



高晋康
主编

光华
法学
丛学
丛华



光华文丛

公私权模糊领域的 合作治理研究

唐清利
著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



高晋康
主编

光华
法学
丛学



光华文丛

公私权模糊领域的 合作治理研究

唐清利

著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公私权模糊领域的合作治理研究 / 唐清利著.
-- 北京: 法律出版社, 2015. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8453 - 4

I. ①公… II. ①唐… III. ①法制—现代化—研究
IV. ①D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 218269 号

公私权模糊领域的合作治理研究
GONGSIQUAN MOHU LINGYU DE
HEZUO ZHILI YANJIU

唐清利 著

策划编辑 郑 导
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 A5
印张 7.5
字数 195 千
版本 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8453 - 4

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

国家治理能力和社会治理体系现代化,不是对既有国家治理体系和法律框架完全颠覆,而是探索如何以成本最小化的方式实现公平与正义的最优集合,实现社会的稳定,增进人民的幸福和国家的长治久安。这意味着国家社会治理体系除了是法治社会、法治政府和法治国家三位一体的一种状态,更要在微观的权力运行当中实现公权与私权良好的组合和合理的配置,特别是在以公私权作为分立的制度为基础建立的法律体系当中,存在大量的公权与私权的模糊场域,如何建立机制避免公权与私权的相互自利的“搭便车”行为,通过公权与私权的有效合作,实现社会治理成本的最小化,成为实现国家治理能力和社会治理体系现代化的基础性问题。

可是,大陆法系试图以理性主义建构的一套概念体系,规律国家治理和社会治理的方式,设定人类行为的基本模式,从而以理想的最小的成本实现人类福利的最大化。然而,法律在真实世界当中的运行与人的行为方式,并不等同于概念逻辑而依赖生活理性与经验做出自己的最优判断和行为选择,法律设定的界限经常被有意或者无意突破,由法律设定的公权与私权之间的边界,常常是因为人的行为而变得模糊,并因为人的理性的限制而无法用现有的法律概括清楚,这为机会主义留下了大量的空间,从而制造了社会治理的难题。在机会主义和集体行动的冲击下,国家和私人为了共同的秩序诉求又重新连接起来,信息和惩罚成为国家治理与社会治理的两个最基本的要素。其中,信息是一个随着信息技术变化而变化的变量,而惩罚的施加对社会成本的影响几乎为零。特别是随着社会治理技术的发展,人类的组合方式发生了巨大的变化,信息获取途径和方式也发生了巨大的变化。随着大数据、人工智能等新兴技术的出现,人与人之间的组织形式变得越来越自由,国家通过对人的强行组合的治理变得越来越不重要。以符号和组织为代表的平台成为国家与私人满足秩序和服务需求的基础,并解决信息与惩罚的成本分担,从而实现了公私权的深度融合与社会的良性治理。由于我国长期以来存在城乡二元结构,城市和农村社会有开放性和封闭性,流动性和固体性的区别,信息技术在城乡的发展程度也有很大的区别,从而影响了社会治理成本的大小和治理的方式的选择。但其本质上仍然是如何实现公权与私权的合作治理,如何在公权和私权的行使过程中分摊社会治理的成本,实现国家治理的现代化。可是,由于我们长期受限于公权与私权分立的制度,研究国家治理和社会治理现代化的方法论与认识论也受到了相应的限制,长期以来,存在着从制度到制度的研究的逻辑悖论

当中,而很少从社会运行制度运行当中去观察制度,在制度和理论层面把城乡二元结构割裂地太开,对于国家和社会治理起着支撑作用的信息以及获取信息的技术很少从法律的层面进行研究。近年来,随着技术的突破和创新,大数据、人工智能、互联网把人类带入了信息时代,国家和社会治理越来越明显地依赖于信息,而信息技术对信息的影响也越来越明显,从而影响着国家和社会治理现代化及其成本。互联网金融、共享经济、金融科技等一系列新领域、新问题的出现,不仅提升了现代社会治理的技术,也改变了现代社会治理的方式,国家对社会的治理由直接针对个人的管理加速转变为对平台的治理,如何运用市场思维和建立交易机制,合理确定国家与平台在承担社会治理成本当中的责任,解决在平台参与社会治理当中的公权与私权合作的难题,成为我们必须思考的核心问题,这也是本书追求的方向。

当然,限于学力与精力的制约,很多本书在提出一些较新的理论和观点的同时,还有很多地方没有进行深入的展开和研究,恳请学界同仁批评指正和宽宥。

唐清利

于成都

目 录

第一章 导论	1
第一节 问题的提出	1
一、问题	1
二、相关概念说明	6
第二节 国内外相关文献综述	13
一、公私权界限的确立与局限	13
二、国家与私人在制度中的合作	16
三、第三域生长中的法律执行与规则自治	19
四、社会公平与社会效益兼济的制度选择	24
五、小结	26
第三节 主要内容与创新点	27
一、主要内容	27
二、创新点	30

