

序

言

2019年伊始，我開始投身康達（香港）律師事務所的籌建，那一年的元旦，我們年輕的律師們是在日本完成的跨年。伏見稻荷、淺草寺的清晨總見安靜，我們亦在跨年中默念：讓年輕和謹嚴行深為法律晶體，從散沙變成珍珠，拒絕磨損。堅持於現象、規律、原理、價值觀的進步，立足於認知、能力、能級的躍遷。

三年多來，我們經歷了太多的跌宕起伏，面對重重挑戰，報以堅韌。商法作為一個古老的法律部門，跨境是其與生俱來的屬性和內驅。跨境商事作為一種交易安排，關涉不同法系、文化、意識、程序、思維。商事活動不唯一種經濟行為，更是一種社會現象，與日常、科技、民生等各種社會要素和社會關係有着千絲萬縷的關聯。跨境商事不僅與商事法律、商事邏輯發生牽繫，且與法域與社會的其他關係發生廣泛的兌付。其法律邏輯與此前爭議解決實踐具有本根的差異，因此，對跨境商事爭議解決進行研究，推敲和打磨，具有特別的價值。

香港擁有悠久深厚的普通法傳統。香港特區終審法院的判決經常被海外普通法地區所引用，以不同的視角全息、多維度考察跨境商事爭議，應然使相關研究具有深度和理論意義。

跨境商事仲裁、跨境商事訴訟、跨境商事調解必須基於跨境思維，伴隨2018年12月20日《新加坡調解公約》、2020年11月9日《最高人民法院關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的補充安排》，以及2021年7月30日《中華人民共和國仲裁法（修訂）（徵求意見稿）》的

出台，2022年6月22日，康達香港應邀出席的2022年金磚國家工商論壇，不同程度彰顯了法律全球化的一個重要特徵，即各國法律文明的互聯互動。從其他法域那裏吸收有用的法律文明和智慧，和向其他法域輸送具有借鑒意義的法律文明和智慧，是跨境商事爭議的終極面向。

在科技賦能的語境下，國際商事仲裁日益呈現仲裁智慧化：即包括但不限於受理、送達、舉證、質證、調解、結案等仲裁程序的全流程線上化，現代科技手段在仲裁不同環節中得到越來越廣泛的應用，視頻庭審、線上立案、電子送達、電子簽章、語音同傳、線上開庭等愈加普遍。國際商事調解較於跨境訴訟、跨境仲裁，其時間成本與經濟成本明顯更低，訴訟、仲裁本根上為商事爭議當事人間的零和博弈，實為一種存量解紛思維。而跨境商事調解整個過程是在增量博弈思維下進行，不唯解決爭議，更為修復、增進善事契約關係。跨境商事調解的底層邏輯在於效率。調解是一蘊含人性化的糾紛解決機制，其注重的是發展邏輯，而非追究對錯的限定邏輯。

跨境商事爭議的法律邏輯，應然是一套規則，其植根於現實，有着確立的行為預期，維護個體間合作，捍衛群體價值和信念等重要功能，且體現了不同習慣的融合，不同法律文化的調和。

時代的列車在轟鳴中向前奔馳，我們坐在車上，經過的不再是熟悉的街道。曾文正曾言：「凡辦一事，必有許多艱難波折，吾輩總以誠心求之，虛心處之。心誠則志專而氣足，千磨百折而不改其常度，終有順理成章之一日。」作為三年來的總結，這本書的敘寫充滿不易，在可預見的不平衡裏，我們能做的，就是停止對世界的抱怨，持續學習、擴大視野，持續關注、觀察、驗證。

三島由紀夫在《金閣寺》中說：「把所有的背陰譯成向陽，把所有的黑夜譯成白晝，把所有的月光譯成日光，把所有夜間苔蘚的濕冷譯成白晝晶亮的嫩葉在搖曳。」時間需要沉澱，法律需要思考，跨境需要審視。


是為序。

目

錄

序言	iii
第一章 跨境商事爭議的本質	
第一節 跨境商事的本質	002
第二節 公法、私法之劃分與跨境商事	008
第三節 跨境商事爭議與法系	018
第四節 跨境商事交易的邏輯	024
第五節 跨境商事交易與科技	031
第六節 跨境商事語境下的文化差異	037
第七節 跨境合規與爭議解決	043
第八節 跨境環保與合規	053
第九節 跨境數據安全與爭議解決	061
第十節 跨境商事爭議與信賴	070
第二章 跨境商事爭議的理論基礎	
第一節 法律與邏輯	080
第二節 法律產品與司法影響力的證成 ——國際商事仲裁法庭的另一種表達	085
第三節 RCEP 爭議解決機制研究	093
第四節 跨境商事爭議中的專家證人 ——司法運行和發展的內生性資源	105

