

中国公法与私法的关系

——以“美浓部理论”为线索

[日]但见亮*

凌维慈** 译

目次

引言

一、中国的美浓部理论

- (一) 频繁引用及其价值
- (二) 引用的倾向及其理由
- (三) 小结:以“公法与私法”为契机

二、公法私法关系论的现状

- (一) 公法私法关系论的沿革
- (二) “物权法违宪争论”和“公私法融合论”
- (三) “公私法融合”和“公法私法的区分”
- (四) 寻求对应现实状况的理论框架
- (五) 小结:“公法学”的问题

三、“统一公法学”的课题和可能性

- (一) “统一公法学”的样态
- (二) “民主集中制”和“统一公法学”
- (三) 共产党和“公权力”

结语——对“美浓部”含义的再思考

关键词 美浓部理论 公法私法区分论 公私法融合论 统一公法学

* 日本国一桥大学法学研究科讲师,上海交通大学凯原法学院访问学者。本文原载《比較法學》第43卷第2號25-65頁。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线】

** 华东师范大学法律系副教授、法学博士。

引 言

如果问现在日本的学生“美浓部达吉是谁”，可能大部分学生听到这个名字时，都只是认为他是过去的人物或某位高龄老人吧，机灵点儿的学生充其量也只是在历史课上听到过其“天皇机关说”的说法。当然对于法律系本科的学生来说，也许能够回答出，这是在日本宪法学行政法学的创始期建立主导学说的著名学者，即使如此，也仅仅是认识到他提出了划时代的学说。

然而，令人惊奇的是，在近年来的中国，“美浓部达吉”五个字大量出现在以“公法”为题目的学术论文中。当然，其中很多看上去是从现今日本行政法的学者，例如盐野宏教授、室井力教授、原田尚彦教授的著作中引用的，^{〔1〕}但是，至少在笔者阅读的论文中直接论及和引用的，“美浓部达吉”五个字已广泛地出现了。

本文的目的在于，以中国各种论文中，学者们对待由美浓部博士的观点总结而来的“美浓部理论”的态度和频繁论及的现象为线索，提出其中可能存在的问题，并试问中国学界讨论“美浓部理论”的意义。希望通过这一考察，介绍中国的“公法与私法”的认识、特别是有关“公法”的理论及其必要的现状，同时对于日本的理论对中国产生了何种影响和启示这一问题，提供思考和对话的契机。希望得到读者们的指正。

一、中国的美浓部理论

（一）频繁引用及其价值

在近年来中国的法学论文中，要找到引用或论及美浓部博士的论述，实际上很容易。例如杨解君教授在其《公法(学)研究：“统一”与“分散”的统一》一文中，整个儿地引用美浓部博士的论述：“现代的国法是以区别其全部为公法或私法为当然前提的，对于国家的一切制定法规，若不究明该规定为属于公法或私法，而即欲明了其所生的效果和内容的，盖不可能。公法与私法的区别，实可称为现代国法的基本原则。国法的一切规律，无不属于公法或私法之一方，且因所属而不同其意义。”并得出结论：“现今，公法与私法的共存及区分，已成理论上的通说”。^{〔2〕}

另外，朱红英、杨秋岭在《论宅基地使用权取得的公法控制》一文中，指出“日本学者美浓部达吉将此类‘由当事者的法律行为自行形成，不过须加上国家的公的意思行为之要素，私法的关系才能发生效果’的事项类型化，包括：受理、认可、代理、公证和确认五种。其中，‘所谓认可，是指当事者的法律行为非经国家同意不能有效成立时，国家对之予以同意而完成其效力的公的意思表示而言。法律行为的当事者，是独自存在着的，不过单依当事者的意思，不能使那行为发生完全的效

〔1〕当然还有很多其他学者的论述被引用，这里只列举了一部分。不过一般而言，作为行政法领域经典的、体系性的理论被接受并成为研究的对象，大概只有美浓部博士的理论。

〔2〕杨解君：《公法(学)研究：“统一”与“分散”的统一》，载《法商研究》2005年第3期，第10页。本文在介绍中国研究者的时候，基本冠以其论文所标示的学位和职称，不清楚学位和职称的情况下，就以名字来表示。另外，笔者将论文的中文名称和内容译为日语。本文所介绍的论文中引用美浓部博士的论述都来自于《公法与私法》一书的中文译本，参见〔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，本文没有使用译文翻译的部分，而是从原典中有关部分直接引用。上文所引用的部分出自原典，美濃部達吉『公法與私法』(日本評論社・1935年)3頁。并且，引用原典时，考虑到易读性，将旧的汉字字体改为现代的字体，一部分送假名也被改为现代的用法，如果有损于原文的原意，在此表示抱歉。

力,必须经国家认可才能完成’”,重点引用了美浓部博士在《公法与私法》一书中的论述,并将此作为“认可”概念的依据,进而论述了地方政府如何对农村宅基地使用权取得申请进行审查和认可的问题。^[3]

北京大学的魏武在《评公法与私法区别的必要及其根据》一文中,将美浓部博士对凯尔森的批判作为考察对象,其展开的讨论基本上全是关于美浓部博士《公法与私法》一书第1章第1节的内容。^[4]特别是华东政法大学的童之伟教授,他是近年来中国法学界引起争论的“物权法违宪争论”的中心人物,他在自己的论证中批判公法与私法的极端区分,他指出,“在中国法学界有很大影响的《公法与私法》这部名著的作者美浓部达吉说得很清楚”,“‘过于偏重两者的区别’”,“‘我对之亦未能赞同’”,对美浓部博士的观点表示了强烈的赞同。^[5]

(二) 引用的倾向及其理由

可见,在中国,论及美浓部博士论述的,不仅数量颇丰,而且都将其作为经典的理论。然而,这些引用和论及到底具有什么样的特征?下文通过详细分析各篇论文中引用和论及美浓部论述的内容,尝试对中国论文中对“美浓部理论”的运用加以检讨,并考察作为其背景的目的和理由。

1. 集中于《公法与私法》一书

首先,至少从最近的论文内容来看,美浓部博士的论述,基本出处都集中于他《公法与私法》一书。在2005年以来的论文中,搜索论及美浓部博士论述的论文,大概可以找到20篇左右,其中的引用都来自《公法与私法》一书的中译本。^[6]

这其中最简单的理由在于美浓部博士《公法与私法》一书最早在1941年就被翻为中文出版,一直在中国被认为是权威的著作。^[7]2003年经过修改再版,仍然作为翻译成中文的外国的权威著作,并易于利用,而不断地被引用、论及,进而带来更多的引用、论述。

加之,该书是非常少有的体系性地论述“公法与私法”的著作,这也是被广泛引用、论述的理由。有关于此,北京大学的魏武就曾指出:“欲全面、系统研究公私法关系,则日本著名法学家美浓部达吉的《公法与私法》无疑是第一本必读书”,其理由恰好在于:“美浓部达吉的《公法与私法》是……中文文本中几乎唯一的专门研究公私法及其相互关系的法学著作。”由此清晰可见,在中国,美浓部博士的《公法与私法》是针对公法与私法问题“几乎唯一的”经典理论著作,占有极其稳固的地位。

2. 权威的“摘取”

其次,近年来论及“美浓部理论”的论文,多数不是着眼于介绍分析“美浓部理论”本身和其相关联的外国理论,而是在论证“公法私法”和“公法”主题下中国的现状和理论时,将外国古典的权

[3] 朱红英、杨秋岭:《论宅基地使用权取得的公法控制》,载《浙江工业大学学报(社会科学版)》2008年第1期,第101页。

[4] 魏武:《评公法与私法区别的必要及其根据》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2008年第5期,第6页以下。魏武认为美浓部博士对凯尔森的批判“在解释和批判上完全没有抓住凯尔森观点的要点”。

[5] 童之伟:《〈物权法(草案)〉该如何通过宪法之门》,载《法学》2006年第3期,第16页。童教授从美浓部《公法与私法》一书中引用的部分是序言第1页中的论述。

[6] 不过这总是限于笔者搜索的范围内,不难想象实际要远远高于这个数字。并且在搜寻论及美浓部理论的论文时,不使用“美浓部”三个字为主题,而是搜索和其相关联主题的论文,再从这些论文中找寻论及美浓部理论的内容。这样的话,最后不得不在程度和时期上进行划分,广泛论及美浓部理论的论文,尤其是题目以“公法”为名的,查找这些论文所论及的美浓部理论,必然可以得出上文的结论,这一点不可否认。

