

公法与私法的 现代诠释

王继军/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

公法与私法的 现代诠释

王泽鉴著

中国政法大学出版社

公法与私法的 现代诠释

王继军/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公法与私法的现代诠释 / 王继军著. —北京:法律出版社,2008.5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8376 - 3

I. 公… II. 王… 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(2008)第 045999 号

© 法律出版社·中国

公法与私法的现代诠释

王继军 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

开本 A5

印张 7.75 字数 203 千

版本 2008 年 5 月第 1 版

印次 2008 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

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 - 5036 - 8376 - 3

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

公法与私法的划分是政治国家与市民社会分离的产物。在古希腊时期,城邦既是国家又是社会,其国家和市民社会是复合的,公民政治生活和社会生活是相融的。私人生活就构成了国家生活的前提和基础,国家生活则使私人生活获得了最高表现和升华,在这种状态中,私人利益与社会利益密不可分,公法与私法当然也失去了划分的基础与前提。在作为古希腊文明传承者和“姐妹文明”的古罗马,由于地中海沿岸简单商品经济的发展,客观上促成了市民社会与政治国家的分离,由此产生了公私法的第一次主观划分。罗马法学家乌尔比安认为:“公法是有关罗马国家稳定的法,私法是涉及个人利益的法。事实上,它们有的造福于公共利益,有的则造福于私人”^①。继之而来的中世纪,则是政治国家与市民社会高度重合、公权力对私权利

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

吞噬的黑暗时代。国家从市民社会中夺走全部权力,整个社会生活高度政治化,政治权力的影响无孔不入,市民社会淹没于政治社会之中。按照马克思的说法,中世纪的精神可以表述如下:市民社会的等级和政治意义上的等级是同一的,因为市民社会就是政治社会,市民社会的有机原则就是国家的原则^①。随着近代资本主义商品经济的萌芽及发展,市民社会与政治社会的分野日渐凸显,市民社会与政治国家之间开始形成一种紧张的分立与对抗、制约与平衡的关系,而资产阶级革命的胜利和资本主义市场经济体制的确立,使市民社会与政治国家的分离最终成为现实。市民社会的崛起必然使得财产关系乃至整个经济生活摆脱政治国家的控制,政治社会与市民社会的界限开始明确,在客观上要求公法与私法的分离。所以,真正意义上的公法与私法的划分则是从近代开始的。

我国两千多年的封建社会依靠家国一体化的宗法制度,将国家与社会整合为一体,使得市民社会没有生长和发展的空间,由此也就决定了公法与私法的划分缺乏社会基础,致使整个封建制法律从李悝的《法经》、秦朝的秦律开始,直到清末的《大清律例》都是诸法合体、公法与私法不分的状态。近代以来,为了顺应商品经济的初步发展和大陆法系国家公私法划分的历史潮流,我国清政府进行了一次大规模的修律活动,制订了《大清民律草案》、《大清商律草案》、《大清刑律草案》等一系列法律草案,首次在立法层次上区分了公法与私法,随后国民党政府继受了这一划分,并在台湾地区沿用至今。在我国大陆,新中国成立后长期实行高度的中央集权制和计划经济体制,国家的公权力伸入到社会生活的各个方面,如文化领域、经济领域、乃至家庭领域,市民社会生活领域始终没有独立的存在空间。改革开放以来,我国由计划经济逐渐转向市场经济,并且为了适应经济发展的需要,实行政企分家、还权于民,使得市

^① 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1964年版,第334页。

民社会逐步与政治国家相分离,成为独立的生活领域。随着市场经济的逐步确立,我国的市民社会也得到了相应的发展,这就在客观上要求国家权力和市民权利的分离,由此必然要求区分公法与私法,按照公法的原理、原则和精神去规范、控制公权力;按照私法的原理、原则和精神去保障私权利。

