

共享经济财产容他权研究

付大学*

内容提要 容他权是与排他权相对应的一种财产权。共享经济下财产容他权得到广泛应用,成为共享经济的财产权理论基础。排他权中心主义受到质疑后,容他权受到财产法学界的高度重视,在共享经济财产权中居于核心地位。共享经济财产容他权具有商业性、有偿性和正式性等特点,能够产生福利功能、互助功能和分配功能等社会价值。在我国物权法理论中,容他权与排他权一样可定位为物权的效力范畴,是产生共有权、用益物权、临时占有和使用权的基础,利用合同自由定制来实现。作为治理性财产,共享经济下财产容他时可能会产生各种各样的问题,需要以当事人自我规制为主体、政府规制为主导的各方共同治理,以实现符合社会主义核心价值观的公共目标。

关键词 共享经济 财产权 容他权 排他权 共同治理

目 次

- 一、财产容他权在共享经济中的基础地位
- 二、共享经济财产容他权之特性与社会功能
- 三、共享经济财产容他权的物权理论定位与实现
- 四、共享经济财产容他权产生的问题与共同治理
- 五、结语

* 天津工业大学法学院教授。本文系 2019 年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“共享经济下混合财产权研究”(项目批准号:19YJA820010)的阶段性成果。写作过程中刘剑文、朱大旗、刘少军、张世明、李东方等教授曾给予建议,特此致谢。

随着人类社会不断演进与人口增长,地球上的有限物质资源愈来愈稀缺。科学技术的进步与物质产品的丰富并未真正缓解资源的稀缺性与人类需求无限性之间的矛盾。提升有限资源的利用率,是人类一直追求的目标。现有私有财产制度有时会造成资源利用不足。私有财产给所有权人画了一个明确的圈,圈内是所有权人的自由权利,他人闯入和国家干预都要有合法的理由,否则就是侵权。^①私有财产越多,圈就越多越大,圈内财产利用率有时会相对较低。权利人防止他人闯入圈内的工具就是财产法律制度所赋予的排他权(right to exclude)。排他权之利在于保护了私有财产权,激励人们创造更多财富,促进市场经济发展;而排他权之弊则是造成了私有财产利用率不足,权利主体之间的“原子化”以及对社群公益意识的冷漠。

为了提高私有资源的利用效率,人们大力发展共享经济。共享经济的一个重要基础为“共享财产”,^②即与他人分享财产。与排他(exclusion)和排他权相对应的容他(inclusion)和容他权(right to include)则是共享经济的财产权理论基础。近年,财产容他权逐渐引起英美法系财产法学者的重视。其实,相比崇尚个人自由的资本主义国家,容他权在我国具有更适合其拓展的政治制度和社会文化背景,具有更重要的理论价值。中国特色社会主义制度、强调“共享”新发展理念与集体主义精神等,使容他权在我国更具优势。随着推动“共同富裕”重大命题的提出,容他权在我国社会生活实践中也会更加普遍,理应加强相关研究。本文从分析排他权中心主义受到的质疑与容他权在共享经济下兴起入手,探究容他权在共享经济下所具有的属性与功能以及在我国物权理论中的定位与实现,最后指出容他权所产生的问题及共同治理路径。笔者试图构建共享经济下财产容他权的基本理论(而不是容他权的全部理论),以抛砖引玉、求教大方。

一、财产容他权在共享经济中的基础地位

(一) 排他权中心主义之质疑

排他权经常被定位为财产权的精髓。美国著名财产法学者梅里尔认为,在某个稀缺资源上,只要赋予某人排他权就等于赋予其财产权;相反,否认其排他权就等于剥夺其财产权。^③在他看来,财产权直接由三个要素构成,即所有者、物和排他权,三个要素同时满足就可以称为财产权,缺少一个就不是财产权。^④尽管财产权内容不限于排他权,但排他权是财产权必不可少之成分。^⑤在私法新思维运动下,排他权被视为实现财产目的的基本手段,是模块化(modularity)财产权的核心权利。排他权核心地位的观点,最早并非

① See Charles A. Reich, *The New Property*, Yale Law Journal, Vol.73(5):733, p.771 (1964).

② See Kellen Zale, *Sharing Property*, University of Colorado Law Review, Vol.87(2):501, p.501-580 (2016).

③ See Thomas W. Merrill, *Property and the Right to Exclude*, Nebraska Law Review, Vol.77(4):730, p.730 (1998).

④ See Thomas W. Merrill, *Property and the Right to Exclude II*, Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal, Vol.3:1, p.3 (2014).

⑤ See Shyamkrishna Balganesh, *Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions*, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol.31(2):593, p.600 (2008).

滥觞于英国法学家布莱克斯通的“唯一和专制的控制权”^⑥之观点,事实上以排他权为核心的财产概念可追溯到古罗马法。罗马财产法是围绕着单一所有者对财产或资源拥有完全支配权的原则而制定。^⑦英美法系和大陆法系在这一点上认识是一致的,只是表述上有差异:英美法系称为“财产排他权”,大陆法系称为“物权排他效力”。然而,排他权在财产权中的中心地位一直受到哲学家和财产法学家的质疑。

首先,以绝对排他权为主导的私有财产制度最先受到马克思主义的批判。马克思认为,在资本主义制度下财产异化,财产意味着每个人都试图“满足自己的自私需要”,因此“每一种新产品都代表着相互欺骗和相互掠夺的新可能性”,进而提出反对财产异化,消灭私有制,实现共产制度,其目标是超越私有财产,回归社会存在。^⑧这是马克思主义对私有财产制度最系统的批判。虽然现如今消除私有财产的主张不再被广泛提起,但马克思的批判引起财产法学者对财产排他权绝对化的反思。财产排他权绝对化忽视了财产的社会义务,“它代表个人主义的、商品化的甚至是贪婪的财产观念”^⑨。如果我们把财产制度理解为一项旨在优化获取资源方式的人类发明,那么排他权就不一定是财产权的必然特征,而只是执行财产权工作的一种可能机制,就像其他技术一样也会因条件变化而过时。近些年技术与环境变化使排他权成为调节资源利用及其利益的一种不太有用、不太必要且更昂贵的机制。^⑩总之,“排他是行使财产权的一种方式”^⑪,排他权只是优化资源利用的一种工具而已,不能在所有经济业态下都强调排他权中心主义地位。

其次,法律现实主义学者对排他权中心主义地位的挑战。法律现实主义学者以“权利束”(bundle of rights)概念为基础,主张财产权像一捆棍棒(bundle of sticks)一样,是可拓展的一束权利,并不存在一个核心权利。权利束中所有权利相互关联,反映整个财产的法律关系与社会关系,并不仅仅局限于所有者与他人之间排他关系。权利束隐喻强调财产权不是布莱克斯通式的“唯一和专制的控制权”,在许多情况下只存在相对更好的权利。^⑫一般认为,权利束理论肇始于韦斯利·霍菲尔德,发扬于莫里斯·科恩和罗伯特·黑尔,成熟于安东尼·奥诺雷、费利克斯·科恩和罗纳德·科斯,似乎终结于托马

⑥ See William Blackstone, 1766, *Of Property in General*, Commentaries on the Laws of England (II), 1803, p.1.

⑦ See Jonathan Klick & Gideon Parchomovsky, *The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment*, University of Pennsylvania Law Review, Vol.165(4):917, p.919 (2017).

⑧ 参见马克思:《马克思1844年经济学哲学手稿》,人民出版社2000年版,第120页。

⑨ 谢鸿飞:《〈民法典〉物权配置的三重视角:公地悲剧、反公地悲剧与法定义务》,载《比较法研究》2020年第4期,第75页。

⑩ See Lee Anne Fennell, *Property beyond Exclusion*, William & Mary Law Review, Vol.61(2):521, p.524 (2019).

⑪ Avihay Dorfman, *When, and How, Does Property Matter?*, University of Toronto Law Journal, Vol.72(1):81, p.101 (2022).

⑫ See Jane B. Baron, *Rescuing the Bundle-of-Rights Metaphor in Property Law*, University of Cincinnati Law Review, Vol.82(1):58, p.58 (2013).

