

法学研究生
教学书系

公法原理

Principles of Public Law

熊文钊 / 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学研究生
教学书系

公法原理

Principles of Public Law

熊文钊 / 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公法原理/熊文钊著. —北京:北京大学出版社, 2009. 10

(法学研究生教学书系)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15730 - 5

I. 公… II. 熊… III. 公法 - 原理 - 研究生 - 教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167079 号

书 名: 公法原理

著作责任者: 熊文钊 主编

责任编辑: 明 辉 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15730 - 5/D · 2401

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 27.25 印张 509 千字

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 42.00 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

● 主 编：熊文钊

● 副主编：张俊杰 刘志峰

● 撰稿人：（按拼音顺序排列）

蔡 锐 曹旭东 冯瑞丽 雷 磊

刘春禾 刘志峰 孙 建 田 艳

吴勇辉 熊文钊 姚新柱 张步峰

张 杰 张俊杰 张 伟

前言

一、研究目的和研究意义

公法,是与私法相对的概念,一般是指以实现公共利益和规范公权力为首要目标的法。自从公元3世纪古罗马法学家乌尔比安首创公法这个概念以来,西方世界出现了许多关于公法的研究成果,这推动了公法的发展和繁荣。不过,不论是在大陆法国家还是在英美法国家,关于公法的研究并无定式,关于公法的概念内涵和外延也众说纷纭,甚至公法作为一门学科是否具有独立的法学基础和概念工具也是令人怀疑的。

中国在改革开放之后,开始引入和移植西方尤其是大陆法系的法律制度,公、私二元对立的法律框架自然被中国法学界所接受,因此,学者也开始研究公法问题,并取得了一些研究成果。不过,其中的问题仍然很多,主要有以下一些:第一,这些研究成果大多是从公法之下的单个学科的角度分别进行的,很少有关于公法的共性问题的研究成果;第二,对公法的研究,还停留在较浅的层面,缺乏坚实的理论基础;第三,对公法的研究方法过于单一,一般只会运用分析实证的方法;第四,对公法的基本范畴、研究对象、研究目标缺乏逻辑一致的论证。

加强公法原理的研究,其实际意义在于:第一,能够提炼规范国家权力的基本规律,完善公权力的整体运行,有利于我国的宪政建设;第二,有利于指引人权保障的趋势,加强公法制度建设,使公权力的运行在保障人权的基础上具有正当性,推进我国的法治进程;第三,有利于完善我国的公法制度,从而推进制度反腐败。其理论意义在于:第一,对各部门公法学科已有的研究成果进行抽象和概括,有利于提高人们对公法认识的理论深度和研究水平;第二,将公法的概念、范畴、原理等系统化,有利于实现各具体公法学科内部的和谐发展,也有利于公法规范的协调发展;第三,有利于消除我国公法研究的盲点,拓展法学发展的空间;第四,有利于完善公法学科体系,探索我国公法学科长足发展的突破口。

二、主要研究内容

本书基本的预设便是:在各个不同的公法分支中,存在一种可以被抽象出来

的共性的原理,这种原理便是公法原理,也是本书的主要研究内容。它大致包括四个主要部分:

第一,公法的基础概念研究。主要研究公法和私法、权力和权利这两对基础概念的历史起源、演变、性质、内涵和类型等问题。自乌尔比安提出公私法划分以来,由于古罗马在政治上的不断集权,统治者更加注重的是私法的发展,因此,私法在法律领域获得了更多的发展,也就是说,公法与私法划分的最初意义也许只是为私法的发展获得自由的空间服务。但伴随着政治、经济和文化的发展,尤其是在近代资本主义市场经济发展的背景下,出现了市民社会与政治国家的两极对抗,为了控制国家权力对公民的干预,保持国家“守夜人”的角色,亟需一些专门的法律来规范国家权力的行使,公法也获得了发展的土壤。但是,伴随着“市场失灵”现象的出现,国家也开始了其积极的作用,出现了“行政国”现象。在法律方面,原来的“公、私法泾渭分明”开始走向“公法私法化”和“私法公法化”的融合。权力与权利是公法中历久弥新的话题。从本质上来说,权力永远是为了权利而生存的,权力是为了更好地保障和维护权利而存在的,权利不仅是权力的来源,更是权力的归宿。没有权利的认可,权力的存在就缺乏其正当性和合理性,权力只不过是权利实现的手段。但二者又处于对抗状态,权力所具有的扩张性、侵犯性等特性,使得权利始终面临着被侵害的威胁。权力总是以缩小权利来扩张自己,二者犹如天平的两端,此起彼伏。因此,权力对于权利来说既具有侵害性也具有保障性。

