

## 平台、信息和个体：共享经济的特征及其法律意涵

赵 鹏

**内容提要：**对共享经济的法律回应需要从其基本特征出发，理解共享经济活动与现行法律体系不匹配的根源。共享经济以互联网平台为中心组织经济活动，这种经济活动组织形式的创新既可能服务于减少交易成本，也可能用于规避法律，法律层面的回应需要贯彻组织中立原则，根据立法的实质目标灵活调整规制方案，既激励创新，又防止监管套利；共享经济以信息利用作为核心控制手段，为个体间直接交易搭建了可信的环境，并展现了替代部分法律和监管措施的可能性，法律需要关注这种替代方案的潜力和局限，同时及时回应信息利用带来的新挑战；共享经济以个体间大规模直接交易为表现形式，模糊了传统法律中普通民事交易和经营活动的界限，由于这些交易持续且规模化地发生在陌生人之间，不应对其豁免适用相应的规制方案，法律应以是否利用闲置资源为区分标准，寻求新的类型化回应方案。

**关键词：**共享经济 互联网平台 信息利用 闲置资源利用 中立规制原则

赵鹏，中国政法大学法治政府研究院副教授。

### 一 问题的提出

尽管共享经济已为主流意识形态所接受，<sup>〔1〕</sup>但是它与法律和监管体系的摩擦、调试以及相应的学术研究仍将是一个长期的过程。目前，在网约车等具体领域，关于法律和监管改革的讨论已经积累了较为丰富的学术成果。但就共享经济活动与法律和政府监管的一般性关系而言，尽管已有相关研究，但整体而言仍然相对滞后。

这种不平衡在一定程度上与共享经济在不同领域引发的问题差异巨大，法律和监管

〔1〕 党的十九大报告提出要在在共享经济等领域培育新增长点、形成新动能，并将其作为深化供给侧结构性改革的重要举措。

政策讨论需要结合具体情境展开有关,<sup>[2]</sup>也符合从具体到抽象的认知法则。尽管如此,如果我们承认共享经济具有改造整个社会经济活动组织方式的可能,就仍然需要在更为抽象的层面思考共享经济组织交易及这些交易背后的生产活动的基本特征,并在此基础上讨论法律和监管体系应当如何看待、回应这些特征。这种基础性讨论有利于我们形成关于共享经济的完整图景,并帮助我们更加深入、系统地理解当下的冲突。

实际上,互联网本质上改造了包括信息在内的资源组织和交换方式,使这些资源在超越传统经济组织的范围以外分配,必然与传统经济及其依赖的法律和监管体系发生冲突。历史上,点对点的信息传播结构形成了显著的去中心化效果,<sup>[3]</sup>对以信息为核心资源的传媒和创意产业产生巨大冲击,并在一些国家引发版权、隐私等领域法律的系统性调整。在这个意义上,共享经济的崛起只是使这场冲突从虚拟空间延展至物理世界。<sup>[4]</sup>正如那个时代法律的回应需要考虑信息传播结构的变化,对共享经济的法律回应,也需要理解其组织交易、生产活动的结构性特征。

对于这些特征,虽然经济学已有研究,但是,我们仍然需要注意不同学科在研究旨趣上的差异:经济学等方面的研究关注共享经济在提升效率方面的潜质;而法律界则更关注其对现行法律和监管体系的压力。因此,尽管共享经济首先是一种经济活动,但并非这种活动中所有的特征都需要法律学者特别关注,我们应当聚焦于其中可能引发法律和监管范式转换的地方。

例如,经济学提出共享经济强调所有权和使用权分离,<sup>[5]</sup>考虑到法律对租赁活动已有系统安排,这一特征在法律上便不具有显著意义。实际上,那些仅仅具备“所有权和使用权分离”,而不具备如“互联网平台”、“个体间直接交易”等特征的所谓“共享经济”——共享单车、共享雨伞、共享充电宝等等,他们与传统企业通过集中化采购、集中化投放的分时租赁服务并无二致。这些活动固然有其商业创新的价值,但是,它们要么在既有法律框架下已经得到系统规范,要么仅仅需要对既有规范进一步精细化的理解和适用——例如,共享单车侵犯城市公共空间的问题,完全可以通过对“占道经营”等管制规范的完善予以解决,<sup>[6]</sup>而不需要整个规范架构的系统调整。

实际上,技术和商业的创新持续地改变着产业的面貌,一些创新甚至对既有产业具有颠覆效应,但并非所有的创新都对法律提出系统改革的压力。历史上,苏宁、国美等家电卖场先颠覆了传统百货商场的家电销售,又被京东等电子商务企业深刻重塑,这一过程中

[2] 参见 Stephen R. Miller, *First Principles for Regulating the Sharing Economy*, 53 *Harvard Journal on Legislation* 147, 151 - 153 (2015)。

[3] 这种结构被描述为终端到终端的直接交流。参见 Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World* (New York: Random House, 2001), p. 34。

[4] 胡凌将这种冲突描述为“非法兴起”,参见胡凌:《“分享经济”的法律规制》,《文化纵横》2015 年第 4 期,第 112 - 115 页;胡凌:《“非法兴起”:理解中国互联网演进的一个视角》,《文化纵横》2016 年第 5 期,第 120 - 125 页。

[5] 《关于促进分享经济发展的指导意见》(发改高技[2017]1245 号)即指出“分享经济强调所有权与使用权的相对分离”。

[6] 参见林珊珊:《城市空间能被无偿“共享”吗》,《学习时报》2017 年 9 月 14 日第 03 版;《城市空间不能被无偿“共享”》,《人民政坛》2017 年第 10 期,第 43 页。

并未引发法律系统性的调整。因此,与经济学、管理学等领域的视角不同,法律学者需要特别辨识与解析的,是那些可能引发法律与监管体系“范式转换”的特征。

## 二 共享经济中具有法律意义的特征

虽然小规模、基于熟人关系的借宿、搭伙、合租、易物等共享型经济活动并非新事,但是当下由互联网信息技术驱动、发生在陌生人之间的大规模交易活动却使“共享经济”这一概念有了完全不同的社会影响,可谓“旧瓶新酒”。与互联网催生的其他经济活动类似,快速演进的技术和商业形态不断重塑着共享经济的面貌。因此,尽管以共享经济为名的活动已经产生了广泛的社会影响,但对于何为共享经济却缺乏一个各方共享的概念。然而,如果不拘泥于细节,而聚焦于那些结构性的因素,仍然可以发现,以下几个特征是共享经济影响既有法律和监管体系的关键:

### (一) 以互联网平台作为组织中心

互联网平台的基本功能是通过互联网技术连接产品或服务的供应侧和需求侧、协调交易活动,平台自身并不直接提供产品或服务,而是扮演信息汇聚和交易组织的角色:<sup>[7]</sup>前者通过互联网设施聚合供应侧和需求侧的信息,便利供应方获得客户和交易机会、需求方搜寻产品和服务;后者为供需双方提供交流渠道、通过技术和交易规则安排确保交易安全、为交易搭建了基于互联网和线下(例如配送)的基础设施等等便利交易进行的服务。