第五節	跨境商事爭議中的事實與事實證人	115	第三節	跨境商事訴訟訴權保障與級別管轄權基礎分析 ——兼論《最高人民法院關於調整高級人民法院和中級人民 法院管轄第一審民事案件標準的通知》（法發[2019]14 號）價值指向	270
第六節	印度尼西亞跨境投資土地規制若干問題	126	第四節	跨境商事爭議訴訟證據規定分析 ——從香港法視角	294
第七節	跨境商事與後疫情隱私權保護	131	第五節	商事外觀主義原則在跨境疑難商事訴訟中的辯證與適用 ——股權的顯名和隱名之司法實踐	303
第八節	跨境公共衛生事件應急機制管理法律分析及應對	140	第六節	跨境商事爭議在港財產保全法律實務分析	311
第九節	環境產品協定的價值考量與跨境投資	148	第七節	跨境商事訴訟情勢變更原則的鑒判與指引	318
第三章 跨境商事仲裁的邏輯			第八節	跨境商事爭議之外國法查明	328
第一節	跨境商事仲裁協議有效性分析	154	第九節	跨境知識產權訴訟若干問題	338
第二節	跨境商事網上仲裁	161	第十節	跨境商事訴訟與域外法院判決之執行	351
第三節	跨境商事仲裁透明度走向及保密性弱化 ——分析及應對	168	第十一節	跨境破產之法律邏輯	358
第四節	國際商事仲裁透明性 ——平衡及變革	174	第五章 跨境商事調解的邏輯		
第五節	新加坡國際仲裁中心仲裁規則之考量與借鑒	180	第一節	跨境商事調解的法理基礎	372
第六節	香港仲裁地的選擇	187	第二節	跨境商事調解心理基礎	381
第七節	跨境商事仲裁裁決撤銷	198	第三節	跨境商事調解的制度供給 ——《新加坡調解公約》	389
第八節	國際商事仲裁中第三方資助分析	207	第四節	跨境商事爭議調解實踐表達	400
第九節	跨境商事仲裁保密性覺察	215	第五節	跨境商事調解與文化表達	409
第十節	內港兩地商事仲裁裁決執行的實證基礎	222	第六節	ODR與跨境商事調解	418
第十一節	跨境商事仲裁司法審查的實證邏輯	230	第七節	跨境商事調解與跨境公證	427
第十二節	跨境商事爭議中的證據排除	238	後 記		
第四章 跨境商事訴訟的邏輯					435
第一節	跨境商事訴訟管轄與法律適用	248			
第二節	跨境訴訟網絡立案制度供給	262			

The background of the slide is a light gray color. It features a large, faint graphic of a globe centered on the right side. Overlaid on the globe and extending across the right side is a large, semi-transparent gear. The gear has a circular outer edge with small rectangular teeth. Inside the gear, there are several concentric circles and radial lines, creating a complex, technical appearance. Scattered throughout the background are various strings of binary code (0s and 1s) in a light gray font, some of which are partially obscured by the gear and globe.

第一章

跨境商事爭議的本質

羅爾斯在《正義論》中說：「任何事物都有其核心與本質。」而對於跨境商事法律人來說，核心價值即為在跨境爭議中發現和分配正義，展現了法律嚴謹的思維和深邃的邏輯。

中便沒有存在的餘地。¹1985年《聯合國國際貿易法委員會國際商事仲裁示範法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 簡稱《國際商事仲裁示範法》)第一條的規定及其解釋對「跨境」一詞作了廣義的解釋。該示範法第一條第三款規定：

仲裁如有下列情況即為國際仲裁：

- (A) 仲裁協議的當事各方在締結協議時，他們的營業地點位於不同的國家；或
- (B) 下列地點之一位於當事各方營業地點所在國以外：
 - (a) 仲裁協議中確定的或根據仲裁協議而確定的仲裁地點；
 - (b) 履行商事關係的大部分義務的任何地點或與爭議標的關係最密切的地點；或
 - (c) 當事各方明確地同意，仲裁協議的標的與一個以上的國家有關。

這一規定將國際仲裁擴及：1. 其營業地在不同國家的當事人之間的爭議的仲裁；2. 仲裁地和當事各方的營業地位於不同國家的仲裁；3. 主要義務履行地和當事各方的營業地位於不同國家的仲裁；4. 與爭議標的關係最密切的地點和當事各方營業地位於不同國家的仲裁；5. 當事各方明確同意仲裁標的與一個以上國家有關的仲裁。同時，這一規定顯示出按照當事人的合意來確定什麼是國際仲裁的傾向，大大豐富了「國際」的內涵。該示範法如此規定可以說已反映出國際商事仲裁實踐對「國際」含義有擴大解釋的趨勢。跨境爭議，不僅體現在資本和貨物的遷移中，更體現在規則的多向變遷中。羅爾斯在《正義論》中說：「任何事物都有其核心與本質。」而對於法律人來說，事件的判斷和裁量的核心價值即為在跨境爭議中發現和分配正義，展現了法律嚴謹的思維和深邃的邏輯。²

