

私人承担公共治理义务的理据与限度

孔祥稳*

内容提要 为应对日益繁重的公共治理任务,立法者倾向于将一部分旨在防范和制止违法行为的公共治理义务课予私人主体,以期分担行政治理压力,降低行政成本。实定法基于私人主体的风险控制责任,为其设定了审核登记、检查监测、信息报告及违法行为劝阻和处置等多种公共治理义务类型。然而,私人主体在履行这些义务的过程中可能面临专业能力不足、治理失灵和治理过度、增加额外成本负担等问题,公共行政的可问责性也可能因此被削弱。为更好平衡各方利益,应当审慎限定此类义务适用的领域和事项,确保私人主体承担的公共治理义务适度 and 合理,科学设置后设监管机制和责任,并基于公法原则对私人治理行为进行调控。

关键词 公共治理 第三方义务 主体责任 私权力 守门人

目次

- 一、问题的提出
- 二、私人承担公共治理义务的内涵与特征
- 三、私人承担公共治理义务的理据
- 四、私人承担公共治理义务的潜在风险与隐患
- 五、私人公共治理义务的优化设置

* 对外经济贸易大学法学院副教授,法学博士。本文系 2025 年度司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“网络平台权力的属性与规范研究”(项目批准号: 25SFB3013)的阶段性成果。

一、问题的提出

近年来,一种新的治理模式在公私法交汇的边缘兴起,即由立法直接课予特定私人主体公共治理义务,要求私人主体防范、监测、上报或处置其他私主体实施的违法行为,以分担行政监管压力,更好实现公共治理目标。例如,在食品安全治理领域,《食品安全法》第62条要求网络食品交易第三方平台提供者承担经营者实名登记、许可证审查以及发现违法行为时的报告和停止服务等义务;在反电诈领域,《反电信网络诈骗法》要求电信业务经营者、银行业金融机构、非银行支付机构、互联网服务提供者等主体承担风险防控责任,并为各类主体设置了实名制登记和核验、风险监测、采取必要防范和处置措施等一系列义务。域外亦有相似趋势:美国联邦贸易委员会(FTC)、消费者金融保护局(CFPB)、环保署(EPA)和食品药品监督管理局(FDA)等联邦规制机构通过具体执法行动和发布行业指令的方式,开始探索要求行业内的关键企业承担监控和惩罚第三方主体违法行为的义务。^①

这一治理模式有效调动了分散的社会治理资源,同时也减轻了行政机关的治理成本,在各领域得到较为广泛的适用。然而,这一现象却难以在既有的行政法理论框架内获得妥善安置。传统行政法理论立基于“国家—私人”的二元结构,国家独占强制性权力,私人只有在得到法律法规的授权或接受行政机关委托时,方可进入行政活动,扮演分权主体或行政机关执行助手的角色;抑或是通过行政任务民营化等方式,参与公共产品和服务的提供当中。但在新的治理模式下,私人主体基于法律法规的直接规定,承担了防范和制止违法行为、督促他人遵从法律等公共治理义务,却并未获得立法所授予的公共权力。

从根本上说,这一治理模式的兴起与公共行政的发展和私人间关系的变迁有着紧密关联。随着社会事务日趋复杂化,各国行政机关普遍存在资源不足、灵活性匮乏的难题,由国家垄断公共行政管理权并直接完成治理愈发困难,利用私人主体在信息、组织、资源等方面的优势开展合作治理成为重要选择。^②私人主体介入公共事务并分享本由国家独占的行政权力,在很大程度上拓展了行政法的边界,也使得公私法关系日益复杂化。^③传统上“国家—私人”的二元关系由此向着“国家—私人治理者—被治理者”的三元结构发展,如何在这种三元结构下妥善分配各方主体权利义务之重要性日益凸显。^④实践

^① See Rory Van Loo, *The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers*, *Virginia Law Review*, Vol.106:467, p.481-494 (2020).

^② 参见赵鹏:《从平台责任到合作规制——互联网规制模式转型及其正当程序规范》,载《法商研究》2025年第3期;黄文艺、孙喆玥:《论互联网平台治理的元规制进路》,载《法学评论》2024年第4期。

^③ 参见[新西兰]迈克尔·塔格特编:《行政法的范围》,金自宁译,钟瑞华校,中国人民大学出版社2006年版;[日]米丸恒治:《私人行政——法的统制的比较研究》,洪英、王丹红、凌维慈译,田思源、王贵松校,中国人民大学出版社2010年版;[美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版等。

^④ 有研究者注意到这种属于“第三方”的义务在理论上的重要性,并搭建了初步的分析框架,但这一研究尚有进一步讨论的空间。参见高秦伟:《论行政法上的第三方义务》,载《华东政法大学学报》2014年第1期。

中已有案例显示,若立法为私人主体设定的治理义务不够妥当,可能会造成执行成本过高或过度执法等一系列问题。例如,在反电诈实践中,部分金融机构为避免监管问责,对储户正常办卡、取现设置了过高审核门槛;部分通信企业错判违法风险,关停用户正常使用的手机号码,设置高难度的复通要求,极大影响了用户日常生活。^⑤ 这些做法不仅构成对相对人合法权益的过度干预,也使金融机构、通信企业等主体负担了高昂的执行成本,社会总成本亦因此升高。在此背景下,为探究这种将公共治理责任扩展至私人主体的做法是如何产生的、是否具备充分的正当性、限度又应当止于何处等问题,本文拟对当前实定法赋予私人的公共治理义务作系统梳理,并就私人承担公共治理义务的理据、面临的问题及应对方案进行讨论,以期合作治理背景下私人参与公共行政的法治化路径提供学理参照,并为立法者科学审慎设定私人义务等提供规范指引。

二、私人承担公共治理义务的内涵与特征

基于私人主体资源禀赋、能力作用以及与违法行为关系的不同,立法为不同私人主体分配了差异化的治理义务。综观现行立法中的相关规定,这些义务主要集中于审核登记、检查监测、信息报告、劝阻违法行为和处置违法行为五个方面,各类义务之间可能存在交叉关联和并行适用的情形,如实践中劝阻义务就常与信息报告义务并行设置。部分研究者将这些义务概括为行政法上的“第三方义务”。

(一) 私人承担公共治理义务的内涵

私人主体承担公共治理义务,是指由立法直接为公民、法人或其他组织等私人主体设置预防、发现和处理他人违法行为等旨在实现公共利益、促进公共治理的法定义务。私人主体承担公共治理义务的实践在互联网平台治理、金融监管、交通运输、市场监管、生态环境、烟草控制、治安管理等领域普遍存在。从内容上看,当前实定法规定的义务主要集中在以下五个方面:

第一,审核登记义务。部分立法要求特定私人主体在为其他主体提供服务或进行交易之前,须对交易对象进行身份、资质、资格等方面的审查核验和登记,以确保其符合法定条件,行政机关亦可藉此完成对交易信息的收集。如《药品管理法》第62条第2款规定:“第三方平台提供者应当依法对申请进入平台经营的药品上市许可持有人、药品经营企业的资质等进行审核,保证其符合法定要求,并对发生在平台的药品经营行为进行管理。”

第二,检查监测义务。鉴于部分领域违法行为的隐蔽性和分布非均衡性,立法为处于关键节点的组织者、管理者或运营者赋予了检查和监测违法行为的义务。如《民用航空法》第111条第2款规定:“公共航空运输企业应当按照国务院民用航空主管部门的规定,对承运的货物进行安全检查或者采取其他保证安全的措施。”部分立法立足于私

^⑤ 参见倪弋:《反诈,别给群众徒增不便》,载《人民日报》2025年11月27日,第19版。

人主体的技术优势,要求其搭建各种物理和数字架构来提高发现违法行为的效率。^⑥如《反洗钱法》第35条第2款规定,金融机构应当按照规定执行可疑交易报告制度,制定并不断优化监测标准,有效识别、分析可疑交易活动,及时向反洗钱监测分析机构提交可疑交易报告。

第三,报告义务。部分私人主体因其业务和工作上的特点,在发现和识别违法行为上具有特定优势。立法往往会要求其在发现违法行为或特定风险时及时向有关部门报告,以便主管机关获取线索并开展执法。如《住房租赁条例》第37条第1款规定,出租人应当按规定如实登记并报送承租人及实际居住人信息,发现违法犯罪活动应当及时向公安机关报告。

第四,劝阻义务。对于具备发现违法行为的信息优势,但不具备直接干预和控制能力的私人主体,立法常为其设定劝阻违法行为人的义务,并衔接规定在劝阻无效时应拒绝为其提供服务或向主管部门报告。例如,绝大部分地方控烟立法均对禁烟场所经营者、管理者设定了劝阻吸烟者的义务。^⑦