在共享经济中,互联网平台是分散资源优化配置的组织中心。<sup>[8]</sup>它通过更加紧密地连接供、需双方,降低了交易成本:对于供给方,极大地降低了产品投放、推广的成本;对于需求方,它提供更充分的信息,更便利的产品服务品质和价格比较途径,降低了搜寻产品的成本。例如,在民宿方面,民宿的所有者可以将市场推广、广告、支付等经营活动外包给途家、蚂蚁短租、爱彼迎等平台,从而降低运营成本,而需求方也可以通过这些平台便捷地搜寻、比较、交易。实际上,正是因为互联网平台对交易成本的降低,才催生了以前并不存在的市场机会。

早期的平台主要提供相对简单的信息服务,伴随互联网技术和商业生态的演化,平台对经济活动组织、控制能力逐步增强。当下,这种对生产、交易活动的规范、控制和保障能力已经成为互联网平台竞争力的关键,平台亦逐渐演变成一种新型的经济活动组织形式:在传统经济活动中,产品、服务通常在一个公司的控制下,通过集中化的采购、生产、销售的方式提供,而互联网平台则通过不断升级的技术和服务形成了一个中间层,发展成边界模糊、规模庞大的生态系统。

法律规制方案通常是以现有经济活动的典型组织形式为蓝本设计,这导致平台经济

[7] 商务部《第三方电子商务交易平台服务规范》将第三方电子商务交易平台定义为“在电子商务活动中为交易双方或多方提供交易撮合及相关服务的信息网络系统总和”。

[8] 《关于促进分享经济发展的指导意见》(发改高技[2017]1245号)亦强调“分享经济在现阶段主要表现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”。

难以在现行法律架构中找到准确的定位。这也是共享经济在政府监管、竞争法、劳动法等多个领域均与现行法律和监管体系产生摩擦的根源之一。

## (二) 以信息利用作为核心控制手段

平台经济所具有双边或者多边市场效应使得市场份额高度集中于少数平台。因此,与前互联网时代交易信息遗失于大量分散场景不同,当下,少数互联网平台聚集了关于用户、交易、产品、服务的大量信息,造就了一个信息高度聚集的环境。

通过用户上传身份信息、联系方式、银行账户等信息并进行账户认证,共享平台可以在相当程度上保障交易的安全;通过汇集用户对产品、服务的点评、反馈信息,潜在的用户可以快速了解交易对方及其提供的产品、服务的基本情况;通过监控交易活动所产生的信息,共享平台可以在相当程度上对用户行为的好坏进行推定,采取技术手段惩罚甚至移除那些被断定为具有潜在威胁的用户,并奖励那些可信的用户。<sup>[9]</sup> 所有这些信息的利用,最终导致共享平台可以为交易提供一个可信、可控的环境。<sup>[10]</sup>

历史上,社区内邻里间的借宿、搭伙、易物等行为并不罕见,也很少受到法律的规制,其原因在于熟人社会中的伦理、声誉等机制能够为交易双方提供较为充分的约束,从而形成一个可控的交易环境。<sup>[11]</sup> 但是,城镇化、工业化形成的陌生人社会,缺乏社区中非正式制度的约束,只能通过法律或者法律授权的行政部门颁布管制规范和标准、颁发行政许可、监督检查并惩戒违规者来保障交易安全。而互联网技术对信息的聚集和利用,重建了个体之间直接交易的可控环境,这是现代共享经济赖以产生、发展的重要条件。<sup>[12]</sup>

以信息的利用作为规范、保障和控制交易活动的手段,在相当程度上发挥了传统法律和政府监管的功能,从而引发了两个层面的法律问题,其一,它是否以及在多大程度上可以替代法律和政府规制,从而引发放松规制的必要;其二,平台企业对这些信息的利用,可能产生新的侵犯用户权益的问题,法律应当如何回应。

## (三) 以个体直接交易作为表现形式

当下共享经济源起于协同消费的概念,<sup>[13]</sup>这种消费模式是对传统上以市场为基础的消费主义的替代,目的在于通过个体之间的分享,节省、易物、借贷、租赁、赠与等活动,节省金钱、空间,结交朋友并成为积极的公民。由此,共享经济强调个人出于某种共享的态度或者动机,将自身相对闲置的财产、技能、空间等与他人进行分享。<sup>[14]</sup>而且,这种交易是个人之间点对点直接进行的——传统上也存在向个人收购旧物之后再销

[9] 参见 Joel Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 *Texas Law Review* 553, 553-556 (1998)。

[10] 胡凌:《超越代码:从赛博空间到物理世界的控制/生产机制》,《华东政法大学学报》2018年第1期,第6-21页。

[11] 关于熟人社会的理论,参见费孝通著:《乡土中国:生育制度》,北京大学出版社2005年版,第31-76页。

[12] 有学者将此概括为“现代信任”,并分析了其在共享经济中的关键作用。See Abbey Stemler, *Betwixt and Between: Regulating the Shared Economy*, 43 *Fordham Urban Law Journal* 32, 35-38 (2016)。

[13] 马化腾等著:《分享经济》,中信出版集团2016年版,第4页。

[14] Yochai Benkler 将其归纳为两个重要要素:个体可共享的物和个体共享的主观态度。参见 Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as A Modality of Economic Production*, 114 *Yale Law Journal* 273, 276 (2004)。

售的经营活 动,但是,共享经济的特点则是借助互联网平台,个人之间去中介化的点对点直接交易。

商业的创新不会因理论定义而自设限制,<sup>[15]</sup>当下,以共享经济为名的活动已经超出了个人就闲置资源点对点直接交易的范畴:首先,大量活动实质上是企业通过集中化经营形成的和消费者之间的分时租赁关系,如之前提及的共享单车、共享雨伞、共享充电宝等。这些活动与传统经济活动并无二致,亦不会造成法律规制体系紊乱,<sup>[16]</sup>在法律上并不具备显著意义,本文不将其作为共享经济的形态。

其次,互联网平台提供了大量的交易机会,不少个体也不再限于利用闲置资源参与这类经济活动。例如,滴滴网约车平台上的司机很多是全职或者主要从事网约车服务;途家上的民宿很多亦是专门用于短期租赁。这类活动已经具有相当大的体量,而且定义何为“闲置”本身面临一些困难,如前所述,一些政府政策性文件已经不再使用“闲置资源”这一概念,而代之以“分散资源”。

无论是否使用闲置资源参与经济活动,个体之间发生的大规模直接交易本身就对法律体系的传统设计形成了挑战:既有法律和政府规制一般针对规模化、重复性的盈利活动,即经营行为。对私人之间偶然发生的交易,既出于尊重私人自治的规范约束,又出于政府执法成本的功利考量,给予相当多的豁免。而大量个人直接交易的出现,可以导致对这种豁免过度地、违背法律目的的利用,<sup>[17]</sup>从而需要法律的回应。在这个意义上,本文需要对其统一讨论。但是,如本文第五部分将要论证的,是否使用闲置资源参与经济活动,在规范上仍然有区别对待的理由。

上述三个特征的相互作用,使得共享经济活动成为一个复杂的、快速演化的生态体系;也正是这些特征导致当下的共享经济活动或避开了现有法律的规制结构,或部分解决了法律意图解决的问题,或使相关活动在法律空白或者灰色地带展开。正因如此,这些特征值得我们高度关注,并结合新的技术和商业环境,探讨法律的基本立场。

### 三 平台经济:经济活动组织形式创新与“中立”规制原则

尽管互联网平台早已引起学术界的关注,但是,在共享经济中,互联网平台直接组织个体间进行规模化的交易、协作,而非仅提供普通的信息服务或者扮演商家与消费者之间的另一个交易渠道。在这个意义上,平台经济已经成为一种新型的经济活动组织形式,对于这种组织形式创新,法律既需要认识其降低交易成本的潜力,也需要关注其监管套利的风险。

