

全国外国法制史研究会学术丛书

公法与私法的 互动

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

公法与私法的 互动

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公法与私法的互动 / 何勤华主编. —北京:法律出版社, 2012. 8
(全国外国法制史研究会学术丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3889 - 6

I. ①公… II. ①何… III. ①公法—互动—私法—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 194135 号

全国外国法制史
研究会学术丛书

公法与私法的互动

主编 何勤华

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 17 字数 461 千

版本 2012 年 9 月第 1 版

印次 2012 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

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

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 - 5118 - 3889 - 6

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

历史上,公、私法的划分,是罗马法的首创,前者包括宗教祭祀活动和国家机关活动的规范,后者包括所有权、债权、家庭及继承关系等方面的法律规范。罗马五大法学家之一的乌尔比安(D. Ulpianus,约170~228年)说:“公法是有关罗马国家稳定的法,私法是涉及个人利益的法”。^① 乌尔比安的这一论述,为公元6世纪编纂的罗马国法大全中的《学说汇纂》第一编第一章所收录后,就传至后世,从而对西方法律传统产生了重大影响。

近代以后,西方大陆国家的一些著名法学家如拉邦德(Paul Laband,1838~1918年)、耶利内克(Georg Jellinek,1851~1911年)、祁克(O. F. von Gierke,1841~1921年)、拉德布鲁赫(G. Radbruch,1878~1949年)等,都奉行公法和私法分类的学说,对法律的本质和功能等进行了详细的研究。有些学者如瑞士的荷灵加(Hollinger),还以“公法与私法的区别标准”为题,做出了博士学位论文,并在其论文中,列举了当时流行的关于公法和私法的17种学说。而另一位学者,即日本宪法学家美浓部达吉(1873~1948年)则直接出版了《公法与私法》的专著,对近代西方公法与私法的区别、关联,公法与私法的共通性和特殊性等问题,进行了深入研究。

当然,西方也有不同意公法和私法划分之观点的。1917年俄国“十月革命”爆发后,列宁就明确否定了公法和私法的划分,认为社

^① [意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《正义与法》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第35页。

会主义国家的所有法律,都具有“公”的性质,都是为了实现社会主义的法制理想,并通过国家公共机构来予以贯彻的。无独有偶,纯粹法学派的代表人物凯尔森(Hans Kelsen, 1881 ~ 1973 年),也坚决否定公法和私法的区别,他在其名著《国法学的主要问题》中明确指出:西方法学界传统上“对私法和公法加以区别,但我却相反,把这两者的区别概行抛弃。……我是主张一切的法都属国家法的代表。”^①纯粹法学派的其他一些学者如威雅(F. Weyr)、玛克尔(A. Merkl)等人,也都否定公法和私法的划分。

20 世纪以后,一方面,公法和私法之间的互相关联、互相渗透受到了越来越多学者的关注,否定将法律划分为公法和私法的学者自不待言,即使坚持公、私法须严格区别的学者,如美浓部达吉等,也都认识到了公私混合的法律关系的存在,认为以公法的行为为依据的私法关系、以私法之法律行为为要素的公法行为,以及公法与私法的互相转换,已经成为各国法律发展中出现的新动向。另一方面,随着社会法律关系的日益复杂,以及对这种法律关系研究的深入,许多法学家如祁克等,开始注意到在公法和私法之外,还存在着另一种法律,这种法律对越出公法或私法之社会关系,以及公法和私法互相纠缠、互相交融的社会关系,进行着规范和调整,他把这种法律,称为“社会法”。

至第二次世界大战结束,随着国家对经济发展干预的不断加强,以及政府对养老、医疗、就业、残疾人保障等社会保障事业的管理职能越来越强,不仅公、私法的互动,公私混合法得到了大家的认可,而且社会法也不断成长,成为一个独立的法域。这些情况的出现,表明了公法和私法之间的界限已经并不那么清晰,许多法律关

^① [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 7 页。

系,如租税、商事、金融、土地征用、公法人等关系,都兼具了公法和私法的两种属性,带有鲜明的公、私法互动之特色。法律关系的这种发展,吸引了许多学者的眼光,对公、私法互动关系的研究日益勃兴,涌现了如劳动法、经济法、环境资源法、社会保障法、银行法、公司法、证券法、票据法、期货法等一批新兴的社会法法域,从而在世界上形成了一股新的法和法学发展的潮流。