第二,公法的基本范畴研究。主要研究公法的基本范畴的内容,包括公法关系、公法规范、公法的基本原则以及国际人权公约对我国公法发展的要求等。公法中规定的权利义务必须要通过相应公法规范对一些社会关系进行调整后所形成的公法关系体现出来,只有通过具体的公法关系,才能把公法上的抽象的权利义务关系转化为具体的权利义务,这样,才能实现公法所要实现的价值。公法规范具有一个极为严密的体系,其有相应的等级对应,对于各个不同的公法所形成的公法关系也不尽相同,比如宪法规范、行政法规范、刑法规范以及诉讼法规范,在这里,宪法规范在法律体系中是具有最高效力的规范,在公法规范中,其效力当然位阶最高,其他公法规范的效力要从属于宪法规范而不能与之相抵触。由于公法规范是具有不同性质的规范,因此,做好公法规范之间的衔接自然也是我们这里所要探讨的重要课题之一,这样才能保证公法规范体系的有机性和统一性。公法的基本原则是指导公法活动(立法、执法和司法)的主要原则,在私法体系中,形成了一系列基本原则(如诚实信用、意思自治等),在公法领域内,也理所当然地有自己相应的基本原则(如民主原则、法治原则、人权保障原则、平等原则以及比例原则等),这些原则是任何一个现代法治国家都应该具备的。

公法原则与私法原则的不同之处就在于,私法原则更加注重意思自治,而公法原则则更注重对国家权力的控制,防止对权利的侵害,这也是公法的本质所在,即限制国家权力、维护公民权利。尤其是在注重人权保障的当代,我们更要注重从公法领域去完善人权保障机制,切实做好人权保障工作。

第三,公法的基本制度研究。主要研究公法的公权民授制度(包括代议制、选举制度、政党制度)、权利保障制度、权力制约制度(包括横向权力配置制度和纵向权力配置制度)、正当程序制度、公法责任和救济制度。公法理论的实践需要相应的公法制度来操作,同时任何制度的建立都需要理论上的支持。公法基本制度也需要公法理论的支持。公法理论研究的主要目的是为了限制国家权力、保障公民权利,必然,公法制度的设计也遵循这样的精神进行。公法制度的设计从各个方面来对国家权力进行限制,以保障公民的权利。从权力的来源来说,公权民授制度就很好地对国家权力的来源作了限制,通过代议制度、选举制度等对国家权力的来源作了严格的约束,从而使权利成为国家权力的来源。从权力的行使过程来看,通过权力分立与制衡的方式限制权力的专断,同时,通过正当程序制度要求权力在阳光下行使,防止权力的暗箱操作,从而进一步限制权力,保障公民权利。从权力行使的后果来看,公法责任、救济制度等权利保障制度要求违法行使权力者承担责任以限制权力的任意行使,为国家权力的行使戴上一个紧箍咒,使其永远难以脱离公法的控制。

第四,公法的基本价值研究。主要研究公法与正义、公法与利益、公法与秩序以及公法与效率等。法的价值也是一个亘古不变的话题,一个法律能够存在并运作,主要是因其具有相应的价值。公法也不例外,正义、利益、秩序以及效率等都是公法所要实现的价值。这些价值之间相互独立又相互影响,尤其是正义与效率。因此,如何协调好这些价值之间的关系也是公法理论的一个重要课题。

三、主要的创新点

第一,本书系统归纳研究了关于公法的共性问题和运行原理,建立起公法的基本概念、基本范畴、基本制度和基本价值。

第二,本书所归纳出来的公法基本概念、基本范畴、基本制度和基本价值,构成了一个完整而具有内在逻辑的原理体系,这种体系性很强的结构和内容,本身就是一种创新。

第三,本书试图打破公法学科之间的藩篱,构建具有共性的公法原理,同时加强了学科之间的沟通和互相促进,开拓了新的研究领域,拓宽了研究视野。例如,对于新出现的公、私法融合的领域,由于以前私法原理较为一致,因此较多地诉诸私法原理,如经济法领域、劳动法领域、环境法领域等;在具有逻辑基础的公