[7] 华东政法大学的童之伟教授指出自己“查阅和引用1941年版的《公法与私法》,是要强调这个观点本身具有的历史久远性”。童之伟:《宪法民法关系之实像与幻影——民法根本说的法理评析》,载《中国法学》2006年第6期,第177页脚注。

威理论作为根据和批判对象,进行介绍。因此,一方面,美浓部博士的论述被大量引用,另一方面,对其文本仔细地进行说明分析的论文却很少。多数论文仅仅引用只言片语,有的也不引用原文,只介绍其是理论提出者,而且看上去也引用得相当的随意。

例如,胡波在其论文《从公法私法的角度看民法的性质》中,在批判将利益说作为区分公法私法的基准时,引用“国家固然是公益的保护者,同时却亦是个人私益的保护者”〔8〕的论述,推导出利益说不能作为区分公法私法的结论,但是在注释中并没有标示引用原文的页数,而且,这句之外没有引用和论及其他任何的论述。

另外,很多引用不注明原文。邓娟、刘路在《公法与私法界限浅议》一文中,指出“美浓部达吉先生在《公法与私法》中说过这样一段文字:‘一部分属于私法而一部分属于公法,混合的法律关系即因是而生’。”〔9〕从而提出公法与私法相混合的普遍性。但作者未标示引用的出处,并且忽视了这一段话在原文中是关于“单纯营造物利用关系”的语境。

郭明瑞博士等在《论公法与私法的划分及其对我国民法的启示》文中的一小处,在“此种划分在客观上的确起到了一定的限制作用”的脚注中,表明了所参照的《公法与私法》一书的页码。〔10〕金自宁博士的《解读“治安承包”现象》一文,提出“公法与私法的二元区分起着基本框架的作用”,而脚注中只是标明参照美浓部达吉《公法与私法》第3~4页,引用的部分及意图都未明确表示。〔11〕

3. 引用、论及的时间

可以发现,在中国,像这样引用和论及美浓部博士的论述,有的“因为是汉语”,有的“因为论述起来比较方便”,更有的“因为引用权威可以省了论证”,从而导致了引用论述的恣意。但是除此之外,这些论及“美浓部理论”的论文,最近的很多都具有非常重要的价值。

如上文所述,本文考察的论及美浓部博士的论文主要限定在2005年以来的论文范围内,令人惊奇的是,即使限定了这一时间段,仍然可以非常容易地找到20篇左右的论文,而且其中多数是最近的。当然,这也可能是因为最近的论文比较容易搜索,不需要动太多脑筋,但至少仅仅在2007年和2008年两年间,就能轻易地找到10篇以上的论文。这显示了“美浓部理论”的重要性并不是“过去的事”,而是近年来的事情。因此,无论如何这如实地反映了,美浓部博士《公法与私法》中文版2003年的再版在中国提高了人们对“美浓部理论”,特别是“公法与私法”这一主题的关注。

(三) 小结:以“公法与私法”为契机

如上文所述,美浓部博士的《公法与私法》在中国被频繁地引用和论及,若只是该书的中文译本早就出版,并成为“公法与私法”领域“大概唯一”的权威读物,而不存在对“公法与私法”问题意识高涨,该书可能也不会引起高度注意。

特别是最近引用和论及美浓部博士《公法与私法》的情况不断增加,鉴于此,中国“公法与私法”的问题也的确成为令人瞩目的问题。

〔8〕 胡波:《从公法私法的角度看民法的性质——民法私法性的再认识》,载《北方工业大学学报》第20卷第2期,第59页。原文大概出自《公法与私法》一书第29页。

〔9〕 邓娟、刘路:《公法与私法界限浅议》,载《今日南国(理论创新版)》2008年3月号,第136页。原文大概出自《公法与私法》一书第164页。

〔10〕 郭明瑞、于宏伟:《论公法与私法的划分及其对我国民法的启示》,载《环球法律评论》2006年第4期,第426页。

〔11〕 金自宁:《解读“治安承包”现象——探讨公法与私法融合的一种可能性》,载《法商研究》2007年第5期,第127页。

这一点,2008年后半年发表的一位年轻学者的论文也介绍了这一认识:“当今国内公法问题的研究仍未走出美浓部时代,未超越美浓部的研究成果”^[12],可以看出,美浓部博士的《公法与私法》在中国如星星之火给人们带来很多启示,同时,人们意识到这一主题和领域是中国“国内”重要的研究对象,并希望挑战这一经典权威。

可见,中国学界对美浓部博士《公法与私法》一书的频繁引用和论及,成为争论公法与私法问题的焦点,其中各种激烈的观点相互交错。然而,中国有关公法与私法问题的讨论到底是什么样的呢?下文,试图对中国“公法与私法论”的状况,以近年来的讨论为中心,进行介绍和分析,并做出检讨。

二、公法私法关系论的状况

(一) 公法私法关系论的沿革

1. “社会主义计划经济”的“私法缺失”

介绍中国公法与私法关系演变过程的文章一般认为,首先,以前的中国表现为“公法完全吞没私法的状态”,因此,所谓“改革前”高度的社会主义计划经济时期,“国家权力空前地深入到社会的每个角落”,“政府的控制力渗透到每家每户,直至每个人的心灵深处”,“不存在可以自行处理私人财产、不存在可以自由交易市场”,“作为市民社会运行规则的私法,就失去了可供生长发育的土壤”。^[13]

然而,也有观点认为这种状况源自传统中国的制度结构问题。最近这种“传统的”认识很多都建立在制度结构理论的基础上。持此类观点的论文有的通过介绍“日本学者滋贺秀三曾做出卓有见地的论断”,“中国传统法律仅由刑法和官僚统治机构组织法构成”,“始终没有从自己的传统中生长出私法的体系来”,从而得出结论:“我国古代法律结构体系,甚至可以说是‘私法缺失’。”^[14]

任何一方都认为,“改革前”的中国社会应属于“公法完全吞没私法”的状态,法学界也有相应的理解。即认为中国的历史及其土壤在历史上缺失私法,在制度结构上“长期以来高度集中的计划经济体制需要对社会经济生活进行全面干预的法律要求”,因此理论上马克思列宁主义,特别是列宁所提出的“社会主义国家……无论如何不承认私法,……经济领域的一切事项属于公法的范围,不属于私法的范围”的见解^[15],即否定公法与私法的区分、否定私法的存在,导致了“我国法学理论在相当长时期内也否认公法与私法的划分”。^[16]因此,所有的法都是公法,由于人民和国家在阶级性和根本利益上是“绝对一致的”,所以完全不存在私法的空间,并且公法的问题,即非对等性和权力性的问题,也几乎不存在讨论的空间。^[17]

2. “社会主义市场经济”下“私法可否存在”

大多数论文认为中国公法私法关系的讨论是从20世纪90年代开始活跃起来。当然,一般认为仅就法律制度而言,是从1978年改革开放开始,但公法私法关系理论则在“20世纪80年代以前……

[12] 参见前注[4],魏武文,第6页脚注3。这一论述引自物权法违宪争论过程中,宪法方面的论战先锋童之伟教授的论述。

[13] 金自宁:《“公法私法化”诸观念反思——以公共行政改革为背景》,载《浙江学刊》2007年第5期,第149页。

[14] 石绍武:《论公法在中国的演进》,载《西南政法大学学报》第10卷第5期,第5页。

[15] [俄]列宁:《列宁全集》第3卷,编译局译,人民出版社1984年版,第258页。

[16] 冯曦:《从民法的基本原则来认识公法与私法的划分》,载《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2000年第3期,第15页。

[17] 当然,需要指出的是,在“公法与私法”问题之前,还存在社会主义意识形态下的“法的道具化”和“政治的万能”、“文革”时期等“无法无天”的法律虚无主义,法律制度和法学本身遭受毁灭的状态。

照搬列宁对公私法的明确态度，否认社会主义国家存在公法与私法的二分问题；20世纪80至90年代……采取‘回避’的态度；20世纪90年代中国确立市场经济体制之后，公私法论题受到广泛的、越来越多的关注”。〔18〕

从20世纪90年代以来“受到广泛的、越来越多的关注”的公法私法关系论的论述来看，首先，民法学重镇的中国社科院的梁慧星教授早在1992年就在《法学研究》杂志上提出严格区分公法与私法的主张，这应是90年代“公法私法区分论”的起点。〔19〕但是，梁教授的讨论因为是关于市场经济的座谈会发言，过于简约，其内容并未体系性地论述到公法与私法的关系。