第五,处置义务。对于处于生态中心节点、具备控制干预能力的私人主体,立法往往对其课以处置违法行为或风险的义务,即要求私主体采取阻止违法行为继续实施或减少违法行为损害的措施。此类义务的形式较为多样化,既可能涵盖对违法活动的直接处置,如屏蔽或删除违法信息等;也可能通过对交易关系的调整来应对违法行为或风险,如对相关风险主体限制业务类型、拒绝办理业务等。虽然私人治理者并不具备规范意义上的行政执法权,其履行处置义务所依凭的往往是基于协议由当事人让渡而形成的权力,^⑧或是基于技术或组织结构的事实性权力,但其治理效果并不逊色于公共执法。有观点指出,处于生态中心位置的执法型公司在事实上享有“控制核心产品市场准入的权力”,其可以通过终止商业合作来实施制裁,这可能对被治理者产生毁灭性的打击。^⑨由于处置义务可能对其他私人主体的利益造成重大影响,因此其也是最为重要和最受关注的一类治理义务。

(二) 私人承担公共治理义务的特征

根据对私人承担公共治理义务的类型化梳理,可总结出其结构性特征如下:第一,立法直接为私人主体设定公共治理义务,私人主体以自己的名义履行相关义务,不依赖其他具体的行政活动。当法律规范对义务内容的规定较为概括和抽象时,私人主体在目标实现方式上通常享有一定的裁量空间。第二,这种义务以公共利益为导向,具有明确的公共治理目标,通常要求私人主体对其他私主体的行为进行管控,可能涉及其他私人

^⑥ See Ke Steven Wan, *Gatekeeper Liability Versus Regulation of Wrongdoers*, Ohio Northern University Law Review, Vol.34:483, p.507-514 (2008).

^⑦ 如《上海市公共场所控制吸烟条例》第9条规定,“禁止吸烟场所所在单位应当履行下列义务:……(五)对吸烟者进行劝阻;(六)对不听劝阻也不愿离开禁止吸烟场所的吸烟者,向监管部门举报”。

^⑧ 参见刘权:《互联网平台处罚权的法律规制》,载《法学研究》2025年第3期,第57页。

^⑨ See Rory Van Loo, *supra* note 1, 471.

也即被治理者的权益。第三,立法仅为私人设定了义务,但未在规范层面授予其行政权力。私人履行相关义务的依据大多来自其与被治理方缔结的协议。通过在相关协议中嵌入合规要求和调查处理权,公共治理价值进入私人之间的契约关系,私人主体也由此具备了开展治理活动的规范依据。^⑩第四,除第一性义务外,立法同时会为私人设定第二性义务,即私人疏于履行第一性义务时需要承担的法律后果。这种责任主要为行政责任,其严重程度往往与第一性义务的重要性相关联。^⑪

基于上述特征,可发现传统行政法上用以调整私人参与行政活动的规则难以涵摄本文讨论的治理结构。首先,按照通说,法律法规可以授权特定主体行使行政职权,被授权组织在授权范围内取得行政主体资格,有权以自己的名义独立行使职权,并承担由此引起的法律后果。但与行政授权存在根本性区别的是,立法赋予私人公共治理义务时,相关规范仅明确义务的内容和相应责任,却并未授予相关主体以行政权力。私人并未行使任何行政管理权,无法被认定为行政主体。同样,此类活动亦难以被认定为行政委托,因为私人主体均是以自己的名义独立实施治理行为,而本来归属于国家的行政管理权并未通过委托的方式发生移转。其次,在大陆法系的“行政辅助”或“行政助手”制度下,国家虽未向私人作出授权,但行使行政权必要的事实行为全部或者部分由私人实施,^⑫如日本道路交通安全法规定的私人辅助取缔违规停车制度等。此类活动中,虽然独立行政辅助人以事实行为为手段参与行政行为中,完成证据收集、提出意见等内部准备工作,但行政行为最终依旧是以行政机关的名义作出,而非以私人自身名义独立作出;同时,私人在此类活动中往往是以辅助人的身份对行政机关和具体的行政任务负责,而非直接对公共治理目标负责,私人一般也不必负担强制性的、可能导致严重不利后果的义务。质言之,在实定法将具体任务分配至行政机关后,由私人协助行政机关完成任务属于行政协助;而私人相对独立地完成立法直接赋予其自身的公共治理任务则是笔者所描述的治理形态。

实践中兴起的行政任务民营化等实践亦与本文所讨论的治理模式“形似而神非”。“民营化”主要用来描述私主体提供或参与提供本应由公权力机关提供的公共产品和服务的实践,并可进一步分为组织民营化、功能民营化和任务民营化。^⑬从实践来看,民营化更多集中在以水、电、燃气等公用事业为主的给付行政领域。在部分国家和地区,监狱、消防等秩序行政领域也存在民营化的实践。^⑭民营化的核心是国家与私人在本归属于国家任务之下的执行分工,国家虽不再承担直接履行责任,但对相应公共产品的组织、保障

⑩ 参见马怀德、王晓淑:《数字平台参与政府治理的正当性及其实现路径》,载《治理研究》2024年第6期,第28-29页。

⑪ 如针对前文提及的《药品管理法》第62条第2款设定的平台审核管理义务。该法第131条规定:“违反本法规定,药品网络交易第三方平台提供者未履行资质审核、报告、停止提供网络交易平台服务等义务的,责令改正,没收违法所得,并处二十万元以上二百万元以下的罚款;情节严重的,责令停业整顿,并处二百万元以上五百万元以下的罚款。”

⑫ 参见前注③,米丸恒治书,第40页。

⑬ 参见刘飞:《试论民营化对中国行政法制之挑战——民营化浪潮下的行政法思考》,载《中国法学》2009年第2期,第13-15页。

⑭ 参见章志远:《民营化:消防管理体制改革的—种路径》,载《行政法学研究》2006年第4期;李年清:《私人行政的美国经验与启示——以私人监狱为研究对象》,载《行政法学研究》2014年第3期。

责任仍然不变。民营化中私人主体的义务多是在公私双方具备一定合意的基础上,通过特许经营等制度和程序移转;私人主体承担的公共治理义务由立法直接赋予。^⑮另外,在民营化的框架下,提供公共产品和服务的私主体可以获得相应的对价,而当前私人承担公共治理任务通常是单方的和无偿的,故二者亦有本质区别。

由此可见,私人承担公共治理义务的实践呈现出一些与传统行政法理论框架迥异的特点。从发展脉络看,我国早期立法中已有关于此类义务的实践,但相关规定较为零散和简单。如1987年通过的《旅馆业治安管理办法》就已规定了旅馆接待旅客住宿时登记和查验身份证件的义务。近年来,此类义务的发展呈现出三个重要趋势,使其面貌发生了根本性变化:一是治理义务的系统性增强,从以信息报告义务为主逐渐发展至涵盖检查、监测、处置等可能影响他人权益的义务。这与社会治理任务的复杂化和多元化有关。面对繁杂的任务,行政机关已不再具有充足的人力、物力和专业技能实现直接、有效的管理,因此国家更加倾向于将系统性的治理义务分配至私人主体。二是承担治理义务的私人主体多处于关键的生态位。随着社会分工的日渐细化和社会组织体的发展壮大,由分散的、原子化的、个性禀赋相似的主体形成的,以形式平等为核心的私法关系正受到冲击。特定私法关系中的不同主体在资源和能力上呈现出越来越大的差异,甚至形成特殊的“民事规训关系”,^⑯从而为私人主体间的控制与被控制关系奠定了事实基础。三是立法为私人所设定的治理要求越来越主动和积极,这使私人主体在治理结构中的角色作用也愈加重要。

目前,学界所构建的理论模型中,较准确地对这一法律关系进行界定的是“第三方义务”。在该理论框架下,政府指定的私人主体既不是所监督行为的主要实施者,也不是违法行为的受益者,但其承担着必须将信息提供给行政机关或由其本身采取组织性措施防止有害行为发生的义务。^⑰从理论谱系上看,“第三方义务”来源于美国法。但美国法中的第三方义务是较为笼统和开放的描述性概念,内涵和外延并不足够确定。例如,美国有研究者根据第三方对违法行为干预能力的差异,将第三方分为“吹哨人”和“守门人”,以及有能力对违法行为作出更为强力和彻底干预(如直接解雇非法身份雇员)的主体。^⑱另有研究者从第三方与违法者的关系出发,将第三方分为“可能与他人串通或从他人行为中受益的第三方”以及“有能力审查异常行为或确保他人遵守法律的第三方”。前者包括负担核实雇员身份义务的雇主、负担大额现金交易报告义务的贸易商等,后者包括负担报告儿童可能被虐待的信息义务的医生、社工人员、心理医生等。^⑲这

^⑮ 德国和我国台湾地区亦有观点认为私人承担公共性义务可以构成一类特殊的“强制民营化”。参见陈信安:《论德国行政法上之纳用私人(Indienstnahme)》,载《月旦法学杂志》2015年第2期,第180页。

^⑯ 参见汪志刚:《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》,载《法学研究》2019年第4期。

^⑰ 参见前注④,高秦伟文,第40页。

^⑱ See Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, Journal of Law Economics & Organization, Vol.2:53, p.55-56 (1986).