鉴于这种世界法律发展的新趋势,由贺卫方教授提议,经过研究会常务理事会的讨论,我们将外法史第24届年会(海南会议)的主题确定为“公法与私法的互动”,希望借助这次年会,鼓励外法史学界的各位才俊,对此发表自己的见解,贡献自己的论文,大家一起来探索和解读这一股世界法律发展的新趋势。令人鼓舞的是,在2011年10月22日至25日的年会上,各位代表提交了一批相当有水平的论文(秘书处精心挑选、收录了24篇),很好地诠释了上述会议主题。

对本书的内容,在本书所收录的各篇主题论文中都已经有了充分详细的展示,故笔者对此不再赘述。本书的编辑,一如本研究会学术丛书的前11辑《法的移植与法的本土化》、《20世纪外国经济法的前沿》、《20世纪外国司法制度的变革》、《20世纪外国国民商法的变革》、《20世纪西方宪政的发展及其变革》、《20世纪外国刑事法律制度的变革》、《多元的法律文化》、《混合的法律文化》、《英美法系及其对中国的影响》、《大陆法系及其对中国的影响》、《法与宗教的历史变迁》(均由法律出版社于2001~2011年各年出版)的惯例,分主题论文、专题论文和附录等部分。

本书的编辑,由本研究会秘书处承担,负责编辑工作的有研究会的副会长李秀清、秘书长陈颐、副秘书长冷霞,以及华东政法大学法律史专业的周伟文、于明、于霄、胡骏、孙晓鸣、陈阳、朱颖、李洋、骆永兴、王思杰、何元龙和李海有等华东政法大学的教师、博士生和

硕士生。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,此点还望各位原作者见谅。

本次年会的召开,得到了海南大学法学院的大力支持。尤其是海南大学法学院院长王崇敏教授、海南政法职业学院院长童光政教授,对本次会议的召开给予了全身心的帮助,海南大学法学院副院长叶英萍教授细心周到、不辞辛劳的组织工作,使会议能够得以顺利进行。本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法大学的学会活动经费的资助,并得到了法律出版社社长黄闽先生的全力支持,本书的责任编辑钱小红老师、董飞老师则为本书的编辑出版倾注了大量心血。在此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法大学
外国法与比较法研究院
2012年3月15日

目 录

序 /1

主题论文

武宇红/公私法的划分与嬗变 /3

胡 骏/基督教“圣爱”与墨家“兼爱” /14

张锐智 田大川/罗马法学家关于公法私法划分的意义与启示 /35

肖光辉/古罗马公权力的构成与近现代西方政权结构的基本模式——
关于政体与权力分立学说的理论与实践 /54

吴训祥/市民社会的兴起与公私法的分野——从市民法到民法 /75

刘艺工/加拿大法制中的公法与私法 /93

刘一纯/职务侵权赔偿的法律适用:游移在公法与私法之间 /108

费小兵/走出宗教冲突中私法公法难分难解的尴尬——从源初文化开
启解决路径 /116

李明倩/国际私法性质的历史演变——兼谈其与国际公法的关系 /129

马明贤/公、私法理论的演进与互动 /146

方立新 姚利红/公私法的分野与趋同 /160

马海峰/私法公法化——以罗马法 *privata delictum* 为中心的考察 /173

张玮麟/作为私法的公法——论西欧封建法律的形成及其双重属性 /199

徐国栋/论诚信原则向公法诸部门的扩张 /208

魏晓阳/私法权利向公法权利的跃升——以日本隐私权为例 /223

何 东/读 1940 年吉永荣助《私法之公法化》 /234

余 辉/古代中国国家权力对私法关系介入的分析——以宋代的孤幼
检校制度为素材 /245

- 蔡 迪/19 世纪末德国社会经济立法缘起考 /267
- 汪 强/试析《宪法》第 42 条第 2 款“国家通过各种途径,创造劳动就业条件”的规定——兼议宪法劳动权的性质 /284
- 张 弘 曹一飞/行政法私法化的理论基础 /297
- 牛丽云/从对抗到对话:行政契约的法理学解读 /312
- 程 波/公法与私法互动视野下的人格权 /320
- 杨大春/试论税收领域的公私法互动 /334
- 刘腾飞/以美国堕胎权为视角探析公法与私法的交融 /346

