来处理。”自由裁量权是行政权力中必不可少的存在，正是由于自由裁量才使行政权力运行更加灵活和适应社会发展。但现实生活中的行政垄断明显不仅仅限于行政机关可以自由裁量的部分，更多时候行政越权、不作为等行为

⁹童华辉. 行政权滥用认定问题研究[D].复旦大学,2008.

¹⁰朱新力. 行政滥用职权的新定义 [J] 法学研究, 1994, (3):33.

¹¹魏琼. 行政性垄断新解. 政治与法律,2010 年第 6 期.

导致了垄断。因此也有学者认为，滥用职权包括但不仅限于滥用自由裁量权，所有行政权都有被滥用的现实可能。

随着我国社会主义市场经济确立，行政权规范与控制理论蓬勃发展，行政权滥用的传统认识开始遭到质疑和挑战。学者充分认识到，行政权滥用不仅只是自由裁量权的滥用，还包括羁束裁量权的滥用。行政法理论体系针对行政羁束权设置了合法性原则，针对的行政裁量权设置了合理性原则。两大原则可以更好的规范行政权力的运行，防止滥用现象的发生。我国是法治环境复杂的大国，行政行为纷繁多样，除滥用自由裁量权外，超越行政越权行为、行政不作为的行为也都被纳入行政权力滥用的范围。

行政越权是指行政主体超越自身行使行政权力边界，不合法或不适当的干预了市场竞争机制，产生了排除、限制竞争效果的行为。行政不作为是行政主体或者行政机关工作人员未合法履行作为义务，未构成行政违法但影响了市场发展的行为。¹²如我国长期实行的免检制度，实际上就是政府滥用行政权力造成行政垄断的一种表现：在通常情况下，所有的企业产品都应当由行政机关定期对产品合格进行检验，免检制度使得很多企业由于冠冕堂皇的原因免受检验，不仅减少了行政机关的工作，亦使得产品本身似乎拥有了比其他同类产品更多的卖点，无形中排除限制了竞争。¹³

因此，不论行政权力的种类如何，只要行政主体在行政权运行或使用过程中，出于主观上的积极故意，违反法律规范的宗旨和范围行使权力，追求合法行政之外的法律效果，在客观上实施了违法的或不当的行为，即构成行政权力的滥用。

四、行政垄断的表现形式

¹²徐宇. 行政垄断认定标准研究[D].苏州大学,2012.

¹³冯全兴. 行政垄断的本质与法律认定[D].南京师范大学,2011.

政府的行政管理基本可以分为横向性地区管理和纵向性行业管理。结合法条总结，行政垄断有两种具体表现形式，即地区垄断和行业垄断。

（一）行业垄断

行业行政垄断是行业的行政管理部门利用其拥有的各种管理型行政权力为企业构筑政治壁垒所形成的一种排除限制其他经营者竞争的行为。由于政府的授权，这些企业在产品的生产、销售等环节中受到了政府的合法庇护，处在垄断的优势地位，拥有其他企业所不具有的竞争优势，无形中限制了竞争。

行业性行政垄断主要存在于自然垄断行业当中。我国目前所有自然垄断，都是用法律、行政手段合法设置进入门槛，排除其他经营者竞争后才能完全维持垄断的。¹⁴公用事业限制竞争的初衷，是为了提高效率，维护公共利益。然而近年来，消费者对于电信、铁路、电力等行业的变相收费、官商作风、责任推诿等问题难以忍受，引进竞争机制的呼声也越来越高。为了解决相关问题，中国的基础设施产业逐渐引入竞争，提供高效且优质的产品和服务，解决公用型事业的行业垄断问题。

对于行业垄断问题，各行各业皆有其特殊性，要制定适当的行业法律和产业政策。相关的特殊法律如《中华人民共和国电力法》等已经出台，特殊行业有法可依。对于披着自然垄断外衣的行政垄断行业，不能采取单纯的反垄断法思路，但这不是说反垄断法在公用事业中无所作为。《反垄断法》相对于调整特定行业的专门法律规范处于普通法的地位，特别法优于一般法只存在于同一法律效力时可以适用。特别法虽然优于普通法但不一定高于普通法，在特别法未做规定、规定不明时，要严格遵循反垄断法的规定。

（二）地区垄断

地区性行政垄断，也可称作“地区保护主义”，可能表现为税收差别、有形封锁、歧视性许可程序、指定产品采购、强制搭售等行为。各个地

¹⁴李莹琦. 公用事业特许经营的垄断行为及其法律规制[D].宁波大学,2013.

方政府为了本地的利益，通过行政管制手段限制各地资源在市场中自由流动。地区垄断可以分为限制流入和限制流出两种行为。限制流出行为，是为了保障本地经营者原材料市场。限制流入行为主要存在于垄断性经营部门，如烟草行业、啤酒行业等。¹⁵

目前对于地区性行政垄断问题，《反垄断法》的规定较为科学细致，明确禁止各地区阻碍外地经营者进入本地市场的行为。然而立法机关忽视了当前普遍存在的逆向歧视现象：很多地方政府盲目认为外来资本和企业更有利于地区经济发展。政府在招商引资过程中对外资、外来企业倍加青睐，而对本地民营的中小企业施加不公平待遇，这也是地区垄断的一种表现形式。究其根本，不论是本地歧视还是外来歧视，原因都在于地区官员扭曲的政绩观，是地区行政机关滥用权力的表现，应当予以禁止。

五、行政垄断的法律规制分析

（一）我国行政垄断的法律规制

1、原则性规定

对于行政垄断，《反垄断法》总则第八条规定了原则性规定，在法律无法一一列举行政垄断行为的情况下，原则性的规定可以更好的适应现实生活中行政垄断行为的复杂多样的特点，也体现了立法机关对于行政垄断规制的重视，回应了民众对于规制行政权力的诉求。同时，如上文所述，第八条对于行政主体的规定模糊，行为界限不明，是导致我国行政垄断在数年的执法实践中一直很难涉及省部级案件的现状的原因。

2、具体性规定

分则中，《反垄断法》第五章专章明确规定了滥用行政权力排除、限制竞争的情况，列举了一系列行政垄断的典型行为：第32条禁止行政机关和被授权组织限定购买；第33条禁止地方保护和不公平待遇；

¹⁵杨斐. 中国行政垄断规制研究[D].西北大学,2007.

第 34 条禁止招投标地方保护；第 35 条禁止对外地经营者的投资给予不公平待遇；第 36 条禁止行政机关和被授权组织强制经营者从事不法垄断行为；第 37 条禁止行政机关和被授权机构滥用抽象行政行为。¹⁶

比起具体行政行为对于市场竞争的垄断程度，抽象行政行为的滥用影响范围更广，影响程度更深。抽象行政行为通常作为规范性文件的方式出现，根据《行政诉讼法》第 12 条¹⁷的规定，抽象行政行为被排除在法院的受案范围之外，具有不可诉性，受害方无法通过诉讼途径来寻求保护。根据《立法法》第 87 条¹⁸，反垄断法的效力层级较高，抽象行政垄断行为与《反垄断法》相抵触的，应属无效。《反垄断法》为行政权力的边界提出了标准，但只是蜻蜓点水的表明了禁止的立场，具体判定无效的程序却并没有更为细致的规定，因此在司法实践中导致实践中对于抽象行政行为造成的垄断难以规制。

国际上对于《反垄断法》的适用分为“统一适用、例外豁免”和“有限适用”两种。¹⁹前者主要是美国和欧盟等国家的做法，我国属于后者。“有限适用”即当反垄断法的规定与其他法律法规、国家政策发生冲突时则会遭到不能适用的限制。根据上文分析，行政垄断中的抽象行政行为如果存在排除、限制竞争的可能性，则与《反垄断法》的宗旨相悖，应当受到《反垄断法》规制。由于没有具体的操作程序，我国适用“有限适用”无形中架空了《反垄断法》本身的规定。

我国想要真正发挥《反垄断法》的作用，必须更加明确《反垄断法》在适用范围上应高于其他行业规范、行政法规。对于抽象行政行为可能涉及滥用行政权力，限制排除竞争的，设置一套行之有效的规制和撤销方案。

¹⁶ 史际春;赵忠龙. 行政垄断及其规制的再审视[J]. 社会科学,2011,09:85-93.

¹⁷ 《行政诉讼法》12 条规定：“对于因行政法规、规章霍行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令而提起的诉讼，人民法院不予受理。”

¹⁸ 《立法法》第 87 条之规定，“下位法违反上位法规定的，由有关机关依照第 88 条规定的权限予以改变或者撤销”。

¹⁹ 董溯战 . 论反垄断法的豁免制度[J] . 当代经济法学研究, 2004.

3、执行性规定

我国反垄断执法机构采取了“多层次、多机构”²⁰的执法体制。

此种执法机制表面上呈现出“各司其职”的和谐景象，事实上难以摆脱多头执法可能导致的衡量标准不统一、监管越位错位、互相推诿扯皮的工作现象。同时，由于执法机构都是政府的组成部门，执法部门本身级别不高，对行政机关有很强的依附性，实在难以独立、公正执法。

除此之外，反垄断执法机构与行业监管机构在执法过程中的职责也未明确。我国在电信、石油、证券等与人民生活息息相关，关乎国计民生的行业中设立了行业监管机构。一般情况下，监管机构执法更具专业性和针对性，可以在短时间内找到行业中垄断的症结所在，及时执法，减少对市场秩序的破坏；缺点是由于不同行业的监管机构标准不一，难以使同样的垄断行为得到统一的纠正，不利于《反垄断法》的执行；

由反垄断法执法机构统一行使执法权，可以建立统一的执法标准和执法体制，弊端是特殊行业的特殊性无法顾及，执法成本势必效率更低。

4、责任性规定

《反垄断法》第 51 条规定了行政主体造成行政垄断的法律责任。

第 51 条的问题之一在于，法律对行政垄断只规定了行政责任，对于经济垄断则规定了行政责任和民事责任。而两者的行政责任甚至也不相同：经济垄断行为的行政制裁以行政处罚为主，而行政垄断行为则以行政处分为主。²¹从损害结果来看，行政垄断的危害性与经济垄断相当，在损害企业利益时也应当像经济垄断一样对受害企业承担相应的民事责

²⁰ 目前我国反垄断的执法层次为：（1）国务院反垄断委员会；（2）国务院规定的承担反垄断执法职能的机构；（3）经反垄断执法机构授权的省、自治区、直辖市人民政府的相应机构。在执法机构上，商务部、发改委、国家工商总局分别负责我国的反垄断执法工作。

²¹ 王晓晔. 中华人民共和国反垄断法详解. 知识产权出版社, 2008, 第 264 页

任。除此之外，当行政垄断产生严重社会危害时，更应当看到其刑事违法性，追究其刑事责任。

第 51 条的问题之二在于，由上级机关对于行政机关滥用行政权力的问题责令指正，反垄断执法机构只有“建议权”。反垄断执法机构的“建议权”本身也不就有任何强制性，执法的主动权在上级机关手中，完全架空了反垄断执法机构作用，使行政垄断和经济垄断的执法完全脱节。所谓的上级机关，并不是确定的行政执法机关，很难进行监督和追责。上下级政府机关之间本身就具有保护情结，产生“官官相护”。现实生活中下级机关大多听从上级机关的指示行事，何谈上级机关对下级机关的监督和纠正。²²当上级机关处理下级机关和第三方的争议时，也很难做到公正有效。

该条的问题之三在于，反垄断执法机构对于行政机关做出的抽象行政行为除了毫无强制力的“建议权”之外，无权直接责令改变或者撤销，几乎可以说是束手无策。抽象行政行为本身就不具有可诉性，受害者完全无法自行救济。如此没有实际操作性的规定，使得抽象垄断行政行为难以进行司法救济。

（二）其他国家对于行政垄断的规制分析

经济转轨国家普遍存在行政垄断的问题。在经过了比较法研究之后，本文认为，俄罗斯和乌克兰对行政垄断的规制最为完善，我国可合理借鉴。

俄罗斯、乌克兰在反垄断立法方面都采用了专门规定式。²³俄罗斯《保护竞争法》总则 3 条对行政垄断做了原则性规定，分则部分在 5 条、第 16 条对行政垄断主体实行的破坏竞争的行为种类做出了详细的规定。²⁴同样的逻辑还体现于乌克兰《保护经济竞争法》，总则第四条

²²王晓晔. 行政垄断问题的再思考[J]. 中国社会科学院研究生院学报,2009,04:49-58.

²³冯全兴. 行政垄断的本质与法律认定[D].南京师范大学,2011.

²⁴段宏磊. 全球反行政垄断立法类型论[J]. 理论月刊,2015,(08):182-188.

²⁵规定行政主体不得损害竞争，分则第三章对行政主体有哪些，不得实施哪些反竞争行为进行了具体规定。

专门规定式的立法机制对立法技术有极高的要求，俄罗斯、乌克兰的反行政垄断的成功在于，法律本身对于行政主体类型规定明确，反垄断机构的权利界限十分清晰，反垄断执行程序有法可依，具体可操作，实施性很强。我国虽然也采用这种立法体制，但是存在主体界定不明、行为类型化等方面的根本缺陷。另一方面，反行政垄断除了涉及法律适用以外，还对社会的法治环境，执法机关执法能力等方面有着极高的要求。对比乌克兰对于反垄断机构具体权限的明确规定和执法严格性，我国行政垄断的立法和执法存在机构分设、行政层级较低、主体不明、界限不清等多种问题，难以对行政垄断行为产生实际的执法约束力。

鉴于我国的反垄断执法水平相对难以达到专门规定式的立法体制所需要的高度，可行性有限，除了借鉴上述两国对于行政主体的规定方式以外，在立法上还可以学习哈萨克斯坦的立法模式，将行政垄断的规制与经济垄断合并，从根本上还原行政垄断与经济垄断没有本质差别的实质。哈萨克斯坦《竞争和限制垄断行为法》，第十三条到第十六条属于对具体垄断行为类型列举²⁶，包括经济垄断和行政垄断两类，无差别进行反垄断规制。这种做法与史际春的观点相同，只在行为主体上区分对行政垄断和经济垄断，但不存在其他差别待遇。²⁷将行政垄断与经济垄断的治理并轨，同时改变反垄断执法机构的不独立性，以期获得更好的执法成效。

六、行政垄断法律规制的完善

（一）规制理念的明确

²⁵第四条规定：“机关、地方自治政府机关、行政性经济管理和监管机关应促进经济竞争的发展，不得实施损害竞争的违法行为。”

²⁶第13条到16条列举的垄断行为包括：“国家机构限制竞争的法律和行为”、“市场实体限制竞争的协议”、“国家机构限制竞争的协议”和“市场实体的支配地位”。

²⁷时建中主编. 三十一国竞争法典 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2009.

