

宪
政
论
丛

公法／私法 二元区分的反思

金自宁 著

现代国家理论的发展，使得公法与私法的二元区分，在理论上面临着越来越多的挑战。本书以国家理论的发展为背景，对公法与私法的二元区分进行了反思。本书认为，公法与私法的二元区分，在理论上存在着内在的矛盾。一方面，公法与私法的二元区分，是国家理论发展的产物；另一方面，公法与私法的二元区分，又是国家理论发展的障碍。本书通过对公法与私法的二元区分的反思，试图为国家理论的发展提供新的思路。

Reconsidering Public/Private
Law Distinction

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



公法／私法 二元区分的反思

Reconsidering Public/Private
Law Distinction

金自宁 著

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

公法/私法二元区分的反思/金自宁著. —北京:北京大学出版社, 2007. 7
(宪政论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12497 - 0

I. 公… II. 金… III. ①公法 - 研究 - 中国 ②私法 - 研究 - 中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 097589 号

书 名: 公法/私法二元区分的反思

著作责任者: 金自宁 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12497 - 0/D · 1814

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 13.75 印张 197 千字

2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

上世纪90年代末至本世纪初,我和罗豪才教授曾与北京大学出版社合作,主编过一套《现代行政法论著系列》。该《系列》共出了二十多部专著,这些专著都是有关现代行政法前沿问题的研究成果,一本本都透着新时代公法的气息。这套论著的作者大多是刚刚步入而立之年的年轻博士,其所著大多是他们在自己的博士论文基础上所进行的再创作。这套书虽然不能说每本都是精品,但其中确实不乏精品。

现在,我们又一次与北大出版社合作,出版一套新的公法论著系列《宪政论丛》。《宪政论丛》与《现代行政法论著系列》是公法论著系列的姊妹篇,主要出版中青年学者研究宪法和宪政前沿问题的最新成果。

宪法与行政法是公法的两大支柱。行政法是规范行政权运作,调整行政主体与行政相对人关系的法律部门;宪法则是规范整个国家权力的运作,调整国家与人民的关系的法律部门。行政法是构建法治的基本法律部门;宪法则是构建宪政的基本法律部门。法治是宪政的构成要素之一,但不是唯一要素,宪政的构成要素除了法治以外,还包括民主、人权、对公权力的控制、对私有财产权的保护、司法独立与分权制约等。毫无疑问,宪政离不开法治。没有法治,宪政不可能实施。但同样毫无疑问,法治也离不开宪政。因为宪政是法治的灵魂,是法治的保障。没有宪政,不可能有真正的法治。

“文革”结束后,我们就开始探索建设法治,也开始探索建设宪政。但直到“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”等一系列宪法或宪法性案件发生和我国宪法正式确立“依法治国”、“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”等原则以前,我们一直没有过分地看重宪政,没有真正重视宪政建设。“文革”的切肤之痛,使我们开始对法治(而不是宪政)有了比较深切的认识,故从20世纪70年代末和80年代前期开始制定《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法通则》、《民事诉讼法(试行)》等法律,并提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法治口号。然而,70年代末和80年代前期推出的法治还并不是完全意义或真正意义的法治,因为它很少或较少有宪政的指导,很少或较少贯穿宪政的精神。直至20世纪90年代,我们的经济体制开始根本性的转