^⑲ See Janet A. Gilboy, *Compelled Third-Party Participation in the Regulatory Process: Legal Duties, Culture, and Noncompliance*, Law & Policy, Vol.20:135, p.138-139 (1998).

样的理论背景揭示出两个方面的问题:第一,第三方的种类是多样的,其中一部分第三方并非与违法行为毫无关联,而可能从违法行为中获取利益,也即其相对于违法行为而言可能并非真正的“第三方”。第二,从根本上说,立法基于何种理由向违法行为的第三方课以义务仍然值得深究。因此,本文并未使用“第三方义务”的概念,而是选择使用“私人承担公共治理义务”来描述此类活动。^{②0}

此外还需注意的是,课予私人公共治理义务,与一些特殊的责任形式存在一定关联。如在环境法和版权法上,就有所谓“社会连带责任”和“第三方责任”的概念,其核心内涵是要求责任人为非自身行为造成的后果承担法律责任。^{②1}在行政法上,同样有与“行为责任”并行的“状态责任”,主要指基于相对人对具有违法状态的物的支配而产生的消除违法以及在不履行该义务时受处罚的责任。^{②2}从责任角度审视私人治理行为具有重要意义,因为私人主体在很大程度上正是基于避免承担责任而积极履行治理义务。但若仅将其视为一种责任形式,则有强调第二性义务而忽视第一性义务的问题,同时还有可能使得承担治理义务的私人滑向结果归责窠臼的风险,因此有必要作出区分。

三、私人承担公共治理义务的理由

从近年来的实践可以看出,由私人主体履行公共治理义务已取得一定成效。早期研究对这一现象的解释主要秉持功能主义视角,认为特定私人具备对违法行为进行识别、控制和处理的便利性,因此应将其作为行政监管的“抓手”和“牛鼻子”。^{②3}但这一解释路径不可避免地存在正当性疑问——有效的并不一定就是正当和合理的。因此,在功能主义的视角之外,还必须将讨论转移到规范主义的立场,从应然层面探寻其正当性理据。

(一) 既有论证路径及其存在的问题

目前,部分研究成果对包括互联网平台在内的私人主体负担的公共治理义务及其正当性依据进行了剖析,形成了以下三种理论路径:

第一,基于宪法基本义务的论证。有研究提出,我国《宪法》第53条除了规定一般性的守法义务外,其后段的“保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德”等各项具体义务皆蕴含了个人对共同体的牺牲、奉献义务等内涵,包括消极不作为和积极作为的各种要求,可以构成私人承担公共治理义务的宪法基础。^{②4}

②0 德国和我国台湾地区尚有“纳用私人”“私人服公役义务”等概念,有研究者沿此提出“负法定义务的私人”“行政法课以私人公役”等概念,其核心关切与本文相近,此处不再逐一辨析讨论。参见前注①⑤,陈信安文;袁文峰:《负法定转移义务的私人及其规范的合法性》,载《当代法学》2016年第6期;张航:《行政法课予私人公役何以可能》,载《法学评论》2024年第4期。

②1 参见郑少华:《试论环境法上的社会连带责任》,载《中国法学》2005年第2期;梁志文:《论第三方责任的合法性基础——以版权法之公共政策为视角的分析》,载《电子知识产权》2007年第4期。

②2 参见张青波、何文野:《论行政处罚中的状态责任》,载《经贸法律评论》2021年第3期,第35页。

②3 参见赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,载《华东政法大学学报》2017年第1期,第66-68页。

②4 参见前注②0,张航文,第44-46页。

这一论证路径存在两方面问题:首先,《宪法》第53条规定的基本义务主体为公民,但立法将大量的公共治理义务分配给了法人或其他组织,这存在主体上的错位。其次,即便忽略这一差异,将基本义务主体扩展至企业或其他组织仍存在的问题是,该条作为面向所有公民的普遍性义务,为何成为赋予特定私人主体差异性义务的规范基础?这难以找到合适的解释方案。在这一路径下,有研究者将这种差异诉诸特定私人主体的特殊地位和作用,如认为互联网平台等主体具备了以组织化权力、协议性权力和授权性权力为要素的私权力,因此需要通过配置平台义务来约束平台权力。^⑤这一论证存在逻辑上的错配问题:如果将权力理解为一方对另一方的优势地位以及由此形成的控制、支配等作用,那么约束权力的首要方式应是为权力的行使设定规则,这更多表现为私人开展治理活动要遵循的实体或程序规则。反而正是因为立法向私人课以公共治理义务,为私人主体的治理行为注入了国家权力的正当性背书,才导致了私权力在一定程度上的扩张。

第二,基于主体责任的论证。如果说基于宪法基本义务的论证路径未能说明为不同私人主体配置差异性义务的理由,那么“主体责任说”则尝试为此提供答案。按照研究者的考察,“主体责任”这一概念较早在企业安全生产领域得到适用,而后逐渐扩展到经济乃至政治领域,其本质是一种角色责任,要求相关主体应当根据其社会角色做好分内之事,主动履行积极作为和不作为的义务。^⑥然而,“主体责任说”同样存在两个方面的问题:其一,主体责任的本质是一种角色责任,但对于何种社会角色对应何种公共治理义务这一问题,其并未给出详细解答。其二,主体责任作为一种法政策导向的治理工具,仅能为规制方案的设计提供总体方向,但难以在具体的权利义务配置上划出明确界限。事实上,这也正是主体责任易泛化的原因。有研究提出,主体责任不像传统的法律责任那样寻求在多主体间分散配置预防成本与损害后果,而更强调问责对象的明确和集中,^⑦这影响了其指导制度构建的价值。

第三,基于企业社会责任的论证。该路径在解释互联网平台承担的公共治理义务时常被提及。如有研究提出,从社会成本分担、经济伦理和经济效率以及平台在交易中的功能作用出发,应当让平台承担企业社会责任。其中就包括平台利用自身资源直接履行的社会责任,如劳动者保护、协助政府部门进行市场监管、保障平台内部网络空间安全稳定运行、创造更多就业机会等。^⑧有研究提出平台社会责任的本质是企业社会责任,应从社会责任角度构建平台义务和平台治理的一般性原则,以此引领平台治理法律规范和公共政策的创设,指导监管机构和法院在个案中对平台行为予以评价。^⑨但与“主体责任说”相类似,“企业社会责任说”同样存在的问题是,其仅提供了为私人课以公共治理义务的概括理由和大体方向,却无法提供更为清晰的框架去具体塑造企业应当承担何

^⑤ 参见陈斌:《数字平台义务创设的宪法基础》,载《环球法律评论》2023年第3期,第7-9页。

^⑥ 参见刘权:《论互联网平台的主体责任》,载《华东政法大学学报》2022年第5期。

^⑦ 参见戴昕:《平台责任与社会信任》,载《法律科学》2023年第2期,第83页。

^⑧ 参见朱晓娟、李铭:《电子商务平台企业社会责任的正当性及内容分析》,载《社会科学研究》2020年第1期,第29-34页。

^⑨ 参见冯辉:《功能主义、超越类型化与平台社会责任》,载《法学评论》2024年第5期。

种程度的社会责任以及这些责任的边界几何,以至于这一路径更像是道德哲学层面的呼吁而非规范层面的主张。尤其是在企业社会责任的内涵和属性长期存在争论的情况下,“企业社会责任说”还存在模糊法定义务和自我规制行为关系的问题。

(二) 私人承担公共治理义务理据的重述

上述三种路径都存在焦点模糊的问题,无法在理论上给出足够圆融的答案。要回答私人因何需要承担此类义务,就必须深入具体的法律关系中,去审视私人主体在其中的功能、地位和作用,明确其与被治理对象及相关违法行为的关联。从立法实践和理论阐发来看,实定法赋予私人主体公共治理义务时,常考虑以下两个方面因素:

第一,能力因素。诸如大型互联网平台、金融服务机构往往处于生态位的枢纽位置,是信息传输或者交易链条的关键节点,具备充分的组织和技术能力对违法行为进行有效控制和干预。赋予此类私人主体公共治理义务,可以高效实现公共利益并节约成本。即便部分私人主体不具备倾斜性的控制和干预能力,其也可能存在发现或收集信息等方面的能力优势。例如,部分违法行为较为隐蔽、外部能见度低,甚至因为种种原因受害人本身亦缺乏寻求救济的主动性。而特定私人因其活动特性而具备发现违法行为的信息条件,如为涉嫌洗钱的用户提供金融服务的金融机构及其工作人员等。赋予此类私人主体信息报告义务,能够弥补公共治理中的信息赤字,这与证据法上的“证据距离原则”具有共通的内涵。

第二,获益因素。私人主体作为交易组织者或直接交易对象,从规模化的商业活动中获取了利益,故应当承担相应商业活动中的秩序维护义务,如识别违法交易行为并拒绝与之交易或向主管部门报告等。当然,私人获益的方式可能是多样化的,并非都是直接的或显性的。如在互联网平台治理中,平台既可以获得交易佣金等直接收入,也可以通过免费允许用户或商家进入的方式扩张规模,进而获取更高的广告收益。^{③①} 获益因素深深植根于“风险与收益对等”的原则,同时也隐含着受益者应当以其获益覆盖公共治理成本的潜在考虑。如有观点认为,我国在互联网治理中正是依据“谁受益谁负责”的原则确立了“以网管网”的策略。^{③②}

上述关于“能力”和“获益”的讨论已深入私人承担公共治理义务问题的内部,但仍存在局限性。“能力因素”作为正当性基础存在的问题是,私人主体有处理相应问题的能力并不能导出其必然要承担做此类事情的义务,这可能存在混淆道德责任和法定义务的问题。^{③③} 也即事实层面的“可为”,并不能证成规范层面的“应为”。而“获益因素”作为正当性基础存在的问题有二:一是并非所有承担公共治理义务的私人均能获益,其解释范围相对有限;二是以获益为义务分配规则有可能导向“大即是错”的逆向激励。

^{③①} See Kathryn E. Spier & Rory Van Loo, *Foundations for Platform Liability*, Notre Dame Law Review, Vol.100:1137, p.1163 (2025).

^{③②} 参见解志勇、修青华:《互联网治理视域中的平台责任研究》,载《国家行政学院学报》2017年第5期,第103页。

^{③③} See Miguel Alzola, *Beware of the Watchdog: Rethinking the Normative Justification of Gatekeeper Liability*, Journal of Business Ethics, Vol.140:705, p.712 (2017).

因此,对私人承担公共治理义务理据的讨论还需进一步深入,追问在“能力”和“获益”背后究竟还存在何种根本性的因素能够为义务的正当性提供答案。

笔者认为,立法向私人分配公共治理义务的核心理据应是社会连带主义视野下的风险控制责任。观察私人承担公共治理义务的实践可以发现,立法为特定私人赋予的义务往往与其日常活动存在紧密关联,私人构成特定场域风险生发、传播的一环。这些私人主体虽非危险的直接制造者,与直接实施违法行为的行为人缺乏意思联络,不构成行政法上的共同违法,但也绝不是与违法行为毫无关联的真正“第三方”,而是与特定风险具备较强关联性的主体。无论是大型互联网平台,还是银行、餐馆、宾馆等私人主体,其开启、参与、管理的各种场域无可避免地存在风险的引入和扩张,且很多风险具有超出私人间法益的外溢性,必须由公法介入予以调整控制。例如,民航服务本是乘机人和航空公司之间缔结并履行运输合同的私法行为,但由于航空安全同时还涉及其他乘客、机组人员以及航空器本身的安全,关涉重大社会利益,故立法赋予了承运人和管理场所进行安全检查、采取保证安全的措施的义务。由于潜在违法行为和其引起的风险发生在私人主体开启、参与、管理的实体或虚拟场域内,那么由风险的“管理者”或“媒介者”来承担相关场域内的风险控制责任,就具有充分的正当性。

从经济学视角出发,基于风险控制的立场为私人课以义务,可视为由私人开启、参与或管理的大规模社会活动中负外部性的承担;从规范视角出发,这亦可视为一种广义上的安全保障义务。民法上的安全保障义务着眼于当事人“开启、参与社会交往”和“给他人权益带来危险”的事实,不仅要求相关场所的管理人和活动的组织者消极地不侵害他人利益,同时也要求其积极地在合理限度内保护他人免遭第三人的侵害。^③尤其是在第三人故意侵权的情况下,安全保障义务的内容主要体现为组织义务,即通过法人内部的人员分工、资源运用和经营安排等,防范危险转化为现实损害。^④这与私人承担的公共治理义务具有相当程度的同构性。二者的立基点都是风险的制造与控制理论,本质上都秉持风险防范观对待第三人实施的不法行为,只不过二者所指向的目标分别是私法权益与公共性更强的国家和社会公共利益。从根本上说,此种立场带有一定程度的社会连带主义色彩,即强调社会共同体成员之间的连带关系。基于特定私人主体与风险的关联性,其必须承担更多的义务,以体现对他人之责任并保证共同生活联系的完整性。私人积极履行公共治理义务有效遏制了违法行为,确保了公共利益的实现,其自身亦能在良好的秩序中收获“在文明社会中生活和经营的利益”^⑤。

基于此,被广泛关注的“能力”和“获益”等具体因素可视为风险控制立场的外在表现——特定私人主体之所以具备干预和控制生态内活动的的能力,恰是因为其本身就是相关活动的开启者、参与者、管理者,获益亦是基于此种结构而形成。这些具体因素亦可成为立法设置义务时的标尺。若私人主体在生态中处于关键位置、具备完整控制能力,

③ 参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,载《中外法学》2012年第2期,第401页。

④ 参见谢鸿飞:《违反安保义务侵权补充责任的理论冲突与立法选择》,载《法学》2019年第2期,第49页。

⑤ 刘连泰:《法理的救赎——互惠原理在管制性征收案件中的适用》,载《现代法学》2015年第4期,第74页。

同时又获取高额收益,那就可以为其匹配内容较为复杂、强度更高的治理义务。不过,这种义务本身的限度仍需考虑,否则可能带来一系列问题。

四、私人承担公共治理义务的潜在风险与隐患

私人主体基于法规范要求参与到公共治理活动中,在很大程度上缓解了行政监管机构的压力。但私人毕竟不是获得立法正式授权的执法机构,其组织文化和行为模式本就不以公共治理目标为导向,因此在履行义务时难免存在能力和意愿方面的局限,从而影响到治理效果。同时,过度依赖此种路径还可能造成公共治理成本的转移和行政监管的弱化,扰乱公共治理的权责关系。

(一) 因私人专业能力不足而影响治理效果

私人主体是否具备履行相应义务的条件和能力是这一治理模式所要面对的首要问题。私人履行治理义务的过程与公共执法存在一定程度上的同构性,也包括了制定合规要求、开展日常监督检查、发现潜在违法行为以及适用相关规则进行处置的过程。^{③⑥}某些情况下,立法在赋予私人公共治理义务时,会在一定程度上简化判断条件,作出尽量客观的要求。例如,禁烟场所的经营主体对于场所内是否存在“吸烟者”的判断就十分直观确定。

然而,随着治理压力的不断增加,私人主体承担的公共治理义务也日趋复杂化。在很多情况下,立法所设定的公共治理义务较为笼统,且可能包含大量的不确定法律概念,需要在执行过程中作出进一步解释。尽管私人主体在违法行为的发现上可能具有信息优势,但其在准确适用规则判定行为性质上却并非专家。事实上,对不确定法律概念的解释也是困扰行政机关执法的重要问题,只不过在一体化的组织体系下,不同层级和区域的行政机关尚可通过行政解释、执法基准和指南等统一认识,而私人主体却缺乏这类机制。^{③⑦}这一方面增大了私人主体履行公共治理义务的不确定性,并可能会影响到法律执行的效果;另一方面,由于私人主体对法规范作出的解释不具备规范意义上的效力,这种解释可能会与执法机关或其他社会主体的解释发生冲突,引发新的争议。

若立法赋予私主体的义务过于复杂,还可能超出私人主体的能力范围。例如,《食品安全法》赋予网络交易平台审核经营者相关行政许可证照的义务,这不仅要求平台要在行政机关提供的数据库中核验相关证照的真实性、有效性,还可能被解释为要求平台确保经营者的线上信息和线下行为具备完全一致性,这对平台来说构成了能力上的挑

^{③⑥} 美国有研究者详细考察了平台如何制定具体的内容审查规则,并基于自动化算法和人工审核展开治理的实践。论文提出经受过培训的内容审核员扮演的角色如同法官,在执行内部规则时会使用诸如相关性、类比推理、多因素测试等法律概念和工具。See Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, *Harvard Law Review*, Vol.131:1598, p.1630-1658 (2018).