目前反垄断法的规制理念已经由“结构主义”转向“行为主义”，承认独占和寡头垄断状态并不必然破坏竞争的中性地位。²⁸只有企业滥用优势，或者行政机关滥用行政权力，实施反竞争行为，才会构成不法。因此，我国并不禁止拥有市场支配地位的状态存在，只是禁止滥用市场支配地位的情形，是以行为豁免作为豁免制度的采用方式。

同时，除外适用中规定的关乎国计民生和国家安全的产业，是为了追求公益和社会价值，但我国受经济体制残留的影响，仍难以避免以行政垄断为主体的垄断形式，这些垄断往往以“国家利益”为挡箭牌，混淆垄断和除外制度的界限。《反垄断法》应当更加合理的界定除外制度的适用范围，在允许自然垄断行业天然或者法定的寡占的情况下，避免行政部门滥用豁免权。

（二）违法判定原则的明确

反垄断违法判定的两大基本原则是：“本身违法原则”和“合理原则”。

“本身违法原则”是指，不论是否真正产生排除、限制竞争的危害后果，只要该种行为在市场中出现，即使此行为客观上会促进竞争，也只能认定为行政垄断行为。具体适用到行政垄断行为当中，只要实施的行政行为没有宪法法律的合法依据，或者违反了《反垄断法》的宗旨目的，则可认定为非法。

“合理原则”中，如果市场上某些限制竞争的行为形式上具有限制竞争的后果和目的，但客观上却可以推动竞争，如改变企业经济效益、采用新技术降低产品成本等有利于竞争和发展的正当理由，则该行为应被视为合法。合理原则中行政行为是否属于滥用行政权力，要结合法律规定和市场具体的影响来判断。只有违反了法律规定同时限制、排除竞争的不合理行为，才会被认定为行政垄断行为。

²⁸ 史际春;徐瑞阳. 产业政策视野下的垄断与竞争问题——以银行卡清算产业的法律规制为例[J]. 政治与法律,2016,(04):2-13.

对此，有学者主张，根据我国国情，行政垄断行为的认定应当适用“本身违法原则”。原因在于：“本身违法原则”判定标准明确，在我国目前法治程度较低的社会现实中更容易适用；“本身违法原则”适用的执法成本更低，减少反垄断执法机构的执法负担。

本文认为，“本身违法原则”的适用确实更简单明确，但有违《反垄断法》本身的目标。反垄断的目的在于，促进市场竞争，维护市场秩序，最终目标是要实现市场经济的健康发展。“本身违法原则”僵化的判断，会错使原本有利于市场竞争的行为难以实现。法律的制定和执行过程，本身也是不断权衡各种社会价值的过程，不能盲目追求执法效率而忽略了立法本身的目的。“合理原则”的确立，给予执法机构充分的自由裁量权，注重个案的和理性分析，有利于提高国内市场的发展和国际市场竞争力的提高。

（三）法律规定的完善

不论是否支持以一部《反垄断法》对行政垄断行为进行规制，学者们都承认行政垄断应当得到有效的规制。《反垄断法》虽然专章规定了“禁止行政垄断”，但是对于规制方式如何协调，反垄断实施机制以及抽象行政行为到底如何处理，都没有细致的规定。

1、明确行政垄断的主体

根据《反垄断法》第八条的规定我们很难准确的认定到底哪些机构可以成为行政主体。比较其他国家较为成熟的法律规定，俄罗斯反垄断法²⁹几乎囊括了所有出中央行政机关外的行政机构，拥有全面准确的认定方式。借鉴于此，结合行政法相关理论结合行政垄断的性质，行政垄断适格标准至少应当包括：主体有行政职权、主体的行政性、主体是行

²⁹俄罗斯反垄断法第4条的规定：“行政垄断的主体为行政权力机关，具体包括：俄罗斯联邦、联邦下属各共和国、自治区、州的国家与地方行政机关，区和市所设行政权力与市场管理部门，以及社会组织和团体的管理部门。联盟、协会和商会，以及企业跨部门、跨地区成立的完全履行管理职能的其他联合机构，也都属于可以实施行政垄断行为的主体范围。

政行为实施者。根据适格标准，行政机关本身自不用赘述，具有管理公共事务职能的组织则应当包括：行政机构、事业单位、企业组织、行业协会等包括但不限于教育、科学、文化、科技、体育、环境等领域所有可能滥用行政权力的机构。此种明确行政主体界限的法律规定，有利于我国在反行政垄断执法中明确行政垄断的主体，使行政垄断得到及时有效地规制。

2、明确行政垄断的行为标准

《反垄断法》第 32 条到第 37 条都使用了“滥用行政职权”这一说法。根据上文分析，滥用的行为界定相对来说较为模糊，很多违法的行政垄断难以进入法律规制的层面，放纵了行政垄断行为。

政府和市场的关系是政府利用国家干预手段介入市场对于资源的自发调节，政府干预力度太小则难以克服市场失灵的问题，干预过度则会使市场丧失活力，产生计划经济的弊端。行政垄断主要原因就是政府对市场的干预超过了必要的程度，影响了正常的市场竞争机制，造成了过度管理的弊端³⁰因此，合法的行政垄断的范围是市场失灵的范围。在行政主体得到准确界定的情况下，哪些行为构成滥用行政权力，排除、限制竞争，应当考虑的因素有：行为本身是否造成了限制竞争的市场效果；行为是否有充分的法律依据或者政策支持；如果是抽象行政行为，则要考虑行为是否增加了行政机关不合理的权力。

本文认为，可以在未来的立法进程中，考虑在《反垄断法》中单独设置规范行政垄断的主体和行为标准问题的条文，借鉴俄罗斯对于行政垄断主体的规定经验，明确而全面的界定行政垄断的主体，并将行政越权、行政不作为等行为明确列入“滥用”的范畴当中。

3、反垄断执法机构独立行使执法权

改变《反垄断法》51 条中上级机关责令纠正的执法机制，执法权应归于反垄断执法机构。行政系统内规制行政垄断可以作为辅助，但如果

³⁰郑一飞.《反垄断法》视角下行政垄断法律控制机制研究[D].复旦大学,2008.

以此作为规制的主要路径，则很难实现《反垄断法》的目标。王晓晔提出，我们可以借鉴其他国家的或者地区的反垄断法经验，将审查和处理行政垄断的案件统一归于反垄断执法机构。欧共体委员会、联邦德国卡特尔局、日本公平交易委员会等，都以此保证了反垄断法在各行各业的有效适用。³¹史际春也认为，对行政垄断规制最好的办法，就是将行政主体纳入《反垄断法》的规制范围，不要将行政垄断分章单列，不要做出特殊对待。

4、反垄断实施机制

只有实现了反垄断执法机构的专业和独立，有效的行政垄断规制才可能实现。现行的三大反垄断执法机构：商务部要承担促进外商投资的职责，审查经营者集中；发改委负责价格的制定，维持财政收支平衡，推进经济战略调整等职责；工商总局组织监督市场交易，规制商标使用，管理企业活动等。三驾马车并行，各机构有专属事务，对于行政垄断的《反垄断法》规制不仅无法全力以赴，也难以与其他的工作同时兼顾，此种执法机制显然是力不从心的。

行政垄断涉及到经济社会规划、产业政策等各方面的问题，除了执法机构权力分散的弊端之外，《反垄断法》本身也没有对执法程序制定出细致的可行性方针。应当在反行政垄断的理念和法律当中明确，“行政机关和相关有行政权力的组织”与“经营者”一样，同样适用《反垄断法》中的反垄断程序性要求，推进行政垄断和经济垄断处理相同的程序。³²

我国设立有证监会、保监会、银监会等行业管理机关，反垄断法所建立的统一监管机构与这些行业管理机构的关系是“并行不悖”还是“二者只选其一”，《反垄断法》本身亦没有确定的规定。本文认为，本着提高执法效率，注重执法质量的目标，应当坚持反垄断执法机构统一监管为主，行业监管为辅的模式。在反垄断执法中，反垄断执法机构应当

³¹王晓晔. 关于我国反垄断执法机构的几个问题[J]. 东岳论丛,2007,(01):30-41.

³²史际春;赵忠龙. 行政垄断及其规制的再审视[J]. 社会科学,2011,09:85-93.

具有主导地位，并负责协调竞争执法机构的工作。在此基础上，规定更细致可操作的规制方案。

（四）、抽象垄断行政行为滥用规制

1、确认无效程序和惩罚程序

抽象垄断行政行为大都为了维护地方利益或者行业利益。按照现有的立法监督程序，规制滥用抽象行政行为所造成的行政垄断程序分为：确认无效程序和惩罚程序。确认无效程序可以根据《立法法》规定的制定机关确认抽象行政行为无效的程序进行。对此，我们也可以借鉴俄罗斯反垄断法对于抽象行政行为的处理：行政机关制定的可能涉嫌行政垄断的法律规范必须先经过反垄断执法机关审查；反垄断机构对生效的抽象行政行为向仲裁法院申请，由法院认定其是否限制竞争。³³在认定无效后，对于滥用行政权力的行政机关处以相应的惩罚。惩罚程序可以提高违法成本，是不可或缺的一部分。

2、竞争评估制度

尽管抽象行政行为在排除竞争时可以适用确认无效程序，但是出于维护法律的稳定性、可预见性等要求，最好的做法应当是，在立法时做好相关的审查工作，将可能限制、排除竞争的法律在正式立法前排除，减少不当限制竞争的法律和竞争政策。

近年来，竞争法学界学者呼吁借鉴韩国、欧美等国家，建立竞争评估制度。2016 年，国务院发布《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，我国正式确立竞争评估制度，希望以此有效减少限制竞争的法律法规。

竞争评估制度又称公平竞争审查制度，是竞争主管机构或其他机构通过分析、评价拟定中或现行的法律可能或已经产生的竞争影响，提出

³³刘继峰. 俄罗斯反垄断法规制行政垄断之借鉴[J]. 环球法律评论,2010,02:124-131.

不妨碍法律目标实现而对竞争损害最小替代方案的制度。³⁴主要针对政府干预经济的各项制度安排，包括法律、法规、规章、规范性文件等。在行政垄断的规制过程当中，竞争评估制度不仅可以审查抽象行政行为的合法性，还可以对行政机构的具体行政行为形成约束。

2007年，经济合作与发展组织（OECD）印发了《竞争评估工具书》³⁵，工具书罗列了“竞争核对清单”，确立“初步评估—深入评估”的评估程序。竞争核对清单是一种负面清单，只要政策措施中包含清单罗列的行为，例如限制经营者数量或经营范围、限制消费者获得的信息及途径等，该政策措施就会因为被判定为可能影响市场的有效竞争而被排除。很多国家借鉴竞争核对清单中所罗列的情况，结合本国国情设立了维护竞争机制的竞争评估机构，意在对本国已颁布的可能限制竞争的法律法规和政策进行清理，对即将颁布法律法规的进行评估。此种评估有效减少了限制、排除竞争的抽象行政行为和竞争政策。

（1）其他国家的评估制度

依据约翰·克拉克（John Clark）的分析，为建立有效的竞争倡导法律机制，必须首先明确竞争倡导的主导机构。³⁶审查主体可以分为机构自身审查、竞争执法机构审查、独立的专责审查机构三种。例如美国由反垄断执法机构进行竞争评估、欧盟由欧盟委员会实施国家援助控制等，都是竞争执法机构审查的典型。而澳大利亚则采用了新设独立专责审查机构进行评估的方式。诸多国家实践表明，竞争审查制度可以有效减少抽象行政行为限制、排除竞争，亦有利于行政垄断的规制。

实施竞争评估制度较为成功且竞争政策与我国相似的国家为日本和韩国。日本建立了日本公正交易委员会，基于《竞争评估工具书》，制

³⁴ 吴汉洪,权金亮. 日本、韩国的竞争评估制度及对中国的启示[J]. 中国物价,2016, (04):22-26.

³⁵ OECD. 竞争评估工具书——原则. OECD, 2007.

³⁶ John Clark. Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries. OECD, 2005.

定竞争评估核对清单。³⁷根据清单内容，具体分析法律法规和竞争政策对市场的影响，对于可能排除竞争的法律法规进行修改或者剔除。评估模式上，日本各行政机关进行评估，再由公正交易委员会对各部门的评估状况进行评估，得出最终是否限制竞争的评估结果。韩国的评估程序分为两个步骤，先由各行政机关初步评估，再由评估机构对初步评估进行审核，决定是否进行深入评估。

（2）我国的竞争评估制度

我国由政府制定机关对各种颁布的法律法规、政策文件进行“自我审查”。制定机关的自我审查，有利于在法律颁布之前对是否影响竞争的问题进行考虑。弊端在于，此种机制可能导致制定者自身审查沦为一种形式，敷衍竞争评估。

现阶段我国反垄断执法工作过程中还存在大量未解决的问题，可能还很难做到单独设立评估机构。在此种反垄断执法环境下，我国更适用于由指定部门进行评估后，竞争执法机构即反垄断执法机构审核的制度设计。我国应当赋予反垄断执法部门相关的权力。为了更好的实施竞争评估制度，我国可以借鉴他国的成功经验，如上文所述设置反垄断执法机构单独行使法律赋予的反垄断职权，改变目前反垄断执法多机构并行，没有统一执法标准的现状。对于将要颁布实施的法律规章和国家各类可能影响到市场健康运行的政策，由反垄断委员会统一审查，只有审查过后确定不会限制、排除竞争的法规和政策才能颁布实施。待我国的反垄断执法机制成熟，执法标准统一，执法效果良好时，反垄断委员会可以引入独立第三方机制帮助其开展评估和进行审查。³⁸

³⁷孙晋. 我国公平竞争审查主体制度初探[A]. 中国经济法学研究会.经济法 30 人论坛第三期 “公平竞争审查制度实施与国有企业深化改革”研讨会会议论文集[C].中国经济法学研究会,2016:16.