第一節 跨境商事的本質

跨境是指兩個及兩個以上商事主體之間依法設立、變更、終止具有跨國因素的權利義務關係的行為、協議或合意。跨境直接關聯於法律與規則。根據經濟學中有關制度的理論，不同的制度設計和安排產生了不同的制度成本，影響資源配置的效率，人們通常會選擇那些在競爭中佔優勢的制度。而制度優勢能夠轉化為資源優勢，從而促使制度的改進，以低成本在制度選擇中贏取競爭。¹

「對法律制度的分類受到了這樣一個事實的阻礙——即法律如同自然一樣，很難進行絕對的和彼此互斥的分類。」²法律全球化的一個重要特徵是世界各國法律文明的全球性互動。各個國家都處於全球性互動的大熔爐之中，不斷地從其他國家那裏吸收對本國有用的法律文明和智慧，同時也不斷地向其他國家輸出具有普遍意義的法律文明和智慧。³

一、關於跨境

概念框定，應然具有「理性一致性、邏輯複雜性、決定性、可表達性、可交流性和可行性等特徵」。⁴如果一個所謂的概念的外延漫無邊際，或者每個人完全可以從不同意義上使用這個概念，那麼這個概念在刑法學

1 參見楊凱：《讓公共法律服務成為核心競爭力重要標誌》，載《人民法院報》，2019年3月31日。
 2 [美]H. W. 埃爾曼：《比較法律文化》，賀衛方、高鴻鈞譯，清華大學出版社2002年版，第19頁。
 3 參見黃文藝：《重構還是終結——對法系理論的梳理與反思》，載《政法論壇》2011年第3期。
 4 參見張明楷：《「刑民交叉」概念是個偽概念》，載《法商研究》2021年第1期。

1 參見張明楷：《「刑民交叉」概念是個偽概念》，載《法商研究》2021年第1期。
 2 參見楊榮寬：《文學與法律相鄰》，法律出版社2020年版，第415頁。

在一定意義上，跨境仲裁是一種自治的法律秩序，¹其漸行性被視為一種跨國司法制度。儘管它與真正意義上自治的法秩序尚有距離，但其程序的獨立性，在觀念上或組織上亦深入人心。²國際商事仲裁的意思自治原則源於商人共同體的自治力量，商人的經濟理性和商人習慣法構建了國際商事仲裁的法律基礎。現階段，無論是對於國際商事法院還是國際仲裁，包括中國的法律人才在內，都需要注意對國際法加深理解。因為國際法不管實體法還是程序法，因為歷史原因，還是普通法實際上佔據主導地位。³

2017年修正的《中華人民共和國民事訴訟法》（以下簡稱《民事訴訟法》）第265條規定：

因合同糾紛或者其他財產權益糾紛，對在中華人民共和國領域內沒有住所的被告提起的訴訟，如果合同在中華人民共和國領域內簽訂或者履行，或者訴訟標的物在中華人民共和國領域內，或者被告在中華人民共和國領域內有可供扣押的財產，或者被告在中華人民共和國領域內設有代表機構，可以由合同簽訂地、合同履行地、訴訟標的物所在地、可供扣押財產所在地、侵權行為地或者代表機構住所地人民法院管轄。

這實際上是對「跨境」的規定和闡釋。關於訴訟，普通法系與大陸法系存在本質區別。普通法系國家認為，在判決中向世人展示法官的不同意見是民主的表現，並認為司法過程應是開放的，審判過程是一個認識的過程，每個法官的素養和閱歷不同，同樣的法律問題得出不同的結論是可以理解和接受的，因而在裁判文書中陳述不同意見也是合理的。而大陸法系國家則認為，法官是代表整個法院作出判決，這種判決只能以一種意見

出現，方可體現法院的權威。持這種意見的國家以法國和意大利為代表。但是，已有很多大陸法系國家的判決中出現了不同意見。芬蘭、瑞典對不同意見的展示相當充分；在德國，不同的意見只出現於憲法法院的判決書中。¹司法實踐中，法律的差異、規則的不同，可能造成一定意義上的法律規避，即「涉外民商事法律關係的當事人為利用某一衝突規範，故意製造某種連接點，以避開本應適用的法律，從而使對自己有利的法律得以適用的一種逃法或脫法行為。」²跨境在法律和規則上造成的不同適用，為「故意製造某種連接點的構成要素，以避開本應適用的對其不利的法律」³提供了可能，同時從另一角度分析，亦為一地域或國家法律在世界範圍內的影響力提供了側面衡量標準和可能。⁴

