

论公法变迁的狄骥范式

张安然

摘要: 公法变迁的狄骥范式可以整理为: 专门研究公法变迁的原因在于范式转换的意义辨析, 研究基础在于方法上的功能主义, 法律体系制度背景是公私法的协同演进, 社会背景是公法问题与社会学方法的关联, 公法的核心观念从国家主权变迁为公共服务, 公法体系要素的变迁影响了现代公法理论的结构与内容, 公法变迁的公法理论脉络呈现为公共服务理论的兴起和影响。

关键词: 公法变迁; 狄骥范式; 公共服务理论

作者简介: 张安然, 北京大学法学院博士研究生。

中图分类号: D909 **文献标志码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2019.04.003

莱昂·狄骥在《公法的变迁》一书中以清晰的逻辑、犀利的笔触、厚重的历史和妥帖的修辞为公法研究者呈现了一幅法国公法变迁的图景, 以研究公法变迁的问题、思想和方法成为法学经典著作, 并且成为狄骥公法研究的代表性范例。“范式”在前些年的法学界曾经作为一个时尚语词流行过并影响了中国法学的研究和反思, 公法研究实际上也是在某种范式中有意无意地展开的。以《公法的变迁》为线索和代表, 可整理和呈现公法变迁的狄骥范式, 从而为回顾和检视中国公法的变迁提供借鉴。

一、公法变迁的范式研究价值与狄骥范式的组成

公法一直在变化, 但是只有伟大的公法学家才能捕捉到并提炼出具有范式转换意义的概念、命题和体系。狄骥在《公法的变迁》开篇就提出一个重要问题: “为什么要专门研究公法的变迁?”^[1] 对于法国宪法和行政法中正在发生的法律变迁, 狄骥从观念、制度、概念等不同层面予以全面分析和把握, 总结提炼出公法变迁的体系性命题, 在清晰的范式转换意识基础之上自信地宣称法国公法的变迁将引领世界公法发展的新趋势, 恰如《拿破仑法典》及相应民法理论之于世界私法发展的影响。

对于公法研究范式的界定和描述, 宋功德的观点具有代表性, “公法研究范式由一个被假定为有解的公法学难题、一群持有相同学术见解的公法学人、一套获得普遍认同的理论框架、一个或一些得到广泛模仿的代表性范例这四种基本元素共同构成”^[2]。面对法国公法领域的现实变迁和观念转型, 在充分反思现有法学理论并借鉴社会科学知识和方法的基础上, 狄骥提炼出具有范式转换意义的概念、命题和理论体系, 撰写了代表性著作《公法的变迁》, 开创了公共服务理论, 丰富和改变了公法体系要素, 探索了影响后世的公法变迁的典型研究方法, 因此构成了公法变迁

的狄骥范式。

公法变迁的狄骥范式可以整理为七个方面。狄骥认为专门研究公法变迁的原因在于范式转换的意义，狄骥范式的研究基础在于方法上的功能主义，法律体系制度背景是公私法的协同演进，社会背景是公法问题与社会学方法的关联，公法的核心观念从国家主权变迁为公共服务，公法体系要素的变迁影响了现代公法理论的结构与内容，公法变迁的公法理论脉络呈现为公共服务理论的兴起和影响。

二、狄骥范式的公法研究功能主义路径创新

目前法学研究的一个热点就是法教义学和法律社会科学之间的激烈辩论，这与相关学者对中国法治实践的状况和法学研究的任务判断密不可分。对于回应并实现公法变迁而言，法教义学意义上的概念更新与体系拓展是公法变迁结果的体现，法律社会科学路径的解释和探索也必不可少。

