

著名世界譯漢

# 公法要義

著 幾 狄 翁 勒  
譯 煩 肇 楊

商務印書館發行

楊肇煥譯  
Léon Duguit 著

公  
法  
要  
義

商務印書館發行

# 譯序

本書原名，直譯爲一般公法之講課，以冗而不文，特易今名，仍不背原義，乃法國南方保爾多（Bordeaux）大學法學院院長勒翁狄幾（Léon Duguit）教授受聘埃及大學法學院院長時，在該大學所作之講義，其始末具詳於原序中。

先生以實驗社會科學家態度研究法學，在法學界實特樹一幟。尤深於法律哲學，不惟有獨到之識見，新穎之主張，其推論亦甚精警，且處處衡之以現實及實驗，故所講頗較近真理而爲並世法學家所罕能匹儔。先生本著有憲法研究五巨冊，詳述其法律哲學及公法上之主張。惟全譯須二百數十萬言，余已着手翻譯約二十餘萬字，以篇幅過巨，非專研公法者，鮮肯問津，且需時過久，無以早饜讀者之望。本書篇幅甚少，易於瀏覽，且於公法重要問題及先生主張，亦已大致包羅，閱者讀卒此書，已可得先生學說之梗概，而省時則甚多。

先生學說之最主要者，爲個人主義學說之排斥；權利，主權及法人人格之否定，其尤精彩者，厥爲尊重義務與社會聯帶責任。自個人學說興起，盛行於歐美者達三世紀，天賦人權，自由之義深入人心。主權亦由德法學家所倡導而風靡一時。影響所及，雖曾掀起革命，推翻王座。然流風所播，惟權力是競，功利是尙。在經濟則形成階級之懸殊，在政治則助長武力之崇

尙。專制國家固信奉軍國主義，卽民治國家亦何嘗不爲增加生產而求原料，而覓殖民地，更何嘗不因保護生產，推廣市場而大修軍備。其結果則人間慘禍，不惟紛至沓來，亦且愈絕前古。卽今日東亞空前之慘痛，何莫非敵閥襲德人之餘毒而致之也。然而反觀吾國，數千年來，不聞權利之語。於盡人應尊之道，則曰忠恕，而忠恕之解釋則：「盡己之謂忠，推己之謂恕。」於政治經濟，則曰：「不患貧而患不安，不患寡而患不均。和無寡，安無傾」。「力惡其不出於身也，不必爲己。貨惡其棄於地也，不必藏於己。」於政治則曰：「一夫不獲，時予之辜」。「視天下之有饑者，猶己饑之也。視天下之有溺者，猶己溺之也。」「正其誼不蒙其利，明其事不計其功。」故立國數千年，除剷除暴君汚吏而革命，及抵抗外族之憑凌外，甚少戰爭之慘禍。縱偶有一二雄桀之君，如秦皇漢武者，其偉烈豐功，實較菲烈德一世 (Frédéric Ter.) 拿破崙一世 (Napoléon Ter.) 諸帝遠過之。而吾國評史者不惟未嘗過於欽崇，且謚之爲窮兵黷武，譏之爲好大喜功，而人民亦不熱烈崇拜之。是則蔑視功利，尊尙義務，乃吾國傳統之文化也。吾今茲之爲此言，非擬倡復古運動，更非盲目尊古。特以見吾國文化之深厚，不盡是所謂「吃人的禮教」。學者於舊有文化之惡劣者，應吐棄之，革新之。於其優美者，宜保持之，發揚之。而於舶來品之裨販，則務宜慎所選擇，庶能蒙其利而不受其害，不再蹈今日東亞公敵所爲之覆轍，則幸甚矣。

先生對於舊說之排斥及權利與主權之否定，似爲破壞的；但非無建設者：蓋先生曾以法律

地位之觀念代替權利之觀念，以公共服役之觀念代替主權觀念也。較之舊說，且更論理而更確實。先生主張法高於國家，國家爲法所限制，與其服膺民主主義，認今世獨裁政治爲一時過渡現象；均爲其一貫之主張而具卓識之言也。其區別法律地位與法律行爲爲主觀的及客觀的，乃甚明瞭而精審。其區別國家之法律行爲爲形式觀點及實質觀點，尤爲一般公法學者所未詳。其主張法官對不合理性之法律應採不知識該法律而不適用之，雖似爲極大膽之主張，然仍以不弄法爲要義，要不失爲適宜之處權耳。至論國家之責任應以危險之理想代替過失之理想，尤爲持平之言也。

要之，此書着墨無多，而涵義甚豐，正所謂夾縫中有文字在；學者務宜細心領會，於所未知者求其知，於所已知者求其詳盡。倘能就此書博稽而鉤參之，條理而詳釋之；則其裨益於公法之鑽研，必非淺鮮矣。

治法學者其初每覺其平易；迨研究稍久，進入專門問題時，又每覺其枯燥。實則法與人生及社會靡不息息相關，包羅宏富，萬象森列。先生謂宜擴充法學之研究爲社會科學之研究，誠見遠識到之言。卽在吾國古代，治律學者，如董仲舒、馬融、鄭玄、杜預之流；皆以經學大師而精於律學者。是故治法學者，不當僅以疏解法律爲盡其能事，必須能搜求真理，使法律上之新原則不斷發現，亦猶治自然科學者之不斷發現新定律；則法律之爲用，不僅爲維持和平正義之工具，亦且進而爲人類社會之指針，然後治法學者方爲畢其能事也。

達爾文 (Darwin) 進化論所主張之生存競爭，實祇描寫進化之一面，其他一面乃爲合作。就動物界而論，因求食等而有嫉妒心，爲競爭的根源；因牝牡與母子之愛而有同情心，爲合作的根源。兩者同爲生存之必要條件。競爭促進生物種屬之分化。使生物界發生多數不同之種屬。合作促進生物種屬之繁殖，使生物界某某一定種屬興盛。因此理由，在生物進化史之初期，高等生物尙未發生時代，自然以競爭爲生物界之主角。然在進化史之後期，生物界已甚發達時代。即應由合作扮演主角矣。人類既是最高等生物，而又是社會生物；故祇要合作而無需競爭。近代許多愛好和平之學者常言：從單細胞生物進化至人，須靠競爭；而自生人以後，則進化須靠合作。此實顛撲不破之至理也。蓋動物因求食等之演進而有利己心，因性愛母愛等之演進而有利他心。人爲最高等動物，自兼具有此兩種心理。惟在人類，利己心發達者，則崇尚權力，其方式爲自私，爲掠奪；其結果則殘民虐物。利他心發達者，則尊重義務，其方式爲互助，爲合作，其結果則爲仁民愛物。兩兩相較，得失判然。今先生以義務及社會聯帶責任爲其主張之骨幹，可謂知所本矣。倘能因此書之出現於吾國，而能致上自執政，下至販夫走卒，皆能以尊重法律之心尊重義務，皆能各盡其所應盡之責任；則不惟抗戰之必勝可期，即國家之臻於邦治，亦可指日而待；是則譯者翻譯本書動機之一也。

先生雖有精良之學說與崇高之理想，而有待於實現者極夥。惟不幸先生於數年前已歸道山，學海失一明星，法界失一導師，固可慟悼；然先生之義理，則昭垂千古。倘吾國學者能繼

其緒而發揚光大之，則先生雖死而不死矣。倘吾國立法家確能就現世所有之「保護資本家之法律」「權利本位之法律」而制成「保護大衆之法律」「義務本位之法律」。則不惟先生與有光榮，抑亦後死者應盡之責；是則譯者翻譯本書之又一動機也。

