



福建省社会科学规划项目博士文库

On Publicization of Private Law



私法公法化研究

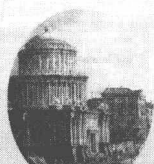


社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



福建省社会科学规划项目博士文库

On Publicization of Private Law



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

私法公法化研究 / 高伟著. —北京: 社会科学文献出版社, 2012. 3

(福建省社会科学规划项目博士文库)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 2956 - 4

I. ①私… II. ①高… III. ①私法 - 研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 253844 号

· 福建省社会科学规划项目博士文库 ·

私法公法化研究

著 者 / 高 伟

出 版 人 / 谢 寿 光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮 政 编 码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

责任编辑 / 关晶焱

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 李海雄

项目统筹 / 王 绯

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 13. 25

版 次 / 2012 年 3 月第 1 版


字 数 / 217 千字

印 次 / 2012 年 3 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 2956 - 4

定 价 / 38.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

目 录

引 言 / 001

第一章 私法公法化之基本理论 / 005

第一节 私法公法化的历史考察 / 005

第二节 私法公法化之解读 / 026

第三节 私法公法化的功能 / 039

第二章 私法公法化之社会背景和理论基础 / 042

第一节 私法公法化之社会背景 / 042

第二节 私法公法化的理论基础 / 054

第三章 私法公法化之路径和方式 / 070

第一节 私法公法化之路径 / 070

第二节 私法公法化的方式 / 072

第四章 私法公法化之具体制度分析 / 078

第一节 监护制度概述 / 078

第二节 监护制度的历史考察 / 082

第三节 监护制度之变革与私法公法化 / 102

- 第四节 特定监护事务决定制度 / 112
- 第五节 监护监督制度 / 122
- 第六节 监护保障制度 / 143
- 第七节 监护诉讼之独立代表人制度 / 150

第五章 我国私法公法化之路 / 157

- 第一节 我国私法公法化的检讨 / 157
- 第二节 我国私法公法化之具体制度构建 / 168

结束语 / 188

参考文献 / 190

后 记 / 203

引言

一 选题背景和选题意义

在国外，20世纪西方发达国家继续向工业化社会迈进，工业化社会不断发展；福利国家开始形成，国家干预凸显。与此同时，人权获得了前所未有的关注，关于人的地位、权利、发展和保护，成为西方社会关注的重要主题，进而诞生了《世界人权宣言》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》等一系列国际人权文件。人权保护的兴起和国家干预的凸显给私法带来了巨大的挑战也带来了巨大的机遇。

德国法学家弗朗茨·维亚克尔指出，藉由建构一个封闭的私法体系以及民法的一般理论，19世纪的法学实证主义不仅首次在实证的法秩序中贯彻了理性法的方法要求，同时也学术性地表达了当时市民社会的法律形象，并在精神层次上加以证成。学说汇编学的私法与民法理论也因此成为其他法学学门的典范，特别是刑法与国家法。私法学在20世纪不再能享有此等优越地位。那种古老社会形象的崩溃也显示，（在将私法中重要社会领域外移于个别特殊领域中表现出来的）民事法律体系统一性的分解。然而，在20世纪初期的劳动法制、第一次世界大战时的紧急法制以及魏玛民主体制下的政治与经济多元主义中，此项要求终于被放弃。与自由经济社会的引退相应的正是：其最伟大的法学创作（私法之统一性）的崩溃。^① 弗朗茨·维亚克尔道出了私法面临的严重危机，对待此一危机，西方发达国家纷纷改革私法予以应对。

^① [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店，2006，第523页。

私法的改革集中体现在《劳动法》、《合同法》、《物权法》等领域。以德国私法为例，德国《民法典》把大部分的消费者保护单行法放进了债编，并于第一编“总则”第一章“人”第一节中使用了“消费者”、“经营者”这样的明显带有政策倾斜意图的法律概念。^①《劳动法》和《合同法》都采用了公法方面的一些手段。在物权法领域，通过公法性质的立法，尤其是藉由升值、农业性的债务免除与负担平衡措施，抵押法制发生了最深刻的，几乎摧毁了传统体系的巨变。^②学者们将私法的这一变革称之为“私法公法化”。