中国法学始终面临着如何回应转型社会复杂变迁的问题，原因在于传统的法学研究多是在既定的框架下进行和展开的，尤其是现代中国法学的重建和发展又处在移植和借鉴法治发达国家经验的背景之下。既有的法学体系可能与中国的法律实践本身就有隔阂和不适应之处，加之中国经济社会的快速转型与发展，使法学研究面临着时代性的共同问题和中国自身的独特问题。在诸多问题背景下，法学研究应着眼于社会经济发展，努力为社会现实的研究提供理论资源，进而为社会转型提供理论指导。在这一过程中，西方国家的法学研究和实践经验亦值得借鉴。当下，法律仍然是主要的治理方式，法律职业活动亦有助于维护既定的社会秩序，但是法律制度的改革并没有停下脚步，而且是在经济学、社会学、政治学等社会科学的跨学科研究和外部视角检视下展开的。这是由法学的规范性所决定的。传统的法学研究守成有余而创新不足，内部视角的审视不能替代外部视角的变革，法律制度的改造带来法律体系的更新；与此同时，法学重构其理论体系并顺应社会经济转型和时代发展的需要^[3]。

通过公法问题和社会学方法的结合，狄骥开创了功能主义的公法研究路径，结合法国公法的既有理论和实践，将变迁的公法理论在公法理论体系要素更新中予以落实，这正是法学和社会科学或者说法教义学和社科法学结合的法学研究范例。狄骥本身就是一位社会学家，深受同时代孔德实证主义哲学和涂尔干社会连带主义思想的影响，其公法观正是其社会学思想在法学理论上的体现。他将“社会连带关系”作为其全部学说的理论基石，在法学领域创立了社会连带主义法学，并主要应用在宪法和公法问题研究上^[4]。狄骥从社会实证角度观察提炼社会连带的客观现实，并由此出发推导道德规范和法律规范，进而再到实在法^[5]。作为一位对社会变迁有洞察力和敏锐问题意识的法学家，狄骥在旧秩序的解体之际，投身到新制度的构建中去。他采取的研究和理论构建方法就是借助新兴的社会学实证方法更新既有的公法知识理论体系。英国公法学家马丁·洛克林认为，狄骥是应用社会学方法来为公法学寻求根基的“最成体系的法学家”^[6]。

公法研究可以归纳为规范主义和功能主义两大基本路径。狄骥在公法研究中引入社会学的研究方法，提炼出具有代表性的“公共服务”概念和理论，进而使公法基础理论由“公共权力”变迁为“公共服务”。狄骥的公法研究在思想基础、研究取向和研究主题上都具有鲜明的功能主义

特色^[7]。通过社会实证回应公法问题,转换了传统的公法理论视野。狄骥因此成为公法研究功能主义路径的开创者,其开创的功能主义研究方法直到今天仍然对法国公法乃至世界公法具有相当影响。

三、狄骥范式的公私法律制度协同演进背景

考察狄骥的生平和著作目录可以发现,在发表《公法的变迁》之前,狄骥已经在公法基础研究和宪法学研究领域耕耘了十几年,而且对私法的变迁进行了深入研究。《公法的变迁》的成功与狄骥对法律制度整体变迁的深入研究密不可分。《公法的变迁》的作者并不是就公法言公法,而是从整个公私法律制度的协同演进背景中进行解释和判断。

狄骥在其公法学代表作《宪法论(第一卷)》(1911)中以社会连带关系为基础,重新诠释了法律规则、法律行为、国家、国家法、国际法等法学基础概念,反对当时法国法学界占支配地位的个人主义思想和形而上学方法,主张取消传统法学中的一些基本观念,例如主权、权利、法人等。在《〈拿破仑法典〉以来私法的变迁》(1912)一书中,狄骥从实证主义的社会学方法和社会连带法学理论视角论述私法的变化,认为“权利”是一种社会职务或社会功能,近代民法典的原则随着社会变化而变化,以及国家对私法的干预逐渐广泛而深入。正是在对宪法基础问题和私法变迁进行考察的基础上,狄骥开始了公法变迁的系统性考察,或者也可以说公法的变迁构成了其整体法律研究的重要组成部分。他清晰地认识到所处时代的法律制度正在发生一场全方位的深刻变化,这种变化涉及公法制度也涵盖私法制度,而且公私法制度的变迁源于类似的起因,可以抽象概括到同一个范式之中,并且呈现为一种平行和类似的关系。