嚴又陵嘗謂：必兼信，達，雅，之三者，然後可盡翻譯之能事。譯者於此書之譯出，力求忠實達意，自維譴陋，未敢求雅。兼欲求其通俗，去雅更遠。尙祈閱者諒而教之，不勝幸甚。

二十八年九月二十九日潼南楊肇煩序於香港

# 序

一九二五年八月之末，余有光榮接受埃及王殿下駐巴黎全權公使巴夏 (Fakri Pacha) 閣下之訪謁於保爾多 (Bordeaux)。彼以政府名義來請求余爲包爾國立大學中之法學院第一任院長，該大學乃一九二五年三月十一日法律所創造也。此請求乃過於稱譽者，致余對此請求能反對絕對不接受之意向。然余不能長月離開法國及我親愛之保爾多學院。於是商定余在凱羅 (Caire) 之使命爲有限時期，而余有光榮爲埃及法學院院長者，僅歷時三月。

卽在此等條件中，余於一九二五年十一月二十三日離法國，同月二十九日到達凱羅。余有光榮卽時由法國公使介紹於福阿特 (Forat) 王殿下，王允余以最榮譽及最賢惠的接待，余必應於此處對彼聲明余虔敬而深厚的感謝。埃及政府各員，特別內閣總理巴夏 (Ziever Pacha) 閣下，教育部長巴夏 (Ali Maher Pacha) 閣下及大學校長賽爺 (Loutfi el Sayed) 閣下及埃及多數名流，自余之到來及留駐之全期均對余表現同情及誠懇的謙恭，感余殊深。余願再伸謝悃。此同情及謙恭曾予愉快於余在埃及之留駐。並曾使余使命之完成容易而適宜。

尤要者，在新埃及大學之法學院中，以教課之組織爲目的，此包括課程及考試之細目，講座之修正及分配，法學生之學制。由於環境，余之職務特覺擴大；余被牽入負擔直接部分，乃



關係大學運用之一般條例之編纂，而余能謂其頗爲有效也。其情形如下。

一九二五年三月十一日創造及組織埃及大學之法律限於申明此組織之重要原則，而由其第十八條委任大學會議編纂一切大學之機構的補充條例；專爲關於教課職員之服役及教導之條件；學校的及紀律的制度；大學會議，各學院會議及大學主要職員之職權；財政制度之各條例。此等由大學會議議決之條例，僅應於經政府批准後有強迫力；然依法律，政府有權批准或拒絕批准大學條例，而無權修改之。是故有重要使命付託於大學會議之全體，埃及立法家在其自由主義內，曾給廣大分權之權力於該會議也。

大學會議卽立處理，並自十二月之初，委任各學院會議籌備與其相涉之條例，卽關於課程細目及計劃之條例，及關於爲學位特許，憑照及證書所需條件之條例也。此外大學會議委託一在校長主席下之委員會，包函校長閣下，四學院院長，教育部次長閣下及大學圖書館長格羅時釀（Grosjean）先生，考慮籌備下列之五重要條例：（一）關於教課職員之服役及教導之條件之條例；（二）關於大學學校的及紀律的制度之條例；（三）關於大學主要職員，大學會議及學院會議之職權之條例；（四）關於大學財政制度之條例；（五）關於大學圖書館運用之條例是也。

委員會卽立着手工作，余且能謂在大學校長閣下之高級指揮下，已作成多而佳之建樹。在會中，辯論屢爲激烈者，但常誠懇而有禮，蓋因吾人咸爲組織一埃及之高貴偉大的大學及民族

教育之崇高使命及國家所欲付託於大學之科學發現之一致焦慮所感動也。校長閣下，教育次長閣下及余之同僚均甚願許余於委員會之工作中，擔任有效部分；彼等在余之提議上，吸收法國大學組織原則之大部分，而余之意見，俾有一真正大學，此等原則乃不可少者：真正大學即有其本來生命之巨大科學府；使用其一切活動在人類知識之各種領域中為真實之尋覓；在巨大人衆中取得知識之普及；並對於青年為職業之預備；職業之公平練習，確保民族生命之幸福的發展。

余離凱羅時，近三月之中，大學會議以輕微修改全體採用此等條例之第一種，即關於教課全職員之服役及教導之條件者。由此條例之使用應為全部大學組織之基礎之集合的原則。實任教授由政府在關係學院之介紹上任命之。除其科學頭銜之緣由外，無人應被任為教授。關係學院常直接聯合其全職員之招集。此全職員各分子之地位應被保障，以反抗一切專擅罷免，而實任教授由法國字義之，講座之創造，特別取得真正的終身職；彼等在其位置及教課中成爲不可罷免者，由其本身具有正式的及法規的存在也。科學價值及教課全職員之獨立，大學之自治，學院之有效參與組織及教課之運用，凡此者成爲重要原則，影響於由院長委員會籌備之一切條例，並在三月由大學會議部分採用。余以爲自余啓程，大學會議已終結其條例工作，經其議決之規定概由埃及政府批准，而大學能在完全安寧及完滿獨立中進行付託於彼之民族教育及科學研尋也。

法學院院長之我，應向學院發揮余之最直接而最有效的努力。創造大學之法律第一條決定：舊法學校編入新大學中，而成爲埃及大學之法學院。此法學校有悠久而光榮之過去。初爲埃及副王學校，繼爲土耳其皇學校，最後由獨立之承認爲王室學校，該學校在其歷史之各時代有卓越的師長。吾儕博學而遺憾的同僚德斯獨 (Testout) 曾久爲其校長。現代埃及之卓越人才均爲其學生，而其教誨留深刻印象於彼等之精神中。彼等全體均以動人之感激言及其舊師長。學校之最後法國校長爲里昂 (Lyon) 之郎白爾 (Edouard Lambert) 教授，比較法不可否認之師長也。

由於環境，凱羅王室法學校似已少許喪失其科學性；又全部估量其教課之價值及由其所爲之教務，然由其方法及由其教課之組織，能謂該校與大學學院較，更近似初級高等學校，如吾人所知在法國之同類機關也。爲取得碩士學位，科目包容四年之課程。教課投於學生者極繁夥，全體埃及學士，某等固極有學問，然其多數有略形不足之普通教育。因此理由，即許多無關法與政治經濟之教課亦包函於課程細目中，而給於法學校自身。他方面，應用之方法非高級教課之方法。雖有教授之恆久努力，乃學生仍固執要求於記憶者較多要求於推理及自身工作；學生於其應闡誦之頁數度量考試之難易。而強制於學生之課程數目，恰亦如是，列於細目之教材之繁多，特便利此等殘闕習慣。

是故一切在現今應取得之地位，乃改革組織，修正課目，變易方法，俾法學校真成爲法學

院及一最高教課之真正機關。

幸得在法學院余之全體同僚之善良意志及忠實協力，尤幸得副院長賽爺白 (Abd-el-Fattah el Sared Bey) 之精勤及明智的熱心，工作乃容易者。數次交換意見後，同意建立，而改革被應用於經學院會議各員一致議決之草案中。課目經改革及更優良之整理。從此課目專一保持法及政治經濟。於法學院施以普通教育之訓練，乃無益者，因已由大學議會及政府決定；埃及學士於入法學院之前，須在文學院爲一年之補習，以補足其普通教育，其依舊課目之青年僅修習中等教育四年者，亦於入法學院之前留駐文學院兩年。在此等條件中，爲法碩士之課程期間得減至三年仍極有效。其應作目的之教材經長時間之分配。在第一年應更特別研習普通類之法規及法律專門之預備，如法學通論，法之普通歷史，政治經濟，公權力之普通組織，另則法之最易接近部分；財產法及刑法。在第二年，一方面，爲公法及私法主要部分之配置，行政法，另一方面，爲契約及債；於此更加民事訴訟，刑事訴訟及國際公法最後在第三年，學生被召集於依照在第二年所研習之普通原則之適用，在法之更專門部分中；則爲人及物之擔保，民法之特別契約，商法，執行方法，國際私法，財政立法，在法學院之亞刺伯酋族教授常對余保持最誠摯而最明智的協力，余對之伸謝，即在彼等之要求上，回教法之教課被分配於第二及第三年間。