公法与私法的关系取决于政治国家与市民社会的关系。可以说,有什么样的政治国家与市民社会的关系,就有什么样的公法与私法的关系,而政治国家与市民社会的关系问题则是市民社会理论探讨的核心问题。现代市民社会理论主要是由黑格尔提出并由马克思加以完善的。黑格尔认为,在市民社会与政治国家的关系上,国家高于市民社会。作为普遍性原则之体现者的国家乃是伦理精神发展的最高阶段,家庭和市民社会的法规和利益都从属于它。在他看来,市民社会是由非道德的后果规律所支配的,是个人私利欲望驱动的非理性力量所致的状态,是一个由机械的必然性所支配的王国,在伦理层面上表现为一种不自足的地位,而不是由理性人构成的完满的状态。而国家作为“伦理理念的现实”和“绝对自在自为的理性”垄断了一切道义资源。这样,对市民社会这种不自足状况的救济甚或干预,只能诉诸于整个社会进程中唯一真正的道义力量,即国家。因此,国家是绝对的,它体现而且只有它才体现伦理的价值准则。从这个意义上说,黑格尔的理想国家不是维系和完善自然状态的工具,而是对市民社会的保护和超越,因为国家绝对不是一个仅为功利的机构,所以,国家是目的,是相对于市民社会而言的一个更高的新阶段。这一论断,反映在公法与私法的关系上,即是公法高于私法、公法优于私法。而马克思彻底否定了黑格尔提出的政治国家决定市民社会的唯心主义观点,指出不是政治国家决定市民社会,而是市民社会决定政治国家。市民社会“这一名称始终标志着从生产和交往中发展起来的社会组织,这种社会组织在一切时代都构成国家的基础以及其他观念的

上层建筑的基础。^①因之,市民社会是国家的真正构成部分,是国家的现实基础和原动力,是国家存在的必要条件和存在形式。这一论断决定了公法与私法的关系应该是:私法是市民社会的基本法,公法是为了保障市民社会不受随意干预和破坏而存在的,在一国的法律体系中,私法应当处于核心地位,公法则处于辅助地位,即私法高于公法。

我国自改革开放以来,尤其是1992年市场经济体制逐步确立以来,市民社会逐渐从政治国家中分离出来,形成了一个相对独立的生活领域,但是这一生活领域是通过国家的公权力自上而下的改革建立起来的,因此是非常脆弱的,有可能随时受到侵害或干扰。同时,市场经济在本质上要求由法律地位平等的当事人通过自由协商决定他们之间的权利义务关系,国家原则上不作干涉,只在发生纠纷不能通过协商解决时,才由司法机关出面进行裁决。所以,“小政府、大社会”则是我国现阶段处理政治国家与市民社会关系的基本出发点,这一点也决定了我国在处理公法与私法关系上应当实行私法优位主义。

公法与私法关系的实质是公权力与私权利的关系。公法与私法的划分不是目的,而是手段。划分公法与私法最主要的目的是,明确界定政治国家与市民社会的生活领域,从而廓清公权力与私权利行使的边界。所以,处理公法与私法的关系,其实质就是要处理好公权力与私权利的关系。目前,我国正在积极构建和谐社会,而和谐社会需要处理好三个关系,即公权力与公权力的关系、私权利与私权利的关系以及公权力与私权利的关系。其中,前两种关系都好处理,分别由公法或私法对其权力(利)进行合理配置和利益衡量即可。最难处理的则是公权力与私权利的关系,对此古今中外无非有三种模式:一是公权力极度强大、私权利极度弱小;二是私权利极度强大、公权力极度弱小;三是公权力与私权利处于平衡、和谐状态。这三种模式中,第一种是强权政治,

① 《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1964版,第41页。

容易导致专制主义;第二种是极度自由主义,容易导致无政府主义。无论是专制主义,也还是无政府主义,都是与和谐社会背道而驰的,因而不可取。只有第三种,是与和谐社会相吻合的,是我们需要的。但是,要想使公权力与私权利的关系达到平衡与和谐的状态,不可一概而论,应当结合本国的历史传统、政治文化背景以及当前经济社会发展的需求予以确定。如果说社会权力的总量是有限的话,那么公权力与私权利的关系就应该是一种反比例关系,要实现相互之间的和谐,就需要使政府权力与责任分配达到均衡^①,如果政府控制经济资源多、干预市场多而提供服务少、提供公共产品少,那么公权力与私权利之间的比例就会失衡。由于我国传统法律文化中缺乏私法观念和私权意识,加之目前的市场经济又是依靠国家公权力自上而下的改革建立起来的,计划经济的痕迹犹存,因而公权力仍然很强大并且无孔不入,私权利极度弱小,经常受到公权力的威胁和践踏。因此,我国当前在对待公权力与私权利的关系上,应当树立私权优位主义的观念,即在公权力与私权利之间,以私权利为核心;在国家与社会之间,以社会为核心,唯有如此,方可到达和谐社会。