变:市场经济体制开始逐步取代计划经济体制。此种转变才促使和逼迫我们较多地思考一些宪政问题:对于政府的权力,即使是人民政府的权力,是不是也要进行适当的限制和控制?政府的权力,即使是人民政府的权力,如果不加限制和控制,是不是也会侵犯人民(包括工人、农民,也包括企业主、个体劳动者等)的权益?是不是也会成为市场的障碍和经济发展的阻力?人民政府如果侵犯人民的权益,人民可不可以向法院告人民政府,要求人民政府赔偿?作为这种思考的结果,20世纪90年代我们出台了很多重要的法律,如确立“民告官”制度的《行政诉讼法》和《行政复议法》,确立国家向人民承担赔偿责任的《国家赔偿法》,确立政府行为应遵守正当法律程序规则的《行政处罚法》,确立公务员行为规则和公务员制度的《国家公务员暂行条例》,确立对整个政府机关及其工作人员法制监督制度的《行政监察法》,等等。由此可见,20世纪90年代的中国法治显然已经贯穿了若干宪政精神了,是已经有相当法治味的法治了。但是,尽管如此,20世纪90年代的中国法治还不能称为完全的和完善的法治,因为直至上世纪末,中国的宪政还很不健全,我们的国人,即使是法律学人,甚至是宪法学人,对宪政尚未予以足够的重视,尚很少有人以推动经济体制改革、推动市场经济建设的激情和干劲去推动中国的宪政建设。法律学人、宪法学人中也就较少有人以研究法制、法治和宪法文本、宪法具体制度的劲头去研究宪政。

从20世纪末到本世纪初,情况开始逐步改观。首先是一系列宪法或宪法性案件陆续发生,如“田永案”、“刘燕文案”、“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”,等等;其次是1999年和2004年两次修宪:1999年修宪确立了宪政的一项基本原则,即“依法治国,建设法治国家”,并为培育宪政环境确立了一项基本经济制度,即确认“非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分”;2004年修宪确立了宪政的另两项基本原则,即“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”,并为培育宪政环境确立了另外两项基本的经济制度,即财产征收、征用补偿制度和社会保障制度。正是这些宪法或宪法性案件以及由此推动产生的这些宪法修正案,促使国人,特别是法律学人、宪法学人,更深入地思考中国的宪政问题:中国的宪政之路应如何走,是头痛医头,脚痛医脚,出现一个问题解决一个问题,搞一个宪法修正案,还是应全盘考虑,整体设计?中国的宪政应包括哪些内容,哪些要素,是全面移植西方的制度,还是全面创新,或者是有借鉴有创新,且借鉴、创新之选择完全取决于“制度的作用”(能否为人民带来福祉),而不是取决于“制度的颜色”(是否

符合某种意识形态)?中国宪政的主体和宪政的设计师应由谁担当,是中共中央、全国人大、国务院,还是法学专家、宪法学专家,或者是全国人民?总之,中国人在新世纪开始思考一系列宪政问题了,而不是停留在对法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题的思考,法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题是20世纪后期涉及中国前途、命运的问题,而宪政问题则是21世纪涉及中国前途、命运的问题。

我们组织编辑、出版这套《宪政论丛》,其目的就是要汇集、归纳、梳理国人对宪政问题的思考,推动国人对中国宪政之路的探索,促进中国宪政制度的建设。这套《论丛》的内容主要包括五个方面:

其一,对宪政理论的宏观研究。主要探讨宪政的基本概念,宪政的构成要素、宪政产生、发展的条件、环境,宪政形成、发展的一般阶段,宪政的功能、作用,宪政与政治、经济、文化的关系,世界各国宪政的不同模式、各种不同模式宪政的特征,以及世界各国研究宪政的不同学派、学说,等等。

其二,对中国宪政道路和宪政制度的宏观研究。主要探讨中国宪政的特色,如共产党的领导,人民代表大会制度,人民通过多种途径、多种形式参与国家和社会管理,多党合作,政治协商制度,遵循中央统一领导与充分发挥地方主动性、积极性原则的中央与地方关系,民族平等、民族区域自治和国家特别保障少数民族权益的民族政策,社会主义市场经济,依法治国与依法行政,国家尊重和保护人权,坚持社会主义公有制和保护私有财产,等等。

其三,对中国宪法和行政法具体制度的中观、微观研究。此包括研究现行立法制度、选举制度、监督制度、司法制度、国家机关的设置及相互分工与制约、政务公开、社会团体、行业协会的发展与国家权力向社会转移,以及一国两制、特别行政区和国家结构形式等宪法或宪法性的中观、微观问题。在行政法方面,则包括有关行政主体制度、公务员制度、行政许可制度、行政征收征用制度、行政给付制度、行政强制制度、行政裁决制度、行政处罚制度、行政复议和行政诉讼制度等与国家宪政密切相关的各种中观、微观制度问题。