[15] 对于共享经济在实践中对合作消费概念的突破,参见 Inara Scott and Elizabeth Brown, Redefining and Regulating the New Sharing Economy, 19 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 553, 558-566 (2016)。

[16] 关于规制紊乱的理论分析,参见 Nathan Cortez, Regulating Disruptive Innovation, 29 *Berkeley Technology Law Journal* 175, 182-187 (2014)。

[17] 有学者指出了专车服务中的这一问题,参见张冬阳:《专车服务:制度创新抑或违法行为?》,《清华法学》2016年第2期,第149-168页。

## (一) 平台经济: 交易成本革命抑或监管套利?

### 1. 作为新型经济活动组织形式的平台经济

早期的互联网平台更多的是信息汇集的空间,对交易介入并不深,提供的主要是信息类服务。实际上,当下一些可以归入共享平台类型的网站如 58 同城,提供的仍然主要是此类服务。与此相对应,法律将其经营活动定性为“网络服务”、<sup>[18]</sup>“互联网信息服务”。这意味着,法律将互联网平台的活动视为一种以“信息”为核心内容并完全不同于传统经营活动的类型。而且,基于这一定位,法律在相当程度上豁免了互联网平台适用有关政府规制、侵权责任等方面的法律。

然而,伴随技术的进步,互联网平台所提供的网络(信息)服务对生产、交易有了越来越强的控制能力,凭借它,互联网平台可以组织提供包括支付、物流、认证、技术服务、纠纷解决等在内的经营活动,并通过平台规则和技术手段规范、监视甚至制裁参与者。“互联网信息服务”已经难以解释其活动的性质,法律亦开始将互联网平台视为一种独立的经营者,“网络交易平台”、<sup>[19]</sup>“网络食品交易第三方平台”<sup>[20]</sup>等概念开始出现。

前述“交易”、“第三方”等概念说明,法律仍然认为相关生产、经营活动有其原始的组织者,互联网平台只是增加了一个新的交易渠道。但是,在共享经济的环境下,已经没有这类组织者,相反,互联网平台凭借对生产、交易活动的规范、控制和保障能力,直接组织个人之间(而非企业之间,或者企业与个人之间)进行大规模的服务、产品、空间使用权的交换。这种对生产、交易活动的组织作用,与传统经济中公司通过资本投入,雇佣个体集中化地生产、销售产品或者提供服务,在实质功能上已无差别。与此同时,一些互联网平台也更加深入地介入经济活动,例如直接派单、定价。从法律层面来看,一些监管规则也有重新认识互联网平台法律地位的趋势——尽管其具体规则的合法性和合理性还值得进一步商榷。例如,《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》规定,网约车平台公司需要“承担承运人责任”,<sup>[21]</sup>“与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议”<sup>[22]</sup>等。

因此,在共享经济语境下,平台已经构成一种新型的经济活动组织形式,只是这种经济活动的组织形式以大量分散的契约为特征,从而与传统经济中以科层化、集中化的公司有所区别。实际上,一些互联网公司已经明确提出“告别公司、拥抱平台”的口号;<sup>[23]</sup>一些理论也提出以互联网平台为组织中心的共享经济可能形成一种新型的资本家体系。<sup>[24]</sup>

### 2. 关于平台经济的争论

按照科斯的分析框架,经济活动组织形式的变化与技术发展所导致的交易成本变化

[18] 《侵权责任法》第 36 条。

[19] 《消费者权益保护法》第 44 条。

[20] 《食品安全法》第 62 条。

[21] 《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第 7 条。

[22] 《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第 18 条。

[23] 阿里研究院:《数字经济 2.0 报告——告别公司,拥抱平台》,资料来源:<http://www.aliresearch.com/blog/article/detail/id/21213.html>,最近访问时间[2018-05-14]。

[24] 参见 Rashmi Dyal-Chand, *Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System*, 90 *Tulane Law Review* 241, 278-285 (2015)。

深刻相关。<sup>[25]</sup> 其分析区分了科层化、集中化的公司和分散的市场和合同,并且主张,一些经济活动之所以要采取科层化的结构,是为了减少在市场中交易的交易成本。当然,这种科层化的结构本身也会产生另一种交易成本即组织成本。因此,何种组织形式更有效率取决于交易成本的对比。由于技术的变化很可能使这种对比发生变化,新的技术和新的经济组织形式往往同时出现。

以此为分析框架,一些观点主张,平台经济的崛起依赖于其所带来的交易成本革命,包括形成规模经济、浪费的减少、更细分的交易单元、更精确的定价、降低准入门槛等等。<sup>[26]</sup> 也就是说,在新的技术环境下,平台成为一种比公司更有效率的经济活动组织形式。

但是,也有观点认为,虽然共享经济活动提供的产品、服务与传统企业并无实质区别。但是,资本支持下的平台公司制造修辞、构建叙事,将其描述得与既有产业完全不同,从而规避既有规范的约束或者迫使管制规范做出改变。<sup>[27]</sup> 由此,平台经济的繁荣是建立在对监管规则的规避之上。例如,网约车平台公司通过复杂的协议安排,并主张自身提供的服务是信息服务,从而规避承运人的损害赔偿;<sup>[28]</sup> 一些共享经济平台通过“企业+平台+个人”的形式,以民事关系掩盖雇佣关系,以非标准劳动关系掩盖标准劳动关系,从而规避劳动法上的义务。<sup>[29]</sup> 这种意见实质上是主张平台经济的崛起是监管套利的结果,即它高度利用了法律实质目标和规制技术之间的差距,通过法律方案的设计来避免合规成本。<sup>[30]</sup>

## (二) 创新的不确定性与“中立”规制原则

上述争论的判断对于法律和监管体系的设计至关重要:如果平台经济成功主要源于交易成本的减少,那么,互联网平台作为经济活动的组织中心将使一些市场更具竞争性,增加消费者对一些服务和产品的可及性;但是,如果平台经济的崛起很大程度上得益于规避现行法律制度,而且导致法律保护的诸多价值如分配正义、消费者安全无法实现。那么,从长远来看,社会将为此付出大量的成本。<sup>[31]</sup>

尽管存在不同意见,可以得到经验证实的是,大量数字技术的应用确实使分散交易的交易成本出现了革命性的减少。例如,在“途家”等民宿平台出现之前,消费者要找到位置、设施配置等符合自己需求的民宿要花费巨大的成本,因此,住宿服务主要是品牌酒店

[25] 有关交易成本的讨论,参见[美]科斯著:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译,上海三联出版社1990年版,第1-23页。

[26] 参见 Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 *Minnesota Law Review* 87, 106-112 (2016)。

[27] 参见 Elizabeth Pollman and Jordan M. Barry, *Regulatory Entrepreneurship*, 90 *Southern California Law Review* 383, 398-406 (2017)。

[28] 参见侯登华:《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157-164页。

[29] 参见袁文全、徐新鹏:《共享经济视阈下隐蔽雇佣关系的法规制》,《政法论坛》2018年第1期,第119-130页。

[30] 参见 Victor Fleischer, *Regulatory Arbitrage*, 89 *Texas Law Review* 227, 229 (2010)。