^{③⑦} 美国关于第三方义务的研究就提出,尽管法律在虐待儿童信息报告上为医生、社会工作者、心理医生、儿童照护者和学校校长等主体设置了完全相同的义务和责任,但这些主体履行相关义务的差别巨大。因为不同主体基于不同的专业主义思维,对于报告义务的要求和可能的后果存在不同理解。See Janet A. Gilboy, *supra* note 19, 145-149.

战。^{③⑧} 因为诸如食品经营许可证等经营资质信息仅由监管部门掌握,平台要履行相关义务需要得到监管部门的技术和数据支持。而要求平台确保经营者在线上提交的信息与线下实际经营情况相一致,以及在后续监管中及时核实经营者实际经营状况的变化,会让平台将大量精力和资源投入个别事项的线下实质性审核中,造成较大经营负担。因此,如何兼顾治理目标和平台能力就成为重要问题。国家市场监督管理总局制定的《网络餐饮服务第三方平台提供者和入网餐饮服务提供者落实食品安全主体责任监督管理规定(征求意见稿)》第13条曾规定:“平台提供者应当对入网餐饮服务提供者的经营资质、加工制作、卫生环境等进行监测和抽查。每月线下抽查入网餐饮服务提供者的比例不低于百分之五,2年内实现全覆盖。”但最终通过的《网络餐饮服务经营者落实食品安全主体责任监督管理规定》考虑到平台的实际审查能力,将该规定调整为“平台提供者应当结合实际,按照保证食品安全的需要,设置合理抽查比例,定期对入网餐饮服务提供者进行实地抽查,重点对不提供堂食服务、未实施‘互联网+明厨亮灶’等的入网餐饮服务提供者进行抽查”。

(二) 因私人治理意愿不稳定而导致治理失灵或治理过度

私人主体履行治理义务的意愿是否稳定,是影响此类义务履行效果的又一问题。在行政监管中,监管机构可能会被特定的利益集团所影响或控制,形成监管俘获,扭曲公共目标。^{③⑨} 私人治理中同样存在此类风险。^{④⑩} 在治理者和被治理者具备关联利益诉求的情况下,二者可能会出现规避法律的共谋,即通过互利互惠的安排导致公共治理目标落空。^{④⑪} 例如,尽管控烟立法规定了餐厅等禁烟场所经营者有制止顾客吸烟的义务,但餐厅对吸烟行为的制止可能导致其客源流失,于是餐厅可能会“选择性执法”。又如,20世纪90年代以来,美国有大量审计公司的主营业务从审计转向咨询或是二者的结合。这使得同一客户可以通过取消咨询业务的理由向守门人施压,争取更理想的审计结果。加之审计师面对的法律责任弱化等一系列原因,审计机构的守门人责任出现系统性崩坏。^{④⑫} 在移民管理领域,美国建立了依托雇主对雇员是否具备合法身份进行审查的机制,但却因为与工作相关的身份材料易伪造、对雇主的监管不足以及“打黑工”带来的薪资和生产力边际优势更高而使得该制度流于形式。^{④⑬} 这些情况表明,仅依靠声誉等软性机制督促私人主体履行义务往往“徒法不足以自行”,必须辅之以强有力的后设监管和法律责

^{③⑧} 参见前注^{②③},赵鹏文。

^{③⑨} See Daniel Carpenter & David A. Moss eds., *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*, Cambridge University Press, 2014.

^{④⑩} See Kenneth W. Abbott, David Levi-Faur & Duncan Snidal, *Theorizing Regulatory Intermediaries: The RIT Model*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol.670:14, p.14-35 (2017).

^{④⑪} 监管者与被监管者之间合谋逻辑的揭示,参见聂辉华、李金波:《政企合谋与经济发展》,载《经济学(季刊)》2006年第1期。

^{④⑫} See John C. Coffee Jr., *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, *Boston University Law Review*, Vol.84:301, p.318-323 (2004).

^{④⑬} See Jeffrey Manns, *Private Monitoring of Gatekeepers: The Case of Immigration Enforcement*, *University of Illinois Law Review*, No.5:887, p.940-944 (2006).

任才可能达致预期目的。只有当私主体可能承担的责任超过其与违法者共谋所获得的潜在收益时,才能确保依靠私主体发现和阻止潜在违法行为是有效的。^{④④}

然而,若针对私人承担的治理义务设定严厉的责任,在履行相应义务不会对私人主体的核心利益造成根本性损害的情况下,为避免可能承担的法律风险,私人主体会倾向于以严格的标准采取行动。毕竟,失去单一客户几乎不会对多元化的预期回报产生影响,但可能危及其所有合法收入的罚款或声誉损失则构成私人主体要面对的重大风险。^{④⑤}这极大增加了出现假阳性错误的概率,被治理者的合法权益和公共社区的繁荣都可能因此而受到侵蚀。美国法上大量关于“连带审查”的研究已很好地证明了这一点——在缺乏充分激励并面临严格问责的情况下,互联网平台存在从严审查用户发布信息的倾向,这可能会过滤掉有利于增进公共利益的信息。^{④⑥}该倾向产生的原因是,一方面,虽然信息发布行为为创作者个体带来了大量收益,但这些收益绝大部分并不归属于平台。平台投放广告、抽取佣金所依赖的是海量用户形成的整体性社群,严厉处理个别信息不会造成任何显性损失。^{④⑦}另一方面,平台一旦疏于监管就有可能承担严厉的法律风险,这决定了审查标准必定趋向于谨慎和严格。^{④⑧}

更进一步而言,私人主体可能在多种因素的驱动下实施治理行为,这也会扭曲治理目标。例如,有研究提出,平台开展内容治理的驱动力包括公司的社会责任感,同时也包括创造符合用户期望的生态进而增加浏览量和广告收入的经济诱因。^{④⑨}在这种多元化、混合性的驱动力之下,私人主体可能以履行法定义务为由,在公共治理活动中掺杂自身利益诉求,从而取得竞争或其他方面的不公平优势地位,这极大增加了行政监管的复杂程度。在关于平台互联互通的争论中,就存在以治理违法违规内容或实现个人信息保护要求为由实施的“断链”“封禁”等行为,^{⑤⑩}这在一定程度上对私人治理活动的公平性、透明度等提出了拷问。立法为私人主体设定复杂的治理要求,并调动各种资源来配合其

④④ See Reinier H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, Yale Law Journal, Vol.93:857, p.891-892 (1984).

④⑤ See Reinier H. Kraakman, *supra* note 18, 71.

④⑥ 在除互联网之外的选举言论发布等领域也存在类似的审查问题。See Samuel S. Sadeghi, *Election Speech and Collateral Censorship at the Slightest Whiff of Legal Trouble*, UCLA Law Review, Vol.63:1472, p.1472-1505 (2016). 美国学界一般认为“连带审查”这一概念由迈克尔·梅耶森教授提出。See Michael I. Meyerson, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the “Speaker” Within the New Media*, Notre Dame Law Review, Vol.71:79, p.118 (1995).

④⑦ See Felix T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, Notre Dame Law Review, Vol.87:293, p.304-308 (2011).

④⑧ See Jack M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, Harvard Law Review, Vol.127:2296, p.2296-2342 (2014); Molly K. Land, *Against Privatized Censorship: Proposals for Responsible Delegation*, Virginia Journal of International Law, Vol.60:363, p.363-432 (2020). 在我国互联网治理的实定法框架下,同样存在类似风险。参见孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,载《环球法律评论》2020年第2期。

④⑨ See Kate Klonick, *supra* note 36, 1625-1630.