公法原理

法原理出现之后,这些公、私法融合的领域,同样可以诉诸公法原理,从而促进我国的法律制度的完善和法学成果的丰富。

第四,本书构建了新的公法学研究方法。传统的公法研究方法以规范性的研究方法为主,而本书在公法原理的指导下,整合形成了功能性和规范性的综合研究方法,以适应不同学科的研究需要,从而为各学科的研究提供了新的研究工具。

目 录

第一章 公法观念	(1)
第一节 公法观念与公私法划分	(1)
第二节 公私法划分的根据	(5)
第三节 当代中国公法观念的强化	(8)
第二章 公法的逻辑起点——公权力	(17)
第一节 公权力和政府的起源	(18)
第二节 公权力的概念与特征	(29)
第三节 公权力的时代功能	(39)
第三章 公法的归宿——权利	(46)
第一节 权利的概念	(46)
第二节 公权利与私权利	(50)
第三节 权利与公权力的关系及公法调整	(53)
第四章 公法规范	(59)
第一节 公法规范概论	(59)
第二节 公法规范分论	(85)
第五章 公法关系	(117)
第一节 公法关系的概念及特征	(118)
第二节 公法关系的构成	(122)
第三节 公法关系的分类	(130)
第四节 公法关系的产生、变更和消灭	(132)
第五节 公法的实现与公法关系	(134)
第六章 公法原则	(137)
第一节 民主原则	(137)
第二节 法治原则	(141)

公法原理

第三节 人权保障原则	(146)
第四节 平等原则	(150)
第五节 比例原则	(156)
第七章 公权民授制度	(161)
第一节 代议制	(161)
第二节 选举制度	(174)
第三节 政党制度	(189)
第八章 权力的配置与制约	(199)
第一节 公权力的组织结构——政体	(199)
第二节 横向权力配置	(202)
第三节 纵向权力配置	(222)
第九章 正当法律程序	(233)
第一节 西方法律的程序化	(233)
第二节 正当法律程序的基本结构——以行政程序为例	(244)
第十章 权利保障制度	(256)
第一节 权利保障制度概述	(256)
第二节 权利保障制度在公法中的体现(以我国为例)	(259)
第十一章 公法责任与救济	(271)
第一节 关于行政救济含义之解释	(271)
第二节 行政救济之原理	(275)
第三节 行政救济之基本原则	(280)
第四节 行政救济之形态	(285)
第五节 关于行政救济机制一些问题的思考与探讨	(294)
第十二章 公法与正义	(303)
第一节 正义观念概述	(303)
第二节 公法与正义	(314)
第十三章 公法与利益	(318)
第一节 利益概述	(318)
第二节 法与利益的关系	(323)
第三节 公法对利益的选择和协调	(326)

第十四章 公法与秩序	(336)
第一节 法律与秩序的关系	(336)
第二节 公法对秩序的维护	(338)
第十五章 公法与效率	(345)
第一节 效率概述	(345)
第二节 公法与效率的关系	(353)
第三节 中国公法的效率价值的实证分析	(358)
第十六章 公法的发展趋势	(364)
第一节 公法的发展趋势综述	(364)
第二节 公法私法化与私法公法化探析	(367)
第三节 公法国际化与公法全球化探析	(383)
第四节 国际人权公约对我国公法发展的要求	(393)
参考文献	(419)
后记	(424)

第一章



公法观念

第一节 公法观念与公私法划分

一、公私法划分与公法观念的出现

“公”与“私”的观念由来已久,并很早便出现在法律领域。但关于公法的观念则并非随着法律的产生而自始存在。确切地说,公法观念的出现源于古罗马五大法学家之一的乌尔比安首次提出的关于公法与私法划分的思想。公元3世纪,乌尔比安以敏锐的观察力指出:“公法是有关罗马国家稳定的法,即涉及城邦的组织结构,私法是调整公民个人之间的关系,为个人利益确定条件和限度,涉及个人福利。”^①后来查士丁尼钦定的《法学总论——法学阶梯》进一步肯定了这一分类,即“法律学习分为两个部分,即公法和私法,公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益”^②。这种划分确立了公法和私法的职能分工和各自的调整范围,并形成了各自特有的原则。乌尔比安在他的《学说汇纂》中指出:“公法的规范不得由个人之间的协议而变更”,“对当事人来说,协议就是法律”。^③换言之,公法是强制性的,必须遵从而不能随意变更,而私法是任意性的,可以由当事人协议更改。这些都是对二者差异的揭示。将法律划分为公法和私法,是古罗马法学家的杰出创造,而根据这种划分来构建整个法律体系的内在结构,则是罗马法的首创,并为后世所继承,产生了极其深远的影响。