³⁸孙晋,孙凯茜. 我国公平竞争审查主体制度探析[J]. 湖北警官学院学报,2016,(04):28-36.

在这样的评估基础上，为了防止法律法规和政策的指定部门怠于审查，可以效仿国外的“财政奖励”措施，对于积极评估审查的部门给予奖励；还可将减少限制公共干预程度作为一项重要的行政机关评估指标。

综上所述，我国在规制行政垄断，尤其是抽象行政行为造成的垄断时，应当逐步从现行的“自我审查”过渡到竞争机构审查，最终建立独立的第三方审查机制，更好的防止抽象行政行为限制、排除竞争，使行政垄断从源头得到规制。

结语

我国建立和完善市场经济体制，就是要促进市场竞争和资源的合理分配，推动国民经济的发展。对于垄断，要充分认识其双面性，合理反垄断。不仅要防止企业垄断，还要防止行政垄断。

行政垄断是《反垄断法》不可回避的问题。所有国家都和我国一样，面临行政垄断的规制问题。对于行政机关实施的垄断，应当根据我国的国情，从立法、执法、司法角度全方位的进行规制。在明确行政垄断是“滥用”行政权力的基础上，明确行政垄断的主体和判断标准。要合理分析行为本身是否确实排除限制了竞争，是否滥用了行政权力，是否有利于国计民生，而不能全部否定。

反垄断执法机构的执法机制也应当有更深一步的优化，将执法权统一行使，行业监管机构进行辅助，在保障执法标准统一的前提下，提高执法专业性和效率性。

行政垄断的成因复杂，解决更不是一日之计。行政垄断不仅仅是一个法律问题，与我国的政治体制、经济体制也有着千丝万缕的关系，单靠一部《反垄断法》不能圆满的从根本上解决行政垄断问题。在对《反垄断法》进行不断完善的基础上，还要不断深化政治体制改革，提高公民的参与性和监督性，努力消除行政垄断滋生的土壤，创造更好的法治和经济环境。

参考文献

史际春.遵从竞争的客观要求—中国反垄断法概念和对象两个基本问题.国际贸易 1998 年第 4 期.

Clark,John. Competition Advocacy : Challenges for Developing Countries. OECD.2005.

OECD.竞争评估工具书——原则. OECD, 2007.

柏环. 我国行政垄断反垄断法规制实施保障问题研究[D].内蒙古大学,2015.

陈林; 朱卫平. 行政垄断的内涵与外延——关于学术界三大理论分歧的评述[J]. 经济学动态,2012,07:35-42.

董溯战. 论反垄断法的豁免制度[J]. 当代经济法学研究, 2004.

段宏磊. 全球反行政垄断立法类型论[J]. 理论月刊,2015,(08):182-188.

郭宗杰.行政性垄断之问题与规制.法律出版社,2007.

侯璐. 我国公平竞争审查机制的构建及其完善[J]. 价格理论与实践,2016, (07): 42-46.

胡汝银, 竞争与垄断:社会主义微观经济分析仁[M], 上海:上海三联书店, 1988.

黄勇;吴白丁;张占江. 竞争政策视野下公平竞争审查制度的实施[J]. 价格理论与实践,2016,(04):31-34.

孔少飞.欧盟的国家援助制度及其借鉴[J].欧洲研究,2006 (3) .

李俊峰. 公平竞争自我审查的困局及其破解[J]. 华东政法大学学报,2017,(01): 118-128.

李莹琦. 公用事业特许经营的垄断行为及其法律规制[D].宁波大学,2013

刘继峰. 俄罗斯反垄断法规制行政垄断之借鉴[J]. 环球法律评论,2010,02:124-131.

刘继峰. 论公平竞争审查制度中的问题与解决[J]. 价格理论与实践,2016,(11): 31-34.

漆多俊. 中国反垄断立法问题研究 (J) .法学评论, 1997(4)

尚明. 中国反垄断法初见成效.中国经贸, 2010 年第 17 期.

时建中. 强化公平竞争审查制度的若干问题[J]. 行政管理改革,2017,(01):43-46.

时建中. 经济性垄断案件调查程序探讨.工商行政管理 2006 年第 11 期.

史际春;赵忠龙. 行政垄断及其规制的再审视 [J]. 社会科学,2011,09:85-93.

史际春. 公用事业引入竞争机制与“反垄断法”[J]. 法学家,2002,06:59-65.

史际春;徐瑞阳. 产业政策视野下的垄断与竞争问题——以银行卡清算产业的法律规制为例[J]. 政治与法律,2016,(04):2-13.

孙晋. 论公平竞争审查在我国政府采购领域的适用[A]. 中国经济法学研究会.经济法 30 人论坛第三期“公平竞争审查制度实施与国有企业深化改革”研讨会会议论文集[C].中国经济法学研究会,2016:12.

孙晋. 我国公平竞争审查主体制度初探[A]. 中国经济法学研究会.经济法 30 人论坛第三期“公平竞争审查制度实施与国有企业深化改革”研讨会会议论文集[C].中国经济法学研究会,2016:16.

孙晋. 三峡旅游公司涉嫌垄断经营的法律思考.法治研究, 2007 年 5 期.

孙晋;苗航. 论我国竞争评估程序制度的建构 [J]. 竞争政策研究,2016,(06):62-71.

孙晋;袁野. 论公平竞争审查在我国政府采购领域的适用[J]. 湖北行政学院学报,2016,(05):78-84.

王保树, 论反垄断法对行政垄断的规制[J], 法学研究, 1998, 3

王健. 政府管制的竞争评估[J]. 华东政法大学学报,2015,(04):8-16.

王靖涵. 行政垄断法律责任制度研究[D].东北财经大学,2016.

王茂林.论我国反垄断法除外适用制度 [J]. 西部法学评论,2009

王明. 行政垄断的责任追究机制[D].北京交通大学,2014.

王晓晔. 行政垄断问题的再思考[J]. 中国社会科学院研究生院学报,2009,04:49-58.

王晓晔. 中华人民共和国反垄断法详解.知识产权出版社,2008.

王晓晔. 关于我国反垄断执法机构的几个问题[A].王晓晔.王晓晔论反垄断法[C].北京: 社会科学文献出版社,2010: 405.

吴汉洪;权金亮. 日本、韩国的竞争评估制度及对中国的启示[J]. 中国物价,2016, (04):22-26.

谢地. 政府规制经济学.高等教育出版社,2003.

徐晓凤. 我国行政垄断的反垄断法规制研究[D].中国海洋大学,2009.

亚当·斯密著. 国民财富的性质和问题的研究（下册），郭大力、王亚南译，商务印书馆,1983.

杨斐. 中国行政垄断规制研究[D].西北大学,2007.

应品广. 竞争政策的宪政分析[D].华东政法大学,2012.

张占江. 中国法律竞争评估制度的建构[J]. 法学,2015,(04):67-83.

郑鹏程. 论行政垄断的概念与特征.山西师大学报(社会科学版),2000年第3期.

郑一飞. 《反垄断法》视角下行政垄断法律控制机制研究[D].复旦大学,2008.



Nordic Journals

Available online at jls.pruna.eu

Journal of Legal Studies

Journal of Legal Studies, 2017, 24–37



Journal of Legal Studies

Received: 25 May 2017. Accepted: 25 June 2017. Published: 30 June 2017

高频交易的法律监管

姜帆*

摘要：高频交易起始于美国，近年来在中国证券期货市场已经初见端倪。高频交易以其交易高频率化、低迟延性以及复杂的技术性，加速了证券市场流动性的同时，也给市场带来了一系列的风险。因此，需要提前做好风险防范，把高频交易纳入法律的监管框架之内，本文从中国的实践出发，并借鉴欧美发达国家的监管经验，明确对高频交易的界定以及监管措施。引导高频交易向有益于市场的方向发展。

关键词：高频交易；法律监管；程序化交易

一、由案例引发的思考

案例一：2013年8月16日11点05分上证指数出现大幅拉升大盘一分钟内涨超5%，50多只权重股均触及涨停。经过事后调查，系光大证券自营的策略交易系统存在设计缺陷，连锁触发后生成巨额订单，订单生成系统在11时05分08秒之后的2秒内，瞬间生成26082笔预期外的市价委托订单并发至交易所。这种异常交易数据触发了其他券商和金融机构的高频交易系统，展开追随交易。短短几分钟内，上证指数上涨超过百点，从跌近1%拉升到涨近3.5%。工行、石油等蓝筹股集

* 北京航空航天大学法学院。

体异动，总共 71 只个股瞬间触及涨停，而后又集体回落，至收盘，上证指数收跌 0.64%。这是中国 A 股市场上至今为止最大的乌龙事件。

案例二：2015 年 6、7 月间，中国证券期货市场出现异常巨幅波动。公安机关随即展开侦查，成功侦破一起以贸易公司为掩护，境外遥控指挥、境内实施交易，作案手段隐蔽、非法获利巨大的涉嫌操纵期货市场犯罪案件。伊世顿总经理高燕、业务拓展经理梁泽中以及华鑫期货公司技术总监金文献等犯罪嫌疑人用约 600 万启动资金，“高频交易”获利高达 20 亿元，涉嫌操纵期货市场犯罪，已被依法批准逮捕。高燕等人还交代，安东及其境外技术团队设计研发出一套高频程序化交易软件，远程植入伊世顿公司托管在中国金融期货交易所的服务器，以此操控、管理伊世顿账户组的交易行为。伊世顿账户组通过高频程序化交易软件自动批量下单、快速下单，申报价格明显偏离市场最新价格，实现包括自买自卖（成交量达 8110 手、113 亿元人民币）在内的大量交易，利用保证金杠杆比例等交易规则，以较小的资金投入反复开仓、平仓，使盈利在短期内快速放大，非法获利高达 20 多亿元人民币。

从目前中国内地的证券市场来看，在股票市场，许多制度的限制和多方面的因素导致高频交易缺乏实现的基础。但是，这并不意味着中国市场上不存在高频交易，在商品期货、金融期货、交易型开放式指数基金等采取 T+0 交易方式且交易税费成本比较低的领域，许多期货公司，私募基金在使用主机托管或担保连接服务进行高频交易。光大乌龙指事件使得中国证券期货市场中的高频交易浮出水面，引起人们的关注。而 15 年伊士顿公司操纵股指期货案的侦破，更是引发了中国资本市场对于高频交易监管的思考。随着高频交易在中国市场中的不断发展以及相关监管措施的缺位，由此给中国证券市场带来巨大的风险。2015 年全球最大的高频交易公司之一，Virtu Financial Inc 宣布计划进军中国市场，随后另外一家高频交易公司 Optiver 也宣布正在扩张大中华区业务。同时，另一家名唤 KCG Holdings Inc 的高频交易公司也表示在大中华地区看到了机遇。面对国内外的形势，高频交易在中国势必会得到不断地发展。因此，完善中国高频交易的相关监管措施势在必行。

二、高频交易的界定及特征

高频交易起源于美国，并在世界范围内不断发展。但是有关高频交易的界定，目前仍没有统一的定义。

美国证券交易委员会（SEC）认为参与高频交易的公司应具有以下特征：（1）通过超高速和复杂的计算机程序生成、传送并执行订单；（2）通过主机托管服务和单独的数据源获取来减少延迟；（3）非常短的时间建立和撤销订单；（4）快速撤销订单后提交新订单；（5）不隔夜持有寸头¹

伦敦证券交易所（LSE）将高频交易描述为：高频交易是一种术语，泛指各种不同的交易策略，往往利用超快的技术来执行不同的交易策略——电子做市交易策略或套利策略。高频交易往往需要高速度和低延迟连接到交易所的交易系统，通常每笔交易中获取非常小的利润。²

综上所述，可以看出高频交易综合了程序化交易与算法交易，通过计算机技术完成高速度和高频率的建仓、持仓、清仓的过程，整个过程通常在几秒钟之内实现，其基本不会隔夜持仓。并且高频交易的低延迟性要求高频交易商的主机通常要尽可能距离交易所越近越能实现其命令执行的快速化，由此高频交易商通常将主机服务器放在交易所的服务器中心，以通过物理距离的缩短来降低交易时间的延迟。高频交易商就是通过利用高速计算机来实现这种短暂持仓与频繁的交易，从金融工具细微的价格变动中获取差额利润。

三、高频交易的风险分析

高频交易不仅为投资者带来了高回报，而且能够降低风险，增加市场的流动性。其持仓时间短，不隔夜持有头寸的特点使得高频交易商具有更

¹ Concept Release on Equity Market Structure[R]. Securities and Exchange Commission. 2010.

² London Stock Exchange Group Response to CESR's Call for Evidence on Micro-Structural Issues of European Equity Markets[R]. Committee of European Securities Regulators. 2010.