在中国当前的公法研究中,我们一方面面临着具体公法制度塑造和改进的任务,另一方面也面临着在宪法实施中解释和建构中国宪法秩序的基础工作;一方面需要通过法治的框架构建和完善来控制恣意的行政权力,另一方面也面临着公共治理所带来的诸如经济社会规制、环境治理、风险预防、互联网治理和区域合作等问题,还需要全盘考虑包括行政法、民法、刑法在内的整个法律制度的变迁与效率优化。公法变迁的宪法基础研究和公私法协同研究应当成为公法研习者必备的知识基础和理论视野。

四、狄骥范式的政府职能变迁背景与社会实证基础

狄骥提出“公共服务理论”是其所处历史背景和理论背景综合影响的结果。19世纪末到20世纪初,西方发达国家正处在历史转型期,国家的社会管理职能急剧膨胀,各国逐渐加大对经济与社会事务的干预,国家角色由施行统治颁布命令的主权者转变为社会公共服务的提供者。与此相应,政治哲学和社会思想也从以前的个人自由和权利至上转向个人利益与社会利益的平衡统一。

作为与国家和政府有关的公法,其变迁最直接的原因和表现就是国家角色和政府职能的变迁。狄骥认为在国家职能发生大幅度变化的背景下,传统的与主权概念兼容的国家职能是战争、治安与司法,现代国家作用已经转变为组织产业经济和提供公共服务,与之相适应的国家职能应

是公共服务。狄骥学说的全部目的在于使政治权力及个人意志均遵循客观法，促使统治者支持、促进社会团结，使用“公共服务”概念摒弃“公共权力”并以全新的方式定义“国家”：国家是为连带社会主义提供服务的制度^[8]。

狄骥本人就是一位重要的社会学者和政治思想家。在孔德影响下，他认为科学的社会理论只能描述和解释重大变化的事实，力图以社会实证主义为基础消除法学中所有的神学因素，批判盛行一时的形而上学法律观^[9]。法国行政法的发展建立在行政法院判决的基础之上，狄骥亦将其理论建立在大量的法国行政法院案例分析的基础之上，这就使得其思想具有坚实的社会实证基础。

法学有其运作逻辑并在一定程度上呈现为一种自我封闭的运作系统，即使是面对社会背景的转换，其提问和回答方式也呈现为一种回应外部变迁和自我更新的过程。公法是一个相对封闭的规范理论体系，但与此同时，公法与政治之间呈现为一种互动关系，各种公法理论背后都反映现实政治的变迁并隐含政治价值取向。公法是有关国家和政府的法，社会背景的变迁和社会新问题的出现带来国家角色和政府职能的变化，需要通过社会学方法的观察和提炼，反思原有公法理论的基础概念和体系，围绕权利保护这一主题对公法进行调适或变革。

五、狄骥范式的公法基础理论变革和公共服务理论的崛起

公法的变迁绕不开主权理论。开始于罗马公法的“皇帝的天赋权力”，历经中世纪封建契约下的“封建领地所有权”，以及16世纪绝对主义国家兴起下的“君主主权”，再到资产阶级革命时代“人民主权”对“君主主权”的取代，“主权”理论依然是狄骥时代公法的核心。狄骥根据法国的社会与政治现实清晰地指出传统主权理论预设的矛盾之处，国家与民族之间的对应一致关系经常是不存在的，地方分权主义和联邦主义事实上挑战国家主权单一和不可分割的观念，统治者的任务也在传统的国防、治安和司法服务之外得到极大扩展。