并且，对于公法与私法关系的正面讨论，90年代的论文往往只是提出“公法私法可否区分”这一论题，论文的内容实质上是讨论“社会主义可否存在私法”这一中心问题。

例如谢桂生《市场经济与公法、私法的划分》一文，首先第一章就以“社会主义是否承认私法”为题，提出随着改革开放的深化，“社会主义条件下存在不存在划分公法与私法的社会条件，有必要加以重新再认识”。第二章论述“列宁为什么否定社会主义社会存在私法”，从而提出“社会主义法律有没有公法、私法的划分，应当从社会主义经济的基本理论和社会主义经济建设的具体实践中去探索”。第三章对于“建立市场经济体制需要划分私法”的问题，指出“公有制基础上的商品生产经营者同样存在独立的经济利益，是客观现实，这是社会主义私法存在的基础”，并进而得出结论：“我国建立社会主义市场经济体制，有必要在法学理论上和法律上划分公法与私法。”〔20〕

该论文主张社会主义市场经济下有必要区分公法与私法，立场鲜明，但同时期的其他论文，也有的只是介绍相关的讨论，很少表明自己的观点和思考。

例如，李茂管《法学界关于公法与私法划分问题的争论》一文先介绍了“肯定论”，指出“社会主义制度下存在划分私法的社会经济条件，私法的意义在于确认、保护商品经营者的独立利益”，其次又介绍了因为“破除民法是私法的观念，是社会主义市场经济体制下的要求”、“有必要维护公有制的主导地位”，所以不应划分公法与私法的“否定论”，还有“是否需要用公法与私法的概念来划分”，“尚待进一步探讨”的“探讨论”，但自始至终完全没有表明自己的主张和立场。〔21〕

另外，张永志《公法私法划分与我国构建社会主义市场经济法律体系的关系》一文同样也只是介绍了三种观点，第一种“在社会主义国家不存在公法与私法的划分，公法与私法的划分是资产阶级法学和资本主义法制的特有现象”；第二种“区分公法与私法是建立市场经济法律制度的前提”；第三种“公法与私法划分的理论具有一定的科学性，它是一种关于法律结构的理论，并非是实在法律部门本身”，就这样结束了论文。〔22〕

以上各篇论文都介绍了公法私法划分否定论，特别是作为重点的私法存在否定论，正像各篇论文所表明的那样，否定论依然占据着稳固的地位，笔者胆敢推测，重要的是当时不可无视作为一切根据的社会主义经济体制意识形态。这样，与意识形态内容的模糊性相辅相成，所以有的学说认为对公法私法的划分也应“敬而远之”，这能够理解。无论如何，在这一时期的讨论中，可以发现，对于“社会主义市场经济下可否存在私法”这一问题，许多学者旗帜并不鲜明。

〔18〕 参见前注〔4〕，魏武文，第6页脚注1。

〔19〕 梁慧星：《市场经济与法制现代化——座谈会发言摘要》，载《法学研究》1992年第6期，第2页以下。

〔20〕 谢桂生：《市场经济与公法、私法的划分——一个需要重新认识的问题》，载《法学》1994年第5期，第2页以下。

〔21〕 李茂管：《法学界关于公法与私法划分问题的争论》，载《求是杂志》1995年第22期，第45页以下。

〔22〕 张永志：《公法私法划分与我国构建社会主义市场经济法律体系的关系》，载《法学杂志》1997年第5期，第12页以下。

3. “公法私法区分论”的兴盛

笼罩在中国公法私法关系上的社会主义意识形态的影响,在2000年前后开始至少在学术上越来越稀薄。当然,当时政治层面占据主导地位的意识形态并未消失,马路上社会主义的标语口号,让人感到这一意识形态更加加强了。^[23]但是,“向钱看”的人们试图追求富裕,蠢蠢欲动,在这种社会状况中,宪法历经数次修改,渐渐提高“私营经济”的地位,并且,所有法学书籍中曾强调的“不同于资本主义的社会主义法律制度的优越性”不断被淡化而退出。

如此,应该可以说,变化慢慢来临了。若要探寻其中的原由,至少应举出加入WTO所带来的影响这一因素。行政法学者付思明博士,在其2002年的著作中,特别以整个一章的比例论述“加入WTO与依法行政”,他将国家受到WTO强制性规则的规律和约束这一状态作为一种“突破”。^[24]暂且不论付博士所称的“突破”的含义以及WTO的具体规则如何制约中国的行政和司法机关的问题,这里值得注意的是,政府要服从确保经济交易公平、自由、透明以及合理的目的框架。即为了私人的经济利益(主要是其他国家的),国家要服从强制的、拘束性的规则,并且这种强制规则还要求国家制定限制其自身权限行使的规则、废止和变更已有的规则。这样和以意识形态为根据、否定私法关系的存在、认为私法关系只在国家管理和监督下才存在的主张完全不相容。^[25]

当然,以意识形态观点后退为理由来看,也许既可以称为这是淡化意识形态这一变化所带来的“结果”,也可以认为其象征着政府承认后退的姿态。无论如何,这种社会和理论的状况,也鲜明地反映了中国“公法私法区分论”的实际状况。

例如,冯璩在2000年的论述中,提出应“从民法的基本原则来认识公法与私法的划分”,他认为列宁所言“不承认私法”对于树立社会主义经济基础是必要的,但“马列主义经典理论对中国约束太深”,其实恩格斯早就有公法与私法的观点,并在其论述中指出“公法、公共权力是为私法而设立的”,“而我们过去却恰恰忽略了这一论述对法律分类的意义”。^[26]

就此观点来看,以往“私法可否存在”的问题意识仍然残存,论证上也仍采用恩格斯的主张来否定(以及补充)列宁的观点,仍是以社会主义“古典理论”为根据的方法。实际上,类似的论证可以看到很多,例如有观点提出,列宁所说的“否定私法”这句话实际上是翻译列宁全集时的一处错误,列宁自身并没有表达过“否定私法”的用语,而这也可以归为“古典理论依据型”的论证方法。^[27]

如此,必须看到,这一时期社会主义意识形态仍然存在,否定和这种意识形态相关的“古典理论”其本身也是“古典理论”,而且有关论述不乏存在,但其地位和重要性已降低。以前论及“私法可否存在论”时,多数论文相当大部分都是从意识形态的观点出发,介绍和讨论有关否定私法领域的观点。但是,上述冯璩的文章中,有关于此的论述只占了论文的一小部分而已,而且其内容也只是介绍过去的状况,仅此而已。

[23] 这种政治宣传的现状,但見亮「『矛盾』から読み解く中国」『ワセダアジアレビュー』12號(2007年8月)53頁以下进行了介绍。

[24] 傅思明:《中国依法行政的理论和实践》,中国检察出版社2002年版,第369页以下。

[25] 郁建兴、刘娟:《国家与社会关系视野中的中国公法变迁》,载《浙江社会科学》2002年第5期,第9页,提出“在推进公法体系创新时,还应清醒认识到:“加入WTO,将WTO规则转化为国内法,并不只是一般性的经贸法律问题,同时也是关涉宪法解释乃至宪法修正的宪法性问题”,因此“我国公法的变迁应朝向‘开放、创新’模式发展”。

[26] 参见前注[16],冯璩文,第15页。

[27] 参见前注[22],第13页,列宁曾论述:“……无论如何不能承认私法……一切事务……都不属于私法的范围”,翻译成汉语时,本来应译成“私的”,结果错误地译成了“私法”,必然有牵强附会之感。

萧也红的论文^[28]强烈地体现了这种意识形态观点的地位变化。她讨论的主题是《公法与私法的分类在现代中国的意义》，并批判性地指出，中国在历史上“几乎没有私法（私权）的空间”，改革开放前“公法与私法的分类被用阶级分析的方法完全否定”，这种“制度缺失”，导致现在“政府机构（以公法主体身份）还以各种方式涉足私人领域或私权空间”。^[29]

可见，这篇论文已经不存在（或超越了）“社会主义是否承认私法领域”的问题意识。即上述萧文认识到，一直以来的“否定私法”观只是过去高度社会主义体制下“当然的否定”，并在此基础上指出，“在我国现今状况下，强调公法与私法的分类、为公法主体和私法主体准确定位，重新构建公法主体与私法主体的正当关系十分必要”。^[30]由此可见，相关讨论已不再纠结于社会主义经济体制有关的“有无私法领域”的问题，而转向“重新构建区分公法与私法的正当关系”问题上。