⑤⑩ 反垄断法视角的研究通常需要对这些事由是否正当、必要进行分析。参见殷继国:《互联网平台封禁行为的反垄断法规制》,载《现代法学》2021年第4期;周围:《规制平台封禁行为的反垄断法分析——基于自我优待的视角》,载《法学》2022年第7期。

实现,会在很大程度上强化对私人主体权威的背书。由于此类私人主体本就处于市场的关键位置,进一步为其赋能很可能加剧反垄断方面的风险。

(三) 因治理成本转移而为私人带来额外负担

课以私人公共治理义务,能够在一定程度上缓解公共治理资源不足的问题,有效节省行政成本。但实际上,这部分成本并没有被彻底消灭,只是从行政机关转移到了私人之上。私人主体承担并落实相应的公共治理义务依然需要付出经济成本。这种成本既包括了建立、实施整套治理机制的成本——如互联网平台为了实现内容合规治理要求,可能需要建立大量的人力审核团队,制定并落实相应的审核规则;同时也包括因采取严格的治理举措可能带来的潜在用户流失,或因误判、错误处置带来的法律风险等成本。尤其是在义务内容较为原则和不确定的情况下,这种风险和成本将进一步升高。^{⑤①}但是,私人主体承担并落实这些公共治理义务并没有获得相应的对价或报酬。这给私人主体带来了额外的经济负担,不利于激励其开展有效的治理。德国有学者提出,法律应当规定服务于国家的私人享有服务报销和补偿请求权,否则就不符合比例原则。^{⑤②}美国也有观点指出,不应当过度依赖声誉损失和法律责任等负面威慑来督促守门人履行义务,而应当考虑采取更多的正面激励行为来鼓励守门人履责。尤其是在威慑效果触顶的情况下,继续强化威慑只会导致对守门人的驱逐。^{⑤③}虽然近年来 ESG 等理念的兴起推动企业社会责任日趋强化,但相应要求仍主要通过倡导性手段实现,股东价值最大化仍然是公司法的根基。过高的义务负担可能会因为影响到市场主体的生产经营决策权、内部管理权等而形成对其财产权和经营自主权的干预。^{⑤④}

如果将视角进一步扩展,还会发现这种成本将动态地影响整个市场的结构。对于大型的经营主体而言,其有能力承担更高标准的公共治理义务;但对于中小型的经营主体而言,同样水准的义务将会带来更加沉重的负担。于是,究竟以大型经营者还是小型经营者能够承担的水平来确定法定义务,会对市场结构产生重要影响。总体而言,更高标准的义务有利于产品和服务向大型企业集聚,而较低标准的义务则有利于中小企业的发展创新。^{⑤⑤}那么,究竟选择何种程度的标准抑或是根据主体差别采取差异化的标准就成为一个重要问题。

(四) 因治理责任偏转而弱化公共治理的可问责性

在实用主义视角下,由私人主体承担公共治理义务,可以有效分担本属于行政机关

^{⑤①} See Reinier H. Kraakman, *supra* note 18, 75.

^{⑤②} 参见〔德〕乌茨·施利斯基:《经济法》,喻文光译,法律出版社2006年版,第149页。

^{⑤③} See Lawrence A. Cunningham, *Beyond Liability: Rewarding Effective Gatekeepers*, Minnesota Law Review, Vol.92:323, p.323-386 (2007).

^{⑤④} 我国宪法虽未明确列举企业的经营自由或经营自主权,但从财产权条款等规范中可以析出。参见周雷:《营业自由作为基本权利:规范变迁、宪法依据与保护范围》,载《中国法律评论》2020年第5期;金健:《民营企业经营自主权的宪法意蕴》,载《政治与法律》2024年第12期。2025年生效的《中华人民共和国民营经济促进法》第58条规定,民营经济组织及其经营者的人身权利、财产权利以及经营自主权等合法权益受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。

^{⑤⑤} 参见胡凌:《从开放资源到基础服务:平台监管的新视角》,载《学术月刊》2019年第2期,第102页。

的治理压力,更高效地实现公共目标。但与此伴生的问题是,作为公共利益代表的行政机关藉由私人治理活动规避了自身责任,私人主体则因为其治理活动的私法外观逃脱了紧锁于公共行政之上的规则镣铐,这造成了对公共行政可问责性的双重伤害。

首先,从行政机关的角色出发,将本应由行政机关承担的公共治理任务转移至私人主体,有可能改变资源配置格局,削弱行政机关在公共治理上的投入。长此以往,将导致行政监管能力的弱化。例如,针对物业服务企业火灾预防义务的研究提出,建筑物投入使用后,行政机关对消防安全的监管职责呈现递减趋势。物业消防安全工作表面上得到了多方监督,但实际上基本取决于物业的能动性和自觉性,不确定性较大。^{⑤6}一旦私人治理活动出现治理盲区和治理赤字,相应后果需要由社会公众承担。由于私人主体与监管机关并不存在委托关系,监管机关不仅能够以相关治理义务属于私人主体为由逃避责任,甚至可以通过对私人主体课以严厉的行政责任来表达自身对相关问题的“关注”。

其次,从私人主体的角色出发,尽管其所实施的治理活动在形态上与公共执法具有较高的相似度,治理目标也指向公共利益,但却因为私人身份逸脱了行政问责的框架。行政问责制的核心是通过规范公共权力的决策过程来提升决策理性,保障公共权力行使者对规则的遵从度和响应度,并确保外部审查和监督,^{⑤7}但这些价值目标在私人治理活动中均难以实现。由于私人治理行为外观上的私法属性,诸如比例原则、正当程序等公法基本原则几无适用余地。私人主体的治理过程并不透明,且普遍缺乏有效告知、说明理由、听取意见等提升理性度的程序约束。尽管治理主体可能对包括被治理者在内的外部压力作出一定响应,^{⑤8}但因为缺乏常态化、稳定性的机制,这种回应的实际效果有限,利益最大化在绝大多数情况下依然是治理主体的首要考量。^{⑤9}

更重要的是,传统框架下用以确保行政活动符合公共价值的立法和司法机制亦难以发挥其纠偏功能。一方面,传统的“立法—行政”框架基于民主原则为行政机关设定了向立法机关负责的要求,立法机关可基于预算、授权等方式对行政机关的执法活动进行控制。然而,由于私人治理者缺乏直接向立法机关负责的可能,立法为其设定治理义务成为一种单向结构,这造成了私人治理活动民主问责机制的缺失。另一方面,当治理行为引发争议时,当事人往往只能通过民事诉讼寻求救济,这决定了法院需要在意思自治原则下展开审查。以互联网平台履行治理义务引发的争议为例,尽管司法实践中多将用户协议和平台规则认定为格式合同,从而可以适用格式合同的审查要求,但同时也存在对协议内容合理性的审查强度低、缺乏公共价值维度的判断等问题。^{⑥0}

^{⑤6} 参见朱可安:《行政法视角下物业服务企业的火灾预防义务》,载《湖湘法学评论》2024年第1期,第107页。

^{⑤7} See Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, *Duke Law Journal*, Vol.56:377, p.400 (2006).

^{⑤8} 如Facebook成立了“监督委员会”(Oversight Board),用以回应日益增多的内容管理争议。参见左亦鲁:《社交平台公共性及其规制——美国经验及其启示》,载《清华法学》2022年第4期。

^{⑤9} See Kate Klonick, *supra* note 36, 1666-1669.

^{⑥0} 参见叶益均:《论平台规则效力的司法审查框架》,载《经贸法律评论》2025年第3期,第137-139页。

五、私人公共治理义务的优化设置

通过立法赋予私人以公共治理义务,能够较好地实现治理效果。但这种义务还需进行精细化的设计,以避免私人治理活动陷入“宽严失据”的困局。具体来说,面对“国家—私人治理者—被治理者”的三元结构,一方面要明确私人治理义务的外在限度,即审慎地选择适用此类义务的领域和事项,确保义务的内容及其后设责任适度、合理;另一方面也应确立私人治理义务的内在限度,即对私人履行义务开展治理的过程进行适当的规范,避免私人主体以履行法定义务为名扩张和滥用私权力。

(一) 审慎选择适用领域和事项

从当前实践来看,私人主体承担的公共治理义务存在不断扩张的趋势。在部分行业和领域的基础性规范已为私人设定了相应义务的情况下,后续单行法仍从不同角度扩张义务内容。例如,《旅馆业治安管理办法》第6条第1款规定:“旅馆接待旅客住宿必须登记。登记时,应当查验旅客的身份证件,按规定的项目如实登记。”该规范所设定的义务主要限于查验证件和如实登记两个方面。而2020年修订的《未成年人保护法》在第57条增加了旅馆、宾馆、酒店等住宿经营者接待未成年人入住时的询问、核实、报告有关部门、联系监护人等义务。各单行法中渐次出现的新要求,实际上反映了行政任务扩张的背景下,社会治理目标的多元化和复杂性亦在增强。由于行政机关用以实现这些目标的手段和资源并未发生质的增长,特定私人主体由此成为分担治理压力的重要抓手。这虽有利于治理目标的实现,但同时也存在多方面风险。因此,这一治理方式不应在所有领域中被无限制地使用,而应当更加审慎。

就对当事人权利的限制而言,行政法的学理和制度体系已经发展出法律保留、比例原则等一系列工具,但对于为当事人设定义务应遵循何种规则这一问题,行政法尚缺乏充分展开。^{⑥1}在实定法层面,可资关注的是《行政处罚法》第2条将“减损权益”和“增加义务”并列作为行政处罚的内容,表明二者具有共同的“不利益性”特征。^{⑥2}虽然由立法直接设定的抽象义务和由行政行为设定的具体义务具有较大的差异,但这至少表明为当事人增设义务在某些情景下具有与减损权益相似的负面效果,需要得到法律的严密控制。同时,《立法法》也明确规定,在缺乏上位法依据的情况下,规章不得设定增加公民、法人和其他组织义务的规范。因此,为私人主体设定公共治理义务仍应限定于法律、行政法规、地方性法规的范围,规章仅有权在上位法框架下作细化规定,且由地方性法规设定的义务不能对商品和服务在统一大市场内的自由流通造成限制。

