

《厦门大学法律评论》第十二辑
厦门大学出版社 2006 年 12 月版
《私法和公法：二分法的坚强与脆弱》
第 302 页 ~ 第 315 页

私法和公法：二分法的坚强与脆弱

——关于《公法与私法》的两个支点

朱炎生 *

我向来以为,书评其实是一种学术论文的文体,作者借以来表达自己对于某个论题的意见和看法。从这种意义上说,书评实际上与这种文体相联系的某一本书或某一篇文章之间的关系,是书评的作者(书评对象的读者)关于某个论题而与书评对象的作者之间开展的一场对话。而这场对话能被发动的前提,则是书评对象所涉及的相关论题已与书评的作者可触及的世界以某种方式发生着连接,而且此连接又已不同程度地为书评的作者所感知。因此,就书评作者与书评对象作者之外的人而言,书评与作为书评对象的书籍或文章之间的关系本身,实在不能作为书评对象本身是否具有可读性的评判依据。书评对象之可读性的认识,还是要由读者自己在感知到其可触及的世界与书评对象之间的连接之后,由其感知程度来决定。

* 朱炎生:1970年生,厦门大学法学院教授,法学博士,电子邮件:yszhuamoy@xmu.edu.cn。

—

以上的说明同样适用于本文关涉的主题。一般认为,将法二分为私法和公法的观念是大陆法系关于法的一种分类方式,在这种分类方式下,民法和商法被认为是私法,而包括宪法、行政法、刑法和诉讼法在内的诸多法律则属于公法。在中国大陆,在20世纪90年代以前,几乎所有的民法论著都否认民法私法观,法理学教科书对于公法和私法的观念也是持回避或者否定态度。在介绍私法和公法二分法时,都要特别指出那是“资本主义的”,据说产生此现象的原因在于当时的法学界接受了苏联法学关于否认公法和私法划分的主张。可以说,20世纪90年代初期公法和私法观念在中国大陆还是一个灰姑娘。然而,随着20世纪90年代初大陆社会主义市场经济的确立,大陆法学界集中地开展是否需要私法和公法观念的大讨论,随之私法与公法的观念被广泛接受。私法和公法观念在大陆很快由原来的灰姑娘一变而为西施,人见人爱了。

如今,放下意识形态负担后的大陆法律界,无论是理论界还是实务界人士,对私法和公法的观念可谓是不陌生的、相当熟悉的,甚至于视之为当然之理、应有之义,鲜有人有这样或那样的怀疑。法理学教科书将私法和公法

参见沈宗灵主编:《法理学》(高等学校法学教材),高等教育出版社1994年版,第121~122页;卢云主编,司法部法学教材编辑部编审:《法学基础理论》(高等政法院校规划教材),中国政法大学出版社1994年版,第55、113页。

这一时期代表性的论文,参见王晨光等:《市场经济和公法与私法的划分》,载于《中国法学》1993年第5期;付子堂:《市场经济与私法文化》,载于《法学》1993年第8期;谢桂生:《市场经济与公法、私法的划分》,载于《财贸研究》1994年第1期;张茂、郑远民:《也谈市场经济和公法与私法的划分》,载于《湖南社会科学》1994年第3期。

的观念认定为当然,统编的部门法教科书则自觉地按私法和公法的划分各就各位。以公法、私法命名的研究所建立起来了,以公法、私法命名的杂志也登堂入室了,以公法、私法命名的网站也在虚拟世界里默默地延伸它们的触角。学者们、学生们已经习惯性地运用公法和私法的观念来讨论问题了,法官们也自觉地运用私法和公法的观念来指导自己的审判活动,立法中也有人提出“物权法是私法”的主张了。可以说,在当下的中国大陆,公法和私法的观念已经和正在浸润着学者们、学生们、法官们、立法者们的思维,显示其无与伦比的坚强。