[31] 对于上述两种对平台经济截然相反的评价,有学者将其总结为两种叙事,并进行了详细的分析。参见 Frank Pasquale, *Two Narratives of Platform Capitalism*, 35 *Yale Law and Policy Review* 309, 311 (2016)。

公司以一种连锁的形式经营。但是,伴随数字地图、图片分享、在线支付等技术的成熟,通过互联网平台来组织个体之间分散交易的成本大幅降低,催生了这类共享经济。同样的分析也可以适用于滴滴提供的出行服务。因此,平台经济的出现至少不完全是监管套利的结果。

对于平台规避现行法律和监管规则的现象,则需要置于创新和法律互动这一更广的背景下理解:法律规制方案通常是以现有经济活动的典型组织形式为蓝本设计。传统经济活动是以公司集中化的雇佣、生产、销售为典型,规制结构也就以此为假设来设计,例如,行政许可、标准设定、行政处罚、赔偿责任的对象一般都是作为生产、经营者的公司而非其雇员。由此,当技术和商业创新颠覆了作为规制前提的经济活动组织模式,便会产生法律体系的规制结构与被规制的产业不匹配。因此,如果仅仅发现新的经济组织方式与现行规制框架不匹配,就简单地认定其属于监管套利,要求僵硬地适用原有规制框架,相当于为保护既得利益而惩罚创新。

实际上,经济组织形式的创新既可能带来效率的提升,也可能带来意外甚至难以控制的成本,与此同时,传统的经济组织方式也可能伴随技术的运用而不断提升效率,这一过程有大量不确定的因素,法律和监管体系很难预见某种组织形式更为优越。因此,更加稳健的态度是,法律和监管规则的设计应当聚焦于法律的意图和相关经济活动的实质,无论是针对创新者还是现有参与者,均实质等同地赋予其针对公共利益和个体权益保护的义务,而对不同的经济组织形式保持中立的态度。

这种中立原则要求法律和管制规范在制定、解释和执行过程中不偏向于维护某种特定的经济组织形式,其优点在于,既为创新预留空间,也防止或减少监管套利,<sup>[32]</sup>而且,也使法律规则可以容纳不同形式的商业模式,更加有效地发挥市场自身的选择机制。<sup>[33]</sup>这一原则即可以用于评价现行监管规则的正当性,也可以用于探讨何为最优的规制方案。

例如,对于网约车的车龄上限,很多城市均在《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》所规定的 8 年基础上,出台了更加严格的规范,包括 1 年、2 年、3 年、4 年等,<sup>[34]</sup>即使我们承认不同城市对安全标准可以有一定的自主空间,仍然可以用上述原则来评价其实质正当性:如果该城市规定的出租车报废年限显著长于上述网约车的车龄上限,则说明其规则歧视了平台这种经济组织形式,违背了中立原则。

再例如,现行《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》要求平台企业承担承运人责任,这实质上是强制要求平台公司与出行服务的提供者之间的关系内部化,统一由平台公司对用户承担法律责任。这种规制路径构成对平台这种激励分散个体直接交易的商业

[32] 这会激发复杂的政策难题,例如是否构成对既有企业的管制性征收,从而产生补偿等复杂问题。参见刘连泰:《网约车合法化构成对出租车牌照的管制性征收》,《法商研究》2017 年第 6 期,第 70-78 页。

[33] 有学者对将这种中立原则定义为“组织中立”(Organizational Neutrality),参见 Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl and James Salzman, *Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb*, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1566-1567 (2017)。

[34] 参见林华等:《地方网约车和顺风车政策专题研究报告》,载中国政法大学法治政府研究院编:《中国法治政府发展报告(2017)》,社会科学文献出版社 2018 年版,第 168 页。

模式的歧视。但是,如果认定平台公司提供的仅仅是信息服务而豁免其责任,由于网约车司机的赔付能力有限且其保险不含这种经营活动的赔偿,又可能导致监管套利。因此,考虑到法律设定的目标是防止乘客暴露于不必要且无法得到充分补偿的风险,应当允许平台公司引入强制保险制度来替代其承运人责任,这既可以实现法律目标,又避免偏向于特定的经济活动组织形式。<sup>[35]</sup>

由于法律和监管体系需要致力于实现包括效率、创新、风险控制、个体权益保护在内的多种价值的复杂平衡,因此,其设计应当尽量保持对经济活动组织形式的中立,让不同商业模式公平竞争,让市场发现更有效率的组织形式。在这一过程中,一方面,要避免将现行管制规范僵硬地适用于新的经济活动,毕竟,互联网拥有多样化的技术结构,造就了非常不同的交互方式,仅仅基于某个方面的相似性就要求援用相应的规则,是过于简化的。<sup>[36]</sup>相反,规制方案的设计应当深入理解相关活动在互联网中的具体语境和应用机制。<sup>[37]</sup>另一方面,也需要观察新型经济活动的负面影响,并及时通过监管规范设计回应。完全放任也可能导致那些仅仅规避了监管,但实质上增加了交易费用的商业模式以创新为名大行其道。这方面,近年来多起 P2P 金融乱象即是殷鉴。

## 四 信息的利用:潜力、局限与新的挑战

互联网经济的本质在于它革命了信息生产、传播的方式,并以此为基础来组织生产、消费、社交和娱乐。因此,虽然信息历史上对社会运行即具有重要作用,但在互联网的助力下,其在现代社会发挥着更加复杂和关键的影响,“信息资源日益成为重要生产要素、无形资产和社会财富”。<sup>[38]</sup>就共享经济而言,正是信息的聚集利用造就了交易不可或缺的可信环境。而在一定程度上,这种以信息利用为控制手段构成了对法律和监管方案的替代,法律和监管体系也因此需要密切关注其潜力、局限与新的挑战,并适时回应。

### (一) 信息利用:潜力与局限

经济活动主体对信息的可及性始终是特定市场的结构性约束条件,从这个角度理解,信息在共享经济中无疑具有极其重要的地位:通过信息和通信技术的发展,我们才能更加便利地将陌生人连接,支持个体之间的协作,获得过去和现在的信息,预测相关参与方在未来的行为。

这种信息利用导致法律和监管的角色更富争议,毕竟,既然存在信息利用作为核心控制手段,强化的自我规制体系便展现出替代传统法律和政府规制的潜力。由此,一些理论

[35] 有学者论证了强制保险在网约车领域应用的可能与方式。参见熊丙万:《专车拼车管制新探》,《清华法学》2016年第2期,第142-143页。

[36] 参见 Timothy Wu, Application-Centered Internet Analysis, 85 *Virginia Law Review* 1163, 1168 (1999)。

[37] 对此,有学者以互联网平台提供劳务的劳动关系认定为例进行了分析。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》,《法学》2016年第6期,第50-60页。

[38] 《2006—2020年国家信息化发展战略》(中办发〔2006〕11号)。

主张, 规制责任应当被重新分配于交易中的主体而非政府。<sup>[39]</sup> 这种放松规制的要求, 在涉及消费者保护的领域尤其突出。传统上, 这一领域, 政府干预的正当性在很大程度上源于信息不对称, 即消费者无法准确认定产品和服务的品质, 市场机制无法提供有效约束, 需要政府借助行政许可、强制标准、强制信息披露等规制手段来确保市场秩序和消费信心。但是, 共享经济中, 消费者在交易中所处的信息弱势已经在很大程度上扭转:

