

找寻高校内部纠纷的处理规则：

法律经济学视角下的
私权与公权界限模糊领域

唐清利 著

Looking for the rule of dealing
with the dispute inside the university:

under the view of Law and Economics
of fuzzy boundary areas in Private right and public power

D922. 16/64

2008

Looking for the rule of dealing
the dispute inside the university:

under the view of Law and Economics
of fuzzy boundary areas in Private right and public power

找寻高校内部纠纷的处理规则：

法律经济学视角下的
私权与公权界限模糊领域

唐清利 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

找寻高校内部纠纷的处理规则:法律经济学视角下的
私权与公权界限模糊领域/唐清利著. —北京:法律出版
社, 2008. 5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8364 - 0

I. 找… II. 唐… III. 高等学校—教育法令规程—研究—
中国 IV. D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 044430 号

©法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7.375 字数/180 千

版本/2008 年 6 月第 1 版

印次/2008 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8364 - 0

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

感谢国家社会科学基金的资助！

本书是作者主持的国家社会科学基金项目：“和谐语境中第三部门社会矛盾的应对机制——侧重于私权与公权界限模糊领域的实证分析”（07CFX002）的阶段性成果。

代 序

本书的写作起源于著者对高校内部管理过程中发生的一系列法律问题的关注。2003 年我们承担了一项“高校内部管理过程中的法律问题研究”课题。在课题研究的过程中,我们发现高校内部管理领域的很多纠纷都难以找到合适的规则去处理。这启发我们反思:究竟是法院适用法律的问题,还是法律本身的问题。如果是法院的问题,可以通过司法制度的改革解决。如果是法律本身的问题就要复杂得多了:首先要分析问题的根源是法律有缺陷还是缺乏相关的法律;如果法律有缺陷倒可以通过变法解决问题;如果是缺乏相关的法律就需要评估立法的必要性;如果立法有必要就通过立法解决,如果没有立法必要就需要司法的变革解决问题。按此思路,我们完成了一些前期成果,并于 2007 年获得了国家社会科学基金项目的资助。这给予了我们此项深入研究下去的鼓励和鞭策,并力求以此弥补前项课题的不足。

我们试图在前项课题对高校内部管理过程中的法律问题进行研究的基础上,进一步抽象出评判该领域的问题究竟是根源于司法还是立法的标准,进而提供相应的理论和对策。在不断的追问中,我们发现社会科学领域和社会规则体系从来就是有机联系的系统,因此我们不能单纯地用法律或道德语言对大量的社会问题做出解释和进行相应的调整。然而人受自身偏见的影响、知识的局限和理性的约束,又不可能靠一次认识或一个人的思考就形成对如此复杂的系统的正确评判。鉴于此,本书在关注法与道德的同时,将视角尽可能地放大到

经济学、社会学和伦理学等更为广阔的场域。在追寻中,我们找到了合约安排理论。它能解释高校内部管理过程中发生的很多现象,甚至能为类似的问题提供更具合理性的理论支持和更加灵活的解决办法。然而,在运用合约安排理论解释高校内部管理问题的过程中,我们又产生了疑惑。高校内部是一个私权与公权界限模糊不清的领域,其很多规则都是依赖于人们合约而产生的。它们不同于传统认识中的法律与道德,或者说它就是法律与道德在该领域约束行为的替代性规则。既然如此,为什么这样的规则在多数情形下都能得到执行呢?于是我们又发现了确保合约安排执行的不同于道德或法律约束方式的强制力,本书概而称之为第三种强制。

至此,我们发现了合约安排与第三种强制在私权与公权界限模糊领域充当了法律与道德替代者的角色。其中,合约安排是第三种强制存在的基础,第三种强制是合约安排的保障。它们存在于道德与法律之外,并且是先于法律和道德发挥作用的“实效规则”,而法律与道德成为了“潜在规则”,从而与道德、法律形成三足鼎立和互为补充的关系。这种认识获得了对高校案例所做解释的支持,并在沿着高校内部管理流程进行分析的过程中构筑了自己的逻辑与体系,从而也淡化了本书所选案例的时效性。

随着研究的逐步推进,本书也部分修正前期研究中的一些表述和局部观点;并且我们相信随着研究的更加深入,还会发现一些甚至是错误的地方。每念及此,不禁汗漫而栗。但“丑媳妇”最终也要面见“公婆”,著者也不得不将这个可能还不成熟的“丑媳妇”暴露出来,希望在同仁和各位学术前辈的评判与帮助之中获得同情或进步。对于著述中的粗糙疏漏和不当之处,著者首先诚挚地向读者和同仁致以深深的歉意!同时,著者也愿意真诚地接受大家的批评与建议,并在自己因此而获得的每一分进步中对你们报以衷心的感谢!