然而,值得注意的是,在这种坚强外表之下,如果我们仔细地去考察和审视当下法律界对于私法与公法观念的运用状况,则不难发现,人们更多地 will 私法与公法当作标签在使用,究竟什么是私法、什么是公法、为什么是私法、为什么是公法、两者关系如何等此类问题,仅是在西方学者(准确地是部

参见沈宗灵主编:《法理学》(普通高等教育“九五”教育部重点教材),北京大学出版社2001重排本,第339~343页;张文显主编:《法理学》(全国高等学校法学专业核心课程教材、普通高等教育“九五”国家级重点教材),高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第92页;谢晖、陈金钊:《法理学》(高等学校法学教材),高等教育出版社2005年版,第244页;葛宏义主编,司法部法学教材编辑部审定:《法理学》(高等政法院校法学主干课程教材),中国政法大学出版社1999年版,第317~321页。

关于法官运用公法和私法观念的实例,参见孔玲:《试论建立我国的取得时效制度》,载于中华人民共和国最高人民法院民事审判庭一庭编,曹建明主编:《民事审判指导与参考》(总第11卷),法律出版社2002年版,第233页。此文作者在最高人民法院供职,在该文中作者以公权观念分析公物的法律属性;赵国勇、程建乐:《杨小理、叶海欧诉李洪亮股权转让纠纷案——浅析起诉条件与诉权要件》,载于载于中华人民共和国最高人民法院民事审判庭一庭编,曹建明主编:《民事审判指导与参考》(总第12卷),法律出版社2003年版,第384页。此文作者在浙江省高级人民法院民事审判庭一庭供职,在该文中作者以公法、私法观念分析诉权性质;贺小荣:《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定的理解与适用》,载于中华人民共和国最高人民法院民事审判庭一庭编,黄松有主编:《民事审判指导与参考》(总第16卷),法律出版社2004年版,第22页。此文作者在最高人民法院供职,在该文中作者主张“民事诉讼是当事人因私权纠纷而请求国家司法救济的一种专门性活动”。至于立法活动中私法观念运用的实例,参见新华社:《法律委员:物权法要准确体现国家基本经济制度》,http://www.gov.cn/jrzq/2006-08/22/content_367905.htm,下载日期:2006年9月17日。

分西方学者)的论述框架下做“拿来主义”的工作。这种景况一定程度上也反映了20世纪90年代关于私法与公法的大讨论存在着缺陷和不足,那就是将讨论的焦点集中在是否应该接受私法和公法观念上,而对私法和公法观念在西方社会的运用状况(包括时间维度和空间维度)以及西方否定派学者的论述关注不足。因此,如果说法学界曾否定私法与公法划分是因为权威人士的只言片语,那么法学界如今接受私法与公法的观念也似乎有囫囵吞枣之嫌。

不过,最近大陆法学界出现了有趣的学术现象,那就是分别来自通常认为属于私法的民法学界和属于公法的宪法学界的学者对私法与公法观念似乎都有了新的认识,并对于现有的私法与公法二分的观念都不约而同地产生了怀疑。通过对民法中丢失的人格寻找,徐国栋教授于2004年2月21日在厦门大学法学院所作的题为《认真地寻找丢失的人格(未定稿)》(杨垠红记录和整理,阮辉玲校对)的学术报告中,得出了“民法的人格问题是一个公法问题,民法中间有不少的公法因素,体现在总则、物权法、亲属法部分”的结论,并告诫“习惯讲民法是私法的人最好琢磨一下什么是私法以后再出口,不要瞎讲”。此结论直接导致了柳经纬主编的《厦门大学法学院

这一结论基于笔者通过中国期刊网上收集的期刊对20世纪90年代大陆学者以私法与公法为题写作的论文进行考察。例如,诸如奥斯丁、凯尔森、狄骥等人否认私法与公法划分的学术思想,很少有人论及。