^{⑥1} 关于行政法上义务的讨论并不丰富,相关研究成果参见杨解君:《行政法上的义务责任体系及其阐释》,载《政法论坛》2005年第5期;张淑芳:《行政相对人义务履行不能研究》,载《东方法学》2014年第6期;罗智敏:《论确保行政法上义务履行的担保制度》,载《当代法学》2015年第2期。

^{⑥2} 参见熊樟林:《行政处罚的概念构造——新〈行政处罚法〉第2条解释》,载《中外法学》2021年第5期,第1289-1291页。

从实质合理性角度出发,还应考虑对私人主体承担的公共治理义务进行成本收益分析和评估。私人治理并非行政执法的卸责器,应当在整体性治理的框架下处理其与行政监管的关系,评估私人承担的治理义务给政府、私人以及整个市场带来的成本,是否低于实施同等水平的公共执法所需的成本。^{⑥3} 仅在欲保护的利益在法秩序框架下具有充分重要性,同时行政机关又不具备充分的能力和资源有效制止违法行为和防范风险,且通过私人治理能够降低社会总成本的前提下,才应考虑课以私人治理义务。近年来,金融监管等领域提出的“合作型守门人”模式就强调私人治理是对公共执法的补充而非替代,立法应通过对报告义务和免责规定的合理化,推动二者更好结合,改变传统守门人模式下因利益冲突、信息不足等导致的治理失败。^{⑥4} 2019年印发的《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》也明确要求要科学合理界定平台责任,强调“不得将本该由政府承担的监管责任转嫁给平台”。

(二) 确保义务的适度 and 合理

私人主体承担的公共治理义务过于宽松或过于严苛都可能造成公共治理目标的偏移,影响公共价值的实现。理想状态下的义务设置应既能够促进私人主体对违法行为的发现和控制在,又不至于过度影响作为这些义务载体的私人间活动,过度扭曲所关涉的私法关系。^{⑥5} 因此,立法应基于以下三个方面的考虑谨慎设计私人主体的义务,确保义务的适度 and 合理:

第一,课予私人主体的治理义务在内容上应当尽量清晰、明确,符合法的明确性要求。针对授权规则,行政法释义学形成了授权规范的内容、目的、范围必须足够具体明确的“授权明确性”要求,以确保法的安定性和可预见性。立法为私人主体设定义务也应遵循此类要求,防止承担治理任务的私人滥用裁量权。同时,立法若赋予私人发现和处置违法行为的义务,通常情况下应以一般理性人标准作为识别违法行为的标尺,避免因对违法行为判断、理解存在差异而衍生更多争议。在所涉义务内容较为复杂的情况下,主管部门还应通过制定发布解释性文件或指南的方式为私人主体提供更加确定的指引。

第二,义务内容应当考虑到私人主体的条件、能力和作用,具备事实上的可执行性。私人主体基于风险控制的立场,在具备能力优势或获得利益等情况下承担公共治理义务,故义务内容也应当与其在具体场景中的功能作用相匹配。例如,房屋租赁管理的立法均要求出租人在发现承租人在房屋内有违法犯罪行为时要及时报告有关部门,并配合有关部门开展工作。^{⑥6} 此处对发现义务和配合义务的界定就需要考虑出租人的信息条

^{⑥3} See Jeffrey Manns, *supra* note 43, 902.

^{⑥4} See Stavros Gadinis & Colby Mangels, *Collaborative Gatekeepers*, Washington and Lee Law Review, Vol.73:797, p.797-914 (2016); Andrew F. Tuch, *The Limits of Gatekeeper Liability*, Washington and Lee Law Review Online, Vol.73:619, p.619-640 (2017).

^{⑥5} See Reinier H. Kraakman, *supra* note 44, 893.

^{⑥6} 如《北京市住房租赁条例》第19条规定,出租人发现承租人涉嫌利用出租住房从事违法犯罪活动的,应当及时向公安机关等有关部门报告。《上海市住房租赁条例》第19条规定,出租人发现承租人在房屋内有违法违规行为的,应当及时报告有关部门,并配合有关部门开展调查、制止和处罚等工作。

件、认知和判断能力等方面因素。因为在社会流动性较高的居住环境下,无法期待出租人对承租人在住所内的所有行为都了如指掌并能准确判断承租人行为的合法性。

第三,应当确保私人主体为实现相应义务所负担的成本是合理的。民法上安全保障义务的适用要求考虑避免相关问题发生所需要的措施和费用、危险交往中可获取的利益与防范危险的成本之间的比例关系等因素,避免安全保障义务人付出过高成本。^{⑥7} 国外研究者亦提出只有在守门人能够以合理成本区分守法与违法委托人,并可以低成本地拒绝或限制对方时,才应赋予其守门人义务。^{⑥8} 具体而言,私人执行公共治理义务的成本应与其从事相应活动获取的利益成比例,被限定在财产权的社会义务范围内,其本质是私人主体在特定社会关联中促进公益实现所必须的负担。^{⑥9} 一旦所需付出的成本超出这一水准而达致特别牺牲的程度,即构成对私主体财产权的限制,需要行政机关以适当的方式予以填补。当然,行政机关亦可考虑以适当的方式从正面激励私人主体开展治理活动,但所采取的措施应符合公平竞争的政策导向,防止出现行政性垄断。

(三) 完善后设监管和责任的设置

在私主体未能有效完成立法所赋予的公共治理义务时,将会引发第二性义务,即法律责任。后设监管机制和责任亦是督促私主体积极履行义务的必备要素。但在如何设定责任形式和内容上,理论和实践的立场并不统一。美国法上守门人的责任形态就包括了严格责任、过失责任和基于知情的责任等形式,其在不同的规制空间中展现出不同的优势与劣势。严格责任具有强大的威慑效果,且能够将确定适当合规标准的压力从执法机关转移至守门人,但可能带来极高的成本和对市场的不确定影响;过失责任能够缓和严格责任的高成本,但面临如何确定合理标准以防止威慑过轻或过重的问题;基于知情的责任对守门人和市场造成的影响最小,但威慑效果也最差,较容易被规避。^{⑦0} 私人主体可能会致力于在形式上满足立法设定的要求,但却并不真正关心是否有效防止了违法行为的发生,甚至可能故意对违法行为视而不见,以避免承担“发现”“知道”违法行为后的处理义务。

在安然公司财务造假等一系列事件后,美国大量关于守门人责任的讨论集中在是否应当进一步强化守门人义务、对守门人施加严格责任上。^{⑦1} 我国实定法为私人主体设定的责任大多考虑了主观过错,但在执法实践中易滑向结果归责的窠臼。以互联网平台为例,包括《网络安全法》《电子商务法》《食品安全法》在内的立法在规定平台审查违法信息的义务时,通常都设置了“发现”“知道”“知道或应当知道”等要件,这意味着平台对未发现、不具备能力发现的违法信息并不需要承担责任。但实践中,受到专项治理

^{⑥7} 参见刘召成:《安全保障义务的扩展适用与违法性判断标准的发展》,载《法学》2014年第5期,第78页。

^{⑥8} See Assaf Hamdani, *Gatekeeper Liability*, Southern California Law Review, Vol.77:53, p.99-102 (2003).

^{⑥9} 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100-119页。

^{⑦0} See Jeffrey Manns, *supra* note 43, 903-906.

^{⑦1} See Frank Partnoy, *Barbarians at the Gatekeepers: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime*, Washington University Law Quarterly, Vol.79:491, p.491-548 (2001); John C. Coffee Jr., *supra* note 42, 301-364.