其四,对实际宪法和宪法性案例的研究。包括研究已作为“过去时”的历史性典型案例,介绍这些案例发生的历史背景,探讨其所创立的重要宪政原理、原则,揭示其对于宪政发展的重大历史意义和对于我们今天宪政发展的现实意义。当然,也包括研究作为“现在时”和“将来时”的今天正在发生以及明天将要发生的各种有宪政意义的典型案例。之所以包括“将来时”,是因为我们的《论丛》刚刚开始,它无疑还要继续到明天、后天。《论丛》对

作为“现在时”和“将来时”的宪法与宪法性案例的探讨,将着重揭示我国宪政发展过程中的困难、问题,产生困难和问题原因,克服困难、解决问题的对策,以探寻中国走上宪政道路的适当路径。

其五,介绍西方宪政先行国家宪政发展的经验、教训。本《论丛》也将有选择地介绍西方宪政先行发展国家的宪法和宪政制度,包括传统的控权分权制度、代议制度、政党制度、人权保障制度、言论自由制度、结社集会游行制度、司法审查制度等。同时,《论丛》对西方国家宪政制度的介绍自然也包括现代宪政制度,如信息公开制度、正当法律程序制度、参与式民主制度、非政府组织制度、督察专员制度、放松规制制度、公法契约制度、行政指导制度,等等。本《论丛》在介绍西方宪政先行国家的这些传统的和现代的宪政制度时,将对这些制度进行必要的分析,探究其利弊得失,总结其经验教训。而且,《论丛》还要对相应制度的政治、经济、文化及民族历史传统等背景进行适度地考察,以区分这些制度的普适因素和特定的乡土因素,以为我国借鉴或移植这些制度时提供若干辨识和选择的参考材料。

总之,这套《论丛》是一套主要以中国宪法、宪法性法律和宪政制度为素材,同时参考国外、境外的宪法、宪法性法律和宪政制度的相应材料,研究宪政的一般理论和实践,为中国宪政建设提供理论指导的学术丛书。我国学界对宪政研究起步较晚,目前研究成果很少,有分量、有深度的研究成果更少,但愿我们这套《论丛》能推动我国宪政研究向前发展一步,为改变我国宪政研究的落后面貌有所贡献。

是为序。

姜明安

于北京八里庄公寓

2005年8月5日

CONTENTS 目 录

绪论	1
一、中国当前的事例	2
二、作为参照背景的国外情况	7
三、公法/私法二元论在中国的遭遇	14
第一章 问题、方法与分析框架	17
一、问题及研究意义	18
二、研究方法	20
三、分析框架	24
四、本书的研究思路	28
五、相近概念辨析	30
第二章 政治国家、市民社会与公法/私法的二元区分	34
一、作为理想类型的公法与私法	35
二、公法/私法二元区分制度在大陆法系国家确立	37
三、公法/私法并行发展的基础:政治国家与市民社会的分离	40
四、英美法系国家放弃对公法/私法二元区分的抵制:以英国为例	44

CONTENTS 目 录

五、公法/私法二元区分与宪政理念	48
第三章 对公法/私法二元区分的挑战与反思	59
一、反对公法/私法二元区分的实践理由	60
二、否定公法/私法二元论的代表性理论	66
三、国家—社会视野中的“公法扩张”现象	73
第四章 公共行政改革及对公法/私法二元区分的新挑战	84
一、公共行政改革与公法/私法关系的新变化	85
二、公共选择与新公共管理理论:市场(私)取代政府(公)?	93
三、“以私代公”可能的危害及救治:政治冷漠症与公共领域	100
第五章 中国传统公私观念与现代公法/私法同时兴起	111
一、传统中国的“公”、“私”观念	112
二、改革开放前的对公法/私法二元区分理论的否定	118