有人认为,新中国之后的大陆法律界之所以没有接受私法与公法二分的观念,是因为列宁在苏联第一次制定民法时曾说过的一段话:“我们不承认如何‘私法’,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围。”(《列宁全集》第36卷,人民出版社1972年版,第587页。)有趣的是,人民出版社于1995年新版的《列宁全集》将载有这段话的文章给删除了。参见葛宏义主编,司法部法学教材编辑部审定:《法理学》(高等政法院校法学主干课程教材),中国政法大学出版社1999年版,第319~320页。然而,关于这件事的另一说法则更加有趣。有人认为,其实列宁的那段话并非谈论公法、私法的划分问题,是我们的法学界自己给理解错了,1987年10月新版的《列宁全集》中文译本对那段话的翻译错误作了修正。参见李茂管:《法学界关于公法与私法划分问题的争论》,载于《求是》1995年第22期。

关于该报告的内容,参见<http://romanlaw.cn/sub2-104.htm>,下载日期2006年9月19日。

民商法学系列)《民法总论》(二版)中“民法原则上是私法”观点的确立,理由在于“……在人格和身份制度、物权制度和知识产权制度中,有相当多的公法规定,这也是必须予以注意的”。而对于大陆《物权法(草案)》(以下简称《草案》)起草过程中一封北大教授引发的违宪和合宪之争,童之伟教授认为“要修改好《草案》使之能够‘通过宪法之门’的对策之一就是‘须先修正民法与宪法关系的认识偏颇’,那就是‘……克服宪法是公法的认识偏颇。”童教授认为,“宪法是一个国家整个法律体系的根本法,严格地说不是公法,在这个意义上不应称之为公法”,“……如果一定要区别公法与私法,那么宪法就是既包括公法规范(包括原则、规则和概念)又包括私法规范的根本法,在分类上‘根本法’应该是一个与公法、私法并列的单独的类别”。

本文无意对以上的学术现象作过多的评论,仅作如下推论,那就是两位论者的论点应当是建立在他们已经就什么是公法、什么是私法、为什么是公法、为什么是私法、两者关系如何等问题有着属于他们自己的深入且全面的认识和理解的基础上,否则,说服受众的可行性会受影响,毕竟以上论点在当下的大陆还谈不上已被学界普遍接受。

二

正如在本文开始所说明的,写作书评是由于书评对象与书评作者生活的世界有着某种连接。以上学术现象引发笔者对私法与公法二分的观念产生兴趣的直接后果,便是促使笔者对日本学者美浓部达吉的《公法与私法》

柳经纬主编:(厦门大学法学院民商法学系列)《民法总论》(二版),厦门大学出版社2005年版,第14页。

童之伟:《物权法(草案)》该如何通过宪法之门——评一封公开信引起的违宪与合宪之争,载于《法学》2006年第3期。在这篇文章中,童教授还特别声明,“这不是我采用实用主义态度临时提出的论点。早在多年前我就论证过,‘宪法实为一国法律体系的缩影,其中不仅微缩着公法的内容,也微缩着私法的内容’……”见童之伟:《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版,序言第18页,正文和注释。

一书的中文译本的阅读。^⑩ 由于在阅读过程中笔者首先是个读者然后才可能是个言者,因此在此部分笔者将根据自己的阅读能力尽力去准确记述美浓部达吉在《公法与私法》一书中关于公法与私法的观点,^⑪而在下一部分作为一个言者谈谈自己对于美浓部达吉的观点的认识。

《公法与私法》成书于 1935 年,是美浓部达吉对公法和私法问题的完整论述。(著者自序)美浓部达吉的写作目的在于,一方面阐明公法与私法的划分标准,另一方面以当时日本的立法和法院判例说明公法与私法是如何密切关联的。(著者自序)全书结构严谨、明朗,共计由 3 章构成,分别论述了以下 3 大问题:(1)公法与私法的区别(第一章);(2)公法与私法的共通性和特殊性(第二章);(3)公法与私法的关联(第三章)。