好的风险把控能力。同时，高频交易所要求的技术的不断创新能够带动整个金融市场的技术创新能力的提升。这些都是高频交易所具有的优点，但是与此同时，我们必须要看到高频交易所带来的风险，对这些风险进行分析预防，才能更好的促进证券市场的繁荣稳定发展。

（一）高频交易具有较高的操作风险

高频交易所依赖的是高速度的计算机以及设定好的程序和软件系统。计算机通过事先设定好的算法程序在交易中自动生成或执行交易指令。但是无论是再精密的计算机还是最好的程序系统，难免会有出错的时候，例如：计算机损坏，程序出错，网络中断等，这些都是不可避免的，而一旦发生这种错误，如果没有及时采取措施，对证券市场就会产生巨大的影响。上文所述的案例一“光大乌龙指”事件起因也是高频交易软件系统出现了重大错误，导致错误地向市场抛出了巨额订单，以至于上证指数在两分钟内上涨超过百点。高频交易所带来的操作风险在国外证券市场也有相关案例，例如美国的BATS和骑士资本事件都是源于操作风险的触发。

（二）高频交易会导致不公平竞争

这里的不公平竞争主要是针对中小投资者而言的。一方面，高频交易所要求的高技术性，无疑在高频交易商之间将会展开一场“技术军备竞赛”，高频交易商将会投入大量的技术、资金以及人才资源，就是为了获得更为尖端的技术从而迅速获取交易信息获利。从这一方面来看，高频交易商与中小投资者之间的技术差别以及能力差距就显而易见了。中小投资者无论是知识能力还是资金都较高频交易商更为缺乏。另一方面，为了减低时间上的延迟，高频交易商通常通过降低主机服务器与交易所服务器的物理距离来取得速度上的优势。交易所一般向高频交易商提供主机托管服务，即将投资者的主机服务器放在交易所的服务器中心，这样就保证了在下单的时候，该高频交易商的订单能够比其他计算机更早成交。这样一来，高频交易商就会借助这种技术上的优势在传统投资者之前取得市场报价、其他投资者的交易意向以及交易执行的信息，高

频交易能够利用这种信息的优先性在交易中抢占先机，这显然有失公平。综上所述，当中小投资者与高频交易商在同一市场中进行竞争时，中小投资者完全没有与高频交易商对抗的技术、能力、资金以及速度优势，当中小投资者收到市场信息时，高频交易商已经发出了新的指令。因此，高频交易商获取了高额的利润，反之，中小投资者遭受亏损。在这种市场环境下，高频交易相当于利用了内幕信息交易，严重侵害了中小投资者的利益，导致不公平竞争。

（三）高频交易会出现操纵市场现象

高频交易系统是通过一些投资策略来进行设计的，投资策略在高频交易中至关重要，其影响着每笔交易的盈利和亏损。但是，一些高频交易商却制定一些诱骗其他投资者的投资策略，从而操纵市场供需，在获取巨大利润的同时，损害了其他投资者的利益。这些操纵市场的策略主要包括：幌骗行为、塞单行为以及试单。

幌骗行为是指交易商先虚假报价再撤单，即交易商先下达一个较大的买单，制造需求假象，企图引诱其他交易者进行交易来影响市场，当价格被哄抬起来之后，交易商再取消订单，随即交易商再下达一个卖单，这样“幌骗者”可以在新的更高的价格卖出，从而获利。当然也可以进行相反的操作。这种幌骗行为，通过制造虚假的市场供需情况，扰乱正常的市场秩序，以从中获利。

塞单行为是指在极短的时间内突然向市场抛下巨量买单或卖单，然后迅速撤单。这会导致交易系统“塞车”，当没有经验的投资者正在准备消化和处理这些巨量信息时，塞单者得以隐藏其投资策略。³塞单行为不但会扰乱整个市场的交易秩序，而且会导致不少投资者损失惨重。

试单策略，在这种交易策略中，高频交易者下单是为了探测大单的存在，进而利用速度优势抢先在大单之前成交，从而提高或降低大单卖家或买家的交易价格，不公平地损害了大单买家或卖家（通常是机构投

³ Andrew J. Keller, Note, Robocops: Regulating High Frequency Trading after the Flash Crash of 2010, 73 OHIO ST. L.J.1468(2012)

资者)的交易利益。⁴业界将这种试单行为形象地比喻为在深海捕鲸用声呐定位一样。高频交易商通过不断地用小额的,增加较小价值的订单试探,在订单未成交前便立刻撤回,以便来发现大额的订单。当高频交易商一旦发现大单之后,便利用速度优势,快速在市场上进行扫单(即吃掉已有的流动性),之后再以更高或是更低的价格,向该大额订单进行反向买卖,从中获取利润。此种试单行为,扰乱了市场的秩序,损害了机构投资者的利益,构成欺诈。

高频交易有其自身的优势,从世界范围来看,高频交易正在迅速的发展,高频交易目前已经在美国和欧洲等国家占据主导地位。随着中国证券期货市场的不断发展完善,高频交易势必也会在中国占据一席之地。因此,需要明确将高频交易纳入中国的法律监管体制内,打击滥用高频交易操纵市场以及不公平交易的行为,引导高频交易向积极的轨道发展,进而促进中国证券期货市场的繁荣发展。

四、国外高频交易的监管措施

(一) 美国的监管措施

高频交易最早起源于美国,并得到了迅速的发展。截止到2015年美国的证券市场高频交易所占的比重已经高达60%以上了。同时,美国市场上存在的问题也是最多的。“2010年闪崩”事件对美国证券市场产生了巨大的冲击。美国开始加强对高频交易的监管。美国证券交易委员会和美国金融业监管局等机构已经通过了一系列针对高频交易的监管法案,主要包括以下措施:

1、交易错误预防和处理机制

如前所述,高频交易所具有的操作风险一旦发生,就会对市场产生巨大的冲击。因此,为了降低这种风险,美国证券交易委员会分别从个股层面和市场层面制定了风险防范措施。

⁴ 肖凯. 高频交易与操纵市场[J]. 交大法学, 2016(2):18-27.

针对个股的涨跌停板机制，该制度主要是指，当某只股票的全美最优卖价在较低价格区间而与全美最优买价没有交集时，该股票会被暂停交易，反之亦然。当股票的价格超过预定的价格区间时，会进入一个15秒钟的限制状态，如果15秒后价格没有回到预定区间，接下来会有5分钟的暂停时间，并停止该股票所有的交易活动，只是显示买卖价格。

针对整个市场的全市场熔断机制，该制度的主要内容是：一是当标准普尔跌幅达到7%时启动一级暂停，下午3：25之前将暂停交易15分钟，下午3：25之后除非三级暂停启动否则继续交易。二是当标准普尔跌幅达到13%时启动二级暂停，下午3：25之前将暂停交易15分钟，下午3：25之后除非三级暂停启动否则继续交易。三是当标准普尔跌幅达到20%时启动三级暂停，此时无论何时均停止交易且当天不再恢复。⁵该制度主要是为了防止操作风险对于整个市场的影响。

2、市场信息数据分析系统

为了获取高频交易数据以分析市场状况，美国证券交易委员会在2013年采用了市场信息数据分析系统（以下简称 MIDAS）。MIDAS每天从美国13个股票交易所收集包括在交易所发布的订单和报价、修改或取消的订单、交易执行的订单和场外执行的订单信息。有了这些信息，美国证券交易委员会就可以监管高频交易公司及其活动。

3、大户报告制度

为了进一步掌握市场信息，提高快速反映能力，美国证券交易委员会在2011年建立了大户报告系统，即要求大型交易商进行自律监管，并向美国证券交易委员会提供文件报告。经纪自营商需要负责记录、报告和监控其掌管账户的大型交易商的交易活动。通过交易商的报告，证券交易委员会能够掌握市场上最重要的参与者的信息。

⁵ NASDAQ. Frequently Asked Questions Market - Wide Circuit Breakers[EB / OL]. (2012 - 04 - 06) [2013 - 10-16].http://www.nasdaqtrader.com/content/marketreg-ulation/mwcb_faq.pdf.

（二）德国的监管措施

德国是世界上第一个制定全面监管高频交易法案的国家。2013年，德国《高频交易法》生效，该法案正式将高频交易纳入了法律的监管范围。因此值得中国借鉴和参考。德国《高频交易法》的主要内容包括：

1、建立有效的系统与风险控制

针对高频交易的操作风险，《高频交易法》规定，高频交易商的程序化交易系统需要满足以下条件：（1）交易系统能够承受压力，拥有足够的容量应对极端情况下的交易；（2）保证没有错误订单的传输，并且一旦市场出现混乱情况时拥有自我保护功能；（3）交易系统要遵循市场运行规则，不得干扰市场的正常运行。此外，该法案还要求金融机构具备有效的救急措施，以便能应对不可预测的来自交易系统的干扰。

2、定义了高频交易中试图操纵市场的行为

《高频交易法》对高频交易中操纵市场的行为进行了界定。判断交易策略是否操纵市场主要有以下标准：（1）高频交易有没有影响交易系统的正常运转；（2）高频交易有没有让其他投资者较难做出买入或者卖出的决定；（3）高频交易有没有对误导某些金融资产的供求关系。⁶同时，为了限制操纵市场的行为，该法案还规定对于过度使用交易系统应当另外收取费用，特别是那些不合乎比例的大量输入、修改以及取消订单的行为。

3、设立订单-交易比率与最低价格变动交易量

设置一定的指令成交比例可以防止高频交易频繁报撤单、干扰交易系统的正常运行；确定合适的订单-交易比率可以避免高频交易商的违规风险。同样，最小报价单位对于高频交易来说至关重要，高频交易的

⁶ 叶伟. 光大证券乌龙指事件与程序化交易的监管分析[C].创新与发展:中国证券业 2013 年论文集. 2013.

策略其实就是利用信息不对称赚取买卖价差。为了防止最小价格变动交易量越来越低，高频交易商会利用过小的最小报价单位来掩饰自身交易意图，从不使用高频交易策略的投资者处获取利润。因此，要科学测试并设定最小报价单位。《高频交易法》提出，交易所、多边交易系统以及系统性的网络平台可以确定被交易金融工具的最低价格变动交易量的建议。

五、中国关于高频交易的现有监管措施及其完善

（一）中国现有关于高频交易的监管措施

中国现有的关于高频交易的法律法规主要如下表所示：

颁布时间	颁布部门	法律法规名称	监管要点
2010	中国金融期货交易所	《中国金融期货交易所期货异常交易监控指引（试行）》	有关异常交易行为的认定
2010	大连商品交易所	《大连商品交易所关于申报程序化交易应用情况的通知》	备案使用程序化交易的客户信息
2015	上海期货交易所	《期货公司股票期权业务风险控制指南》	程序化交易报备；交易异常的处理
2015	中国证监会	《证券期货市场程序化交易管理办法（征求意见稿）》	程序化交易的监管

除了上表中的规定外，深圳证券交易所，上海证券交易所，中国金融期货交易所在2015年10月9日同时发布了程序化交易管理实施细则（征求意见稿）公开征求意见的通知。由此可见程序化交易在中国越来越受到重视，正在纳入法律监管的范围之内。

从上述法律法规中可以看到，中国现有的关于程序化交易的监管措施主要有以下几点：第一，申报审核制度，程序化交易者在进行程序化交易之前需要进行申报，经审核后方可进行交易；第二，系统接入管理，要求程序化交易的系统应当具有风险防控能力；第三，差异化收费，针对程序化交易的撤单情况，对其收取额外费用；第四，加强对程序化交易的实时监控；第五，程序化交易的异常报告、档案保管及保障接入公平等方面的要求。

虽然中国目前已有相关监管措施，但是仍有不足之处。首先，中国相关的监管主要集中在程序化交易方面，还有就是对异常交易的认定。但是高频交易虽然属于程序化交易，但是并不等同于程序化交易，应当有关于高频交易的特殊监管措施。其次，上述文件的规定过于原则化，缺乏具体的实施办法以及配套的系列监管措施，最后，上述大部分文件仍处于征求意见阶段，并未有正式的文件出台，且其效力等级过低。综上所述，需要有针对性的对高频交易的监管进行完善。

（二）中国高频交易监管的制度设计

高频交易有利有弊，针对中国证券市场的发展现状，证监会新闻发言人张晓军表示，现阶段，需按照“严格管理、限制发展、趋利避害、不断规范”的指导思想，加强对程序化交易的监管。目前中国的高频交易主要集中于商品期货、金融期货、交易型开放式指数基金等领域。因此，在设计中国高频交易监管措施时要立足于中国的实践，依据中国资本市场的特点，同时借鉴国外发达市场的有益经验，主要从高频交易的事前审查、事中监控和事后追责三个方面进行开展，其主要措施包括以下几个方面：

1、完善事前审查制度，从源头对滥用高频交易进行监控

（1）完善高频交易审查备案制度

高频交易涉及到一系列的算法模型、交易策略、计算机技术、数据信息等，而其中交易策略可以说是高频交易的核心，可以说高频交易的

系统就是围绕着交易策略来设计的。目前中国现有的关于程序化交易的备案制度，报备内容主要包括客户名称；客户账户类型；所属期权经营机构；期权经营机构、客户所使用的程序交易软件所属厂商、名称及基本功能；风控及其他情况说明。其中，并没有针对交易策略的备案。因此，可以将高频交易的交易策略纳入监管备案的范围内，高频交易商在对程序交易软件备案的同时也要对交易策略进行备案，以便监管部门可以从源头上对高频交易的信息进行掌握与监控，使监管部门能够在高频交易起始阶段对交易策略是否具有危害市场的风险进行判断。当然，当高频交易商的交易策略做出变更时，也同样需要向监管部门进行变更备案。同时，监管部门应当注重对交易策略的保密。除此之外，为了降低操作风险，建议高频交易商每年进行高频交易系统测试，并将其测试结果报给监管部门备案，期货交易所也要不定期对高频交易系统进行抽查测试，尽可能降低操作风险带来的市场风险。

（2）明确规定高频交易中操纵市场的类型

无论是“光大乌龙指”事件还是伊士顿公司操纵股指期货案，高频交易对市场的负面影响均离不开涉及对市场的操纵。

在操纵市场的定性方面，中国现行《证券法》第77条，以列举的方式规定了四种操纵市场的方式。可以看出，部分高频交易中操纵市场的行为可以纳入到该条下的前三种操纵市场的方式，但是还有部分高频交易中操纵市场的行为只能以该条下的第四种方式即“以其他手段操纵证券市场”来处理，这不利于对高频交易中操纵市场的行为进行监管，因此，有必要完善对高频交易模式下操纵市场的行为类型的规定，在下位的规定、文件中明确规定包括幌骗、塞单、试探等高频交易中操纵市场的行为。

2、完善对高频交易的事中监控，从各个环节进行监管

（1）建立高频交易追踪系统

针对高频交易日益发展的趋势，中国应当建立高频交易追踪系统。“为了在事后追究责任，监测追踪系统是非常有必要的，只有这样监管者和起诉者才能准确有效地调查事故缘由，识别责任归属。”⁷在高频交易追踪系统中，期货交易所可以给高频交易商提供特殊的标识标记高频交易，这样，有利于监管部门快速识别高频交易商的所有订单以及完整的交易记录，对交易的全程数据进行掌握。高频交易追踪系统，一方面，便于监管部门可以有效地对高频交易进行监管；另一方面，在事后有利于对事故原因的调查以及责任的确定。中国证监会关于就《证券期货市场程序化交易管理办法(征求意见稿)》（以下简称办法）公开征求意见的通知第二十一条规定：证券期货交易所应当加强对程序化交易的实时监控，该条虽然未明确提出建立高频交易追踪系统，但已经提出实时监控的要求。可以看出证监会已经开始关注对程序化交易的监控。并且该《办法》第十七条规定：证券公司、期货公司应当妥善保存客户程序化交易的信息，相关信息和资料的保存期限不得少于二十年。因此，建议在该《办法》的基础上，建立中国的高频交易追踪系统，以便更好的对高频交易进行监管。

（2）完善跨市场联动监管机制

随着金融衍生产品的不断发展，在高频交易领域也会在不同市场之间配置资产，这就需要监管者尤其关注市场联动后引发的风险。因此，在对高频交易的监管中，需要协调多个监管部门统一行动，制定跨市场联动的高频交易监管措施。

2007年上海证券交易所、深圳证券交易所、中国金融期货交易所、中国证券登记结算公司和中国期货保证金监控中心公司在证监会的统一部署下签订了跨市场监管协作的“1+3”协议，初步建立起了中国跨市场监管体制。但是从实践中来看，仍然存在着监管的漏洞，目前的跨市场监管体制并未包含所有的期货交易所，各个监管主体之间的交易信息共享，备案会员信息共享制度还没有建立起来。因此，在高频交易涉及到

⁷ Charles R. Korsmo. High-Frequency Trading: A Regulatory Strategy, 48(2) U. Rich. L. Rev., 523, 597 (2014).

