

CAMBRIDGE

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列

Common Values and the Public-Private Divide



共同价值与公私划分

[英] 道恩·奥利弗 (Dawn Oliver) 著

时 磊 译
李凤凤 校

 中国人民大学出版社

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列

共同价值与公私划分

[英] 道恩·奥利弗 (Dawn Oliver) 著

时 磊 译

李凤凤 校

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

共同价值与公私划分 / (英) 道恩·奥利弗 (Dawn Oliver) 著; 时磊译.
—北京: 中国人民大学出版社, 2017.5

(法学译丛·规制、竞争与公共商事系列)

ISBN 978-7-300-24146-3

I. ①共… II. ①道… ②时… III. ①公法-研究 ②私法-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 024183 号

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列

共同价值与公私划分

[英] 道恩·奥利弗 (Dawn Oliver) 著

时磊译

李凤凤校

Gongtong Jiazhi yu Gongsì Huafen

出版发行 中国人民大学出版社

社址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经销 新华书店

印刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规格 155 mm×235 mm 16 开本

版次 2017 年 5 月第 1 版

印张 20 插页 2

印次 2017 年 5 月第 1 次印刷

字数 264 000

定价 59.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

道恩·奥利弗 (Dawn Oliver)，伦敦大学学院法学院荣休教授。其研究领域为英国法和比较公法，特别包括英国宪政改革、人权法、人权的垂直效力和公私之分等，就英国法和比较宪法发表过大量文章和著作。奥利弗教授曾分别在 1993 年至 1998 年期间及 2007 年担任伦敦大学学院法学院的院长。此外，她还担任过如下职务：议会研究小组成员（自 1991 年起；自 2010 年起担任其主席），中殿律师公会主管（自 1996 年起），伦敦大学学院荣誉会员（自 2001 年起），英国国家学术院会员（自 2005 年起），英国宪法小组主席（2005 年至 2010 年），国际宪法协会执行委员会成员（2007 年至 2010 年）。她在 1993 年至 2002 年期间任职《公法》杂志编辑，2013 年被授予荣誉御用大律师资格。

译者简介

时磊，男，北京大学法学院法学学士，哈佛大学法学院法学硕士。现于高伟绅律师事务所香港代表处诉讼和争议解决组担任资深顾问律师，并曾在方达律师事务所北京办公室工作。主要专业领域包括国际仲裁、反腐败与合规以及跨境商业诉讼，具有香港和纽约律师执业资格以及中国法律职业资格。曾参与翻译《资本主义的法律基础》等作品。

校者简介

李凤凤，女，南开大学法学学士，北京大学经济法专业法学硕士。曾任职于北京市第二中级人民法院，历任书记员、助理审判员，现任职于北京知识产权法院。长期从事民商事案件、知识产权案件审判工作，积累了丰富的审判经验，亦对法学理论有一定兴趣。

Common Values and the Public-Private Divide



译丛序

翻译不仅仅是获得新知的方式，还是一个塑造世界范围内共识的途径。即便是日常交往之中的书信、对话的翻译，也对我们的观念世界的改变、沟通乃至联合有着至为重要的价值。^①不用说，翻译经典、良好撰写的专著，是藉以迅速地了解思想者对知识的系统思考的重要途径。之于中国，翻译更是学术研究的一个重要知识来源，自魏源以降，至严复为倡，藉由翻译所获得的新知，其对中国的影响，人人皆悉。

中国法律和法学，对于翻译，相比其他学科，可能尤为依赖。今天我们的法律传承，系移植之物。自清末变法承受至今，不过一百多年。从概念到推理，莫不舶来，即便是共和时代，也无非是藉由苏联而学习的大陆法系变种。虽然随着全国性的外语教学，以及开放国门和更多的直接交流，对翻译的依赖程度有所下降，不过严整、系统地将已有的学术成果翻译为中文，其之于学术发展的重要性程度仍然不可小视。其实，各大文明莫不重视翻译，以英美法学为例，其对非英语的，尤其大陆法系，包括拉丁、法德文献的翻译，从古至今，从经典到时令，在全面、完整、准确方面，完全超过我们。今天我们可以非常简单地在英语世界中找到几乎能够想到的任何经典法律文本，甚至包括我们中国的古代典籍。直接交流能力的提高并不能，也不会替代翻译的必要。

一个学科的活力和发展，尽管取决于多种因素——社会、政治、时代，以及不可或缺的人的努力，但作为一种思想产品，没有植根于人类的普遍经验，没有与之共鸣、呼应的知识积累，很

^① See Pascale Casanova, *The World Republic of Letters*, translated by M. B. Debevoise, Harvard University Press, 2004.