专 题 论 文

- 王笑红/古代教会中的法律 /361
- 赵立行/论中世纪商法的效力基础和范围 /378
- 果海英/西班牙的殖民征服与菲律宾本土的法律与习惯 /395
- 吴旭阳/14 世纪的“人民主权”理论萌芽——中世纪后期西方的“人民主权”理论小结 /412
- 王 婧/庞德理论视域下的契约自由 /430
- [以色列]巴勃罗·勒纳 顾元译/以色列的法律史:法学研究中之地位 /442
- 冯曙霞/中外古今共同选择“亲亲相隐”制度原因分析——新中国外国法制史学科发展 60 年研讨会暨林榕年教授从教 60 年庆典发言稿 /484
- 冯卓慧/新中国外国法制史学科发展 60 年回顾与建言 /496

附 录

- 全国外国法制史研究会第二十四届年会(海口·2011) /509
- 全国外国法制史研究会第二十四届年会出席代表名单 /514
- 全国外国法制史研究会第二十四届年会提交论文目录 /518
- 全国外国法制史研究会 2010 年度优秀论文获奖名单 /522
- 陈秋云 刘 伟/全国外国法制史研究会第二十四届年会综述 /523



主题论文

公私法的划分与嬗变

武宇红

一、公法与私法划分问题的提出

公法与私法的区分始于古罗马,乌尔比安在《学说汇纂》一书中写道:“它们(指法律)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。”查士丁尼在《法学总论》里进一步明确了这一划分,“法律学习分为两个部分,公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”关于两者的效力,《学说汇纂》指出:“公法的规范不得由当事人之间的协议而变更,而私法则任意的,对当事人来说,协议就是法律。”^①

由于公法与私法划分的最初标准是公共利益和个人利益,这给了人们一种最初的印象,似乎私法只服务于特定个人的利益,而只有公法才服务于普遍利益,这就为后来公法服务于国家权力的集中和扩张提供了理论支持。然而,法律是对社会生活的反映,对于罗马法学家们划分公法与私法的初衷,必须更多地从当时的政治、经济等多方面进行分析,而不能仅从表象出发。

首先,古罗马城邦时代的民主自治传统和简单商品经济的发展促成了市民社会与政治国家的分离,在此基础上形成了发达的罗马私法。恩格斯曾指出:“在罗马帝国时代,至少对自由民来说产生了私人的平等,在这种平等的基础上罗马法发展起来了,它是我们所知道的以私有制为基础的法的最完备形式。”^②因而,罗马私法被誉为商品生产者社会的第一个世界性法律。由此可见,私法与公法的划分是有着深刻

^① 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆2004年版,第92页。

^② 《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1995年版,第445页。

经济根源的。

其次, 乌尔比安提出公法与私法划分是在公元 3 世纪, 此时正处于古罗马帝国政体向君主专制转变的时代, 古代民主制下对政体和国家治理问题的言论自由逐渐丧失, 法学家们将公法研究视为畏途。诚如有些学者所言, 罗马法提出了公法与私法的划分, 但这样做的目的在于撇开公法, 如果真的存在公法的话。也可以说, 法学家谨小慎微地避开了这个禁区。法学家们正是基于这个直接原因而提出了公法与私法的划分。

二、公私法区分的必要性及其价值

公私法的区分可以说是整个近现代法治得以建立的基础。资产阶级革命以后, 市民社会与政治国家经由融合走向分离, 在这种二元分立格局的时代背景下, 大陆法系国家的学者利用公法、私法这一传统分类来建构法律体系, 发展资本主义民主法治, 公法、私法的区分遂在实践中得到普遍应用并深刻影响了大陆法系国家的法院设置、法律学习与法律观念。即使是英美法系国家, 由于其特殊的法律体系与司法体制, 在理论上没有公私法之分, 但其现行法中“公”与“私”的制度也存在重大差别。恩格斯很早就有区分公法与私法的观点, 他在论述法律产生时曾指出: “在社会发展某个很早的阶段, 产生了这样一种需要: 把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来, 设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯, 后来便成了法律。随着法律的产生, 就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力, 即国家。”^①这一体现历史和逻辑统一的论述, 不仅充分说明了在法律的进程中私法先于公法, 更蕴含着深刻的观点, 即公法、公共权力是为私法而设立的。

1. 作为法律的一个基本分类, 它有利于从总体上把握各部门法的特征。一般认为, 公法以宪法、行政法为代表, 而私法则以民商法为典

^① 《马克思恩格斯选集》(第 8 卷), 人民出版社 1965 年版, 第 538 ~ 539 页。

型。作为公法,它存在于政治国家领域,以公共利益为本位,采用国家强调的调整方法,对国家“高权”予以必要的照顾。如果是私法,则主要活动于市民社会领域,以个人利益为本位,以意思自治原则为调整机制,一般排除国家权力的干涉。以此为基础,就可以在总体上来理解和把握各部门法的性格。