然而,当初罗马法学家提出公私法划分无疑有其特定的历史背景,由于时代

① [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页。

② [古罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1995年版,第1—2页。

③ 周枬:《罗马法原论》(上),商务印书馆1994年版,第84页。

的局限性,当时公法和私法在理论上虽有明晰的区分,但是公法远未取得与私法同等的地位,公法的发达程度远远落后于私法。“几乎所有有关罗马法的文件都只涉及私法。”^①“事实上,仅仅私法才是许多世纪以来人们认真注意的对象:公法仿佛是个徒有其名的、无用的,甚至是危险的对象,罗马没有我们所理解的宪法或行政法。刑法也只是在私法周围发展,因而它基本上似乎是有关私人(犯法者和受害者或其家属)的事务,刑法实际上从未成为‘公法’部分,从未达到私法那样的发展程度。”“罗马法提出了公法和私法的划分,但这样做的目的在于撇开公法——如果真的存在公法的话。换句话说,法学家谨小慎微地避开了这个危险的禁区。”^②

究其原因,不少学者认为是由于罗马帝国政治上的不断集权,使得法学家们视公法领域为畏途。而且,在他们看来,公私法的划分“不仅仅限于学理上有划分的必要,它更像是一种面对现实的精明,由于政治上的集权严重限制了法律的空间,法学家划分公私法实际上是为了将私法同公法相区分,弃公法保私法,让私法远离政治,这样就可以使其摆脱政治的桎梏,从而有一个较广的空间自由发展”^③。也就是说,公法与私法划分的最初意义也许只是为私法的发展获得自由的空间服务的。

古罗马时代的公法与现代意义上的公法的价值取向也是存在很大差异的。现代公法以限制国家权力为基本价值取向,在公法领域中“通行的是代议制民主、三权分立、宪政、法治等原则和制度”^④。而古罗马时代的公法则主要是“维护国家的政体稳定,即维持统治的秩序”^⑤。“帝国时期的罗马社会,君主的权力逐步扩大,专制王权取代共和政治,国家的大政方针主要由皇帝制定。而所谓的公法,实际上是专制王权实施社会统治的工具,根本谈不上限制权力一说。”^⑥但不管怎样,古罗马公私法划分的理论为日后公法观念的进一步演进奠定了基础,具有开创性意义。

① 朱景文:《比较法社会学的框架和方法:法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,第91页。

② R. David and J. Brieley, *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd edition, Publisher: Stevens, 1985, pp. 81, 63. 转引自孙国华、杨思斌:《公私法的划分与法的内在结构》,载《法制与社会发展》2004年第4期。

③ 张问:《从社团看罗马公私法的分野》, <http://www.lwwzx.com/Freepaper/21312.htm>, 最后访问日期:2008年10月8日。

④ 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第128页。

⑤ 沈敏荣:《论公、私法的起源及其演进》,载《中州学刊》2000年第4期。

⑥ 王继军:《公法与私法的现代诠释》,法律出版社2008年版,第9页。

二、公私法划分的历史演进

(一) 公私法划分在中世纪的延续

公元476年,西罗马帝国被日耳曼人征服,西欧开始进入长达千年的黑暗中世纪。日耳曼人建立了以庄园制为基础的等级森严的封建专制制度。王权、教会和封建领主的权力吞噬了公民的权利。在当时高度集权的专制统治模式下,“绝对权力”的观念并不容许任何个人维护自己的权利,以与政体相对抗。^①政治国家与市民社会的界限消失殆尽。正如哈贝马斯所言:“从社会学来看,也就是说,作为制度范畴,公共领域作为一个和私人领域相分离的特殊领域,在中世纪中期的封建社会中是不存在的。”^②在法律上,日耳曼人的习惯法代替了罗马法。公法与私法不再作区分。基尔克(Gierke)认为,“在德意志的法的历史上,在整个中世纪都没有认识到公法与私法的观念的区别,一切人与人之间的关系,自邻近者间的交易关系以及王与国民间的忠诚关系,都被视为可包括于一个相同的单一的种类型的法里”^③。在这种历史环境下,公法与私法划分的社会基础和条件缺失,其在实践中的应用更是无从谈起。

