

公共服务视野下的 公法精神

Spirit of Public Law from the
Perspective of Public Service

贺林波 李燕凌◎著

 人 民 出 版 社

公共服务视野下的 公法精神

Spirit of Public Law from the
Perspective of Public Service

贺林波 李燕凌◎著

● 人 民 出 版 社

责任编辑:洪 琼

文字编辑:张 立

图书在版编目(CIP)数据

公共服务视野下的公法精神/贺林波 李燕凌 著. -北京:人民出版社,2013.6
ISBN 978-7-01-011871-0

I. ①公… II. ①贺…②李… III. ①社会服务-关系-公法-研究
IV. ①C926②D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 053545 号

公共服务视野下的公法精神

GONGGONG FUWU SHIYE XIA DE GONGFA JINGSHEN

贺林波 李燕凌 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:20

字数:320 千字 印数:0,001-2,000 册

ISBN 978-7-01-011871-0 定价:52.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序 言

在世界法制史上,《法国民法典》和《德国民法典》具有划时代的意义,是西方资本主义社会的制度基础。但是,人们往往容易忽略私法背后的公法前提,私法理性的发挥,极度依赖公法精神的理性与公法制度的建设。实际上,孟德斯鸠的《论法的精神》、洛克的《政府论》和卢梭的《社会契约论》所阐述的公法精神与制度,构成了西方资本主义法治社会的基础与前提。从这个意义上说,一个国家的公法精神与制度,是一个国家实施法治必须首先解决的问题。

西方社会主流的公法精神与制度,一般以私权保障为根本目的,强调政府对市场与社会的有限治理,严格控制政府权力的范围与行使,基本不干涉公民基于自由意志行动的结果。与主流公法精神与制度观不同,还存在另一种倡导社会平等、实现公民积极自由的公法精神与制度观。后者以维护公民实质平等为根本目的,虽然鼓励公民基于自由意志而行动,但同时提倡政府对行动的结果进行干预,以提高公民积极自由的理性程度,谋求在更高层次上实现社会公平。近两百年来这两种不同路径的公法精神与制度观之争议,推动着公法制度日益走向完备。

传统的公法精神与制度,包含着一些假定的前提,即以某些在伦理上视为正当的观念为基础,比如天赋人权、社会契约和意志自由等。或者采用的方法虽是科学性的,但是理论目的却是伦理性的,也就是说,以伦理上预设的判断对社会事实进行研究。这可能是两大主要公法精神与制度流派争论不断的根源所在。事实上,人们不可能在某些伦理观念的论战中,绝对地认定某些伦理观念是错误的,而另一些伦理观念则是正确的。正如维特根斯坦所言,“所有能够说的都一定说得清楚,不能说的人们应当保持沉默”。

公共服务视阈下的公法精神观念正是在这种历史条件下应运而生。将公法精神设定为公共服务,不仅界定了政府的社会功能和主要职责,而且明确了

2 公共服务视野下的公法精神

政府的道义责任。更重要的是,公共服务观念不具有明显的形而上学性,在伦理上也无可争议,因为任何政府成立的主要目的,必定在于提供公共服务,否则政府将没有存在的必要性。狄冀是第一个提出以公共服务观念替代传统公法精神与理念的法国法学家,他奠定了欧洲大陆国家“公共服务”流派的理论基础。遗憾的是,狄冀所倡导的公法精神,并未完全进入科学化的研究范畴。欧洲大陆国家的法学家还是将公共服务观念视为一种意识形态,没有将其作为科学研究的对象。

新公共管理运动的兴起,为公共服务观念作为公法精神的科学化研究奠定了实践基础。新公共管理运动以追求卓越效率为导向,在工具主义大旗下广泛运用科学研究方法,以阐明政府提供公共服务的方式方法和主要职能,同时对政府持续改善公共服务、提高服务效率、增进公平与福祉提出科学化要求。但是,新公共管理运动虽然从科学管理视角阐释了公共服务精神,却无法就公法精神与制度的发展,提出公平与正义的逻辑推演或伦理判断。在深入贯彻党的十八大精神,积极加强“五位一体”建设的历史背景下,加强公法精神与制度建设,以更加完善的公法体制作为规范中国社会管理与公共服务活动的基础,在中国法制发展史上,无疑是一件功莫大焉的拓荒之作。