第一章讨论公法与私法的区别问题。美浓部达吉认为区别私法与公法的现实必要在于,“现代的国法,是以区别其全部为公法或私法为当然的前提的,对于国家得一切制定法规,若不究明该规定为属于公法或私法,而欲明了其所生的效果和内容的,盖不可能。”(第 3 页)此外,美浓部达吉指出,法院将案件分类为刑事和民事两类进行裁判管辖的技术也是以公法和私法的区别为现实前提。从现实必要性出发,美浓部达吉将国家法分为直接的国家法以及间接的国家法。公法为本来的国家法——直接的第一次的国家法;私法为本属于其他社会、因国家担当其保护监督之任而为第二次的国家法。(第 20~21 页)“私法的全部,在某种意义之下可说是国家之司法作用的准则。”私法“在第一次的是关于其他社会——特别是个人相互间的意思和利益之交涉的法,原则上由那社会本身的力量维持,只当那社会的力量不

^⑩ 《公法与私法》一书在 1936 年就已经被翻译成中文介绍到中国,笔者所阅读的中文译本由黄冯明于 1936 年翻译并经周旋勘校,中国政法大学出版社 2003 年 5 月出版。

^⑪ 虽然我努力做到这种记述能够准确,但不免存在误述的可能性。为此,以下部分在记述美浓部达吉观点的语句之后,均标记《公法与私法》一书的页码,以供读者核对。也许正是这种误述可能性的存在,我一向对记者自诩自己对事实过程作客观报道不以为然。在记者的报道中,事实可能是真实的,但是由于记者作为观察者而必然存在观察角度,事实过程能否被准确、完整记述就颇值得怀疑。好在文本中观点记述之谬,有文本可供核对,而事实过程记述之谬,人们可用什么以供核实呢?

足以资维持时,才第二次的由国家去担当其适用维持之任。”因此,尽管私法“有的依国家的意思而规定”,但“国家制定私法的规定,并不是课于义务而系规定关于私人相互间的交涉及公司或其他团体的法所应守的准则。”“从私法所发生的,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,因而国家不但不加之以处罚,且不直接干预其事。”* 只当私人相互间或公司本身的力量不能维持那法时,国家得着当事人或关系人的要求,才出而负维持那法的责任。”(第 34 ~ 35 页)

由于“一切法都是社会的规律”,而区别公法和私法的必要完全在于“那法第一次地是何种社会的法”,因此“法所规律的社会之差异,便当然生出法的类别。”而“社会之差异又不外是那法所规律的权利义务主体的差异。”由此,美浓部达吉采取“主体说”作为公法和私法区别的基本标准,主张应当“从法所规律的主体之差异去求公法与私法的区别”。即“公法所规律的法主体,至少有一方是国家或是由国家予以国家的公权者,反之私法所规律的法主体,直接地都是个人或非国家公权的主体,国家只当第二次的才受其规律。”(第 36 页)然而,“公法和私法的区别,不是根据单纯的理论的区别,是现实的国法上的区别,而现实的国法系由种种错杂的思想之结果所结集而成的,所以把任何单一的标准去区别两者,都不能与现实的国法相适合”。(第 32 ~ 33 页)基于以上认识,美浓部达吉认为,关于公法和私法的区别标准,不能采用诸如“主体说”、“意思说”、“利益说”和“社会说”等单一标准,而应是多元的。为此,美浓部达吉根据“法的成立根据”、“法的规律之性质”和“法的规律之内容”之差异为公法和私法的区别确立了“附加的副标准”。从法的成立根据看,“公法普通都由国家自行制定,有不容个人的意思介入其中的倾向”,而私法“普通都由个人去相互缔结”或“由私团体自行制定”,但由于“国家有为国内一切社会的监督者的性质”,因此私法“有不少是由国家的意思制定的”。从法的规律之性质看,公法“除国际法外属于团体法,以全部与一部之关系为其规律的内容”,而私法“除公司法和和其他私团体法外都是非团体的社会法,以彼此对等的个体之相互关系为内容”。从法的规律之内容看,公法是“关于具有优越权力的意思与只在该权力所承认之限度内发