2. 纠正公权的过度使用,保证其在设置的目的范围内运转。根据国家与社会的二元结构理论,国家权力的正当性在于它出自市民社会的需要,其合法性源于市民社会对权利的让渡和对其权威的承认。就我国实际来看,政府对特定领域的干预常存在缺少正当性和合法性的情况。一些权力在公法外衣的保护下,大肆进入民商事领域,成为某些组织和个人渔利的工具。其原因除法律执行问题外,也与立法时没有基于公私法区分的原则对特定领域选择正确的法律调整方法有关。明确界定一部分法律空间为私法对象,在一定程度上可限制公权的活动范围。

3. 培育私权意识,促进私法的发展。在集权社会,往往市民社会萎缩,国家权力得不到应有的制约,国民任何权利均被认为是帝王或统治者的恩典,国民没有独立的主体人格,社会与民众私法观念普遍缺失。这个状况的改变,离不开私权意识的培育。“个人是自己利益最好照顾者。”私法因循了这一基本的人性,把意思自治作为最高原则,一方面限制了公权力的范围和行使限度,另一方面它也可以培育私权意识和维护公民主体人格。

三、中外传统法律性质的比较

(一) 中国传统法律的公法性质

关于中国法律起源的说法很多,“刑起于兵”、“兵刑合一”是其中之一。我国的法律是从处理国家大事的习惯中提炼、演化而来的。也就意味着,中国古代法从其诞生伊始就具有公法性质。

中国是成文法发达的国家。早在春秋以前就有《禹刑》、《吕刑》等成文法。春秋中后期郑国子产“铸刑鼎”,使得成文法运动在各诸侯国

迅速展开。直至春秋末期,分封制、井田制瓦解崩溃。封建制在各诸侯国逐渐确立,在社会制度变革的推动下,各诸侯国纷纷变法改革,各国相继颁行了一批具有封建性质的成文法,如:赵国《国律》、秦国《秦律》、魏国《法经》等。其中《法经》最为著名。《法经》分为《盗》、《贼》、《囚》、《捕》、《杂》、《具》六篇。从律典的结构来看:《法经》应该是以惩罚盗、贼犯罪为核心。加上后面的《囚》、《捕》两篇,《法经》绝对称得上是一部刑法典。我们也都知道《法经》的作者是法家的创始人李悝,在战国时期法家所主张的就是重刑。而这一思想为商鞅所继承:“重刑少赏,上爱民,民死赏”^①。商鞅学习《法经》模式,吸收法家的重刑思想,并将这些运用于秦国的变法,秦国因此而成为战国七雄之首。后秦灭六国而一统,但很快覆灭,后“汉承秦制”,而此后历代均在此基础上继承发展。《晋书·刑法志》云:“秦汉旧律,其文起自魏文侯师李悝。悝撰次诸国法,著《法经》。以为王者之政,莫急于盗贼,故其律始于盗贼。盗贼须劾捕,故著囚捕二篇。其轻狡、越城、博戏、借假不廉、淫侈、逾制以为杂律一篇,又以具律具其加减。是故所著六篇而已,然皆罪名之制也。商君受之以相秦,汉承秦制。”^②可见从《吕刑》到《法经》、《秦律》,再到汉代的《九章律》,惩罚犯罪的刑法占据了封建国家法律的主要部分。当然,站在当时立法者的角度,以刑治刑的治国治民思想决定了法律的性质。无论法律是以“刑”来命名,还是后来用“法”、“律”来命名,都改变不了其刑法的本质。虽然到了汉代“罢黜百家,独尊儒术”,儒家学者利用儒家经典春秋经解释法律,但是其所谓的“引经注律”不过是注释刑事法律,“引经决狱”也是引用春秋经义来解决疑难的刑事案件,法律的刑法性质、解决问题的刑罚性并没有改变。而《法经》、《秦律》等早期封建法律的结构、内容、形式也被后世国家所继承发展。《北齐律》、《开皇律》在学习《法经》、《秦律》等法律的基础上承袭了中国传统