基于这种认识,公共管理学者李燕凌教授和青年法学教师贺林波副教授两位学者,积极倡导在公共服务视野下展开公法精神与制度研究,历经数年努力,推出这套公法系列丛书,意在从法学角度阐明公共服务作为公法精神的必要性、可能性与现实性,在宪法权利观念中将其界定为政府提供公共服务职能的实现,审查现有行政法体系的基本逻辑,根据政府提供公共服务的效率与公平之要求,发现现有行政法体系之不足,调整现有行政法的基本体系,使之适应于新公法精神的要求。我认为,这种研究的现实意义,可能远远大于因为体系不完备、证论疏陋,或观点尚显粗简所带来的一切不足。

李燕凌、贺林波两位学者撰写的这套公法系列丛书,包括《公共服务视野下的公法精神》、《公共服务视野下的宪法权利》和《公共服务视野下的行政法》。丛书以公共服务理念为核心,研究了公共服务理念与公法的相关性,提出了作为公法基础理论的公共服务三原则,论证了公共服务理念作为公私法划分标准相对于其他标准的优越性,全面解读了公共服务理念在基本政治、经济和社会制度中的具体表现,证明了公共服务理念与社会主义法治理念的基

本理论、基本内容和基本要求的内在一致性,研究了宪法权利的理论基础和实现保障的问题。与传统的宪法权利研究不同的是,本书突破了从人的道德权利出发来论证宪法权利的理论基础,以及从法律实证主义的角度来分析宪法权利理论基础的固有范围,从政府公共服务社会功能的角度来研究宪法权利理论基础,将宪法权利视为政府应当提供的公共服务或公共品,宪法权利实现的保障性取决于政府提供公共服务或公共品的有效性和正当性。围绕公共服务理念在具体宪法权利中的表现与实现问题,试图论证公共服务理念作为宪法权利理论基础的可行性、有效性和正当性。研究了将行政行为视为行政组织提供公共服务或公共品的行政过程,并以此为依据研究行政组织在行政过程中所应当遵循的行政法律,打破了传统的行政法学研究中以行政法律关系为核心的理论框架,将传统行政法学研究中忽视的许多行政行为,比如行政决策、行政执行、行政预算、行政人事和行政绩效等纳入到行政法学的研究中,使得行政法学的研究更具现实性和针对性,使得行政法学研究更加贴合行政主体在行政职能实现过程中依法行政的现实需求。

本书属于行政法学与公共管理学的交叉学科研究范畴,无论在研究方法上还是在研究内容上都具有一定的创新性;本书的研究开拓了行政法学和公共管理学研究的新领域,使人们注意到这两个学科在各自传统研究领域所存在的局限性。本书综合运用公共管理学与法学的知识进行研究,在知识体系上有一定的新颖性。本书突破了传统公法基础理论以“权力”和“权利”观念为核心的研究范围,引入了公共服务或公共品的范畴,并以此作为现代公法的理论基础,丰富了公法基础理论的研究范围,拓展了公共管理学研究领域,对社会主义法治实践有一定的借鉴意义。

李燕凌、贺林波两位学者都是热爱法学与公共管理学的青年才俊,又是我的同乡。他们托我为这套丛书作序,盛情难却,欣然写下这些文字。是为序!



2012年11月18日于北京

目 录

序 言	李步云 1
绪 论	1
一、法律精神的流变:事实与规范	1
二、公法精神的发展:意识形态与科学理论	5
三、公法精神的现状:规范、功能、主权和公共服务	11
四、现代公法的崛起:重构公法精神的必要性	13
五、公法精神建构的新思路:公共管理与法学交叉视角下的 公共服务	19
六、研究的框架、思路与创新之处	20
第一章 作为公法精神的公共服务	28
第一节 公共管理视角下的公共服务	28
一、公共服务的概念	28
二、公共服务的类型	30
第二节 法学视角下的公共服务	35
一、公共服务、公共利益与公共权力的同异	35
二、法学视角下公共服务观念的演变	37
三、公共服务观念的理论渊源	39
四、公共服务与为人民服务的关系	44
第三节 作为公法精神的公共服务原则	46
一、第一原则:私法自治先于公法的社会治理	46
二、第二原则:公法的社会治理是为私法自治服务的	50