跨境訴訟的核心在於，充分覺察不同法系的差異，法律事實的查明和系統推敲。允許當事人自行查明，允許委託機構查明，同時可以由專家委員會和專家成員完成法律查明工作，盡職調查、解決方案上的每一步，都是棋局中的關鍵落子。⁵

二、關於商事

1985年《國際商事仲裁示範法》同時對「商事」一詞進行了規定，認為對其應作廣義的解釋，使其包括不論是契約性或非契約性的一切商事性質的關係所引起的種種事情。商事性質的關係包括但不限於下列交易：供應或交換貨物或服務的任何貿易交易；銷售協議；商事代表或代理；代理；租賃；建造工廠；諮詢；工程許可；投資；融資；銀行；保險；開發協議或特許；合資經營和其他形式的工業或商業合作；客貨的航空、海上、

1 參見[法]伊曼紐爾·蓋拉德：《國際仲裁的法理思考和實踐指導》，黃潔譯，陳晶瑩審校，北京大學出版社2010年版，第179頁。

2 參見[荷]范登伯格：《1958年紐約公約法院裁定一覽》，載中國國際商會仲裁研究所編譯：《國際商事仲裁文集》，中國對外經濟貿易出版社1998年版，第225頁。

3 參見楊良宜：《後疫情時代國際商事糾紛解決機制的發展》，<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1942.html>，2021年5月11日。

1 參見郭金生、李賢華：《兩大法系裁判文書制度概覽》，載《人民法院報》，2016年11月14日。

2 黃進主編：《國際私法》，法律出版社1999年版，第269頁。

3 肖永平《國際私法原理》，法律出版社2007年版，第128頁。轉引自王勝明：《涉外民事關係法律適用法若干爭議問題》，載《法學研究》2012年第2期。

4 肖永平：《肖永平論衝突法》，武漢大學出版社2002年版，第112頁。

5 參見辛穎：《西小虹：跨境訴訟策略為王》，載《法人》2016年第2期。

鐵路或公路運輸。

至於「商事」的含義，我國最高人民法院 1987 年發佈的《關於執行我國加入的〈承認及執行外國仲裁裁決公約〉的通知》第二條作了一個解釋：

根據我國加入該公約時所作的商事保留聲明，我國僅對按照我國法律屬於契約性和非契約性商事法律關係所引起的爭議適用該公約。所謂「契約性和非契約性商事法律關係」，具體的是指由於合同、侵權或者根據有關法律規定而產生的經濟上的權利義務關係，例如貨物買賣、財產租賃、工程承包、加工承攬、技術轉讓、合資經營、合作經營、勘探開發自然資源、保險、信貸、勞務、代理、諮詢服務和海上、民用航空、鐵路、公路的客貨運輸以及產品責任、環境污染、海上事故和所有權爭議等，但不包括外國投資者與東道國政府之間的爭端。

《民事訴訟法》第 271 條第一款規定實際亦構成對商事內涵的補充性規定：

涉外經濟貿易、運輸和海事中發生的糾紛，當事人在合同中訂有仲裁條款或者事後達成書面仲裁協議，提交中華人民共和國涉外仲裁機構或者其他仲裁機構仲裁的，當事人不得向人民法院起訴。

關於法律總體精神的雙元格局，法律總體精神是指導法律實踐活動的基本價值，它是民族傳統和社會實踐的結晶，並反過來支配法律實踐活動的基本內容和發展方向。¹「理性是法律的生命，對普通法而言更是如此。普通法中的理性，不是商事與生俱來的自然理性，而是通過長期的研究、觀察和經驗獲得的。」²

在商事訴訟中，大陸法系與普通法系區別同樣明顯。譬如在文字表達方面，美國聯邦法院法官中心的《法官工作手冊》指出，判決書的書面文字連接法院和公眾，是法院權威的源泉和衡量標準。正因為如此，美國裁判文書行文多採用文學修辭性敘述方式，法官將自己的思考，通過優美和清晰的文字描述，形成既具有美學韻味，又蘊含深刻法理的精品讀物。而大陸法系國家要求裁判文書語言表達要專業化和理性化，用語準確嚴謹。法國最高法院的判決書措詞簡潔、文字精煉、表達清晰、說理簡明扼要；德國裁判文書反映德國傳統特點：旁徵博引，邏輯嚴密，論述詳盡，但也大膽創新；意大利、波蘭裁判文書一般篇幅較長，以展示對制定法的解釋和適用。¹

三、小結

全球化作為現實社會進程，已對世界不同地域產生深刻影響，多向度創造、增加、擴展和強化了世界範圍內的社會交流和相互依存性，同時使人們越來越意識到本地與遠方世界之間的聯繫正在日益不可逆地深化。²價值、文化和體制深刻地影響國家如何界定他們的利益。國家的利益不僅受其內部價值和體制的影響，也受國際規範和國際體制的影響。不同類型的國家用不同的方式來界定自己的利益，那些具有類似文化和體制的國家會存在共同的利益。³