CONTENTS 目 录

三、转型时期国家—社会结构变迁与公法/私法同时兴起	124
四、国家/社会视野里的公法/私法“优位”之争	133
第六章 公法的多张面孔	149
一、公法的定位更为关键	149
二、公法作为公共权力合法性标准	150
三、代表国家强制的公法	159
四、公法作为国家—社会之间的沟通工具	169
结语	180
参考文献	189
致谢	210

绪 论

现代社会一个突出的标志是个人从旧的封建等级制度、人身依附关系中解放出来了。自从人类冲破身份等级束缚步入现代社会,就开始享有并珍视和捍卫个人自由。然而以个人自由为前提条件,有组织的社会生活如何可能?也就是说,个人自由与社会秩序怎样才能兼容?无论在西方还是在东方,无论是在打破旧制度方面表现得迟疑不决、零敲碎打的传统主义社会,还是宣布与旧传统作全面而彻底决裂的革命社会,抑或是在明确追求个人自由的法治社会^①,都面临这样一个根本性的政治问题:如何调和个人自由与社会秩序?

人类进入现代社会的另一个重要标志是民族国家的形成。人们发现,一方面,民族国家是维护公共秩序和公共利益、保证个人集合成共同体而不致在彼此争斗中同归于尽所必需的;另一方面,国家权力的实力又是如此强大,它随时可能侵犯甚至摧毁个人的自由。

于是,在现代社会中,个人自由可能受到两种侵害:一种是来自其他人的侵害,另一种是来自国家的侵害。相应地,个人自由与社会秩序的关系问题在现代社会有了两方面的内容:个人自由与其他个人自由之间的关系,个人自由与国家公权力的关系。

这两方面的问题也正是现代法治的核心问题。无论是英国的“法律下自由”观念或是美国的宪政思想,抑或德国的“法治国”理念,都反映了其信奉者的如下认识:“法治”(rule of law),有可能实现个人自由与社会秩序的兼顾与平衡。

“法治”一方面要求被治者服从法律,另一方面也要求统治者自己也服

^① 关于这三种社会的区分,参见〔美〕昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第227—229页。

从法律。规范统治者的法律,即为国家公权力的设立与运作提供规范的,是公法。通过公法为国家权力设立界限后,个人就享有一个不受政府干预的私人的、自由的法律空间。在此空间内,为了相互交往的需要,为了防止个人之间的冲突,则需要另外一些规范,即私法规范。这种对公法与私法的理解,是实质意义上而不是形式意义上的。公法与私法的关系由此可以成为政府权力与个人自由关系的一种标识。

学者们有关的著述可谓汗牛充栋,但是,一个具体事例的说服力往往胜过理论上的千言万语。所以让我们服从霍姆斯法官(Holmes, 1841—1935)的名言“法律的生命不在于逻辑而在于经验”^①所体现的智慧,从实际事例开始吧。

一、中国当前的事例

我所选取的是那些在最近十年内曾经(或正在)引起国内公众广泛关注的一系列事件:

1995年3月,王海在北京第一次通过在商场购买大量假货然后依据《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)的“假一赔二”规定^②索赔成功,被一些人誉为“打假英雄”——同时,也被另一些人称为“刁民”。同年12月,王海成为中国保护消费者基金会设立的“消费者打假奖”首名获得者。由此在各种公共媒体上引发持续数年的各种褒贬不一的议论。王海迅速成为公众人物,并引起竞相效仿,王海变成了“王海们”。他们请求“假一赔二”的诉讼,有时得到法院支持,有时又被驳回。法院在一些“知假买假”案件中判决王海(以及“王海们”)败诉的理由是:“知假买假”者,不属于法律上的“消费者”,无权按消费者权益保护法请求双倍赔偿。许多议论都从“知假买假”者是否是“消费者”入手,但最后总是归结到王海们作为个人是否有权打假的问题。在讨论中曾经出现两种针锋

^① O. W. Holmes, *The Common Law*, Little Brown and Company, 1938, p. 1.