2 公共服务视野下的公法精神

三、第三原则:公法的社会治理应当以最好的方式为私法 自治服务	55
第四节 作为公法精神的公共服务的社会功能	58
一、公共服务有维护社会合作体系稳定与和谐的功能	59
二、公共服务有保障社会成员自由最大化的功能	61
第二章 公私法划分与公共服务	64
第一节 公私法划分标准与公共服务	64
一、公私法划分否定论	64
二、公私法划分肯定论及划分标准	70
三、公私法划分公共服务论	73
第二节 公私法性质与公共服务	90
一、公私法的共性与公共服务	91
二、公私法的殊性与公共服务	98
第三节 公私法的关系与公共服务	104
一、公私法混合与公共服务	105
二、以公法为原因的私法与公共服务	107
三、公法作为私法行为的要件与公共服务	109
四、公法私法化与公共服务	110
五、私法公法化与公共服务	112
第三章 政治制度与公共服务	114
第一节 公民权利理论的考察与批判	114
一、自然法学的公民权利观	114
二、实证法学的公民权利	116
三、公民权利理论之批判	117
第二节 政治权力理论的考察与批判	120
一、自然法学的政治权力观	121
二、实证法学的政治权力观	122
三、政治权力理论之批判	125
第三节 作为政治制度精神的公共服务	127
一、公民权利与政治权力的公共服务论	127

二、具体公民权利与政治权力制度的公共服务解释	131
第四章 经济制度与公共服务	141
第一节 经济运行制度的考察与批判	141
一、古典经济自由主义	141
二、凯恩斯主义与福利经济学	145
三、新经济自由主义	147
四、主流经济运行制度之批判	148
第二节 利益分配制度的考察与批判	152
一、功利主义利益分配观	152
二、规范主义利益分配观	154
三、马克思主义利益分配观	156
四、主流利益分配观之批判	157
第三节 作为经济制度精神的公共服务	162
一、经济运行与利益分配的公共服务论	162
二、经济运行与利益分配具体制度的公共服务解释	166
第五章 社会制度与公共服务	175
第一节 社会管理制度的考察与批判	175
一、法律实证主义的社会管理观	175
二、自然法学的社会管理观	178
三、社会学法学的社会管理观	182
四、主流社会管理观之批判	185
第二节 社会公平制度的考察与批判	188
一、功能主义的社会公平观	188
二、冲突主义的社会公平观	190
三、规范主义的社会公平观	191
四、主流社会公平观之批判	193
第三节 作为社会制度精神的公共服务	198
一、社会管理与社会公平的公共服务论	198
二、社会管理与社会公平具体制度的公共服务解释	207
第六章 法治文明与公共服务	230

4 公共服务视野下的公法精神

第一节 法治文明的基本观念考察	232
一、法治文明的形式性	232
二、法治文明的实质性	247
第二节 法治文明的多样性及批判	257
一、多元性文化与官本位文化	258
二、理性精神与礼俗文化	260
三、市民社会与特权社会	263
四、超验宗教与世俗宗教	265
五、城市文明与乡土社会	267
第三节 公共服务视野下的法治文明	269
一、公共服务视野下的形式法治	272
二、公共服务视野下的实质法治	282
三、公共服务视野下的社会主义法治文明	294
主要参考文献	305
后 记	309

绪 论

一、法律精神的流变:事实与规范

精神,据东汉许慎在《说文解字》中的注释:“精者,择也”,“神者,天神,引出万物者也”,精神意味着人类选择的能引出万物的东西;又,据《辞海》的解释,精神有“实质,要旨,事物之精微所在”的意思,如宋朝王安石《读史》诗:“糟粕所传非粹美,丹青难写是精神。”鲁迅《三闲集·〈近代世界短篇小说集〉小引》:“只顷刻间,而仍可借一斑略知全豹,以一目尽传精神。”