如果能在你扬起的皮鞭下挪动我的脚步,那是命运对我的眷顾!

唐清利

2008年1月于光华园

目 录

导 论	1
一、问题与文献	1
二、私权与公权界限模糊领域及其行动规则的解读	4
三、合约安排与第三种强制的本质:法律与道德之外的规则	7
四、合约安排与第三种强制的作用:为私权与公权界限模糊领域提供规则	11
五、合约安排与第三种强制在高校管理中的发现及其意义	16
六、本书的理路及其研究范式	19
七、本书的创新点	21
 第一章 招生简章案中隐喻的合约安排	
——高校内部纠纷的困境与救赎	22
第一节 招生简章的法律之困	23
第二节 既有研究	26
一、既有研究的局限	26
二、第三法域的缺陷及其对本题的启发	28
三、本章的进路	30
第三节 救赎与合约选择	33
第四节 合约选择的根据	37
一、第三方控制体系的博弈分析	38
二、招生简章案中博弈格局的缺省、合约安排与制度选择	43

第五节 传统规则在合约选择中失范	45
一、民事关系与行政关系的逻辑错位	46
二、自主管理与强制义务的逻辑错位	48
三、第二方控制与第三方控制的冲突	49
第六节 现行招生模式下的合约关系	50
一、我国高校招生模式的合约安排及其特点	51
二、我国现有招生模式下招生简章性质的合约安排	52
三、高校地位的合约选择	55
第七节 我国现行招生模式下解纷机制的合约选择	59
一、合约选择及第三种强制的隐现	59
二、招生简章性质的认定与纠纷解决机制的合约选择	62
三、合约安排与本案处理	63
第八节 合约安排的路径扩展	64
 第二章 高校收费问题的解读	
——合约安排与法律漏洞的弥补	68
第一节 高校收费正当性标准的模糊与争论	69
第二节 国内外高校收费制度的比较研究	71
一、我国高校收费的现状分析	71
二、我国公办高校与民办高校收费的比较分析	72
三、外国高校收费制度的比较研究	74
四、政府对高等教育投入的比较研究	75
第三节 合约安排:高校收费制度的漏洞弥补	78
一、高校收费制度的法律漏洞	78
二、规范高校收费制度设计的合约安排	79
 第三章 奖学金召回制的规则隐喻	
——合约安排的规则支持	83
第一节 召回奖学金面临的规则缺陷	84
第二节 奖学金制度执行的合约选择	86

一、奖学金既非福利也非劳动成果	86
二、奖学金属于附条件的合约	88
第三节 合同规则在奖学金领域适用的选择	91
一、请求法院变更或撤销赠与合同	92
二、认定奖学金无效的制度选择	93
 第四章 “禁吻”校规的幽思	
——第三种强制是合约安排的保障	96
第一节 第三种强制——回应型社会中的法与道德之外的规范	97
第二节 法治理念中的第三种强制	99
一、法治之下的“合约安排”——第三种强制生长点	99
二、第三种强制的经验论证——“禁吻”校规的合约平台	100
第三节 第三种强制的限制因素	102
一、第三种强制的场域限制	102
二、第三种强制在校规领域的适用与限制	103
三、结论	104
 第五章 大学生同居与传统解释的困惑	
——第三种强制彰显于私权与公权的博弈	107
第一节 私权与公权的博弈	
——人权的尊重与同居自由的冷思考	110
一、尊重人权与反思同居自由	110
二、人权是自由的权利	111
三、人权是自律的权利	111
第二节 人权在现实约束条件下的合约选择	
——第三种强制彰显的理据	112
一、法律在同居领域的无效	112
二、道德在同居领域的失效	113
三、人权的现实约束条件：自由与自律的合约安排	114