但是,即便如此,公私法划分的理念并没有销声匿迹,其作为一种学术上的分类在中世纪的思想家和法学家那里仍然得到了延续。圣保罗、奥古斯丁和阿奎那等基督教思想家的法律思想都以适合当时的形式传承着古代的法律思想^④;公元11世纪,随着罗马法的复兴,许多法学家们的理论阐述中,特别是布加鲁斯、普拉森第努斯、阿佐等注释学家的著作中仍然不乏公私法划分的传统,这使得公私法划分理念的血脉得到了传承。

(二) 公私法划分在近代的兴盛

17、18世纪,资本主义商品经济迅速发展,生产力大大提高,人口增多,城市发达起来,商品交换日益频繁。市民社会力量初步发展壮大,与国家形成抗衡之势。

同时,资产阶级革命爆发后,欧洲大陆建立了一批以民主政治为主旨的近代民族国家。民族国家现代化的过程也是法律制度现代化的过程。自11世纪罗马法复兴开始的学术研究和传统此时正好契合了近代民族国家法治发展的要求。欧洲普通法正是在罗马私法和注释法学派的著作基础上发展起来的。19

① [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1997年版,第268页。

② [德] 哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第6页。

③ [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1—2页。

④ [美] E. 博登海默:《法理学与法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第22—28页。

世纪,在以法、德为代表的法典编纂和法制改革过程中,公私法的划分得到广泛运用。19世纪末,当法学家们开始认真研究现实的法律规范和制度时,公、私法的划分就成了他们重建法律制度的基础。公、私法划分不断演进和发展的历史,使这种划分产生了极大的权威,并与大陆法系的各种文化交融在一起。^①在19世纪法典化的过程中,有关私法自治的思想得到了集中的反映,例如在法国和德国的民法典中,占统治地位的观念是个人的私有财产权和个人的契约自由,这种对个人主义的强调具体体现了理性主义和自然法泛滥时代思想家们的极端主张,法典所突出的个人财产权和契约权,保证了个人权力不受国家侵犯,这些民法典被认为发挥着类似于宪法的某些作用。在私法范围内,政府的唯一作用就是承认私权的实现。^②政府就是守夜人,“管得最少的政府是最好的政府”。应在国家社会生活和经济生活中尽力排除政府的干预。当时的普遍观念认为,法律领域内只有两个主体,即国家和个人,国家在公法范围内活动,私法则是个人行为的领域。公私法划分顺势走到了历史的前台。公法获得了空前的发展,出现了以控制国家权力、保障公民权利为目的的宪法和宪政。在此基础上,行政法、刑法和诉讼法也发生了洗心革面的变化。公私法的划分得到了最终的确立。

总之,近代资本主义商品经济和民主政治的发展为公私法的划分提供了历史条件,它们所孕育的自由、平等、民主等精神促成了公私法划分的兴盛和公法的迅速崛起。

需要指出的是,从形式上看,英美法系国家历史上一直没有公私法的严格区分。英美法系国家对法律的分类主要是普通法和衡平法。英国法历史上受罗马法影响较小,是相对独立于罗马法发展起来的。从普通法出现时起,王室法院就垄断了中央的司法权。王室法院所审理的案件以及它通过判例创造的普通法都被认为是有关王室利益的。也就是说,普通法是一个统一的法律体系,它既调整私人之间的纠纷,也适用于政府部门作为一方当事人的案件,因而似乎谈不到公、私之分。^③在英国法学家奥斯丁看来,一切法都是主权者的命令,通过国家权力起强制作用,不因公法和私法而有所不同。英美法系国家遵循判例法传统,其制定法细琐、不成系统。而且英美法系国家的法官对立法和司法起着重要的推动作用。他们注重实用主义的传统,主要关心具体案件的解决,对法律划分这种宏观问题并不特别在意。英国没有行政法院,行政争议也是由普通法院管辖,这也影响到人们对公私法划分必要性的认识。尽管如此,英美法系国家的学术

① [美]约翰·亨利·梅里曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第96页。

② 同上书,第97页。

③ 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第218页。

研究中一直存在着关于公私法划分的讨论。特别是进入 20 世纪后,随着制定法的大量增加,再加上理论上和逻辑上的需要,学界越来越倾向于划分公法与私法。行政法在英国和美国逐渐得到承认和确立即是明证。