斯·格雷。^⑬但权利束理论并没有终结,仍受到现代财产法学者的继承和发展。权利束理论认为,财产权可以分为无限数量的子权利,进而形成无数个相对应的社会关系,排他权及其对应的社会关系只是其中之一。奥诺雷经典的权利束 11 个成分中也未单列排他权,^⑭即使对有体物而言,排他权只是占有权的核心要素之一。^⑮尽管权利束理论对财产权理论作出重大贡献,并得到理论界和司法界的积极支持与响应,但也受到私法新思维运动学者的质疑和批判。如梅里尔质疑道,“坚称财产权为一束权利的人,要么太懒惰、太冷漠,要么对尽力描述它如何及为何运作的机制机理过于敌视”^⑯。史密斯则认为,“权利束根本就不是一种财产权理论,而是一种做得较好的财产权建构路径”^⑰。可见,排他权中心理论和权利束理论成为两个相互竞争的财产权基本理论。

最后,“进步财产权运动”对排他权中心地位的挑战。进步财产权运动提出了一个多元化的财产权观,旨在容纳和促进无数大相径庭的价值观。进步财产权运动主张必须关注财产权服务人类的潜在价值,以及它塑造和反映的社会关系。财产赋予权利,它分配了人类生存、发展和尊严所必需的稀缺资源。^⑱进步财产权运动主张财产权与人格尊严和人类繁荣息息相关,使人实现自我的基本能力得到提升。通过财产权,使人们具有过上优越生活之能力,是财产权制度应带来的一种社会状态。财产法应注重财产权的社会义务,促进人类繁荣,使个人能够过上有尊严的生活。^⑲财产权社会义务的社会经济背景,是个人的基本生存状态从主要依赖私有财产到主要依赖社会关联的转变,与社会主义或者社会国家观有着密切联系。^⑳财产权社会义务不是纯粹的自我牺牲,而是促进人们某些能力的发展,使我们社会生活整体变得更好。^㉑尽管排他权是所有权的核心之一,但所有权核心比排他权本身更为复杂。一个人如何界定财产权的核心取决于他认为财产权所应服务的价值观。绝对排他权仅服务于崇尚个人自由的社会价值观,并不是所有权核心的唯一组件。^㉒财产权是构建社会关系和社群生活的基础,而不能成为完全推崇

^⑬ See Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, Vol.23(1):16, p.16-59 (1913); Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, Cornell Law Quarterly, Vol.13(1):8, p.8-30 (1927); Robert Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, Political Science Quarterly, Vol.38(3):470, p.470-494 (1923); Antony M. Honoré, *Ownership*, in A. G. Guest ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1961, p.107-147; Felix S. Cohen, *Dialogue on Private Property*, Rutgers Law Reviews, Vol.9(2):357, p.357-387 (1954); Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, The Journal of Law & Economics, Vol.54(4):S77, p.S77-S104 (2011); Thomas C. Grey, *The Disintegration of Property*, Nomos, Vol.22:69, p.69-85 (1980).

^⑭ 奥诺雷认为权利束成分包括:占有权、使用权、管理权、收益权、处分权、安全权、可继承性、无期限性、不得有害使用、被执行的责任和剩余性。See Antony M. Honoré, *supra* note 13, p.107-147.

^⑮ See J. E. Penner, *The “Bundle of Rights” Picture of Property*, UCLA Law Review, Vol.43:711, p.755-756 (1996).

^⑯ Thomas W. Merrill, *Property as Modularity*, Harvard Law Review Forum, Vol.125(1):151, p.155 (2012).

^⑰ Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, Harvard Law Review, Vol.125:1691, p.1692 (2012).

^⑱ See Gregory S. Alexander, et al., *A Statement of Progressive Property*, Cornell Law Review, Vol.94:743, p.743-744 (2009).

^⑲ See Gregory S. Alexander, *The Social-obligation Norm in American Property Law*, Cornell Law Review, Vol.94(4):745, p.745-820 (2009).

^⑳ 参见张翔:《财产权的社会义务》,载《中国社会科学》2012年第9期,第100页。

^㉑ See Gregory S. Alexander, *Property, Dignity, and Human Flourishing*, Cornell Law Review, Vol.104(4):991, p.994 (2019).

^㉒ See Gregory S. Alexander, *The Complex Core of Property*, Cornell Law Review, Vol.94(4):1063, p.1066 (2009).

以排他权为基础个人自由主义之手段。财产权是一种社会制度,其目的是分解权利,促进人们平等获得体面生活的必备物质条件。进步财产权运动并不是完全否定或排斥财产权中的排他权,而是主张排他权并不是财产权唯一的核心,财产权核心及其价值应多元化。在完全崇尚个人自由主义的价值观中,排他权成为财产权的核心。在其他价值观下,排他权并不是财产权的核心。

(二) 财产容他权之兴起

在其他财产法学者挑战之下,排他权中心主义学者对排他权有相对弱化的解释,即排他权并不一定意味着财产所有者排除他人,只意味着可以决定是否排他。然而,此项决策权使财产权成为自由主义价值观的中心:财产所有者对他人的任何非分幻想拥有一个完全掌控、完全自我主导与保护的小领地。^{②③}排他权中心主义不断受到质疑,甚至主张排他权中心地位的财产法学者(如梅里尔、史密斯等)也未完全忽视容他权。梅里尔认为,“排他权正如一个看门者,有权决定谁能或不能使用特定物。容他权是所有者对排他权的放弃,容他权和排他权事实上是一体两面”^{②④}。彭纳指出,财产权就像一扇大门而不是一堵墙,财产排他权类似于大门钥匙,能阻止他人进入。^{②⑤}言外之意,所有者能用钥匙打开大门让受欢迎者进入,即所有者既有排他权也有容他权。换言之,财产所有者行使排他权时,财产权成为一堵墙;行使容他权时,财产权就成为一扇打开的大门。可见,与排他和排他权相对应的容他和容他权概念逐渐受到了西方财产法学者的关注。

容他是财产所有者容留且允许他人独享或共享对其所拥有财产的占有、使用、收益等权利的行为。^{②⑥}容他分为自愿容他和强制容他。自愿容他是财产权人的一项权利,如与朋友分享财产为自愿容他;强制容他是财产权人的一项义务,如专利的强制许可则为强制容他。财产所有者若自愿容他就是行使容他权,若被强制容他则是履行容他义务。容他权是指在自愿容他情形下财产所有者行使容他行为的权利,以实现与他人共享(或他人独享)财产。共享经济中财产所有者主要是行使容他权,而不是履行容他义务,其相对方消费者仅享有临时占有权和使用权,一般没有收益权和处分权。容他权是共享经济的财产权基础,是共享经济的原初理论。财产所有者行使容他权就是对排他权的放弃。虽然排他权和容他权是一体两面,但不能只重视排他权一面而忽视容他权另一面。

有学者指出容他权有利也有弊,既带来社会效益也产生社会成本。社会效益在于:有利于分享财产,提高财产利用率;有利于分散风险,降低个体财产损失;有利于实现专业化,将财产交由更专业的人管理、使用等。社会成本在于:协调的难度、投机性策略行为(strategic behavior)、使用的冲突等。^{②⑦}然而,容他权的社会成本随着科技快速进步逐渐被降低到可接受的范围之内。2014年后移动互联网、区块链、大数据和人工智能等新

^{②③} See Carol M. Rose, *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety*, Yale Law Journal, Vol.108:601, p.604 (1998).

^{②④} Thomas W. Merrill, *supra* note 4, 3.

^{②⑤} See J. E. Penner, *supra* note 15, 744.

^{②⑥} 参见付大学:《论共有私产及其法律治理》,法律出版社2019年版,第123-124页。

^{②⑦} See Daniel B. Kelly, *The Right to Include*, Emory Law Journal, Vol.63(4):857, p.871-882 (2014).