本书的作者是山西大学法学院前任院长王继军教授。继军友思想解放、勇于创新,有胆识,在他担任山西大学法学院院长期间,大刀阔斧、锐意改革,在学科建设方面取得了令人瞩目的成就。由于社会分工的不同,他虽然曾经是我的博士生,但我深深感到,与其说他是我的学生,不如说是我的挚友。我们俩人曾共同悟出了一个道理,即一日为师,终生为友,我们真正是这个真理的身体力行者。本书是在他的博士论文的基础上形成的,主要阐述了公法与私法划分的基本理论、公法与私法划分的社会经济基础以及公法与私法在我国社会主义市场经济条件下的辩证关系、地位及其作用等,尽管仍有许多问题需要进一步探

^① 徐显明:“法制建设中的和谐”,载《人民日报》(理论版)2005年12月24日。

讨,但是作者运用公私法划分的基本理论,结合我国市场经济法制建设的实际情况,进行了许多有益的思考与探索,无疑具有重要的参考价值和借鉴意义。

沈丹
08-03-19

目 录

绪论 / 1

第一章 公法和私法划分的基本理论 / 8

第一节 公私法划分的起源及其历史演变 / 8

一、公私法划分的起源与罗马法体系 / 8

二、封建制社会的法律体系中没有公法与私法的划分 / 10

三、公私法划分在资本主义社会的发展和变化 / 11

四、公私法划分在社会主义社会的首创 / 13

第二节 公法和私法的划分标准 / 14

一、利益说 / 15

二、主体说 / 16

三、意思说 / 17

四、综合说 / 18

五、本书的观点 / 19

第三节 公法和私法划分的主客观基础 / 22

- 一、市场经济是公法与私法划分的
经济基础 / 22
- 二、市民社会与政治国家的分离是公法与
私法划分的社会基础 / 26
- 三、大陆法系的法制传统是公法与私法
划分的法制基础 / 35

第四节 公法和私法的关系 / 38

- 一、公法和私法的区别 / 39
- 二、公法和私法的联系 / 60

第五节 公法和私法的发展趋势 / 69

- 一、私法公法化趋势 / 69
- 二、公法私法化趋势 / 73

第二章 公法和私法的二元结构是我国

市场经济的必然选择 / 77

第一节 公法一元化是我国计划经济体制

下法律结构的必然选择 / 78

- 一、计划经济体制下导致公法一元结构
的原因 / 78
- 二、对公法一元结构的反思 / 83

第二节 公、私法二元结构是社会主义市场

经济体制下的必然选择 / 87

- 一、市场经济体制下选择公私法二元
结构的原因 / 87
- 二、我国市场经济体制下需要划分
公法与私法 / 94

第三节 我国市场经济体制下公法和私法

划分的法律意义 / 97	
一、公法和私法的划分对我国权利意识和法律文化的培育 / 97	
二、公法和私法的划分是现代市场经济立法的基础 / 99	
三、公法和私法的划分是现代市场经济运行的法律保障 / 102	
四、公私法划分对构建社会主义和谐社会具有重要意义 / 103	
五、公私法划分的理论对建设中国特色社会主义法律体系具有重要的指导意义 / 106	
第四节 我国法律体系发展呈现“公法私法化”趋势 / 108	
一、我国公法私法化趋势的表现 / 108	
二、我国“公法私法化”的原因分析 / 112	
第三章 公法和私法在我国市场经济中的地位及其辩证关系 / 114	
第一节 公法和私法在我国市场经济中的地位 / 115	
一、学界关于公法、私法地位问题的争论 / 115	
二、本书的评价 / 122	
第二节 公法与私法在我国市场经济中的对立关系 / 127	
一、公法与私法的表层区别 / 127	
二、公法与私法的深层区别 / 129	

