

汉译世界学术名著丛书

分科本◎政法

纪念版

公法的变迁

〔法〕狄骥 著



SINCE 1897

商務印書館
The Commercial Press

汉译世界学术名著丛书



纪念版

公法的变迁

〔法〕狄骥 著

郑戈 译



商务印书馆

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

公法的变迁/(法)狄骥著;郑戈译. —北京:商务印书馆,2017

(汉译世界学术名著丛书:120周年纪念版.分科本.政治、法律、社会学)

ISBN 978-7-100-13135-3

I. ①公… II. ①狄… ②郑… III. ①公法—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 062180 号

权利保留,侵权必究。

汉译世界学术名著丛书
(120周年纪念版·分科本)

公法的变迁

〔法〕狄骥 著
郑戈 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京新华印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-13135-3

2017年8月第1版

开本 880×1240 1/32

2017年8月北京第1次印刷

印张 7%

定价:35.00元

Léon Duguit

LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC

Librairie Armand Colin, 1913

本书根据 A. 科林出版社 1913 年法文版译出

汉译世界学术名著丛书

(120 周年纪念版·分科本)

出版说明

2017 年 2 月 11 日,商务印书馆迎来 120 岁的生日。120 年前,商务印书馆前贤怀揣文化救国的理想,抱持“昌明教育,开启民智”的使命,立足本土,放眼寰宇,以出版为津梁,沟通中西,为中国、为世界提供最富智慧的思想文化成果。无论世事白云苍狗,潮流左右激荡,甚至战火硝烟弥漫,始终践行学术报国之志,无改初心。

选译世界各国学术名著,即其一端。早在 20 世纪初年便出版《原富》《天演论》等影响至今的代表性著作,1950 年代后更致力于外国哲学和社会科学经典的译介,及至 1980 年代,辑为“汉译世界学术名著丛书”,汇涓为流,蔚为大观。丛书自 1981 年开始出版,历时三十余年,迄今已推出七百种,是我国现代出版史上规模最大、最为重要的学术翻译工程。

丛书所选之书,立场观点不囿于一派,学科领域不限于一门,皆为文明开启以来,各时代、各国家、各民族的思想与文化精粹,代表着人类已经到达过的精神境界。丛书系统译介世界学术经典,



引领时代思想,为本土原创学术的发展提供丰富的文化滋养,为推动中国现代学术和现代化进程做出了突出的贡献。

为纪念商务印书馆成立 120 周年,我们整体推出“汉译世界学术名著丛书”120 周年纪念版的分科本,延续传统分为橙色、绿色、蓝色、黄色和赭石色五类,对应收录哲学、政治·法律·社会学、经济、历史·地理和语言学等学科的学术经典著作,既利于文化积累,又便于研读查考,同时向长期支持丛书出版的译者、编者和读者致以敬意。

两甲子后的今天,商务印书馆又站在了一个新的历史时间节点上。我们不仅要铭记先辈的身影和足迹,更须让我们的步伐充满新的时代精神。这是商务人代代相传的事业,更是与国家和民族的命运始终紧密相连的事业。我们责无旁贷,必须做好我们这代人的传承与创造,让我们的努力和成果不仅凝聚成民族文化的记忆,还能成为后来人可以接续的事业。唯此,才能不负前贤,无愧来者。

商务印书馆编辑部

2017 年 5 月



目 录

导论.....	1
第一章 主权理论的衰落.....	9
第一节 古罗马的“治权”概念.....	9
第二节 主权在封建时代的部分瓦解;它如何得以存续 下来	11
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	12
第四节 博丹、勒瓦索、勒布雷和多马的理论	14
第五节 革命将君主的主权替换为民族国家的主权	17
第六节 革命信条对主权的批评	18
第七节 主权概念与某些重要事实的不相容性	21
第八节 论权力分散与联邦制	25
第九节 主权概念无助于保护个人免受专制之害	30
第二章 公共服务	36
第一节 主权理论已经破产	36
第二节 虽然公法理论尚未明确承认这一事实	38
第三节 主权概念已经为公共服务的观念所取代	42



第四节	现代公法的基础是什么(1).....	47
第五节	现代公法的基础是什么(2).....	50
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	55
第七节	它也保障了政府直接提供的公共服务	60
第三章	制定法	67
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	68
第二节	建构性法律的含义	72
第三节	法律与行政规章之间的区别	76
第四节	制定法与行政理论	80
第五节	学说与判例	85
第四章	特殊法规	90
第一节	地方法规	90
第二节	地方权力部门的规章	94
第三节	制定法与纪律性规章	98
第四节	志愿组织的规则	103
第五节	协定式法律:集体劳动协议	110
第六节	协定式法律:公务的特许经营	113
第七节	协定式法律的强制性	115
第八节	保障协定式法律之履行的强制力	118
第五章	行政行为	122
第一节	主权行为与非主权行为	123
第二节	这种区分的消失	127



第三节	行政行为的属性·····	130
第四节	国家及其契约·····	134
第五节	行政机构的日常事务·····	137
第六节	行政机构与法院的关系·····	139
第七节	同其他国家比较·····	145
第六章	行政诉讼·····	150
第一节	“越权行为之诉”的形成·····	150
第二节	主观性的行政诉讼与客观性的行政诉讼·····	154
第三节	“越权行为”之诉的范围和性质·····	157
第四节	政治行为概念的消失·····	162
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·····	168
第六节	司法裁决对行政机构所具有的效力·····	174
第七章	责任·····	179
第一节	主权与不负责任·····	179
第二节	国家责任问题在当代的提出·····	183
第三节	议会的行为·····	187
第四节	立法方面的责任·····	192
第五节	国家对司法人员行为的责任·····	197
第六节	国家对行政人员行为所承担的责任·····	201
第七节	国家对政府规章所负的责任·····	207
第八节	公务员的个人责任·····	211
第九节	公务行为与个人行为·····	213
结论	·····	219
译跋:公法仍在变迁	·····	221



导 论

IX

为什么要专门研究公法的变迁？法律不正是像其他社会现象一样处在持续的变迁之中吗？整个法学研究不正是涉及到对法律制度演进的分析吗？对公法之变迁的研究，不就是公法研究本身吗？

的确如此，但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,但它在法国的确表现得最为强烈。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;XI 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。这样说不仅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这种国家公法体系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。这种公法体系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。

^① 莱昂·狄骥(Léon Duiguit):《私法的总体变迁》(*Les transformations générales du droit privé*),巴黎:1912年版。

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地表述。这种理论和原则的力量来自于两个基本的观念。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之内的民族。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。 XII

国家的成员同时具有公民和臣民两种身份。作为行使主权利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,公法是这一套规则的总称: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。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,这样一套公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。 XIII



这样,国家的权利就必然同个人的主观权利相对立。个人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、警察和司法机构,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。 XV

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;因为它所赖以为基础的 subjective 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力。

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唯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,它们已经成为一种形而上学的概念,无益于任何真正具有科学性的制度。人们早就认识到, XVI 君权神授并不能作为主权利的解释。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。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，任何一个个人都没有权力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。

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。比如，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,XVIII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需的权力的最小值。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利力。它只拥有一种为了满足组织公共服务的需要而必需的权力。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。公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。