技术得到全面快速发展,成功降低了财产容他权带来的社会成本。交易便捷的分时使用成本大幅下降,使得直接拥有大量财产的所有权变得不必要。与此同时,随着资源与空间变得越来越稀缺,以及持有未被利用的过剩产能(excess capacity)^{②⑧}机会成本不断增加,连续占有的负担也在不断加重。^{②⑨}诸如此类因素,既降低了容他权的社会成本,也促使以容他权为基础的共享经济快速发展。

首先,新技术成功降低了协调的难度。一方面,移动互联网及相关新技术使沟通协调极其便捷。平台公司以数字方式连接世界各地用户的潜力前所未有。^{③①}通过一部智能手机及其App,全世界陌生人之间沟通协调变得极其便捷高效。于是,世界各地使用者的消费潜力也得到前所未有的激发。传统经济下供需双方往往存在信息偏在,而共享经济通过新技术使供需双方更容易匹配。另一方面,将私有财产链接到移动互联网上,利用区块链让财产变得更加智能,不需要所有者与使用者当面交接协调,让交易变得异常简单。

其次,新技术减少了部分投机性策略行为。智能化财产,既是通过嵌入式软件增强可用性的财产,也是通过软件链接到区块链分类账上的插槽而受到更安全保护的财产。智能化财产(至少在软件嵌入和网络财产的意义上)正成为通常被视为传统个人财产客体的常态。汽车、房屋、眼镜和手表等正迅速加入智能手机和平板电脑的系统,它们主要受到软件控制与保护。例如,链接到区块链的智能汽车可能“知道”其属于某个特定会计分录的使用者,且只有该使用者在场时才能启动。不能复制密钥,因为分类账上的插槽是一次性的。^{③②}利用移动互联网、区块链和大数据等技术手段,财产所有者能够掌控使用过程中的财产状况,既减少了财产被故意损毁,也避免了无偿使用等投机性策略行为。

最后,新技术成功解决了使用的冲突。移动互联网、区块链和人工智能等技术使传统财产变成智能化财产。智能化财产一大特点就是将与(财产)客体关联的权限附加给客体本身。例如,Zipcar等共享汽车系统上的联网车门锁可以自动打开(即开门权限赋予车辆本身),但仅向支付使用费的个人打开。^{③③}欠费使用者在费用付清之前,对共享汽车的使用能被自动停止。同样,新技术也使共享单车变得更加智能。这种技术手段避免了不同使用者对同一辆车同时下单而有人无法使用的情形。换言之,智能化财产在被使用期间,其他人就不可能再扫码下单使用,真正实现按需使用与分时计费使用,成功解决了传统财产容他时的使用冲突问题。

(三) 容他权是共享经济的财产权基础

在共享经济中,容他权是财产权的一个重要核心。共享经济下处理过剩产能的新技术开始让所有权的(时间和空间上)连续性变得不那么重要,而且可能会改变财产最佳

^{②⑧} See Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, Yale Law Journal, Vol.114(2):273, p.276 (2004).

^{②⑨} See Lee Anne Fennell, *supra* note 10, 551.

^{③①} See Orly Lobel, *The Law of the Platform*, Minnesota Law Review, Vol.101(1):87, p.108 (2016).

^{③②} See Joshua A. T. Fairfield, *BitProperty*, Southern California Law Review, Vol.88(4):805, p.863 (2015).

^{③③} See Kevin Werbach & Nicolas Cornell, *Contracts Ex Machina*, Duke Law Journal, Vol.67(2):313, p.336-337 (2017).

持有的实际规模。虽然在许多情况下完全所有权仍具有很大优势——即拥有财产时间与空间上连续性仍然很重要,但它在按需使用的共享经济模式下具有局限性,如持有成本的增加、利用率不足等问题。^{③③}

在共享经济中,容他权的优势体现在三个方面。第一,所有者行使容他权,能从财产的过剩产能中获益,分摊持有财产的成本。所有者行使完全排他权时,对财产就享有(时间和空间上的)完全所有权。显然,完全排他的代价之一是以承担财产持有费用与丧失部分容他收益为成本。相对于个体所有者的需求而言,可共享财产的产能是过剩的,如果所有者能够从许可(他人)使用财产的过剩产能中获得任何正效用,那么他就有机会获益。^{③④}通过共享财产,所有者分摊了持有财产的成本。第二,所有者行使容他权,能提升财产利用率。“资产未能最高效地被利用,是拖累全球总生产率的主要因素”^{③⑤},通过共享提高财产利用率是提升全球总生产率的重要手段。例如,共享单车满足了每个人使用自行车的需求,其利用率远远高于家庭自行车。第三,所有者行使容他权能缓解资源的稀缺性。私有财产的利用率不足,也是造成资源稀缺的一个重要因素,如所有房产空置而不对外出租就会加剧住房资源的稀缺性。所有者行使容他权,在未改变所有权关系情况下容许他人分时分区占有和使用财产,大大提高了财产的利用效率,能缓解资源稀缺问题。若人们能便捷使用某种财产,那么长期拥有某项财产所有权可能变得意义不大。例如,共享单车随处可用,很少有人再去买自行车。

“历史上的财产权总是以一种标准化的模块形式出现,而不是一种毫无规律可言或者说可以随心所欲地创设、干预的财产权‘杂烩束’。”^{③⑥}在私有财产权中,占有权、使用权、管理权、收益权、处分权等都以排他权为核心构建财产权模块体系;^{③⑦}在共享经济的财产权中,所有权利都以容他权为核心构建财产权模块体系。财产模块制度设置是为了实现财产的特定目的或目标,其中的权利只是实现目的或目标的手段而已。在共享经济中,财产所有者通过财产容他权实现获得收益、降低成本、分担风险等目的;政府通过财产容他权实现提升资源利用率、促进经济发展等目标。总之,容他权是实现这些目的或目标的手段,共享平台企业试图构建以容他权为基础的财产权标准化模块。因此,共享经济财产权结构是以容他权为标准化模块的财产权体系,容他权成为共享经济的财产权基础。

二、共享经济财产容他权之特性与社会功能

(一) 共享经济财产容他权之特性

财产容他权不是共享经济的特定产物,只要存在财产就会出现容他权。共享经济出

^{③③} See Lee Anne Fennell, *supra* note 10, 526.

^{③④} See Yochai Benkler, *supra* note 28, 308.

^{③⑤} Eric A. Posner & E. Glen Weyl, *Property Is Only Another Name for Monopoly*, *Journal of Legal Analysis*, Vol.9(1):51, p.52 (2017).

^{③⑥} 熊丙万:《实用主义能走多远?——美国财产法学引领的私法新思维》,载《清华法学》2018年第1期,第144页。

^{③⑦} 史密斯认为模块化理论比权利束理论对财产权更有解释力。See Henry E. Smith, *supra* note 17, 1702.

现之前,财产所有者的容他行为更多是个人行为、无偿行为、非正式行为,如让同事搭乘自己的车上下班、让朋友在自己家里居住等等。于是,容他财产使用存在人们熟悉的二元划分——即个人与商业、无偿与有偿、正式与非正式。共享经济中财产所有者的容他行为是商业行为、有偿行为、正式行为。因此,从行为特征角度定性权利属性,共享经济财产容他权具有商业性、有偿性和正式性。

1. 商业性

容他可以分为商业性容他与非商业性容他。商业性容他是指分享财产给他人使用主要为了获取收益或商业利润,反之为非商业性容他。商业性容他是一种市场经济行为,是共享经济中财产所有者的容他行为,所有者行使容他权主要是为了获得收益或利润,被容他者为共享财产的消费者。在 P2P 模式下,所有者共享财产是为了获得收益而行使容他权,如 Airbnb; 在 B2C 模式下,企业购买并共享财产是为了获得商业利润而行使容他权,如共享单车。容他权具有商业性,才能发展成规模庞大的共享经济。因此,共享经济下所有者容他是一种商业性行为,财产容他权具有商业性。

“商业 / 非商业二分法在许多法律领域都有体现,而且往往是决定政府是否监管一项活动的关键因素。”^{③⑧} 财产容他权具有商业性后,在商业性财产和消费性财产(非商业性的个人使用财产)之间划出明确界限成为一项挑战。私有财产无非是所有者个人使用、他人无偿使用或者他人有偿使用。个人或他人无偿使用的财产是消费性财产,而他人有偿使用的财产则是商业性财产。如私人汽车除自己使用和朋友免费使用之外,还链接到网约车平台,此时难以界定该汽车是商业性财产还是消费性财产,只能根据不同使用情形进行定性。一般来说,非商业性容他无需政府监管,主要靠民事法律、道德或习俗来调整。但是,容他权具有商业性后往往涉及公共利益,需要遵守市场经济法律规则,需要政府进行监管以保护消费者。

2. 有偿性

容他可以分为有偿容他和无偿容他。有偿容他是指需要支付对价(金钱或非金钱)的容他;无偿容他是指无需支付对价,也不期望任何回报的容他。有偿容他可能是商业性容他,也可能是非商业性容他。如张三让同事搭乘他的车上下班目的是为了在自己车限号时能搭乘同事的车,这就属于有偿容他与非商业性容他。在人类历史中,无偿容他一直普遍存在,各种宗教和文化都积极倡导无偿容他,提倡捐赠和慈善行为。有偿容他本质上是出于利己主义动机,但行为结果利己也利他。共享经济财产容他权是一种有偿容他权。我国“共同富裕”战略,以“先富带后富、帮后富”方式进行第三次分配是倡导一种无偿容他。此处无偿容他不一定是利他主义。“利他主义的捐赠者必须尊重受赠者,将其视为自己的最终目的。相比之下,利己主义的捐赠者要么对受赠者漠不关心,要么仅仅把受赠者当作为创造利己效用的手段。”^{③⑨}

^{③⑧} Kellen Zale, *supra* note 2, 522.

