

“十五”国家重点图书出版规划
21世纪法学研究生参考书系列

统一公法学原论

——公法学总论的一种模式（下卷）

袁曙宏 宋功德 ◎著

中国人民大学出版社

司法部重点科研项目

袁曙宏 宋功德 ©著

统一公法学原论

——公法学总论的一种模式（下卷）

图书在版编目 (CIP) 数据

统一公法学原论——公法学总论的一种模式 (上、下卷) / 袁曙宏, 宋功德著.

北京: 中国人民大学出版社, 2005

(21 世纪法学研究生参考书系列)

“十五”国家重点图书出版规划

ISBN 7-300-06799-9

I. 统…

II. ①袁…②宋

III. 公法-法的理论-研究生-教学参考资料

IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 098571 号

“十五”国家重点图书出版规划

21 世纪法学研究生参考书系列

统一公法学原论——公法学总论的一种模式 (上、下卷)

袁曙宏 宋功德 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

开 本 700×1000 毫米 1/16

版 次 2005 年 9 月第 1 版

印 张 63.75 插页 6

印 次 2005 年 9 月第 1 次印刷

字 数 1 059 000

定 价 79.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

袁曙宏，男，1958年出生，安徽舒城人。国家行政学院副院长、教授，法学博士。北京大学博士生导师，中国法学会副会长，第三届全国十大杰出中青年法学家，首批新世纪百千万人才工程国家级人选，国务院政府特殊津贴获得者。任国务院行政审批制度改革办公室、国家发改委、司法部、民政部，以及上海市、福建省、山东省、深圳市人民政府专家咨询委员或法律顾问，北京大学、中国人民大学、中国政法大学、澳门科技大学等9所高校兼职教授。主要著作有：《社会变革中的行政法治》、《WTO与行政法》、《走向法治政府——依法行政理论研究与实证调查》、《行政处罚的创设、实施和救济》等。代表性论文有：《论建立统一的公法学》、《法治规律与中国国情创造性结合的蓝本——论〈全面推进依法行政实施纲要〉的理论精髓》、《西方国家依法行政比较研究》、《依法治国的局部实践——南京依法治市调查报告》等。其他主编或参撰著作30余部，在《求是》、《人民日报》、《中国法学》、《法学研究》等发表论文200余篇。

宋功德，男，1971年生，安徽庐江人。北京大学法学博士，国家行政学院副研究员。研究领域主要包括公法学、行政法哲学、行政法理论基础、经济行政法、行政法的经济学分析、WTO等。主要著作有：《论行政指导》（中国政法大学出版社，1999）、《行政法哲学》（法律出版社，2000）、《法学的坦白》（法律出版社，2001）、《税务行政处罚》（武汉大学出版社，2002）、《WTO与行政法》（北京大学出版社，2002）、《论经济行政法的制度结构——交易费用的视角》（北京大学出版社，2003）、《行政法的均衡之约》（北京大学出版社，2004）、《依法行政干部读本》（人民出版社，2004）。发表论文30余篇，主要有：《现代行政法学与制约、激励机制》（载《中国法学》2000年第3期）、《行政法的失衡与平衡》（载《中国法学》2001年第2期）、《寻找均衡——行政过程的博弈分析》（载《中外法学》2002年第2期）、《行政法的制度变迁》（载《行政法论丛》第4卷）、《消费者协会的自治悖论》（载《行政法论丛》第5卷）、《均衡之约——平衡论的提出、确立和发展历程》（载《岳麓法学评论》第5、6卷）、《中国公法的崛起与政治变革》（载《法制与社会发展》2004年第3期）、《和谐社会的公法建构》（载《中国法学》2004年第6期）、《公域之治的转型》（载《中国法学》2005年第5期）。