「文學、童話，在邏輯上都是寫的另一種生活。尤其是文學裏的童話，是鼓勵着人們不要只在真實的生活中來回徘徊，看盡瑣碎，那實在是很容易日漸狹小，日漸短淺，日漸猥瑣的。」⁴在全球經濟一體化發展的作

1 參見郭金生、李賢華：《兩大法系裁判文書制度概覽》，載《人民法院報》，2016 年 11 月 14 日。
2 參見[美]曼弗雷德·B. 斯蒂格：《全球化面面觀》，丁兆國譯，譯林出版社 2013 年版，第 203 頁。
3 參見[美]塞繆爾·亨廷頓：《文明的衝突與世界秩序的重建》，周琪等譯，新華出版社 2002 年版，第 15 頁。
4 [英]肯尼斯·格雷厄姆：《柳林風聲》，張熾恆譯，湖南文藝出版社 2018 年版，第 196 頁。

1 參見武樹臣：《論中華法系的多元性格與時代意義》，載《人民論壇·學術前沿》2013 年第 2 期。

2 陳學權：《普通法系刑事審判：事實與法律豈能截然分開》，載《檢察日報》，2017 年 10 月 12 日。

用下，世界各國法律在調整市場法律關係的過程中也正經歷着趨同化的歷史走向，對於跨境當事人以及跨境商事法律服務而言，找出彼此之間的趨同與差異，提升我國法律跨境影響力和法律產品質量，具有深遠的理論和實踐意義。¹

第二節 公法、私法之劃分與跨境商事

公法和私法的劃分最早出現於古羅馬法。在古羅馬社會中，公共生活和私人生活被嚴格加以區分，同一位羅馬公民在這兩種生活中扮演不同角色、享有不同權能；而要實現這種公共生活與私人生活的分離，客觀上就必須以建立兩種彼此相區分的制度為前提。²羅馬法律規範中有的造福於公共利益，有的則造福於私人，公法見之於宗教事務、宗教機構和國家管理機構之中，私法則是關於個人利益的規定。³

現階段，關於公法和私法的分類標準實際上並不統一，主要存在三種：其一，利益學。即根據法律保護的利益涉及的是公共利益還是私人利益。該種標準為烏爾比安首倡。其二，隸屬說，也即為「意思說」。該種觀點為德國學者拉邦德倡導，他主張根據調整對象是隸屬關係還是平等關係來區分公私法，公法的根本特徵在於調整隸屬關係，私法的根本特徵在於調整平等關係。⁴此說長期為學界通說，也為《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）第二條「民法調整平等主體的自然人、法人和非法人組織之間的人身關係和財產關係」以及第四條「民事主體在民事活動

中的法律地位一律平等」所借鑒。其三，「主體說」。該說為德國學者耶律內克所倡導，並得到日本學者美濃部達吉的贊同。該種觀點認為，應當以參與法律關係的各個主體為標準來區分公法和私法，如果這些主體中有一個是公權主體，即法律關係中有一方是國家或國家授予公權的組織，則構成公法關係。¹其他標準還存在，諸如權力說、權利服從說、綜合說等，並且對於公法與私法具體內容的界定亦存在許多分歧。

在法學理論構建體系中，公法、私法的劃分，是認識和理解法律的重要基石，²在大陸法系國家的傳統法學理論中，公法與私法的區分曾被視為「法的秩序之基礎」。³即「國法的一切規律，無不屬於公法或私法之一方，且因所屬而不同其意義。」⁴「現代的國法是以區別其全部為公法或私法為當然前提的，對於國家的一切制定法規，若不究明該規定為屬於公法或私法，而即欲明了其所生的效果和內容，蓋不可能。公法與私法的區別，實可稱為現代國法的基本原則。」⁵「現今，公法與私法的共存及區分，已成理論上的通說。」⁵

哈耶克在正當行為規則（內部規則）與組織規則（外部規則）相區分的意義上詮釋私法與公法之區分，就此將刑法置於私法範疇之中，這與大陸法系的做法大相徑庭。有法律名諺道：「公法易逝，而私法長存」，即使是因革命或征服而致使整個政府結構發生變化的時候，大多數正當行為規則，亦即私法和刑法，卻會依舊有效。⁶儘管學界對於公法與私法的劃分標準有不同的學說和標準，但公私法劃分理論的確已為後世各國法律實踐所接受，並影響着各國的立法，其甚至被視為「整個法秩序的基礎」「法

1 參見劉彤海：《〈合同法〉與〈國際商事合同通則〉的比較分析及其適用》，載《中國律師》2008年第11期。

2 參見葉秋華、洪蓀：《論公法與私法劃分理論的歷史發展》，載《遼寧大學學報（哲學社會科學版）》2008年第1期，第141頁。

3 參見[意]彼德羅·彭梵得：《羅馬法教科書》，黃風譯，中國政法大學出版社1992年版，第9頁。

4 參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2000年版，第11頁。

1 參見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上），王曉曄等譯，法律出版社2003年版，第8頁。