^{③⑨} Robert A. Katz, *Can Principal-Agent Models Help Explain Charitable Gifts and Organizations?*, Wisconsin Law Review, Vol.2000(1):1, p.9 (2000).

共享经济有偿容他权具体体现在：一方面，在 P2P 模式下，所有者将私有财产接入共享平台，利用过剩产能获取回报。同时，共享平台企业为供需双方搭建对接服务桥梁而获取利润。私有财产所有者显然是行使有偿容他权。另一方面，在 B2C 模式下，企业既搭建平台又购买商业性财产专供消费者使用，不是挖掘私有财产的过剩产能，而是利用共享模式来实现有偿容他的营利目标。财产有偿容他既利己又利他，这种各方主体共赢模式使共享经济规模快速壮大。^{④①} 若财产容他行为都是无偿的，只会产生共享，而不会产生共享经济。

3. 正式性

容他可分为正式容他和非正式容他。正式容他就是受规制的、官方要求或认可的容他；非正式容他则是不受规制的、市民社会自发的容他。财产的非正式容他是人类社会生活的必然结果，因为“财产权制度总是由一些个人权利混合着一些与附近同事或邻居共享的权利组成，或者混合着更多、更大社区共享的权利，所有这些权利都处于相对稳定但又不断变化和微妙的重新谈判关系之中”^{④②}。于是，财产的非正式容他行为在市民社会中随处可见，时时处于动态的权利流变之中，不受政府规制的约束。非正式容他依靠所有者的意愿和社会习俗来管理容他的范围、程度及终结时间。^{④③} 正式容他需要一定的架构和程式，往往形成三角形法律关系，共享经济下财产容他就是正式容他。共享经济下财产容他需要共享平台、财产所有者、消费者和有体物等主客体。正式容他需要遵守法律规范与市场经济的基本规则，受政府规制约束。

共享经济财产容他权正式性体现在：首先，财产容他架构与流程的正式性。共享经济财产容他权之行使都需要移动互联网平台（App）和区块链技术、庞大的消费者群体、能分时使用的财产，且符合一定的市场架构与遵从特定的交易流程。按需使用的秩序是容他权正式性的体现。随着按需使用的时间段越来越多地取代了持久占有的时间线，今天占有和明天占有之间假定的强大互补性开始瓦解。^{④④} 分时使用技术为财产正式容他权出现提供了可能性，否则使用者只有购买财产后才能随时使用。其次，财产容他权行使要受法律规范调整。共享经济财产容他权之行使要受到消费者权益保护法、个人信息保护法、产品质量法、税法、劳动法、健康与安全等法律的规制。法律规制与政府监管避免正式容他权带来负效应，避免公地悲剧与反公地悲剧。最后，财产容他权受共享平台的约束。共享经济财产容他权行使有一定边界，共享平台会维持容他权的稳定，对自愿容他行为的无故违约次数进行限制。如网约车平台对网约车一天内接单后违约次数有严格限制，对超过违约次数的网约车有处罚权。

总之，共享经济财产容他权的商业性、有偿性、正式性，是区分传统社会财产容他权

^{④①} 2022 年我国共享经济市场交易规模约为 38320 亿元。参见《中国共享经济发展报告（2023）》，载国家信息中心网，<http://www.sic.gov.cn/News/557/11823.htm>，2023 年 8 月 1 日访问。

^{④②} Carol M. Rose, *supra* note 23, 631.

^{④③} See Daniel B. Kelly, *supra* note 27, 882.

^{④④} See Lee Anne Fennell, *supra* note 10, 525.

的典型标志。共享经济财产容他权特征既是容他权市场化的产物,也是财产制度变革的结果。目前正经历的财产权制度变革出现一个有趣的双向特征:即财产权从未如此紧密地相互依存,但也从未如此轻易地彼此分离,^④这为共享经济财产容他权创造了制度条件。新技术又加速推进财产权制度的变革,使一些私有财产更加社会化,以分离财产权的子权利之方式来提升财产利用效率。尽管严格的物权法定主义为以创设新物权来提升财产利用率关闭了一扇门,但共享经济财产容他权的兴起又为提升财产利用率打开了一扇窗。共享经济财产容他权不仅提升了财产利用率,也实现了财产更多的社会功能。

(二) 共享经济财产容他权的社会功能

财产权揭示的不是人与物之间的关系,而是基于物的人与人之间的社会关系。^④一种财产权的兴起会影响整个社会关系,会悄悄地改变人的行为方式和生活方式。正如有学者所言,“我们大多数人都有一种感觉:财产正在做一些重要的事情,但它以一种有点神秘的方式来做”^⑥。当人们对某物的长期拥有欲望被临时占有和使用的需求所取代时,基于财产的排他关系就会让位于容他关系,物质资源分配与利用,以及人与人之间财产社会关系随之变化。除提升财产利用率、创造社会财富、促进经济增长等经济功能之外,财产容他权具有重要的社会功能,对人类社会关系产生深远影响。

1. 财产容他权的福利功能

福利常用“效用”一词来表达,所有财产对个人都产生一定的“效用”或者“预期效用”,^⑦但有些“效用”无法从私有财产的排他权中获得,需要通过财产的其他权利才能得以实现。一方面,共享经济财产容他权的兴起更好地迎合了个人的某些特定福利需求,满足个人为过上体面生活所需的基本资源条件。例如,有人因为城市限牌限号,或因为经济能力所限、身体缺陷等原因,无法拥有车辆或自驾驾驶车辆,通过共享汽车(包括网约车)可以过上有车的体面生活。另一方面,促成容他权实现的共享平台提升了供需信息的按需匹配,提高了市场效率,就是一种社会福利。^⑧例如,有人想以较低成本周游世界,共享平台随时能提供低价民宿的供给信息,提升了交易效率,实现了人们临时居住的预期。从供需双方当事人角度,财产容他权实现了特定财产的预期效用,体现了财产的福利功能。

共享经济财产容他权的福利功能是广义的福利功能,不同于社会福利。一般认为,社会福利是政府提供给其国民的“小费”,因而政府可以用其认为适合的方式来提供。^⑨

^④ *Id.*, 568.

^⑤ See Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, Vol.26(8):710, p.720-723 (1917). 霍菲尔德关于物权的“人与人之关系说”非常有道理,在鲁滨逊世界里不存在任何财产权。

^⑥ Henry E. Smith, *Mind the Gap: The Indirect Relation between Ends and Means in American Property Law*, Cornell Law Review, Vol.94:959, p.959 (2009).

^⑦ 参见[美]路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙威尔:《公平与福利》,冯玉军等译,法律出版社2007年版,第18页。

^⑧ 参见蒋大兴、王首杰:《共享经济的法律规制》,载《中国社会科学》2017年第9期,第145页。

^⑨ See Charles A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, Yale Law Journal, Vol.74:1245, p.1245 (1965).

虽然“小费”的隐喻可能并不恰当,但社会福利的主要资金来源为财政资金,如困难家庭的“最低生活保障”“保障性住房”等。共享经济财产容他行为不是政府实施的,而是由企业或个人提供的有偿服务。共享经济财产容他权的福利功能弥补了政府社会福利政策的不足,为实现财产社会效用普惠性起到不可忽视的作用。共享经济容他权促进共享和交换:共享其实是利己主义和利他主义共同作用的结果;交换是有偿的使用权临时转让。如果对所有者和使用者的正效用总和大于社会成本,那么共享和交换就是有效用的,就是社会总福利的增长。

2. 财产容他权的交际与互助功能

共享经济财产容他权扩展了陌生人之间社会交往范围,增加了人的社会性,促成了人与人之间的交际与互助。一方面,共享经济中私有财产通过容他权促进了参与个体的社会性与交际范围。私有财产商业化不仅可以无限地扩大我们的财富,而且(至少在一定程度上)可以增强一个原本被原子化的社会成员的社交能力。^{⑤0}财产是人们社会交往的工具,传统上财产无偿交换往往能提升熟人之间友谊。财产多寡决定了人们的交际范围,而财产偏好决定了人们的交往类型。共享经济财产容他权提升了陌生人之间的交往频度与交际范围,促进了人的社会性,减少原子化的个人主义。