(三) 公私法划分在现代的新变化

进入 20 世纪后,随着资本主义从自由竞争阶段进入垄断阶段,自由竞争的秩序被垄断所破坏。政府的消极政策饱受诟病。尤其是 1933 年的全球经济大危机后,凯恩斯主义盛行。国家干预主义逐渐取代了自由放任主义。政府一改“守夜人”的角色,开始积极主动地对经济和社会生活进行广泛而深入的干预。在法律方面,由于国家权力广泛渗入到市民社会中,公法与私法开始出现相互交融的现象,即所谓的“公法私法化”和“私法公法化”。公域和私域的界限日益模糊,而且出现了大量被认为无法确知归属于公法还是私法的社会立法。这使得公私法的划分一度处在危机之中。

然而,公法与私法划分的根基并没有动摇。只要国家权力与公民权利、公共利益与私人利益、公域与私域的差别仍然存在,公私法的划分就有其客观基础。所谓的社会法也不过是公私法规范的混合体,其成分也不过是公私元素的不同组合而已。而且,20 世纪 70 年代以后,国家对社会经济的过分干预给社会经济的发展带来了危害,尤其是福利国家的过度膨胀,给国家财政带来了沉重的经济负担,进而引发经济停滞和通货膨胀。在西方经济学界,主张经济自由、相信市场机制、反对国家干预、反对公有制的新自由主义学派逐渐占据了上风。西方国家开始了新一轮的私有化过程,国家从金融、电信等原先政府干预最多的领域撤退,公法和私法在一定程度上重新分离,可谓“分久必合,合久必分”。^① 从发展趋势来看,公法领域将持续引入私法的调整原则和方法,私法领域也将不断地吸收公法的调整原则和方法,公法与私法必定长期处在彼此相对独立而又互动的状态中,共同促进法治社会的和谐发展。

第二节 公私法划分的根据

在大陆法系学者看来,公、私法的划分是天经地义的。但是对于两者间的界限到底何在,不同的学者有不同的划分根据和标准,其中最重要的、具有代表性的学说,包括以下四种:

^① 王继军:《公法与私法的现代诠释》,法律出版社 2008 年版,第 12 页。

一、利益说

这种划分历史悠久,影响深远。乌尔比安是这一学说的代表。乌尔比安认为,“公法是为保障罗马国家利益的法,私法是规范私人利益的法”。这一观点为后来的许多法学家所赞同并发扬光大,但其核心思想没有变。即公法是旨在维护公共利益的法,而私法则是旨在维护私人利益的法。该学说抓住了法与利益的本质联系,从法的目的出发,为公私法的划分提供了一个强有力的解释。

但是,更深一步探讨,这一学说存在的前提是必须首先阐明何谓公益,何谓私益,公益与私益的界限到底何在。这并不是一个能轻易说清楚的问题。公共利益与私人利益往往并不是泾渭分明的。在现代社会,公共利益是以私人利益为出发点和归宿的,纯粹抽象的公共利益是不存在的;个人对私人利益的追求也有边界,只有不损害他人及社会公共利益时才受到法律的保护。^①而且,作为国家的法律,往往是既在保护着个人利益,同时又在维护着社会公共利益。不能笼统地讲某个法律代表着公益或者私益。“我们甚至根本不可能找出一种单纯的‘公共利益’或者单纯的‘私人利益’的法律。”^②事实上,很多时候总是“公”中有“私”,“私”中有“公”的。比如,在持利益说的学者们看来,民法无疑是典型的私法,但是谁能说民法中的公序良俗原则和权利滥用禁止原则不是为保障公益而存在的呢?同样的,作为典型公法的刑法当中也有保护私益的罪刑法定、无罪推定原则。可见,利益标准有其难以克服的内在缺陷。

二、主体说

主体说由德国学者耶利内克提出,在日本、法国等大陆法系国家十分流行。该说认为,凡法律关系的主体一方或双方均为国家或公共团体者为公法,法律主体双方均为私人或私人团体者为私法。即认为公法与私法是依法律关系的主体不同而生成的分类。“划分公私法的标准在于法律关系的主体(至少有一方)是否代表国家或某种公共权力,因为公法调整的是国家或其他公共权力(包括地方国家机关或公共组织)至少作为一方参加的法律关系。如果这种法律关系的任何一方都不代表国家或其他公共权力,那么这种法律关系就是私法关系。”^③

这种学说是法律关系分类的一种常用标准,具有一定的合理性。但是其缺陷也是与生俱来的。反对者认为,这种标准并不能将公法与私法完全地划分开

① 孙国华、杨思斌:《公私法的划分与法的内在结构》,载《法治与社会发展》2004年第4期。

② 易继明:《私法精神与制度选择》,中国政法大学出版社2003年版,第15页。

③ 转引自沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第110页。