2 參見海仁：《私法、公法和公益法》，載《法學研究》2006年第6期。

3 參見[日]美濃部達吉：《公法與私法》，黃馮明譯，中國政法大學出版社2003年版，第3頁。

4 [日]美濃部達吉：《公法與私法》，黃馮明譯，中國政法大學出版社2003年版，第3頁。

5 參見[日]美濃部達吉：《公法與私法》，黃馮明譯，中國政法大學出版社2003年版，第8頁；[日]美濃部達吉：《公法與私法》，日本評論社1935年版，第3頁。

6 參見[英]弗里德利希·馮·哈耶克：《法律、立法與自由》（第一卷），鄧正來、張守東、李靜冰譯，中國大百科全書出版社2000年版，第209、212頁。

律體系構築的基本原則之一」和「現代國法的基本原則」。¹對國際商事規則與規範而言，對於公法、私法劃分的研究，亦具有相當重要的價值，在一定意義上，其劃分本身即為跨境商事的重要組成部分。

一、公法

在德國，關於公法的觀念在康德（Immanuel Kant）、洪博（Wilhelm von Humboldt）、耶利內克（G. Jellinek）、拉邦德（Laband）等政治學學者的「國家理論」中時有展現。在法國，關於公法的觀念則在博丹（Bordan）、盧瓦索（Loyseau）、多馬（Domat）等政治學學者的「主權理論」中薪火延續。但是，即便是高位階的「公法」，如羅馬教皇聖諭以及其他的國家公共領域中的基本法律，也只是極其緩慢地進入大學當中。而且這種引入並不是出於純粹的傳統主義，而是為了對人民進行羅馬法上的方法論教育，以解決實踐當中的眾多問題。²20世紀下半葉，公法學者韋德（H. W. R. Wade）對戴雪（Albert Venn Dicey）的法治觀的修正使得其自身的法治理論被普遍接受，也使得公法概念在英國開始被普遍接受。³

公、私法界分之初，就包含着公法學者對賦予國家權力一定責任的追求，這種追求往往體現為一種權力／權利的二元對峙結構，經過公法傳統的演進並最終落實在公法救濟機制的建構上。⁴公、私法的劃分標準之爭論，即利益說、隸屬說和主體說，其劃分標準分別強調以法律保護的利益是國家利益還是私人利益，法律所調整的社會關係是彼此隸屬的還是彼此平等的，參與到一種法律關係中的主體是否至少有一方是屬於公權主體性

質的。但這些分類都存在着缺陷，無法窮盡所有法律。¹憲法是確認一個社會共同體終極價值基礎的基礎規範。當然，對基礎規範的理解本身可以有三個維度，即分析的、經驗的和規範的。這三個理解維度的理論代表分別是凱爾森（「基礎規範」）、哈特（「承認規則」）和康德（「絕對命令」）。²

所謂原則性是針對憲法內容的規範表現形式而言的，它是指憲法規範的內容並不只是由具體而相對清晰的規則所構成，而是同時也由甚至更多地是由抽象而模糊的原則所構成，即憲法規範同時具有規則和原則的雙重特點。³

儘管公法與私法劃分的必要性不斷被人們質疑，但這種劃分在行政法上仍富有意義。

私法範圍內適用私法自治、契約自由原理，乃在創設「自由於國家之外」之空間，在高度民主空間內人民得自治、自決，國家不得任意介入，公法中國家有下令權、形成權，國家意思有拘束力、強制力，嚴格劃分公私法，可間接限制國家權力任意擴張至私人領域。⁴

「公法關係——公權力與公權力相對人的關係——是公法學研究的基本問題。而為了研究公法關係，必須首先研究公權力」，⁵進而依次論證了國家公權力、社會公權力，頗具啟發意義。

區分公法與私法，有助於防止公權力行為「遁入私法」從而逃避責任以及免受公法和原則約束。具體而言，原則上行政機關有選擇行為方式的

1 參見[日]美濃部達吉：《公法與私法》，黃馮明譯，中國政法大學出版社2003年版，第3頁。
2 參見[德]米歇爾·司托萊斯：《羅馬法與公法》，李忠夏、王媛媛譯，載袁曙宏等：《公法學的分散與統一》，北京大學出版社2007年版，第444頁。
3 參見[英]卡羅爾·哈羅：《「公法」與「私法」：沒有差別的定義》，畢洪海譯，載袁曙宏等：《公法學的分散與統一》，北京大學出版社2007年版，第394-424頁。
4 參見鄧峰：《公法與私法——傳統法學的根本立足點》，載《資源與人居環境》2007年第2期。