汇集了海量产品和服务信息的大型互联网平台, 仅仅其存在就扩大了消费者选择、比较的可能性; 通过搜索工具、在线论坛等工具, 消费者可以更便捷地了解交易对方及其产品、服务的信息; 在线生态体系中的用户评分和评价等信息反馈和声誉机制, 很大程度上披露了产品和服务信息, 并使消费者在交易过程中拥有更大的话语权。这些因素合力使市场力量受到有效制衡, 沿袭现行规制方案的正当性受到削弱。<sup>[40]</sup> 我国学者在网约车等领域的实证研究, 也从经验上证实这种信息控制机制在消费者保护方面已经发挥了相当的作用。<sup>[41]</sup>

信息利用所展现的放松规制前景在我国具有特别的意义: 虽然计划经济的模式已经被放弃, 但我国法律和政府监管体系仍然保留了不少全能政府的残留, 大量监管手段存在不当干预、背离初衷的情况。例如, 行政许可过度干预, 甚至被用于谋取不当利益;<sup>[42]</sup> 强制性标准的设定并非遵循从市场到政府的自下而上演进过程, 而在很大程度上由行政机关单方主导, 社会各阶层参与有限, 科学性不足。<sup>[43]</sup> 实际上, 我国的共享经济能够在出行等领域迅速发展, 也和这些领域政府规制不当、寻租活动未受约束等导致的低效率有很大关联。<sup>[44]</sup> 因此, 在技术和商业生态快速演化的时代, 认识到法律规则并非规范个体行为的唯一机制, 在规制架构中充分激励市场机制、企业自我规制、社会规范的引导作用, 应当成为法律和规制体系转型的重要方向。

同时, 我们也需要认识到, 替代性规制手段的存在并非意味着法律和政府规制完全没有必要:

一方面, 利用信息规范、保障、控制交易的技术多由平台企业探索发展, 但是, 这些商业主体的动机较为复杂。在某些情况下, 平台在商业上的成功取决于其促成的交易量, 它有天然的动机解决那些可能阻碍交易达成的问题。在这方面, 它甚至会动用自身资源在线下更进一步地挖掘利用信息,<sup>[45]</sup> 由此, 法律和政府规制的确可以考虑因应现实而有所

[39] 参见 Molly Cohen and Arun Sundararajan, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, 82 *University of Chicago Law Review Dialogue*, 116 (2015)。

[40] 参见 Christopher Koopman, Matthew Mitchell and Adam Thierer, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, 8 *The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 529, 539-544 (2015)。

[41] 参见熊丙万:《专车拼车管制新探》,《清华法学》2016年第2期,第139页。

[42] 参见周汉华:《行政许可法:观念创新与实践挑战》,《法学研究》2005年第2期,第12页。

[43] 宋华琳:《当代中国技术标准法律制度的确立与演进》,《学习与探索》2009年第5期,第19页。

[44] 参见王军等:《管制政策下的北京出租汽车行业》,《比较法研究》1999年第3期,第483-495页。

[45] 例如, 阿里巴巴就发展出了在线下打击假货的抽检机制。参见李洁琼:《打假是最大的公益》,《中华工商时报》2017年8月1日第08版。

调整。<sup>[46]</sup> 但是,如果一些信息控制工具需要耗费大量成本或者会显著影响用户的参与度,则平台企业自我规制的动机可能不足,多次事件暴露出的滴滴对司机背景调查的不作为便是典型例证。而且,大量共享经济活动还会给交易双方以外的其他群体或者整体公共利益产生影响,例如,将个人房屋频繁短租给游客会给邻居和社区形成干扰和安全隐患,在这方面,平台干预的动机也不强烈。因此,在这些领域,仍然需要法律和监管的介入,提出一些强制性的要求。

另一方面,信息利用是否以及在多大程度上能够取代法律和政府监管还取决于相关技术的成熟度和问题场景的复杂性。例如,在网约车领域,平台对车辆安全性能、司机背景资质的技术审查能力以及通过 GPS 定位、用户点评等信息机制对乘客、司机的保护已经基本能够达到传统出租的保护水平,再严格适用传统的行政许可等机制的正当性就受到削弱;<sup>[47]</sup> 同样的情况也适用于民宿领域的卫生和服务质量监管。但是,在诸如食品等领域,消费者在购买使用后也不能准确判断其品质,用户评价等信息机制就很难替代传统政府规制。因此,法律和监管对共享私厨这一业态仍应保持审慎,除非相应平台发展出进一步的控制技术,<sup>[48]</sup> 同样的情况也适用于 P2P 金融等领域。

## (二) 新的任务:关注侵犯用户权益的信息利用

用户评价这类信息聚集利用手段,使得相关活动受到一种非正式机制的约束,这种约束机制在某些方面确实比正式法律机制更为有效和便捷。但是,我们同时也需要认识到,这些机制的运用也会带来新的挑战,特别是某些行为方式可能导致对用户权益新的侵犯,需要法律体系关注并适时回应:

一方面,平台对用户的处理往往是基于点评、投诉等信息对用户行为进行推定,并基于这种推定来限制其权限。这种私人规制的机制尽管拥有成本低廉、机制灵活、对技术手段有效利用等诸多优势,但与正式的法律机制相比,也有其内在的缺点。例如,平台根据相关信息对用户的处理,依据的一般是用户协议赋予自身广泛的裁量权,其行使一般不会顾及正当程序的价值,从而对用户权益形成潜在的威胁。<sup>[49]</sup>

这正是依赖平台私人规制的潜在挑战,这种规制机制本质上服务于企业利益,它无法完全容纳正式法律体系所需要回应的更为广泛的价值。<sup>[50]</sup> 在市场竞争充分的情况下,平台对其权力的行使尚会受到较多的约束。然而,互联网平台的多边市场效应往往使市场份额集中于少数平台,市场约束并不充分。因此,尽管法律不能像对待公共行政部门那样要求平台,但如果涉及用户一些基础性的权益,仍然需要提供一些底线的要求。

[46] 赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,《华东政法大学学报》2017年第1期,第69页。

[47] 参见王军:《出租汽车经营行政许可之合宪性分析》,《行政法学研究》2016年第2期,第36-48页。

[48] 实际上,监管部门亦对此持谨慎态度,参见欧志葵、李玉:《监管部门拟出台新规严管私厨外卖》,《南方日报》2016年7月13日第A16版。

[49] 参见赵鹏:《私人审查的界限:论网络交易平台对用户内容的行政责任》,《清华法学》2016年第6期,第115-132页。

[50] 参见 Jane K. Winn, *The Secession of the Successful: The Rise of Amazon as Private Global Consumer Protection Regulator*, 58 *Arizona Law Review* 193, 196 (2016)。

另一方面,信息的聚集利用既可以服务于规范平台上的各类行为,也可以用于为平台企业创造利润。例如,伴随商业模式的演进,不少平台已经不再满足于做商品和服务信息的消极汇集者,而尝试通过信息的排列、结构、搜索排序等方式来影响用户的选择,并将其作为自身新的利润来源。这些服务有其价值,但同样会带来操纵用户选择的风险,需要法律适当的规范。<sup>[51]</sup>

