



论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

陈俊：公私法之分与合的理论思考

admin 发表于： 2008-07-21 11:53 点击：602

关键词：公法/私法/公私法之分/公私法之合

内容提要：公私法之分，对资本主义国家尤其是大陆法系国家建构法律体系起到了重要作用。公私法在中国的生成及两者之分，直接溯源于苏联。长期以来，我国法学界否认公私法之分。近代以来，公私法之合的强劲走势，导致了传统公私法之分的危机，形成了社会法等新领域。在当代中国，需要重视私法基础和强调公法优位。

一、公私法之分的溯源与作用

依据大陆法系的传统分类，法律被分为公法和私法。[1] 公私法之分由来已久，源远流长，其生命力绵延数千年而不衰。迄今的法制文明，仍不容低估公私法的概念及公私法之分的作用和影响。世界上许多国家特别是大陆法系国家的法制实践和法学理论的发展，都曾经或依然从传统公私法理论中不断受益和得到有益启发。

从公私法之分的溯源看，罗马法学家乌尔比安最早提出了公私法之分：“公法是关于罗马国家的法律，私法是关于个人利益的法律。”[2] 之后，《查士丁尼法学总论》接纳这一划分，从理论上确立起公私法之分的基础。当时，划入私法的主要有人法、婚姻法、物法、债法等，而公法则包括宗教信仰及其活动法规、裁判官法、行政公职人员的权利义务规范等。这一划分意义重大，影响深远。公私法的上述区分，深刻揭示出了国家和个人二者间的差异与对立。两者的差别，鲜明地体现于乌尔比安随后在《学说汇纂》中具体化的列举之中：“它们有的造福于公共利益，有的则造福于私人。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中。”据此，公法和私法的职能分工和调整范围得以相对明确并长期沿袭下来。

上述关于公私法的宏观划分，影响深远，对当时处于简单商品经济阶段的罗马社会，更是具有积极意义。特别是，涉及“个人利益”的罗马私法以及以之为基础形成的私法文化，有力推动了罗马商品经济的发展，也使私法成为简单商品经济条件下“法律的最完备形式”和“商品生产者社会的第一个世界性的法律。”[3] 为此，恩格斯曾指出：“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法，但是它也包含着资本主义时期的大多数法权关系。”[4] 因此，“在19世纪的西欧大陆，公私法之分在广泛开展的法典编纂和法律改革中被普遍应用，并成为法律教育和法学研究的基础。对民法法系的法学家来说，公私法之分几乎成了一个自明的真理。这一现象是同当时经济领域的自由竞争以及与此相适应的个人自由主义不可分的。”[5] 逐渐地，公私法划分成为大陆法系国家构建法律体系的基础，大陆法系国家的公法一般包括宪法、行政法和刑法，私法包括民法和商法。这一建制，并未脱离公私法之分的始初框架；与此同时，由公私法之分所确立的特有原则即“公法不得被私人简约所变通”和“私人协议不变通公法”，也一脉相承，成为自由商品经济时代的普遍观念即参与法律关系的国家和个人分别在公法和私法领域活动，在私法关系中实行当事人意思自治，国家不予干预。

从历史的角度看，公私法之分很大程度上奠定了西方法律体系结构的基本框架，适应了资本主义商品经济发展对适

宜法律秩序的需求，其宗旨和贡献在于：使作为自由商品经济主体的个体的私人利益得到充分尊重和保护，促进了自由竞争，推动了经济和社会的发展。

二、公私法之分在中国的生成与生机

发端于自由商品经济的公私法之分，影响深远，近现代许多国家法律体系基本结构的生成，都可从中溯源。“整个法律体系的公法与私法的划分，以及诸如民法、刑法和行政法等自成一体部门的再划分，是18世纪启蒙运动法律思想的产物，是由法国大革命所确立的。这种划分遍及欧洲并最终传至美国。但这种划分未能在20世纪社会主义的发展中保存下来——无论是在共产党国家实行的完全的社会主义计划经济中还是在西方非共产党国家实行的不够全面的、只是政府控制的‘社会主义的’形式中，情况都是如此。”[6]

对整体上属于大陆法系阵营的中国来说，公私法在中国的生成，在成因上并不直接来自公私法之分的传统影响。中国法学界长期来缺少公私法之理念和观念，乏见两者之分与两者之争。在当代中国，从时间上看，真正的公私法研究及两者之争不过是20世纪90年代以后的事。然而，公私法之争之缘起、背景、根据、争点，尚需溯源于前苏联。