1 參見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上），王曉曄等譯，法律出版社2003年版，第3頁以下。[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2000年版，第8頁以下。
2 參見Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Bonnie Litschewski Paulson and Stanley Paulson Trans. Oxford: Clarendon Press, New York: Oxford University Press, 2002, p. 95-125.
3 參見Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers Trans. Oxford University Press, 2002, pp. 349-351.
4 李震山：《行政法導論》，三民書局1999年版，第28頁。
5 姜明安：《公法學研究的幾個基本問題》，載《法商研究》2005年第3期。

自由，但對於僅能以私法方式達成目標的事項，行政機關則不能以選擇自由為藉口任意改用公法方式。這種控權的思路與憲政上「有限政府」的理念是完全一致的。但當人類思維與視角逐漸走向多維度時，出現了公法私法化與私法公法化的場景，調整行政法學的研究體系以適應當前的需要已勢在必行。¹ 公私法之區分，亦有助於正確認定法律責任的性質。出現社會糾紛以後，如果涉及私法關係，產生的就是私法上的後果，即當事人個人之間的責任；如果涉及公法關係，則產生個人對國家如何負責的問題。²

二、私法

觀察現代國家之法時，將其在觀念上區別為公法和私法，是究明國法上所不可缺的要務。私法本來是個人相互間的法，但「其對於國家的關係，不過是服從國家的監督和可以請求國家的保護而已。私法非與公法區別不可的理由，亦即在於此，據此，可知公法和私法的區別，不單是決定裁判管轄的技術的問題，同時又是基於法的性質之差異的論理上的區別。」³

私法最重要的特點莫過於個人自治或其自我發展的權利。契約自由為一般行為自由的組成部分……是一種靈活的工具，它不斷進行自我調節，以適用新的目標。它也是自由經濟不可或缺的一個特徵。它使私人企業成為可能，並鼓勵人們負責任地建立經濟關係。因此，契約自由在整個私法領域具有重要的核心地位。⁴

拉倫茨在《德國民法通論》中開宗明義地指出：「民法是私法的一部分」，「德國民法典是德國私法的基礎」。⁵

劉春茂在其撰寫的《民法簡論》第三篇——我國社會主義民法的對象和範圍中認為：（五）社會主義的民法不同於資產階級的私法，長期以來，資產階級及其學者，完全沿襲了羅馬法中關於把法分為「公法」和「私法」兩大類的理論，一直把民法稱為「私法」。其說法有三種：……資產階級關於所謂「公法」和「私法」的劃分，從根本上反映了資產階級的法律是建立在資本主義私有制的基礎之上，浸透了資本主義社會私有財產不可侵犯的原則。我們認為，社會主義的民法不屬於私法範圍，我們不同意資產階級關於「公法」和「私法」劃分的理論。¹

私法自治是私法的核心原則，係指「各個主體根據他的意思自主形成法律關係的原則」，或者是「對通過表達意思產生或消滅法律後果這種可能性的法律承認」。² 具體來說，一方面，在私法自治原則之下，法律原則上承認當事人本於自由意思所為之意思表示具有法之約束力，並對於基於此種表示所形成之私法上生活關係賦予法律上之保護。³ 私法自治原則亦為市場經濟本質需要在法律上的表現。在市場經濟條件下「儘可能地賦予當事人行為自由是市場經濟和意思自治的共同要求」。⁴ 私法規範以民事法律關係為要，而公法主要規範行政法律關係。私法強調對公民、法人的合法民事權利的保護，充分尊重民事主體在法定的範圍內所享有的行為自由，尊重民事主體依法對自己的民事權利和利益所作出的處分。⁵

近代民法以保障商品的所有關係和交換關係為己任，從完全自由、平等的抽象人格出發，不顧人與人之間在社會上和經濟上的差異，以尊重私有財產權、契約自由和過失責任為基本法理。然而，出現在近代市民法的「人」的概念，乃是一種脫離實存的、具體的、經驗的人類，以擬製構想

1 參見高秦偉：《行政私法及其法律控制》，載《上海行政學院學報》2004年第4期。

2 參見謝懷斌：《外國商法精要》，法律出版社2002年版，第51-52頁。

3 [日]美濃部達吉：《公法與私法》，黃馮明譯，中國政法大學出版社2003年版，第12頁。

4 [德]羅伯特·霍恩、[德]海因·科茨、[德]漢斯·萊塞：《德國商法導論》，楚建譯，中國大百科全書出版社1996年版，第90頁。

5 [德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上），王曉曄等譯，法律出版社2003年版，第1-8頁。

1 參見陶希晉：《民法簡論》，河北人民出版社1985年版，第19-20頁。轉引自孫瑩：《我國民法調整對象主流學說的重新審視》，載《西南政法大學學報》2012年第3期。