不同市场产品的时候，就需要各个监管机构联合起来，进一步加强跨市场联动监管机制的建设，将各个期货交易所纳入到联动监管的主体范围内，同时需要各个监管主体之间建立交易信息、备案会员信息共享制度。

3、完善对滥用高频交易的事后追责，建立证券侵权公益诉讼制度

针对高频交易中操纵市场行为的事后追责，从中国的实践来看，目前主要以行政责任和刑事责任这两方面进行追责。其中，行政责任主要是以罚款和对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告的形式来承担的。而刑事责任则规定在中国《刑法》第182条第1款：“有法律规定的情形，操纵证券、期货市场，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处罚金。”民事方面的赔偿所占比例极小，直至2011年国内首例操纵市场民事索赔案才得以立案，但最终却以普通投资者的败诉收场。在高频交易中，普通投资者与高频交易商之间无论是资金、人力、专业知识方面都面临着巨大的差距，在高频交易商操纵市场使普通投资者受损时，普通投资者难以得到赔偿。因此，建议将此种情形纳入公益诉讼的范畴，由特定的机构代理受损失的投资者进行公益诉讼，一方面可以使广大遭受损失的普通投资者能够得到赔偿，另一方面当高频交易商涉嫌操纵市场时将面临着巨大的赔偿数额以及罚款，可以在一定程度上防止操纵市场的现象。

结语

中国证券市场还不成熟，正处于不断发展完善的阶段，而高频交易更是一个新兴的方式。目前来看，高频交易在中国股指期货市场已经逐渐开始发展，我们不可忽略其带来的积极作用，更是不能忽略其所带来的消极影响。随着越来越多国外高频交易公司将来进军中国的市场，完善对高频交易的监管更是势在必行。光大乌龙指事件和伊士顿案件为我们敲响警钟，监管部门应当完善相关法律法规，规范高频交易的发展，从而使得中国资本市场健康稳定发展。

参考文献

- 王苏生. 高频交易刍论：基于中国证券市场的实证研究[M].
- 邢会强. 证券期货市场高频交易的法律监管框架研究[J]. 中国法学, 2016(5):156-177.
- 张培培. “公平主义”视角下高频交易监管的法律研究[D]. 华东政法大学, 2015.
- 刘杨. 高频交易的潜在风险及法律监管——由伊世顿公司操纵股指期货案引发的思考[J]. 金融理论探索, 2016, 166(2):44-49.
- 胡天福. 高频交易在中国证券市场的应用研究[D]. 上海交通大学, 2012.
- 肖凯. 高频交易与操纵市场[J]. 交大法学, 2016(2):18-27.
- 陈亦聪. 证券交易异常情况的法律规制[D]. 华东政法大学, 2013.
- 熊理思. 美国证券市场高频交易的最新法律监管动向——兼论“光大 8·16 事件”的防范[J]. 西南政法大学学报, 2014(1):25-30.
- 王桂堂, 闫盼盼. 闪电崩盘、高频交易与市场监管[J]. 金融理论与教学, 2013(6):1-4.



Nordic Journals

Available online at jls.pruna.eu

Journal of Legal Studies

Journal of Legal Studies, 2017, 38–48



Journal of Legal Studies

Received: 25 May 2017. Accepted: 25 June 2017. Published: 30 June 2017

网贷暂行办法合理性及新出路

隽秀美*

摘要：Peer to Peer (P2P)网络借贷(网贷)平台是介于出借人和借款人之间的互联网借贷信息中介机构。P2P网贷能够满足个人和中小微企业的投融资需求,促进社会经济发展,对传统金融业是一个很好的补充。自 2007 年第一个 P2P 网贷平台“拍拍贷”设立至今,中国的 P2P 网贷业发展很快,但也暴露很多问题,如非法集资、平台跑路等,严重损害了投资人的合法权益,危及了 P2P 网贷业的发展。为规范和促进 P2P 网贷业的健康发展,2016 年 8 月中国政府出台了监管新政,即《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》。这在一定程度上改变了网贷机构缺乏准入门槛、监管规则和体制机制不健全的状态,但还存在着一系列问题。本文主要从《办法》提出的金融学依据,对其解读、存在问题和解决办法四个方面来讨论。

关键词：办法; P2P 网贷; 金融; 市场

一、P2P 网贷模式面临的风险

2011 年,具有较大规模的“哈哈贷”P2P 网贷平台宣布关闭,这是互联网金融业中的第一例,引起了中国金融部门对 P2P 网贷风险的高度重视。步入 2016 年,停业 P2P 平台数量大幅增加,到 6 月为止,连续 5 个月停业平台数量超过 30 家;6 月份当月,正常运营平台 2000 多家,停业及问题平台达到 86 家。这些停业及问题平台都对社会经济和投资人造成了巨大损害。由此看出, P2P 网贷业存在着巨大的风险, 可能会对金融市场和国家经济有着重要的影响。

* 北京航空航天大学法学院

目前 P2P 网贷业存在的风险主要有以下几方面：

（一）网络技术风险。互联网技术的高速发展和广泛普及是 P2P 平台存在和发展的基础之一，同时也带来了极大的技术风险。软件漏洞、黑客攻击、病毒入侵等安全问题都可能将平台置于极大的风险之中，导致平台系统瘫痪、信息泄露，损害客户和平台的合法权益。甚至有可能因为软件漏洞或管理不善，造成平台被利用进行非法集资、洗钱等非法活动，从而对整个网贷业造成极大伤害。因此强大、安全的网络技术平台是 P2P 网贷业健康发展的重要基础和保障。

（二）信用风险。与民间借贷不同，网络借贷的借款人与贷款人从未谋面，仅仅依靠 P2P 该平台进行交易，其交易信息的沟通与合同的签订都是在此平台上完成。在虚拟环境的借贷中，贷款人很难通过自己的能力去知悉借款人的信用状况、还款能力等信息，这就造成双方存在信息不对称的情况。再加上有些平台存在着为提高交易量而进行平台造假、对借贷双方未进行信息的全面了解便着急促成交易的状况，导致平台的信用降低，对于借款合同的债权人而言，其面临的信用风险较大。在借款人向 P2P 平台提供自己的个人身份信息、财产状况、信用状况、收入证明、工作单位信息等时，相应的 P2P 平台要对其提供的信息的准确度进行审核。

但是中国并没有个人征信体制，网贷平台之间也未建立起有效的信息沟通机制，因此平台对借款人的信息有不确定性，主要表现在以下两个方面：信息造假和信息不全面。¹第一、信息造假。由于网贷平台中存在着信息不对称性，有些借款人一开始就利用该漏洞，以诈骗为目的，虚构个人信息，利用虚假材料，获得借款之后就销声匿迹。而作为借贷合同一方的债权人在没有任何准确信息的情况下很难为自己维权；第二、信息不全面。P2P 平台邀请借贷双方提供的信息不具有全面性。不能真实地反映借款人的还款能力与义务履行能力。加上借款人出于隐私保护和促成借款目的的需要，会隐瞒对自己不利的信息。

¹ 周丽. 论我国个人信用法律制度的完善[D]. 安徽大学, 2006:2

（三）经营风险。P2P 网贷属于新兴的金融模式，在规范成熟的运营标准出台前，运营过程中会出现管理制度不规范，管理机制不健全等不良问题，很容易造成平台内部人员挪用资金的情况发生，一些平台的管理人员认对风险管理、信贷业务不够熟悉，平台的内控流程也不够完整，很容易出现操作不当甚至内部人员欺诈等风险，危害贷款资金以及平台的声誉。其次，P2P 网络借贷信息不透明。由于现阶段还没有相应的监管措施，很少有 P2P 平台会对审核标准、操作流程和经营状况进行定期披露。更有甚者为了促成交易、提高交易量，而刻意隐瞒不利信息。平台不透明，会导致贷款者盲目投资，造成损失。

（四）担保方风险。为保证客户本金和收益的安全，不少 P2P 平台采用贷款担保措施，而担保方所承担的风险非常高。目前国内 P2P 网络贷款担保方一般为 P2P 平台自身或第三方担保机构。目前还未有相关监管制度和措施对 P2P 平台贷款业务的担保制度和担保机构进行审查，出借人也无法判断此种担保措施在需要时是否能够发挥保障本金和收益的效力。

（五）法律维权风险。虽然中国正在逐步完善对 P2P 平台的监管，相应的法律也会逐步出台并落实，但就目前来说，债权人维权途径依然困难。首先，债权债务人签订电子合同，尽管合同效力法律是认可的，但是签订合同时债权相对人信息不一定是真实的，有的信息甚至是虚构的。当借款人下落不明时，债权人对其进行起诉，在没有真实信息的情况下，无法确定被告，导致起诉状等法律文书无法送达。²加上大多数平台都是信用贷款，没有任何抵押和担保，一旦债务人出现违约，债权人将面临出资金财产受偿的风险。

二、《办法》提出的金融学及法理学依据

（一）网贷平台的经济学分析

² 丁邦开，何俊坤. 社会信用法律制度[J]. 东南大学出版社，2006

整个金融市场，如果用金字塔模型来粗略描述各行业覆盖的融资需求面，则处于底端的是网贷平台等具有普惠金融属性的行业，再往上是证券业，顶端是银行业。1. 银行业，其基础业务是做存贷利差，有合法的资金，通过滚动发行、集合运作、期限错配以及分离定价等手段，立足于中国市场。具有行业垄断地位的银行可以通过保本保息的策略稳定资金端，即存款规模。资金端没有风险后，银行业只需要对放贷进行选择性操作—选择有优质担保的借贷需求，即可满足其利润需求。2. 证券业，这里以股票市场为例。上市公司大多为大型企业，它们在股票市场可以进行融资。3. 具有普惠金融属性的行业，典型的就是 P2P（网贷平台），本文重点探讨的是网贷相关问题，因此以 P2P 为例。P2P 的业务范围涵盖汽车金融、消费金融、小额现金贷款、房贷等信用贷或担保贷。其中，小额现金贷款主要是企业贷。综上，就融资需求的覆盖面而言，P2P 行业几乎能覆盖小微企业和大多数中型企业的融资需求，而银行业的借贷对象则大多是大型企业，因此 P2P 借贷行业是银行业在金融借贷中的一大补充，是其他金融机构的供给补充。

在明确网络借贷在所有融资手段中的地位之后，通过将网贷平台与银行的比较，自然会产生一个疑问，即银行为什么不做相应的普惠金融业务？银行业之所以不涉及此类市场，是因为银行体量庞大、机构繁杂，再加上每笔贷款的流程也有相当长的周期，以及审核标准的僵硬与放贷手续的繁琐，对于有汽车、消费金融等需求的借贷者而言机会成本高昂；对于银行来说，在选择性放贷可以充分满足银行的利润需求，由于单笔贷款的额度低，银行赚取的利息相对的较少，银行业缺乏开拓此类市场的动力。

（二）《办法》中限额条款的经济法分析

为什么政府不对银行业进行限额规范？很大的原因就在于银行的资产端是优良的，即低风险。而网贷平台的资产端是良莠不齐的一总的风险较高。《办法》虽然在立法层级上不是，但在实务中却相当于网贷监管的基本法，具体细则由地方制定的这一立法策略也论证了这一点。该规章的限额规定，如果严格执行，无疑是一刀切，像红岭创投等在大

额标业务上做到行业领先的优质企业无疑将成为整改的负结果。从负结果出发，限额的规定未免有维护银行利益的行政垄断嫌疑。限额的规定，究其根本应当是为了规避或者减少贷款集中度风险，而集中度风险本质上就是风险结构的不合理。³例如，当次风险 A、B、C 集中在某一行业、机构或贷款类型时，其风险分摊之后比一家承受要来得轻，这是简单的风险除法问题。假如次风险 A、B、C 有充足或者一定的担保，那么次风险自然就转换成了风险 a、b、c，虽然风险转换的方式不一样，但是最后一家承担的风险不见得比分散集中度风险要来得大。可见，相较于有普遍效力的规章，这样的手段更适合市场来使用。即便规章要使用也要加个限定条件，即最多适用在信用贷上而非有抵质押的借贷上。