吾人亦曾一致承認學生不宜爲過多講課所壓制，應爲自身工作而任其閒暇，加之此等工作爲講演師所指導，講演師將授以良好方法也。以此之故，條例規定在每年中祇有九學期（原文

九與學期兩語必有一係筆誤或誤排，應爲兩學期或九月方合。譯者註之講課，而每講課至多包容每星期三課，每課一小時也。於此等改革方法並幸得此等改革所感應之精神，適能期待遵循目的之實現；卽利於變爲學院之法學校之惡劣方法之消滅，及法與政治經濟之真正科學的教課之創建也。

改組法碩士班非滿足者。因從此在凱羅存在一巨大大學之完全部分之法學院，十分必要於此建立法及政治經濟之最高教課而以博士學位爲制裁也。

政府，大學會議及學院會議一致承認之。由余提議，學院會議創建一爲一九二五年五月二日命令之規定所直接採用之博士班制度。學院要求最高課程之三憑照之創造：一公法最高課程之憑照，一私法最高課程之憑照及一政治經濟最高課程之憑照。此外學院要求博士學位之授與，爲此等憑照之二之取得，及一論文之提出所確定。類似制度給予一大調和於法及政治經濟之最高教課。應吸引凡已得法碩士而願深研學院所教授之一或數教科者於學院中。

此條例以較熱烈情況經大學會議採用，而教育部長閣下授權立即施行。

協議對於最高課程之憑照之教課用法文授與，並依法國方法，在法學院，原則上至少有具有法國法學院副教授資格之三教授，並配置於合符於最高課程之憑照之各系之首。此等教授確爲系中課程之領導者，與其他法國教授及具有法國法博士學位之埃及教授合作。

五十餘埃及法碩士卽時向博士班註冊，並在莊嚴會場中，在巴夏閣下主席下，埃及社會之

最高名流及外國僑民之出席，一九二六年一月七日埃及大學法學院博士班之教課啓幕矣。在余僚友賽爺白副院長卓越演說後，余宣讀列於此集之首課，即普通社會科學，其目的及其方法之課，並亦及大學之使命及法學院之特別任務焉。

此即應包涵十五課之一般公法講義之初課，盡公布於此小書中。此等課不僅爲在博士班註冊之青年所隨，且亦爲衆多而忠實之公衆所隨，此公衆由高級官吏，法官，教授，律師及智識分子關心於現代法之大問題者所集成也。余當於此伸謝余聽衆之珍貴協助也。

私法系之領導付託於余之博學同僚都魯日 (Toulouse) 教授喇戈兒 (Ricol)，爲講義於契約及債之題材之新學說上，彼亦聚集衆多聽衆也。自三月之初，底雄 (Dijon) 教授賽兒 (Scelle) 來至凱羅，向相同公衆說國際法之大問題。

此最高課程之憑照之教課應由在民事及刑事訴訟，公法，民法上之演講及實習所完足，此則由賽爺白、若尼白 (Abd-el-Salam Zoni Bey) 及發米白 (Mohamed Sadek Fahmi Bey) 教授所指導，三人皆爲法國法學院博士及卓越著述之作者。

在埃及政府付託於余之使命方達於終結之時，即近三月之中，余有光榮而偕同之工作方經實現。由校長主席之院長委員會所籌備之大學組織諸條例已經大學會議分部議決，大學會議會應用重要原則於全部大學組織。此等條例僅待不致遲滯之政府之批准。法學院之教課業依論理的計劃組織或創建，碩士班同於博士班。各種處置劃清轉變的時代。舊法學校確成爲應爲法律

及經濟課程之主動中心之學院矣。

然於余啓行後不幾時，余得悉在余留駐時經法學院及大學會議一致認可，並經教育部長閣下及校長閣下贊成之原則似已被屏棄，或至少暫時排除，不無相當惆悵耳。余得悉一教育部職員未具博士學位者被任爲法學院教授，而任命院長不徵求學院之意見。余並得悉由余提議經法學院及大學會議一致採用之課目業被推翻，特著者，乃置法律叢書之最難題材及第一年生絕對不能了解之契約及債之課程於第一年。余得悉復歸於講義之濫用及曾欲廢除之惡劣方法，因此等方法全要求於學生之記憶而毫不要求於其推理及自身工作也。

余不能信此爲確定方法。縱有这一切，余仍留完滿信賴於埃及大學及法學院中。大學及學院此彼均將完滿充實其生命；吾人有福阿特王殿下及其政府及埃及議會所吸收之卓越思想及崇高理想爲之保證也。

余發表此等公法之課如其經宣讀及由紀錄所哀集者〔法學院秘書處隨員藉大唯（H. Cassel）Saleh Djeddaoui）之紀錄；余極熱烈伸謝之〕。此等課無爲新奇及本原學說之陳述之主張。僅爲經發揮於余之憲法研究之五巨冊中法及國家之學理之簡敘而已。此庶幾便利於凡關心於此等問題而無時間讀巨大著作者。此庶幾特別便利於埃及學生之在博士班者。

尤其此發表爲對埃及及大學之尊敬及對余忠實聽衆感激之證驗也。

一九二六年八月一日於保爾多

# 目錄

## 首課 社會科學其目的及方法

- 一 何爲大學？……………一
- 二 法學院之職務……………三
- 三 社會科學之目的……………四
- 四 社會事實之定義……………五
- 五 法律類之事實……………七
- 六 社會科學之方法……………八
- 七 社會的理想極則……………九

## 第二課 法之規範及主觀權利問題

- 一 普通觀察……………一一
- 二 客觀法及主觀權利之區別……………一二
- 三 法……………一三
- 四 法及實行法律……………一六



五 權利上之紛歧學理	一八
六 權利觀念應被屏棄	二一
第三課 法律制度之要素	一一一
一 法律制度之定義	一一一
二 規範	一一三
三 法律地位	一一六
四 客觀法律地位	一一八
五 主觀法律地位	一二九
第四課 普通法律行為及其要素 多方法律行為	二二二
一 法律行為之普通觀念	二二三
二 法規行為條件客觀行為及主觀行為	二三五
三 法律行為乃意志行為	二三八
四 特定標的在意志行為中	四一
五 標的及目的在法律行為中	四二
六 多方法律行為契約	四三