第二章 公私法分立下的公私权模糊	32
第一节 公法与私法分立的制度结构	32
一、公法与私法分立制度的形成	32
二、公法与私法分立制度的弊端	34
三、公法与私法分立制度下机会主义的滋长	37
第二节 机会主义与公私权模糊场域的产生	38
一、公私权模糊的土壤:法律不完备与机会主义	38
二、公私权模糊的动力:制度运行成本的转移	40
三、公私权模糊场域中的机会主义及其抑制	42
四、公私权界限制度划分的交易成本	45
第三节 公私权模糊场域的制度运行结构	47
一、公私权模糊与社会秩序控制模式的优化	47
二、社会规范运行中公私权的重合与统一	49
三、公私权模糊场域的表现形式	52
第三章 公私权界限的重置:以共识、信息与惩罚为核心	57
第一节 城乡二元结构中公私权主体的行动逻辑	59
一、固定化社会结构中公私权的包容	59
二、流动性社会结构中公私权的合作	62
第二节 私权与公权分离控制模式下的信息机制	64
一、私权控制模式与信号不确定性	64
二、公权控制模式与流动性社会结构的秩序困局	67
第三节 私权与公权控制模式黏合下的信息机制	69
一、社会结构流动化与公权控制模式下信息机制的困境	69
二、传统信息机制对社会结构及其控制模式的影响	72

三、公私权控制模式的合作——“符号”与“组织”	74
四、“符号”与“组织”在公私权模糊场域社会控制中的 “水龙头效应”(Tap effect)	76
第四章 公私权模糊场域的合作治理	86
第一节 第三域的形成与公私权合作的社会秩序	86
一、公私权界限的模糊产生了第三域	87
二、第三域中公私权合作的形式	90
第二节 公私权模糊场域社会秩序的合约治理	94
一、公私权模糊场域治理规则的形成——合约	94
二、公私权模糊场域合约治理规则的执行	96
三、公私权模糊场域规则的运行方式	97
第五章 社会前见与公私权模糊场域的自主立法	100
第一节 公私权模糊场域的制度不敷与法院无力	100
一、国家法律直接适用的尴尬	100
二、公私权界限模糊与制度不敷	102
三、公私权模糊场域的失序	105
四、公私权模糊矛盾纠纷处理的法律不足	107
第二节 社会前见与公私权模糊场域包容性法律的再生	110
一、社会前见与公私权模糊场域的秩序维持	110
二、公私权模糊场域包容性法律的再生	112
第三节 公私权模糊场域的自主立法	114
一、自主立法与国家法律的变通执行方式	114
二、公私权模糊场域的自主立法与合作秩序的促成	116

第六章 公私权模糊场域制度运行的实证分析	119
第一节 社会成本与公私权模糊场域的制度行为	119
一、社会成本对公私权模糊场域制度行为的制约	119
二、立法成本与执法成本的关联	122
三、公私权模糊场域主体间博弈的条件与结构	123
第二节 公私权模糊场域的制度结构与行为选择	127
一、无外在制度约束下的自主博弈导致相互背叛的机会主义行为	127
二、行动者间内生性的不均衡博弈受外在制度变化的影响	129
三、内在制度的适用程序的外在制度控制	131
四、内在制度实体规范的外在控制与包容性制度的建构	136
第三节 公权与私权合作治理的实证	146
一、各方的理性行为	146
二、合作机制的较优选择	148
第四节 公私权模糊领域的规则自治与相对不可诉	149
第七章 合作治理机制适用领域的扩展与验证	152
第一节 社会信用体系的合作治理	152
一、法律系统的“断藕”与生活世界的“链接”	154
二、理性主义中的机会主义与自律异化	157
三、社会信用体系下的合作治理	161
第二节 共享经济的合作治理规制路径	165
一、“专车”现象与共享经济	166
二、共享经济的特点及其运行状况	171
三、共享公司的法律结构与规制方向	176

四、合作治理的规制路径	187
第三节 互联网金融的合作治理	194
一、互联网金融监管法律缺失下的内涵厘定	194
二、依赖政府的金融监管职权系统与互联网金融监管 不匹配	197
三、互联网金融应以市场为基础确立合作监管模式	200
参考文献	207
后记	227

第一章 导 论

第一节 问题的提出

一、问题

长期以来,大陆法系形成了公私分立的理论和制度传统,经由乌尔比安、查士丁尼,转辗萨维尼、梅迪库斯,及至美浓部达吉、梁慧星等都将公私法分立假说作为当然的前提。^①自罗马法以来,未以规范形式在法律结构和司法管辖中明确规定之,公私法分立却在法学理论与实务层面起着支配性的作用。