此外，网贷平台在被定位成信息中介之后，准担保性质的增值服务将是行业的标配^⑩，否则资金端无法吸收到足够的资金，行业几乎无法发展。假如存在诸如《办法》中既不向投资者承担违约责任又不提供担保性质的增值服务的 P2P 信息中介机构，那么限额的规定对于此类企业是毫无意义的。因为集中度风险是在投资者身上而非平台自身。纯信息中介—有担保性质的信息信用中介，规章之下，网贷行业将分别迎来三种结果：被淘汰；萎缩；被取缔。第一种结果符合市场规律但没有价值，第二种满足不了日益增长的民间融资需求与银行业放贷不精准的矛盾，第三种在征信体系还不完善的当下是妥当的政策安排。可见，限额条款只有淘汰监管层不认可的平台的作用。

三、监管新政解读

基于国内 P2P 网贷业的风险和现状，中国政府制订了旨在规范互联网金融业的《办法》，但是《办法》的出台不能说明中国已经完善了对于 P2P 网络借贷的法律规制，而恰恰说明了中国现今对于用法律规制 P2P 网络借贷以整治 P2P 网络借贷乱象的急迫需要。以下是监管新政的主要内容：

³ 蒋正宇.《网贷暂行办法》中限额的合法性及其出路[D].浙江大学宁波理工学院. 2016. 10

(一) 明确信息中介定位, 规范业务规则与风险管理。《办法》明确了 P2P 平台的法律定位, 即只能是信息中介机构, 而不是信用中介, 规定了网贷信息中介机构应当履行的义务, 如: 依据法律法规及合同约定为出借人与借款人提供直接阶段信息的采集整理、甄别筛选、网上发布以及资信评估; 对出借人与借贷人的资信条件、信息的真实性、融资的真实性、合法性进行必要审核等; 并以负面清单形式划定了业务边界, 如: 不得吸收公众存款, 不允许设立资金池, 不得自身承诺担保, 不能自行发放贷款, 不得从事债权转让行为以及自行发售理财产品, 不得向出借人提供高风险的融资信息中介服务。经营活动必须在线上, 线下不得从事营销活动和虚假宣传。从而将互联网借贷与传统金融服务区隔开来, 促进网贷行业健康可持续发展。

(二) 穿透式监管与备案制管理。P2P 网贷是一种新兴金融模式, 传统金融监管在这一领域有一定的缺失。《办法》中规定由中央部门和地方机构同时负责, 银监会、工信部、公安部、网信办以及地方金融办贯彻实施对 P2P 平台的“穿透式”监管。银监会及其派出机构负责制定政策和监控制度, 负责日常行为监管; 地方政府做好机构监管和风险处置工作, 负责建立监管协调机制; 地方金融监管部门具体负责本辖区机构监管, 包括规范引导、备案管理和风险防范、处置工作。《办法》还对网贷信息中介机构进行了备案管理的规定, 其规定: 拟开展网络借贷信息中介服务的结构以及其分支机构, 应当在其领取营业执照后携带有关材料在 10 个工作日内向工商登记注册地方金融管理部门备案登记。

(三) 强化风险控制, 提高准入门槛。《办法》中规定的风险控制措施有两个。一个是对网络借贷金额的规定, 一个自然人或法人在一个平台上的借款上限分别为 20 万和 100 万; 一个自然人或法人在多个平台上借款和的上限分别为 100 万和 500 万。借款上限的限制将互联网金融定位在小额信贷, 杜绝 P2P 平台大额吸纳存款的可能, 起到了分散风险、降低风险的作用, 从而更好地实现银监会一直强调的“小额分散”、“普惠金融”目标。另一个是银行资金存管, 《办法》规定对客户资金和平台自有资金实行分账管理, 必须由银行业金融机构对客户资金实行第三方存管, 资金存管机构与网贷机构应明确约定各方责任边界。严格规范

P2P 平台的资金存管,深入掌握平台的运营情况,有利于监管部门对平台进行监控,防范来自于 P2P 平台自身的风险。这一规定基本可以认为是 P2P 平台的硬性准入门槛。

(四)完善借款人与出借人权益保护措施。《办法》规定了借款人与出借人的义务和负面清单,完善了出借人与借款人的权益保护措施,并明确了对出借人进行风险揭示及纠纷解决途径等要求。具体包括对出借人进行风险警示、风险评估及准入限制、分级管理;明确了互联网金融中各种纠纷的解决途径和渠道,如自行和解、请求行业组织进行调解、向仲裁部门申请仲裁、向人民法院提起诉讼等途径,从而有效保护消费者权益,使得维权有章可循,有利于互联网金融的健康发展。同时也给出了对出借人识别能力的规定。

(五)强化信息披露,发挥市场自律作用。《办法》要求平台充分而公开地披露借款人和融资项目的基本信息、还包括对网络借贷信息中介机构本身的信息披露。风险评估及可能产生的风险结果、已撮合未到期融资项目资金运用情况等有关信息;及时披露本机构的经营管理信息,定期披露年度报告、网贷有关监管规定,并要有会计师事务所、律师事务所、信息系统安全评价等第三方机构的参与。此外还规定成立自律组织和自律条例,搭建共享的信用信息平台。通过信息披露和自律措施,创造透明、公开、公平的网贷经营环境。也建立了事后监管制度,建立了网络借贷监督管理机构,规定了行业协会的职能、资金存管协议和重大事件应急措施和立即报告制度,并且规定了监管机构的法律责任。

四、《办法》存在的一系列问题

(一)《办法》规定 P2P 平台名称应当具有“网络借贷信息中介”字样以提醒消费者。但是仅是规范 P2P 平台的名称远远不够,还应要求 P2P 平台从业人员具备相应的专业知识和专业经验。

由于当前 P2P 平台对消费者的误导,许多贷款者往往审核的并非借款人的资信水平,而更在乎 P2P 平台背后的资本实力,从而为资金流向的不安全埋下隐患。基于此,《办法》规定 P2P 平台名称应当具有“网

络借贷信息中介”字样以提醒消费者。但是我认为，仅是规范 P2P 平台的名称远远不够，还应要求 P2P 平台从业人员具备相应的专业知识和专业经验。由于 P2P 平台依附于网络，一些非法的 P2P 平台可能仅需花费几千元购买一套网站模板即可开展非法经营活动，在骗取大量钱财后携款潜逃的不在少数。通过增加设立门槛，让一批具备专业知识和专业经验的人来从事 P2P 行业可以减少 P2P 行业投机的人员，从而提高整个 P2P 行业的企业质量。所以我认为，P2P 平台本质上虽然属于网络借贷信息中介机构，其所从事的业务仅为提供服务，提供借贷双方信息交流的渠道，其本身并不参与到金融活动中去。但由于其提供的信息的特殊性，决定了其极有可能演变为非法金融机构的风险，如果放任 P2P 平台的设立，将极有可能导致金融市场混乱，无法保证投资者的资本安全。

（二）对于 P2P 平台不应采取准则主义的设立方式，而应采取核准主义的设立方式，即在满足法律规定的公司成立要件的同时还应经过政府行政机关的审批许可，然后再经政府登记机关登记注册方可成立。这一点《办法》中并未提到，但我认为应当有所涉及。针对中国个人征信体系并不完善的现状，对于个人信用的好坏更有赖于平台自身去评估，这就决定了 P2P 平台作为信息中介机构其应当具有较强的资信审核水平，而这并非普通小企业有能力做到之事，采取核准主义可以有效限制 P2P 平台的数量，将有限的资源集中到几个优质的 P2P 平台，以规范网络借贷市场，增加信息的真实性、可靠性。

（三）虽然《办法》认为 P2P 平台为信息中介机构而非金融机构，但是由于其特殊的法律性质，应当设立一定的“最低注册资本”并沿用“实缴资本制度”以提高公司设立门槛。P2P 平台作为中介机构，其经营的是服务而非资本，本身不存在较高的投资风险，规定较高的“最低注册资本”显然并非着眼于 P2P 平台的偿债能力，而是基于资本为信的思路尽将可能怀有不法动机的中介公司阻挡在行业大门之外。再者现阶段对于 P2P 行业的市场监管基本处于法律真空的状态，⁴如果设立较低的市场准入门槛将涌现大量的投机者涌入本就混乱不堪的 P2P 金融市场，

⁴ 武长海.《P2P 网络借贷法律规制研究》[J].中国政法大学出版社.2016.8

所以我认为应当对 P2P 平台设立较高的注册资本要求，从而淘汰一批资质较差、运营能力欠缺且极有可能产生较大风险的 P2P 平台以规范 P2P 金融市场。

五、借鉴英国经验中国网贷监管可进一步完善

2016 年 7 月，英国金融行为监管局（FCA）发布了《关于对 FCA 众筹规则实施后评价的征求意见》，对中国针对 P2P 平台所出的《办法》有一定的借鉴作用。借鉴英国经验中国网贷监管可进一步完善。从 FCA 监管经验和中国网贷行业业务开展情况看，下一步为促进《办法》更好落地实施，建议从以下几方面加强规范和引导。

（一）细化平台备案管理和资本监管，从源头和根本上管控行业风险。英国借贷类众筹平台监管规则实施两年多来，行业发展速度稳健，整体流动性风险和信用风险可控，这得益于 FCA 在机构准入和最低资本方面的严格要求。随着《办法》的出台和后续备案管理实施细则的制定，建议各省市在总体框架下细化符合本辖区网贷机构发展状况的备案登记要求，甚至建立起核准主义的许可制度。⁵一是逐渐整合和理顺各行业主管部门对网贷机构的市场准入流程，建立平台登记、注册、备案、许可的信息共享机制，形成“全面覆盖、协同合作”的监管格局。二是针对当前网贷机构鱼龙混杂、平台注册资本与实缴资本差距较大等问题，在备案管理过程中，应对网贷机构设置适当的实缴资本门槛和持续资本要求。在国内信用体系尚待完善的情况下，相对较高的资本额说明网贷机构拥有更强实力进行风控建设，可以更好地保障投资人资金安全，并且在发生网贷机构倒闭时，也能更好地进行后续风险处置。

（二）进一步加强对出借人和借款人的保护，督促网贷机构坚守信息中介本质。FCA 将消费者权益保护作为监管目标，通过引入客户资金保护、合同解除权、投诉管理等机制，推动平台在不同客户之间、平台与客户之间建立防火墙，有效防范了风险的蔓延和传递。借鉴 FCA 的经验，一是建议建立网贷机构产品的分级制度，要求网贷机构根据借款

⁵ 叶湘榕. P2P 借贷的模式风险与监管研究 [J]. 金融监管研究, 2014, 71-82.

人提供的申请材料，按照信用风险评估及可能产生的风险结果，对融资标的进行分级。同时，将产品分级与《办法》规定的出借人分级管理机制相对应，最终推动实现网贷机构在充分了解出借人风险承受能力的基础上，提供符合出借人投资需求和能力的最优产品配置方案。二是建议统一规范出借人的风险评估内容和标准，避免出现网贷机构为吸引出借人出资，降低对出借人的风险评级标准，提高风险评估结果，向其销售与风险承受能力不符的产品。三是建议加强对借款人的保护，要求平台对借款人的信用资质进行充分评估，合理设立借贷协议利率区间。

（三）建立统计监测和分类监管制度，充分利用大数据提高监管效率。明确的监管报告制度和详尽的监管报告要求，是 FCA 对平台实施日常非现场监测的重要保障，有利于及时了解平台业务模式和风险变化情况。⁶建议借鉴 FCA 的信息报告制度，加快构建和完善中国网贷行业统计监测和分类体系。建立健全征信体系和信息共享机制。受制于中国目前尚不完善的征信体系，网贷机构难以获知同一借款人在不同平台上的借款余额及信用状况，只能依靠借款人的申请材料判断，对《办法》规定的限额要求难以真正核实。因此，完善中国的征信体系建设，搭建跨地区、跨部门借款人融资信息平台，符合网贷机构跨区经营特点，建立起廷议的、信息流转畅通的信用信息平台，有利于提高对网贷行业的监管能力。提高对网贷机构信息披露和广告宣传的监管标准，有效解决信息不对称下的风险问题。从 FCA 经验看，确立以信息披露为核心的监管，有利于将风险转化为信息。

（四）目前，《办法》对于网贷机构融资信息披露及风险揭示、披露义务责任主体做出了明确规定。在此基础上，可进一步明确网贷机构宣传营销的规范要求，增加其披露信息的广度和深度：一是规范网贷机构的广告宣传，避免部分网贷机构假借备案登记部门和第三方存管机构的信用背书，进行误导性宣传。二是加强对基础资产的披露要求，如针对收益权类平台产品，应按照“底层穿透”原则，披露最终项目资金运用方、交易结构、借款期限、实际风险评估、预期违约率等，以便于投资人能够真实判断平台产品实际风险。目前，中国区域性网贷行业自律

6 桂宗稳，李晨然，高洁. 我国网贷监管应向英国学习什么[D]. 问策经纬，2016

组织的建立尚处于初级阶段，建议持续推动成立地方性 P2P 网贷行业协会，完善行业自律体系，制定统一的自律指标体系和测算方法，规范借款人融资项目申请材料的标准格式和目录，引导网贷机构提高自身风险管理和内部机构，要求其提供已撮合存续的借贷业务的处置方案，开立新账户用以收回借款人还款，加大对逾期的追讨力度，通过明确网贷机构的责任和义务而抑制其“跑路”行为。因此应当按照《办法》进行整改，但限期未能整改到位的网贷机构，应明确此类机构的处理方案，特别是对仍留有出借人资金的机构，应明确客户资金的结算和退回制度，在确保客户资金安全的情况下，实现机构的“良性退出”。

六、结语

中国在经济建设方面取得的成就有目共睹，随着中国信用消费业务的快速发展，中国金融个人信用制度的建设已经全面展开。它的建立与完善是一项巨大的系统工程，这项工程会随着市场主体参与市场活动行为不断地变换而显现得越来越重要。为此，本文通过对 P2P 的风险探讨以及对已出台的《办法》的研究，对其进行解读并且分析不足，通过与英国制度的比较，综合、全面地考虑中国的现实国情，借鉴英国的制度提出对《办法》的补充，那个人完善网络信息借贷平台，保障社会金融秩序的良好健康运行，同时也建立健全金融个人信用制度。

参考文献

- 周丽. 论中国个人信用法律制度的完善[D]. 安徽大学, 2006:2.
- 丁邦开, 何俊坤. 社会信用法律制度[J]. 东南大学出版社, 2006.
- 蒋政宇. 《网贷暂行办法》中限额的合法性及其出路[D]. 浙江大学宁波理工学院. 2016. 10.
- 武长海. 《P2P 网络借贷法律规制研究》[J]. 中国政法大学出版社. 2016. 8.
- 叶湘榕. P2P 借贷的模式风险与监管研究[J]. 金融监管研究, 2014, 71-82.
- 桂宗稳, 李晨然, 高洁. 中国网贷监管应向英国学习什么[D]. 问策经纬, 2016.



