



私法统一化之 法哲学研究

The Unification of Private Law: From the
Perspective of Legal Philosophy

鲁世平 著

私法统一化之 法哲学研究

The Unification of Private Law: From the
Perspective of Legal Philosophy

鲁世平 著

责任编辑:张立

版式设计:周方亚

责任校对:张红霞

图书在版编目(CIP)数据

私法统一化之法哲学研究/鲁世平著. —北京:人民出版社,2016.12

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-01-016461-8

I. ①私… II. ①鲁… III. ①私法-法哲学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 166857 号

私法统一化之法哲学研究

SIFA TONGYIHUA ZHI FAZHEXUE YANJIU

鲁世平 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京明恒达印务有限公司印刷 新华书店经销

2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:21.75

字数:385 千字

ISBN 978-7-01-016461-8 定价:68.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

国家社科基金后期资助项目

出版说明

后期资助项目是国家社科基金项目主要类别之一,旨在鼓励广大人文社会科学工作者潜心治学,扎实研究,多出优秀成果,进一步发挥国家社科基金在繁荣发展哲学社会科学中的示范引导作用。后期资助项目主要资助已基本完成且尚未出版的人文社会科学基础研究的优秀学术成果,以资助学术专著为主,也资助少量学术价值较高的资料汇编和学术含量较高的工具书。为扩大后期资助项目的学术影响,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

2014年7月

人们可能认为哲学深奥玄妙、远离尘世。我却希望人们明白她也可以通俗易懂、入乡随俗。人们可能认为驻足示爱是不务正业、虚度光阴。我却希望人们和我一样坚信：我们正在通往目标的路上。在此，人们将找到开启门闩和暗码的钥匙，简陋的工具永远不可能妄图打开它们。人们可能认为追求终极观念的理论与实践毫不相干；职业生涯伊始，这或许是真的，但当面对更重要的问题时，却可能最终发现，除了研究基础知识，几乎一无所获。

[美]本杰明·内森·卡多佐著：《法律的成长》
(*The Growth of the Law*)

本杰明·内森·卡多佐 (Benjamin Nathan Cardozo, 1870-1938) 是美国社会法学派的代表人物，美国历史上最伟大的法官之一(法官的偶像)，被公认为全美最聪明的法学家。

比较各国法,单纯地观察具体条文的差异是表面而肤浅的,关键在于考察其根本因素。各种概念、范畴、立法技术、解释方法等根本因素是与一定的社会秩序观念相联系的,法的实施方式甚至法的职能都决定于此。立法者大笔一挥,条文就可修改或者废止,而诸多根本因素却非立法者所能左右,因为它们同一个国家的文明与思维方式联系密切。所以人们不仅应该深谙法律条文,更重要的是要抓住据以制定这些条文的内在的、基本的、稳定的因素,正是这些因素透过法律条文的一切变化,使一个国家的法具有其历史连续性,也正是由于这些因素,法学才被视为科学,法学教育才成为可能。可见,法学教育之所以可能,只是因为法是由变动不居的条文以外的其他因素所构成……法在国际上一定程度的统一是今天的世界所要求的,而对明天的世界来说,它将是更加必需的。

[法]勒内·达维德著:《当代主要法律体系》
(*Les grands systèmes de droit contemporains*)

勒内·达维德(René David,1906-1990)是当代法国著名比较法学家,1928年获巴黎大学法学博士,1935年获剑桥大学哲学博士;1930—1933年担任国际统一私法协会(UNIDROIT)副秘书长期间的经历,极大地推动了其“世界法律统一主义”思想的形成。其所著《当代主要法律体系》(1964年首版,1982年已出至第八版),被西方法学家誉为当代比较法学的权威著作。

在国际社会都追求实现法制现代化的背景下,尽管法律大别为公法与私法,但私法在法律体系中具有的基础性地位、在历史与现实和理论与实务中的支配性地位、在实现法制现代化过程中发挥的助推器作用,以及人类生活各方面都与私法紧密相关的事实,决定了法制的现代化重在私法的统一化,换言之,私法统一化是法制现代化的基础;私法的未来发展趋势就是要走私法的统一化之路。在私法统一化的语境下,针对我国私法未来的发展,只有树立坚持国家统一的观念、弘扬契约精神的观念和倡导中外融合的观念,才能实现我国法制的现代化。唯此,我们心目中未来的中国私法就不仅是能使我国法制实现现代化的私法,更是增进中国人民文明和增加中国人民幸福的私法。