难持续。经济法学在 20 世纪 80 年代有过诸多的翻译,从苏联到日本,不断地有学术作品进入,给经济法的发展平添了思想的动力和理论争议上的活力。而之后,除了勇于探索的自我努力之外,仅有零零碎碎的文章、短文翻译进入中国,并无太多的系统知识引入,这在一定程度上成为了学科发展的瓶颈。

这套丛书的翻译,首先是基于这样的考量而组织的。我们将其设定为经济法的核心领域:规制 (regulation),尤其是经济规制,以及与之相关的竞争 (antitrust) 和公共商事 (public business)。在这些领域中近三十年来的学术文献,构成了本套丛书的选择范围。

国际法学界对规制的研究,20 世纪 70 年代是一个重要的分水岭,这当然受到了政治行动、社会思潮的影响。1950—1970 年是规制,尤其是社会规制大幅度增长的年代,其研究成果因此而不断增加;而 20 世纪 80 年代开始的私有化和放松规制,直接影响到了学界的学术兴趣转移。但不可否认的是,70 年代在理论上以规制过失 (regulatory negligence)^① 的提出为前沿研究的代表,以及以形成教科书为代表的系统化研究^②,其高度至今仍然未能达到或超越。90 年代之后由国有企业私有化带来的政府职能社会化、市场化,又被称为“新公共管理”(NPM, New Public Management),其间出现的研究大多集中在管理学、行政学等领域,不过主流经济学界反倒是因为法国规制学派的崛起,并且和政治学不断融合,出现了大量的规范和实证分析,成为一个转型。而法学界仍然受制于自身的传统和时代,并未对这些命题作出过多的回应。这间接导致了整体对于规制的研究趋向于薄弱。而最近十多年来重新兴起的研究,尤其是一系列关于规制的学术期刊的

① See Bruce L. R. Smith and D. C. Hague, eds., *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control*, New York: St. Martin's Press, 1971.

② See David Boies and Paul R. Verkuil, *Public Control of Business: Cases, Notes, and Questions*, Little, Brown and Company, 1977.

出现,极大地扩充了知识库。但是,反垄断的研究则因为芝加哥学派的影响而呈现出一枝独秀的局面,尽管其中并没有根本的范式突破。而我们的中文学术界则基于社会、政治等原因,仍然停留在这之前的种种思潮之中。这样的学术背景,尤其凸显了这套丛书的意义。

不过,即便大多数学者容易随时代而变动,受制于流行,也仍然存在诸多冷静、客观的学者所从事的独立分析和讨论,并和自己的研究进路相结合。这样,或基于固有理论而延伸,或基于现实变化而应对,研究规制有不同的进路。本套丛书的选择原则则是优先基于第一种情形而进行的,即时间跨越幅度较大,但倾向于独立视角的理论研究。可以说,本套丛书都是规制、竞争和公共商事领域的世界级的学术名著,对理论发展具有重要影响力,并且是研究这一问题不可或缺的标志性的参照书。这包括有基于关系型契约理论而提出的《规制合同》(Regulating Contract);有基于公私划分而探讨当代社会最重要问题的《公共价值与公私之分》(Common Value and the Public-Private Divide);有对规制最核心命题的理论探讨——《规制中的公共利益》(The Public Interest in Regulation);有一般框架式的公认权威总结——《理解规制:理论、战略和实践》(Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice);分别从不同的视角作出的,对公共商事合同的讨论——《新公共合同:规制、回应性及理性》(The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Rationality)和《社会责任:合同治理的公法探析》(Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract);从历史视角探讨规制和政治运动和思想之间关系的名著——《规制政治的转轨》(Regulatory Politics in Transition),以及让我们感到非常兴奋的险些被阴差阳错漏掉的反垄断法名著——《反垄断法悖论:自我交战的政策》(The Antitrust Paradox: A Policy with Itself)。

译事之难,自不待言,尽管追求“信、达、雅”的目标在今日中国似乎是自讨苦吃,不过我们还是在选择译者上设定了标准,

以确保翻译的水准。北京大学法律经济学研究中心在组织本套丛书的翻译中，深知法律语言和概念的鸿沟，故此要求译者必须有双重的背景：第一，取得过至少一个法学学位，无论中外；第二，至少在英语国家或地区学习过一年以上法律或者相关学科。当然，这仅仅是译者的门槛，但令我们兴奋的是，诸多的青年英才，无论从事实务或者研究，均保持了对理论的高度热爱，令我们的翻译阵容非常耀眼。既有如我的同事杨明教授等加盟，也有已完成诸多翻译工作的新生代襄赞，在翻译工作已经成为“公益”事业的时下，不由得令人对“爱智者”的传统增加了若干信心。