另一方面,共享经济中私有财产通过容他权促进了陌生人之间的互助。由于个体之间能力差异以及专业领域不同等因素,人与人之间离不开互助。共享经济参与者之间的互助具有利己性和利他性。利己性在于共享经济参与者助他行为会带来他人的帮助或社会赞誉。利他性在于因互助行为使他人克服困难,帮助解决问题,避免损害发生或扩大。如网约车司机在确认交通安全后闯红灯送需要紧急就医的孩子,不但未受处罚,还受到社会公众的一致赞誉。财产容他权为陌生人之间互助提供了机会,如共享住房的房东与房客之间实现了生活上的互助。当然,由于陌生人之间的社会交往互助有时会转换为互害(尤其在狭小的物理空间内),如 Airbnb 房东侵害消费者隐私、消费者破坏共享财产、网约车司机侵害乘客等,所以需要共享平台公司进行规制或者政府监管。

3. 财产容他权的分配功能

财产制度服务于资源分配,一个国家财产制度是其经济资源分配方式的直接体现。正如有学者所言,“财产制度的另一个重要功能是助长某些手段并阻止其他手段,促使个人或团体利用该手段获得他们生产和消费所需要的资源”^{⑤1}。因而,财产制度是资源分配的一个重要工具,任何财产权都具有其独特的分配功能。若将财产权看成一个频谱,绝对排他的私人财产权处于一个极端,而完全公有的财产权处于另一个极端,前者强调分配的效率却忽视了公平,后者强调分配的公平却忽视了效率。世界上大多数财产都处于两个极端的中间地带,共享财产也是如此。共享经济以容他权促进财产共享,进而扩

^{⑤0} See Carol Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, University of Chicago Law Review, Vol.53(3):711, p.723 (1986).

^{⑤1} C. Edwin Baker, *Property and Its Relation to Constitutionally Protected Liberty*, University of Pennsylvania Law Review, Vol.134:741, p.748 (1986).

大两个极端之间的中间地带。财产共享是解决分配问题的一种非常现代的手段,^{⑤②} 容他权是此手段的财产权工具。

与其他财产权(如排他权、公有权等)配置资源功能相比,财产容他权在分配资源时既体现分配效率又重视投资效率,^{⑤③} 既注重公平又兼顾效率。一方面,其公平性体现于共享经济下满足条件的任何人都拥有使用共享财产,不因性别、种族、贫富而被歧视;另一方面,其效率性体现于财产因容他而被最大化地利用,挖掘了财产的过剩产能。在一个资源日益稀缺的世界里,财产法曾因未能充分利用共享来纠正分配失灵,从而使人们因对财产共享认识不足而遭受了严重的损失。^{⑤④} 人们未重视共享经济财产容他权的分配功能,原因在于过分强调私有财产的排他权中心地位(或排他效力),排他权一直主导着物权概念的界定。^{⑤⑤}

三、共享经济财产容他权的物权理论定位与实现

强调容他权在共享经济财产权中处于基础地位,并不否认排他权在私有财产权中的核心地位,反之亦然。二者在不同的财产权模块下所处的地位不同,所要实现的价值也有所不同。不能只看硬币正面而忽视其反面,对完整硬币而言,二者缺一不可。在现代市场经济下,排他权和容他权可以和平共处于一个财产权之下。我国社会主义财产法律制度应重视容他权,应定位其在我国物权理论与实践中的地位,利用容他权促进“共同富裕”。

(一) 容他权在我国物权理论中的定位

容他权并非仅在财产权语境下才成立,在物权下同样存在,只是该权利在物权理论下如何定位是个问题。虽然大陆法系与英美法系之间财产权理论有所差异,但均是已超越物的本身来探究人与人之间的社会关系。无论财产权还是物权,排他和容他本质上是建立在物之上的人与人之间最基本法律关系,二者是相对应的,不可能只有排他权而没有容他权。共享经济在两大法系、东西方国家同时兴起,说明容他权在物权和财产权之下是共通的,与排他权一样是物权中的应有权利。

1. 容他权在物权理论中应定位为效力范畴

第一,从与排他权相对应的角度,容他权应定位为物权的效力范畴。容他权与排他权是对应关系,而不是对称关系。例如,我国免费的公园,一般情况下任何人都可以自由进入(即容他关系),没有人享有排他权(即不存在排他关系)。排他权在我国物权理论中被界定为物权效力范畴:为实现物权内容,法律所赋予权利人的权利。^{⑤⑥} 因此,与之对

^{⑤②} See Rashmi Dyal-Chand, *Sharing the Cathedral*, Connecticut Law Review, Vol.46(2):647, p.656 (2013).

^{⑤③} 私有财产虽提高了投资效率,但牺牲了分配效率;公有财产虽提升了分配效率,但牺牲了投资效率。See Eric A. Posner & E. Glen Weyl, *supra* note 35, 51-124.

^{⑤④} See Rashmi Dyal-Chand, *supra* note 52, 647.

^{⑤⑤} 如《民法典》第114条第2款有关物权的界定。

^{⑤⑥} 物权的效力是指物权产生之后,为实现其内容,法律上所赋予的效果和权能。参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第3版),法律出版社2011年版,第236页。

应关系的容他权,在我国物权理论中应被定位为效力范畴:为实现物权内容,法律所赋予权利人的权利。就物权效力而言,二者差异在于排他权作为物权特征在我国物权法律中已经明确,而容他权未直接明确而已。

第二,从物权概念角度,容他权应定位为物权的效力范畴。《民法典》第114条规定,“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利”。容他是支配的应有内容。如拥有一辆汽车的张三有权直接支配该汽车,让他人使用或让他人搭乘(即容他)是张三直接支配该汽车的一种方式。从物权概念角度,容他和排他都体现了权利人行使权利的方式。排他权和容他权都是同一类型的涉他权利,产生涉他效力问题。若物权概念中的排他权在物权理论中定位为效力范畴,那么隐含在支配权之中的容他权理应在物权理论中定位为效力范畴。

第三,从物权效果角度,容他权应定位为物权的效力范畴。物权效果就是物权效力的体现,容他权和排他权的行使都会产生一定的效果。法律赋予所有者排他权,就意味着“绝对权”“一物一权”“善意取得权”等;所有者行使排他权,就会产生“非所有者对所涉财产不享有任何权利”的效果。法律无需单独赋予所有者容他权,因为容他权是支配权的应有之义;所有者行使容他权,就会产生“非所有者对所涉财产享有一定权利”的效果。换言之,所有者行使排他权意味着非所有者对所涉及财产没有占有、使用等权利;所有者行使容他权意味着非所有者对所涉及财产享有占有、使用等权利。容他权与排他权一样,权利的行使都会产生一定的物权效果。

2. 容他权的物权效力解构

第一,所有者之间相互行使容他权产生共有的效力。所有者之间行使容他权,将物权的四项权能(即占有、使用、收益和处分)彼此共享(而不是让渡),就产生了共有。按份相互容他产生按份共有;整体相互容他产生共同共有。若所有者之间相互排他,就不可能产生共有。可见,共有是容他权行使的典型体现,是所有者将物权的占有权、使用权、收益权和处分权一同容许相互分享。

第二,所有者对他人行使容他权产生用益物权的效力。容他权是用益物权产生的前提,即所有权→容他权→他人的用益物权。所有者对他人行使容他权,将物权的占有权、使用权和收益权三项权能一同容许他人享有,并属于物权法定的类型,就产生了用益物权。可见,所有者行使容他权是他人享有用益物权的前提与基础。有学者用“权利行使理论”来解释我国用益物权的产生——即“用益物权生成于所有权人对所有权的行使”^⑦是有一定道理的。但应强调的是,所有权行使结果会不会产生用益物权,要看权利行使的中间样态是容他权还是排他权。

第三,所有者对他人行使容他权产生临时占有和使用的效力。这是容他权行使产生的最普遍情形:所有权→容他权→他人的临时占有和使用权。所有者对他人行使容他权,将物权的临时占有权与使用权两项权能容许他人享有,就产生了他人的临时占有权

^⑦ 参见蔡立东:《从“权能分离”到“权利行使”》,载《中国社会科学》2021年第4期,第97页。

和使用权。临时占有和使用权并不属于法定物权类型,不属于物权。现代社会中,财产重心从所有转向利用,让所有权与使用权分离,更多是所有者将临时占有和使用权让渡他人或与他人分享的结果。共享经济就是所有者行使容他权,将临时占有和使用权有偿容许他人享有的一种经济。