实际上,从媒体报道的大数据杀熟等情况来看,平台对信息的一些应用已经有明确背离用户利益的趋势。而且,伴随未来人工智能等技术的广泛应用,这种紧张还会进一步的加剧:平台会拥有越来越多的关于用户的信息,并基于这些信息提供服务或者开发新的产品。但是,如果没有法律的干预,平台也有巨大的冲动利用这些信息来操纵用户的消费行为。鉴于用户是为了获得平台有效的服务才提交自身的信息,且只有当用户能够信赖平台不会以违背其利益的方式利用这些信息时,共享经济所需要的现代信任环境才具有可持续性。因此,法律可以考虑围绕强化平台对用户的信息信托义务来进行制度设计。<sup>[52]</sup>

## 五 个体直接交易:新的分类及其规制路径

传统上,个体之间偶然发生的交易活动,被视为与经营性活动相区别的、需要法律高度尊重的私人领域,豁免了很多管制性规范的适用。然而,互联网平台的出现,给个体提供了前所未有的大规模交易机会,导致传统的法律分类受到挑战,需要发展新的类型化处理方案。

### (一) 大规模个体直接交易对法律传统分类的挑战

尽管缺乏精确的界分,以规模化、重复性、盈利导向为特征的“经营行为”与个体间普通民事交易一直是我国法律体系中一个重要的分类:前者需要遵守大量管制性的规范,受到行政部门的监管,特殊情况下还可能引发刑法中非法经营罪的适用;<sup>[53]</sup>后者豁免适用大量公法性质的规范,而主要由合同法、侵权法等民事法律调整。

在这一分类下,个体之间偶然发生的交易不适用有关经营活动的管制规范,例如,将朋友赠与的少量香烟转售一般被豁免适用有关烟草专营的管制规范。一些具有一定持续性但具备合作消费特点的交易活动也大多豁免于政府管制。例如,虽然出租车行业在我国一直受到严格的管制,但是,社区邻里间的合乘拼车则在很大程度上被豁免,即使合乘

[51] 实际上,《电子商务法(草案二次审议稿)》第34条就试图规定,电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用高低等多种方式向消费者显示商品或者服务的搜索结果;对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明“广告”。同时,欧盟在线平台的示范规则同样要求商品和服务排序的透明度。Christoph Busch, *European Model Rules of Online Intermediary Platforms*, 首届环法论坛:分享经济与法律变革国际研讨会论文,北京,2018年5月5-6日,第16-17页。

[52] 有学者专门论述过数字时代的信息信托关系。参见 Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 *UC Davis Law Review* 1183, 1183-1234 (2016)。

[53] 参见王作富、刘树德:《非法经营罪调控范围的再思考——以〈行政许可法〉若干条款为基准》,《中国法学》2005年第6期,第138-149页。

费用分担也不被视为“非法营运”。<sup>[54]</sup> 这种区分的法理在于：

其一，规范层面，法律需要避免对个人自治、隐私的侵犯。人有权按照其意愿选择自认为有意义的生活，这种对个人自治的尊重是现代政治和法学理论反复强调的核心价值之一。<sup>[55]</sup> 改革开放后，我国对全能政府模式的摒弃也意味着对这一价值的肯认、强调。因此，对个人自治的尊重需求决定了政府干预的界限。

与个体作为消费者与商家发生的交易关系不同，个体之间普通的民事交易以社区内、熟人间、偶然发生为主要特征，选择的动机更为复杂，除了相关物品或者服务的品质、价格外，交易双方的信任、熟悉甚至亲密程度，社交的因素，具体生活环境的特殊需要等等更复杂的因素影响、塑造着交易过程。因此，这类活动更深刻地反映了个体对生活方式的选择，一旦适用相应的管制规范，会引发政府侵犯个体自治空间的担忧。

例如，在南京曾发生同一公司的十多名同事，为了节省费用并保证吃到卫生、安全的食品，在租住的房间内共同凑钱委托一名同事买菜、做饭，但被相关管理部门认定为未取得《食品经营许可证》，非法从事食品经营活动而罚款 15 万元。这一事件便引发了社会的极大争论，并被一些观点认为错误理解了相关行为的性质。<sup>[56]</sup> 实际上，这种活动发生在很小的范围内，更多的是被平等、互助和协作精神驱动，政府规制确显得多余。

与此同时，如果相关活动发生在住宅等私密性的场所，政府规制特别是执法行动还会引发与个体隐私保护之间的紧张。实际上，在我国现行法律体系下，除公安等少数部门外，大多监管机构只有检查营业场所的权力。即使是公安部门，相比于经营场所，检查住宅也在权限和程序上受到更多的限制。<sup>[57]</sup>

其二，从效率的角度，成本收益的考虑亦使得对这些活动豁免适用相关管制规范是合理的。一方面，就收益而言，这些活动以小规模的方式进行，社会影响有限。而且，在相当多的情况下，这些活动发生在社区内、熟人间，声誉等非正式的机制已经提供了较为充分的约束，发生问题的可能性有限。例如，前述搭伙做饭事件，便不太可能发生故意的食品欺诈行为。因此，政府规制的潜在收益并不明显。<sup>[58]</sup> 另一方面，就规制成本而言，这些活动往往分散进行，确保规则得到执行的信息成本巨大，也难以通过一些执法行动震慑其他

[54] 例如，北京交通委曾强调“合乘费用分担，不简单认为是非法运营”。参见《合乘拼车，细节尚需明朗》，《四川日报》2013 年 7 月 4 日第 06 版。

[55] 代表性的讨论参见 Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge: Cambridge University Press 1988), p. 6.

[56] 当然，这种“熟人”范围如何界定仍有不明确之处，实践中曾发生几名建筑工程公司的员工通过 AA 制的方式在小区出租房内搭伙做饭，被监管部门认定为在小区无证开办食堂，属于“未经许可从事食品经营行为”，这一认定引发了巨大的争论。参见孙梦飞：《重罚“搭伙做饭”执法理念待更新》，《河南法制晚报》2018 年 1 月 8 日第 05 版。

[57] 《治安管理处罚法》第 87 条规定，公安机关对与违反治安管理行为有关的场所、物品、人身可以进行检查。检查时，人民警察不得少于 2 人，并应当出示工作证件和县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。对确有必要立即进行检查的，人民警察经出示工作证件，可以当场检查，但检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。

[58] 有学者将其描述为“百分之一的问题”，并论证了对这种问题豁免规制的理由。参见 Kevin M. Stack and Michael P. Vandenbergh, *The One Percent Problem*, 111 *Columbia Law Review* 1385, 1393 (2011)。

潜在违法者；对于交易者而言，其交易活动是偶发、不成规模的，要求其遵守相关管制亦会带来不成比例的成本。

然而，现代共享经济中，互联网平台组织陌生人之间持续性、规模化地进行交易，这导致普通民事交易与经营行为的界限很难区分。在这一背景下，对相关活动豁免政府规制的正当性受到挑战：

一方面，虽然很多共享经济活动所提供的产品、服务的确不同于传统经济活动——例如个性化的住宿，但是，由于交易基本发生在陌生人之间，且标准化、规模化地进行，交易双方并无亲密关系，个人生活方式选择、社交需求、社区建设等社会价值方面的因素有所减退。在这种情况下尊重个人自治、个人隐私与保护公共利益、保障交易安全间的天平开始向后者倾斜。

另一方面，这类交易的频率借助互联网平台几何级地放大，叠加起来，社会影响会大幅放大，形成巨大的累积效应。例如，一个小区内如果有一间公寓偶尔在主人离开时短租给其他人，可能影响有限。但是，如果多间公寓同时出租，或者一间公寓长期短租，则会给小区居民或者邻居的生活带来相当的影响。