^① 他们的相关著作与论述已表明这点。参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版;查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1995年版,第1~2页。

这套制度和理论在概念法学的包装下获得了无可替代的逻辑自足性,并为大陆法系国家社会秩序的维系提供了非常精致的规范。然而,如此精致的规范和理论却在现实中受到了挑战如国家法律与地方立法的纠结、^①代理人与委托人的矛盾^②等。这类理论与实践、制度文本与制度运行的不一致成为常见现象。有理论将这种现象归咎于我国法治建设起步太晚、法制不完善;也有理论认为是法律稳定性与社会生活变动性造成的;亦有理论认为这是法律局限性的体现。^③ 这些认识为解释上述现象或推动制度构建做出了重要的理论贡献。然而,其缺陷也是显而易见的。因为这些认识并没有为消除这些不一致做更多的贡献,某种程度上还有“教化”行动者们容忍制度不济的功能。当然,如果教化能够促进合作与容忍也是有效用的。可是,机会主义更容易忌惮制度的限制而不一定在教化之下获得更高的觉悟。面临同样的难解与困惑,不完备性法

① 宪法和地方组织法规定:省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定和颁布地方性法规,报全国人大常委会和国务院备案。很显然,这一规定是以追求法制统一为目的的,实质上限制了地方根据自身特色立法的权力,司法部门不会冒着风险适用与法律规定不一致的地方法规,可是国家治理技术却要求地方必须根据自身实际立法。因而,这种理论与实践不一致的现象是相当普遍的。

② 比如,村民自治组织与村民之间、物管与业主之间本是代理与委托的关系,可是代理人常常成为委托人实质上的“管理人”,甚至屡屡发生代理人风险。参见徐勇:《村干部的双重角色:代理人与当家人》,载《二十一世纪》1997年第42期;楚红丽:《公立高校与政府、个人委托代理关系及其问题分析》,载《高等教育研究》2004年第1期。

③ 参见刘作翔:《论法律的作用及其局限性》,载《法制与社会》1996年第2期;王人博、程燎原:《法治论》,山东人民出版社1998年版;沈宗灵:《法理学》,北京大学出版社2005年版;[奥]尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版;等等。

律、“纸面的法”、“行动中的法”与“活法”等理论成为水上那根稻草。^①它们为理解种种“不一致”做出了极有价值的理论探索,并将单纯地为法律做“自画像”式的静态研究范式引入“镜面式”的动态研究范式中,这是一种有价值的突破。可是,“镜中物”仍然是静态的法律制度,和先前理论一样,毅然决然地将已获得逻辑自足的公私法分立理论和制度贯穿至其运行的每个角落。虽然理论多了、场面更热闹了,却缺少问题和对话。

中国虽然进行了数十年大规模法制建设,法律制度已经多到“泛滥”的程度,^②但是,法制不健全的批评似乎从来没有停止过:一方面宣称基本建立了完备的法律体系,另一方面却发现很多场域仍然不知如何适用法律;一方面赞赏大陆法系的逻辑严整,另一方面又批评立法条文粗疏。为什么这个法律世界如此吊诡呢?为什么当法院面对村民状告村委会、学生状告学校、工人状告工会、企业状告行业协会的时候总是茫然失措了呢?为什么地方总喜欢重复中央的立法呢?为什么组织需要内部规章并优先执行之呢?^③

中国的法律制度属于大陆法系,大陆法系所奉行的制度设计理念是

① Katharina Pistor, Chenggang Xu, “Incomplete of Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, (2003) 35 (4); Roscoe Pound, Law in Book and Law in Action, *The American Law Review*, Vol. 44 (1910), p. 15; Roscoe Pound, Law in Book and Law in Action, *The American Law Review*, Vol. 44 (1910). *Transferring American Legal Realism*, edited by William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed, Oxford University Press, 1993, pp. 41, 44.

② 蔡定剑:《历史与变革——新中国法制建设的历程》,中国政法大学出版社1999年版,第163页。

③ 参见唐清利:《当代中国村社治理结构及其理论回应》,载《管理世界》2010年第4期;唐清利:《私权与公权界限模糊领域的规则——合约安排与第三种强制》,载《政法论坛》2008年第3期;贺欣:《为什么法院不受理外嫁女纠纷——司法过程中的法律、权力和政治》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第3卷),法律出版社2008年版。