如此，2000年前后研究的问题意识发生了变化，意识形态的论证退居其次，论点也从“私法可否存在”向“公法与私法的分类及其关系”转换。有关讨论主要从民法学的立场提倡“私法领域从公法中区分出来→确立→独立”的意识，并加以推进。^[31]但是，这一从“私法方面”发起的攻势不仅受到旧的意识形态观点的反扑，而且遭到因担心私法侵蚀的“公法方面”的抵抗，恰好围绕高度提倡私法独立的物权法相关规定，展开了激烈的论战。从而，下文将概览“物权法违宪争论”中有关公法私法关系的讨论，并试图检讨这些讨论所呈现出的“公私法融合论”。^[32]

（二）“物权法违宪争论”和“公私法融合论”

1. “物权法违宪争论”中“姓资姓社”的真相

“物权法违宪争论”指的是2005年对于正处于立法过程公开审议阶段的物权法草案，出现了一封递交给全国人民代表大会常务委员会吴邦国委员长的“公开信”（同时在网络上公开），以此为契机，民法学者和宪法学者们所展开的一场论争。

引起该事件的是现今成为名人的北京大学巩献田教授（法理学）。巩教授的主张充满了激烈的愤怒，其所谈到的内容概要来说就是，物权法过于“资本主义”，其内容“盲目地模仿、奴隶式地抄袭资产阶级的民法概念”，“违背社会主义的基本原则”，是“违宪行为的产物”。^[33]

作为当事人的民法学界，受到上述激烈的批判，似乎一致认为这种批判是荒谬无理的，大家应团结起来使物权法顺利通过，以为能够轻易地冲破这种批判。^[34]但是，该问题不但使本来即将审议的物权法延期一年以上出台，而且掀起了民法和宪法乃至公法与私法关系的长期争论。

对此，值得注意的是，社会主义意识形态所发生的地位变化。巩献田教授，特别在民法学界看来，可能是那种奇特的旧时代的人。^[35]但是，应注意的，尽管他运用“社会主义性”来进行批判，

[28] 萧也红：《公法与私法的分类及其对现今中国之意义》，载《北京广播电视大学学报》2003年第1期，第21页以下。

[29] 参见前注[28]，萧也红文，第24页。

[30] 参见前注[28]，萧也红文，第25页。

[31] 如上所述，最早提出讨论公法私法关系的梁慧星教授，对其1999年完成的物权法草案建议稿中的“平等保护原则”，就曾说明是“彻底否定过去经济体制的影响，真正建立符合市场经济需要的财产法的基本规则”。梁慧星：《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社2000年版，第96页。

[32] 参见但见亮「物權法草案違憲論争の諸相」『中國研究月報』第61卷第11号(2007年11月)3頁以下。

[33] 刘贻清、张德勤主编：《“巩献田旋风”——关于〈物权法〉（草案）的大讨论》，中国财政经济出版社2007年版，第25页以下，全文介绍了巩献田教授的公开信。

[34] 吕娟、鲁楠：《法学界的“郎顾之争”——〈物权法〉“叫停”的背后》，载《法律与生活》2006年第1期，第30页以下。

[35] 实际上，有关发言中可以看到，民法学界集体认为巩献田教授是“法盲”，其做法是“文革式”的。参见前注[32]，第6页。

但其并非关注“社会主义是否承认私法的领域”，而是谴责将国有、集体所有、私有进行平等保护的“平等保护原则”违背了社会主义原则甚至宪法原则，批判“加速私有化的进程”，或者说“私法侵蚀公法”的状况。

这种意识形态的意识变化，在提倡确立“私法领域”民法学者的论述中可进一步明了。争论一方民法学界的主要论战者赵万一教授，提出国家权力是危险的，有必要防止国家权力的介入，确保“市民”的解放和自由，民法作为“私法的基本法”，其作用就是防止国家恣意介入私人领域。^[36] 这里将理应是资产阶级概念的“市民社会”作为人类共通的历史智识加以运用，丝毫看不到从社会主义观点出发进行的考察。

颇有意思的是，被嘲笑为是“文革式”的上述主张，都是为了“防止私法领域加速地扩大，保住公法领域”而提出的事实，如此，“私法可否存在论”已经完全成为过去式了。主张确立“私法领域”的人们当然更大胆，完全无视社会主义的论说而当然地展开自己的主张。实质上，这一次争论中民法和宪法学者之间的讨论也是如何理解公法与私法关系的讨论。

2. “物权法违宪争论”中“姓资姓社”的局限性

这场争论首先提出了宪法和民法的关系问题，而这一问题主要体现为，宪法的各项原则是否适用于物权法(民法)，如果适用的话，宪法是如何规范物权法(民法)的。争论结果以经过修改最终通过的物权法参照了宪法的各项原则不再违宪而得到平息。^[37] 然而对于极为重要的公法私法关系问题，民法一方的赵教授们提出了民法“私法基本法论”，作为私法基本法的民法和作为公法基本法的宪法各自规范其不同的领域，“民法不必以宪法为根据”(梁教授)，与此相对应，宪法一方则以宪法是公法与私法全体法律的根本法，所有的法规一字一句都应受到严格的合宪性审查(由立法机关进行)(童教授)来应战，有关讨论完全没有达成一致，以此而告终。

双方如此激烈地争论，然而，至少以争论双方各当事人的主张来看，虽然有激烈地争论到“公法与私法的关系”，但最终很少有什么是“公法”、什么是“私法”的问题意识。^[38] 其原因可能在于，这场争论最初提出的是物权法规定和宪法相关规定之间关系的问题，进而发展到包含物权法在内的作为“私法基本法”的民法和作为“公法(以及私法)基本法”的宪法的位置关系问题。即赵教授们的主张是将私有财产、有关私的领域的物权法(民法)置于至高无上的位置，即使根据宪法也不能对其进行干涉，因此，完全不论干涉的内容、性质以及结构。相反的，童教授则认为宪法是包含私法在内的最高价值，与此相矛盾、相抵触的所有法规都违宪无效，因此完全没有必要追问审查的对象是什么。

根据以上内容来进行思考，可以发现，再怎么研究物权法违宪争论中的“公法私法关系论”也没有什么收获。然而，之后的行政法学者特别针对物权法本身内在的公法私法关系，展开了积极的考察，提出了新的问题意识。因此，以下将概观这一变化，分析和检讨针对物权法包含的公法私

[36] 赵万一：《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制定的基本理念和制度架构》，载《中国法学》2006年第1期，第117页以下。赵万一教授是法学界名校西南政法大学的民法教授。

[37] 宪法和民法具体而言由于童教授(宪法)和梁教授(民法，之外还有赵万一教授等)之间激烈争论形成恶劣的关系，为了修复这一关系，特意举行了名为“民法和宪法的对话”的会议。夏正林整理的《“民法学与宪法学学术对话”纪要》介绍了会议上教授们为了解除误解表示和好的发言，夏正林整理：《“民法学与宪法学学术对话”纪要》，载《法学》2006年第6期，第118页以下。

[38] 有关这一点，童教授指出“近十多年来，中国法学界一部分学者对于将本国的全部法律做两极化划分，即划分为公法与私法……”，批评其理论“基本停留在上世纪30年代美浓部达吉发表的《公法与私法》一书的水平上”，“已经落伍”。参见前注[7]，第177页。

法关系所提出的“公私法融合论”。

3. 物权法“公私法融合”论

对于物权法违宪争论所掀起的“公法私法关系论”，行政法学界的主张主要是对 2007 年成立的物权法是否应称为纯粹的“私法”提出疑问，并展开讨论。

首先，杨解君教授主张，物权法包含了大量“包括行政关系和司法关系”的“公法关系”的规定，“不应草率地视为私法”。^[39]“物权关系，应该说，既包括了私法上的关系又包括了公法上的关系”，^[40]因此，他认为，应予保护的利益不仅包含了私益还包含了公益，由公法私法共同协力予以保护，从而得出结论：“应打破公私法互不越界的传统认知局限，将它作为一部融合了公私法规范的综合法加以看待”。^[41]

但是，在这篇论文中，杨教授并没有详细论述什么是“公法关系”。由此，就像其明确指出“立法者……不论其是否应属公法调整还是私法调整”，^[42]他对于“公法”概念本身的追问也较为薄弱。