2 [德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2000年版，第142頁。

3 參見詹森林：《民事法理與判例研究》，台灣地區自版1998年版，第2頁。

4 參見江平：《市場經濟和意思自治》，載《中國法學》1993年第6期。

5 參見梁慧星：《民法總論》，法律出版社1995年版，第29頁。

的抽象人格為對象的虛幻產物。民法原理的運用必然導致弱肉強食、優勝劣汰、兩極分化，契約自由的貫徹也因實力、地位和能力的差異而走向契約的不自由；而且先天的差異和後天的差別，將使一部分弱勢群體在自由競爭中面臨生存危機。為了矯正此種與社會脫節的市民法原理，一種正視社會現實，以活生生的具體人類為規範對象的全新法思維於焉形成。基於此種思維之具體立法以及法理論則被稱為社會法。這種轉變可說是從近代法到現代法、從市民法到社會法的一大原理轉換。與民法原理不同，社會法充分考慮人在生理條件、經濟實力、生存能力、社會地位、談判能力、締約能力的差異，追求人與人之間具體的、實質的自由、平等和獨立，通過對具體權利的保障實現社會公共利益的增進。¹

為此，在跨境語境下，國際私法主要調整的是私人主體的跨國民商事交往，也就是國際民商事法律關係。²在國內，平等主體之間的人身關係和財產關係主要由民法來調整；發生爭議後的解決程序則分別由民事訴訟法、仲裁法及調解等法律進行調整和規範。而對於國際民商事法律關係，其統一由國際私法來進行規範。因此，中國的國際私法通常包括衝突法、統一實體法、國際民事訴訟法和國際商事仲裁法等內容。³

三、公法私法之融合

如上所述，中國近年來對公法私法關係進行的討論，大多存在「公法私法化」「私法公法化」等所謂的「公私法融合」現象的問題。這些論文「借用西方的理論模式研究中國的法律和社會」，⁴往往都是一開始從羅馬法烏爾比安的公法論出發，然後談到德國奧托梅耶和凱爾森等學說的發

展，並引用美濃部「公法與私法」理論的相關論述，之後，介紹現今各國的「公法私法化」和「私法公法化」狀況，最後，展望中國的「公法私法相融合的狀況」。¹

當今社會只以公法或者只以私法來規制社會關係的做法已經越來越少。取而代之，越來越多的社會關係的規制形成了由公法與私法雙方共同規制的局面，即原來只由私法規制的社會關係，公法也參與規制，原來規定或者被認為由公法規制的社會關係，私法規制也開始被運用，兩者的交錯產生了。²

破碎的公法知識就像一面破碎的旗幟，雖然可以迎風招展，但它的權威性和象徵意義已經失去。³

隨着巨大化私人主體的崛起，作為公法向私法自治領域滲透的一種形態，憲法權利規範的適用效力也被引至私人與私人之間的關係中，此即蘆部信喜所言的「憲法的人權規定，對來自私人的人權侵害也就應採取某種形式予以適用」。⁴公私法融合的场景，使得任何固守公法傳統的想法變得極為荒謬，畫地為牢式的研究終究是難以推動行政法學的深入發展。於是，有人提出了兩種調整行政法學研究的方法，其中之一就是導入行政私法概念，以擴大行政法學的研究視角。⁵諸如，行政私法，即指的是「不含行政之私法的輔助活動以及營利活動在內，在行政適用私法形式直接地追求行政目的之場合，對之加諸若干公法上制約之總體的法律關係。」「其特色在於行政主體並非完全享受法律行為上之私法的自治，而是服從若干公法上的制約。」⁶

1 參見謝增毅：《社會法的概念、本質和定位：域外經驗與本土資源》，載《學術與探索》2006年第5期。
2 參見韓德培主編：《國際私法》，高等教育出版社、北京大學出版社2014年第3版，第3頁。
3 參見李雙元、徐國建主編：《國際民商新秩序的理論構建：國際私法的重新定位與功能轉換》，武漢大學出版社1998年版，第65頁以下。
4 易軍：《論公法與私法劃分在中國的局限性》，載《重慶工學院學報（社會科學版）》2007年第4期。

1 參見[日]但見亮：《中國公法與私法的關係——以「美濃部理論」為線索》，凌維慈譯，載《交大法學》2014年第1期。
2 [日]吉村良一：《從民法角度看公法與私法的交錯與互動》，張挺譯，載《人大法律評論》第12輯，法律出版社2013年版，第236頁。
3 參見于立深：《中國公法學現代化的方法論進路》，載《法商研究》2005年第3期。
4 [日]蘆部信喜：《憲法》（第三版），林來梵等譯，北京大學出版社2006年版，第96頁。
5 [日]鹽野宏：《行政法》，法律出版社1999年版，第37-38頁。
6 [日]成田賴明：《行政私法》，周宗憲譯，載《法律評論》1994年第60卷第1、2期合刊。