鲁世平

目 录

引 言	1
第一章 私法统一化缘起	4
一、私法与统一化释义	4
二、私法统一化的前提条件	17
三、私法统一模式及其不平衡性的原因	21
四、本书的写作范围	33
第二章 私法统一化的历程	36
一、1880 年代前私法的统一化	37
二、1880 年代后私法的统一化	57
三、私法统一化运动的契机	86
四、私法统一化运动的成果	100
第三章 影响私法统一化的因素	112
一、影响私法统一化的有利因素	112
二、影响私法统一化的不利因素	140
三、影响私法统一化之法系样式构成标志	168
第四章 私法统一化的原因	176
一、国际视阈:和平共处说	176
二、国家视阈:法治国家说	177
三、社会视阈:和谐社会说	177
四、个人视阈:安全需要说	180

第五章 私法统一化的科学评估	184
一、私法统一化的自缚性	184
二、私法统一化的发展趋势:相对统一	194
三、私法统一化是法制现代化的基础	200
第六章 私法统一化语境下的中国	210
一、中国私法统一化的既得成果	210
二、现状与对策:统一化与本土化	218
三、我国私法发展中应当树立的观念	245
主要参考文献	260
附 录	
2002 年《海牙国际私法会议中介机构所持证券若干权利法律 适用公约》(中英文)	282
2001 年《联合国(国际贸易法委员会)电子签字示范法》(中英文)	306
1996 年《联合国(国际贸易法委员会)电子商务示范法》(中英文)	316
后 记	333

引 言

五千年人类文明史发端于非洲,历经依赖自然的亚洲农业文明、富有活力的欧洲工业文明和颇具创造性的美洲知识文明三个文明形态。西方历史哲学中历史进步观的奠基人之一法国孔多塞在其 18 世纪启蒙哲学经典著述《人类精神进步史表纲要》(*Sketch for a Historical Picture of the Progress of the Human Mind*)中认为,人类历史发展的驱动力来源于科学,人类发展史就是科学知识的发展史。20 世纪 50 年代以来,经济增长主要驱动力的技术进步理论普遍受到重视,1987 年经济学诺贝尔奖得主美国罗伯特·默顿·索洛(Robert Merton Solow)等诸多经济学家在计算经济增长中生产要素的贡献后认为,作为世界经济主导者之发达国家的技术进步抑或全要素生产率对经济增长的贡献超过其他生产要素的总和。如此而言,知识要素基本上决定了经济的增长和人类的生存。20 世纪 70 年代以来,发达国家的经济超越了工业化阶段而进入非工业时期,这种非工业化经济的实质是经济的知识化。1981 年,1993 年经济学诺贝尔奖得主美国道格拉斯·C.诺思(Douglass C. North)把农业经济的兴起称为第一次经济革命,把工业经济的兴起称为第二次经济革命。显然,知识经济的兴起是第三次经济革命,第三次经济革命正在打造一个全新的世界。另外,20 世纪 90 年代,冷战的结束、通讯技术和网络技术的发展,以及全球跨国投资的激增,把世界带入了全球化时代。总之,20 世纪末,知识要素对经济增长的贡献超过其他生产要素的总和;全球化势力对人类社会影响的扩张已使全球化成为人类话语的主要语境,我们已经进入全球化的知识经济时代。

在全球化知识经济时代,国际交往已然成为人们存活的空间维度和语境。国际交往历来就包括公主体的交往和私主体的交往,而公主体的交往归根结底是以私主体的利益诉求为归宿的。关于公主体的交往,著名美国国际法学家路易斯·亨金(Louis Henkin)在其经典著述《各国如何行动》(*How Nations Behave*)开篇第一句对国际关系中武力、外交和法律的观点阐述为:“在各国的关系中,文明的进展可以认为是从武力到外交,从外交到法律的运动。”我们知道,国际公法只是为私主体追求和实现私人利益创设保障性的环境,私人利益才是公主体国际交往的全部所在。将公法与直接调整私人利益的私法进行比较,就会发现,私法才是调整实现私人利益最直