① 《商君书·靳令篇》。

② 韩季桃、张德美、李靓:《中国法制史》(参考教学),法律出版社2001年版,第186页。

法律以刑为主的公法性质。到唐高宗时期,《唐律疏议》问世。这部法律是我国古代封建立法的最高峰,但是《唐律疏议》也是在《北齐律》和《开皇律》的基础上“改造”而成。《唐律疏议》共30卷502条,分入12篇中:名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、作伪、杂律、捕亡、断狱。《大唐六典》对其做了明确的评价:“凡律以正刑定罪。”^①也就是说《唐律疏议》是一部规定犯罪和刑罚的法律。而封建法律中维护统治阶级利益和家庭伦理道德的“十恶”就位于《唐律疏议》诸篇之首——《名例》中。《唐律疏议》是中国传统法律的集大成者,它承上启下继承并发展了中国传统法律诸法合体、以刑为主的公法性质。这一部法律为后世封建国家立法所学习,并且在体例、内容上有所变动和创新,如《大明律》、《大清律例》,但是终究没有打破中国传统法律所一脉相承的公法性质。我国传统法律自其产生至其消亡,公法性质的本质没有改变。

另外,需要说明的一点的是,我国传统法律的公法性质还体现在法律对本应属于私法调整的民事行为公法化,即通过刑罚的手段来解决民事纠纷、调整民事关系。“诸祖父母在,而子孙别籍、异财者,徒三年。”在祖父母健在的时候改变户籍,分割财产的,处徒刑3年。今天看来,分割财产是民事行为,是民法调整的范围,而祖父母与子孙之间分割财产无可厚非。可是在《唐律疏议》中却要加以刑法,甚至被规定为十恶中的不孝。这就用刑法来调整民事行为。像这样的规定在《唐律疏议》的户婚篇中随处可见。像婚姻家庭关系本应用私法来处理,而在我国传统法律中却用体现国家强制力的刑法来调整。足见我国传统法律之中公法的主导地位,而相比之下西方传统法律中人身、财产之类的法律早已是私法调整的对象了。

(二) 西方大陆法系传统法律的私法性质

与中国传统法律体系完全对立的法律体系就应该是西方大陆法系,笔者认为西方大陆法系传统法律的性质应该是与中国传统法律公法性质相对应的私法性质。要想探究这一性质,我们就要分析罗马的

^① 《商君书·靳令篇》。

法律。罗马共和国于公元前451年出台前十表,在公元前450年为了平息平民的愤怒与不满,制定了后两表作为前十表的补充,后统称《十二表法》。其中限制了贵族的权力,扩大了公民参与政治的权利,设立了平民执政官等,可以说这些都是斗争来的权利。

《十二表法》中每一表的标题分别为传唤、审理、执行、家长权、继承与监护、所有权和占有、土地和房屋、私犯、公法、宗教法;第十一表:前五表的补充;第十二表:后五表的补充。从其内容来看,《十二表法》既有公法又有私法,但是私法规定较多。相对于同一时期在中国诞生的《法经》而言,《十二表法》可以称得上是一部诸法合体、以民法为主、公私有分的法律。

直至罗马共和国后期,国家扩张,外来人逐渐增多,属人管辖的罗马市民法无法适应社会发展的需求。为了解决外邦人和被征服地区居民的内部矛盾,以及他们同罗马公民之间的矛盾、权利义务关系,罗马于公元前242年设立外事裁判官,处理外事法律活动。在外事裁判官解决纠纷的过程中逐渐形成了一套“万民法”。相对于“市民法”,“万民法”更加的灵活。其主要来源是:清除了形式主义的罗马所固有的“私法”规范,同罗马人发生联系的其他各民族的规范,地中海商人通用的商业习惯与法。其中绝大部分内容是属于财产关系的,并且特别注重调整所有权与债务关系,可以说“万民法”是一部“民法典”。笔者认为,在罗马国家初期公法与私法的发展应该是较为平衡的,但是随着商品经济的发展、国家的扩张,私法的应用日益广泛,尤其是在“万民法”形成之后。罗马国家的私法得到充分发展,并且远远超过公法的发展,以至于在罗马法中占据主要地位。这一现象在罗马帝国后期尤为突出。

罗马帝国后期,查士丁尼皇帝编纂了《国法大全》。《国法大全》由《查士丁尼法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》和《新律》构成。其中《法学阶梯》与《学说汇纂》私法性质最为突出。《法学阶梯》共四卷:人法、物和物权以及遗嘱、法定继承、由侵权所生之债和诉讼。按照罗马私法体系的基本内容可以概括为人法、物法和诉讼法。而《学说汇纂》共50