私法公法化是对社会变革的一种回应，是私法从近代向现代的发展趋势之一。由欧洲大陆所确立的民法近代模式，其集中表现为：抽象的人格、私的所有、私法自治、自己责任。^③其基础是自由主义。然而，自由主义的贯彻并没有带来社会的和谐，随着社会的发展，权利的滥用，弱者利益的损害，两极分化等现象日趋严重。自19世纪末开始，就有了要求国家对社会发展进程予以干预的呼声。进入20世纪，这些呼声转变为实际的行动，自由竞争、自由放任的西方国家转入国家干预，自由放任主义削弱，国家对经济和社会的干预得到加强，国家以一种积极的姿态介入原先的私人领域，出现了“私法公法化”的趋势。

私法公法化是国家干预的一种表现。人生存于社会之中，权利的绝对化所导致的权利滥用，过度自由所带来的社会弊害，最终会影响个人利益的实现，个人权利行使承担一定的公法义务，与公共利益达成一致，才能更好地实现个人利益。限于形式的平等而漠视现实中的不平等并拒绝给予关怀，弱者的利益得不到维护甚至损害，这无疑违背了法律的精神。因此必须通过国家干预，使国家承担保护和给付义务，积极创造条件实施保障健康权、劳动权、个人及家庭发展权、物质帮助权、休闲娱乐权、受教育权、环境权等社会经济文化权利，对弱者利益予以特殊保护，以达到某种程度的实质正义，实现社会和谐。因此，私法公法化乃是法律以维护公共利益和弱者权益为中心，通过国家干预，使民事主体行使民事权利时承担

① 参见陈卫佐译注《德国民法典》，法律出版社，2006，第3、5页。

② [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店，2006，第503页。

③ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社，2001，第4页。

相应的公法义务或者国家直接承担公法义务对弱者予以特殊保护，达到个人利益和公共利益的一致，实现实质正义。

对私法公法化进行研究具有较高的理论价值和迫切的现实需求。就理论意义而言：首先，私法公法化的出现，是公私法关系的一个新趋向，在先前的理论研究中，对于公法和私法的区别研究得较为透彻，而对于私法公法化的内涵、与相关概念的区别等关注不多。私法公法化作为私法发展的一个新趋势，是私法发展的一次突破。认真研究私法公法化的基本理论，阐释其出现与发展、界定其内涵、分析其功能，对于完整而深刻地认识公法和私法的关系，把握私法发展的趋向与规律具有重要的理论意义。其次，在认真研究私法公法化理论的基础上，对其社会背景和理论基础进行分析，梳理私法公法化的路径和方式，对于把握私法公法化具有重要理论意义。再次，私法公法化是西方发达国家对社会变革给私法制度带来挑战的积极回应，是西方法律文明的成果，笔者收集和运用大量一手资料，对西方国家私法公法化的具体制度进行总结、概括从而予以系统介绍，并开展比较分析，具有一定的开创性意义。

就实践意义来讲：首先，这是解决日趋严重的相关社会问题的需要。现实中弱者利益维护、社会正义的实现等问题还有待进一步解决。私法公法化正是试图调整这些社会关系，维护弱者权益，为构建和谐社会排除隐患和障碍。其次，这是完善我国现行立法的需要。目前我国私法公法化的发展已经不能适应时代的变革，表现出一定的滞后性和局限性。西方发达国家私法公法化的立法变革，则不乏可资借鉴之处。因此，对私法公法化进行研究，对其具体制度进行比较分析，是完善我国立法的迫切需要。

二 研究思路和研究方法

（一）研究思路

本书是对私法公法化进行研究，因此，第一章首先系统论述私法公法化的基本理论，阐释私法公法化的产生与发展，界定其内涵，分析其功能。学界指出私法公法化的产生与发展植根于深刻的社会变革，并有其理论根源。因此笔者第二章对私法公法化的社会背景和理论基础进行了论述。进而在第三章分析了私法公法化的路径和方式，在第四章选择西方国

家私法公法化的代表性制度——监护制度进行具体比较分析，对西方国家监护制度公法化的具体制度予以概括介绍并比较分析，全面展现了监护制度公法化的图景。最后一章，笔者分析了我国社会的变革，审视我国立法，借鉴学界前人的研究成果审视我国私法公法化过程中的缺陷与不足，提出了我国私法公法化应该坚持的正确取向并就西方国家私法公法化的具体立法，结合我国实际，提出了我国私法公法化之具体制度完善的立法建议。