第五課 權利主體，集團人格問題…………… 四七

一 法之主體…………… 四七

二 權利之主體…………… 四八

三 集團人格問題…………… 五〇

四 集團人格之否認…………… 五四

第六課 國家問題之玄理解決及主權概念…………… 五六

一 國家之外部表示…………… 五六

二 國家之適法…………… 五八

三 主權…………… 五九

四 主權之主體…………… 六二

第七課 國家問題之玄理解決之不可能…………… 六五

一 確定主權本原之不可能…………… 六五

二 民主說…………… 六七

三 民主說之批評…………… 六九

四 民族主權及普選…………… 七〇

五 自動限制之德國學理…………… 七三

第八課 國家問題——現實解決 如何唯此解決能予理由於國家

之權力及於此權力之限制 公共服役觀念…………… 七五

一 冒稱權勢原則及政治差別…………… 七五

二 政治差別如何產生…………… 七九

三 政府及政治力…………… 八〇

四 公共服役…………… 八二

第九課 國家職務 實質觀點及形式觀點 立法職務 憲法及尋

常法律…………… 八四

一 國家之經濟職務及法律職務…………… 八四

二 實質運用…………… 八六

三 形式觀點及實質觀點…………… 八七

四 客觀的及主觀的公共行爲…………… 八九

五 立法職務及憲法…………… 九一

六 國家元首之條例權力…………… 九三

第十課 行政職務及裁判職務…………… 九七

一 實質觀點之行政職務…………… 九七

二	司法職務及司法當局	九八
三	裁判行爲之元質要素	九九
四	解決於法之問題及決定	一〇二
五	判決之權勢	一〇五
<b>第十一課 國家機關及權力分離</b>		
一	國家之權力及機關	一〇九
二	權力分離在英及法	一一一
三	權力分離之硬性理論	一二二
四	議會制	一二五
五	權力分離之弊害	一二六
<b>第十二課 代表機關及政治代表之理論</b>		
一	代表之普通觀念	一一九
二	直接人民政府及代表政府	一二一
三	政治代表及民族主權	一二三
四	能否有非選舉之代表機關	一二五
五	選舉的代表機關及政治代表之各種理論	一二七

六 比例代表之問題	一三一
第十三課 國家之人員，公共職務之一般理論	一三三
一 官吏人員及非官吏人員之區別	一三三
二 官吏地位乃合法的或主觀的	一三五
三 無有管轄之委任	一三六
四 對官吏所為利益之客觀性	一三八
五 在權勢官吏及管理官吏間所為之謬誤區別	一四〇
六 由地帶之分權及由服役之分權	一四二
第十四課 國家權力之限制 此限制之制裁	一四六
一 此限制之原則	一四六
二 個人學說	一四八
三 個人學說之批評	一五〇
四 強制義務於治者	一五二
五 此等義務之法律性	一五四
六 抗拒壓制之問題	一五六
第十五課 合法原則應如何被保障	一六〇

一	合法原則於實質觀點	一六〇
二	原則之制裁——越權救濟	一六三
三	合法原則於形式觀點	一六四
四	憲法及其制裁	一六六
五	違憲之變例	一六八
六	不法之變例及越權之救濟	一七二
	<b>國家之責任及混合審判衙門之判例</b>	<b>一七六</b>
一	法之自動形成	一七六
二	私人反抗國家之保護	一七七
三	此保護將被保障之條件	一七九
四	國家責任在契約事件	一八〇
五	國家責任在侵害取得權之事件	一八二
六	國家責任因公服役之過失	一八三
七	因危險之責任及因過失之責任之問題	一八四
八	公共集團利用行爲之責任	一八九
九	損害之被害人未有證明服役之過失	一九〇

- 一〇 國家責任在不可抗力之事件……………一九二
- 一一 國家責任在法律之緣由……………一九四
- 一二 國家責任因司法當局之行爲……………一九六
- 一三 國家責任因戰爭損失……………一九七

# 公法要義

## 首課 社會科學其目的及方法

閣下（教育部長巴夏閣下），諸君，如在貴邦歷史中，上溯悠久之過去，應留存一光榮之日期，又如一行爲最輝耀福特王殿下之御宇者，允爲一九二五年三月十一日之日。允爲於此同日創設及組織埃及大學之行爲也。

### 一 何爲大學？

何爲大學？似爲無庸提出之問題，如以一切種類之大學數字，及各方面之所顯現裁斷之，又盡人皆能易於答覆之問題也。此爲極流行之語，尤其在巴黎，有若干大學，劍術大學也，運動大學也，美容大學也，年鑑大學也，其他尙多，此大學之美名，爲異常之濫用，永不應尊重宣稱之。

大學乃以尋覓真實爲第一義務之學校也。豈有較發現真實，或至少許吾人認識一極小部分之真實之使命，更爲崇高者乎？豈有更較名貴及增進人道之任務乎？巴時加兒（Parceval）不嘗



言人乎？（宇宙壓制人，而人或較殺人之宇宙，猶更爲超卓者；蓋因人知其死及宇宙之更在其上，而宇宙則毫無所知也）。人所發現之真實，乃爲最低下者，然即因此，且僅因此而成爲偉大。

在巴黎余曾參加被給以美名之社會，即：『求真協會』（*Union Pour la Verite*）。去冬一星期日，吾人齊集等候遲延之會長。會長終於挾兩硬紙圖表於手中而至，兩圖表一則極大，一則極小。彼向吾等云：『即因此兩圖表之購置而致余遲延矣。』向吾等發問曰：『是於何用之者？』復向吾等答曰：『大者乃爲記載錯誤，小者乃爲記載真實，而小者仍將太大也。』噫！諸君乎！如真實之表極小，而爲吾人之表者；且珍重守護之；努力及不間工作以增大之。然須了解真實非在星球之中，而在地球之上，且爲必然人道的。

是非教授之職務停留於象牙之塔（此謂侈然自尊，因而與社會隔離，略同吾國「遺世獨立」「超然物外」之意。譯者註）中。教授殆應每日置身於生活，並不斷充實宜爲第一等之社會職務。學院全體概係，爲尋覓真實之科學機關；但亦應實現及實行此真實，此即謂學院全體概應同時爲職業教育之機關也。

創造埃及大學之法非常完善。尤其採取應教誨法律之法學教授之兩特性：即明瞭與短簡是，三月十一日法律乃具有此兩特性至卓越之程度。此法律分新大學爲四學院：（一）文學院，（二）理學院，（三）醫學院，（四）法學院。此可謂顛倒傳統的次序。實則在傳統，法學院

越居第一。於此存在一歷史的理由。在中世紀，一切科學集中於一，神學是也。其久爲神學奴隸 (Ancilla theologize)，幸而最先被解脫者爲法學，亦即可認爲人類智識之解放。其次醫學院繼之，最後乃受豔名之藝術學院，此於十九世紀分爲理學院及文學院。是故吾人依埃及法爲第四行，而歷史上，習慣上吾人乃居第一。加之余非向該法律之作者訴冤苦。實則此四學院概爲同等者，工與能之學生姊妹也。余更希望其將來之一日爲光榮之學生姊妹也。

大學工作於各學院間如何區分乎？文學院首爲藝術學院或寧爲美術學院。在美之一切形狀下，教誨其差異表現；然應自歷史，地理，社會學，哲學之課程，致力於一般教育之發展；其職務爲擴大人類知識及吾人將來之法學生來此尋覓在中學校中所收受之預備之補充。

理學院研究一切種類之科學問題：算學，物理，化學，自然科學，生理學，生物學。

醫學院亦爲研究生活之科學，然爲在病狀之生活，卽病態的生活也。於此有異常擾亂之問題設立：何爲生活？何爲病？何爲痛苦及死？無人知之；將永不知之也。然余越之而速至法學院。

## 二 法學院之職務

法學院概爲被誣大家。許多人永未嘗入吾人之門牆，以爲祇限於閱讀及註釋法律較闇昧之條文，試行清理立法家較混亂之理想，一言以蔽之，爲實施法律之註解而已。數年前，余被招

往畢諾嘜雅 (Buenos-Aires) (阿根廷之京城 譯者註) 演講於法學院。啓程前數日，遇一友，阻余而言曰：『君將爲演講於畢諾嘜雅之法學院。是則阿根廷法律與法國爲相同者矣。』余答之曰：『吾友乎！是故君尙未知有多數不成文法之規範在一切文明地方爲相同者，而法之一般進化在一切達於同一階層之民族中爲相同也。』顯然卽此等一般規範及進化，爲吾人之學院所首應研究者。余以最完全之確信明白言之曰：如法學教授之職務應自限於註釋實施法律者，殆將不值一分鐘之努力及工作。