目 录

第3编 公法与私法的划分

第七章 公、私法划分的历史追溯 / 3

一、起源于罗马法 / 4

(一) 罗马法区分公、私法其实只是为了
流放公法 / 4

(二) 古罗马公、私法划分有名无实的主要原因 / 6

二、在中世纪的漫长沉寂 / 9

(一) 遭受一如既往的忽略 / 10

(二) 承受政教不分与“君权神授”的压制 / 11

(三) 为依托于“采邑制”的私法所吞噬 / 13

(四) 罗马法地位的抬高反而造成公法地位
的下降 / 14

三、借商品经济的兴起而复兴 / 16

(一) 罗马法复兴催生近代欧洲私法 / 17

(二) 欧洲近代公法的全面崛起 / 20

(三) 近代公、私法二元格局的形成 / 26

第八章 公、私法划分的实质与形式 / 29

一、公、私法划分的实质同一性 / 30

(一) 形式上的成见掩盖了实质上的公、私二元 / 30

(二) 法律对权力与权利的来源和意义作不同
的理解和规定 / 34

- (三) 法律对权力与权利的行为指向和边界作不同的设定 / 36
- (四) 法律对权力行为与权利行为设计不同的运作机制 / 38
- 二、公、私法划分形式的多样性 / 43
 - (一) 公、私法划分的文本形式不拘一格 / 44
 - (二) 通过立法来划分公、私法 / 51
 - (三) 通过司法来划分公、私法 / 54
- 三、对公、私法划分经典误解的澄清 / 61
 - (一) 凯尔森式误解: 凡法律关系皆权利义务关系, 故不必区分公、私法 / 63
 - (二) 威雅式误解: 法律的内在联系因公、私法划分而遭割裂 / 69
 - (三) 戴雪式误解: 法治国家不应存在公、私法划分 / 71
 - (四) 雅维茨式误解: 公有制不承认公、私法划分 / 74
 - (五) 其他几种代表性误解 / 81
- 四、近现代法律公、私划分的普遍性 / 86
 - (一) 近现代法律的公、私二分是内在的 / 86
 - (二) 近现代法律公、私划分具有生成性 / 92

第九章 公、私法划分的理想类型 / 107

- 一、实质划分、形式划分的类型 / 108
 - (一) 管理型公、私法划分 / 109
 - (二) 控权型公、私法划分 / 110
 - (三) 平衡型公、私法划分 / 111
- 二、实质划分、形式不分的类型 / 115
 - (一) 隐性的公、私法划分 / 115
 - (二) 形式与实质因专制而分裂、因法治而统一 / 117
- 三、实质不分、形式不分的类型 / 121
 - (一) 滑向两个极端 / 122

(二) 因公废私模式 / 123

(三) 因私废公模式 / 127

第十章 公、私法划分的现代境遇 / 133

一、公、私域之变对公、私法划分产生深刻影响 / 134

(一) 公、私域关系发生显著变化 / 135

(二) 公、私二分的基本结构并未松动 / 138

(三) 公、私关系从对立转向合作 / 142

二、现代法律的基本结构应当仍是公、私二分 / 146

(一) 权力与权利未因正当性评价标准

的改变而同化 / 147

(二) 权力与权利的根本属性未因社会化

而发生改变 / 148

三、传统划分标准的式微和新型“关系”标准的确立 / 154

(一) 主体标准、行为意思标准和利益标准的

日渐式微 / 156

(二) 传统“关系”标准的力不从心 / 169

(三) 应当确立一种互动性权力/权利关系划分标准 / 172

第4编 公法的维度、功能和制度

第十一章 公法的多维结构 / 179

一、公法的价值之维 / 179

(一) 源于主客体关系的法律价值 / 180

(二) 现代公法应持的价值立场 / 183

(三) 中国现行部门公法的价值取向 / 188

(四) 公法现有价值之维的脆弱性 / 195

(五) 公法价值之维的重塑 / 197

二、公法的政治之维 / 207

(一) 公法学不应对公法的政治性视而不见 / 208

(二) 政治变革目标影响公法变革目标的设立 / 210

(三) 政治原则影响公法变革准则的确立 / 217

- (四) 政治变革模式影响公法变革路径选择 / 228
- (五) 政治变革与公法变革约束条件的相似性 / 232
- 三、公法的经济之维 / 238
 - (一) 公法中的经济法律制度 / 240
 - (二) 公法制度中的经济理性 / 247
 - (三) 公法是降低交易费用、提高经济绩效的关键 / 254
- 四、公法的社会之维 / 263
 - (一) 公法嵌于社会之中 / 264
 - (二) 社会因素植入公法之内 / 270
 - (三) 结构—行动型的公法社会之维 / 273
- 五、本章小结 / 279