（二）研究方法

在本书中，笔者主要运用了法律解释学、比较法学、历史分析、法社会学等多种研究方法。本书是具体制度的研究，对法律制度的阐释性论述是本文不可或缺的部分，文章运用法律解释学的方法，阐释相关法律文本的内容、解释构成要件、分析法律效果。历史分析和比较法学的方法是法学研究的一般方法。运用历史分析的方法可以对私法公法化的发展演变进行考察，梳理该制度的发展脉络，剖析其嬗变缘由和发展规律，探求该制度的演进方向和趋势。无论是从人类具有的共性角度出发，还是从我国改革开放以来大规模借鉴国外法律的现实出发，比较法研究都具有其重要意义。运用比较分析的方法，对西方主要国家的私法公法化的具体制度进行比较分析，总结规律，可以获得对完善我国法律的启示。私法公法化是对社会变革的回应，本书运用法社会学的方法对私法公法化的社会背景进行了分析，并论述我国社会变革对私法的挑战，指出我国私法公法化之路的必要性和可行性。

第一章

私法公法化之基本理论

第一节 私法公法化的历史考察

一 公私法划分的历史和标准

(一) 公私法划分的历史

公法和私法的划分，是社会和法律发展到一定阶段的产物，并非在法律产生之初就存在于法学理论或法律实践之中。公法和私法的划分起源于罗马法，然而这种划分并非一蹴而就，而是随着私法的发展而逐步产生的。商品经济是产生公法与私法划分的基本条件。罗马时期，商品生产和交换的发展促进了当事人权利平等、意思自治等观念的流行，这在很大程度上推动了罗马私法的迅速发展，^① 展现出私法概念的萌芽。

随后万民法的产生及其与市民法的融合，使罗马法得到了极大发展。市民法是纯粹为罗马人民所特有的法律制度的总和^②，市民法的特征其一是狭隘，只适用于罗马市民，不适用于来罗马经商的外国人；其二是严峻僵化，一点灵活性也没有；其三是注重形式，程序繁琐，如买卖牛马，需要一定的形式，用一定的语言。^③ 万民法可以说是罗马人和其他所有民族

① 何勤华、魏琼主编《西方民法史》，北京大学出版社，2006，第79页。

② [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，2005，第10页。

③ 周枏：《罗马法原论》，商务印书馆，2002，第95页。

所共有的法。^① 万民法扩大了公共权力严禁进入的民事范围，承认了与罗马人发生贸易往来的异邦人的合法性。摆脱了市民法狭隘和繁琐的形式主义，比较简易、灵活，适应了商品经济的发展，因而更具有生命力。^② 罗马帝国建立之后的扩张与征服摄取了大量物质财富，罗马城邦与外界的经济交往扩大，商品经济活跃，由于罗马帝国对外交往的扩大，商品交易活跃。原来的市民法由于浓厚的形式主义、狭隘的民族色彩已不能适应日益频繁的民事流转关系。212年，卡拉卡拉皇帝把罗马市民权授给罗马帝国内一般居民，市民法和万民法的区别就消失了。这时罗马法便失去了狭隘、形式主义和严峻的性质。^③ 这样，自由民相对平等的私法与代表公共权力运行的公法之间的界限就进一步明确了。3世纪，罗马法学家乌尔比安首次提出公法和私法的划分，“它们有的造福于公共利益，有的造福于私人。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中。”^④ 查士丁尼的《法学总论》进一步肯定了法学家的分类，指出，“法律学习分为两部分，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”。^⑤

虽然在罗马已经出现了公法和私法的划分，但是，罗马法学家的研究主要集中于私法，罗马法的发展主要集中于私法，其留给后世的遗产主要是罗马私法。而“在公法方面，罗马法从未提供过范例”。^⑥ 在罗马国家，公法调整缺席的社会领域，最为典型的例证就是罗马私法。^⑦ “尽管在认为法是先于并高于国家的自然秩序这种观念的影响下，大家在很长一段时间内认为公法和私法同等重要，但实际上法学家们的全部注意力都集中在私法上；从事公法研究显得既危险又徒劳无功。在罗马既不曾有宪法，也不

① [意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，2005，第10页。

② 周枬：《罗马法原论》，商务印书馆，2002，第95页。

③ 周枬：《罗马法原论》，商务印书馆，2002，第95页。

④ [意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，2005，第10页。

⑤ [古罗马] 查士丁尼：《法学总论》，张企泰译，商务印书馆，1989，第5~6页。

⑥ [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，戚竹生译，上海译文出版社，1984，第45页。

⑦ Alan Watson, *The Spirit of Roman Law*, The University of Georgia Press, 1995, p. 173.