这套丛书从开始筹划，到最终杀青，期间延宕颇长。对我们所造成的延误心存愧疚，尤其是对原作者、版权商以及译书的出版人——中国人民大学出版社，唯愿翻译的文本质量，以及学界的抬爱，能够补偿些许。同时，感谢北京大学法治研究中心，作为我们长期的合作伙伴，加入了对本丛书翻译的支持。

是为序。

邓峰

北京大学法律经济学研究中心
北京大学法治研究中心

序 言

在本书中，我将试图赋予一件有难度的事一些意义，即为司法审查管辖权（上议院在奥赖利诉麦克曼（*O'Reilly v Mackman*）案的判决中引入的排他性规则），以及公法和私法在有关决策和侵权性及其他义务方面的诸多对应性建立一个可接受的基础。在我看来，公法和私法之间的区分显然是人为的，关注于这两类法律的相似点而非不同点更有建设性。我的结论是，公法和私法均关乎（且以相似——并非相同——的方式关乎）三项工程：保护个人在自治、尊严、尊重、身份和安全方面的利益；控制权力的行使；在公共或政治领域和私人领域中提升民主和公民权。实际上，作为一项公共政策，公民和市民民主体系已在英国经历了几十年的演化。这一体系的形成实际上是国会、普通法和衡平法的共同事业，并在其演化过程中得到了欧共体和欧洲人权宪章的一些帮助。

我发现，在公私之分、权力控制、保护个人利益和公共利益，以及法律在这些问题上的内在民主理论方面，相关素材比我能在这本书中涵盖的更多，因此我会有所取舍。我特别清楚，在恢复原状、土地法和刑法方面还有丰富的、未触及的素材。然而，我希望我所选择的材料能够阐释我的论点，即使其并不全面。

我非常想感谢很多人。在写作本书时，我参考了我之前发表的著作^①；我感谢就那些文章给予我建议 and 反馈的同事们。我亦从其他同事处获得了关于这些章节的早期草稿的宝贵意见，他们包括：国务委员（*Conseiller d'Etat*）罗杰·艾瑞拉（Roger Errera）

① ‘Is the ultra vires rule the basis for judicial review?’ [1987] Public Law 543; ‘The underlying values of public and private law’ in M Taggart (ed) *The Province of Administrative Law* (1997); ‘Common Values of Public and Private Law and the Public Private Divide’ [1997] Public Law 630.

给我提供法国行政法方面的建议；安德鲁·刘易斯（Andrew Lewis）提供了法律史方面的帮助；杰弗里·乔韦尔（Jeffrey Jowell）和安德鲁·勒絮尔（Andrew le Sueur）在有关公法的章节上给予我有益的批判性反馈；若没有吉利恩·莫里斯（Gillian Morris）和罗杰·莱德敖（Roger Rideout）的帮助，我就写不出关于雇佣法的章节；艾丽森·克拉克（Alison Clarke）和保罗·克勒（Paul Kohler）给予我财产法方面（尤其是婚姻财产）的指点；理查德·奥代尔（Richard O'Dair）和罗杰·海森（Roger Halson）在合同、侵权和救济方面给了我很有益的帮助；约翰·温洛特爵士（Sir John Vinelott）就衡平法和衡平救济中的裁量性决策给予我颇多助益；本·佩蒂特（Ben Pettet）试图帮我正确理解公司法；法学硕士生乔纳森·福斯特（Jonathan Foster）为了《审查监管权力行使——公法和私法中的司法监督权》一文研究了私法对决策的控制，并找到了我无法独力找到的有用素材；克里斯托弗·希姆斯沃思（Christopher Himsworth）在比较英格兰和苏格兰法律中有关司法监督权的部分对我帮助最大。1999年5月在剑桥公法中心召开的一个有关司法审查基础的会议上的讨论，也解决了我思想中的一些问题。