接的法律。如果“法律是人类最伟大的发明。别的发明让人类学会驾驭自然,而法律的发明则令人类学会如何驾驭自己”,那么,在全球化的知识经济时代,人类如何驾驭自己,作为直接调整私人关系的私法就是一个具有决定性意义的领域,而顺应该时代精神的私法之一个强劲发展趋势的私法统一化问题,就成为一个不得不面对且需要认真研究的问题,特别是其中具有根本性、全局性和宏观性的特点,并且对其他问题具有一定启发意义和先导价值的法哲学性质的问题。

私法统一化的历史源远流长,海事法领域是私法统一化的先行者,电子化手段成为私法统一化的催化剂,示范法形式是私法统一化的试金石。但私法统一的成效并不显著,这是因为存在着诸多影响私法统一化的不利因素。不过,即使“罗马法系的非婚生子女的法律地位”、“德国法系的抽象物权契约理论”和“英美法系的信托法律制度”等传统上认为有碍于私法统一化的三项法系样式构成标志的制度,在今天,前两项制度已经被其各自法系抛弃或者废除而不再是其独有的制度,第三项制度已被其他法系广为借鉴。所以,当前这三项制度所在领域的状况是有利于私法统一化的,并且已经发展成为统一化的制度。其实,整体上看,当前有利于私法统一化的因素是主流。

实践中,私法统一化两大模式中国际统一冲突法模式的内容主要为人身法,而国际统一实体法模式却几乎全部都是财产法;同时,财产法的统一化快于人身法的统一化。导致这些现象的原因既有历史上的原因,又有现实中的原因,但财产法与人身法本质上的差异是私法统一两大模式分野及其不平衡性的直接原因(亦即非根本原因),其根本原因(亦即间接原因)是美国著名哲学家、人本主义心理学主要创始人、被“现代管理学之父”彼得·德鲁克誉为“人本主义心理学之父”的亚伯拉罕·哈洛德·马斯洛创立的“需求层次论”中人在生理上的需求先于身份,特别是先于人格等相对高级和特殊的需求。

本书继而从心理学的研究视角入手,结合马斯洛创立的“需求层次论”,认为私法统一化的最根本原因是个人的“安全需要说”,因为私法是调整平等主体的私人之间私关系的法律,相对于国际、国家和社会,个人(私人)不仅与私法更具对偶性,而且它本就是私法名正言顺正宗的调整主体。因此,从个人视阈研究私法统一化的原因更具正当性。如果在私法立法实践中始终贯彻这个明确的原因,遵循客观规律进行适时的立法,法律将会产生良好的效果。

私法统一化的历史表明,其进程表现出渐进性和艰难性的特性,其表现

形式呈现出有限性的特性,其方法的逻辑思维体现出两难性的特性,其诸等自缚特性决定了私法统一化的未来发展趋势只能是相对统一。同时,在国际社会都追求实现法制现代化的背景下,私法在法律体系中具有的基础性地位、在历史与现实和理论与实务中的支配性地位、在实现法制现代化过程中发挥的助推器作用,以及人类生活各方面都与私法紧密相关的事实,决定了法制的现代化重在私法的统一化,换言之,私法统一化是法制现代化的基础;私法的未来发展趋势就是要走私法的统一化之路。

在全球化知识经济时代,我国当前的私法立法既要主动积极顺应私法统一化的发展趋势,又要适当关切私法立法的本土化,特别是要树立坚持国家统一的观念、弘扬契约精神的观念和倡导中外融合的观念,这不仅对我国现阶段民商事立法(特别是《民法典》的编纂)的价值取向具有启发性和导向性,而且我国的私法立法终将呈现出良好的发展态势,从而实现我国法制的现代化。唯此,我们心目中未来的中国私法就不仅是能使我国法制实现现代化的私法,更是增进中国人民文明和增加中国人民幸福的私法。

第一章 私法统一化缘起

目前在有关私法统一化问题直接或者间接的研究中,对于一些基本问题,如私法统一化本身的界定、私法统一化本身内容的失衡性以及私法统一模式分野之原因等的研究较为鲜见,往往看法还见仁见智,但这类问题又很重要,它们具有前提性的意义,因此本书首先对这类问题进行介绍、框定和探讨。