曾有行政法。”^① 公法事关罗马帝国的政体，而帝国的专制统治却使得公法领域基本上属于主权者可以任意处置的领域，公法因此缺乏发展的客观环境。^② 公法发展不足的局限使得罗马法之公法和私法的划分不是很成熟。

在王权至上的中世纪同样没有公法的地盘，但由于罗马法的复兴，在注释法学家的著作中仍然保持着罗马法关于公法与私法划分的传统。这一时期，公法关系仍然由王室立法和习惯法来调整，因而尽管罗马法对西欧中世纪各民族各地区法律制度的发展具有举足轻重的影响，但在公法方面却没有提供范例。^③

近代欧洲大陆资本主义的发展和中央集权的民族国家的形成，为公法的发展奠定了基础。资产阶级在推翻封建统治、确立资产阶级的统治之后，开始把他们在资产阶级革命时期提出的主张制度化、法律化。在政治方面，他们提出民主、自由和分权；在经济和私人生活领域，他们要求财产权、意思自治等私法上的权利，要求限制国家对经济领域和私人领域的干预，认为国家的任务就是“守夜人”和仲裁者。于是，作为限制国家权力之手段的现代意义上的公法便应运而生，公私法的划分也因此有了更现实的意义与更清晰的理路。在19世纪欧洲大陆的民法典编纂运动中，公私法的划分作为其理论上的指导开始与大陆法系国家的法律文化发生融合，进而演变为大陆法中基本的法律概念。^④ 可见，近代公法与私法之划分已经远比罗马法上的公私法之划分成熟。罗马时期，并不存在约束统治者、限制其权力的公法，而近代公法的基础是以法律限制公权力及其规范行使为基本原则的。公私法的划分确立了国家权力和个人活动的界限，政治国家和市民社会的分离也就因此有了法律上的表达。

英美法系国家尽管不存在法德式的公私法划分，但在法学研究和法治实践中都意识到了区分公法与私法的意义。到了20世纪初期，在英美法系国家，由于国家行政权的扩大，事实上造成了公法从私法中的分化和独

① [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，戚竹生译，上海译文出版社，1984，第74页。

② 参见沈宗灵《比较法研究》，北京大学出版社，1998，第119页。

③ 孙国华、杨思斌：《公私法的划分与法的内在结构》，《法制与社会发展》2004年第4期，第101页。

④ 孙国华、杨思斌：《公私法的划分与法的内在结构》，《法制与社会发展》2004年第4期，第101页。

立，一些学者也开始关注私法和公法的划分及其合理因素。美国当代著名法学家伯纳德·施瓦茨在1947年出版的《美国法律史》，就是在将美国法律发展分为五个阶段的基础上，在每个阶段再分为公法和私法来进行论述的。^①丹宁勋爵把发生在20世纪法官进行司法审查的新判例称为公共权力机构与公民之间的一场宪法革命，它导致了公法与私法的分野。他说“在现代社会我们逐渐认识到法律的两个分离的领域：一个是私法，另一个是公法。私法调解臣民之间的事务。公法调解臣民与公共权力之间的事务”。^②

总之，公私法的划分反映了法律发展的内在规律性，它从罗马时期出现，并至今延用不衰，这说明这种划分具有必然性和生命力，它源于社会生活的需要。

（二）公法与私法划分的标准

将法律划分为公法和私法，并将这种划分作为整个法律体系的内在结构，是罗马法的首创。但是到20世纪初期，随着欧洲大陆以法、德为代表的法典编纂和法制改革的发展，罗马法中关于公、私法划分的标准受到了各国众多学者的质疑。学者们纷纷提出了不同的划分标准，归纳起来竟有17种之多。公法与私法的划分标准成为一个纷繁复杂的问题。日本学者美浓部达吉对此问题展开了论述，其著作《公法与私法》完整论述了公法和私法的问题，以其深刻的洞察力阐明了公法与私法的划分标准。

1. 利益说、意思说标准的不足

公私法划分的标准众多，但占据主流的有利益说、意思说、主体说。然而，利益说和意思说均存在不足。

（1）利益说之不足。从前述关于公私法划分的历史中可知，利益说在罗马法中就已有人提及。根据利益说，判断一项法律关系或一条法律规范是属于公法还是属于私法，应以涉及的是公共利益还是私人利益为准。美浓部达吉就此分析道：国家固然是公益的保护者，同时却亦是个人的私益的保护者。故公法，亦有不少是以保护个人的利益为主要目的而存在的。又从他方面看来，个人相互间的法亦非尊重公德不可。特别是在自由放任