主权理论谢幕之后就是公共服务理论的崛起。公共服务理论力图清除主权理论的地基，基于现实主义和社会化的方法与立场，凭借社会连带事实揭开国家形而上学的面纱。任何统治者均应当提供公共服务，尤其是在主权理论破产的现实情况下，公共服务自然成为统治者的主要义务。权力不是统治者的主观权利，而是其客观行为能力，其生成取决于“历史、经济、社会”，而正当性却系于对社会连带性的维护^{[1]46}。狄骥认为社会连带关系有两种：一是“同求连带”，建立在“相似性”基础之上；二是“分工连带”，建立在“劳动分工”基础之上。相应的，统治者不但要继续提供“国家防御、维护国内安全与秩序、司法”等传统服务，维护整个社会的同求连带关联性；更要不断提供通讯、交通、电力等“实现与促进社会团结”的必要服务，强化社会基于分工连带的相互关联性。作为调整政府与公民关系的法律规范，公法主要涉及公共服务活动，应当设法与社会事实派生出来的客观法相匹配，不应再以命令为基础，而应成为组织政府和实现公共服务功能的基础^[10]。用公共服务取代公共权力并使之成为公法学的核心概念，可使法律满足限制权力与促进权力的平衡诉求，可使政府关注点落到服务过程和服务质量上，可落实目的论的法律解释和裁判原则。

在社会现实的基础上，狄骥从理论上把握住了时代的发展趋势，预见到了包括行政国家、福

利国家和规制国家的兴起在内的20世纪后半叶至今的社会发展动向,为法治的发展提供了理论指引,使公法可以随国家权力扩张而灵活调适自己的规范尺度。不容否认的是,狄骥在强调公共服务的同时,存在过于忽略国家主权和公共权力面向的问题。历史的变迁往往不是断裂式的发展,而是累积式的渐进过程,学者的理论设想有引领时代发展的价值,但更多的只是理想类型意义上的归纳和建构。

六、狄骥范式的公法体系要素变迁

公法体系的变迁始于从主权理论到公共服务理论的公法基础理论变革,进而带来公法规范、行政行为、国家责任、行政诉讼和司法审查的一系列变化。在这一过程中,狄骥也清楚地刻画出理想的公法理论所应该具有的结构和内容。

公法规范的变化,首先是规范种类的多样化,以现代公务规则为依据,识别和纳入相应的社会规则。随着公共服务取代主权成为公法的基础,制定法在主权理论中的唯一法律依据地位也相应地发生了变化,现代公务的规则扩展到行政机关、地方主体、社会组织体等公共服务提供者制定的规则,集体合同和行政合同也涵盖在内。其次是制定法必须接受法院审查并可能承担责任。主权理论的破产意味着制定法不能再被视为主权行为,制定法因符合社会连带性要求而成为法律规范,因此须接受法院审查并可能因此承担责任。行政机关、地方主体、社会组织体等公共服务提供者制定的规则亦然。

在行政行为领域,随着主权理论的破产,主权与非主权行为之间的区分消失,行政行为须接受法院审查。分权原则要求法院具有司法审查权,法国有必要建立就侵犯公民权利与自由进行审查的最高法院。行政行为理论的确立需要处理以下系列问题:与民事行为的区别、行政合同的性质、事实行为的界定、行政行为的识别。就意思表示而言,行政行为区别于纯粹的私人民事行为,应当理解为切合“公益目的”的“意思表示”,包含行政主体的单方意思表示和行政主体与相对人的合意表达;行政合同应当恢复到真正合同的水平,行政主体必须全面履行合同,主权名义下的优先权自然不复存在;行政机构的日常管理,如市政工程、交通、通信运营等产业服务行为,因不具有意思表示性质而构成事实行为,但因与行政行为密切相关仍应接受公法的约束;行为的目的性成为区分行政行为的关键,也划定了行政诉讼的范围,任何行政行为均受公法规范调整,还应接受法院审查。只要行政行为超出社会连带性的要求,完全有可能被起诉并接受法院审查,行政诉讼也就相应地确立起“越权行为之诉”的主体地位,行政自由裁量与政治决断的空间在法治原理的挤压下被极大地限制和缩小。狄骥认为分权原则当然要求法院具有司法审查权,并且从对行政规章合法性的审查到对正式制定法合宪性的审查也是自然而然和无疑义的。在此基础上,狄骥明确提出法国应当建立最高法院。通过最高法院裁量公民因行政机关立法侵犯其宪法权利提出的申诉,审查侵犯公民权利与自由的行为。