一、私法与统一化释义

在科学研究中,“定义对于科学来说是没有价值的,因为它们总是不充分的。唯一真实的定义是事物本身的发展,而这已不再是定义了。”^①经典作者退一步再次强调:“在科学上,一切定义都只有微小的价值。”^②因为要给对象下一个完整的定义,必须把人类全部实践都包括进去,但那是不可能的。“所有一般的定义都只有有条件的、相对的意义,永远也不能包括充分发展的现象一切方面的联系。”^③1953年,英国籍西方著名法理学家、二战后新分析实证主义法学创始人 H.L.A.哈特(赫伯特·莱昂内尔·阿道尔弗斯·哈特,Herbert Lionel Adolphus Hart,1907年—1992年)在就任牛津大学法理学教授时所作的标志着语义分析哲学正式进入法学领域的就职演说《法学中的定义和理论》中也认为,法学家不应在定义的脊背上建立法学理论,而应致力于分析法律、法学语言在实际生活中是怎样被使用的。“可是对日常的运用来说,在所谓的定义中对最一般的同时也是最有特色的性质所作的简短解释,常常是有用的,甚至是必需的;只要不要求它表达比它所能表达的更多的东西,它也不会造成什么损害。”^④所以,法、私法和统一化的定义,并不仅仅是一个简单的语词解释问题,它毕竟是逻辑思维得以有效进行的一个环节和基本的前提条件,也是最直接彰显语词内涵的最重要的范畴。

① 《马克思恩格斯文集》(第九卷),人民出版社2009年版,第351页。

② 《马克思恩格斯选集》(第三卷),人民出版社1995年版,第423页。

③ 《列宁全集》(第二十七卷),人民出版社1990年版,第401页。

④ 《马克思恩格斯文集》(第九卷),人民出版社2009年版,第351页。

1. 法、私法及其地位

法的定义是一个自古至今众说纷纭、似乎永无定论的话题。正如哈特在1961年发表的新分析法学形成标志的《法律的概念》(*The Concept of Law*)中所言:“在与人类社会有关的问题中,没有几个像‘什么是法律’这个问题一样,如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇特的甚至反论的方式予以回答。即使略去古代和中世纪关于法律‘本性’的思索,而仅仅注意近150年的法律理论,我们在任何其他作为独立学科而被系统研究的课题中也看不到这种状况。”^①我国台湾地区学者李肇伟在其著述《法理学》中将西方关于“法”的定义高度地概括为:“诸如希腊之德莫登纳(Demosthenes)、罗马之神父奥古士丁(Saint Augustine)及托麦斯阿奎纳士(Thomas Aquinas)等等,认法律为神所启示,基于神之意思而制定,称为神意法说。希腊之亚里士多德(Aristotle)与罗马之史塞罗(Cicero)及法国之孟德斯鸠(Montesquieu)等等,认法律乃应乎人类之自然,为人类之理性,称为自然法说。英国之浩布士(Hobbes)及奥士丁(Austin)等等,认法律为统治者之命令;法国之卢骚(Rousseau)认法律为主权者之命令,称命令法说。德国之来布尼斯(Leibniz)、儒高(Hugo)及沙威尼(Savigny)等等,认法律为民族历史之产物,称为历史法说。他如荷兰之格劳特士(Grotius)认法律为人类所遵循之正义,称为正义法说。法国之狄骥(Leon Duguit)认法律为社会连带关系之常轨,称社会连带关系法说。另外,更有认法律为国家所制定,法律为统治者之支配工具者。前者称为国家制定法说,后者称为统治者法说。”^②针对卢埃林、霍姆斯、格雷、奥斯丁、凯尔森等关于法律本性的论断,哈特直言:“与其说它们是冷静的定义,倒不如说他们是对那些被过分忽视了的法律真理的巨大夸张,其光芒使我们得以看见法律之中的许多隐蔽之物,但是,这种光芒如此之强,以致于使我们对其余的东西视而不见,并因此使我们对法律仍然没有一个清晰而全面的见解。”^③从概念的历史来看,任何定义只是对概念内容的“快照”,因此不能普遍和持久地适用。^④法首先是一个历史哲学的过程。以法为对象写作的人,就会自觉或不自觉地重新加

① [英]哈特著:《法律的概念》,张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译,中国大百科全书出版社1996年版,第1页。