^② 《消费者权益保护法》第49条规定:“经营者提供商品或服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失。增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”

相对的观点,一种是针对国家垄断公共权力不容个人染指的批判,另一种则是针对法律和法院作为“天下公器”能否“沦为或庸俗化为个人直接实现其物欲的工具”^①的反思。

同样涉及国家与个人权力界分问题的,还有“偷一罚十”的店规。商场——尤其是开架自选式的超市——等经营场所都会为顺手牵羊的行为头疼。为此商家采取了各种防盗措施,对偷盗者实施罚款是其中很普遍的一项,由此引发的纠纷诉讼时常见诸报端。例如:1997年1月31日陈某到广州昌生生百货有限公司自选商场选物,在未付款的情况下,将一包价值120元的婴儿纸尿裤带出商场,被商场工作人员发现,陈某当即表示承认偷窃,并拒绝上公安派出所,要求私了,最后按商场店规“偷一罚十”接受罚款,并写下愿意罚的字据。事后,陈某起诉商家。法院的终审判决是:判令广州昌生生百货有限公司将1200元“罚款”退还陈某,驳回原告陈某要求被告赔礼道歉、赔偿1万元的诉讼请求。

店堂公示类纠纷大多时候事实关系相当清楚,而对于“偷一罚十”这种做法的合法性,人们一般根据《行政处罚法》对处罚设定权的严格限制或者《消费者权益保护法》有关格式合同的规定^②而主张该公示越权无效。但在2002年前后,媒体上出现一些不同的声音,即将“偷一罚十”理解为“偷一赔十”,将该公示与“悬赏广告”相提并论,主张只要被抓者不愿报警而愿意认罚“私了”,就可将这种做法当作商场的“行规”或说民事活动中的“习惯”加以尊重。上述案例就引起过类似异议。^③这就将看起来简单的案件背后涉及的“私法自治”、“意思自治”与国家强制之间的冲突凸显出来了。

还有更多因为学术界推动而成为公共讨论的热点问题,如:学校被自己的学生告上法庭。据说,第一例确立学校在行政诉讼中被告地位的案件,是

① 相关讨论极多。如叶剑:《应给王海以“市场准入”》,载《经济参考报》2002年7月19日;何兵:《王海败诉的理由》,载《法制日报》1999年9月23日。

② 《消费者权益保护法》第24条明确规定:“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。”

③ 乔新生:《“偷一罚十”是合法的民事行为》,载 <http://www.southern.com/law/fzzt/fzztgk/200306030403.htm>,访问于2004年12月1日。

河南省平顶山市湛河区法院于1995年7月16日受理的刘某等4人诉河南省平顶山煤矿技术学校责令退学、注销学籍案。但首先引起法学界然后引起公共媒体最多关注的是如下两例案件:

1998年6月,北京科技大学94级本科生田永在校学习期满,成绩全部合格,通过了毕业实习、设计及论文答辩,但此时,北京科技大学以田永不具有学籍为由,拒绝为其颁发毕业证、学位证。田永不服,以北京科技大学为被告提起行政诉讼。一审法院判令北京科技大学在判决生效之日起30日内向田永颁发大学本科毕业证书,且履行向当地教育行政部门上报田永毕业派遣的有关手续的职责,在判决生效之日起60日内召集本校的学位评定委员会对田永的学士学位资格进行审核。^①

1999年6月,北京大学92级博士研究生刘燕文不服北京大学学位评定委员会不批准授予其博士学位、北京大学拒绝颁发博士研究生毕业证书,向北京市海淀区人民法院提起诉讼;海淀区人民法院经过审理,判决撤销不授予原告刘燕文博士学位的决定,责令北京大学学位评定委员会于判决生效后3个月内对是否批准授予刘燕文博士学位的决议审查后重新作出决定;撤销被告北京大学颁发给刘燕文的博士研究生结业证书,责令北京大学在判决生效后2个月内向刘燕文颁发博士研究生毕业证书。一审判决公布后北京大学不服,提起上诉。二审法院以超过诉讼时效为由发回重审。最后海淀区法院以超过诉讼时效为由驳回起诉。

