

公 法 的 变 迁

[法] 莱昂·狄骥著

郑 戈译

目 录

导 论	7
第一章 主权理论的衰落	14
第一节 古罗马的“治权”概念	14
第二节 主权在封建时代的部分瓦解；它如何得以 存续下来	16
第三节 在古罗马治权概念的基础上，主权被重构 为一种为王权辩护的工具	18
第四节 博丹、勒瓦索、勒布雷和多马的理论	19
第五节 革命将君主的主权替换为民族国家的主权 ...	22
第六节 革命信条对主权的批评	23
第七节 主权概念与某些重要事实的不相容性	26
第八节 论权力分散与联邦制	30
第九节 主权概念无助于保护个人免受专制之害	34
第二章 公共服务	40
第一节 主权理论已经破产	40
第二节 虽然公法理论尚未明确承认这一事实	42
第三节 主权概念已经为公共服务的观念所取代	46
第四节 现代公法的基础是什么（1）	50

第五节	现代公法的基础是什么 (2)	53
第六节	公共服务的概念和制度保障了私人特许行业 为满足公共需求而提供的正常服务	58
第七节	它也保障了政府直接提供的公共服务	63
第三章	制定法	69
第一节	法律的性质：法律为什么具有强制力；规范 性法律的含义	70
第二节	建构性法律的含义	74
第三节	法律与行政规章之间的区别	78
第四节	制定法与行政理论	82
第五节	学说与判例	86
第四章	特殊法规	91
第一节	地方法规	92
第二节	地方权力部门的规章	96
第三节	制定法与纪律性规章	99
第四节	志愿组织的规则	104
第五节	法定契约：(1) 集体契约	110
第六节	法定契约：(2) 私人手中的特许权	113
第七节	法定契约的强制性	115
第八节	保障法定契约之履行的强制力	118
第五章	行政行为	121
第一节	主权行为与非主权行为	122
第二节	这种区分的消失	126
第三节	行政行为的属性	129

第四节	国家及其契约	133
第五节	行政机构的日常事务	136
第六节	行政机构与法院的关系	137
第七节	同其他国家比较	143
第六章	行政诉讼	148
第一节	“越权行为之诉”的形成	148
第二节	主观性的行政诉讼与客观性的行政诉讼	152
第三节	“越权行为”之诉的范围和性质	155
第四节	政治行为概念的消失	160
第五节	防止权力的滥用：自由裁量行为概念在公法 领域的消失	165
第六节	司法裁决对行政机构所具有的效力	171
第七章	责任	176
第一节	主权与不负责任	176
第二节	国家责任问题在当代的提出	180
第三节	议会的行为	184
第四节	立法方面的责任	189
第五节	司法责任	193
第六节	行政风险	197
第七节	行政法令	200
第八节	公务员的个人责任	204
第九节	公务行为与个人行为	206
结 论		211

导 论

关于目前的国家理论发展中为什么会产生一些具有重要意义的内容，可能需要专门作一番解释。同每一种社会现象一样，法律也处于持续的变迁之中；实际上，任何一种对法律进行的科学研究都必然涉及到对法律制度演进的分析。因此，从某种意义上讲，国家的变迁也就是法律的变迁。

但是，我们必须考虑得更加深入一些。正像每一种生命在其生活历程中都会经历这样一些时刻——在遵从生命的普遍法则的同时，它的内部发生着十分重大的根本变化——一样，在人类历史上也存在这样的一些时期。各种迹象已经表明，我们正处在国家史上的这样一个关键时期。我们并不是从悲观主义的意义上说现在正处于一个关键阶段，而仅仅是描述性地指出这一事实。不论我们多么不喜欢这一事实，现有的证据已经断然地向我们表明：以前曾经作为我们政治制度之基础的那些观念正在逐渐解体。到目前为止仍然左右着我们这个社会的那些法律制度正在发生巨大的变化。即将取代它们的新制度建立在截然不同的观念之上。这些观念代表着进步还是倒退？这个问题并不在我们的研究范围之内。这种价值判断在一种科学的社会理论中是没有什么意义的。科学的社会理论只能就重大变化