因此,从字面上来理解,法律精神为人类社会所选择的能从中引出所有被称为“法律”的东西,或者说是“法律”的实质、要旨或其精微所在。虽然人类社会在原初时代就意识到了“法律”与“法律精神”的差异,但是首次以“法律精神”为题进行论证却是文艺复兴时期之后。1748年,孟得斯鸠发表了其划时代的著作《论法的精神》。在该书中,孟得斯鸠采用了“法律”与“法律精神”二元区分,运用了自然科学理论的方法论逻辑,认为“法律”是由“法律精神”决定的。“法律”是规定人们应当何为的“规范”,而“法律精神”,则由一些基本的社会事实构成,包括历史条件、生活需求、风俗习惯和地理环境等。孟得斯鸠认为,每一个国家或地区由于拥有不同的基本社会事实,也就拥有不同的“法律精神”,由“法律精神”决定的“法律”也必然有所不同。孟得斯鸠的法律理论虽然具有简化历史事实、为特定社会阶层辩护的缺陷,但是孟得斯鸠认定的“法律精神”与“法律”的二元区分,“法律精神”存在于基本社会事实之中的观念却具有积极的意义。在此之前的理论中,“法律精神”大多由“上帝旨意”等神学观念来解释,或者以抽象的“人权”观念来解释。

孟得斯鸠的法律理论对于人们摆脱神权法律的控制具有重要的社会意义。但是,值得注意的是,孟得斯鸠对“法律精神”的论证并不彻底,在他的理

论中还保留了一些形而上学的成分。在《论法的精神》开篇,他阐述了法律精神的一般观念,认为:“从最广泛的意义上来说,法是由事物的性质产生出来和必然关系。在这个意义上,一切存在物都有它们的法。上帝有他的法;物质世界有它的法;高于人类的‘智灵们’有他们的法;兽类有它们的法;人类有他们的法。……由此可见,是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系,同时也是存在物彼此之间的关系。”^①在这个定义中,孟得斯鸠设定了“根本理性”的范畴,以此来替代西方传统法律观念中“上帝”的角色。由于此种不彻底性,孟得斯鸠的法律理论在19世纪受到了广泛的质疑,特别是以社会法学和历史法学等为代表的实证性法学流派,在全面批判孟得斯鸠将“法律精神”建立在“根本理性”之上观点的基础上,提出了将“法律精神”建立在特定或具体社会事实之上的法律理论,如狄冀的“社会团结关系”、马克思的“经济基础与上层建筑”和“阶级斗争”,以及萨维尼的“民族精神”,等等。在他们的观念中,根本理性不再是神秘的形而上学假定,而是实实在在的社会事实,“法律精神”也不再是主观而抽象的存在,而是“社会团结关系”、“阶级斗争”或“民族精神”等具体的社会事实。

“法律精神”实证化所带来的社会影响非常深远,使人们认识到社会基本事实(社会结构或社会制度)对法律内容的决定性影响,以及由此带来的对人的命运的深刻影响。19世纪末至20世纪初的社会革命或改革运动,大多与“法律精神”的实证化思潮存在直接的关系,尤其是马克思主义的法律观,不仅改变了人们对“法律精神”的传统观念,而且还促进了社会主义革命或运动的发展,形成了独具特色的社会主义法律体系。

但是,“法律精神”实证化也面临着两个理论上的难题。其一,作为“法律精神”基础的社会事实不具有专门性,不仅可以成为“法律精神”的基础,也可以成为伦理道德、政治制度或其他社会制度的“精神”基础。换句话说,作为“法律精神”基础的社会事实,并不专属于法学领域,也可以作为社会学、政治学或伦理学的理论基础。根据这种理论,法律与伦理、政治或宗教规范等社会制度共享相同的“精神”基础,“法律精神”并不具有独特性,与其他社会制度的“精神”没有实质性的区别。此种“精神”同质化的倾向,容易滋生“法律虚