生力量的微弱意思相交涉的规律”,所保护的是国家利益或社会公共利益,而私法是“关于彼此有对等力量的意思相交涉的规律”,所保护的是个人的利益。(第38~39页)正是基于以上的区分标准,美浓部达吉认为在公法和私法之外,并不存在什么所谓的“社会法”领域,认为那只不过是“一个法律条文同时为私法而又为公法,是把私法和公法结合在一起”的场合。

即使建立了以上的区分标准,美浓部达吉还认为有修正的必要,认为“当国家站在与私人同样的地位时”,国家属于“准私人”而应当“为私人相互关系的法所规律”,在此种场合下,规律国家的法就不属于公法而属于私法。(第41页)而究竟国家在何种场合下才处于“准私人”地位,美浓部达吉认为要根据法律关系的性质判断,而法律有明文规定的则依法律规定。国家参加的法律关系由私法规律,须同时符合如下三个标准:(1)关系的内容为单纯的经济关系;(2)国家不居于支配者地位而发动优越的意思力;(3)国家服从私法的规律在公益上不致发生不适当的理由。(第43页)而从法律规定角度观察,如果法律规定有关争议可向法院提起民事诉讼,则推定法律视其为私法,反之,如果法律规定有关争议只能提起行政诉讼,或者国家可不必提起民事诉讼而直接采取强制措施主张其权利,则说明法律视其为公法。(第51~53页)

在充分论述公法和私法区分之后,美浓部达吉在第二章阐述了公法和私法的共通性和特殊性。就共通性而言,美浓部达吉认为,“公法和私法同样是法,在规律人与人间的意思和利益之点是具有共通的性质”。这种共通性表现在以下诸方面:

第一,两者都是权利义务关系。不能以国家站在有优越意思力之主体地位去对付对方而否定公法关系属于权利义务关系的性质,因为在很多场合国家也负担义务,国家意思力的优越性也只能在对方不遵从国法的场合发生作用,而且国家的权力需要在国法承认的限度内转换为权利后方可行使。据此,美浓部达吉批评了“权力关系说”,认为该说不仅不能说明国际法关系和国家内公共团体相互之间的法律关系,而且在国家和人民的关系上也引起误解。(第72~73页)

第二,两者在权利义务的内容和种类上,大部分也是共通的。在美浓部

达吉看来,虽然物权和债权的观念从私法发展而来,但是不能将它们视为私法上的特有物。“直接对物的支配,并不限于私法上的所有权作用,以国家公权作用去直接对物行使支配权,亦不是和公权不相容的。”(第78页)因此,存在“公法上的所有权”(国家对不能成为私有财产的河川所具有的支配权)、“公法上的使用物权”(私的土地所有人将其土地供国家建设公共道路之用)、“公法上的担保物权”(税收优先权)。而如果将“债权的观念理解为要求特定人作行为或不行为或给付的权利”,那么公法上的金钱请求权(如国家的税收课征的权利、人民的征收补偿请求权)与私法上的债权最相类似。此外,公法上的参政权与私法上公司股东以股东身份参与公司事务管理权,也具有相同性质。(第89页)

第三、两者的法律事实具有共通性。除了程度差异外,公法和私法的法律事实没有什么根本的差异,属于其中一方所独有的法律事实十分有限。人的年龄、出生、死亡、住所以及期间、时效对于公法和私法均可适用。意思行为亦可分为公的意思行为和私的意思行为,而私法的效果可以由公的意思行为产生,公法的效果也可以由私的意思行为产生,意思行为的公私之别并不必然引起该意思行为产生的法律效果的公私之别。此外,公法上也存在“公法上的契约”及“公法上的代理”(强制拍卖处分)等观念。