一如往常，我感谢那些丰实文献和开拓新思的先行者；若不站在他人智慧的肩膀上，则不可能有此新作。

如果没有我的家庭——斯蒂芬（Stephen）、贝西（Beccy）、亚当（Adam）和罗齐（Rosie）——的支持和鼓励，我无法写出这本书。

我明白，此书的终版中仍一定有很多缺失，我愿自负文责。我的同事们尽了他们的最大努力，我也如此，但此书可能仍有不够完善之处。

道恩·奥利弗（Dawn Oliver）

伦敦大学学院

1999年5月

法规表

- Bill of Rights 1688 权利法案 (1688)
- Children Act 1989 儿童法 (1989)
- Companies Act 1980 公司法 (1980)
- Consumer Credit Act 1974 消费者信用法 (1974)
- Crown Proceedings Act 1947 王权诉讼法 (1947)
- Custody of Children Act 1839 儿童监护法 (1839)
- Data Protection Act 1998 数据保护法 (1998)
- Disability Discrimination Act 1995 残疾歧视法 (1995)
- Employment Rights Act 1996 雇佣权利法 (1996)
- Equal Pay Act 1970 平等赔偿法 (1970)
- Family Law Act 1996 家庭法 (1996)
- Family Law Reform Act 1987 家庭法律改革法 (1987)
- Guardianship of Infants Act 1925 婴儿监护法 (1925)
- Guardianship of Minors Act 1925 未成年人监护法 (1925)
- Health and Safety at work Act 1974 工作健康和安全法 (1974)
- Homes Act 1967 婚姻住宅法 (1967)
- Housing Act 1996 住宅法 (1996)
- Housing (Homeless Persons) Act 1977 无家可归者住房法 (1977)
- Humans Rights Act 1998 人权法 (1998)
- Industrial Relations Act 1971 劳资关系法 (1971)
- Land Charges Act 1972 土地负担法 (1972)
- Land Registration Act 1925 土地登记法 (1925)
- Law Reform (Limitation of Actions) Act 1954 法律改革诉讼时效法 (1954)

Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935
法律改革(已婚妇女和侵权行为人)法(1935)

Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 法律改革
(杂项条款)法(1970)

Legitimacy Act 1926 婚生法(1926)

Limitation Act 1936 诉讼时效法(1936)

Local Government and Housing Act 1989 地方政府和住房
法(1989)

Magna Carta 1215 大宪章(1215)

Married Women's Property Act 1885 已婚妇女财产法(1885)

Matrimonial Causes Act 1923 婚姻案件法(1923)

Matrimonial Causes Act 1969 婚姻案件法(1969)

Pensions Act 1995 养老金法(1995)

Public Authorities Protection Act 1893 公共当局保护法(1893)

Public Interest Disclosure Act 1998 公共利益披露法(1998)

Race Relations Act 1976 种族关系法(1976)

Race Relations Act 1968 种族关系法(1968)

Race Relations Act 1994 种族关系法(1994)

Sex Discrimination Act 1975 性别歧视法(1975)

Sex Disqualification (Removal) Act 1919 性别取消资格
(解除)法(1919)

Sexual Offences Act 1967 性侵犯法(1967)

Supreme Court Act 1981 最高法院法(1981)

Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992
工会和劳动关系(整合)法(1992)

Trustee Investment Act 1961 受托人投资法(1961)

Trusts of Land and Appointments of Trustees Act 1996 土
地信托和受托人委任法(1996)

Unfair Contracts Term Act 1977 不公正合同条款法(1977)

案例表 *

Allnutt v Inglis (1810) 奥纳尔特诉英格利斯

Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission (1969),
HL 阿尼斯米尼奇有限公司诉外交赔偿委员会

Anns v Merton London Borough Council (1978), HL 安斯
诉伦敦墨顿自治市

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Cor-
pn (1948); affd (1948), CA 省立联合电影院诉温斯伯里公司

Bagg's Case (1615) 巴格案

Barclays Bank plc v O'Brien (1994), HL 巴克莱银行诉奥布赖恩
Beresford-Hope v Lady Sandhurst (1889), CA 贝雷斯福
德-霍普诉桑赫斯特女士

Blair v Lochaber District Council (1995) 布莱尔诉哈伯地
区理事会

Breen v Amalgamated Engineering Union (1971), CA 布林
诉合并机械工会

British Steel plc v Customs and Excise Comrs (1996); revsd
(1997), CA 英国钢铁股份公司诉海关案

Brown v Executive Committee of the Edinburgh District La-
bour Party (1995), OH 布朗诉爱丁堡地区工党执行委员会

Buckley v Tutty (1971) 巴克利诉塔蒂

Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department
(1987), HL 布格达凯伊诉内政大臣

Castells v Spain (Application 11798/85) (1992), ECtHR

* 案例中文名称并无统一译法，仅供参考，若与文中不一致，以英文名称为准。

卡斯泰尔诉西班牙

Chaplin v Hicks (1911), CA 查普林诉希克斯

Clark v BET plc (1997) 克拉克诉 BET

Cocks v Thanet District Council (1983), HL 科克斯诉萨尼尔地区政务委员会

Constantine v Imperial Hotels Ltd (1944) 康斯坦丁诉皇家酒店

Cooper v Wandsworth Board of Works (1863) 库珀诉旺兹沃思公共工程委员会

Council of Civil Service Unions c Minister for the Civil Service (1985), HL 公務员工会理事会诉公務员部长

Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd (1993), HL 德比郡市政委员会诉泰晤士报

Dunlop v Woollahra Municipal Council (1982), PC 邓洛普诉伍拉勒市政理事会

EC Commission v EC Council; 81/72 (1973), ECJ 欧盟委员会诉欧盟理事会 (被称作第一雇佣薪水案)

East African Asians v United Kingdom (1973) 东非亚洲人诉联合王国

Edge v Pensions Ombudsman (1998) 埃奇诉养老金监察专员

Entick v Carrington (1765) 恩蒂克诉卡林顿

Francovich and Bonifaci v Italy; C-6, 9/90 (1991), ECJ: 弗朗科维奇诉意大利

Fry v lane (1888) 福莱诉雷恩

Greenwich Healthcare National Health Service Trust v London and Quadrant Housing Trust (1998) 格林威治国家卫生服务信托诉伦敦和夸德拉特住房信托等

Gunstone v Scottish Women's Amateur Athletic Association (1987) 冈斯顿诉苏格兰女性业余运动会协会

Hazell v Hammersmith and Fulham London Borough Council (1992), HL: 黑兹尔诉伦敦哈默史密斯和富勒姆自治市

Hill v Chief constable of West Yorkshire (1989), HL 希尔
诉西约克郡首席警官

Hollywood Sliver Fox Farm Ltd v Emmett (1936) 好莱坞
银狐农场诉埃默特

Hughes v Department of Health and Social Security (1985),
HL 休斯诉卫生和社会安全部

IRC v National Federation of Self Employed and Small Busi-
nesses (1982), HL IRC 诉国家自主就业和小企业联盟

Jones v Welsh Rugby Football Union (1997) 琼斯诉威尔
士足球工会

KPD v Germany (Application 250/57) (1957) KPD 诉德
意志联邦共和国

Kruse v Johnson (1898) 克鲁泽诉约翰逊

Lapointe v L'Association de Bienfaisance et de Retraite de la
Police de Montreal (1906), PC 拉普安特诉蒙特利尔警察慈善
和退休协会

Law v National Greyhound Racing Club Ltd (1983), CA
劳诉国家赛狗俱乐部

Lee v Showmen's Guild of Great Britain (1952), CA 李诉
英国演员协会

Lennox v Scottish Branch of the British Show Jumping Asso-
ciation (1996), OH 伦诺克斯诉英国场地障碍赛协会苏格兰
分会

Liversidge v Anderson (1942), HL 利弗西奇诉安德森

M v Home Office (1994), HL M 诉内政部

McDonald v Burns (1940) 麦克唐纳诉伯恩斯

McFeeley v United Kingdom (Appliance 8317/78) (1981)
麦克菲利诉英联合王国

McInnes v Onslow Fane (1978) 麦金尼斯诉翁斯洛·费恩

McMillan v Free Church Scotland (1861) 苏格兰的麦克米

伦诉苏格兰自由教会

Maharaj v A-G of Trinidad and Tobago (No 2) (1979), PC
马哈拉杰诉特立尼达和多巴哥司法部长

Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA
(in compulsory liquidation) (1997), HL 马哈茂德诉国际商业
信贷银行

Malik v BCCI SA (in liquidation) (1997), HL 马利克诉国
际商业信贷银行

Malloch v Aberdeen Corpn (1971), HL 马洛赫诉阿伯丁
公司

Malone v Metropolitan Police Comr (1979) 马隆诉大都市
警察局

Manning v Hill (1995) 曼宁诉希尔

Matrix-Securities Ltd v TRC (1994), HL 矩阵证券诉 TRC

Meering v Grahame-White Aviation Co Ltd (1920), CA 梅
林诉格雷厄姆-怀特航空有限公司

Mercury Communications Ltd v Director General of Telecom-
munications (1996), HL 梅屈里通信有限责任公司诉通信局长

Nagle v Feilden (1966), CA 内格尔诉费尔登

Niemietz v Germany (Application 13710/88) (1992),
ECtHR 尼米茨诉德国

Nottinghamshire County Council v Secretary of State for the
Environment (1986), HL 诺汉丁郡市政委员会诉国家环境部长

O'Reilly v Mackman (1983); revsd (1983), CA; affd
(1983), HL 奥赖利诉麦克曼

Osman v Ferguson (1993), CA 奥斯曼诉弗格森

Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food (1968),
CA; revsd (1968), HL 帕特菲尔德诉农业部长案

Pharmaceutical Society of Great Britain v Dickson (1970),
HL 制药协会诉迪克森