

## 私法、公法和公益法

贺海仁\*

在法律科学中,公法和私法的划分是认识和理解法律的重要基石。尽管公法和私法的调整领域也存在交叉、重叠的地方,但大体上私法被认为是有关调整私人利益的法律,公法是有关政府或国家利益及其公共秩序的法律。前者的“地盘”是私人领域,后者的“地盘”是国家领域。然而,这种基于自由主义哲学私人领域与国家领域二分基础上的分类,因忽略了私人领域和国家领域之外还存在的公共领域,应予重新审视。

自由主义哲学从个体的角度看到了私性的合理性和不断张扬的诉求,并且不失时机地赋予私性以正当性所要求的那些品质。从文艺复兴开始,在人文主义的旗帜下,仅仅或主要从人性的原则中抽象出私性正当性话语的规则就成为新时代的显著标志。具有正当属性的私性所获得的独立地位是在与国家的公性相冲突和抗衡的过程中形成的。与以往任何历史时期相比,私性取得了前所未有的胜利。然而,自由主义的这种私性虽然为自己赢得了正当化的名声,却忘记了私性的来源和基础。这个来源和基础就是使个体得以存在的群体,其中,像家一样的群体不仅保留了私性的“体温”,而且恰恰制造、传播和发展了私性。如果忽视了私性的来源和基础,则可能导致私性借助于正当性话语越过自己的本来界限开始侵蚀国家领域和公共领域。因此,在把握私性的界限方面,自由主义提出了“最低限度”的概念,这一概念强化了法律之下的自由应当具有的品质。如果仔细审查法律与自由的关系,就会发现,自由主义一方面用私性反抗法律,另一方面又不断需要法律来保持自己的形态。

私性关系并不当然产生公共领域,公共领域只有在具体场域的复合关系中产生。公共领域是在私性领域和国家领域之外存在的相对独立的第三领域。现代民法在阐述所有权概念时已经明确揭示了物的不同占用形式,即在对物的独占、公有和共同共有的区分中确立现代产权制度。而现代社会组织理论也在企业、政府组织之外发现了非政府组织存在的客观性和价值。然而,把由私性关系决定的市民社会简单地视为公共领域,并且不加分析地让市民社会发挥公共领域的职能,不仅遏制了公共领域的发展,也为私性侵犯公共领域提供了方便。同时,把国家领域等同于公共领域的做法同样是值得怀疑的。上述两种认识论,不论它们的价值趋向如何,都带来了大致相同的结果,这就是私与公的二元对立,或者说,市民社会与国家的对立。为此,公共领域为了保持自己的疆域,不仅需要和国家领域斗争,也要与私人领域斗争。

二元论世界观是西方社会独有的思维方式。二元论世界观是一种其内在要素相互对立的世界观。近现代以来,在这种二元论世界观支配下,有关个体和国家之间的关系逐渐演变为市民社会和国家之间关系,后者所表达的基本问题仍然是私人领域与国家领域的冲突与整合。虽然公共领域的发现具有重大的历史意义,而且这一发现也强调了公共利益异于国家利益的特性,但它没有正确地区分私人领域与公共领域的界限。公共领域具有相对存在和发展的性质,它与私人领域和国家领域具有并存且相互制约的性质。在相当长的历史时期,公共领域被遮蔽了,它隐藏于私人领域中,或者被国家领域强制代理了。在全球一体化的世界性历史进程中,赋予公共领域应有的地位,并且彰显其价值,无疑具有重要的历史意义。

如果说私人领域是由自私自利的人所构成的领域,那么,国家领域则是由同质的臣民或公民构成的领域。在私人领域,人们强调的是习惯和惯例,即一种长期积淀、自发形成的秩序。在国家领域,由

\* 北京东方公益法律援助律师事务所主任。

最高统治者制定的法律确立了一种刚性的秩序,服从或不服从这种秩序取决于它的品质。自生自发的秩序和法律秩序都具有相对的独立标志,它们之间虽然可以在一定条件下相互转化,但不能相互替代,这一点已被众多的论者所论证。道德既不属于私人领域,也不属于国家领域,而是属于公共领域。在论述习俗和法律的道德性方面,人们可能而且确实把道德的概念轻率地当成它们各自的本质要素,从而模糊了私人领域、国家领域和公共领域的各自界限。具有道德的习俗仍然是习俗,正如具有道德的法律依然是法律一样,何况在众多的情况下,习俗和法律只是被人为地披上了道德的外衣。

以上从私人领域、国家领域和公共领域推导出人的私性、国家的公性和天下的公共性的特性,其目的在于确立公共领域规则的概念地位。我们倾向于用“公益法”来表述这种规则。所谓公益法,具有双重含义:一是关涉社会全体成员的规则,而不仅仅是大多数人的规则。公益法是世俗和经验层面上的,是社会学所开发的生活世界内的概念,它与超验的价值体系是不相关的;二是关于全体社会成员共同利益的法则,它有别于私人利益和国家利益。

## 公益上书之改进

刘仁文\*

近年来各种为了公共利益的上书成为一种社会风气,这是政治开明的结果,也是公民维权走向理性的标志。但如何改进此类公益上书,使之更具实际效果,并避免有些公益上书所可能带来的副作用,却并不是一个可有可无的问题。我认为,可以从受理上书的单位或个人、上书者本人、媒体和公众等第三方这三个角度来探讨公益上书的改进。

首先,从受理上书的单位或个人来看,应以保护公民的政治热情、保证民意渠道的畅通为基本出发点,对此类上书持欢迎和鼓励态度。目前这方面存在的一个突出问题就是缺乏一种正式的回复制度。以全国人大常委会为例,虽然它近年来频繁成为公益上书的对象,但没有任何一个上书得到过人们期待中的正式答复,也没有人以一定方式告知过上书人或者公众,某项制度的存废或某部规范性法律文件的改变与某公益上书之间是否存在关系。<sup>[1]</sup>基于此,我同意有学者提出的对于公民书面建议应确立回复机制的思路。<sup>[2]</sup>国家应有专门机构和人员负责受理、登记此类公益上书,它们一方面要对这些上书进行研究并转送给相关部门和人员,另一方面要对所有来函进行回复,确认收到,并分别以下情况处理:凡不属于受理范围或应当归属其他部门的,如实相告,建议其取道其他途径,如信访、诉讼;凡属于公益性质的上书,一律以国家的名义对上书者表示感谢,并可附带一些不具法律约束力的非正式评论;对于那些符合要求的上书方案,应启动相应的审查程序,并将最后处理结果通报给上书人。

正式的回复制度确立后,受理机关可能会面临“上书”太多而难以应付的局面,对此,可以通过两个办法来消解:一是制定上书细则,为上书设置一些必要的要件,只有在符合这些要件的前提下,该上书才能被提上审查日程;二是要加大各级人大代表和政协委员受理民间上书的力度。像美国这样的国家,虽然你给总统写信也能得到总统办公室的回复,但为什么没有大量的信件涌入白宫呢?原因之一就是在美国,向所在的州议员或联邦议员办公室反映情况是最佳的公益上书方式,他们是当地选民选出的,比媒体等更为专业,最适合也有热心去充当选民的代言人。我们现在已经建立了人大代表和

\* 中国社会科学院法学研究所教授。

[1] 参见黄金荣:《一场方兴未艾的法律运动——对当代中国公益法实践的观察与评论》,载《公益诉讼》第1辑,中国检察出版社2006年版。

[2] 参见张卓明:《论法规合法性审查建议权》,载《公益诉讼》第1辑,中国检察出版社2006年版。