的事实作出描述和解释。

我们正身临其境的并不是一场范围狭小的变迁。所有的法律制度都已经卷入其中。除了公法制度外，这场变迁还波及到私法、家庭法、契约法和物权法理论。虽然这一演进过程并不受各种文明之间的地理疆界的限制，但它在法国确实表现得最为强烈。率先迎接所有制度和思想中的划时代变化似乎是法国无法逃脱的使命；她打开大门，好让所有姊妹国家顺利通过。因此，站在法国的角度来研究这些变化是有合理根据的。

我在另一部著作中已经讨论过这种变化对私法的影响。^①在这里，我打算讨论它与国家理论之间的关系。通过我们的分析，读者们将会看到这两种变化其实是平行的和类似的。这样说不意味着它们出于类似的起因，也意味着它们可以被概括到同一个公式之中。这就是：一种注重实际的、社会化的法律制度正在取代早先那种具有抽象性和个人主义两种特性的制度。

在过去一个世纪中一直影响着文明世界的人民生活的那种国家理论基于一些许多人对之抱有宗教般热诚的原则。因此有人主张，这些原则应当得到人们的最后效忠。它们是科学在政治领域所赢得的一片腹地。这种国家理论是一套具有光荣历史的体系。它拥有自己的《独立宣言》和宪法。法国大革命时期的立法用一套贴近现实的语言对它进行了详尽的表述。这种立法具有如此深远的影响，使得它所体现的理论和原则具有了独一无二的崇高性和权威性。

正是在这些法律文本中，这套制度的基本原则得到了非常清晰的表述。这种理论和原则的力量来自于两个基本的观念。

^① Léon Duiguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé*. Paris, 1912.

第一个观念就是国家主权学说，它认为国家主权的原初主体就是作为一个人格享有者的国家，另一个观念则是个人权利学说，它认为个人享有一种与国家主权相抗衡的不可让渡、不可侵犯的天赋权利。我们被告知，国家的人格独立于组成国家的个人。因此，国家的意志自然高于组成国家的个人的意志，因为集体人格必然高于个体人格。国家相对于个人的这种优越性就构成了我们所称的公共权力或主权。国家是组织而成的。它建立了一个政府来代表自己。政府是作为国家意志的代表来行为的。因此，政府以国家的名义来行使主权，它的这种权利不能被剥夺。因此，国家是组织成一个政府并且位于一定的领土范围内的民族。作为有组织的民族的国家是享有主权的主体，这种公共权力使国家有权行使一种主观性的权利，国家正是根据这种权利来控制它的成员。它的命令就是行使这种权利的表现。

国家的成员同时具有公民和臣民两种身份。作为行使主权的民族集体中的一分子，他们是公民；但是，因为他们服从于一个以国家的名义行使主权的政府，他们又是臣民。因此，宪法是这样一套规则的总称：它们一方面涉及国家的组织，另一方面又调整国家与其成员之间的关系。^① 这样，我们的法律中就有了两个不平等的主体，一个是发布命令的政府——一个具有法律拟制人格的主体，另一个则是遵从这些命令的臣民。因此，显而易见的是，这样一套宪法体系从根本上讲是一种主观性的制度。它的真正基础是国家作为一个法人而享有的发布命令的主观权利。

这样，国家的权利就必然同个人的主观权利相对立。个人

参见：Dicey, *Law of the Constitution* (8th ed., 1915), chap. i.

的主观权利是一种不可转让、不容侵犯的自然权利。它归属于个人，仅仅因为人之为人的属性。这种权利先于，甚至高于国家的权利。之所以要建立国家，就是为了有效地保障个人的权利。因此，《人与公民权利宣言》的第二条宣布：“所有政治组织的目的都是为了保障个人所享有的天赋的、不可剥夺的权利。”因此，宪法的第一规则显然是强迫国家如此来组织自身，以确保最大限度地保护人类社会中每一位成员的个人权利。

对个人权利的这种认可既确定了公共活动的方向，又决定了政府行为的限度。它本身就是规制个人与国家关系的所有规则的源泉。国家有义务保护个人的权利；但是，如果限制个人的权利对于保护国家的普遍权利而言必不可少，国家也拥有这种限制权。