第三节 公法与私法在我国市场经济中的

统一关系 / 140

一、调整对象交叉 / 140

二、文化与精神的互补 / 141

三、法功能的互补 / 142

四、经济功能的趋同 / 143

第四章 公法和私法在我国市场经济

中的作用 / 145

第一节 私法维护市场经济基本运行

秩序的作用 / 146

一、私法精神与市场经济 / 146

二、民事主体制度确立市场经济的主体 资格 / 149

三、物权法律制度维护市场秩序的静的 安全 / 152

四、债权法律制度维护市场秩序的动的 安全 / 158

第二节 公法保障国民经济整体运行和市场

竞争秩序的作用 / 165

一、公法精神与市场经济 / 165

二、公法在宏观经济层面具有直接调控 国民经济整体运行秩序的作用 / 170

三、公法在微观经济层面具有间接规制市场 经济竞争秩序的作用 / 181

四、宏观经济调控立法与微观经济 规制立法的关系 / 201

第三节 公法和私法在我国市场经济中

作用的良性互动 / 207

一、私法规范市场经济秩序的局限性 / 207

二、公法干预市场经济的消极作用 / 215

三、我国市场经济中公法、私法作用良性
互动的必要性和意义 / 218

四、我国市场经济中公法、私法作用良性
互动的实现途径 / 223

结 语 / 230

参考文献 / 233

后 记 / 243

绪 论

新中国建立后对法学及法律体系分类的理论,始终采用马克思主义的阶级的划分方法,但无产阶级在革命取得胜利变为统治阶级后,如何在阶级划分的基础上进一步科学的对法学和法律体系加以分类,使之适应执政的需要,是我们建设具有中国特色社会主义法律体系和法治国家不可避免的问题。

党和国家明确提出在 2010 年前后要初步建立起完善的社会主义市场经济法律体系^①,但是,在法学界、法律界对如何构建我国的社会主义法律体系仍存在有较尖锐的分歧和不同的看法;在实践中存在公法规范和私法规范不分,即使在公法规范内部

^① 江泽民:《在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》,载《中国共产党第十五次全国代表大会文件汇编》,人民出版社 1997 年 9 月版。

也存在有“保权法”和“限权法”比例失衡的现实问题^①；在对外开放中，我国的法律体系与国际公法、私法体系也不协调。因此，从理论上首先搞清楚公、私法在我国社会主义市场经济中的地位和作用这一基本问题，对于我国社会主义法律体系的建立和完善具有十分重要的现实意义。

公法与私法的区分起源于罗马法时期，目前已成为大陆法系国家法律制度基本的也是首要的分类。公、私法划分是否适用现代？是否适用我国现代化法治建设？公、私法在我国社会主义市场经济中处于什么样的地位，有什么样的作用？

公法和私法的划分是否适用于我国，应从以下三个方面加以分析和认识：

一、应从马克思主义关于社会主义和社会主义法的基本理论出发

恩格斯在《社会主义从空想到科学的发展》中指出：“唯物主义历史观从下述原则出发：生产以及随生产而来的产品交换是一切社会制度的基础；在每个历史地出现的社会中，产品分配以及和它相伴随的社会划分为阶级或等级，是由生产什么、怎样生产以及怎样交换产品来决定的。所以，一切社会变迁和政治变革的终极原因，不应当在人们的头脑中，在人们对永恒的真理和正义的日益增进的认识中寻找，而应当在生产方式和交换方式的变更中寻找；不应当在有关的时代的哲学中寻找，

^① 依目前我国行政法中的发达性质分类而言，“限制权力法”仅占20%左右，而“保障权力法”确占到80%以上，监督性的法律法规仅占0.87%，这反映了我们法律体系结构上的严重失调。见刘楠：“论公私法二元结构与中国市场经济”。载梁慧星主编：《民商法论丛》（第4卷），第42页。