法學院之使命仍進行至更遠。概爲，概應爲社會科學學院也。法學院雖保存其傳統之名；然名固無關重要，余重言之，法學院概應爲社會科學學院也。

### 三 社會科學之目的

是故何爲社會科學？何爲其目的，何爲其方法乎？

余言科學至今，而余決未予以定義。雖於此論題曾堆積辯論與討論，而科學之定義，乃極簡單者。其爲定義亦如法律。最佳者厥爲最簡者。人得爲科學之定義：卽科學者，乃爲發現真實，以系統的方法，所爲一切之研究也。又余將更進一言，雖此近乎淺明真理 (Truisme)，而余重言待釋明之科學一語於定義中，則科學者，以科學知識所爲一切之研究也。所餘者爲釋明何爲科學知識，然此僅能爲之於謂其爲非科學知識或爲相反者，卽適合今日所稱之初級知識

也。

須無有誤會。以較劣意義言初級教誨之思想，殊遠背余意。並無較啓迪蒙童知識及授以寫，讀，算式之小學教師更爲名貴，更可讚賞之職務。民族之強盛首繫於小學教師及其所與之教誨。與其適合於稱初級知識者，全爲異物。初級知識僅是過於普遍在淺學平民中之片面知識。以全屬容易及人乃全知之雙重信念顯其特性。然而事物乃爲異常錯綜者，且概爲無盡困難者。他方面，如吾人親切參透人類毫無所知之理想，而一科學專家於四十年之研究後，較其開始時，必更善於窺見其無知之廣漠，如是吾人方爲科學耳。

是故人之將爲科學也，將隨時解脫初級知識及一切種類之成見；又將以系統的方式，在人類認識之任何種類中，着手於真實之尋覓。社會科學者，乃在此精神中研究社會事實之科學也。餘爲知悉何爲社會事實。

#### 四 社會事實之定義

於此題，吾人得兩學說，或寧謂兩對立態度，余意則彼此均不合於真實也。

善知識尙謂實際上無有社會事實，僅有個人事實，個人意志之表示；能有個人之心理學，而實無社會學。繼續顯示：卽似乎自生產及自發展於物理現象之狀態之經濟事實，仍僅是個人意志之表示；例如匯兌或價格之漲落，單純爲由關係人故意及自由所取個人決定之結果也。

此理解之完全對立者，純粹社會學學說，講社會物理，由其說而了解有社會現象，服從與物理界現象相同之定律。較通常者，如兩大社會學家，一德人歇弗來 (Schaeffle)，乃名著社會體之建立及生存 (Bau und Lebung des Social Körpers) 之作者，另一為英人斯賓塞 (Herbert Spencer) 曾有高名於其時，並嘗試廣大社會哲學體系之建造，主張社會現象與生物現象為同一性質；講社會的生理及解剖，又主張社會法律與生活法則為同一規律。

余意此紛歧學說同屬錯誤。確乎社會事實僅以個人表示之方法顯露於吾人之前，而此等事實常有個人行為為支持。例如一國之刑法，僅於其被違反，而又由犯罪引起較完全組織之社會反動時，方顯露於吾人之前也。然在此個人表示之背後，有一社會現實顯然存在於由個人行為所引起之集團反動中，亦非不確。是則社會事實得自定義：乃凡由個人行為引起之集團反動也。

為了解此定義之意義及重要，可取極簡單之譬例如下。關於社會事實，為淺薄觀察家，似無關重要，然決不能逃避社會學家之審慮；余視衣服之式樣，男與女相同。在吾儕歐洲地方，無君等優良之氣候，設冰雪之日，一散步者着一白褲，將惹路人之注視，嬉笑，誹訕，恰如集團行動反對其所加於恆久習慣之打擊。是則服式所顯露於吾人者，不復如簡單的個人意志表示，而恰如一個社會事實在其本身有其現實也。

譬例及同一論證得自更高尚種類之社會事實釋出，且嘗試分為經濟，政治，道德，法律諸

事實。但余不欲進於此等區別之詳細中，僅一語及於法律類之事實。

## 五 法律類之事實

若理想在一定時間及指定社會中透入羣衆個人意識內，與之相應之個人行爲倘被完成，應引起組織的社會反動時，則法律類之事實顯露矣。此組織得爲較不完善者，無關重要也。一國之法，如社會事實，存在於人類了解某等規範之違犯應被集團禁制之時，又此乃導余明瞭社會事實與生活世界或物理世界之現象之差異。

自此等後者言，乃不能肯定有意識意志在其後。又此等現象似乎此對彼依永久而決定之法則而互自繼續。其次，物理及自然科學似乎能建立真正定律：即並存與繼續之定律是已。余不言原因律者，因其如幾何定理，假設原因之概念，即玄理的概念，凡實驗科學應排除之也。余於頃間將言之。此等並存及繼續之定律是否必要的，普遍的，或偶然的，特別的？無人知之，即會寫自然定律之偶然 (*Contingence des lois de la nature*) 之著名的布特魯 (*Boutroux*) 亦否。然似乎吾人認識之世界中，此等定律乃如普通而必要的法則而行使。

在社會世界中，事實常有個人意志之意識行爲以爲支持，且由此等同一行爲而自表露，觀察家不能且不應試以並存或繼續之定律說明之，然正可以行爲之準則或規範說明之。有時會言目的律，以與原因律對立；然此牽連及終結之概念，亦爲玄理的方法，爲此理由，全如原因之

概念，應被淘汰於實驗科學也。

此處吾人方真對世界開始以來哲學家所討論之特殊焦慮的問題，確於歇阿卜斯 (Chaepps) 建造大三角塔時，埃及哲學家已如一九二六年之哲學家設立專擅自由之問題而熱烈討論之。人是否自由及負責於其行為？科學上不能解決的問題，最精細之智識者亦永不能予以解決。吾人聊滿意於謂：事物經過如吾人爲自由者，並用於結論。

## 六 社會科學之方法

餘爲確定社會科學之方法。人屢誨示社會科學有本己的方法決不同於物理或自然科學者，余意此乃特殊錯誤；蓋因凡科學方法胥爲人類知識之法則所確定，此等法則顯然爲同一者，固不論其在何領域中尋覓及工作也，法則乃限制其權力並調節其行為者也。

時不許余發揮此等方法的規條，余自限於宣示之。厥數爲三：

(一) 觀察非對人狀態之事實，如今日所謂客觀狀態之事實，以自脫免於民族，宗教或其他一切種類之遺傳，折中及成見之影響，而爲恆久之努力。

(二) 適用演繹推理，然僅視如發現工具而適用；在事實上審察論理所推出之結論，倘結論不合於事實，不惜棄去其所由啓程之假定；永勿試以事實服從論理；遲早事實均取報復，有時且至於覆滅。

(三)終則棄去一切推理概念，而放任之於宗教或玄理的信仰之領域。余稱概念者，凡事物之理想脫離官能之直接感覺，且因而爲純粹玄理的本質也。如人自其立場排除一切此類之本質，方真治科學耳。

孔德 (Auguste Comte) 所誨示之三景況之著名學說，余僅憶數語，此學說曾遭許多超世的誣譏及訕笑，然善說明人類進化之常軌。始人欲解釋一切自然之現象，乃置神於其後；是爲神學時代。更遲，則置玄理的本置於其所見現象之後；是爲玄學時代。例如置生命原則於生活現象之後；置病的或病根之原則於病理現象之後；更早則置然素於然燒現象之後，置煖素於溫煖現象之後，又最終，尙非甚久，置思想實體，靈魂於心理現象之後。(孔德最後所說爲科學時代，此未全引。譯者註)此等屬於神或玄理本質之信仰爲個人意識之領域。余深尊重之，余猶可謂余乃忻慕之；然余肯定此等信仰應不惜自科學領域被驅逐也。