在行政责任领域,行政风险导致行政责任,过错归责原则应被行政风险原则取代。“当公务员在合法履行自己职务的过程中给一个人或一个团体造成损失时,国家应当承担责任”,这是因为“行政风险导致了行政责任”;而未造成他人利益损害的行为,例如抽象行政行为,同样可能基于越权之诉被告上法院,从而使行为主体承担立法无效的责任。狄骥对议会行为和立法方面的

责任，国家对司法人员、行政人员和政府规章所负担的责任，以及公务行为与个人行为区分下的公务员责任，也给予了细致论述和说明。

经济社会的发展带来社会关系的变迁，进而导致对国家和国家任务理解的变化，公法作为调整国家本身及其与社会成员关系的法律规范，亦发生从规范、行为到责任的全面而深刻的变化。公法变迁的狄骥范式不仅提炼出社会现实变迁的理论命题，提出公共服务理论，而且由此阐发了包括规范、行为和责任在内的整个公法结构和体系要素的系统变迁。

七、狄骥范式的公法理论脉络及其公共服务理论的重要性

在狄骥的学生时代，法国宪法学和行政法学仍然被边缘化。正是在狄骥和同时代的莫里斯·奥利乌等诸多公法学家的努力下，宪法学与行政法学终于成为同传统民法学享有同等地位的独立法学部门。回顾法国行政法学的发展阶段，可更好地理解狄骥范式的地位、作用和意义，从行政法发展史和法国公法学术理论脉络中深入理解公共服务理论的兴起和影响，完整地认识公法变迁的范式转换价值。

根据法国行政法学家莫里斯·奥利乌的观点，法国近代行政法学的形成和发展，大体可以分为三个时期^[11]：在“潜在的创造期”（1800—1818），法国行政法院的审判职能还不健全，行政案件的判例尚未公开，行政法研究的系统著作尚未出现，但学者们已注意到行政法院在法国政治和法律生活中的重要性，并开始研究阐释未公开的判例；在“明显的形成发展期”（1818—1860），法国行政法学界的持续努力有力地推动了法国行政法的发展，包括行政法院改革大论战、行政法讲座的开设、“巴黎学派”和“普瓦捷学派”的形成和发展、行政法总论以及行政法各论作品的出现，最终导致了行政法学的诞生；到了“组织化的时代”（1860—1920），法国行政法学界进一步出现了一批开创性的学者，其代表人物为奥柯、莱菲利埃尔以及俾特密、狄骥和奥利乌等人，他们推出的数量众多的成熟作品使法国行政法学最终定型。

19世纪主导法国行政法学的“公共权力说”到了该世纪末20世纪初受到了挑战，“公共服务”的观念逐步取代了“公共权力”的观念。狄骥以公共服务为核心构建其行政法理论，也被称为“公共服务理论”。经过进一步完善，学界把这一理论称为“公共服务学派”或“波尔多学派”。该学派发展成20世纪初法国行政法学的主流学派，其重大贡献在于强调公共服务在现代行政法上的意义，以及重构国家责任原则理论，如狄骥所期望的那样深远影响了各国行政法的发展。同时期还有奥利乌的行政法理论，奥利乌基于“制度理论”更强调行政的公共权力性和公共服务目的性之间的共存和均衡。在此之后，法国行政法学的发展主要围绕“公共服务理论”和“制度理论”展开，可见狄骥和奥利乌的公法理论对法国行政法学和公法发展的重要影响。