总之，杨教授认为，物权法是“综合法”，没有必要详细论证公法与私法的区分。他批判区分公法私法的利益说，指出该说认为“一般以公益为目的或内容的法是公法”，但应认识到“实际状况却并非如此简单，往往在同一部法律或者法条内，其规范内容会同时涉及公益与私益”，^[43]“很多情况下体现为公权和私权混合的现象”（在有关“公权和私权”的阐述中），应如实地将这一认识作为前提。原本在杨教授的论述中，也只是提出“打破”“公私法相互不可侵犯的传统认识界限”，因此，并不是要明确与该问题相关的“公法”和“私法”的内容。

尽管杨教授的主张只是关于物权法关联规定中有关“公法私法关系”的内容，但却明确地具有一种意识，即以“公私法融合”为前提，基于现状解决实际问题，为此而形成理论构成的意识。同时，因为这种意识，就没有必要明确所谓的“公法关系”的内容，进而，以至于某项规定是公法还是私法的，有无必要区分公法与私法，都是值得怀疑的。

但是，设想一下，连承认公私法融合存在都应当是困难的，如果认为公法关系大量地、密密麻麻地居于作为“私法”基本法规的物权法中，就是承认之前那种公法遍迹并应超越私法领域的状况。人们很容易认为，这种“公私法规范的融合”将有碍于基础薄弱的私法发展。这也并不是杨教授所称的未来“私法和公法一起发展”。^[44]

与此相对应的，行政法学的中心人物之一应松年教授在其副标题为“以物权法文本为分析对象”的论文中指出，“在《物权法》的全部 247 个条文中，至少有 40 多条直接涉及行政机关或行政权”，引用登记、纷争解决程序、强制征用、国家、集体所有的规定等，阐述了各类规定和行政权的关系。^[45]

应教授阐述道，例如“物权是指‘权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利’”，这项规定也体现了“物权排斥行政权的干涉”的两者之关系。^[46]此外，关于登记的各项规定是“行政权

[39] 杨解君：《物权法不应被笼统地视为私法》，载《法学》2007年第7期，第43页以下。

[40] 参见前注[39]，杨解君文，第46页。

[41] 参见前注[39]，杨解君文，第51页。

[42] 参见前注[39]，杨解君文，第45页。

[43] 参见前注[39]，杨解君文，第49页。

[44] 参见前注[39]，杨解君文，第51页。

[45] 应松年：《行政权与物权之关系研究——主要以〈物权法〉文本为分析对象》，载《中国法学》2007年第5期，第66页以下。应教授是国家行政学院的教授，同时多次参加立法机关和行政的相关立法和修正工作。

[46] 参见前注[45]，应松年文。引号内是物权法第2条第3项。

对物权的确认”，行政机关的纷争解决程序是行政权对物权的保护，这些都是关于行政权的规定。

应教授的讨论是为了“全面详细地梳理行政权和物权的复杂关系”而进行的，然而，经过梳理可以看出，“作为传统意义上私法的《物权法》其实包含了数量众多的公法内容，物权与行政权或行政机关之间有着千丝万缕的联系”。^[47] 从而，得出结论“在物权排斥行政权和行政权消灭、限制物权这一对矛盾中，物权排斥行政权才是矛盾的主要方面。因此，行政权必须尊重物权。只有在法律有明确规定的条件下，行政权才可以限制或消灭物权”^[48]。

总之，应教授认为，物权法文本内在的和行政权的“矛盾关系”应解析为“物权排斥行政权 > 行政权限制物权”。这种认识中有意思的是，其认为“直接涉及行政机关和行政权”的规定就是“公法内容”。尤其，其认为，尽管对物权进行定义的规定等在字面上完全没有“行政权”这一字眼，但因为物权具有对世的效力，“行政权”当然属于排“他”的他者之一，根据这一理论，^[49]形成了从包含行政权到直接涉及行政权到最后形成公法内容的过程。

但是，如此理解，所谓“公法内容”就毫无限制，范围过大了。并且，应教授提出了“物权排斥行政权 > 行政权限制物权”的原理，但在公益上有必要的话，也可对物权进行限制，这和杨教授的论述是一样的。关于这一点，应教授认为，在客观存在公共利益的情况下，可以通过对行政权进行程序控制、公平的补偿以及保障行政和司法救济的条件来控制行政权对物权的限制，然而，问题是，现有的这些条件是否能发挥控制的机能。

可见，应教授的论述包含着一定的界限和危险性，但在关于公法与私法的关系上，却可以看出重要的观点。首先，应教授和杨教授都指出了，从前被想当然地作为私法认识的物权法也包含了许多“公法内容”。当然，物权法的立法者、具体争议的当事人也都很清楚这种“混合性”。而在物权法违宪争论中，争议点过于简单，试图从正面来解决问题。与此相对应，物权法的“公法内容”的关注点则首先在理论问题上将之前“公法之法和私法之法相对立(或者关系)”的构图转换为“(某一部法中)公法规定和私法规定相融合”的构图。

但是，更重要的关注点是，私法规定中的“公法内容”所起的作用及其与私法的关系，还有控制公法内容的程序。应教授也抱有这样的问题意识，比起理论化的“公法私法关系”，更侧重具体地、实效地“控制公法内容”。他认为，物权法的“公法内容”，其作用是“保护物权”，行政权和物权的关系是行政权服务于物权，因此为了实现这一目的，当然就需要控制行政权行使的规则。虽然“公法内容”和控制规则本身还存在疑问，但是已经认识到“本质上”“依然纯粹是私权”的物权法带有“公法内容”并伴有危险性，也很明确“公法内容”发挥的作用及其地位，从而在此基础上重新建立公法私法的内在关系。这种姿态超越了理念层面的“公法私法相互针对”的构图，从两者关系的“本质”出发，朝向两者能动的关系方面，意味深长。

从而，有关物权法的公法私法论争向“公私法融合”现象下控制“公法内容”的方面发展。但是，“公私法融合”的现象(或者说认识)又是指向一种什么样的“公私法关系”理论呢?“公私法融合”的现象(或认识)是淡化公私法的区分，也许可能性之一会是消灭公私法的区分。下文就以此问题为中心，试图对“公私法融合”现象(或认识)有关的“公私法关系”的讨论进行概要的分析。

(三)“公私法融合”和“公法私法的区分”

如上所述，中国近年来对公法私法关系进行的讨论，大多存在“公法私法化”、“私法公法化”等

[47] 参见前注[45]，应松年文，第69页。

[48] 参见前注[45]，应松年文，第70页。

[49] 参见前注[45]，应松年文，第66页，第一部分(一)中的理论。

所谓的“公私法融合”现象的问题。这些论文“借用西方的理论模式研究中国的法律和社会”，^[50]往往都是一开始从罗马法乌尔比安的公法论出发，然后谈到德国奥托梅耶和凯尔森等学说的发展，并引用美浓部“公法与私法”理论的相关论述，之后，介绍现今各国的“公法私法化”和“私法公法化”状况，最后，展望中国的“公法私法相融合的状况”。

在这些讨论中，很多见解认为中国的现状是“公法私法化”、“私法公法化”以及“公私法融合”，没有必要区分公法私法。例如，王禄生《公法私法分类的再否定》一文认为，中国“不存在公法私法的区分”，而且新中国成立后长期受到“苏联法学的影响”，“否认公法与私法”。他认为应尊重这一传统，以此为基础。他提出，“事实上”“英美法系并不存在公法与私法的分类，而英美法系法治的发达程度也是举世公认的”，在“公法私法化、私法公法化”以及公私法相融合领域出现和扩大的现况下，“公法与私法区分的消失既然已经无法避免”，“公法与私法的理论应该退出历史的舞台”。^[51]

但是，这种观点应属于少数，一般来说，多数都在谈到“公私法融合”之际，困惑于公私法混合的现状，为了正确认识“公法私法化”和“私法公法化”现象，主张无论如何有必要首先把握公法与私法的区分以及公法私法的关系。^[52]

这些主张首先都强调区分在理念、思想上的意义。即认为“公私法的划分在观念上具有了法治意义，即维护个人权利、限制国家权力”，“缺少了这种精神的指导，移植的法律制度在实践中就难免走样”，因此，区分公法私法在中国具有“重要的意义”。^[53]

进而，有的观点指出，区分公法私法更现实的意义是控制公法对私法的侵蚀。这种观点认为，“中国大陆的情形来看，虽然受到公法私法二元论的影响，但由于缺乏国家与社会的对立，缺乏行政权领域的合理界定，私人空间经常会受到来自行政的规制”，应“重新反思规制与自治的关系、公法与私法的关系”，以“如何区分公法私法”为基础和起点，重新“审视公私法融合的现象”。^[54]