Nordic Journals

Available online at jls.pruna.eu

Journal of Legal Studies

Journal of Legal Studies, 2017, 49–57



Journal of Legal Studies

Received: 18 Sept. 2016. Accepted: 19 March 2017. Published: 30 June 2017

试论突厥汗国的法律制度

阿茹罕*

摘要：突厥是中国古代6-8世纪活跃于历史舞台上的一支强悍民族，其鼎盛时辖区横跨漠北草原。突厥汗国的法律以习惯法为主，在读史料的基础上笔者主要总结归纳了突厥的刑事、民事法律制度及王位继承制，介绍其犯罪及刑罚种类、婚姻家庭法，重点分析王位继承的不同方式，旨在说明突厥的王位继承不拘泥于固定的“子承父业”，而是考量当时的具体历史条件和继承人的综合能力。

关键词：王位继承；民事法律制度；刑事法律制度

突厥最初是一个古代游牧民族的名称。公元5世纪，该民族活动在阿尔泰山（当时称为金山）一带，因为金山的形状好像兜鍪（即头盔），当时发音俗称“突厥”，突厥的国号由此而来。突厥族姓阿史那，以狼为图腾，擅长制铁。公元6世纪，臣服于柔然的突厥逐渐强大起来，552年，突厥首领阿史那土门自称为可汗，即伊利可汗，建立汗国，其鼎盛时辖境辽阔，覆盖整个北方草原。在隋朝和唐朝初期，突厥是称霸于北

* 内蒙古农业大学人文社会科学学院。

方的最强少数民族。突厥建立政权后不久，土门的弟弟室点密攻占了西域各地，另立为王，突厥分裂为东、西两部，为争夺王权而争斗不休。公元 630 年，唐大胜突厥于白道（今内蒙古呼和浩特市西北）和阴山，生擒突厥首领颉利可汗，东突厥政权灭亡。后来阿史那骨咄禄又建立了后突厥，由于统治阶级内部矛盾重重，互相争斗不休，8 世纪中叶，西突厥、后突厥汗国相继灭亡，突厥后裔逐渐融入到了其他民族之中。11 世纪以后在国外有的史籍中使用的“突厥”，已经不仅仅指之前的突厥人，而是对所有操阿尔泰语系突厥语族民族的共称。

突厥是一个强大的国家，对于这样一个庞大汗国，必须有相应的法制来治理。突厥的法律渊源主要是习惯法，《北史·突厥传》有一段专门介绍了突厥的习俗和法律规范。本文主要对突厥法做一个梳理总结，因史书多是记载东突厥的事件，故笔者的史料也是以参考东突厥为主。

一、突厥汗国的刑事法律制度

《北史·突厥传》较完整地记载了突厥的刑法规范：“其刑法：反叛、杀人及奸人之妇、盗马绊者皆死，淫者割势而腰斩之；奸人女者，重责财物，即以其女妻之；斗伤人者随轻重输物，伤目者偿以女，无女则输妇财，折肢体者输马，盗马及什物者各十余倍征之。”¹

由此可以概括出突厥汗国的犯罪种类主要有以下几种：

1. 国事罪：

（1）叛国罪。历代以来均将叛国罪视为重罪，故处罚也最重。《旧唐书·刘武周传》载：“宋金刚背突厥而亡，还至上谷，为追骑所获，腰斩之”。²

¹李延寿.北史卷九十九·突厥传[M].长春：吉林人民出版社，1995：1798.

²刘昫等.旧唐书·突厥[M].长春：吉林人民出版社，1995：3300.

(2) 杀可汗罪。谋杀最高领导人也是重罪之一，且株连九族，如毗伽可汗被大臣梅录啜下毒，没死之前杀了梅录啜，而且灭了他的宗族。

(3) 贻误军情罪。《突厥史集》载：“（传报军情有）二人后至，默啜怒其稽缓，将杀之。”

2. 侵犯财产罪：主要是盗窃，细分为盗马、盗马绊、盗其他物品，可见突厥人对马极为重视。

3. 侵犯人身罪：杀人、伤人。

4. 妨碍家庭罪：奸人妻、奸人女、淫者。

突厥的刑罚有几种：

1. 死刑。有割势（割去生殖器）并且腰斩、腰斩、砍头、坑几种。谋反叛国、杀人及奸污他人妻子、偷盗马绊者、通奸者、贻误军情的都处以死刑。

2. 赔偿损失

(1) 赔财物。伤人者、奸人女者、盗马者、伤人眼睛者没有女儿赔偿时，都要赔偿财物。赔偿多少要看伤害程度而定，但偷盗马匹和物品要赔偿原物价值十倍的数额。

(2) 赔马。把人的肢体弄断后须赔偿马匹。

(3) 赔女儿。奸污别人家的女儿在赔偿财物后，还要把自己的女儿嫁给对方，把人的眼睛弄伤也要把自己的女儿赔给对方。

3. 鞭刑或棍刑。颉利可汗对突利“囚而挞”，那就是对人的身体用刑，而具体是用什么刑具，史料没有说，根据“挞”这个字的字义推论应该是鞭或棍子。

二、突厥汗国的民事法律制度

（一）所有权制度

突厥是奴隶制社会，可汗以及其他达官贵族都拥有大量的牲畜、财物和奴隶。《隋书·突厥传》上记载启民可汗有二十万头牲畜，突厥曾向隋朝进贡一万匹马，二万头羊，五百头牛、五百头骆驼。³《周书·突厥传》记载：“虽迁徙无常，而各有地分。”⁴说明放牧的地段是划分好的，奴隶主对其属地享有所有权，控制着放牧的界域。突厥的普通牧民也拥有少量的牲畜，在突厥有着人死后亲属杀羊杀马来祭奠的风俗，可见家里是有羊、马才能用来祭奠的。

（二）婚姻家庭制度

突厥与其他北方游牧民族相似，实行一夫多妻制，突厥的先祖讷都六就有十个妻子。《北史·突厥传》较详细地记述了突厥人的婚姻家庭制度：“男女咸盛服饰，会于葬所。男有悦爱于女者，归即遣人娉问，其父母多不违也。父兄伯叔死者，子弟及侄等妻其后母、世叔母及嫂，唯尊者不得下淫。”文中“唯尊者不得下淫”一句话表明具有强制的性质。由此看来，这并不仅仅是单纯的婚俗，而已成为突厥人的婚姻习惯法。

首先，关于恋爱与婚姻的缔结。突厥青年是通过“葬所”即葬礼这个极其特殊的地方来寻找配偶的。由于游牧社会的分散性和流动性，使得经常性的男女社交活动几乎是不可能，因此只得利用“会于葬所”的机会来寻找自己的另一半。因为只有在葬礼上，人员比较集中，大家才有机会见面，这并非对死者的不尊重，而是一种无奈的选择。从“遣人娉问其父母多不违也”一语，可知男女是恋爱自由的，当男方看中女方后，会派有人说媒求婚下聘礼，家长也大多不反对。突厥刑法中有“输妇财”的赔偿方法，男方应该是给女方家长一定的聘礼的，而且数目也比较可

³魏徵等.隋书卷八十四·北狄[M]，长春：吉林人民出版社，1995：1223-1228。

⁴令狐德棻等.周书·突厥传[M]，长春：吉林人民出版社，1995：1245。

观，否则不会作为赔偿的对象。

其次，关于收继婚。在突厥汗国的历史上，有很多女性在丈夫死后，再嫁给丈夫的弟弟、子侄，成为被收继人，收继女性的男子为收继人。如千金公主先后嫁给陀钵可汗、陀钵的侄子沙钵略可汗；还有著名的义成公主，她曾先后成为启民可汗、启民的儿子始毕可汗、始毕的弟弟处罗可汗、处罗弟弟颉利可汗的妻子。突厥法允许长辈收继婚（嫁给丈夫的子侄）与平辈收继婚（嫁给丈夫的兄弟）的存在。按史料所载，收继婚是有限制的，在下列情况下不得履行收继婚：（1）被收继人之夫未死；（2）被收继人为收继人之生母；（3）收继人为长辈。⁵假如不具备收继条件，那么寡妇可以改嫁，亲生子随母改嫁也被容许。

收继婚在我国古代北方草原游牧民族中是一个很普遍的现象，匈奴、鲜卑、柔然、蒙古、女真都有这种习俗。突厥不同的一点是规定了“尊者不得下淫”这个强制条款，即女子不得嫁给丈夫的叔伯等长辈。出现收继婚的原因，学者们有颇多的论述和见解，主要是为了繁荣本族人口、保持血统纯粹、少给妇财降低经济成本等等。除上述原因外，笔者认为，还是对妇女的一种尊重和保护。游牧民族流动性强，又时刻都是战事，男人冲锋陷阵，战死的可能性很大，他们的妻子如何安置就成了问题。古代妇女没有独立的经济能力来养活自己，必须依靠男人，而同一家族内的人经常相处，互相熟悉，妇女留在了夫家，也没有带走孩子，血统的纯洁自然就保持了。让女性再改嫁，是对女性人性的一种尊重，不要让女性尤其是年轻的女性过早地被禁锢和压抑，让她们依然可以过正常的家庭生活，这在某种意义上说是进步的。至于如果弟弟、子侄不履行收继婚怎么处理，史书没有明说，《北史卷九七西域传》中有一段记载说，人们让伯雅娶他的大母（父亲的第一个妻子），伯雅不愿意，但最后被逼无奈还是不得已顺从了，看来这是强制性的规定，不得违反。⁶

最后，收继婚中有一条“尊者不得下淫”，是其他之前的少数民族没有的，反映出突厥已经开始注意伦理纲常，也许是受到汉文化的影响，

⁵欧阳修,宋祁.新唐书·突厥传[M], 长春: 吉林人民出版社, 1995: 4389.

⁶蔡鸿生.唐代九姓胡与突厥文化[M], 北京: 中华书局, 1998: 63.

也许是社会的进步使然。

家庭方面，突厥社会是一个以父权、夫权为主的社会，但妇女也具有较高的地位，大部分北方游牧民族都是如此，各民族都保留着一些母系社会的残余。最早讷都六的儿子都是以母亲的氏族为姓，阿史那是讷都六最小的妻子的姓，这就是母系社会的特点，而王位传给儿子又是典型的父系社会的现象。可汗的外甥和可汗的儿子、侄子都被称作“特勤”，说明了突厥人对待姐妹的孩子和兄弟的孩子是一样的。家里男人出去打仗，妇女承担所有家务，还要跟着长途奔波，有时甚至替男人出征，同时妇女也掌握着家里的经济大权，她们的地位不容小视。突厥可汗的妻子可贺敦是可以参与国事的，比如处罗可汗死后，他的妻子义成公主废除了处罗的儿子奥射，说他丑弱，而立处罗的弟弟咄苾为王，就是颉利可汗，这样她既行使了可汗妻子的参政权，又为自己找到了一个合适的丈夫。还有，陀钵可汗死后，本来要立陀钵的儿子大逻便为王，但就是因为大逻便的母亲出身低贱众人不服，而改立母亲出身高贵的菴罗。虽然后来菴罗被迫让位给摄图，但说明突厥一向看重出身，出身高贵的妇女普遍受到尊重。

（三）王位继承法

目前的史料中没有财产继承的资料，本节所说的继承是指突厥的汗位继承，因此确切的说应该是继位法，但就习惯而言，笔者还是用了人们常用的“继承”一词。本文介绍的王位继承是东突厥的王位继承，因为有关东突厥的史料最为详尽。

东突厥（或称作前突厥、北突厥）从土门称伊利可汗到颉利可汗被唐朝生擒，汗国覆灭，历经十一位可汗，这十一位可汗前后传位九次，继位方式有三种：子代父，弟代兄，侄代叔。其中弟代兄最多，有五次。子代父和侄代叔各两次。这些继位方式是交替进行，不像一些学者们理解为依次进行。⁷下面分别介绍。

⁷徐晓光.中国少数民族法制史[M]，贵阳：贵州民族出版社，2002：103.