第六章 传统规则在大学自治领域的碎裂

——第三种强制的适用场域	118
第一节 “怀孕开除案”隐藏的悖论	119
一、性与理性的悖论	119
二、伦理与法理的悖论	120
第二节 大学自治与第三种强制的隐现	123
一、大学自治的由来与第三种强制的隐现	123
二、我国高校自主权的困境	125
第三节 传统诉讼的困境与第三种强制的适用场域	125
一、国外经验与启示	125
二、第三种强制的适用场域:传统诉讼的缺漏填补	127
三、高校可以在“法律保留”范围之外对学生进行管理并制定规章	128
第四节 第三种强制的限制	129
一、学生诉权的绝对性与诉因的相对性	129
二、第三种强制的限定性	130

第七章 大学生结婚与制度解构

——第三种强制的功能与法律冲突的规避	132
第一节 法律中心边缘化	134
一、法与社会关系的调适	134
二、法律冲突与调适	135
三、冲突的排解	136
第二节 第三种强制的功能	138
一、第三种强制是冲突法条之间的合约选择	138
二、第三种强制能够有效弥合不同路径中的规则断层	139
三、第三种强制可以消弭正义与秩序的间隙	140
第三节 第三种强制功能的实证	142
一、第三种强制的合理性	142

二、第三种强制的实证	143
第八章 “作弊开除案”中隐藏的规则	
——第三种强制与法律的妥协	145
第一节 第三种强制与法律的冲突	146
一、寻找法律的“边界”	146
二、第三种强制与法律冲突的原因及其表现	146
第二节 第三种强制对法律的规避	147
一、第三种强制对法律规避的理论基础	147
二、第三种强制规避法律的意义	148
三、第三种强制对法律的规避:高校内部管理的合约安排	150
第三节 第三种强制与法律的妥协	152
一、第三种强制与法律妥协的必要性	152
二、第三种强制与法律妥协的原则	153
三、第三种强制与法律妥协的经验论证	155
第九章 “伤害案”裁判冲突及其合约选择	
——第三种强制对法律的塑造	158
第一节 第三种强制与司法合约	161
一、第三种强制对法律的规避是裁判冲突的基础	161
二、司法合约是裁判冲突的前提	161
三、第三种强制对法律规避的本质:司法合约安排	163
第二节 第三种强制对法律塑造的机理	164
一、第三种强制是解决法律不敷适用的重要手段	164
二、第三种强制可以实现对个案正义的实质匡正	165
三、第三种强制能够修正立法目的	166
四、第三种强制可以增强法的稳定性与适应性	167
第三节 第三种强制对法律塑造的表现	168
一、推动对学生伤害事故的法律构成要件认识的深化	168

二、促进学生伤害事故的归责原则的完善	169
第四节 第三种强制对法律塑造的障碍	170
一、司法合约条件的限制:适法目的多元性	170
二、现行法的形式障碍	170
三、司法合约安排与理性裁判	173
第十章 第三种强制对合约安排的保障	175
第一节 合约安排的潜规则	176
一、自愿地接受或拒绝通过协商达成的合约条款	176
二、非公开强制性	178
三、分散或规避风险	178
第二节 合约安排的约束条件	179
一、内部约束条件:市场的有效性与资源的可交换性	179
二、外部约束条件:政府干预、交易者面临的压力	180
三、合约安排在高校领域适用中的约束条件	180
第三节 合约安排的无效与第三种强制的救赎	182
一、合约的非自愿与合约安排的无效	182
二、合约无效的非效率与潜规则的作用	184
三、第三种强制的救赎	186
四、第三种强制的价值重申	187
第十一章 一项校改的潜流	
——第三种强制与法治	190
第一节 第三种强制的外化	192
第二节 第三种强制与法治的契合	195
一、法治的生长与第三种强制的伸展	195
二、第三种强制与当前高校改革的契合	196
三、中国高校存在的弊端及其解决机制	197
第三节 第三种强制与法治背景下的校改	198

一、第三种强制的诉求与可能	198
二、第三种强制的理念弘扬	199
第十二章 第三种强制与法制	201
第一节 第三种强制对完善法律制度的需求	201
一、我国高等教育法律制度的现状	201
二、高等教育法律制度的完善与第三种强制理论的引入	202
第二节 完善高校学生管理制度对第三种强制的追认	202
一、我国的立法现状与学生管理关系	202
二、有关学生管理的现行法律规范的缺陷分析	203
三、完善高等教育法制需要借助第三种强制	204
第三节 利益的失衡与第三种强制的矫治	207
一、学校与教师之利益分配缺陷与衡平分析	207
二、学校与学生之利益分配缺陷与衡平分析	208
三、学校发展与人才培养之利益分配缺陷与衡平分析	210
结束语	212
参考文献	213
后 记	221