可见，主张“公法私法区分”必要性的论述中都存在以下共通的逻辑：1. 过去行政权普遍的影响，2. 在其影响下“公私法融合”带来的各种问题，3. 为了解决这些问题有必要确立“公私法的区分”以及构筑相关理论。有关论述认为“在公法与私法的区分并没有完全确立的情况下，研究公法与私法的相互作用与配合、或说交错问题”是危险的，现在的潮流决不意味着“公/私法区分的消失”，“而恰恰对我国公/私法关系定位有着重要的意义”。^[55] 即该论述认为“区分公/私法的必要性”在于“我国当前主要问题是公权力对私权利干预过多、过度”，鉴于此，首先，“公法应将原先侵占的私法领地归还给私法”，这才是现今中国公法私法关系论的“现实意义”。正因如此，该论述明确提出，为了正确处理“公私法融合”现状的各种问题，有必要确立公法与私法的区分。

那么，要区分公法私法的各种现实问题到底是什么样的？为了解决这些问题，需要什么样的理论？下文对中国现实的各种问题进行概观，以此为基础而析出所需要的理论框架。

（四）寻求对应现实状况的理论框架

如上文所述，主张在“公私法融合”情况下“区分公法私法”是重要的这种观点，其理由是，在

[50] 易军：《论公法与私法划分在中国的局限性》，载《重庆工学院学报》（社会科学版）2007年第4期，第144页。

[51] 王禄生：《对公法与私法分类的再次否定》，载《四川教育学院学报》2006年第7期，第24页以下。

[52] 参见韩清怀：《私法与公法：体系的对立与规范的混合——兼以民法的公私法属性为视点》，载《贵州警官职业学院学报》2008年第5期，第77页，其论述道，尽管存在“私法公法化”、“公法私法化”风潮，但“不能否认对不同的生活领域应适用不同属性的法规范予以分别调整的必要性及其意义”，“应承认公法私法区分的必要性”。

[53] 曹治国：《公法与私法划分否认说及其评价——兼论公私法划分的必要性》，载《法治研究》2007年第4期，第79页。

[54] 高秦伟：《行政法中的公法与私法》，载《江苏社会科学》2007年第2期，第160页。

[55] 参见前注[13]，第149页。以下本段的引用部分也出自此文。

“公权力普遍”影响下的“公私法融合”是危险的,基于这一问题意识,这种观点提出了有必要建立对应这一状况所带来的各种问题的理论框架。

那么,应该设想一下这里所谓的现实中的各种问题到底是什么状况,然后寻求与此相对应的理论框架。首先,以物权法规定中的“公私法融合”现象来看,物权法在私人所有权以外还规定了集体土地所有权,集体组织成员的“宅基地使用权”尽管被赋予了物权的属性,但“使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定”,^[56]确实被公法法规所限制。甚至连理应拥有“土地所有权”的“集体”,^[57]结果在行使所有权时也受到这些法规的限制,并要服从本级或上级政府的控制。^[58] 物权法集体土地所有权的规定,受到广泛的“公法控制”,这一现象和所有权主体的复杂性相辅相成,使明确“公权”、“公法关系”等问题摆在眼前。

首先,有关“公私法融合”的状况,早已是研究的课题,提出了公法侵蚀私法领域的问题,但是,这种公法介入私法领域的问题,最近在取缔私人教育机构、限制群租的行政活动中,为了公益目的规制私人活动的现象受到越来越多的关注,也有很多讨论什么是“公益”以及是否可以规制。^[59]

其次,最近,特殊团体和其加入者以及组成成员之间的关系也渐渐成为“公私法融合”现象的问题。例如,有一些研究已经涉及,对于强制性加入的资格团体、强公益性的各种协会以及学校和劳动组织,如何规范团体以及构成团体的个人之间的关系。并对这些团体的“行政主体”属性及其依据、“公益性”和“公法关系”的内容、以及其“行使权力”的“不对等性”、“强制性”的内容和依据提出了疑问。^[60]

进而,新的现象是,以前被认为传统的由国家权力专属的领域出现了“公私法融合”的问题。例如,为了解决城乡结合部的治安恶化,地方的警察部门通过“治安承包”,由当地居民和工商业者等来承包治安的相关业务和户籍登记相关业务等。这种现象中,“公法关系”的意义为何,从“权力性”的角度如何看待“公私法融合”的界限,值得引起注意。^[61]

尽管以上为了解决“公私法融合”情况下产生的“现实问题”进行了各种各样的考察,但是,如此批判性地看待“公私法融合”,继而将“私法领域”“从公法中区分出来”,其意义是否为了引出以下问题的思考,覆盖“公法”的领域是什么样的领域,背后支撑的概念内容以及相应的理论结构是怎样的? 总之,应不沉浸于除去法(“全部除去私法”)或混合型的公私法一体观,而在适当地划分公法领域的同时,将各个概念具体化,形成控制规范的基础。建立这样的“公法学”是紧要的课题。

[56] 物权法第153条。

[57] 集体这里主要指的是农村的自治组织,例如村等。

[58] 有关这一问题的“公法的控制”的论述,参见前注[3],朱红英、杨秋岭文,第98页以下。

[59] “区分所有者型的公约”禁止进城的务工者多人居住在狭窄的房屋内,其所蕴含的“公权介入私权”现象,徐洪军、薛东琦在《私法公法化视野下的公权干预私权——从上海市政府介入“群租房”现象考察》一文中进行了研究,除了考察“行政权合理的介入”以外,还探讨了“公权力的存在价值”和什么是“公共利益”的问题,徐洪军、薛东琦:《私法公法化视野下的公权干预私权——从上海市政府介入“群租房”现象考察》,载《长春理工大学学报》(社会科学版)2008年第3期,第69页以下。

[60] 吴文灵:《作为公法社团的高等学校——兼论高等学校的行政主体资格》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》2008年第3期,第111页以下,对大学等的“行政主体”属性提出疑问,主张应采用“公法人概念”;刘昆岭:《论民办高校的公法主体地位》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2007年第6期,探讨了“行政主体”属性的问题,提出“是否可以将作为国家权力的教育权委托给私人”这一问题,并得出结论认为“教育应由国家来行使,但不是国家独占的公共服务”;余韬:《强制性行业协会成员管理权的性质定位——以公法与私法的关系为视角》,载《广西政法管理干部学院学报》2009年第1期,第26页以下,对强制加入的资格团体的管理性质问题,进行了详细论述。

[61] 前注[11],金自宁文,第127页以下。

（五）小结：“公法学”的问题

在中国，成为疑问的公法私法关系论主要是从排除公法的过度干涉、确保私法的独立领域的目的出发的，然而，随着私法领域自身的存在逐渐被认为是当然的之后，问题就转变为私法和公法关系的实质，什么是公法？公法学这一学术领域应是什么样？

因此，下一章试图概观中国正在形成的“统一公法学”的构造，思考其相关问题及意义。

三、“统一公法学”的课题和可能性

（一）“统一公法学”的样态

在中国，“统一公法学”的提倡首先是由北京大学的袁曙宏教授在其论文中提出“建立统一公法学”而发端的。他首先指出“公法开始成为国内法学界的热门话题，应是中国进入 21 世纪以后的事”，因此，公法学是门新学问。进而，他提出下列的问题意识：“公法的概念是什么？公法有何重要功能？公法包括哪些法律部门？”^[62]

遗憾的是，该论文呼吁统一公法学的必要性、提倡建立统一公法学，但在这种意识下所撰写的内容却没有展开对何为公法、何为公法规范问题的全面考察，仅止于提出“必须回答”今后研究的对象。但论文指出，公法学的研究对象“都围绕着规范公共权力、保障公民权利的内容来展开的”，因此，“公共权力和公民权利的关系”是“公法学研究的核心”。^[63] 论文的结论认为，“公法规范的是公共权力主体与公民、法人之间的关系，法律关系的双方主体地位不对等，权力和权利的配置常常不均衡”，与“主体地位完全平等”的“私法关系”相比，“更加迫切地需要形成一种理论基础”。