第四、两者在人、物及事业方面的共通性。例如公法上的公法人、公益、公物、公企业在一定程度内也由私法进行规范,而私法上的私法人、私益、私物、私企业在一定程度内也由公法进行规范。因此,公益和私益的区别绝不是与公法和私法的范围相一致,有时公法以私益为主要目的,有时私法以公益为主要目的。

尽管公法和私法存在以上方面的共通性,但是两者仍然保持各自的特殊性。这种特殊性在于:第一,公法上权利义务的相对性。公法为团体法,公法关系是团体与其构成分子间的关系,因此双方的利益是共通的,当一方享有某种权利而对方负有与之相对的义务时,那权利不单是为权利人的利益而存在,而同时是为保护义务人的利益而存在。而在私法方面,除了公司法、其他私法人法、亲属法和家族法外,在典型的私法关系——对等的私人关系中,权利人和义务人的利益是相互反对的利害关系,因此权利和义务也

是完全相反的观念。

第二,公法的国家行为具有公定力。即在公法关系上,国家具有优越的意思力,其意思行为有决定该关系的权力,这种行为在有正当权限的机关取消或确认无效之前是推定为合法的行为,作为相对人的人民不得否定其效力。而在私法关系上,当事人双方的意思具有对等的效力,如果双方的意思不能一致,任何一方的意思都不能超越另一方意思而有单方的确定力。

第三,公法的国家公权具有强制力。即在国家与人民的公法关系中,对于公法上的违反义务,国家作为权利人可以自己的强制力去强制制裁。对于不履行公法上义务的人民也可以采取强制执行措施。而在私法关系中,当事人一方违反义务或不履行义务,另一方当事人只能请求法院给予其制裁或强制其履行。

第四,公法上的人民权利有特殊的保护方法。公法上人民享有的公权,除法律特别规定外,一般都不能根据民事诉讼去请求保护,只能提起行政复议或者行政诉讼。而一切私权,权利人都可提起民事诉讼对之加以保护。

第五,公法规范与私法规范在规范目的与效果上有差异。私法“专以个人相互间的权利义务之效力为问题”,“以维持个人相互间之法律秩序为目的”,“事实上的社会状态并不成为法所保护的目的地”。而公法“则以事实上的社会的生活行动为问题”,“以使国家生活或社会生活的秩序在事实上不受妨害为目的”。据此,当公法规范和私法规范同时以个人相互间的生活上关系为规范对象时,“为公法上的命令或禁止之对象的私人相互间行为,常为事实上的生活行动,而不是作为法律效果之发生原因的法律行为(意思表示)”。而“私法规范所涉及的私人相互间的行为,常为法律效果之发生原因的法律行为,而不是事实上的生活行动。”(第136~137页)

基于以上的共通性,美浓部达吉主张公法与私法不可能是截然不同且“悬然隔绝”的两个系统,而是相互关联的。在第三章“公法与私法的关联”阐述了公法和私法在以下几个方面的关联:

第一,存在着含有公法和私法混合性质的法律关系和权利。例如,国立学校与学生之间的关系就是一种具有混合性质的法律关系,在教育学艺的限度内是公法关系,而在诸如学费收取等具有纯粹经济内容的限度内则是

私法关系。而美浓部达吉对所有权的理解也是独特的。如果私权具有“对世的绝对权”性质,必然包含着公权的要素。所有权人“不但可以要求其他一般私人对之勿加侵害,即对于国家权力,亦有要求其不得违法侵害的权利”。“法律允许其对国家作此项要求,就是明显的承认其为公权。”

第二,私法关系可以以国家的公法行为(包括司法行为和行政行为)为形成基础。法院通过民事判决而在当事人之间形成新的私法关系广泛地存在于民法、商法、破产法等私法领域。例如,自然人无(限制)民事行为能力的宣告判决、共有财产的分割判决、债务人不履行债务的强制履行以及离婚判决等,其效果属于私法关系,但行为本身则属公法行为。而国家之所以以行政行为形成私法关系,则因为“私法的秩序和行政的利益有关联”,诸如矿业权、渔业权的取得、变更及消灭,以及国家以征收或没收行为致财产权的消灭,即属其例。