## （二）区分是否利用闲置资源的分类处理

早期的合作消费活动具有较强的环境和社会导向，但是，当下资本驱动下的互联网共享经济，至少从参与者的动机而言已经很少具备这种导向。相反，这些经济活动更重要的价值在于提供更有效率、更节省时间的交易，以及为参与个体提供有别于传统体制下的经济机会。在此背景下，以商业和功利原则对其规制具有正当性。但是，由于当下共享经济涵盖了非常广域的活动，政府规制仍然需要考虑不同活动的特点，妥善设定干预的强度。就此而言，是否属于基于闲置资源利用的交易活动，在法律上仍然具有意义，需要分别设计规制路径。

### 1. 不具有闲置资源利用属性的活动

共享经济从原初概念而言，强调对闲置资源的利用。但是，如前所述，当下以共享经济为名的活动已经超出了这一范畴。这类活动本质上属于个体从事经营活动，应当按照经营活动的一般原则予以规范，否则，可能导致一些活动以创新为名规避现行的法律框架。

但是，法律和监管体系的设计也应当认识到，这类活动大多是个体以小规模经营的方式展开，要求他们完全按照以规模化经营的公司为标准设立的管制规范，本身就可能产生公平性的问题。实际上，正是考虑到小型经营者规模有限，无法像大公司那样摊薄其合规成本，很多法律都出于合比例的考虑，对这类活动设定较低的合规标准。例如，《食品安全法》对小摊贩、小作坊等小型经营者的特殊规定；<sup>[59]</sup>《无证无照经营查处办法》对自然

---

[59] 《食品安全法》第36条规定，“食品生产加工小作坊和食品摊贩等从事食品生产经营活动，应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求”。强调并非该法所有的规范都适用于该类经营者，而是“与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求”。

人部分经营活动的管制豁免。<sup>[60]</sup>

更重要的是,经营活动的小型化本身即是互联网经济的一个重要特点:互联网技术通过降低交易成本使相关主体进入某一市场的门槛大大降低,这为大量小型经营活动提供了更多的市场机会。<sup>[61]</sup> 这些经营活动可能满足更为细分的需求——例如,不少以经营为核心目的的民宿就有非常特色的设计、装修和更个性化的服务;同时,更加分散的资源配置也更利于促进社会的平等。

从这些考虑出发,法律和监管体系的设计仍然有必要在经营活动的规制框架内,考虑其营业规模和社会影响,更加灵活地适用相应的管制规范。

## 2. 具有闲置资源利用属性的活动

在当下经济活动中,即使具有闲置资源利用属性的活动也基本上以金钱交易的方式展开,传统共享活动的社会功能被削减,要求政府完全放任缺乏充分的理由。但是,政府规制仍然需要认识到这类活动所具有的更为复杂的属性:

首先,这些基于闲置资源利用的活动,仍然具有一定的社会功能,例如,真正的顺风车,在不增加道路、环境资源占用的情况下方便了出行;爱彼迎等民宿“住进不一样的某某城市”也并非完全是口号,它提供的很多闲置房间或者单元也给客户提供了体验当地文化以及新的社交方式的机会。

其次,这些交易活动提供了更加多样化的选择,对于供应者而言,它增加了灵活化地获取收入的机会;对于需求者而言,它也提供了更丰富的产品和服务类型、更差异化的定价,从多元主义的角度来看,这种扩大的选择范围对于人的自我实现具有独特价值。<sup>[62]</sup>

第三,将本来用于个人生活的财产,在闲置时间段用于获取金钱收入,这虽然挑战了财产用途管制,<sup>[63]</sup>但是,由于这些财产仍然在其他时间段用于个人生活,僵硬地适用现行关于经营活动的管制规范,亦可能导致对个人自治、隐私的过度侵入。<sup>[64]</sup>

实际上,这种经营性活动与个人生活使用相互混合的情况并非全新的事物,从法院既有判例来看,也表达出需要区别于一般经营活动对待的观点。例如,公安在检查营业居住共用房的时候,便不能一概按照检查营业房的规则,而需要考虑检查时间等因素在必要时适用关于检查住宅的程序要求。<sup>[65]</sup> 问题在于,借助互联网平台展开的现代共享经济使得这种历史上已存在但并不突出的问题,迅速地由背景走向前台,要求法律系统回应。

[60] 《无证无照查处办法》第3条规定,“下列经营活动,不属于无证无照经营:(一)在县级以上地方人民政府指定的场所和时间,销售农副产品、日常生活用品,或者个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动……”。

[61] OECD, SMEs, Entrepreneurship and Innovation,资料来源:<http://www.oecd.org/cfe/smes/smesentrepreneurshipand-innovation.htm>,最近访问时间[2018-05-14]。

[62] 参见 Erez Aloni, Pluralizing the Sharing Economy, 91 *Washington Law Review* 1397, 1433-1435 (2016)。

[63] 参见张效羽:《互联网分享经济对行政法规制的挑战与应对》,《环球法律评论》2016年第5期,第151-161页。

[64] 参见 Shelly Kreiczer-Levy, Consumption Property in the Sharing Economy, 43 *Pepperdine Law Review* 61, 83-107 (2015)。

[65] 参见《薛道华、白大兰诉四川省泸县公安局治安行政检查案》,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(2006年第2辑),人民法院出版社2006年版,第459-465页。

因此,对这类活动单独设立不同于一般经营活动的规则是可以考虑的路径。这种规则的设计需要考虑两个方面的平衡:一方面,考虑到这类活动的社会功能、个体自治、隐私保护等需求,也考虑到消费者对这类活动相对较低的期待,更加审慎地设定政府干预的强度;另一方面,也需要注意防止那些不具有闲置资源利用属性的传统经济活动以此类活动为名进行,形成监管套利。

这两个方面的需求具有一定的内在紧张,例如,美国一些城市为了防止将个人住宅长期短租从而事实上成为小型酒店,对房屋每年的短租时限进行了限制,这引发了是否过度限制个体对财产使用甚至是否构成对财产的违宪征收的讨论;<sup>[66]</sup>我国一些城市为了防止以顺风车为名事实上进行网络预约出租汽车服务,对顺风车从运营范围、价格、每日接单数量进行了限制,同样引发是否过度干涉个人自治,甚至构成违法的质疑。<sup>[67]</sup>

由于上述两个方面的考虑均具有非常重要的价值,因此不能采取单一导向的思维,而应当在比例原则的框架下,判断相关规范是否导致对某个方面过度的侵犯。例如,在前述对顺风车的规制中,限制顺风车价格、每日接单数量的目的在于防止以顺风车为名从事网络预约出租服务,在目的上具有正当性,但是,限制顺风车的服务范围是否具有正当目的则可进一步讨论。与此同时,虽然限制顺风车价格和每日接单数量都是基于正当考虑,但是,一些城市同时采取两项限制是否有必要亦可讨论。对此,考虑到共享经济作为一个新兴事物,初期应当给各地监管部门较大的政策试验空间,采取试验性规制,但经验积累充分后,则应当通过立法或者指导案例的方式予以引导。