总之,从共有、用益物权到临时占有和使用,体现了所有者行使容他权的效力范围不同。以容他权为核心的财产权模块中包括共有权、他人的用益物权、他人的临时占有和使用权等。从以上分析可看出,权利产生顺序上所有权处于第一位序,容他权和排他权处于第二位序,共有、用益物权、临时占有和使用权处于第三位序。然而,人们往往忽视了处于第二位序的容他权。容他权作为物权效力范畴之定位及产生位序如下图所示。

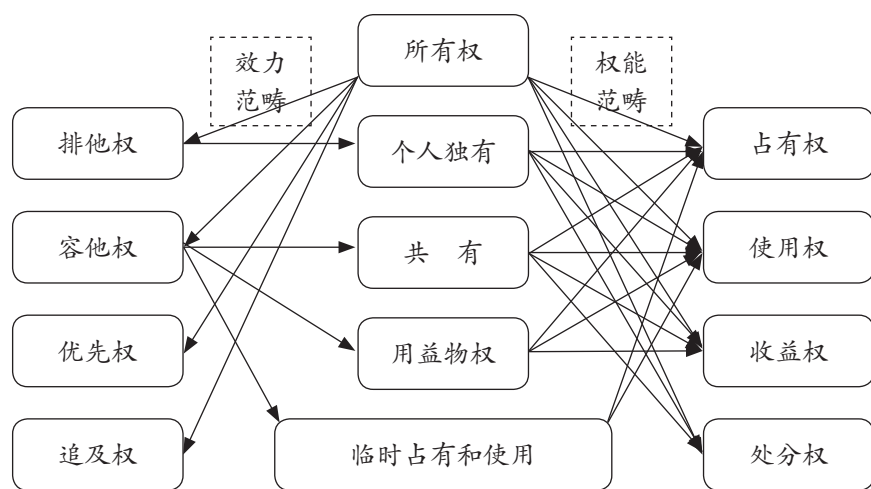


图1 容他权的物权理论定位

（二）共享经济财产容他权可通过合同来实现

无论是用益物权还是临时占有和使用,多数通过契约来实现。用益物权虽通过契约来实现,^{⑤⑧}但其类型及内容是由物权法律所明定(即物权法定原则),属于物权。有学者将通过契约实现的物权称为“意定物上关系”^{⑤⑨}。共享经济下消费者所享有的临时占有和使用权,虽由当事人通过合同自由定制,但其类型及内容不属于法定物权,不属于物权。

共享经济下财产容他更多为自愿容他,通过合同即可实现,此时容他权与契约权似乎趋同。正如有学者所言,“由于容他是高度可定制的,所以许多形式的财产权似乎都与契约趋同。因此,一些法院、法律改革家和法律学者有一种倾向,即许多形式财产权采用契约主义的方法”^{⑥⑩}。通过合同自由定制共享经济财产容他权,成功突破了我国严格物

⑤⑧ 《民法典》第333、354、376条和第373条分别规定了“土地承包经营权合同”“建设用地使用权出让合同”“居住权合同”和“地役权合同”,这些物权都是通过合同来实现。

⑤⑨ 参见张永健:《物权的关系本质——基于德国民法概念体系的检讨》,载《中外法学》2020年第3期,第729页。

⑥⑩ Daniel B. Kelly, *supra* note 27, 918.

权法定主义的禁锢,达到充分利用财产的相同目标。利用合同实现共享经济财产容他权,基于两个方面原因:

首先,原本财产与合同之间并非泾渭分明,在共享经济下更是如此。财产和合同是民商法律制度的基石,但往往很难说一个从何而起,另一个因何而去。在一些法中,财产权被定性为合同,以便利用合同条款(如我国意定担保物权);而合同被定性为财产,以便根据征用条款寻求保护(如我国合同之债本身就是财产权)。尽管财产与合同之区别具有明显不同的法律后果,但同时也显示这两个法律领域之界限存在相当大的不确定性。^{⑥1}甚至有学者主张,“合同的订立、变更、终止实际上都涉及财产法上的财产交易,严格区分合同法与财产法是不合理的。合同法具有并执行财产法的功能”^{⑥2}。我国物权法律制度中用益物权和担保物权绝大多数是利用合同而实现的,就是合同法执行物权法功能的体现。共享经济中财产容他权同样具有两面性,在某些情况下具有“可契约性”的特征,而在另一些情况下则具有“物权化”的特征。财产所有者与消费者针对共享财产以自愿原则达成使用与计酬契约,以合同形式实现容他体现了容他权的可契约性;消费者若损害共享财产,财产所有者有权提前收回容他权,此时容他权优先于债权,体现了物权化特征。因此,合同法律制度能用来实现共享经济中的财产容他权。

其次,容他权是一种“多数—特定”型权利,可通过合同实现。对人权是一种“少数—特定”型权利(权利对少数特定人产生效力,如典型债权关系),对物权是一种“多数—不特定”型权利(权利对多数不特定人产生效力,如典型物权关系)。对人权受相对灵活的法律规则(如合同法)约束,这些规则最大限度地降低调整权利和义务的成本,允许当事人对权利和义务进行自由定制;而对物权受到标准化、不变的“明线规则(bright-line rule)”^{⑥3}约束,让(承担消极义务的)无数不特定的人以较低成本识别被他人拥有的财产。^{⑥4}如物权公示就是以较低成本让不特定人识别被他人拥有的财产。梅里尔和史密斯认为,除此之外,我们还能对同时具有对人权与对物权某些特征的中间情形作出一般性推理,至少可以列举出两种中间类型:“多数—特定”型权利和“少数—不特定”型权利。^{⑥5}“‘多数—特定’型权利针对特定多数人,如格式合同;‘少数—不特定’型权利针对不特定少数人,如我国台湾地区的‘约定之租赁合同承担’”^{⑥6}。共享经济中财产容他权就是一种“多数—特定”型权利,该权利针对使用共享财产的特定多数人产生效力。以共享单车为例,分时使用者众多但每个使用者都是特定的人。由于使用者都是

⑥1 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, Columbia Law Review, Vol.101(4):773, p.774-775 (2001).

⑥2 Lutz-Christian Wolff, *The Relationship between Contract Law and Property Law*, Common Law World Review, Vol.49(1):31, p.31-32 (2020).

⑥3 “明线规则”,指一个明确的规则或者标准。一个“明线规则”制定的目的是为了在法律适用范围内,实现一个可预见的、永远一致的结果。

⑥4 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *supra* note 61, 790.

⑥5 *Id.*, 803.

⑥6 张永健:《物权法之经济分析——所有权》,北京大学出版社2019年版,第104页。

特定的人,所以容他权能通过合同来实现。与对人权(“少数—特定”型权利)一样,“多数—特定”型权利也是通过合同来实现的。

四、共享经济财产容他权产生的问题与共治治理

(一) 财产容他权行使所产生的问题

任何财产权的行使都会带来利与弊,尽管共享经济中财产容他权行使从整体来说利远远大于弊。共享经济中,无论是 B2C 模式还是 P2P 模式财产容他权行使都会带来一些问题。虽然财产容他权产生的问题及其治理不是本文的首要旨趣,但略作理论探讨非常必要,以助益共享经济治理问题。

B2C 模式下,若财产使用过程中对各方行为未进行有效规制,容他权行使可能会出现财产利用上的问题。因为当两个或两个以上的个人共享同一资源时,他们每个人都可能出现投机主义行为,要么过度使用、维护不足,要么破坏合作计划的努力。^{⑥7} 为了突出问题涉及的公共性,在此将其称为“公地悲剧”^{⑥8} 和“反公地悲剧”^{⑥9}。B2C 模式下,财产容他权使财产所有者与临时使用者分享财产权。在缺乏规制和协调时,财产权就会碎片化或者控制权就会分散化,产生公地悲剧和反公地悲剧。尽管前文所述现代科技发展使财产更加智能化,大大降低了公地悲剧和反公地悲剧的发生,但仍难以完全杜绝问题的出现。

以共享单车为例。首先,共享单车前期过度增长造成公地悲剧。共享单车前几年过度增长与哈丁描述的人口过度膨胀问题一样,^{⑦0} 哈丁建立公地悲剧理论基础的人口问题反倒未产生悲剧,共享单车却出现了真正的悲剧。当共享单车有偿容他具有很大盈利空间时,单车公司(容他权行使者)之间在缺乏协调之下就出现了过度增长的悲剧。一度出现大量共享单车公司倒闭,消费者押金被套牢的情况。涉及面之广难以统计,仅 ofo 小黄车公司一家就有 16 亿元人民币的押金未退。^{⑦1} 人们一直认为共享单车是单车公司的

^{⑥7} See Robert C. Ellickson, *Two Cheers for the Bundle of Sticks Metaphor, Three Cheers for Merrill and Smith*, *Economic Journal Watch*, Vol.8(3):215, p.217 (2011).