导 论

一、问题与文献

(一)问题的提出

构建和谐社会和建设社会主义法治政府是我国具有全局性和关涉民生福祉的相辅相成的战略选择。为此,我国理论界和实务界在理论研究和制度实践上付出了巨大的努力,并取得了可喜的成绩。总体而言,既有成果可以分为两大进路:一类是以建构(或完善)理论和制度为主;另一类是以解决既存矛盾(或解释现实)为主。^① 相比之下前者仍然占据主流地位,而后者则是随着法社会学和法经济学在中国传播以后才开始出现的,但两种进路的直接目的和着眼点都在于排解社会矛盾、保障社会秩序与实现社会和谐。这是因为社会矛盾(既存的或新生的)始终是“构建和谐社会与法治政府”进程中一个不可回避的问题,学界自然不会放弃对各种社会矛盾的关注。这体现在学者们对于传统社会矛盾及其解决机制的研究已卓有成效,并积极关注各类新型社会矛盾,各种法律制度也不断完善。但是,随着社会发展的日新月异,始终有大量的社会矛盾游离于既有理论与制度之外。如果不能妥善处理这些社会矛盾,将可能影响我国“构建和谐社会与法治政府”的成败,理论界与实务界正急于为之寻找对策。然而,由于种种原因,有关研究还相对薄弱,相应对策也不成熟。尤其是伴随着市场经济的日趋成熟、法治建设的日益推进与和谐社会理念的深入人心,

^① 苏力:《也许正在发生——转型中国法学》,法律出版社2004年版,第16~19页。

社会与规则的多元成为必然趋势,在社会中逐渐产生了一个私权与公权界限模糊的领域。^① 在该领域产生了大量缺乏现成法律救济的纠纷,如高校内部管理纠纷(招生简章案、怀孕开除案、作弊案等),社区委员会内部纠纷、卡拉 OK 版权收费权纠纷、村民自治委员会内部纠纷案,等等。其根源在于私权与公权界限模糊导致权利(力)界定不清,而传统公私法分立模式忽略了其中的规则。^② 所以,发现其中的规则,是妥善处理该领域的社会矛盾的前提,已成为构建和谐社会与建设法治政府无法回避的集基础性、前瞻性、实践性和紧迫性于一身的重大理论问题和实践问题。

然而,我们在寻找私权与公权模糊领域的规则的过程中,又不得不追问:为什么运用传统的公法和私法分立体系和道德与法律二元观念难以解决私权与公权界限模糊领域出现的问题呢?或许主要原因在于:一方面,如果这些行为引发矛盾就常常表现为私权与公权模糊的形态,这是传统法律机制始料不及的;另一方面,由于该领域主体行动的主要依据是内部规则,这些规则受法律和道德的约束都比较弱,致使传统的法律与道德二元理论也难以合理解释其中产生的矛盾。^③ 如果这个假定是成立的,我们则应继续追问:为什么该领域在缺乏传统规则救赎的情形下还会存在,甚至多数情况下会有序地存在?抑或,为什么在法律介入之后反倒添加了此领域纠纷处理的麻烦?

① 杨寅:“公私法的汇合与行政法演进”,载《中国法学》2004年第2期。

② 参见唐清利:《合约安排与第三种强制——高校管理个案的法经济学解释》,西南财经大学出版社2006年版。

③ 比如,许多涉及学校与学生之间、学校与老师之间、学生与老师之间、学校之间、学生之间、学校与政府之间等一系列关系中,在必须形成彼此之间一定的行为规则,但又找不到法律或道德的明确指引时,合约的必要性就产生了。这些合约有的表面上看来是单方面约定的条件,实质上是一种默示的或习惯性的合约。我们在本书中所罗列的数十个案例所涉及的一些关系的约束条件基本上都应该归入合约的范畴。而由于理论上和认识上的模糊或滞后,致使这些案例的处理都存在较大的争议,所以合约理论的发现为我们厘清思路 and 合理地解决当前高校面临的许多问题提供了新的理论思路。