以苏联为代表的社会主义传统法律理论长期来拒绝以公私法之分作为法律体系结构之基础。这一做法，溯源于人们对革命导师列宁片言只语的理解。1922年，列宁在领导起草苏俄民法时指出：“不迎合‘欧洲’，而应进一步加强国家对‘私法关系’和对民事案件的干涉”，[7]“我们不承认任何‘私法’，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法范围，而不属于私法范围。……由此只是扩大国家干预‘私法’关系的范围，扩大国家废除‘私人’合同的权力，不是把*corpus juris romani*（罗马法典——《列宁全集》编者注），而是把我们的革命法律意识运用到‘公民法律关系’上去。”[8]列宁的这番话，长期来成为否认公私法之分和否定私法的经典性依据；并且，公私法划分，也被认为是资本主义特有的现象而不被承认。

值得思考的是：对列宁讲话的上述理解是否准确？对此，相关的研究进展认为：列宁讲话中译文的译者把关键的“私的”或“私人”二字误作“私法”译出并流传开来，从而导致理解上的偏差，而新版本的《列宁全集》已对之作作了校正。[9]这是认识上的一个发展。但是，即便如此理解，仍未澄清关键问题。中译文中“私的”一词，仍不是问题的关键：不承认私的关系包括经济领域私的关系，通过起草民法来反映经济领域所谓公的关系，那还是等于不承认私法民法。本文认为，需要结合列宁所作论述的背景和本意作一合理分析。列宁是在1922年2月新经济政策实行初期，苏维埃国家在一定限度内允许资本主义私有关系存在的背景下作此论述的。列宁的原意，应该不是简单地否定公私法之划分，他强调国家干预民事法律关系和反对私法自治，是担心放任商品、货币等要素起作用易导致资本主义力量的壮大，从而压制和扼杀尚处萌芽中的苏维埃社会主义力量。列宁曾明确指出，在新经济政策时期苏维埃经济组织同私有企业发生的民事法律关系，只要在这关系中国家利益受到损害，只要私人资本主义成分超出法律所允许的范围，国家就应当干涉这种关系。这一主张，是与后来否定私法并断言社会主义法都是公法的理论固执和实践推行，是有差异的。对此，前苏联法学家也看到了这一差异：“列宁坚决主张，在这种关系违反了国家利益的一切情况下，在私有资本主义分子超越法律对他们所规定的限度的一切情况下，国家应当干涉这种关系。”[10]

受上述苏联否认私法的观念和做法的影响，加之我国长期以来大一统计划经济模式的作用，“建国以后，我国法学界一直不承认有关公法与私法划分的理论，否认民法是私法的观点自建国开始一直在我国的法学研究中占据主要地位。”[11]

在20世纪90年代之前，否认公私法之分的观点，在我国比较常见。[12]这类观点的主要理论根据有：公私法之分是同资本主义私有制相联系的，在社会主义社会，私法已失去了存在的基础，因而公私法之分自然就消失了；公法是人民和权力分隔的表现，现在人民已经当家作主了，原来意义的公法已经不复存在；法是阶级意志的表现，是阶级斗争的工具，公私法之分抹煞了法律的阶级本质；社会主义制度消灭了社会利益和个人利益的对抗性，保证了两者的紧密结合，二者之分已失去意义；等等。被认为天经地义的是：在社会主义国家，个人的根本利益是一致的，国家利益、社会利益已经包含了个人利益，各种利益能够实现协调一致。建国后，否定论长期以来成为不容置疑之定论。

自查士丁尼大帝下令编写《法学总论》，从理论上树立公私法之分之里程碑后，两者之分为后世所接受并不断得到

发展，被公认为法律的基本分类。如果说公私法之分整体上渐成普适之定论的话，那么，唯独关于公私法之分的标准或依据一直难有定论。

罗马法的常胜不衰，相当程度上源于公私法之分；其中，主要又在于调整个人间不同利益性质的社会关系的私法。后世承继了公私法之分，也一并承继和奉信“私法自治”和“保护私域”的原则。这一历史性的延续，源于罗马社会充分发展的商品经济和发达、稳定的雅典民主制公法文化，生成于后资本主义自由商品经济基础和普遍确立的资产阶级民主政治制度的一以继之和推陈出新。从理论上剖析，国家制定的各种法律通过分类组合，形成一个统一的法律体系，根本上都是围绕利益而展开。罗马法公私法之分的生命力，也在于看到了国家利益和个体利益的差异，满足了简单商品经济发达的社会不同利益间的兼顾和实现。