第十二章 公法的功能定位 / 281

- 一、规范公共治理 / 284
 - (一) 国家管理模式→公共管理模式→公共治理模式 / 285
 - (二) 公共治理推动公法品格的重铸 / 299
 - (三) 通过公法建构公共治理的“善治”结构 / 309
- 二、调整公共服务 / 339
 - (一) 公法学上公共服务研究的兴与衰 / 340
 - (二) 解决公共服务供求矛盾的制度安排
主要依靠公法 / 345
 - (三) 公法失衡导致公共服务供求失衡 / 352
 - (四) 通过公法变革理顺公共服务供求关系 / 359
- 三、建构和谐社会 / 369
 - (一) 和谐社会基于公法之治 / 370
 - (二) 社会失谐的制度症结主要在于公法失衡 / 376
 - (三) 通过公法均衡化推动社会和谐化 / 383

第十三章 公法的规范体系及制度变革 / 393

- 一、国家立法与社会自治立法 / 393

- (一) 两种立法模式各有利弊 / 394
- (二) 两种立法之间的张力及其缓解 / 397
- 二、中央立法与地方立法 / 399
 - (一) 中央立法优于地方立法 / 400
 - (二) 应当防止地方立法的喧宾夺主 / 402
- 三、实体规范与程序规范 / 405
 - (一) 实体规范 / 406
 - (二) 程序规范 / 409
- 四、公法的制度变革 / 414
 - (一) 公法变革的缘由及其选择限制 / 414
 - (二) 公法制度变革的逻辑结构 / 423
 - (三) 公法制度变革的基本类型 / 427
 - (四) 中国公法变革的模式选择 / 430

第5编 公法的机制和方法

第十四章 公法的机制设计 / 439

- 一、公法机制的逻辑结构 / 440
 - (一) 外在社会结构的约束 / 441
 - (二) 主体行为动机的假定 / 444
 - (三) 公法制度目标的设定 / 463
- 二、公法机制应当内外协调一致 / 465
 - (一) 公共权力私人化及其解决 / 465
 - (二) 公共权力机构化及其解决 / 472
- 三、公法机制设计应当制约、激励兼容 / 477
 - (一) 对权力主体的制约与激励 / 477
 - (二) 对权利主体的制约与激励 / 479
 - (三) 公法机制的制约与激励的相容性 / 481

第十五章 通过博弈实现公法的平衡 / 484

- 一、公众参与博弈的动力 / 485
 - (一) 公众参与立法博弈的动力不足 / 486

(二) 公众参与博弈动力的激活	/ 488
(三) 只求广泛参与、不苛求参与动机	/ 490
二、公法制度变革的博弈场域	/ 491
(一) 博弈场域由公共选择规则建构而成	/ 492
(二) 公法博弈场域内外的主体	/ 496
三、公法博弈主体的制度策略选择	/ 499
(一) 公法主体博弈策略的基本构成	/ 500
(二) 影响公法主体博弈策略选择的约束性因素	/ 502
(三) 公法主体博弈策略选择空间的大小不等	/ 503
四、基于共识的公法制度安排	/ 505
(一) 博弈主体的策略较量	/ 505
(二) 公法博弈策略组合的形成	/ 507
(三) 博弈策略组合的立法确认及公法平衡的实现	/ 510
五、运用博弈实施平衡公法	/ 511
(一) 博弈方法内含于平衡公法之中	/ 512
(二) 公法主体的信息之争	/ 513
(三) 有序的论证结构	/ 521
(四) 博弈终结标明公法实效的生成	/ 524
附录 On the Integration of Public Law Jurisprudence	/ 527
参考文献	/ 543