^① [法]孟得斯鸠著:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1995年版,第1页。

无主义”的观念,导致法律、政治、道德与宗教等规范不分,使法律的权威性和稳定性受到影响。其二,以基本社会事实作为“法律精神”来论证法律规范的合理性存在逻辑上的困难。根据休谟的观点,规范与事实的性质在逻辑上完全不同,规范强调的是“该当”性,而事实强调的是“是什么”,事实上如何,并不能在逻辑上证明应当如何。法律首先是一种规范,规定人们“应当如何行为”。如果将“法律精神”设定为某些基本社会事实,然后认定“法律精神”决定“法律”的内容,就会出现休谟认定的逻辑难题,即“事实如何”不可能在逻辑上证明“应当如何”的正确性。

解决“法律精神”实证化难题的第一种解决办法是,从人性倾向中寻找“法律精神”的基础。休谟认为,“快乐与痛苦”是决定人类行为的两大主人,每一个人都有“趋乐避害”的自然倾向,每一个人都是按照自身“效用”最大化的原则行事,这是一种基本的社会事实。法律的正当性或当为性,由这一基本社会事实决定,只有能够实现“最大多数人的最大幸福”的法律才是正当的。“最大多数人的最大幸福”无疑是一种可以衡量的基本社会事实,休谟认为,这一基本社会事实可以作为“法律精神”,成为决定“法律”正当与否的基础。实际上,休谟陷入了理论上的两难,一方面他坚持认为“事实如何”不可能在逻辑上证明“应当如何”的正确性,另一方面,在他的功利主义哲学中,他还是采用了以“事实如何”来证明“应当如何”的论证方式。

解决“法律精神”实证化难题的第二种解决办法是,不再从基本社会事实中寻找“法律精神”,而是从其他“规范”中来寻找“法律精神”,比如以“作为人的最为基本的权利”(德沃金)或“作为公平的正义”(罗尔斯)等规范观念作为“法律精神”。以其他“规范”作为“法律精神”,并以此作为论证“法律”正当性的基础,在逻辑上可以避免“事实”证明“规范”的难题,只是在某种程度上,这种解决办法又回到了文艺复兴时期古典理论家论证“法律精神”的模式,从抽象的形而上学观念出发,演绎出法律“应当如何”的理论体系。不仅如此,关于“法律精神”的观念也与古典时期保持了一致,都强调“人的权利”的不可侵犯性。但是,观念上的回归,却是以新方法论为基础的。比如,新自然主义法学代表人物德沃金认为,所有的法律都应当“认真对待权利”。为论证这一结论,德沃金借了解释学理论的最新成果,提出了法律正当性的“整体性阐释”方法,根据这一方法,“认真对待权利”是唯一正确的“法律精神”;

再如,罗尔斯认为,“作为公平的正义”是社会制度,尤其是法律制度的首要价值。罗尔斯并没有采用“乌托邦”式的论证方法,而是从纯粹理性的角度出发,要求人们在“无知之幕”下,不受任何主观偏见的影响来回答法律应当如何的问题。在这种理论假设下,罗尔斯认为,“作为公平的正义”是每一个无主观偏见之纯粹理性人对“法律精神”的必然选择。简而言之,这种解决办法实际上就是以更高级、更抽象的规范作为法律规范的“精神”,来论证法律规范的正当性。这种解决办法虽然避免了以社会事实来论证法律规范正当性的逻辑难题,但是却带来了另一个逻辑上的问题,即不存在不证自明的最高级规范,人们只能设定某些规范是最高级规范并且是必然正确的。

解决“法律精神”实证化难题的第三种解决办法是,模糊“规范与事实”之间的区分,从主体性视角出发,将“可接受性”或“共识”作为“法律精神”的基础。这种解决办法由于没有采用“规范与事实”的二元区分,直接将法律的正当性建立在“可接受性”或“共识”的基础上,避免了以“事实”证明“规范”正当性的逻辑难题;由于也没有设定形而上学的抽象观念作为论证法律正当性的前提,也就避免了形而上学观念无法证明为真的困难,从形式上解决了“规范与事实”之间的逻辑难题。这种解决办法受到了后现代主义思潮的影响,具有明显的消解法律本质的理论倾向,伴随着接受主体的“共识”或“可接受性”程度不同,“法律精神”也会不同,而在不同的“法律精神”中,并不存在唯一正确的“法律精神”,这在某种程度上消解了“法律精神”本身,使“法律精神”成为一个并不需要讨论的问题。很明显,这种消解“法律精神”的理论态度是人们无法接受的,无论如何,人们都拥有法律应当受“法律精神”支配的信念。