第三,公法行为可以作为私法上法律行为的要素。即使在那些由当事人通过其法律行为自行形成的私法关系,有时需要有国家的公的意思行为为要素,方可发生私法上的效果。国家这种公的意思行为包括受理行为(如分家意思的受理)、认可行为(如法人设立许可)、代理行为(如欠税人财物的强制拍卖)、公证行为(如法人登记)以及确认行为(如确认判决)。

第四,私法规律对公法关系的适用。“同样的事物应遵从同样的规律”。(第 218 页)公法上纯粹以财产价值为内容的财产关系可以适用诸如连带债务、保证债务、保证金、选择债务、代为清偿、担保物权、延期利息、无因管理以及不当得利等私法关于财产关系的制度,而私法有关法主体、物、法律行为、期间和时效的规定对于一般公法关系亦可适用。

第五,公法和私法的转换。即原本由公法规范的关系,在加上某项法律原因后,便转变为私法关系。例如,在税法中,国家享有的税款征收权为公权,但是在纳税人履行其纳税义务后,国家便享有该项税金的所有权,从而发生公权因义务的履行而转换为私权。

第六,私法公法化。这是国家对经济领域内的个人自由主义的适当限制的方式之一,它直接将某种个人相互间关系规定为“个人与国家间关系的场合”,“不单使违反限制之个人相互间的法律关系为无效,且进一步以国家

权力课违反者以公法上的制裁”。这种私法公法化可以具体表现在:(1)所有权之公法上的限制(包括对所有权享有或行使之限制,如征收、征用);(2)企业的公法化(如邮政、铁路企业);(3)契约自由之公法上的限制(如劳动合同的强制缔结);(4)公法与私法的结合(如最低工资、工时制度)。

三

实际上,美浓部达吉在对公法和私法展开论述时,是以其自己的社会观、国家观、法本质观和法学观为论述的理论前提的。这些基本观点比较集中地体现在《公法与私法》一书第一章中。在美浓部达吉看来,“法的观念或其本质,和国家没有必然的关联。有社会就跟着有法;在与国家无关系的社会中,亦非有其特有的法不可”。(第2页)这原本是他的另一著作《法之本质》中的一段话,但他特别地将这段话引入《公法与私法》一书的开篇,显示其重要性。这段话不仅反映出他的关于法与社会规范等同的法律观,而且也反映出他的关于社会与国家两分的社会观和国家观,即国家之外还存在着种种社会,而国家是居于最高地位的团体,具有优越的意思能力,可站于准私人的地位。第一章在多处的论述都体现了他的这种法本质观、社会观和国家观。也正是从此观点出发,美浓部达吉才得出公法是“直接的国家法”、“第一次的国家法”而私法是“本属于其他社会的法”、“第二次的国家法”的结论。

而在法学观方面,美浓部达吉的实验主义倾向十分明显。他强调“法学研究对象在于究明‘何谓现实的国法’这一问题,‘法律学是最实际的学问,法律学上的观念非适合此种实际的需求不可。若置实际的必要于度外,只为求论理的满足而构成的观念,是不能以法律学上的观念而有存在的价值的。’(第18页)在这一实验主义法学观的指导下,美浓部达吉赞成公法和私法是“历史的”而不是“先验的”观点,并认为“法律学和其他社会科学一样是实验科学”,“法律学上的一切观念必然是实验的观念”。(第19页)“一切法律学上的观念,都是用以说明实定法的,那不能用以说明实定法的、基于空想的论理之要求的观念,从法律学看来全是废物,非将之抛弃不可”。(第

20页)《公法与私法》一书的后两章可谓完全体现了他的这种实验主义法学观,他在论述公法和私法的共通性和特殊性以及两者的关联时,完全以当时日本的立法和法院判例作为其论证依据。