袁教授认为，“法律关系中必然一方是公权力主体，这是区分公、私法以及公、私法部门最重要的基准”，“公权力”是“统一公法学理论的起点”。那么，“公法关系”的核心“公权力”应如何理解呢？对此问题，袁教授并没有给出像上述那样积极的回答，不过，现行中国行政法基本教科书的撰写者北京大学姜明安教授在以《“统一公法学”若干问题研讨》为主题的特集中，指出“公法关系——公权力与公权力相对人的关系——是公法学研究的基本问题。而为了研究公法关系，必须首先研究公权力”，进而依次论证了国家公权力、社会公权力，颇具启发意义。^[64]

姜教授认识到，首先必要的问题是“什么是公权力”，并将“公权力”定义为“是人类共同体组织以共同体的名义，代表共同体做出某种行为的能力或力量”。这一定义没有将作为社会事实的权力作为先验的前提，而且不问组织的性质和结构以及是否具有强制力，将各种各样的组织体、集体的行为能力都作为广泛意义上的“公权力”。

公权力的承担者除了各种国家机关以及经过授权的组织体等“国家公权力”以外，还有各种业界团体、居民自治组织、利益团体的“社会公权力”。这些“社会公权力”对内部成员行使“公权力”，除此之外，提倡“把政府做不好的和无力做的公共事务由社会公权力组织去做”，不论该事项是否具有“公共性”、“权力性”或程度如何，根据实施该公共事务组织体的适应性分配公共事务。各类“公权力”行使的必要条件是成员公开信息、允许成员在事前事后参与等，公权力行使过程的决定、实行、评价由成员控制，实质上成员自身的行为试着消解了公权力。

姜教授的论文中并没有详细论述上述“国家公权力”和“社会公权力”之间的事务分配。关于

[62] 袁曙宏：《论建立统一的公法学》，载《中国法学》2003年第5期，第25页以下，引用部分为第25页。

[63] 参见前注[62]，袁曙宏文，第32页。

[64] 姜明安：《公法学研究的几个基本问题》，载《法商研究》2005年第3期，第3页以下。

这一点,可能存在这样的前提:公共性高、权力性高的事务原本应是从“社会公权力”所分配的公共事务中来的。但是这样,问题就变成“公共性”、“权力性”的内容为何,最终,作为社会事实的权力又变成了起点。

但是,至少从姜教授所论述的“公权力”观来看,无法导出这种作为社会事实的权力观。根据他的论述,作为社会事实的权力性是以保障强制力的暴力装置为支撑的,“公权力”不是从“权力性”中导出的,而是从共同体具有的行为能力中产生的,这种共同体只是由共通的目的和利害关系或者居住关系所形成的。规制公法关系的规范也只是共同体行为的规则。结果,与私法不同的、以不对等关系或权力性行为为基础的特殊的公法规范的观念变得没有必要了。

当然,这种见解在当今应当说是少数,较为一般的方法论是在观念上认为,首先前提是“具有权力”,从中导出了国家行为的权力性和关系的不对等性,形成了特殊的公法规范的适当领域,并摸索与这种公法规范共同的规范。^[65]但是,姜教授所提出的“统一公法学”的各种概念的分析 and 据此对公法关系的明确化,可以说从正面回应了追问“权力性”和“公益性”本质的现实问题,也符合处理现实问题的要求。当然,这只是理论上的提法,为了实现最初的目的,能否呈现所论述的效果还是未知数,至少与单纯以“权力性”为前提的理论相比,是在谋求更根本地明确问题的本质。

(二)“民主集中制”和“统一公法学”

以上试图对中国提倡“统一公法学”的情况进行概观,但社会科学的理论,特别是关于一国制度的理论,如果离开其特定的历史背景和社会现实而进行一般的、抽象的讨论,要正确理解其意义和价值可能是困难的。对中国提出的“统一公法学”理论的检讨,当然也必须留意产生该理论的中国的历史背景和社会现实。

首先应注意的是,中国的理论在公法学的范围上的特殊性。例如日本的公法被认为是“关于行政的特定的、固有的法”,公法学的对象是“行政组织及其作用、控制行政作用的国内公法”。^[66]而上述“统一公法学”主张,公法学的对象——公法关系由行使公权力的主体来进行区分,“公权力主体”包含“立法、行政、司法机关以及法律法规授权的组织”^[67],因此,该理论的特点是统一地把握公权力,形成规制公权力的规范。

产生这种理论的原因大概在于中国的国家权力是统一的。众所周知,中国否定“资本主义的欺骗性制度”——“三权分立”,而采取“民主集中制”。民主集中制的基础是社会主义人民和国家的绝对统一性。它是民主主义和权力集中辩证统一的政治理念,在宪法中予以了规定。民主集中制反映在统治机构上则是,“行使人民权力的机关”人民代表大会是“最高国家权力机关”,对其他国家机关行使监督和指导的权限。

该“最高国家权力机关”现实中只是各地方的著名人士和有权力者被派到北京参加两周左右的会议,一年中的业务工作是由担任党和国家要职人员的常务委员会来进行。常务委员会也不进行日常活动,结果包括立法在内的国家运行活动都集中在国务院和地方各级人民政府身上。

在这种制度背景以及国家运行实态下,现在呼声很高的“依法行政”也认为“民主集中制”是人

[65] 关于这一点,《法商研究》刊载的“‘统一’公法学若干问题研讨”特集中,和姜教授的论文同时登载的杨解君的论文《公法学研究:“统一”与“分散”的统一》中提倡,不问何为“公权力”,而对公法学进行全体的整理和体系化。

[66] 田中二郎『新版 行政法上卷 全訂第2版』(弘文堂・1974年)24頁。

[67] 参见前注[64],姜明安文,第8页。另外,王广辉认为,中国“并未存在过资本主义国家早期那种国家权力严格分立的情形”,不应“人为地分割为立法权、行政权、司法权等部分”,而应协调地、统一地构筑统一公法学,王广辉:《论统一公法学的价值》,载《法商研究》2005年第3期,第14页。

民代表大会这一“国家最高权力机关”之基础的理念是恰当的，并且，现实中，行政机关的广泛权力范围也与立法机关（监督机关）实质上是一体的，结果，“依法行政”只是一种形式，不过是对理想进行粉饰的虚构而已。

“统一公法学”的提倡者们，不认为立法、司法控制行政是空虚的理论，而是以在此基础上的统一的“国家公权力”理论及对其的控制、规律为目标，建构相应的制度。即，设定公权力的范围，试图根本性地解决统一结构下的问题。因此，根据理论上的探索，渐渐地淡化作为社会事实的权力观的同时，紧接着发展无色透明的“共同体行为能力”来弥补这种空白。这种想法和理念如果反映在立法活动中，也许可以减少行政活动的日常违法和不当的泛滥，缓和人民对行政活动的不满和冲突的频发。

但是，现在中国人民面对的问题确实是行政活动所造成的日常性的违法和不当所带来的，先不谈概括的、一般的理论构建所具有的深远意义，首要的强烈要求是实现所谓的“依法行政”。如此看来，将国家权力作为整体，统一地来理解，“依法行政”就不仅暧昧不清，而且恐怕在共同体的名义下，行政权力的行使将被正当化。

不过，这是对“统一公法学”的误解。因为，“统一公法学”的目的，是根据其共通性重新定义模糊不清的“公权力”和“公法关系”，使其明确化，抽出其“权力”行使的规则性，确立在权力之下由人们控制的方法。^[68] 因此，“统一公法学”和“依法行政”，是在“控制权力”这一目的上完全一致的。并且，统一地认识权力自身的本质，与权力机关的各种结构和相互关系的考察是不矛盾的。^[69] 况且，就像姜明安教授的主张那样，共同体的成员统治其行为能力，相应地，控制行政机关刹车与加速的权力确实应由人民来掌握。

现今，人民参加选举的热情和直接行动非常多见，这推动了选举制度的不断改革，提高了人民代表活动的活跃度。再加上，法官的专业素质明显提高，逐渐改善了行政诉讼的可信赖度。更重要的是，通过信息公开制度的建设和市民参与的数量、质量的提升，行政的方式发生了巨大的变化。^[70] 鉴于此种现状，“统一公法学”在权力分解的观念下，逐步实现“依法行政”的健康发展，也许值得期待。

（三）共产党和“公权力”

“统一公法学”的另一重要的问题是，共产党居于何种地位？姜明安教授认为政党是“公权力”的一部分，他特别阐述道，在中国担负政权的共产党应如何行使“公权力”，他指出，“特别是在共产党长期执政的社会主义法治国家，政党制度应该成为一项公法制度”，“执政党应在宪法和法律的范围活动，依法执政，依法行使公权力”。^[71]