② 李肇伟著:《法理学》,台北东亚照相制版厂1979年刊印,第1页。

③ [英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第2—3页。

④ [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第30页。

工他自己的经验,而这些经验在通常不明显但却很大的程度上决定了自己的基本观点。^① 因此,还没有一个统一的、得到整个法学界认可的法概念。法的概念与时代紧密联系,始终没有定论。康德认为,法学必须回答的是,在特定的地方和特定的时间法是什么(*quid sit iuris*),而不是回答“法是什么?”(*quid est ius*)这个普遍性的、“一般性的”问题。^② 尽管如此,存活于不同国度的人们依然悠然地享用着同一个“法”字号的调整。所以,哈特宽厚地说,作为一种文字上的启示,定义是利用一个独立的词来给出语言上的界说,它主要是一个标明界限或使一种事物与其他事物区分开来的问题。^③ 我们不能要求太高,我们毕竟是人,而不是神。^④ 因此,撰著《法律的概念》的目的“并不在于提供一个符合正确用词方法的可验证的定义,而是想通过提供一种改进了的分析(对国内法律制度特有结构的分析)和一个更透彻的理解(对法律、威胁和道德等社会现象之间的类似性与差别性的理解)来促进法律理论的发展”。^⑤ 可见,法的定义,既是“道可道,非常道;名可名,非常名”式的,又是“道常无为,而无不为”、“大象无形,道隐无名”式的;既是一个地老天荒的问题,又是一个现时现世的话题。有学者不无遗憾地说:“虽然经过二千五百年来的努力,但是仍然缺少能够普遍接受的、明晰的法概念。因此,‘法’这个词的使用者在各自的意义上使用该概念。人们称之为约定定义(*stipulatorische Definition*)。”^⑥

私法是什么?这是一个“一个问题,多个答案”的问题。如果将私法的定义历时性地排列出来,并对时间跨度进行适当的考虑,私法的特点立即就会显现出来:它的定义会因时间和地点的不同而不同。任何可能的私法叙述者都是其所处时代和社会的产物;定义因此会根据叙述者的文化视角和终极目的论的视角而变化。^⑦ 所以,对私法进行界定非常困难。但在研究中,一般是将私法与公法相提并论的。公法和私法是大陆法系公认的基本的法律分类。其实,早在古希腊城邦社会,“公”“私”之分野已在每个人(自

① [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,引言第3页。

② [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第29—31页。

③ [英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第14页。

④ 谷春德主编:《西方法律思想史》(第二版),中国人民大学出版社2007年版,第404页。

⑤ [英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第18页。

⑥ [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第38页。

⑦ GUIDO ALPA, *WHAT IS PRIVATE LAW?* 3(Carolina Academic Press 2010).

由人)所兼具的双重身份中初见端倪。^① 罗马人就此沿袭该种区分。《十二表法》(*lex XII Tabularum*)作为最早把宪法和行政法方面的规定以及公共宗教仪式等内容排除于外的成文法典,是一部正宗的私法法典。东罗马帝国拜占庭皇帝优士丁尼(Flavius Anicius Justinianus,公元483年—565年)在位期间(公元527年—565年)下令编写的法学教科书(罗马私法教科书本身具有法律效力)《法学阶梯》(*The Institutes of Justinian*)认为,公法是关系到罗马人的公共事务之状况的法律;私法是关系到个人利益的法律。^② 《法学阶梯》中接受的定义同那些法的最高概念一样,来自于法学家乌尔比安(Domitius Ulpianus,约公元170年—228年),它反映的是国家与个人的对立。公法调整的是政治关系和国家理应实现之目的,事关罗马国家的稳定;而私法调整的是公民个人间的关系,进而为个人利益确定条件和划定限度,涉及的是个人福利。真正所讲的私法,即调整公民个人间关系的法,在《法学阶梯》中分为三部分:自然法、万民法和市民法。^③ 这样,自罗马法迄始,法律在法学传统上便分为公法和私法。在继受罗马法的大陆法系国家,这个区分一直保留下来,并在近代随着二元法院系统的建立而日益凸显出来。