这两个案件都引发了广泛的讨论。最初的争论主要集中在行政法疆域的扩张上^②,后来,在不同意见的交锋^③中讨论被引到更深的层次:大学作为

^① 参见《最高人民法院公报》1999年第4期。

^② 参见沈岷:《扩张之中的行政法适用空间及其界限问题》;石红心:《权利需求与司法回应》;马怀德:《学校、公务法人与行政诉讼》,载罗豪才主编:《行政法论丛》第3卷,法律出版社2000年版。并可参见何海波:《行政诉讼受案范围:一页司法权的实践史(1990—2000)》,载《北大法律评论》第4卷第2辑,法律出版社2002年版。

^③ 在公共媒体上公开的争论可参见:《刘燕文诉北大一案判决引起专家学者展开激烈探讨》,载《中国青年报》2000年1月9日。还可参见北大法律信息网,“刘燕文案学术沙龙”,<http://www.chinalawinfo.com/fxyj/fxjz/liuyanwen/index.asp> (2005年1月1日),尤其是张庆方博士与贺卫方教授的有关评论,毫不讳言与其他论者在观点上的分歧。

社团的自治权利与国家干预包括作为公共权力的司法权干预,其限度何在?

另一个典型的热点案例是全国首例“二奶”持遗嘱争夺遗产案:蒋某(被告)与四川省泸州市黄某于1963年6月经恋爱登记结婚。1996年,年近六旬的黄某与比他小近30岁的原告相识后,便一直在外租房公开同居生活,其居住地的周围群众都认为二人是老夫少妻关系。2001年初,黄某因病住院治疗,原告去医院准备照顾黄某,但遭到蒋某及其亲友的怒骂而未能。黄某于2001年4月18日立下书面遗嘱,将其所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖房所获款的一半计4万元及自己所用的手机一部,总计6万元的财产赠予“朋友”原告所有,并经公证处公证。2001年4月22日,黄某因病去世。当日下午,原告以蒋某侵害其财产权为由,起诉至泸州市纳溪区人民法院。社会各界对该案十分关注。纳溪区法院对本案也十分慎重,在4次开庭后才判决遗赠人遗赠行为无效,原告要求给付受遗赠财产的主张不予支持。据《法制日报》的报道,“宣判后,1500名旁听群众掌声雷动”^①。但是,案件判决后,对此案的不同意见之间的交锋却远未停止。^②处于争议核心的关键词是:遗嘱自愿与公序良俗原则的取舍,也就是本案中代表国家的法院依公序良俗原则干预遗嘱这一私法领域是否适当?

与“二奶”案同时成为公共媒体上的热点的,还有所谓的“黄碟”案:2002年8月陕西一对夫妇因观看“黄碟”被投诉并且与上门调查的警察发生冲突而被派出所拘留。这个案件,早期讨论焦点是“夫妻在家看黄片是否违法”^③,后来公众注意力更多转向警察权这一典型的公权力与住宅不受侵犯这一基本的私权利之关系。^④有报道说,警察声称入室检查不是要干涉夫妻在家看黄碟,而是想查黄源以便扫黄打黄。此后,讨论就更多集中于公域

① 《法制日报》2002年10月23日。中央电视台《今日说法》2001年11月26日节目报道了此案。《判例与研究》2002年第2期(第47页)也介绍了此案。

② 参见贾桂茹等:《第三者是否有权接受遗赠》,载《北京青年报》2001年11月20日。

③ 相关报道相当多,可参见陆妍思:《闭门看“A片”合不合法》,载 <http://www.jylawyer.com>,访问于2002年8月21日。

④ 参见江雪:《“夫妻看黄碟被抓”探讨:公民可在家中做什么?》,载 http://news.china.com/zh_cn/social/1007/20021101/11356150.html,访问于2002年11月1日。

与私域、公权与私人自治空间的界线上。^①媒体上多数意见一边倒地指责这个案例中的警察行为构成了对私权利的侵犯,但是,也有不同的声音出现——难道私人自治空间是绝对排斥公权力介入的吗?当家中发生凶杀或家庭虐待时,难道也不允许警察破门而入吗?比较中肯的意见是,应该给私权空间设定一个“度”。在这个“度”内,公权不能干预,超出了这个“度”,公权的干预则是可以和应该的。^②