国家有义务组织国防以对抗外敌；因为它的自我保存对于确保个人安全是十分必要的。因此，国家必须组织一支武装力量以便为战争作准备。它还必须组织国内秩序，因为只有在国内秩序的基础上，个人权利才能获得社会保护。就这一目的而言，警察服务变得非常重要。

最后，国家必须服从一种以个人的主观权利为基础的客观法。从国家保障个人权利的义务中派生出了两种后果。一方面，当国家与它的一位成员之间发生法律冲突时，必须由法院来加以审理和裁决——法院是由国家组织起来，并对其资格能力和公正性给予了充分保障的机构。法院的裁决必须得到国家的承认。另一方面，如果两位公民之间产生了纠纷，国家也必须通过法院来加以解决，国家充分保障法院的独立性和审判能力。对法院裁决的尊重必须具有普遍性。为了实现这些目的，司法组织是十分重要的。这样，我们便有了一种主权利，它是组织为一个国家的民族所享有的主观权利。这种权利受到个

人的自然权利的限制。其结果是，国家有义务给予这种个人权利以最大可能的保护。也正是因为如此，当个人的这种权利与其他所有人的权利发生冲突时，国家有义务对之加以限制——正是为了履行这种义务，才有理由创立军队、警察和司法机关，并使它们保持持续的运作。简单地说，这正是由“大革命”时期的立法在继承过去传统的基础上而精确建构起来的公法体系。这是一套主观主义的体系。与国家的主观权利相对峙的是个人的主观权利。在个人的主观权利之上，建立起了对主权的限制以及为国家设定的义务。这是一套抽象的体系；因为它所赖以为主观权利概念显然是一种形而上学的概念。而且，这还是一种帝制主义或王权主义的制度。它暗示统治者可以独揽组织为一个国家的民族所享有的“治权”，其具体的表现就是控制发布命令的权利。

大革命时代的人们深信，他们所构造出来的这种理论确立了永恒的原则。他们认为，所有时代和任何国家的立法者与法学家的惟一任务就是推导出这种理论的逻辑结果并控制其实际运用。但结果是完全不同的。不到一个世纪，所有的人都目睹了这套体系的瓦解。其中的两个核心概念——即国家主权和个人的天赋权利——已经失去了生命力。我们看到，它们已经成为一种单纯的抽象概念，无益于任何真正具有科学性的制度。人们早就认识到，君权神授并不能作为主权权利的解释。国民委托也并不具有更强的解释力。国民意志仅仅是一种虚构。^①实际存在的只是某些个人的意志；所谓国民的意志，即使是完全一致的，也只是个人意志的加总，也就是说，任何一个人

^① 请参见：Bosanquet, *The Philosophical Theory of the State* (London, 1909), chap. v。

都没有权利将自己的意志强加给反对者。因此，卢梭的社会契约论充其量只是一套披着华丽的语言外衣的诡辩，尽管它曾经作为好几代人的圣经，而且曾经点燃了“大革命”的思想火花。同样十分明显的是，人不可能仅仅因为自己是一种社会存在而自然地获得某种天赋权利。作为个体的人仅仅是一种知性的造物。权利的概念是以社会生活的概念为基础的。因此，如果说人享有某些权利，这些权利只能来自他所生存于其中的社会环境，他不能反过来将自己的权利凌驾于社会之上。^①

19世纪下半叶，法国的经济经历了迅猛的发展。大革命时代发展起来的僵硬而又抽象的法律体系无法适应这种发展。经济学家已经向我们展示出：在人类活动的每一个领域，一种全国性的经济是如何取代了家庭经济。家庭已经无法满足人的需要。以许多人的共同努力为基础的全国性的组织才能满足日益增长的需求。但这并不是事情的全部。一方面是科学的新发现和个人的进步，另一方面是人类关系的复杂性和社会生活中的相互依存性，这两方面的变化如今都是如此的重要，以至于某些人正在充满动力地追求某种目标的事实已经能够对整个制度产生影响。首先，我们的基本生活需求、我们的邮政系统、铁路交通以及照明系统都是由这种具有经济上的复杂性的组织来加以满足或操作的，以至于它们在操作中的一瞬间的困难就会威胁到整个社会存在的基础。正是由于这个原因，国家的职能得到大幅度的拓宽。组织战争、治安和司法已经不足以概括国家的功能。国家必须监督整个工业系统的有组织运转。它必