姜教授的理论有一处破绽，他先验性地将复杂而庞大的“权力”区分为“国家公权力”和“社会公权力”，对此不是用作为社会事实的权力性去描绘，而是用无色透明的概念“共同体所具有的行为能力”来表示，“权力”只是共同体组织做出行为所具有的功能而已，权力的正当性求诸由共同体成员事前事后管理监督所保障的自我决定性，其“庞大性”也只是数量和种类的规模问题。

但是，担负“国家公权力”和“社会公权力”的组织之间（及其背后），事实上有着“行使国家公权

[68] 参见前注[62]，袁曙宏文，第32页。

[69] 并且，“公法学”涉及的范围和其对象并未明确。实际上提倡“公法学”的论文内容几乎大多数只是朝向控制行政权。例如，郁建兴、刘娟的论文，参见前注[25]，郁建兴、刘娟文，第3页以下。

[70] 参见但见亮「中国における住民参加の現状と機能」『中国研究月報』第62卷第11号（2008年11月）。

[71] 参见前注[64]，姜明安文，第8页。

力”的政党。因为社会主义国家的共产党占有特别的地位,所以“国家公权力”的性质不同一般。并且当意识到,政党是非国家机关、国家未授权却行使“国家公权力”的组织,结果也就承认,政党具有事实上的权力,先验地、独立地存在。

这就必然可以看到,提倡“统一公法学”的学者们面临一个困境。所谓的困境是,尽管学者们强求淡化“公权力”的观念,但现实中是由共产党来运作政治、指导各个国家机关运行,其是行使“国家公权力”的主体,则不能否定对其监督的必要性。^[72] 姜教授正是鉴于这种状况,暂时放弃将“公权力”无色透明化,从作为事实的“权力性”中承认共产党的特殊地位,将其放入“国家公权力”中,在此基础上,使其再次成为共同体成员管理监督的对象,从而寻求“公权力”的无色透明化。

如果脱离法律的论证,依据社会事实或者人们的认识,中国的“公权力”在量和质上都集中于共产党的手中,向来由共产党所拥有,这是无法否定事实。并且,这一事实在理论上也无法否定。姜教授的理论暂且出现的破绽,即试图给予共产党特殊的地位、将其放入“公权力”以内的观点,也可以理解了。但是,尽管理论上将无法否定的共产党权力的特殊性作为前提,可结果是否可以无色透明化“公权力”、并最终通过共同体的行为能力(各成员进行管理和监督的对象之一)来消解呢?^[73] 对于这一问题,不仅是姜教授,中国的“统一公法学”甚至所有公法学学人面对的最大问题,对这一问题的回答,将是中国“公法学”的试金石,自此之后不绝于问。

结语——对“美浓部”含义的再思考

本文的副标题是“以美浓部理论为线索”。这是因为笔者对中国的“公法私法理论”频繁出现“美浓部达吉”的名字感到有趣,也成为撰写本文的原因之一。同时既然论述至此,作为责任,也应当对美浓部理论在中国的含义和作用进行再考察。

正如第一章所论述的,中国理论界论及美浓部理论时,对该理论的结构和体系或以此为根据的理论进行思考的寥寥,而大多是根据自己的主张摘取“可以利用”的部分。尤其在物权法违宪争论中这种倾向非常明显,主张确保私法领域独立的学者将“美浓部”理论作为是“纯粹区分公法与私法”的,而与此相反,提出公法私法相融合的学者,则认为“美浓部理论”具有“公私法融合的见解”。机会主义倾向很突出。

如前文所述,在中国,引用美浓部博士观点的,很难看出共通之处,各种研究都是根据自己的需要,并不拘泥于原典的脉络,而将碎片化的观点作为“美浓部理论”来使用。

但是,不可思议的事实是,持有不同立场、见解和目的的学者,都是从美浓部博士《公法与私法》一书的论述中发展的观点,将其用于论证自己的观点。仔细琢磨,也许是因为美浓部博士的观点本身带有矛盾的心理。更重要的原因可能是,美浓部论文的出发点是“公法关系中国家相对于相对方而言,是具有优越意思力的主体,尽管这是事实……但并非毫无限制地具有对任何事情进

[72] 例如郁建兴、刘娟指出,中国“公法的变迁”的历史上,“公民自主性的提升”、“党政分离”、“政府改革”等重要的改革都是基于各个时期的党的大会的政策决定,“由党和政府自上而下推行的”,这种“政府主导型”变迁在权力监督和权利保障上存在不足,因此,“公民社会的发育成熟”无论如何是必须的。参见前注〔25〕,郁建兴、刘娟文,第3页以下。

[73] 刘松山指出,党中央的“重要指示”在地方“具有惊人的效果”的事实体现了“批示的权威高于法”,“法律执行的效率低下”,不依靠强大的党的权力就无法解决问题,这本质上又是党的权力的强大性所造成的,是一场“恶性循环”。参见刘松山:《地方实施法律岂能靠中央批示和敦促——山西黑窑案给我们的严重警示》,载《法学》2007年第7期,第3页。

行命令的权力”。〔74〕总之，他认为，尽管不得不接受作为社会事实的权力的存在，但却否定其“不受限制”的权力，在法律之下尽可能地加以控制。这种矛盾的意识与今天的中国完全重合。结果，美浓部博士主张的理论被中国学界作为同时代的（甚至永久的）理论所接受。

现在的中国，可以说，其他国家经过 50 年实现的，它只用一年就实现，因此，它同时存在着其他国家 30 年前、现在以及 30 年后的景象。一方面，私法的地位和公法的区别尚未确立，另一方面又进行着两者的融合和一体化，由此产生的问题也必须放入其中，难题就摆在面前了。

回过头来，从本文的研究来看，现在中国的社会状况、国际关系以及人们的意识和美浓部博士曾经面对的状况即使有所类似，但还是相距甚远的。不过，至少在问题意识上，美浓部博士和中国公法学者是类似的，即他们都保持原状，在权力作为事实而存在，完全无法否定的情况下，持有如何控制它的疑问。这应该是中国那么容易接受“美浓部理论”最重要的理由吧。

日本对“美浓部理论”的批判，尤其对其沿用社会事实的权力观、导致国家权力和行政权优越性的混同的批判，〔75〕也可适用于中国的公法学。并且，这种批判直接追问公法学的事实权力观，逐步否定“公法关系”的特殊性，可以预想，正像姜教授所主张的无色透明方向发展的权力观。在这种意义上，现在光彩万丈的公法学讨论也许是展示着其“衰落之前”的最后光辉。并且，本文所介绍的“美浓部理论”是“永恒的”的这种评价，也像日本学说上越来越减少介绍美浓部理论的论述这样，以后可能趋淡化。〔76〕

但是，“美浓部理论”也好，现在中国的许多公法理论也好，都把无法否定的事实上的权力置于前提，尽管如此，在此条件下，如何控制国家机关的权力行使、如何保障国民个人的自由、扩充其权利，从理论上回答这些所谓的“现存的课题”，理应是时代的要求。随着社会环境的变化，事实权力的绝对性意识会逐渐淡化，相应的制度结构也会发生变化，在这个过程中，以其为基础的理论都将变得无意义，这是毫无疑问的。然而，至少在今天，引导此种变化的理论支柱还需更加深入地研究。

在中国，争论公法问题的学者发现自身所处的境地和美浓部理论的立足点存在共通的状况，也是必然的，而且，虽然学者们看到的是现在的社会环境和制度状况，可他们仍然在此前提下探索解决同样的课题。在此努力之下，“公法关系”的特殊性会逐渐淡化，“公法学”的衰退估计很快就出现了。

相反地，这种状况也确实可以说是加深了中国公法学的意义、提高了其精致化的可能性。现实的矛盾解决起来也许确实困难，面对这种困难进行的理论建构虽然是多方面的，但能够支撑深入的思考，不断获得珍贵的发现和创造。中国的公法学讨论也许在今后看来是不必要的，哪怕是毫无结果的争论，在这些探索的理论中，一定可以发现新的主导的理论，带来明智的制度变化。相关的研究也许会被认为不够谨慎，但在矛盾和歧途中，中国公法学的光辉值得期待。

（责任编辑：李迎捷）

〔74〕 美濃部達吉『公法と私法』（日本評論社・1935年）75頁。

〔75〕 高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店・1985年）450頁。

〔76〕 最新のジュリスト増刊『行政法の争点（第3版）』（2004年）の“公法と私法”栏目中（第10～11頁），论及美浓部博士或者引用其著作的为零。