## 七 社會的理想極則

於是重要反對來於一切思想。倘吾人自社會世界如此排除一切推理概念，一切理想規律之概念，一切自善概念，吾人排除一切理想極則而吾人使社會價值之一切階級爲不可能。自此之後，吾人之努力於何用之耶？

此殊不然，實驗社會科學決非微弱於闡明一理想極則，及申明行爲之規範以實現之，余乃



作此想者也。然此理想極則乃在地球上，且是人道的，純全並專一人道的也。此極則爲建造人類社會之要素之認識所確定，而人簡括之於一語中，乃有變爲平凡之不幸命運，如許政治家會濫用之，然善於說明社會的現實。此語即社會聯帶(Solidarité sociale)是也。人同時爲個人的及社會的，個人僅能生活於社會，而社會僅能因個人而生存，唯此語說明此基本的真實也。則人將同接近理想極則，將更善了解何爲社會聯帶，而將更奮力工作於實現之也。

顯然法學院之主要使命：乃尋覓及顯示一切社會之建造之要素；申明爲實現社會聯帶所強制於個人，集團及國家之規範，且以繼續努力而接近人類的理想極則。

諸君乎！余貢獻於諸君者，卽此著作；無更名貴者；此著作適於諸君；適於貴國王；適於貴大邦。

## 第二課 法之規範及主觀權利問題

諸君，自甚久以來，許多人曾無疑慮自 *Droit* 爲法之規範或客觀法及主觀權利之區別。爲了解 *Droit*，此區別遂爲基本的及不可少的條件。以此之故，本課全部將用於此之研究。

### 一 普通觀察

余先主張三點：

(一)任何科學，必有善造之語言，方能進步。如欲明瞭，應以相同之語指示相同之事物，而以相異之語指示相異之事物；否則爲不聯貫而紊亂。

(二)應慎防大衆廣泛的錯誤，即在公法及私法間建立絕對的分離也。無疑應自法區別此兩部分，但不應於其間建立一不可踰越的牆壁之形狀；蓋其爲法之觀念，公法同於私法也。此處余爲主觀法及客觀權利之區別，自公法觀點言與自私法觀點言，乃一致相同者；或仍契約之觀念，君等所認爲國家與私人間之合同或兩私人間之合約，正確有同一性格及同一價值也。

此公私法之分離，自德人來於吾人。德法家曾寫傑出之作物，但彼中多爲背後思想所確定；即如此對立公私法，除爲成立國家不因其擔任而被強迫尋一法律的表面方法外，無他目的

也。

(三)勿以爲吾人所將爲之區別及分析，乃無益之瑣碎。其先，有學理上正確理想者，永非無益。他方面，繼後吾人將見吾人所爲之學理的區分，在實際中，有其直接的應用，又唯一許可解決恆常設立於審判衙門前之繁多問題。例如盡人認識法律不溯既往之規範及其所生起之繁多問題。將見此等問題，必須了解客觀法及主觀權利之區別，方能被了解及解決也。

## 二 客觀法及主觀權利之區別

客觀法及主觀權利乃曾遭許多反對及嘲笑之語。余不維持此等語，如有人與我他者，余接受之；但余維持其爲基本的區別。

人曾語余，爲指示客觀法及主觀權利，亞刺伯文有相異之語：kanoun 一語爲客觀法，而 hak 一語爲主觀權利。英人亦有兩語：law 爲客觀法，而 right 爲主觀權利。德人及法人相反，僅有一語。如吾人云：某治其法，即謂其研究法之規範或客觀法也；或又法禁爲某事，命爲某事者；明係法之規範或客觀法函有此禁止或此命令也。又如吾人云：余有選舉之權利；余有所有之權利；余有債之權利；即謂余有選舉，使用及享受某物，要求某給付之權力或主觀權利也。

似此，以 droit 一語指示兩相異事物：或爲命令的規範，或爲行使之權力；而爲避免一切

混淆，應加一形容詞，實爲必要。規範卽客觀法；行使之權力卽主觀權利也。

此於世人已足，而不足於法家。是故應試以更明晰之方法確定客觀法及主觀權利之性質及根據焉。（讀者至此，可知法人於法及權利上加客觀及主觀之形容詞，乃因其文字之缺點使然。以後譯文當刪此不必要之形容詞。以省冗文。譯者註）

### 三 法

依余所已言者，法乃法之規範之彙集而適用於指定社會者也。民族爲現代文明社會之常型，在各個民族中有規範在較善組織的社會制裁下強制組織民族之個人。此等規範之彙集形成此民族之法。

於何認識一規範乃爲法之規範？對此問題，有一極端簡單之答案，許多德國作家所給予，而大法學家伊葉林（Ihering）特著。彼等誨示法之規範僅於國家在其完全強力中賦與此性質者有之，凡由國家如此公布之規範爲法之規範，一言蔽之，法之規範與實行法律相混合。巴威（Bavière）著名法學家色德兒（Serdel）曾云：『無有在國家上之法，無有在國家旁之法，而祇有自國家來之法，此乃在一切爭論外之原則也』（色德兒，一般國家學之特性 Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre 一八七三年，一四頁）。

余毅然抗議，余並肯定有無國家或在國家上之法。如法之規範會是國家之純粹創造，是乃

國家之完全強力，而實際上此乃不可認許者。如在實行法律之外或其上有法之規範者，如何承認社會規範爲法之規範乎？

問題非不難，而提議之解決又多。無關重要，姑承認諸君所欲之解決，祇須諸君承認有一高於實行法律之法之規範已足。因在法之根據上所提議之紛歧學說全接近兩對立態度：玄理派態度及現實派或實驗派態度，而放任中間派或實價派態度於旁。

在玄理派態度，宣言法之根據爲知識之概念，法在己之概念，由神所創造而洩露於人類知識。是故僅遵照爲人類知識所發明之法律絕對，方有法之規範也。

何者爲此絕對原則乎？此處區別兩派：一派講個人派學理，他派余稱社會派學說（無任何政治背後思想，簡直因余無他語之故。）第一派肯定人乃如此：於在社會之先，由其出生之事實本身，爲某等自然的，不可讓與的及不受時效的權利之享有者，凡法之規範皆準備保護此等權利，而其用於此標的者，方有法之規範。

一七八九年法國人權宣言曾以可贊美之明晰詞句申明此學理。此一七八九年之日期爲世界歷史中最重要者之一，因此乃第一次已經建造及意識的政治社會，自其本身肯定有對國家權力之限制，並莊嚴宣言國家不能全爲。在美洲數年前即已言之。然此乃社會自己建造社會並訂立其社會約束也。

縱然個人派學說之勢力如何卓越，而理論上及實際上乃爲不可容許之在己錯誤：理論上，

因其無理由賦與先於社會之權利於人，而實際上，經驗曾顯示其無力於設置國家權力之限制。與個人派學說對立者，爲社會派學說，誨示有一社會規範存在於人類意識中，因其有絕對法之規範之概念也。於是個人權利出自此規範。兩學說均停留於推理法律概念之肯定上。但一者個人派學說，則設立權利，以自其中抽取法之規範；他者社會派學說，則設立法之規範，以自其中抽取個人之權利。