社会实践的发展、公法问题的涌现要求公法研究范式持续变迁，或者是进行体系内的自我修正，或者是进行革命性的转换，狄骥范式也不例外。法国公法学者 Grégoire Bigot 从意识形态、理论和法律等方面归纳了“公共服务”观念的原创性内容，也从公共服务的标准问题出发阐明公共服务概念破产的原因：标准模糊、单一，既不能经受判例的检验，也未能经受学理的检验^[12]。实际上，公共服务理论的提出、完善和变迁，恰恰印证了狄骥的明智论断，对公法之变迁的研究就是公法研究本身，公共服务理论已经在法国公法乃至世界公法理论和研究中留下印记并影响至

今,狄骥开创的公法变迁的研究范式更是深刻地影响了公法学理论和研究。

八、公法变迁亟待建立新范式

当今中国正处于公法变迁的新时代,这对公法研习者提出了问题:能否敏感地捕捉到公法变迁的趋势?能否提出有意义的公法概念和理论并构建中国范式以回应挑战?恐怕狄骥的期望是每一位公法研究者孜孜不倦、砥砺前行的不竭动力:“未来的一代将会感到非常幸福,因为他们的法律体系(在形式上比我们的法律体系更加先进)能够使他们避免教条和偏见,更大程度地实现自由。”^{[1]220}

参考文献:

- [1] 狄骥. 公法的变迁 [M]. 郑戈, 译. 北京: 商务印书馆, 2013.
- [2] 宋功德. 公法研究范式的构造、确立及其变迁 [J]. 法学论坛, 2007, 22 (4): 29-36.
- [3] 郑戈. 法学是一门社会科学吗?——试论“法律科学”的属性及其研究方法 [J]. 北大法律评论, 1998 (1): 1-30.
- [4] 罗斯科·庞德. 法理学: 第1卷 [M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 188.
- [5] 王名扬. 谈谈狄骥的实证主义社会法学 [J]. 法国研究, 1986 (2): 59-65.
- [6] LOUGHLIN M. Foundations of public law [M]. London: Oxford University Press, 2010: 402.
- [7] 刘艺. 行政法的功能主义之维 [M] // 文正邦. 宪法与行政法论坛: 第4辑. 北京: 法律出版社, 2010: 12-29.
- [8] 迪特·格林, 王蔚. 狄骥思想之德式解读 [J]. 交大法学, 2018, 9 (3): 156-162.
- [9] 帕特里克·贝尔特, 菲利佩·卡雷拉·达·席尔瓦. 二十世纪以来的社会理论 [M]. 瞿铁鹏, 译. 北京: 商务印书馆, 2014: 14-52.
- [10] 王本存. 狄骥对现代公法理论的重构——从主权到公共服务 [J]. 现代法学, 2009, 31 (5): 9-13.
- [11] 何勤华. 法国行政法学的形成、发展及其特点 [J]. 比较法研究, 1995 (2): 170-179.
- [12] BIGOT G, 成协中. 行政法上公共服务观念在概念上的破产 [J]. 行政法论丛, 2008 (1): 339-351.

On the Léon Duguit Paradigm of Public Law Transition

Zhang Anran

Abstract: The Léon Duguit paradigm of public law transition can be sorted as: the reason for studying the change of public law transition lies in the analysis of the meaning of paradigm shift, the research foundation is the functionalism method, the background of the legal system is the coordinated evolution of public and private laws, the social background is the relationship between public law and sociological method, the change of the core concept is from national sovereignty to public service, the change of the elements of public law system affects the structure and content of the modern public law theory, and the theoretical context of public law transition demonstrates the emergence and influence of public service theory.

Keywords: public law transition; the Léon Duguit paradigm; public service theory

(收稿日期: 2019-04-15; 责任编辑: 晏小敏)