CONTENTS

Section 3 The Division of Public Law and Private Law

Chapter 7 The Historical Origin of The Division of Public/Private Law / 3

1. The division of public and private law originates from Rome law / 4
 1. 1 The division of public/private law in ancient Rome was actually to exile public law / 4
 1. 2 The chief reason for the nominal division of public/private law in ancient Rome / 6
2. The oblivion of public law in the Middle Ages / 9
 2. 1 Suffering neglect just as before / 10
 2. 2 Enduring suppression by the uniform of state and church and the divine rights of the feudal kings / 11
 2. 3 Swallowed by the fief system – based private law / 13
 2. 4 The rise of Rome law oppositely caused the decline of public law / 14
3. The revival of public law relying on the rise of market economy / 16
 3. 1 The revival of Rome law accelerated the emergence of private law in modern Europe / 17

- 3.2 Overall rising of modern public law in Europe / 20
- 3.3 Formation of dual structures of public/private law
in modern society / 26

Chapter 8 The Essence and Form of The Division of Public/Private Law / 29

- 1. The essential identity of the division of public/private law / 30
 - 1.1 The essential dichotomy of public/private law covered
by the formal prejudice / 30
 - 1.2 Different origins and connotations of power and right
understood and regulated by law / 34
 - 1.3 Different act direction and border of power and right
enacted by law / 36
 - 1.4 Different operating mechanism of power/right acts
designed by law / 38
- 2. The diversity of the division of public/private law / 43
 - 2.1 Unformatted text of the division of public
and private law / 44
 - 2.2 Dividing public/private law by legislation / 51
 - 2.3 Dividing public/private law by judicature / 54
- 3. Clarifying the classic misunderstanding of the division
of public/private law / 61
 - 3.1 Kelsen's misunderstanding: no need to divide public/private
law because legal relation is all the relation between
right and obligation / 63
 - 3.2 Verrya's misunderstanding: no need to divide public/private
law because inherent relation of law is dissevered by
the division of public/private law / 69
 - 3.3 Dicey' misunderstanding: there is no division of
public/private law in a state ruled by law / 71
 - 3.4 Явип, Л. С. 's misunderstanding: there is no division of
public/private law in public-owned property system / 74
 - 3.5 Other typical misunderstandings / 81

- 4. The universality of the division of public/private law in modern society / 86
 - 4.1 Dichotomy of public/private law is inherent / 86
 - 4.2 The division of public/private law has productiveness / 92

Chapter 9 Ideal Models of The Division of

Public/Private Law / 107

- 1. Models of the essential division and formal division / 108
 - 1.1 Managerial public/private law division / 109
 - 1.2 Power-controlled public/private law division / 110
 - 1.3 Balanced public/private law division / 111
- 2. Models of the essential division and formal integration / 115
 - 2.1 Covert public/private law division / 115
 - 2.2 The form and essence divided by autarchy and unified by the rule of law / 117
- 3. Models of the essential integration and formal integration / 121
 - 3.1 Slipping into two extremes / 122
 - 3.2 The model of abandoning “the private” caused by “the public” / 123
 - 3.3 The model of abandoning “the public” caused by “the private” / 127

Chapter 10 The Division of Public/Private Law in

Modern Times / 133

- 1. The division of public/private law profoundly influenced by the change of public/private sphere / 134
 - 1.1 Remarkable change of the relation between public sphere and private sphere / 135
 - 1.2 Unlooseness of public/private law dichotomy / 138
 - 1.3 From opposition to cooperation / 142
- 2. Basic structure of modern law is still the dichotomy of public/private law / 146
 - 2.1 Power and right is never assimilated by reason of the change of the legitimate evaluation criteria / 147