^{⑥8} 公地悲剧理论由哈丁 1968 年在 *The Tragedy of the Commons* 一文中提出,哈丁以公共牧场被过度放牧造成损毁的悲剧为例来形容人口过分膨胀超出地球资源承载能力会造成的问题。其实,人口增长并未带来哈丁所说的悲剧,公地悲剧并不是真正发生的悲剧,只是寓意可能产生的问题。公地悲剧理论适用范围被学者们不断扩大,不再局限于自由提取的公共资源,经常用来形容一些涉及公共领域的问题。

^{⑥9} 反公地悲剧理论由赫勒 1998 年在 *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets* 一文中提出,以俄罗斯转型时期过度私有化造成的问题为例,认为一个公共资源过度私有化(很多人享有排他权)会造成资源利用不足。反公地悲剧理论也不再局限于公共资源过度私有化问题。赫勒在《困局经济学》(*The Gridlock Economy*)一书中指出财产控制权分散、决策权分散等都会产生反公地悲剧,并认为药品困局、联合国常任理事国一票否决权、钉子户、集体使用的财产等都是反公地悲剧的典型例证。参见[美]迈克尔·赫勒:《困局经济学》,阎佳译,机械工业出版社 2009 年版。

^{⑦0} See Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, Vol.162(3859), p.1243-1248 (1968).

^{⑦1} 参见杜鑫:《欠千万人押金的企业“人间蒸发”,契约精神何在?》,载《工人日报》2020 年 8 月 5 日,第 5 版。

私有财产,与消费者没有关系,倒闭之后才发现与每个消费者都息息相关。这就是涉及公共利益的财产与纯私有财产之间的不同之处。其次,共享单车被破坏(或过度使用)且维护不足。我国很多城市经常出现共享单车坟场、非使用者破坏共享单车(甚至扔进河里)、严重影响城市交通与环境等问题,都是公地悲剧的表现。最后,共享单车被个人私自控制而利用不足。一些共享单车被人私自上锁(或被人放在隐蔽之处)使其他消费者无法使用等,这些是反公地悲剧的表现。

B2C模式下,共享财产往往极其分散,容他权行使时所有权与控制权(即临时占有权和使用权)分离而出现财产权碎片化,在没有所有者监控时很容易产生各种问题。共享企业虽通过增加维修和调配人员降低问题发生,但又增加了运营成本。企业总在减少问题发生率与降低运营成本之间寻找平衡点,完全杜绝问题出现是不可能的,因为企业难以承受如此之高昂的运营成本。

P2P模式下,当所有者与消费者不同时占有财产时,容他权的行使也会出现B2C模式下同样的问题,在此不再赘述。所有者与消费者同时占有共享财产的不同空间时(如网约车、Airbnb中房东与房客共居一套房屋的不同房间),共享财产仍在所有者管理之下,只是临时让渡部分空间使用权。财产所有权和临时使用权未出现全部分离,共享财产出现公地悲剧和反动地悲剧的概率大大降低。然而,因容他权的行使又会产生其他问题,如安全、隐私保护、价格公平等问题。^②

(二) 财产容他权问题的共同治理

从纯理论角度,财产法学者亚历山大将财产分为两种类型:治理性财产(Governance Property)和排他性财产(Exclusion Property)。^③治理性财产是指一项财产下的各项权利分散至多人享有,权利主体之间的内部关系需要治理手段来解决。例如,共享经济下财产所有权与占有权、使用权临时分离时,所有者与使用者之间的内部关系,需要多方参与的治理方式才能平衡各方财产利益。排他性财产是指一项财产下的各项权利由一人独享,不存在不同权利主体之间的内部关系,只存在所有者与第三方外部关系,排他手段就能维护财产利益,不需要多方参与的治理手段。治理性财产是容他权行使的结果;排他性财产是排他权行使的产物。此分类体现两种类型财产解决各自所产生问题的手段不同,一种通过治理手段,另一种通过排他手段。亚历山大认为,治理性财产作为财产主要形式的出现,意味着排他权不能再被视为私人所有权的核心。排他权虽然重要,但不是治理性财产的核心;相反,内部治理机制至关重要。财产排他理论不能解释治理性财产,充其量只能解释排他性财产,排他权在治理性财产中的重要性大大降低。排他性财产只涉及所有者与第三方的外部关系,不涉及内部治理问题,因为所有权利和自由都归于一人身上。相比之下,治理性财产涉及内部治理和外部关系,与外部关系相比,内部治

^② 如2018年5月“郑州空姐被杀案”、2018年8月“温州顺风车女孩受害案”,以及网约车性骚扰案件一度陡增;民宿房东安装针孔摄像头窥探房客隐私;用不同品牌手机订网约车,越贵的手机打车费越高。

^③ See Gregory S. Alexander, *Governance Property*, University of Pennsylvania Law Review, Vol.160(7):1853, p.1855 (2012).

理问题可能相对复杂。^{⑦④}

从实践类型角度,现实中的财产都处于治理性财产和排他性财产两种极点的频谱之间,只是其成色更接近于二者之一罢了。从财产制度角度看,现实世界由调整资源利用的各种制度组成,这些制度都处于两个极点,即完全依赖治理与完全依赖排他的频谱之间。^{⑦⑤} P2P 模式下共享财产在治理性财产与排他性财产之间转换,财产所有者在行使容他权时就偏向于治理性财产。B2C 模式下共享财产一直处于容他状态,更倾向于治理性财产。概言之,共享经济中容他的财产是以治理性财产为主导的治理性与排他性相混合的财产。因此,对共享经济财产容他权所产生的问题要靠多方的共同治理,而不是简单地采取排他手段来解决。

1. 政府在治理中的主导作用

基于经济新发展理念、激励创新、保护新经济业态,以及容他权的社会价值,我国政府对因共享经济财产容他行为而产生的问题,在 2018 年前一直采取包容性审慎监管模式。共享经济平台公司在初期的宽松监管环境下利用监管套利技术确实获得了丰厚回报,但这是监管的必经阶段。因为,“一项特定监管套利技术是好是坏,必然取决于一个优先问题:特定监管是否增进了社会福利”^{⑦⑥}。共享经济发展初期,如果政府严格监管平台公司或服务提供者的有偿容他行为,毫无疑问会大大减损社会福利。随着共享经济规模发展越来越大,如果政府对财产容他权所产生问题完全放任自由,可能反过来会减损社会福利。例如,侵害容他法律关系当事人的人身和财产权益事件频发,人们会减少容他或被容他行为。近年政府加强了监管,问题显然少了很多,证明政府在问题治理中仍处于主导地位,同时引领和规范多方参与治理的路径和趋向。在后规制时代,多方参与的治理成为政府的主要施政方略,但政府的主导地位是不能削弱的。即使市场话语可能很重要,但治理路径融合了公共权力和私人权力^{⑦⑦},旨在维护公共角色的重要性^{⑦⑧}。公共和私人权力融合的治理路径体现了一系列新的政府施政方略,以有效方式实现共同的公共价值目标。

对共享经济容他权产生问题的治理,政府的主导作用体现在立法、执法和普法方面。这三个方面分别处于容他法律关系治理的前端与中端。司法则处于后端,且不是事前治理而是事后矫正。

首先,政府通过立法强化共享平台公司的社会责任,划清其行为边界。随着共享经济和平台经济的日益成熟,相关立法越来越不可长期审慎下去,法律上尚付阙如难以维

^{⑦④} *Id.*, 1858.

^{⑦⑤} See Henry E. Smith, *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, *Journal of Legal Studies*, Vol.31(2):S453, p.S453-S457 (2002).

^{⑦⑥} Victor Fleischer, *Regulatory Arbitrage*, *Texas Law Review*, Vol.89(2):227, p.234 (2010).

^{⑦⑦} 私人权力中的“权力”是指能改变某种法律关系的能力。参见[美]伊恩·艾瑞斯:《期权视阈下的法律权益结构》,朱萋等译,复旦大学出版社 2014 年版,第 4 页。

^{⑦⑧} See Alfred C. Aman, *The Globalizing State: A Future-oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism, and Democracy*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.31(3):769, p.802 (1998).