① 石佑启：《私有财产权公法保护研究》，北京大学出版社，2007，第55页。

② 参见〔英〕丹宁勋爵《最后的篇章》，刘庸安、李燕译，法律出版社，2000，第21页。

主义的经济组织发生变化、日趋于统制主义的经济的现代情势之下，个人相互间的法因公益的见地而受拘束之处日多，因此，私法之以公益为主要目的者既非少数，而此后且有与日俱增之势。要之，根据法之为公益的或私益的去指示公法和私法的大体倾向，这主张固有是处，但若以之为两者的区别标准，却明明是错误的。^① 德国的一些学者也和美浓部达吉一样指出了利益说的不足，“在社会福利国家中，公共利益和私人利益往往是不能互相分离的”。^② “一方面，私法不但保护个人利益，而且往往同时保护公共利益。另一方面，虽然公法通常涉及公共利益，但也并不是仅仅关系到公共利益，它同样也适当地照顾个人利益。最后，无论是公法还是私法，其宗旨都不仅在于促进或保护某些公共的或个人的利益，而且在于适当地平衡各方面的利益，创造正义和公正的局面。”^③

(2) 意思说之不足。意思说又称为隶属说，认为公法的根本特征在于调整隶属关系，而私法的根本特征在于调整平等关系。公法的主要性质是在于其为国家与人民间之关系的规律，而国家有以优越的支配权去命令和强制人民的权力之点，则为其主要的特征。因此，公法的关系以权力者与服从者间的关系为通常的性质，反之，私法关系却以对等者间的关系为通常的性质。但这不过是两者间的通常的差异，若以之为两者的标准区别，则属大谬。^④ 因为，一方面，隶属关系也出现在私法中。另一方面，公法中也存在着平等关系。^⑤ 国家不一定只是强制和命令人民的，同时亦站在以利益供应人民和负担义务的地位。又人民亦不单是站在服从国家的命令和忍受其强制的地位的，同时还有向国家要求某事的权利。这些关系，无论如何都不能说是权力服从的关系，但无疑是属于公法而属于私法的。^⑥

① [日] 美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勤校，中国政法大学出版社，2003，第29~30页。

② [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社，2001，第11页。

③ [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译，法律出版社，2003，第4~5页。

④ [日] 美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勤校，中国政法大学出版社，2003，第27~28页。

⑤ [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社，2001，第11页。

⑥ [日] 美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勤校，中国政法大学出版社，2003，第27~28页。

2. 主体说标准的论证

主体说是公私法划分标准中最普通的学说，美浓部达吉认为主体说是唯一正当的学说。

主体说以为在私法，法主体的双方都是私人或私团体；反之，在公法，法主体的双方或最少一方是国家或在国家之下的公团体，而主张公法和私法的区别标准即在于此。^①

具体来说，私法是个人相互间的意思和利益之交涉的法。进而言之，私法所发生的，不是对国家的遵守义务，而是私人相互间或公司与股东间的权利义务。即使违反那私法，亦不是违反对国家的义务，因而国家不但不加以处罚，且不直接干预其事。^② 由此推之，在国家与私人之间的关系上，公法所发生的是私人对国家遵守的义务或国家遵守的对私人的义务。

区别公法与私法的基本标准在于法主体不同。在此基本标准上，美浓部达吉又提出了两个副标准对基本标准在两个方向上予以修正。其一，当国家站在与私人同样的法律地位时，国家被视为准私人，亦为私人相互关系的法所规律。所以在该场合，即规律国家的法亦不属于公法而属于私法；其二，在国家之下的公共团体及其他取得国家的公权的团体都被视为准于国家，因此当此等团体为法主体时，便与国家为法主体时同样属于公法。^③ 其实，这两个方向上的修正也为基本标准所包含，国家站在与私人同样的法律地位时，行使的不是公权，其不是公权的载体，其当然应被视为准私人；国家之下的公共团体及其他取得国家公权的团体，行使公权之时，成为公权之载体，其是公主体；基本标准对此仍不失为正当。为何还要作此两个方向上的修正，其一乃是对基本标准的阐明，并非在于基本标准对国家为准私人，行使公权之团体这两种情形下法律规范之公私性质不能准确划分，而在于判断国家何时行使的是私权，公共团体何时行使的是公权颇为疑难，乃作此两种修正以阐明。其二乃是反驳就此问题之非难，