请参见：F. H. Bradley, "My Station and Its Duties" 此文收入他的 *Ethical Studies* 一书。这篇著名的文章提出了类似的论证，只是得出的结论略有不同。

须防止这一系统发生哪怕是一瞬间的停顿。这是我们时代的民众意识为统治阶级设定的新义务。显然，这与主权的概念是不相容的。战争、治安与司法——这些都是与主权概念兼容的职能；它们实际上是主权概念的直接表现。但是，产业服务的情况就不同了。对于现代社会的经济组织来说，国家所需要的已经不再是发布命令的权力，而是满足需要的义务。我们承认统治阶级仍然保有着一定的权力；但是，他们如今保有权力的根据不再是它们所享有的权利，而是他们所必须履行的义务。因此，他们的权力有一个限度，这个限度就是他们履行义务所必须的权力的最小值。他们必须完成的职能在总体上就构成了政府的事务。

因此，我们可以就目前的这种演进作如下的概括：统治阶级并不享有任何主观性的主权权利。它只拥有一种为了满足组织公共服务的需要而必须的权力。除非是为了实现这一目的，它的行为没有任何效力或法律价值。

宪法所调整的对象不再是上级与下级之间，或者是发布命令的权威与服从命令的臣民之间的关系。所有的意志都是个人意志；所有的意志都具有同等的效力；并不存在一种意志之间的等级关系。衡量各种意志之间差异的标准只有它们所服务的目的。一位政治家的意志本身并不具有什么特殊的效力；它的效力来自于它与公共服务之间的关系。而且，这是一种允许有等级差异的权力。

因此，可以说公共服务的概念正在取代主权的概念。国家不再是一种发布命令的主权权力。它是由一群个人组成的机构，这些个人必须使用他们所拥有的力量来服务于公众需要。公共服务的概念是现代国家的基础。没有什么概念比这一概念更加深入地根植于社会生活的事实。

第一章 主权理论的衰落

我们首先要讨论的是导致主权理论衰落的原因。正像对于每一种社会问题一样，这些原因是为数众多而且十分复杂的。有些原因早在主权国家体系产生之前就已经存在，而且深深根植在这一体系的内部。而有些原因则是外在的，取决于哲学、政治、经济等方面的因素。实际上，每一种法律理论都是这三种因素的产物。

第一节 古罗马的“治权”概念

我们在社会契约论和“大革命”时期的宪法中所看到的那种主观观念是长期的历史演进的产物；但是，导致它实际形成的那些具体条件却使得它具有了某种人为创造的以及不稳定的特性。因此，当社会的演进已经到达这样一个临界点——即臣民已经开始要求统治者提供国防、治安和司法之外的服务的时候，主权理论就应当寿终正寝了。

正像大多数为欧洲文明的发展提供保障的法律制度那样，主权的起源也可以追溯到罗马法。在封建时代，主权几乎完全

消失了。它的再次出现是一个近代的现象。它是法律职业者的行动的结果，他们把君权同罗马法中的“治权”（*imperium*）和封建时代的领主权融合到一起，确立了近代法律制度的主权地位。16世纪的博丹对主权进行了理论上的阐述，他把主权界定为君主的私有物。1789年的法国大革命将博丹的理论扫地出门，法律在充满疑点的“社会契约”（*contrat social*）理论中为自己找到了正当性根据。

主权的法律理论只能溯源到罗马帝国开始的年代。主权为全体人民共同拥有。为了使某一个人能够代表全体人民行使主权所包含的权力，罗马人民通过“王权法”（*lex regia*）^①将主权委托给“元首”。^②这样，皇帝便有可能将共和国时期分属不同机构的权力集于一身。皇帝的权力基于一种双重的权威：一方面是元老院和地方总督的权威；另一方面是源自平民宪法的护民官权威。皇帝从元老院或军队那里获得了“治权”（*imperium*）。而人民则通过“王权法”把护民官的权力转让给了皇帝。