第二說應被棄如第一說，因其理論上爲不可證明者亦如之也，又因其實際上乃無力於限制國家之權力，將如稍遲之所見也。

在現實派態度中，推理如下：個人之天賦及自然的權利，不能承認之，因孤立之人不能有權利也。權利祇顯露於社會中，因其牽連一主動主體及一被動主體也。魯濱孫 (Robinson) 在其島中，無有並不能有權利也。由神洩露於知識之絕對規範之概念乃純粹玄理的則式。可爲信仰之目的。於科學的建設，不能用作根據也。因此，爲解釋法，祇餘事實之本身。

久矣人言：人爲社會物，常生存於社會中，並僅能生存於社會中。必組合社會之個人服從一定紀律，卽命令式強制個人之規範，而此規範之執行又經社會地擔保，而後社會本身方能生存。社會規範爲社會生存自身之效果。猶之在含生有機體中，細胞服從一定定律，此定律乃完全同時爲有機體生存及細胞生存之條件，猶之在一切人類社會中必要有一準則，此準則完全同時爲社會生存及個人生存之條件焉。然在生活定律及社會準則間，有如下之差別；生活定律

強制原素，原素自身大概極無意識，人則有其個人物及其社會物之較分明的意識，乃甚確定者也。

現實派及實驗派之態度曾遭劇烈批評，時不許余進於詳細。余祇言一切社會規範非盡爲法之規範，而所餘者，乃確定社會規範成爲法之規範之時間，及於何標準認識之。例如風俗規範，因其違犯牽引一定反動，縱爲社會規範，確非法之規範；然至一時間，卽於其時成爲法之規範。此時間爲何？

余答：倘以此規範被社會地制裁方爲適合之理想，透入組織民族之個人之一般意識中，風俗規範卽成爲法之規範。爲使準則爲法之規範，此社會制裁之被組織，殊非必要；然準則對全體則應顯露其爲合法的及願望的也。例如憲法的法之規範卽非直接被制裁，且不能直接被制裁，蓋因規範所投者，爲持有強力之國家，因國家由定義而爲強力，如德人所云也。然而在指定地方中之人民羣衆了解此等規範應被保障並尋覓應如何被直接或間接制裁者，則憲法規範正爲法之規範。

此乃關於法之問題呈現於吾人之紛歧態度。選擇屬於諸君；諸君所採之態度，殊無關係，祇須諸君肯定其存在一不屬於國家，在國家上及強制國家之法已足。

#### 四 法及實律

即使法爲法之規範之彙集，在指定地方中，存在於一時間，不屬於民族的實行法律，而今日事實上，以成文法所已取得之發展，在文明民族中，有幾乎正確的符合於法與國家重要實際立法間，亦非不真。恰如人所已言，現代民族在法之一般進化中，已達於立法的階段。

然而此印合決不完全；縱有極善制作之法律編纂，法仍繼續進化。而其形成仍爲永恆的及自動的。實行法律非與進化的法同一速率而被修改，抑且不能，且實行法律與法之間，必須有一重較大之隔離。如余取一八〇四年拿破崙法典爲例，如人以爲一九二六年之法國民法與一八〇四年所編訂者相同，卽異常自誤矣。故余重言：無有完全印合於一國之法與實行法律間；然在通常情形，此歧異可被忽視。爲便利說明，得視此印合爲完全者而言說，而言法律 (la loi) 以代替言法 (le droit)。

法律之彙集建造法，在法律中，應區別全異之兩範疇：余所稱之準則法律 (loi normales) 及匠作法律 (loi constructives) 是已。準則不常正式載於實行法律中；然準則申明與否，均常存在，且由匠作的規定而實施。

惹尼 (Geny) 爲類似之區別，對立指示 (donné) 及技術 (technique) 或操作 (Construit) (惹尼，實行私法上之科學及技術 Science et technique en droit privé positif 一九一四年，一册，九七頁)。余更喜言準則法律及匠作法律，因其更爲分明也。

準則法律申明法之一般規範，投於全體，對單純私人如對公務員。匠作規定爲確保準則之



實行及實現而干預；單一投於擔任執行法律之公務員，司法官吏，行政官吏。

如余舉刑法爲例，刑法特決定：凡預謀殺人之罪犯個人處死，於此余見兩極分明的規定：第一，準則：禁止殺人，投於全體之禁止。第二，誰被認爲謀殺之罪犯，處死刑，又將在某地被絞，在某他處被斬首。純粹匠作規定，專投於擔任搜索，裁判罪犯及執行刑罰之公務人員。有時余逢惡民法教授，嘗語之曰：拿破崙法典雖有千二百八十一條，如不計親屬法，實際上僅函三法之規範如下：（一）強制個人財產之尊重之規範；（二）承認契約強迫力之規範；（三）最後強迫任何人賠償由其過失所生於他人之損害。凡其他規定專爲匠作的，以備實施此三準則，且專投於裁判官。原則上，人得以特別約定違反之。但此等規定爲命令法律，因其強制裁判官故，如無當事人之相反約定，裁判官被強迫而適用之。

##### 五 權利上之紛歧學理

今則何爲權利耶？頗甚難言。余意，冒稱權利如非玄理的幻想，卽毫無所是。證據卽爲在此主題所生起之無休而混亂的辯論。

權利顯露於吾人者，乃如屬於一定人之本來資格，如可能，如行使機能，如強制他人之意志權力。但若欲明晰，自遭各種困難。尤其德人及意人曾辯論此問題。法哲學家曾窺見此問題，然與其澄清之，毋寧黑暗之。在法，唯法學家米忒(Michoud)曾試行確定何爲權利；其所

造詣乃不優於德人及意人（米忒，形上人格論 *La théorie de la personnalité morale*, 1907年，一冊，九九—一〇五頁。）雖如此，建議於此點上之紛歧學說得歸結爲三說如下：

(1)意志學說，即德人之意志學理 (*Willenstheorie*)，特著者，法學家文懈德 (*Windscheid*)。權利爲意志之權力；如此而已，且盡於此。凡謂人爲權利享有者，即其意志在特定点上較強於他一人或數人之意志，並如其意志強制之。以此謂國家有指揮權利或主權者，乃因國家能強制執行自彼所出之命令於個人也。猶之所有人爲權利之享有者，乃因由其意志本身強制加擾亂於占有物之一切其他意志也。最後汝所能有之債權爲權利者，乃因汝之意志強制汝之債務人，即被強迫履行者之意志也。

此意志學說曾遭繁多而重大的反對。特甚者謂：倘權利本爲意志之權力，其無意識意志者，不得爲權利之主體矣。例如幼童，剝奪理智人不能爲權利之享有者，且在此學說中，既然利益之社會保護牽連權利之存在，則緣因於年歲或痼疾而缺乏理智之人之利益不復得社會之保障矣。集團利益亦同，除非證明集團有一分別於其組成個人之意識意志，然而此證明乃爲絕對不可能者，稍遲將見之。

(二)利益學說，特由伊葉林在其巨著羅馬法精意 (*L'Esprit du droit romain*) 中所提出。依其說，權利單一爲法律所保護之利益。似此解釋幼童，剝奪理智人如何能爲權利享有

人，如何亦能言屬於集團之權利。於是在此學說中，單一關於合法保護之集團利益（羅馬法精意 *Menlaenere* 譯本，一八七七年，四冊，三二六頁）。

利益學說所遇之反對，其重大不亞於意志學說。其先，有許多權利乃難復歸於簡單的個人利益，例如親權，政治權，其聯繫於家庭及社會之利益與其聯繫於個人之利益恰相同，又如此學說爲真者，則此等權利同時以個人及家庭，個人及民族爲主體。

他方面，有許多由法律保護之利益乃非確定爲權利。例如貿易商，伊葉林本人亦承認其利益爲關稅率所保護，然在此保護中，尋不獲一權利也。爲此及其他相同地位，乃被迫而發明關味的，人爲的學理，法之反射現象。