以上否定论者所提出的我国社会主义制度消灭了国家利益和个体利益的对抗从而实现了不同利益紧密结合之观点，用之于说明人们根本利益的一致，未尝不可；但是，过去长期来被高度集权的大一统政治体制和计划经济模式所压抑的不同利益，是既存的。随着计划经济的逐渐退潮，也“随着改革开放的深入发展，社会矛盾也随之日益多元化。它已不像阶级斗争激烈的年代，人民作为一个在对敌斗争中利益比较一致的整体存在着，而是分解为各种不同利益群体。……简单地讲‘人民在根本利益上是一致的’，已不足以弥平不同利益群体之间利益上的巨大差别。”[13] 因此，建国以后，长期来在我国占据主导的否定论据以立论的理论根据和时空限制，也需要随着时代的变迁和社会关系的发展而发展。我国现实的社会经济条件和发展社会主义民主政治以超越长期以来高度集权政治、经济模式之内因，在根本上契合了公私法之分源远流长的理念和原则：国家和个体有别，私权不可犯，国家权力之于经济关系的介入以不干预当事人意思自治之域为限。并且公私法之分的理论，演进至近代，其内涵已经有所超越：罗马帝国时期的皇权是近乎无限的，不受任何公法之约束，而近代以来的公法则以限制执政者的权力及规范其行使为基本原则。

我国公私法之争及相关研究的真正开展，蕴育于我国建立社会主义市场经济体制目标的正式提出和依法治国方略取得共识之后。据此，对公私法之分在中国的兴起和发展，需要作一历史的、辩证的看待，作出时代性的思考。

三、公私法之合相对于公私法之分的发展与超越

“公私法之合”是“公私法之分”的对称，公法、私法之合概指两者间的融合和传统界限的模糊化。换言之，近代以来特别是在现代和当代，随着“公法私法化”和“私法公法化”现象的出现，传统大陆法系关于公法、私法划分的理论基础和立论观点受到了强烈冲击，甚至产生了根本动摇。在现代社会，随着国家权力的行使和加强，公法不断介入传统私法领域，私人权利之域日渐受到来自公法的影响乃至限制。譬如，作为最重要私权的财产权的行使，就不断受到公法上强制性规定的限制。

公私法之分，在资本主义自由商品经济时代有着非常积极的作用，对资本主义国家尤其是大陆法系国家建构法律体系也起到了关键性作用。可以说，在20世纪之前，公私法之分的影响和作用举足轻重。进入20世纪之后，公私法之分的界限开始模糊，两者之间实现了相互渗透。直接的原因，是作为经济活动的主体，除了传统的个人和国家，还有各种介于它们之间的势力强大的团体组织如工会、合作社、基金会、宗教团体，这些主体直接冲击了公私法的简单划分基础。此外，国家参与经济生活和社会其他领域的活动渐成普遍现象，19世纪的个人本位主义日渐让位于20世纪的社会本位，私法开始“公法化”；与此同时，国家对社会经济生活的参与，以私法手段扩大了国家对经济活动的介入，体现出了公法的“私法化”。具体地说，国家权力对传统私法领域施加产业政策、社会保障等社会性干预的同时又兼采行政、刑事等公法手段调节私法领域的活动。

公私法相互渗透，导致了传统公私法之分的危机，形成了既不属公法又不属私法的社会法新领域。对社会法这一新的法律现象，持广义说的观点认为，社会法包括经济法、劳动法、社会保障法；[14] 持狭义说的观点认为，社会法只包括劳动法和社会保障法。虽然，这两种观点对于社会法的调整对象认识不一，但是，两者都认为社会法这一新的法律现象能够用之于调整传统公私法特别是民法无法调整的经济关系。从历史上看，经济法和社会保障法首先出现于20世纪初的德国，当时的德国法学家拉德布鲁赫指出：“在新产生的法律领域中，如经济法和劳动法，人们既不能将其说成是公法，亦不能将其说成是私法。”[15] 他还指出：“由于对‘社会法’的追求，私法与公法、民法与行政法、契约与

法律之间的僵死划分已越来越趋于动摇，这两类法律逐渐不可分地渗透融合，从而产生了一个全新的法律领域，它既不是私法，也不是公法，而是崭新的第三类：经济法与劳动法。”[16]

把法律分成公法和私法，是以国家与市民社会的二元分立为基础的，而把法律分成公法、私法、社会法，是分别将国家、个人、社会作为基础的划分。“三元论看到了国家、个人和社会三者的不同，认识到了社会法法域的诸法确实更偏重于社会方面，具有突出的社会性特征。”[17] 在社会法兴起和发展的同时，不少观点也认为，公私法之分仍是大陆法系法律体系的基本分类，仍然可以用以解释近现代及当代的法律分类问题。其中，代表性的观点认为，“公私法之间界限尽管模糊，但大体上还是可以区分的，大部分法律关系还是可以容易地归入公法或私法门类的，即使有相互交错或重叠的地方，人们也可以有意识地加以区别。”[18] 社会法立足于社会本位，着眼于社会整体利益，其兼采行政、刑事、民事和经济等多种调整手段、援用多种诉讼程序之独到优势，使其能够在综合调整传统公私法力不从心的社会关系领域，发挥着不可替代的积极作用。社会法对传统私法保护之个体利益和公法保障之国家利益之外的社会一般利益作出积极的人文关怀，在传统公私法之间作出利益平衡，协调国家、个人、社会间的三元利益并致力于促进这些利益的发展，是时代精神的阐释和践行。