至此,“法律精神”实证化难题的解决办法都不能说是成功的。将“法律精神”建立在基本“社会事实”之上,可以增加“法律精神”的确定性、实证性和科学性,但是却存在着“事实”无法证明“规范”的难题;将“法律精神”建立在形而上学的“高级规范”之上,可以解决“事实”不能证明“规范”的逻辑问题,但是却存在着形而上学规范本身无法自证的问题;将“法律精神”建立在“可接受性”或“共识”等主体性观念之上,可以消解“规范与事实”之间的逻辑难题,但是却同时也消解了“法律精神”的问题,使法律的发展与适用失去了确定的导向。“真理也许就在三者之间。康德在讨论科学基础问题时,对于“先

验论”和“经验论”之间的争论,提出了一种综合性的看法,即所谓“先天综合命题”。康德认为,科学的基础应当是“知性与感性”的统一,“没有知性的感性是盲目的,而没有感性的知性是空洞的。”“法律精神”的基础与此类似,“法律精神”也应当是“规范与事实”的统一体,“规范与事实”之间的关系应当是,“缺乏规范性的法律是盲目的,缺乏事实性的法律则是空洞的。”唯有如此,才能合理解决“法律精神”实证化过程中的难题。

二、公法精神的发展:意识形态与科学理论

将法律划分为公法与私法是一种非常古老的法律传统,在古罗马法中就有了公私法的划分与定义。查士丁尼在《法学阶梯》中将公民法定义为,“公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”^①古罗马五大法学家之一乌尔比安将公法定义为,“有关国家稳定的法律。”^②进入资本主义社会之后,随着罗马法的复兴,西方资本主义国家继受了公民法划分的传统,在罗马私法的基础上制定了适用于资本主义社会生产方式的私法体系。20世纪以来,随着社会的发展,出现了一些新的法律部门,无法涵括在传统意义上的公民法范围之内,公私法的划分方式受到了挑战。传统私法是个人主义为理论基础,强调私人权利与义务的明确性,传统公法以规范政权组织与运转为核心,强调对政府权力的法律控制,而新出现的法律部门,大多具有“社会性”,传统私法中的个人主义观念无法解释这一点,“社会性”法律的功能也超出了传统公法中政府应有的政治职能。“社会性”法律的大量出现,对传统公民法划分方式的挑战,说明人们对“公法精神”的认识远未达成一致。

罗马法复兴过程中,西方资本主义社会对罗马法公民法划分传统的继受,就法律内容而言,主要是对罗马私法的继受。这可能是因为古罗马时代的经济生产方式与资本主义社会存在很大的类似性。马克思认为,“罗马法是纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典的法律表现。”^③“以私

① [罗马]查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆2001年版,第6页。

② [意大利]朱塞佩·格罗索著:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第108页。

③ 《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1965年版,第454页。

有制为基础的法律的最完备形式。”^①“私有财产的真正基础,即占有,是一个事实,一个不可解释的事实,而不是权利。而只是由于社会赋予实际占有人以法律规定,实际占有才具有合法占有的性质,才具有私有财产的性质。”恩格斯认为,罗马法是“商品生产者社会的第一个世界性法律,能够被巧妙地运用于现代资本主义条件,以致一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修改”^②。马克思、恩格斯对罗马法的讨论,主要涉及罗马私法,并未涉及罗马公法的内容,他们认为,是近现代资本主义社会与古罗马时代在经济生产方式上的近似性导致了对古罗马私法的继受。正因为如此,人们对私法精神的认识保持了较高度的一致性。几乎所有国家的私法都会承认,私法的基本精神是“意思自治”或“行动自由”,差别仅仅在于“意思自治”或“行动自由”的程度。