- 2. 2 The essential character of power and right is never
changed by socialization / 148
- 3. Decadent of traditional division standards and establishment
of new “relation” standard / 154
 - 3. 1 Decadent of subject standard, conduct-intention
standard and interest standard / 156
 - 3. 2 Incompetence of the traditional “relation” standard / 169
 - 3. 3 Establishing a division standard of interactive
power/right relation / 172

Section 4 Dimensions, Functions and Institutions of Public Law

Chapter 11 Multi-dimensional Structure of Public Law Jurisprudence / 179

- 1. The value dimension of public law / 179
 - 1. 1 The legal value rooted in the relation between subject
and object / 180
 - 1. 2 The value standpoint of modern public law / 183
 - 1. 3 The value orientation of the current departmental
public law in China / 188
 - 1. 4 Frangibility of the current value dimension of
public law / 195
 - 1. 5 Reconstruction of the value dimension of public law / 197
- 2. The political dimension of public law / 207
 - 2. 1 Public law jurisprudence should not ignore the political
nature of public law / 208
 - 2. 2 The object of political reform influences the establishment
of the object of public law reform / 210
 - 2. 3 Political principles influence the establishment of the
doctrines of public law reform / 217
 - 2. 4 The mode of political reform influences the path selection
of public law reform / 228

2.5	The similarity of binding condition between political reform and public law reform	/ 232
3.	The economic dimension of public law	/ 238
3.1	Economic law system in public law	/ 240
3.2	Economic rationality in the institution of public law	/ 247
3.3	Public law is the key to reducing transaction costs and improving economic performance	/ 254
4.	The social dimension of public law	/ 263
4.1	Public law inserting in the society	/ 264
4.2	Social factors embedding in public law	/ 270
4.3	Structure-behavioral social dimension of public law	/ 273
5.	Conclusion	/ 279
Chapter 12 Functional Location of Public Law		/ 281
1.	Standardizing public governance	/ 284
1.1	Form “state management” to “public management” and then “public governance”	/ 285
1.2	The re-construction of public law’s quality accelerated by public governance	/ 299
1.3	The structure of good government in public governance constructed by public law	/ 309
2.	Adjusting public service	/ 339
2.1	The rise and decline of public service research in the area of public law jurisprudence	/ 340
2.2	Institutional arrangement of solving the contradiction between supply and demand in public service relying on public law	/ 345
2.3	The supply-demand nonequilibrium of public service caused by the nonequilibrium of public law	/ 352
2.4	Straightening out the supply-demand relation of public service by public law reform	/ 359
3.	Construction harmonious society	/ 369
3.1	Harmonious society based on the rule of public law	/ 370

- 3. 2 The chief institutional reason of disharmonious society is nonequilibrium of public law / 376
- 3. 3 The construction of harmonious society accelerated by the equilibrium of public law / 383

Chapter 13 Normative Systems and Institutional Changes of Public Law / 393

- 1. State legislation and social autonomy legislation / 393
 - 1. 1 The advantages and disadvantages of two kind of legislation modes / 394
 - 1. 2 Stress and its reducing of these two modes / 397
- 2. Central legislation and local legislation / 399
 - 2. 1 Central legislation prior to local legislation / 400
 - 2. 2 Preventing local legislation's change of role / 402
- 3. Substantive norms and procedural norms / 405
 - 3. 1 Substantive norms / 406
 - 3. 2 Procedural norms / 409
- 4. Institutional change of public law / 414
 - 4. 1 The reasons and selection limits of public law reform / 414
 - 4. 2 Logical structure of the institutional change of public law / 423
 - 4. 3 Basic models of the institutional change of public law / 427
 - 4. 4 Mode choice of the reform of China's public law / 430

Section 5 Mechanism and Methods of Public Law

Chapter 14 Mechanism Designation of Public Law / 439

- 1. Logical structure of the mechanism of public law / 440
 - 1. 1 The restriction of external social structure / 441
 - 1. 2 The premise of behavioral motive of the subject / 444
 - 1. 3 The enactment of the institutional object of public law / 463