系市场主体的合规运行,滴滴公司所出现的问题就是一个例证。法律要规定共享平台公司的责任范围,强化其社会义务,增加对平台公司不作为、乱作为的惩罚规则,从立法源头上遏制问题的发生。

其次,政府适当加大执法频度和力度,降低容他权问题的发生率。一方面,重点规制平台公司,落实企业主体责任。共享平台公司与消费者、服务提供者之间存在信息不对称,经常使用所掌握的优势信息影响或误导消费者,需要政府增加执法力度予以纠偏。共享平台公司要具备对容他权法律关系当事人安全的监控能力,政府应增加安全和个人信息保护问题的执法检查。另一方面,抑制容他法律关系当事人的违法违规行为。监管机关对容他法律关系当事人违法行为及时查处,除刑事、行政处罚外,增加个人信用和行业禁入处罚。

最后,政府通过普法让社会公众认识到容他及相关制度的公共价值。公众是推定的公共利益受益者,法规制度一般规制损害公共利益的行为。即使法规制度确实直接规制了公众的行为,人们通常也不会理解协调行动带来的好处。因而,要让公众了解法规制度是否对他们有利并遵从它,要让公众理解法规可能如何限制被规制者的行为,以及被规制者行为的改变将如何影响到公众的利益。^⑦就共享经济财产容他权而言,社会公众认识到容他的利他与利己价值,才能真正实现社会公众和市场主体成为相关问题治理的参与者。社会公众认识到规制容他权制度的必要性并遵从它,财产容他权所产生的公地悲剧和反公地悲剧才可能得以避免。

2. 容他关系参与方在治理中的主体地位

共享平台公司不仅以低成本方式为容他权的实现提供了信息媒介和线上交易场所,而且以绝对优势地位对容他法律关系当事人拥有规制的权力和责任。“位于消费者和服务提供者之间的共享经济公司具有独特的能力来监控和影响所有参与者——包括那些生计可能依赖于平台的人。”^⑧共享平台公司掌握交易双方的行为偏好、大量交易信息(甚至包括一些私密信息),具有信息优势和技术优势,在治理财产容他权所产生问题时处于首要地位。消费者与服务提供者是容他法律关系的当事人,对财产容他权交易的满意程度双方最清楚,需要利用声誉规制手段相互制约彼此行为,也成为治理的主体。容他权参与方(包括平台方、消费者和服务提供者)的互治与自治,是共享经济的一种共同规制与自我规制。自我规制不同于放松规制或不规制,是将规制责任重新分配给政府以外的其他各方。^⑨共享交易平台的存在,改变了传统市场失灵时政府干预的模式,平台本身具备规制容他法律关系的能力。

^⑦ See Mark Seidenfeld, *The Limits of Deliberation About the Public's Values*, Michigan Law Review, Vol.119(6):1111, p.1122 (2021).

^⑧ Ryan Calo & Alex Rosenblat, *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, Columbia Law Review, Vol.117(6):1623, p.1624 (2017).

^⑨ See Molly Cohen & Arun Sundararajan, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, University of Chicago Law Review Dialogue, Vol.82(1):116, p.116 (2015).

首先,共享平台公司的规制。在 P2P 模式下,更有效的规制路径应利用共享经济的三方主体(即共享平台、消费者和服务提供者),以实现共同规制的治理形式。^{⑧2} 在三方关系中,消费者与服务提供者处于三角形底角,而共享平台公司处于三角形顶角位置,^{⑧3} 共享平台实际上起到监督者角色,对容他法律关系当事人行为进行监督。对违反法律或规则的当事人,给予平台禁用、信用评级降级等处罚,并协助相关机构追究法律责任。为确保当事人人身与财产安全,平台公司有权责令服务提供者加装安防设施,实时进行安全监控。为保护当事人隐私,平台公司增加容他权行使者的隐私保护责任,增加随机抽查和检查频次。在 B2C 模式下,平台公司对其财产采取更加智能化的保护措施和制度。对违法违规使用者进行处罚,甚至拉入使用者黑名单;对合规使用者给予信用奖励和优惠;对友善使用者给予一定的免费使用激励。因此,共享平台公司无论是容他关系当事人还是第三方监督者,对容他权产生问题的治理都起到最核心作用。

其次,容他关系当事人之间的声誉规制。处于三角形两个底角的消费者和服务提供者,不是被动的受规制者,而是规制的参与者。平台搭建评分和评论系统,消费者和服务提供者利用声誉机制达到相互规制目标。“声誉机制可以抑制和清除有欺诈性的用户,因为这些用户评分很差。在某种意义上,他们被公开揭露和批评,就像过去的小村庄一样暴露在公众面前。”^{⑧4} 通过评分的公开,财产所有者可以对评分较低的消费者拒绝行使容他权;消费者可以对评分较低的服务提供者采取“用脚投票”方式,选择不使用其财产。通过“点名羞辱”^{⑧5}、公开差评等方式,声誉规制对当事人产生心理压力,迫使其改变行为。声誉规制在财产容他权所产生问题中的治理效果非常明显且成本很低。

总之,公与私多方参与的规制就是一种治理,凸显共享财产是一种治理性财产的鲜明属性。财产容他权问题的治理一般路径为:政府规制共享平台公司—平台公司规制消费者和服务提供者—消费者和服务提供者通过声誉机制实现相互规制—最终实现财产容他权问题的共同治理目标。

五、结 语

财产权是社会发展与变革的基本要素,哪怕一个微小的财产权调整都可能产生惊人的后果。共享经济使容他权由隐性变为显性,成为一种可交易的财产权。排他权与容他权在我国财产法律制度中都非常重要,排他权是财产交易的保障,而容他权是财产交易的基础。与排他权理论一样,容他权理论同样适用范围广泛,不仅能用来解释有体物的

^{⑧2} See Kellen Zale, *When Everything Is Small: The Regulatory Challenge of Scale in the Sharing Economy*, San Diego Law Review, Vol.53(4):949, p.1004 (2016).

^{⑧3} 这种关系类似于韩志红教授提出的公私混合型社会经济关系。参见韩志红:《经济法调整机制研究》,法律出版社2005年版,第28-29页。

^{⑧4} [美]奥利·洛贝尔:《分享经济监管:自治、效率和价值》,载《环球法律评论》2018年第4期,第53页。

^{⑧5} Kishanthi Parella, *Reputational Regulation*, Duke Law Journal, Vol.67(5):907, p.914 (2018).

一些财产权产生的基础原因,也能用来解析无体物的财产权制度设计。例如,专利普通许可(即非独占许可)制度,目的在于让专利权人通过容他来提升社会整体福利。

正如芒泽所言,“在大多数国家中,少数人拥有巨额物质财富而其他人却正为最稀缺的物质资源挣扎奋斗,在这样的时代,构建更好的财产制度就并非一种任意的智识性努力而是一种实践性的任务”^{⑧6},财产权实践应用上的突破,是提升稀缺资源利用率的必然路径,也是人们一直追求的理想目标。共享经济可能只是开发了部分财产的容他权价值,或者容他权的部分价值。随着科技的发展,企业家们可能开发出更多的容他权价值,毕竟先有财产权的实践应用探索,才有学者们对财产权制度的抽象与提炼。共享经济已经探索出丰富的财产权实践性活动,然而理论回应却迟迟未到。本文只是针对共享经济下财产容他权实践应用活动的一个初步探讨,需要更多学者对其作出更为深入的理论回应。建设社会主义市场经济强国,离不开对以排他权为基础的私有财产保护;而推进“共同富裕”社会主义宏伟目标,离不开对财产容他权的实践应用与更精细化系统研究。二者不可偏废,独居一隅。

Abstract: The right to include is a kind of property right opposite to the right to exclude. Under the sharing economy, the inclusive right of property has been widely exercised and has become the property right basis of the sharing economy. After the doctrine of exclusive right centralism was questioned, the right to include was highly valued by property law scholars and occupied a core position in the property rights of the sharing economy. The inclusive right of property under the sharing economy has the characteristics of commerciality, compensation, and formality. It can produce social values such as welfare functions, mutual assistance functions, and distribution functions. In the theory of China's property law, the inclusive right can be positioned as the effectiveness category of real rights, which is the basis for the generation of other real rights, temporary possession, and rights to the use, and is realized through the free customization of the contract. As a governance property, the right to include may lead to various problems, which need the joint governance of all parties' self-regulations as the main body and government regulations as the leading role, so as to achieve the public goals in line with socialist values.

(责任编辑:王莉萍)

^{⑧6} [美] 斯蒂芬·芒泽:《财产理论》,彭诚信译,北京大学出版社2006年版,前言第1页。