的政策导向、忽视促进发展的价值目标等因素影响,往往采取结果归责的立场,构成了实质上的严格责任。^{⑦②}这一做法自有其逻辑:其一,它能够最大程度地督促私主体展开治理活动;其二,它能够减轻行政机关对疏于履行治理义务的私主体进行调查和处理时的负担。^{⑦③}但其存在的问题也很明显:一方面,2021年修订的《行政处罚法》已在一般意义上确立了“无主观过错不罚”的要求,结果归责可能与此抵牾;^{⑦④}另一方面,结果归责将在极大程度上增加私主体的成本,并造成私人主体法律风险的不确定性。这可能进一步导致因审查标准趋于严格而对市场造成负面影响。

近年来,学界针对互联网平台责任的研究逐渐转向平台的系统性治理义务,即超越个案规则,从整体上审视平台所采取措施的适当性。如有研究者主张“技术避风港”路径,即由监管机构认定一项或多项技术方案作为合规技术方案,在平台按照要求采取合规技术方案的情况下,可以获得责任豁免。^{⑦⑤}有研究者主张构建系统性注意义务,将监管重点放在平台的运营控制系统,关注平台是否建立了整体性的管理架构和治理机制以防止系统性违法的出现。^{⑦⑥}侵权法视角的研究亦提出,平台在间接侵权责任下的注意义务应以平台是否具有整体性治理过错为依据,综合考虑治理的必要性、代价、难度、比较优势等因素。^{⑦⑦}上述立场的共通之处在于关注到了平台审查工作的巨大体量,从整体治理秩序形成的视角关注平台技术设计和治理结构,从而推动实现各种法益的平衡。

基于上述经验,后设监管机制和责任的确定应充分考虑各类责任形态下的社会总成本。原则上仍应坚持主观归责的立场,考虑私人主体履行相应义务的现实条件和实际可能性来匹配责任,并通过执法指南、合规指引和典型案例等澄清追责标准,提升问责的可预见性。对于违法行为体量较大、治理工作较为繁重的复杂生态,应当引入系统性治理视角,由公共执法机关引导私主体建立符合要求的治理系统及尽职免责机制,规定私主体在采取相应水准措施、尽到注意义务时可豁免责任。^{⑦⑧}

同时还须注意,应进一步区分公法责任和私法责任。实践中,私人主体承担的审核、处理等义务既有公法层面的,亦有私法层面的,二者的界限并不清晰,存在交错混合态势,导致责任体系混乱。同样以互联网平台的审查义务为例,一方面,当前平台承担的行政责任较重,部分立法为个体法益的保护配置了行政责任,这可能导致公法追惩权的过度发动,推高公共成本;另一方面,公法层面更为积极的审查义务无界限地侵入私法领

^{⑦②} 参见尹培培:《网络安全行政处罚的归责原则》,载《东方法学》2018年第6期,第49-59页;姚志伟:《技术性审查:网络服务提供者公法审查义务困境之破解》,载《法商研究》2019年第1期,第33-34页。

^{⑦③} See Assaf Hamdani, *supra* note 68, 83-86.

^{⑦④} 参见张晓莹:《〈行政处罚法〉主观过错条款的内涵及行政执法适用》,载《经贸法律评论》2025年第1期,第123-126页。

^{⑦⑤} 参见沈伟伟:《技术避风港的实践及法理反思》,载《中外法学》2023年第4期,第910-912页。

^{⑦⑥} 参见赵鹏、谢冰钰:《强化平台监管责任的行政法研究》,载中国政法大学法治政府研究院主编:《法治政府蓝皮书:中国法治政府发展报告(2023)》,社会科学文献出版社2024年版,第141-143页。

^{⑦⑦} 参见丁晓东:《重构“知情”:平台间接侵权责任反思》,载《东方法学》2025年第1期,第81-84页。

^{⑦⑧} 参见周辉:《双重秩序视角下的网络平台监管及其制度完善》,载《法律科学》2024年第6期,第60页。

域,造成了私法责任的扩张。^⑦这要求立法应更加细致地考虑法律责任的设置,对私人利益的个别性侵害若不涉及公共利益,应当主要配置私法责任,允许当事人直接针对未履行适当治理义务的私主体提起诉讼,要求其承担连带责任或其他责任。这既可以减少行政机关行使后设监管权的成本,同时也能通过民事诉讼督促私主体更加审慎地处理个案。^⑧公法责任应被限定在以下两种场景:一是违法行为所侵害的法益具有显著公共性,私主体未履行法定治理义务的行为造成了公共利益的损害;二是私主体未按照法定要求建立系统性的治理机制,导致生态内出现了大规模的系统性违法,此时有必要通过公共执法机制矫正这种系统性失序的状态。

(四) 基于公法原则对义务履行过程进行调控

除了推动义务设置的合理化,私人履行相应义务的过程也应当得到规范。私人主体在履行公共治理义务时,所行使的是一种私人性质的权力。尤其是大型互联网平台等处于特殊位置的私人主体,在面对分散的用户时,往往具有信息、资源、技术等方面的绝对支配力,这种力量甚至可以比肩国家权力。此种情况下,提升私人治理活动的公正性和透明度就尤为重要。这一要求在我国的部分立法中已有较为明确的体现。^⑨未来应继续贯彻这一理念,通过对比比例原则和正当程序原则的适度引入,进一步强化私人治理活动的公开、公正、透明等要求。^⑩

但同时需要注意的是,虽然特定私人主体享有可在事实层面比肩国家权力的私权力,但其治理行为在性质上属于私人与私人之间的关系,与“国家—个人”之间的公法关系存在质的区别。一方面,国家权力具备法律上的强制力,私人并无任何选择空间;私人关系下,当事人存在一定的自主空间,可以根据自身意志选择符合自身期望的交易合作对象。另一方面,私人所开展的治理行为亦可被涵盖至其财产权、经营自由等基本权利之下,即国家和私人“权力—权利”的冲突在私人治理活动中可能会演化为“私权力—权利”和“权利—权利”的两组冲突。因此,在私人关系间严格适用公法基本原则并不妥当。美国有研究提出,简单地将适用于公共机构的民主问责机制扩展适用至私人主体,不仅会带来巨大的成本,收益也不理想。如对企业管理适用“公告—评论”机制,将给企业带来高昂的时间和物质成本,造成不经济的后果,同时也会对宪法层面的财产权、隐私权以及旨在鼓励积极竞争和促进创新的企业保密政策产生冲击。^⑪

^⑦ 参见姚志伟:《公法阴影下的避风港——以网络服务提供者的审查义务为中心》,载《环球法律评论》2018年第1期; 万方:《公私法汇流的闸口——转介视角下的网络经营者安全保障义务》,载《中外法学》2020年第2期; 刘金瑞:《“避风港”规则的实践困境与完善路径》,载《云南社会科学》2024年第1期。

^⑧ See Jeffrey Manns, *supra* note 43, 887-974.

^⑨ 如《电子商务法》第32条规定,电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则,制定平台服务协议和交易规则,明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。

^⑩ 这些要求亦可被视为另一种形态的公共义务,旨在确保私人治理活动的公共性和可问责性要求。事实上,在关于行政任务民营化的讨论中,应当如何和在多大程度上赋予私人主体此类义务已有讨论。参见高秦伟:《私人主体的行政法义务?》,载《中国法学》2011年第1期。

^⑪ See Kenneth A. Bamberger, *supra* note 57, 436.

因此,比例原则、正当程序等公法基本原则更多应当被作为对私人治理行为的价值引导,并结合私人治理的特点确定适用方式。首先,立法在设定相应治理义务时,应当体现比例原则的精神,要求私人主体在采取措施时应考虑措施与违法行为的比例性,与违法行为的事实、性质、社会危害程度相当。例如,在涉及互联网平台等处于数字链条关键节点的私人主体时,应当将比例原则的精神融入技术性手段中。如针对涉嫌违法违规的内容,应先采取屏蔽、限制转发、限流等技术性措施,在完成告知等程序并听取用户意见后,再作出是否下架、删除等决定。其次,应要求私人主体遵循最低限度的正当程序原则,确保治理规则是公开、透明和可被充分理解的,在作出相应决定时应当说明理由,尤其是在作出影响当事人重大权益的治理措施时,应当保障当事人的陈述、申辩等权利。此外,还应推动提升治理过程的透明度,通过要求私人主体定期披露其治理情况,来供社会公众和监管部门衡量其在治理过程中是否充分考虑到了用户的权利。^⑧

Abstract: To address increasingly burdensome public governance tasks, legislators tend to impose on private actors certain public governance duties aimed at preventing and curbing unlawful conduct, with a view to sharing the burden of administrative governance and reducing administrative costs. Under positive law, various types of public governance duties are imposed on private actors on the basis of their responsibilities for risk control, including duties of verification and registration, inspection and monitoring, information reporting, and discouraging and taking action against unlawful conduct. However, in performing these duties, private actors may face problems such as insufficient professional capacity, governance failure and excessive governance, and additional costs; the accountability of public administration may also be weakened as a result. To better balance the interests of all parties, it is necessary to carefully circumscribe the fields and matters to which such duties apply, ensure that the public governance duties imposed on private actors remain proportionate and reasonable, establish well-designed meta-regulatory mechanisms and liability rules, and regulate private governance activities in accordance with public law principles.

(责任编辑:唐月洁)

^⑧ 参见前注②,赵鹏文,第47页。