虽然公法与私法之划分出自公元二至三世纪罗马法学家乌尔比安之手,但至今关于公法与私法的区别标准,学说纷然,莫衷一是,大致有“法律关系性质说”、“社会说”、“利益说”、“意思说”以及“主体说”等。说到公法与私法,不得不提日本公法学的鼻祖、宪法学和行政法学的一代巨擘美浓部达吉(みのべたつきち,Minobe Tatsukichi,1873年5月7日—1948年5月23日)1935年的著述《公法与私法》,其以洋洋十四万五千余言,对公法与私法的关系做了系统而深入的阐述,即使在今天也难以找出一本与之相媲美的著述。在公法与私法的问题上,他既反对否定公法与私法的区别之“法一元说”的观点,也反对两者绝然各异的观点(即过于强调两者的区别,

① 公私领域之分源于现代政治思想与法律思想的双重转变。一方面,随着16、17世纪民族国家和主权理论的出现,清晰的公领域观念开始形成;另一方面,作为对君主合法权利和后来的议会无节制立法权的回应,独特地明确阐述私领域不侵犯国家权力的抗衡性立场开始出现。作为最重要的合法机构市场的出现,公私之分进入了19世纪法律话语的核心。虽然公法和私法的区分已较早地被预料到,但19世纪才以我们所理解的法的方式形成了基本的概念性和结构性的区分。19世纪法律思想的主要目的之一是在宪法、刑法和调整性法律——公法——与私人交易的法律——侵权法、合同法、财产法和商法——之间确立清楚的分界线。See MORTON J. HORWITZ, THE HISTORY OF THE PUBLIC/PRIVATE DISTINCTION, Vol. 130 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW, 1423, 1424 (1982).

② [古罗马]优士丁尼著:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,第11页。

③ [意]彼得罗·彭梵德著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第9、12页。

认为两者法律关系的性质和适用的原理完全不同)。他赞同1874年德国学者祁克(Gierke, 1841年—1921年)提出的“公法与私法的界限不是原理的而是‘历史的’”之说法。他认为,国家法广义上可分为两种:第一种是直接之国家法;第二种是本属其他社会之法,但国家因保持法的秩序而对其进行保护监督故同时又是国家法之法。区别公法与私法之区别由此而生。由此可见,公法就是原本之国家法,即直接之第一次性的国家法,而私法则本来是其他社会但国家为了进行保护监督而为第二次性的国家法。所谓私法,并不单指那个人相互间的法而言,是更含有经国家承认和保护的意义。即是说要有国家的承认和保护的法才算私法。其对于国家的关系,不过是服从国家的监督和可以请求国家的保护而已。私法非与公法区别不可的根本理由,亦即在于此。美浓部达吉认为,公私法的区别并非源于纯粹理论上的区别,而是现实中国法的区别,现实中的国法源于诸多错杂思想之结合,因此用任何单一标准对两者进行区分,都是无法与现实的国法相适合的,所以就会出现诸多区别标准的学说。所以,他提出公法与私法区别标准之多元性。^①简言之,法主体、法保护的利益和法律关系的性质,都是区分公私法时应当考虑的因素。

我国台湾地区学者韩忠谏教授也说:“最好的办法,无过于参照以上所列主体、权力、利益各种标准,从个别法律制度的根本精神上加以探究,相对决定其所应归属的境域。所谓个别法制精神,就是说法律秩序有时偏向于‘个体范围’,在此范围内容许个人有较多的活动自由,其精神是私法的;有时偏向于‘团体范围’,属于此一范围者,常注重整体利益,毋许个人意思的自治,其精神是公法的。”^②实际上,这种综合性方法侧重于法制精神。所以,德国民法学者梅迪库斯(Dieter Medicus)认为,即使到了今天,任何旨在用一种空洞的公式来描述公法与私法之间界限的尝试,都是徒劳无益的。毋宁说,还是应当让历史因素来作出决定。^③我国已故法学家史尚宽先生也认为,私法与公法之界限亦不必常一定。^④我国学者有一段时间对于宪法的性质有过争论。童之伟教授认为,关于宪法是个什么法,要打破传统的分类,实事求是地分析。现行关于公私法分类的理论不对,至少是它将宪法放在公法里面不对,公法是一部分,私法是一部分,而宪法是和它们平行的另一部分,它是基本法,既是公法的渊源,又是私法的渊源。因此,应当将宪

① [日]美浓部达吉著:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第32页。

② 韩忠谏著:《法学绪论》,北京大学出版社2009年版,第37页。

③ [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第13页。

④ 史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第5页。