① [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勘校，中国政法大学出版社，2003，第24页。

② 参见[日]美浓部达吉《公法与私法》，黄冯明译，周旋勘校，中国政法大学出版社，2003，第34~35页。

③ [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勘校，中国政法大学出版社，2003，第41页。

即有人以国家亦可以为私主体，公共团体亦可为与国家同等的公权力载体来批驳此标准，为此有必要对此非难做出相应的回应。

主体说乃是当前德国之通说，德国民法学者卡尔·拉伦茨指出：“今天已经成为主导的学说认为，如果在某项需要调整的法律关系中，至少有一方当事人正是以公权主体的性质参加这项法律关系，那么这项法律关系就属于公法范围；不符合这一条件的所有法律关系都属于私法范围。国家在根据有关法律提供具有救济性质的给付时，是作为公权主体，勿需使用国家的权力措施，但是国家（或者负有提供这类给付义务的法人组织）同给付受领人之间的关系仍然是一种公法关系。提供这类给付，是为了履行社会福利所承担的任务，所以这种行为不是私人的事情。”^① 德国联邦最高法院的看法与此类似。它认为具有决定性意义的是，“要看参与人相互之间是否处在一种隶属性质的公权关系之中；并且要看公权载体应用了归属于它的、公法上的法律规范，还是它应用了对每个人都适用的法律规定”。^② 迪特尔·施瓦布所提出的公法概念也是以主体说为基础提出来的：由公法规范规定的法律后果所涉及的应该是作为公权承担人的公法团体和机构。此外，国家在某些领域也授予私法组建的企业行使公权的职能。因此，上述规则可以如此概括，即以“公权承担人”的概念来代替“公法团体和机构”。这样一来，定义就是：公法规范是为公权承担人或为任意的人在公权承担人的关系中规定法律后果的规范。^③

当然“主体说”并不能完全解决公法与私法界定中的所有困难。在公法与私法之间，并不能用刀子把它们精确无误地切割开，就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。^④

二 私法公法化之产生与发展

19 世纪的民法是以自由主义为基础的。自由主义在民法中表现为以下

-
- ① [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社，2003，第6页。
- ② [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社，2001，第12页。
- ③ [德] 迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社，2006，第66页。
- ④ [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社，2003，第7页。

几个方面：国家是服务于每一个国民的，而不是相反；国家的目的在于保护个人的自由；个人自由中极为重要的是财产自由，此时民法的所有权的概念指的是对一个有体的标的（即物）拥有完全的决定权力；个人自由不仅表现为财产自由，而且一般性地表现为经济活动自由，国家目的被限制为对个人自由提供保护和保障，这种限制反对由国家来调控社会事务，相反的，社会发展过程应该由公民的自由的和自发的行为来完成，这一经济模式在民法上的表述就是合同自由原则：每个人都应当可以同任何人合法而有约束力地订立合同，内容任其决定。在确定这种以合同做出规定的自由的前提和界限时，国家应当给予最大限度的自由余地。^① 19 世纪的民事立法贯彻了自由主义。

然而，贯彻自由主义的法律，虽然促进了经济发展，却也产生了不利后果，最为明显的是社会的两极分化。自 19 世纪末开始，就有了要求国家对社会发展进程予以干预的呼声。进入 20 世纪，这些呼声转变为实际的行动，自由竞争、自由放任的西方国家转入国家干预，自由放任主义削弱，国家对经济和社会的干预得到加强，国家以一种积极的姿态介入原先的私人领域，出现了所谓“私法公法化”的倾向。

私法公法化产生的标志是德国魏玛宪法的颁布。郑玉波先生指出：“私法公法化思想，系第一次世界大战后，由德国之魏玛宪法发其端。”^② 在私法公法化产生之初，其主要的体现为所有权之公法上的限制。所有权绝对原则为近代私法上三大原则之一，即个人私有财产之所有权，为神圣不可侵犯之权利。1804 年《法国民法典》第 544 条规定“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利，但法令所禁止的使用不在此限。”即是此项原则的体现。然而，进入 20 世纪，所有权绝对原则得到修正，1919 年德国魏玛宪法第 153 条第三项规定：“所有权包含义务，所有权之行使，须同时顾及公共福利。”第 155 条第三项规定：“开拓土地而利用之，为土地所有人对公众所负之义务。其不费劳力或资本而增加之土地价值，须为公共目的而利用。”^③ 这和 1804 年《法国民法典》第 544 条的

① 参见〔德〕迪特尔·施瓦布《民法导论》，郑冲译，法律出版社，2006，第 46、50 页。

② 郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社，2003，第 8 页。

③ 〔日〕美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勘校，中国政法大学出版社，2003，第 237 页。