(二) 国内外相关理论检视及其评价

根据作者可查阅的资料显示,目前关于“合约安排与第三种强制”理论的提出在国内外尚付阙如,而运用实证分析的方法将其融入中国高校内部管理的个案现状之中,以谋求现实问题解决的研究范式和理路更是无人问津。就目前国内外相关的研究现状而言,已有人从制度经济学的角度对“合约安排”进行了比较成熟的研究,但是其缺陷在于未能突破“经济学”的藩篱,而未发现“合约安排”的作用形式——第三种强制,从而降低了该理论的适用价值。例如,张五常、科斯、波斯纳等人。也有人运用法社会学的实证研究范式深入“民间”寻找法理,提出了诸如“民间法”、“无需法律的秩序”、“超越法律”等论题。^① 这些论题具有很强的现实性,也对本书具有很大的启发意义,但是仍然存在三个尚未突破的地方:第一,未能对各种纷繁复杂的非法律强制现象形成具有“一般性”的抽象概念,各种概念零零星星,从而不利于理论成果的转化运用和得到普遍性的认同;第二,未能把经济学的研究成果与之结合,未找到“第三种强制”存在的理论根源,从而致使其理论成果在源头上受到其他学者的广泛“怀疑”;第三,未能对所发现的理论找出一个具有“普适性”的场域,从而没能有效地

① 其中较有参考价值的理论成果大致如下:苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版;[美]理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版;[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店1991年版;[美]弗里德曼:《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,法律出版社2004年版;[美]科斯:《社会成本问题》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版;[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版;[美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版;Georgescu-Roegen, N., *Economic Theory and Agrarian Economics*, Oxford Econ. Papers, (February, 1960); Heady, Earl, and Kehrberg, Earl, *Relationship of Crop-Share and Cash Leasing System to Farming Efficiency*, Res. Bull. Iowa State College Agricultural Experiment Station (May, 1952); Issawi, Charles, *Farm Output under Fixed Rents and Share Tenancy*, Land Econ. (February, 1957); Johnson, D. Gale, *Resource Allocation under Share Contracts*, J. P. E. (April, 1950) Smith, Adam, *Wealth of Nations*, New York: Modern Library, 1937; [美]罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版;张五常:《经济学解释》,易宪容、张卫东译,商务印书馆2002年版。

向世人彰显其存在价值。

本书在分析后认为,私权与公权界限模糊领域在传统规则救赎不能关涉的情形下形成了一套自洽的规则,并由此维持自身的秩序,相对合理地维护着道德与法律之间的平衡与法治所要求的和谐与多元。我们通过对私权与公权界限模糊领域的行为方式的分析便不难发现,其实这些规则大都来自于其行为主体的合约安排,如高校的内部管理规定,行业协会的行业规章、村民委员会的调解、居民委员会的调解、社区委员会的文明公约,等等,只是这些合约有可能首先产生于习俗、或单方制度、或多方博弈、或经济强制等不同因素而已。进而我们便不难发现在合约的基础上还存在一种对合约进行约束的为人们长期忽略了的却又一直在发生作用的外在强制(或规则)。这种强制处于道德与法律之间,一方面成为合约安排的保障手段,另一方面成为先于法律和道德发挥对合约当事人的行为进行调整的实效性“规则”,^①并与道德、法律形成三足鼎立、互相补充的状态。我们暂且从宽泛的角度理解将其与法律和道德并列,命之为“第三种强制”。私权与公权界限模糊领域是个道德与法律之间的“空隙地带”抑或是合约存在的地方,这成为合约安排与第三种强制普遍适用的场域,其范围极其广阔。

二、私权与公权界限模糊领域及其行动规则的解读

私权与公权是根据公法与私法二元分立制度的假定和选择而产生的。可是,社会发展并不完全依照人为假定进行,真实世界中广泛存在私权与公权界限模糊的领域。如日本著名法学家美浓部达吉指出:“一切国家或市镇村所经营的公企业,并不以营利为主要目的,都是为着公的行政而经营的,无论如何不能以之为‘应属于公法或私

^① 只不过这种规则不一定需要具有法律和道德那样广阔的公知范围或公知形式,而且很多时候它连特定的形式都不需要。