当然,上述类型化的处理,可能面临的一个质疑是,何为“闲置资源”存在定义上的困难。例如,以私家车从事网络预约出租服务,从车辆利用这个角度来看,是利用了闲置资源,但是从需要新的燃油、新的道路占用特别是新的劳动投入角度,则并非利用闲置。但是,所有的法律分类都是人为的,都面临着模糊地带,法律需要做的即是在权衡相互冲突的价值上进行规范判断或者授权监管部门按照一定标准做出这种判断,这本身就是法律制定及适用者的日常任务。

## 六 结 语

互联网革命了个体之间连接的基本方式,催生了个体之间直接、去中介化地进行各种意义上的共享活动。实际上,在当下的共享经济崛起之前,搜索引擎、互联网百科、社交媒体等互联网平台就帮助个体之间共享了信息、知识、新闻和亲友偶像的最新动态。共享经济的崛起只是使这种活动从虚拟空间中的信息内容转向物理空间的产品和服务。<sup>[68]</sup> 因

[66] 参见 Jamila Jefferson-Jones, *Airbnb and the Housing Segment of the Modern “Sharing Economy”: Are Short-Term Rental Restrictions an Unconstitutional Taking?* 42 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 557, 557-576 (2015)。

[67] 参见林华等:《地方网约车和顺风车政策专题研究报告》,载中国政法大学法治政府研究院编:《中国法治政府发展报告(2017)》,社会科学文献出版社 2018 年版,第 184-194 页。

[68] 有学者将其描述为从比特到原子。参见胡凌:《“分享经济”的法律规制》,《文化纵横》2015 年第 4 期,第 112 页。

此,看似新颖独特,但从历史的角度观察,共享经济的出现并非一次飞跃,而只是互联网经济持续演进的一个阶段。而且,可以预见,伴随信息和通信技术的持续发展,个体之间各种共享活动——无论这种共享是基于金钱交易的还是免费的,会成为越来越广泛的现象。

传统上,个体与个体之间的连接依赖于一系列传统“中介”:在信息传播领域,个体之间的信息、思想交流依赖于出版、电视、电台等传媒;在产品和服务领域,工业化以来,个体之间的直接交易也日渐式微,更多是资本投入形成的企业来雇佣个体生产、销售、服务,并以企业的名义与作为消费者的个体发生关系。与此相对应,法律体系也以这些“中介”的存在为基本假设,来设计其基本结构:传媒需要承担相应的审查义务,避免信息传播的内容侵犯版权、他人名誉等,并对违反注意义务的行为承担法律责任;企业需要保障其生产、经营的产品和服务符合相应的安全 and 质量规范,并遵守市场准入、信息披露等方面的监管规则。然而,个体与个体之间连接方式的革命性变化,导致不少的活动可以绕开这些法律瞄定的“中介”,从而对既有的法律规制方案形成巨大挑战。

从上述背景出发,对共享经济的法律回应需要避免两个极端:一方面,不能因为这类活动在某些方面与现行法律不匹配而简单视其违法,毕竟,现行法律本身就不是以这类活动的存在为蓝本而设计的,而新型活动的出现总是有其内在的技术和经济逻辑;<sup>[69]</sup>另一方面,也不能天真地将共享经济想象为自由市场反抗政府规制的乌托邦,即使我们承认既有法律存在不符合技术现实甚至被寻租活动利用之处,也无法否认法律所服务的诸如消费者保护、分配正义、社区和谐等目标的重要价值,而在避开了现行法律规制方案之后,资本驱动下的互联网公司并不会自动维护这些价值。由此,在激励创新和维护法律实质保护的的价值之间寻找平衡是更为理性的回应。实际上,从前共享经济时代对虚拟空间的治理经验来看,这种平衡已经在“避风港原则”“红旗规则”等法律回应中得到了体现。<sup>[70]</sup>

难点在于,在创新和法律的互动过程中,总是面临巨大的不确定性:一方面,互联网经济在快速演进的过程中,共享经济的实际效果、副作用等难以准确、全面的判断;另一方面,法律和监管体系的回应会产生何种短期和长期的影响,也面临巨大的不确定性。<sup>[71]</sup>而且,共享经济意味着互联网的影响从虚拟空间中的信息内容转向物理空间的产品和服务,它所影响的产业也从相对单一的传媒创意业扩展到交通、旅馆、食品、金融等更加广泛的领域,而这些产业传统上要考虑更为复杂和多元的价值,这又进一步增加了权衡的复杂性。

面对这种复杂性,不少学者因此提出了试验性规制、激励自我规制等建议。<sup>[72]</sup> 这种

[69] 法院在一些判决中也表达了这种对创新的包容立场,参见《陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案》(山东省济南市中级人民法院【2015】市行初字第29号),该案判决被《最高人民法院公报》2018年第2期刊登,也表明了最高人民法院对判决思路的认同。

[70] 当然,如何选择具体的平衡点取决于不同社会对诸如创新、健康、安全等不同价值的不同排序,这实际上也已经体现在前共享经济时代纯虚拟空间的治理中。参见 Anupam Chander, *How Law Made Silicon Valley*, 63 *Emory Law Journal* 639, 689-694 (2014)。

[71] Sofia Ranchordas, *Innovation Experimentalism in the Age of the Sharing Economy*, 19 *Lewis and Clark Law Review* 871, 882-888 (2015)。

[72] 参见高秦伟:《分享经济的创新与政府规制的应对》,《法学家》2017年第4期,第17-29页。

创新友好型的规制策略值得提倡,但是,即使快速变化的生活事实导致难以构建确定的法律规则,我们仍然需要深入地思考共享经济的基本特征,从这些基本特征出发,挖掘共享经济活动与法律体系紧张的根源,进而致力于形成一些可以伴随技术和商业发展而灵活解释的基本立场。<sup>[73]</sup> 凭籍这种立场,我们可以更科学地指导试验性规制的方向,同时为企业的自我规制设定基本的标准。毕竟,法律需要容纳创新,但同样需要防止社会暴露于不必要的风险,需要能确保各种技术和商业创新有序嵌入社会。否则,各种冲突只能用丛林法则解决,这样同样会阻碍发展。<sup>[74]</sup>

---

[ **Abstract** ] In giving legal response to sharing economy, we should proceed from its basic characteristics and understand the origins of the mismatch between sharing economic activities and the current legal system. This paper proposes that sharing economy take internet platforms as the center to organize economic activities, which may both reduce transaction costs and circumvent the law. In response, the legal systems should implement the principle of organizational neutrality, make flexible adjustments to regulatory programs in line with the substantive goal of legislation, and stimulate innovation while preventing regulatory arbitrage. Meanwhile, sharing economy should take information utilization as the core control method to create a credible environment for direct transactions between individuals as well as possible alternatives to some legal and regulatory measures. The legal system should pay attention to the potentials and limitations of these alternatives, while responding to new challenges brought about by the use of information. In addition, sharing economy takes the form of large-scale direct transactions between individuals, thus blurring the boundaries between ordinary civil transactions and business activities in traditional law. Because of their continuity and scale, such transactions between strangers should not be exempted from regulation. Instead, the legal system should take whether idle resources are used as a criterion to design new types of regulation.

---

(责任编辑:郑 佳)

---

[73] 有观点认为,面对复杂的现象,最好使用原则而非规则来规制,因为后者更适合简单的现实。John Braithwaite, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, 27 *Australian Journal of Legal Philosophy* 47, 52 (2002).

[74] Robert Cooter, *Innovation, Information, and the Poverty of Nations*, 33 *Florida State University Law Review* 373, 375 (2005).