理性主义建构的一套以逻辑为支撑的概念体系,这套概念体系强调人类的认知能力可以为社会生活建构出完善的制度体系,其创制的根据是立法者对社会结构的分类,并由此构建了相对应的法律制度分类体系和框架结构。这样的“法律绝不需要从外在加以填补,因为它在任何时刻都是圆满的,它的内在丰富性,它的逻辑延展力,在自己的领域中任何时刻都涵盖了法律判决的整体需要”。^① 具体而言,从社会结构被分为市民社会与政治国家的假设开始,相应的法律制度就分化为私法和公法,这在古罗马法中就获得了构造。与此相关的私权与公权分立的概念体系和秩序安排随之确立,^②相应的社会规则体系、权利救济体系和司法裁判体系也得以确立。由于人类在既定约束条件下做出的任何假设都是可以成立的,假设本身不要求真实存在,只要存在做出假设的约束条件并依此建立符合逻辑的概念体系和规范体系,这套制度便能获得首尾一致的形式意义并在国家权力保障下获得规范作用。至于其规范作用和社会作用能否统一则主要是制度运行中的问题。这套制度比强调经验性的判例制度具有更强的预期性和指引性,因而通常对立法者提出很高的要求,而不要求适用法律的人具有高超的法律理解力,他们只需要根据案件事实和法律条文的结合就可以做出判断或判决。可是,真实世界及其运行模式并不等同于假设,“人们只能极为有限地获得法律的确定性。对法律的准确性和可预测性的要求总是不能满足。认为法律是或可以是稳定的、确定的这一观念并非是理性的观念,而应该归入虚幻或

① [德]亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型论理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第7页。

② 参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版。

神话的范畴的观念”。^①“文明于偶然之中获得的种种成就,实乃是人的行动的非意图的结果,而非一般人所想象的条理井然的智识和设计的产物。”^②因此,尽管依赖假设建立起来的公私权分立的法律框架在制度层面是清晰的,但是在制度运行过程中却常常很难识别其法域属性。第三域的出现更扩展了公私权模糊的场域,如涉及公共团体、公企业、大学、渔业权、矿业权等都很难做出明确的法域判断。^③可见,制度运行和社会结构的变迁已经超出了理性制度可预测的范围,法律系统与生活世界形成“断藕”关系,^④以至于面临争议出现的时候,我们找不到可以完全适用的制度。

奇怪的是,吊诡与断藕的社会结构中尽管因缺乏可以直接凭据的法律而隐含着种种分歧,却通过其所在场域的内部调适而依然保持着秩序。而且,这里维持的秩序并非“立法不能”导致的,而是无须法律形成的。这究竟是社会的进步还是退步呢?梅因将人类社会的进步概括为“从身份到契约”的运动。^⑤在这场运动中,秩序安排的方式逐渐由以血缘为中心演变为以制度为中心,国家创设的制度逐渐由不平等走向平等,国家对私人和社会的统治逐渐演变为合作治理,完全理性的制度逻辑转变为有限理性的制度经验。这些变化使社会结构从政治国家发展

① 刘星:《法律是什么——二十世纪英美法理学批判阅读》,广东旅游出版社1997年版,第84页。

② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第15页。

③ [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第150~166页。

④ Jürgen Habermas, “Theory of Communicative Action (2 Vols.)”, T. McCarthy (trans.), Boston: Beacon Press, 1984, 1987.

⑤ 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,法律出版社1959年版,第96~97页。

为政治国家与市民社会分化共存再发展为政治国家、市民社会与第三域分化共存的格局。与此相伴的是,政治国家所秉持的权力获得了前所未有的建构,却又遭到有限理性和社会结构变化的不断解构。国家越来越无力应对社会激变中的所有现象,立法和执法的成本限制国家能力的膨胀,包容性的多元社会结构和多元社会规范取得了越来越重的话语权。所以,社会结构变迁中的制度创设与运行不能仅仅将视角局限在正式法律制度层面,而应该宽泛地观察和评估正式制度与非正式制度在维系所在场域的秩序时所发生的组合与关联。可是,既有研究往往将二者对立起来看待:看重国家法的理论往往反对非正式制度的规范效力;重视非正式制度的规范效力的往往排斥国家法的强制力;因而吊诡与断藕在某种意义上也是这对追求逻辑自足的理论没有形成真正的聚焦性争论造成的,这同样表明了理想和现实的差距。下文的研究也证实了公私权模糊领域不是制度创设的场域,而是制度运行中理论预设与生活世界断藕的产物。公私权模糊制度运行的解释将找到公权与私权合作治理的最佳路径。

二、相关概念说明

针对上述问题,本书将运用法学、法律社会学、法律经济学、政治学等交叉学科的理论,而这些学科之间有些概念并不完全一致。为了实现研究的统一性和简化,本书主要根据已经建立起来的通说运用下列概念,并作为本书理论推进的概念基础。

(一)公法与私法

私法以个人的意思自治与私权为出发点,其任务是规范法律行为的