第一，子代父。父亲将王位传与儿子，这应该汉民族中原王朝皇位的主要继承方式，但在突厥汗国却只有两次，分别是伊利可汗立儿子科罗为乙息记可汗和启民可汗传位于儿子始毕可汗。子承父位是突厥继承的“先祖之法”，史载突厥的先祖讷都六死后，选定继承人时，人们把讷都六的儿子们领到大树下面，让他们向树上跳，谁跳得最高谁就被立为主。结果他的小儿子跳得最高，被大家奉为首领，号阿贤设。这说明两点：第一点，王位的继承是父传子，但不确定是哪一个儿子。第二点，向树跳高体现了原始的竞争意识，汗位能者居之，只是这种能更多是体能。从这以后，都是父传子，一直到乙息记可汗把位置传给弟弟才被打破。隔了五位可汗后，启民可汗死后，汗位又被他的儿子始毕可汗继承。

第二，弟代兄。这是继位方式最常见的一种。乙息记传位给木杆，木杆传给陀钵，沙钵略传给莫何，处罗继位于始毕，颉利又继位于处罗。先祖之法到木杆这里发生了变化，科罗临死前，舍弃了儿子摄图，而把王位传给了弟弟木杆，先祖之法被“亡父之命”也就是遗嘱继承否定，此后弟代兄居多。这反映了突厥汗位继承的灵活性，没有死守祖宗的遗训。而弟代兄这种继位方式出现时恰逢突厥势力日渐强大，辖区也很辽阔，同时内部矛盾增多，不论是其征服的异族中还是上层统治阶级内部都有许多暗流，面对这些复杂局面，选定更有能力的人作可汗来管理国家尤为关键。可汗们很多英年早逝，此时或子嗣年幼难以担当大任，或体弱力差不能一统全国，年富力强的弟弟比起儿子们更合适。始毕死后，儿子年纪太小，弟弟处罗继位；处罗死后，儿子丑陋又体弱也不能胜任汗位，于是还是弟弟颉利继位，可见继位更看重人的综合实力和当时具体的历史情况。

第三，侄代叔。有两次：摄图（沙钵略）继承叔叔陀钵，都蓝继位于叔叔莫何（处罗侯）。侄代叔的原因与前面讲到的弟代兄类似，两个继位的人都是由于自身实力超群而被人们拥立为可汗的。

有关司法和诉讼、审判方面的材料在史料中难觅踪影，这里也无法详细论述。《通典卷一九七·突厥》中有一句话：“热汗掌监察违法，厘

整班次”。⁸从这句话推断，热汗应该是掌管司法的官员，但这个官职在其他史书中没有提到。突厥有这样的风俗：在人死后，亲属把死者的尸体停在帐篷里，绕着帐篷高声哭喊，用刀划面、血泪交流，一共七次。而这种习俗也用到了申诉冤情时，为了证明酋长的清白，很多酋长割去耳朵、用刀划伤面颊来作证。

三、突厥汗国法律制度的特点

尽管关于突厥法的内容史料记载并不多，最全的也不过一、二百字，但从这些规定还是可以看出突厥法律制度的一些特点，笔者认为主要有：

第一，处处体现游牧民族的特性。突厥是游牧民族，逐水草而居，最主要的财产不是土地，而是牲畜，因此刑法中偷盗马匹的人要十倍赔偿对方，就是因为偷了马就相当于夺去了对方生存的基础；反之，伤了人的眼睛要用马来赔偿也是断绝伤人者的生活来源，这些惩罚都是很重的。另外，游牧民族把战争当作生活最重要的一部分，人们平日是在家放牧的牧人，打仗时就成了战士，全民皆兵，军民不分，以战死为荣，武器比起生产资料更受重视。因此，偷盗马匹就要处以死刑，而偷马者只是赔财，正因为马匹是一种作战的武器，贻误军情者也要处死也表现了一切以作战为中心的思想。还有，北方游牧民族妇女地位普遍较高，婚姻家庭法中对妇女的一些保护规定也体现了这一点，典型的就是收继婚，女性是可以再嫁的，另外如妇女享有参政议政权、姐妹的子女和兄弟的子女地位相同等等。

第二，维护奴隶主统治的政权。突厥刑法中，反叛国家和谋杀君主都将处以极刑，而且株连族人。可汗及其王室亲属、贵族们都拥有大量的私人财产：土地、牲畜、奴隶等，而一般牧民仅有维持生计的财物。

第三，维护家长的权利，主要是父权和夫权。尽管突厥妇女有一定的地位，但是法律还是偏重于父权和夫权的。比如父亲犯罪后可以用女儿赔偿给对方来抵消自己的罪责，体现了对父权的保障；而奸人之妻要

⁸林幹.突厥史[M]，呼和浩特：内蒙古人民出版社，1988：52.

处死，奸人之女仅仅赔财，这两种不同的刑罚又说明对夫权的侧重。

第四，法律制度具有一定灵活性，主要表现在王位继承法中。本来依照突厥的习惯法，王位应该是儿子继承父亲，但随着汗国的日益强大和汗国内外局势的不断变化，继承方式也发生了改变，改为子代父、弟代兄或者侄子继承叔父三种形式交替进行，这反应了法律不是一成不变的，突厥可汗也没有墨守陈规，为了更好地维护自己的统治和王国的稳固，必要时就要对过去的法律做一些相应的调整，这是符合时代发展和历史条件的。

参考文献

李延寿.北史卷九十九·突厥传[M]，长春：吉林人民出版社，1995：1798.

刘昫等.旧唐书·突厥[M]，长春：吉林人民出版社，1995：3300.

魏徵等.隋书卷八十四·北狄[M]，长春：吉林人民出版社，1995：1223-1228.

令狐德棻等.周书·突厥传[M]，长春：吉林人民出版社，1995：1245.

欧阳修,宋祁.新唐书·突厥传[M]，长春：吉林人民出版社，1995：4389.

蔡鸿生.唐代九姓胡与突厥文化[M]，北京：中华书局，1998：63.

徐晓光.中国少数民族法制史[M]，贵阳：贵州民族出版社，2002：103.

林幹.突厥史[M]，呼和浩特：内蒙古人民出版社，1988：52.



Nordic Journals

Available online at jls.pruna.eu

Journal of Legal Studies

Journal of Legal Studies, 2017, 58–64



Journal of Legal Studies

Received: 3 May 2016. Accepted: 5 June 2017. Published: 30 June 2017

Conceptual Development of Social Networking Services and Privacy

Xingan Li*

Abstract: This paper examines the evolving concept of privacy in the context of social networking services (SNS) and the challenges posed by rapid technological advancements. Through the theoretical lens of informed formal rationality, the study explores the tension between technological innovations that enhance information flow and the legal frameworks struggling to regulate this flow. As SNS platforms increasingly integrate with traditional markets, personal data becomes a tradable commodity, leading to an ambivalent situation where both positive and passive exposure of personal information are common. The study highlights the implications of this shift, with particular emphasis on the risks to privacy, consumer rights, and the broader societal impact of uninformed or misinformed decision-making in cyberspace. It calls for a more informed approach to both technological development and legal regulation, aimed at safeguarding privacy while promoting informed rationality.

*International Institute for Information Society, Helsinki, Finland. The article was first presented at the ICR2017: 3rd Interdisciplinary Cyber Research workshop 8th of July, 2017 — Tallinn, Estonia.

Keywords: social networking services, privacy, informed formal rationality, technological innovation, legal regulation

Introduction

Unprecedented technological innovation has reshaped the facets of human society in recent decades in a faster rhythm than in a span of centuries in the past. Interconnected information system facilitates social networking services in a broader and deeper scope than traditional transportation, communications and social media alone were incapable of containing. Online activities become the novel artifacts that the society is destined to be recorded. Under such circumstances, privacy, a relatively young notion, acquires yet newer load of sense.

The purpose of the current research is to study new development and new challenge in the notion of privacy. The theoretical starting point of the analysis is the idea of informed formal rationality (Li 2006; Li 2015), as a developed version of rationality theory of Max Weber (Weber 1978). This indicates that there is a process of human decision-making from uninformed rationality to informed rationality, during which present information system assists in uplifting the horizon of the cognitive ability of human beings as a whole and that of stakeholders in particular. The rapid transformation in recent decades from under informed rationality to better informed rationality poses dilemmas within and between technological innovation and legal regulations. On one hand, technology can either enhance distribution or limitation of information flow. On the other hand, law is wrestling with either liberating or restraining such a flow. Among these contradictions, both positive and passive exposure becomes a strong tendency among participants of social networking services. Particularly, social networking services are well integrated with the traditional space of market, where certain attributes of participants are tradable targets, and with the traditional activity of marketing, which these attributes of participants are tradable objects. Therefore, an open-door market and open-minded marketing is expected, but a closed-door storage is also indispensable.

From uninformed to informed human space

McNeil and McNeil (2003) divided human webs into five stages: worldwide web, metropolitan web, Old World Web, cosmopolitan web, and global web. During such transformation, information obtaining and exchange are one of the contributing factors. Prevalent manipulation of information system takes the power to shape almost all aspects of contemporary. This tide greatly challenges conventional legal system and necessitates special attention in identifying potential change of legal systems in cyberspace, and to deal with the correlation between enhancement of decision-making and the informed formal rationality (Li 2008).

Informed formal rationality is one of a series of concepts coined by applying Weber's two-dimensional coordinate system comprised of "formality" and "rationality" and expands it into a three-dimensional model by distinguishing "informability" and "uninformability" (Initially published in Li 2006 in an edited book. See also Li 2015, a revised version was published as a journal article). Based on this concept, the relationship between internal and external control over cyberspace can be considered.

The perfect informed formal rationality represents formal rationality with the subjects informed. Under this model, the decision-making was operated under the circumstances where clearly-addressed regulations and clearly-observed procedure were applied to similar events in a reliable form. Similarly situated were similarly treated, without external intervention in the decision-making process. In addition, the decision-making process has a higher degree of transparency by ensuring that the subjects are informed about the applicable regulations and procedure. This model could, therefore, be trichotomized as unified criterion, due process, and transparent operation (Li 2006; Li 2015).

In order to achieve the merits of this model, a highly developed information sharing system is required. As a perfect model can only be reached with indefinite approximation, there is expected a developing process from absolutely uninformed rationality, through under informed rationality, to better informed rationality. Today, we can perceive an unparalleled technological

advance that is reshaping the facets of human society in a much quicker pace than in duration of past centuries. Social networking services are one of the instruments to improve such an informing function, which helps participants to know and to be known with each other. In other words, participants are willing to reach the depth of others' inner circles to dig out their data, while other participants are willing to float to the surface of their pools to expose their own. Consequently, there are both pulling force and pushing force for data sharing. Such forces are positive in decision-making of all players in cyberspace, but reduce the efforts for privacy protection, lack of which abusive decision-making can become rampant (Dong and Li 2016).

Technological and legal dilemmas

The aim of most technological inventions in the field of social networking services is to improve connection and exposure of participants, with minimum motives for discouraging such activities. Like at a crossroad, where a same starting point can lead to different destinations at different directions, the same technological achievement can result in both opportunities for and risks to privacy (van Dijk 2009: 121). From the very beginning, motivated and developed connection function on one hand and unmotivated and underdeveloped protection function on the other, bring about much loaf of current loopholes in breeding reasonable awareness and safeguarding legal rights. The cyber atmosphere always means open and laissez-faire, without the misgiving of exploitation by potential perpetrators of abuses. Ethics and law are not always critical terms in the glossary of technosphere.

Social networking services are full of such functions that initial intention is only for information of participants to get connected, exposed, and shared. For example, many applications permit users to search other users, to send messages to other users who can be randomly selected as the recipients, to get people within a geographic distance of several kilometers, to shake the telephone and get connected with others who shake the telephone at the same time, to join a group via an acquaintance and peep all other members. When strangers start communicating with each other, they have to actively make

conversation with each other so that they can get known. This is a process during which strangers get in touch and acquire trust. When potential criminals acquire trust from the potential victims, they are able to carry out their criminal activities, fraud being one type. This is a process being more informed, but sometimes misinformed, or even in the victim of rationality. Therefore, such a practice can be destructive to development of decision-making towards the model of informed rationality.

Positive and passive exposure

Liberation of human nature and satisfaction of curiosity can both be considered to explain why participants of social networking services are willing to know and to be known with each other. An open and informed society tolerates a broader range of personal information to be available in information retrieving system and thus accessible to a broad range of users. Right information in right hands can naturally be positive for developing an ideal model of informed rationality for decision-making in many fields and in many senses. An ambiguous boundary between free information and privacy becomes movable back and forth, depending on how a new convention is taking a shape from new consensus among participants as well as among those representatives of public interest. A major concern is, however, participants with malicious motivation can exploit such information to satisfy their own needs, unethical or even illegal, which in turn threaten safety and security of those privacy owners, many of whom become victimized just before they are aware of the abuse.

Changing facets of market and marketing

In many different platforms of social networking services, certain attributes of participants are tradable targets, and these attributes of participants are tradable objects. Therefore, an open-door market and open-minded marketing is expected, but a closed-door storage is also indispensable. Marketing buzz can be one of the examples.

Unlike traditional businesses, business on social networking services is not compulsory to get registered. This missing regulation makes it more convenient and more profitable for ordinary users to do business, while at the same time supervision on such transactions is completely left in lack: tax evasion, lower transaction cost, no quality check, no advertising expenses, and so on. A lethal fault of SNS transaction is that, without official registration, authentic identifications and addresses of SNS merchants are by no means easy to verify. Once there are disputes or frauds, it is almost impossible to maintain “consumer rights” or pursue the perpetrators. Selling fake goods are another way of fraud. SNS merchants can upload authentic pictures, but with fake goods sent to the buyers. Particularly, when transactions are done in SNS function of “comments”, there is no third party payment platform employed and high risks exist for buyers’ money or commodity.

Conclusions

If a process of human decision-making from uninformed rationality to informed rationality can be perceived, current information system is assisting in rapid transformation. Technology can either enhance distribution or limitation of information flow, while law is wrestling with either liberating or restraining such a flow. Participants of social networking services have been involved in a tendency positive and passive exposure. Integration of social networking services with the traditional space of market and with the traditional activity of marketing, requiring open-door market and open-minded marketing, as well as closed-door storage. Greater risks of victimization exist during the transformation, in which privacy is threatened.

References

- Dong, S.; Li, X. (2016). Besieged Privacy in Social Networking Services. International Journal of Electronic Security and Digital Forensics, 8 (3), 224–233.

- Li, X. (2008). Cybercrime and Deterrence: Networking Legal Systems in the Networked Information Society. Turku, Finland: University of Turku.
- Li, X. (2006). Cyberspace and the Informed Rationality of Law. In Ahti Laitinen (ed.), *Writings in the Sociology of Law and Criminology* (207). Turku, Finland: University of Turku Faculty of Law, pp. 1-33.
- Li, X. (2015). Cyberspace and the Informed Rationality of Law. *The Romanian Journal of Sociology*, 26 (1-2), 3-27.
- McNeil, J. R. and McNeil, W. H. (2003). *The Human Web: A Bird's-eye View of World History*. New York, London: W. W. Norton.
- van Dijk, J. (2009). *The Network Society*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: Sage.
- Weber, M. (1978). *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Guenther Roth and Claus Wittich (eds.), Berkeley: University of California Press.