四、私法基础与公法优位之公私法定位述论

公私法间一个明显的、渊源久远的职能分工是：私法用以调整平等主体间平权的交换关系，即便国家作为交易一方参与交易也与个体一方处于平等地位；而公法用来调整管理、服从型的国家与个体间的非平权关系。两者的调整机制、作用力方向及价值取向，都是截然有别的，因而，两者间谁为基础的抉择，直接关系法律调整的整体功效。公私法两大阵营之分的典型代表可以说是行政法与民法：一个调控国家公权力的管理与监督关系，一个调整平等社会关系主体间的民事交换关系，由此型构出一个社会最基本的两种社会关系框架。

在当代中国，在建立社会主义市场经济体制，使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用成为共识的背景下，基于公私法调整对象和范围的不同，着眼于民商之私法契合以市场为基础配置社会资源之功能，尊重当事人间的意思自治和权利自主，认真对待国家公权力在经济体制中的无往不在，强调私法基础之定位，当属理性之抉择。从这一角度理解，就不足奇怪凯尔森作为强烈反对公私法之分的代表人物，也会有这样的认识：“在这种情况下，私法规范无疑体现了保护国家利益，所谓‘公’益的职能。故且不论这一特殊情况，人们总不能否认维护私人利益也是合乎公共利益的。如果不然的话，私法的适用也就不至于托付国家机关。”[19]这一总结，反映了法律成长过程中私法的基础性作用以及公法作为私法之保障的作用。

立足中国，树立私法为公法之基础和弘扬私法精神，有着积极的价值。“中国是世界上中央集权的专制主义统治最长久、传统最深厚、影响最深广的国家”；[20]同时，“中国是世界上重农抑商的历史最悠远、商品观念最薄弱因而权利与义务观念也最薄弱的国家。”[21]

在私法为基础的认识基础上，不少学者特别是民法学者还提出“私法优位”的观点。然而，私法基础并不等于私法优位，坚持私法基础的同时还需要强调公法优位。前述社会法的应运而生，很大程度上是源于：私法领域内的绝对放任自由，从而损及他人和整个社会的权益，而靠市场本身的力量，又无力克服这些弊端。因而，国家公权力导入曾经被私法独占的私域，是为恢复一度为膨胀的私利和私欲所破坏的商品生产经营自由、公平、竞争有序的交易秩序，亦即凯尔森所言的将私法适用托付给国家机关。

罗马法在传统上一直公私分明，截然有别。“然而，在罗马法渊源中，大量调整私人关系的规范又被说成是公法，查其原因，这种情形恰恰出现在社会利益或一般利益与个人利益重合之时。公法的这种含义有着它特殊的意义，因为它的规范尽管是为个人关系制定的，但其效力不能通过简约降低，也不能由公民加以变通。”[22]

注释：

[1] 英美法系不存在严格的公私法之分，并且，英美法系的法学家大多认为两者之分并不十分重要。

[2] (古罗马)盖尤斯著，黄风译：《法学阶梯》，中国政法大学出版社1996年版。

- [3]《马克思恩格斯选集》第4卷，第248页。
- [4]《马克思恩格斯全集》第36卷，第169页。
- [5]沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第96页。
- [6][美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，中国大百科全书出版社1993年版，第41页。
- [7]《列宁全集》第33卷，第173页。
- [8]《列宁全集》第36卷，第587页。
- [9]参见《列宁全集》第42卷，1987年版，第427页。
- [10]参见彼·斯·罗马什金等著：《国家和法的理论》，法律出版社1963年版，第509页。
- [11]刘瀚：《中国法学基础理论》，载罗豪才、孙琬钟主编：《与时俱进的中国法学》，中国法制出版社2001年10月第1版，第21页。
- [12]在20世纪80年代和在此前出版的国内法学教材特别是法理学教材中，这类观点并不鲜见。
- [13]郭道晖著：《法的时代精神》，湖南出版社1997年版，第750页。
- [14]典型观点可见潘静成、刘文华主编：《经济法》，中国人民大学出版社1999年版，第15页。
- [15][16][德]拉德布鲁赫：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版，第58页、第77页。
- [17]张守文：《社会法论略》，载《中外法学》1996年第6期。
- [18]沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第99页。
- [19][奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》（沈宗灵译），中国大百科全书出版社1996年版，第232页。
- [20][21]周旺生：《中国立法改革三策：法治、体制、决策》，载《北京大学学报》1995年第5期。
- [22][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》（黄风译），中国政法大学出版社1992年版，第9—10页。