相对于私法精神而言,人们对公法精神的认识充满争议。不仅不同国家对于公法精神的认识有差别,即使同一个国家在不同的历史时期对公法精神的认识也有所不同。在古罗马法中,乌尔比安对公法先后做过几种完全不同的定义。在《法学阶梯》中,他将公法定义为“涉及罗马帝国政体的法律”,而在他的某些著作中,他也将公法定义为“关于罗马国家稳定的法律”,或定义为“关于罗马国家公共利益的法律”。在生涯后期,他甚至放弃了公法定义中的“国家”范畴,认为罗马公法是涉及“共同体”利益的法律。一方面,罗马公法缺乏统一的定义,另一方面罗马公法规范本身也是不成体系的,在罗马帝国著名的法律汇编中,只有《民法大全》,而没有《公法大全》,罗马公法的规范散见于各种私法规范中,与私法规范交织在一起。^③ 罗马法时代之后,文艺复兴之前,人们对公法精神的理解大多与政治意识形态保持着紧密的关系。在欧洲中世纪,自罗马帝国时期被接受为国教的基督教变得非常强势,教会不仅仅是一个与宗教信仰相关的组织,也是一种足以与封建政权相抗衡的政治力量。教会与封建政权之间是一种共生关系,法律治理主要由封建政权实施,以维护国家良好的统治秩序,基督教则提供人们对生活与社会终极意义需求的信仰。

① 《马克思恩格斯全集》第20卷,人民出版社1971年版,第113页。

② 《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1965年版,第454页。

③ [意大利]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译——公法》,张礼洪译,中国政法大学出版社1999年版,“出版说明”第2—5页。

法律是世俗的,需要借助宗教信仰才能保持其神圣性,以及人们服从法律的自觉性,否则就会削弱法律维护统治秩序的功能。正是在这个意义上,美国著名法学家伯尔曼认为,“法律必须获得信仰,否则它将形同虚设。”^①宗教信仰也需要借助法律才能获得社会性,才能持续改善并提高其社会地位。根据伯尔曼的观点,法律(在欧洲中世纪主要是公法,私法则随着罗马帝国的灭亡、农业经济取代商品经济而基本消失了)与宗教共享四项基本要素,即仪式、传统、权威和普遍性。^② 这个时期的法律浸润着基督教关于“爱”的基本精神,西方社会中注重保障公民权利的法律传统与此有密切的关系。

文艺复兴时期,欧洲一些著名的思想家,如卢梭、洛克、霍布斯和孟德斯鸠等提出了一些重要的公法思想,如“天赋人权”、“社会契约”、“议会至上”、“有限政府”和“正当程序”等观念,这些观念至今还有非常重要的影响,甚至构成了美国等发达资本主义国家建国的理论基石。但是,正如马克思主义经典作家所分析的,这不过是在经济上取得成功的新兴资产阶级在政治上的反映而已,新兴资产阶级要在政治上取得统治地位,就必须借助一些思想武器作为政治上的意识形态,以对抗封建政权的政治意识形态。这些公法思想具有非常明显的针对性,“天赋人权”针对“君权神授”,“社会契约”、“议会至上”和“有限政府”针对“君权至上”“朕即国家”等观念。如果说封建政权的政治意识形态“君权神授”等观念是形而上学的,那么新兴资产阶级的政治意识形态“天赋人权”等观念也是形而上学的。“天赋人权”的观念相对于“君权神授”而言并不具有逻辑上的优越性。与上述形而上学的公法精神不同,以马克思主义历史唯物论作为思想基础公法精神观具有明显的科学性。马克思主义的公法精神建立在“经济基础”的范畴之上,认为公法精神等“上层建筑”由“经济基础”决定,公法精神并不是凭空而来的,也不是先验的,而是由社会历史条件决定的。

公法精神的意识形态性质与科学性之间的争议并未在 19 世纪终结,进入 20 世纪之后,两者的争论变得更为激烈。反形而上学的代表人物维特根斯坦认为,“凡能够说清楚的,就应该说清楚,对于不可说的,应当保持沉默。”意思

① [美]伯尔曼著:《法律与宗教》,梁治平译,三联出版社 2002 年版,第 458 页。

② 参见[美]伯尔曼著:《法律与宗教》,梁治平译,三联出版社 2002 年版,“译者说明”第 458 页。