正是在以上的理论前提下,通过对当时日本“现实的国法”的考察,美浓部达吉审视了其所处时代其他学者关于公法和私法的观念,形成了属于他自己的关于公法和私法二分的观念,并认为此观念对于当时的日本国法具有强大的解释力,以至于在他看来,任何否定公法与私法二分的观念(如凯尔森的观点)都是不能接受的,公法和私法之外存在的关于国法的其他观念(如社会法的观念)也是多余的,因为它们要么是对“现实的国法”缺乏实验性的观察(前者),要么就是对公法与私法以某种特定方式发生关联的另一种修辞(后者)。

值得注意的是,对于以上的理论前提,美浓部达吉并没有在书中作进一步的论证。当然,对于这些理论前提的论证也并非《公法与私法》一书的任务。但我们必须了解它们在《公法与私法》一书中属于不证自明的假设。可以说,它们共同构成了支撑美浓部达吉建立其公法和私法的观念的理论上的“阿基米德之点”。如果这些理论前提开始倒塌,那么他的公法和私法二分的观念将不可避免地受到质疑和挑战。

另一方面,美浓部达吉关于公法和私法的论述,还存在着另一经验前提。该经验前提就是美浓部达吉所处时代的日本“现实的国法”(当时日本立法和法院判例)。根据其实验主义法学观,美浓部达吉在《公法与私法》一书中阐发的关于公法和私法的观念,是以其对当时日本“现实的国法”的观察为依据的。《公法与私法》一书第二章和第三章清楚地反映出,美浓部达吉关于公法与私法的共通性和特殊性以及相互关联的论点,完全建立在他对日本当时“现实的国法”进行考察的基础上。这“现实的国法”构成支撑美浓部达吉建立其公法和私法的观念的经验上的“阿基米德之点”。因此,美浓部达吉关于公法和私法观念的内容无疑具有其生活时代的“现实性”,反映着日本当时的国情。如果这些经验前提发生变迁,那么立于其上的公法与私法的共通性和特殊性以及相互关联的观念,应当重新审视。

以上两个“阿基米德之点”意味着美浓部达吉关于公法和私法的观念在

今天的人们看来是有条件的、历史的且地方性的,对于当今日本“现实的国法”或者对于其他国家和地区“现实的国法”而言,它具有多大程度上的解释力,则取决于以上两点是否有变化及其变化程度。这一问题的准确回答,也有赖于当今的人们以何种理论前提去考察他们处于其中的“现实的国法”。可以预见,通过这一追寻的过程所获得的解答可能是多种多样的,但是,笔者以为,有一点至少是毋庸置疑的,那就是,如果我们在没有作此项考察工作之前就接受和采纳美浓部达吉关于公法和私法的观念来说明和解释自己生活于其中的“现实的国法”,那么这种说明和解释将相当地缺乏说服力、相当地虚弱。^⑫

四

70年前,日本关于公法与私法的区别及其关系问题的研究尚无长足进展,欧美关于此问题的缜密研究的论著也不易找到,在此背景下,美浓部达吉对于《公法与私法》一书的价值是相当自信的,即使“不敢自负地说凭这本小书就可以把公法和私法的问题完全解决,但是,我想最少在究明问题的重要性和抉出应加研究的着重点这方面,当已达到目的”。(著者自序,第3页)而本书的译者黄冯明先生对于国内法学界则饱含着期待,因为“关于这问题的著述,像本书这么具体作系统的研究,不但是日本为创见,即在欧美诸先进国中,亦不多见。译者译本书的动机,是想给我国沉寂的法学界以一个轻微的刺激”。(卷头语)70年后,我国的法学界也许依然是“沉寂的”,因为美浓部达吉的《公法与私法》依旧光彩夺目”(本书勘校周旋先生语),也许更因为我们还没有走出幼稚法学的世界?

^⑫ 对于其他学者的其他法学观念不也是如此吗?