面对这样的一个个具体的事例,诉诸直觉、常识、道德情感而发出指责或赞扬是自然而然的反映;借助有新闻效应的事件,大力为权利、自由和法治等价值和理想而鼓吹,也不无意义。只是,这些不是本书在此列举它们的用意。

初看起来,这些案件具体案情各自不一,法律性质也相差甚远:有民事案件也有行政案件,有学位、学历问题也有名誉权、隐私权问题;从案件本身在学理上的意义来说也各不相同;而笔者在本书中要强调的恰恰是透过这些确实存在的差异,看到它们之间所共有的焦点:那就是它们都涉及国家权力与个人自由的关系,也即公共领域与私人领域、公法与私法的区分划界问题。更确切地说,这些事例本身以及它们的“新闻效应”都说明,在中国,公域与私域的区分、公法与私法的边界已经不是纯粹理论兴趣,同时也是实践中经常遭遇、公众已经十分关心的问题。

简单地说,置身于追求个人自由信奉法治的现代世界,个人自由与政府权力的界限问题,是一个具有共性而不是西方所特有的问题。只是因为在我国,公共领域与私人领域、公法与私法区分问题目前仍然未得到人们足够的重视、也未得到学界系统的研究,所以在这些案件中,它们只能以上述种种不同的具体形式曲折地呈现在人们面前:除少数学者^③外,无论是当事人

① 此彼:《私人领域,自由的堡垒》,载 http://211.100.18.62/fzdt/pl_jdft.asp?id={F2015A06-E3EF-4D72-882F-E572B71A63AA} (02/12/29)。

② 问题的另一面是,公权干预也应有限“度”,超过限度就成为“滥用职权”,参见陈杰人:《保护私权空间的“度”》,载《中国青年报》2002年11月15日。

③ 沈岗博士应属少数例外之一。其在对田永诉北京科技大学一案的讨论中,将公法与私法的区分问题作为“并非两造当事人争执焦点的焦点问题”进行了分析。参见沈岗:《扩张之中的行政法适用空间及其界限问题》,载罗豪才主编:《行政法论丛》第3卷,法律出版社2000年版。

自己,还是旁观评论者,在这些讨论中大多并不直接求助于公法/私法二元区分理论。

实际上,在对这些热点问题展开讨论之前以及之后,我们的法学研究,就已经并且仍在继续不断地就行政诉讼是否适用调解,行政合同与行政指导等非强制行政行为方式是否受公法控制,政府采购、非政府组织如何定位等等问题一再进行争论,这些争论均涉及公法与私法相比所具有的特殊性。可以说,上述热点案例不过是公法/私法区分这一旧问题采取了新形式浮出水面而已。

二、作为参照背景的国外情况

(一) 大陆法系国家

素有行政法母国之称的法国,是首先确立公法/私法二元区分制度的国家。在19世纪,法国公法理论中占统治地位的是公共权力学说。以福卡尔(E. Foucart)为代表的“普瓦捷学派”首先主张将公法分为“权力法”和“执行法”两部分。其中权力法被认为涉及对个人自由的限制而应该尽量与人权法同时研究。^①后来的拉菲利埃(E. Laferriere)在此基础上发展出“公共权力学说”。按照公共权力学说,行政行为被区分为“权力行为”和“管理行为”,前者是行政机关在立法机关的授权下执行国家意志的一种行为,受行政法约束,并接受行政审判权的监督;而后者则是行政机关作为社会生活的参与者和组织者而为的一种行为,属于私法范畴,接受司法审判权的监督。“公共权力学说”在法国确立其统治地位后,影响到了整个大陆法系国家的公法/私法二元区分理论。^②

到19世纪末20世纪初,由于国家不断增加的一些职能,如在教育、卫生、交通以及公共事业等方面的活动,难以用公共权力学说加以界定,为此,

① 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第177页。

② 如德国有关公法与私法区分的观点一直受到法国公共权力学说影响,当然后来的学说有一些发展和修正。可参见M. Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht* (1968), H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 319—313。