通过一个自然演进的过程，皇帝逐渐拥有了“治权”和“保护权”（*postestas*）。这两种权力结合成一种皇帝这一职位所固有的发布命令的权利。这种权利不再是一种通过人民的授权

① *Lex regia* 又称 *Lex curiata de imperio*，是指古罗马从共和国向帝国转变时期人民将权力委托给皇帝的一种法律。这种法律的制定时间和具体内容已经无从考证，但许多罗马法学家在他们的著作中都提到过它。比如，盖尤斯写道：“皇帝本人是根据法律而享有最高权力的”（《查士丁尼法学阶梯》，1.5）；乌尔比安写道：“皇帝所作出的决定都具有法律效力，因为人民已经把他们的全部权力通过王权法转移给了他”（《学说汇纂》1.4.1）。——译者

② 参见：Ulpian, L. i. *Dig. De Const.* . prin. 1. 4.

来行使的权力，而成了皇帝的天赋权利。这一发展到公元 3 世纪——也就是戴克里先（Diocletian）和康斯坦丁（Constantine）皇帝统治的时代——得以完成。虽然公元 6 世纪的《查士丁尼法学阶梯》中仍然提到了“王权法”，但这只是一种好古癖的体现，只是从乌尔比安那里逐字照搬过来一个词组。事实上的情况是，罗马皇帝将自己的意志等同于法律。“皇帝的决定具有法律效力”（*Quod principi placuit legis habet vigorem*）^①是一句法律箴言，它源自这样一个事实：皇帝享有完全的主权，也就是说，他有权利将自己的意志强加于他人，仅仅因为这是他的意志，仅仅因为他的这种权利具有一种要求普遍服从的属性。这样，罗马的天才们就创造出了一种后来被称为主权理论的公共权力理论，这种理论直到 20 世纪仍然是欧洲和美国公法的基础。

第二节 主权在封建时代的部分瓦解； 它如何得以存续下来

在封建时代，这种“治理权”理论几乎完全消失了。当西罗马帝国为蛮族入侵所吞没之时，查理大帝那短暂的努力也未能阻止欧洲社会通过一套契约体系来组织自身。社会各阶层通

狄骥在这里所根据的是查士丁尼《法学阶梯》中的阐述：“皇帝的决定也具有法律效力，因为根据赋予他权力的王权法，人民把他们的全部权威和权力移交给他。因此，凡是皇帝的批复中的命令，在审理案件时的裁决，在诏令中的规定，当然都是法律，所有这些统称宪令。”——参见：查士丁尼《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，北京：商务印书馆，1993 年。第 8 页。——译者

过一套有等级差异的契约来协调彼此之间的关系。义务和权利以相互依存的状态同时存在于每一个人身上。封建领主不同于根据“治理权”来发布命令的君主。他通过自身履行承诺而要求他人履行承诺的服务。在这一时期的文本之中，我们找不到 *imperium*（治权）这个词。相反，我们可以找到“协定”（*concordia*）这个词，它使强者和弱者在一系列互惠性的权利和义务的基础上联合起来。^① 尽管整个中世纪充斥着暴力和冲突，但契约仍是整个社会结构的基础。不过，“治权”的概念并没有完全消失。在德国，为了皇帝的利益，这一概念得到保留；而法国也为了国王的利益而使这一概念存续下来。即使是在封建社会中，国王也仍然是伟大的公正赐予者。就在卡佩王朝（Capetian）^②已经成为过眼云烟之际，法国人仍然没有忘记“国王负责根据正义原则来维持和平”。卢夏尔先生已经正确地指出：“不仅仅是教会使国王成为正义的源泉。世俗性的封建制度本身也认为君主职位的全部目的就是正义与和平。腓力一世及其后继者在其加冕礼上的宣誓使他们有义务施与每一个人以应得的正义，公正地对待所有的人，并且使人民的正当诉求得到满足。”^③

① 参见：E. Bourgeois, *Le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 320.

卡佩王朝是指法国历史上由卡佩（Capet）家族统治的时期（987年—1328年），第一代国王是于格·卡佩（Hugh Capet, 938?—996）。译者

③ Luchaire, *Histoire des Institutions Monarchiques de la France*, I, 40. Fliche, *La Règne de Philippe I*, 1912.