最後曾爲正當觀察，倘保護利益已被侵害，而主體意志表示有效排斥此侵害及取得保護者，保護利益方如權利而顯露。以此之故，即在伊葉林學說，仍有一意志之要素在權利內，否認意志，乃絕對不可能者。

(三)意志及利益合併學說，乃自此觀察所生之第三學說也。惟其本爲避免反對，而乃反遭凡前兩者所生起之集合反對。此學說未向吾人言，在某情形中，由法律保護之利益爲權利，在某情形則否；且彼亦被迫而求救於法之反射現象之人爲學理。最後，既然此意志及利益合併之學理誨示：爲使有一權利，必要有一意志，則彼亦無力於解釋集團及剝奪理智人如何能爲權利享有人也。

## 六 權利觀念應被屏棄

自此一切，余結論應屏棄權利觀念，純粹玄理的觀念，既不能證明現實，又不能確定要素之觀念；在此需要之勢力下，人能自玄理詮釋幻想本質之觀念，在某時代，儼然強制人類知識並引導之以解釋一切社會世界之現象如物理世界之現象，卽以此等現象所蘊藏之神祕力解釋之。

亦應屏棄權利觀念者，因其達成創造意志階級並特別對國家承認主權強力之冒稱權利，爲個人自由，乃異常危險也；最後又因卽使法律強制完成一定給付之義務於某等時，決非爲他人發生上級意志也。

然諸君將語余曰：倘先生否認權利，一切坍塌矣。否！恰相反，一切均更堅實生存而樹立，蓋因法之規範於創造權利雖爲無力，而其所誕生之客觀或主觀法律地位均得爲社會所保護矣。此則於吾人下次會談時，余將試行證明之者也。

### 第三課 法律制度之要素

諸君，余爲承認此題目乃稍暗昧之第一人。故立即以儘可能的明晰方法確定其意義及價值，乃不可少者。他方面，須確信其有實益於爲此題目所宣示之區別，而始初則近乎稍微繁瑣。

#### 一 法律制度之定義

法律制度？其爲用語，在法律術語中，至少在法國，非流行者也。余假之於德法家；乃德文用語 *Rechtsordnung*（法制）之文字的繙譯。余用此辭，蓋因余覺用之以指示所有觀見乃極清楚耳。

如活社會而無法，乃不可能者。所謂法：乃強制社會分子之行爲規範之彙集，而此又在頗完全組織之集團制裁下。此等規範形成人所能稱之社會紀律，紀律維持彼此結聯之紛歧個人：同一集團之分子，正如同一有機體之細胞也。規範確保社會體之締結（*Structure*），即余所稱之其制度（*ordonnancement*）也。如諸君寧謂締結者，只要了解意義，於余殊無差異，惟余覺制度一辭，更較正確耳。

此等規範之彙集強制個人於社會制裁下。然不僅此也，尙有：自此等規範之存在，爲個人發生其應盡之某等義務。如不盡此等義務，頗直接被社會組織力所脅迫。如此由事實本身而有法，爲一定個人，存在牽連完成一定給付之制裁義務之地位。在此等規範之適用，規範及他方面之地位均對個人而被作成，社會制裁之規範也，社會保護之地位也，是乃余所稱社會法律制度之構成要素也。

間有區別法之社會及非法之社會者。乃不合實際之區別也。無有社會非法之社會者。自有社會團體如此存在之時，卽有法矣。此法爲頗發達的，頗善制裁的；然卽因此社會之存在而在矣。有規範，有適用此等規範而對個人所爲之地位，此等地位得爲主觀的或客觀的，稍後將解釋之也。

然諸君或將語余，先生講客觀的或主觀的法律地位，何不簡言：法律授予權利於個人？余曾在前課答覆反對，余曾顯示權利之理解不能被認可，因其爲純粹玄理的口號，又在下課，余將顯示其在實際達成真實的不可能也。余更言其理論上爲不能了解單純包括命令之法之規範如何能授予意志權力於一定個人以強制其他個人。然則權利者，或毫無所是，或是此意志之強力。

## 二 規範

余憶在吾人已達到之法律階段，嚴格言之，在一民族之法及其實行法律間，可謂有近似的印合，而爲易於說明，得用用語法律如法之同義字。存在一地方之法之規範乃繼續而自動的社會生產。規範獲得其用語於成文或習慣法律中。此等成文或習慣法律，如余前次集會所顯示，或爲準則的，或爲單純匠作的，前者強制全體個人，後者專及於公務員，政府，行政員，審判官。

余應特表越過一足堪辯論之意見。此仍爲德國學說（賓德，準則法及義務法 *Binder, Rechtsnorme und Rechtspflicht*, 一九一一年，十頁以下）。曾以多力誨示：唯吾人所謂匠作法律是法之規範，其餘概係道德規範。蓋謂法之規範所包括之命令只及於國家之公務員。且舉例而言：在刑事規定中，特決定凡個人犯殺人罪者，處死刑，有兩規範；禁止殺人之規範，乃單純道德規範；及確定適用刑罰，唯此爲法之規範，且祇及於國家公務員。又謂得研究全部實行的法之規範，而同一區別現出。又例如在規定之辭句：凡人之任何事實加損害於第三人，其因過失而至者，強迫其賠償之。依余所述之學說，於此先有道德規範，禁止任何人加損害於第三人，其次爲法之規範，命令公務員處罰損害之造作人。

此學說於一定注意點乃動人者。而余屏棄之，蓋因此說既然歸結於法與國家所投於公務員之命令彙集非爲異物，則易見其除謂祇有出於國家之法外，乃無所去。然余曾言，且將復言：法應束縛私人，而亦束縛國家，非唯束縛國家之某或某機關，且爲國家本身；藉非然者，

殆無公法，而且被導於專擅及暴虐。是故準則法律及於私人，國家與其公務員；僅匠作法律及於公務員而已。

正試行建立實行法律之一定分類，準則的與匠作的相同，而最常者，區別命令法律，禁止法律，許可法律及授權法律。命令法律自然是包括命令之一切法律。特出之模型為捐稅法律。禁止法律實際上亦命令法律；包括一命令，不為一定事物之命令也。顯然一切刑罰法律概有此性格也。許可法律乃授予一定特權於私人之法律也，例如法律在財產制上，許可所有人完全自由使用，享益及處分其物焉。最後授權法律乃直接賦與一定權利於個人之法律也，例如國籍法，選舉法。

德法學家董(Thon)曾為極正當之觀察，此分類乃完全不正確，並毫不合於實際(董，準則法及權利 *Rechtsnorme und subjective Recht* 八頁以下)。法律由定義而為行為之規範，且僅能是此。行為規範僅能是命令的；不能同意許可；不能賦與特權。規範命令或禁止，一言以蔽之，規範命令為或不為某事物。盡於此矣；法律亦然，常是且唯是命令的；常包涵一命令。如此條件被實現者，方有法律。

然而一重要觀察：嘗言法律常包括一命令時，余不明瞭所謂此為由上級給於下級之命令(又此出於前面一切解釋)。如此了解之命令觀念，乃不可實現的，蓋因其牽連一上級意志由本質而在他意志之上也，既然兩意志均有同一本性，則此人類意志不能高於彼人類意志矣。若



余謂法律爲命令的，包括一命令時，余了解其法之規範之發布，盡人應聽命於此規範，蓋因其由集團存在之本身而被牽連也，蓋因人如不服從之，即停止其爲社會物及個人物，即停止其爲人也。

檢閱各類法律而形容爲許可的或授權的者，將見其全部包括一消極的或積極的命令。例如財產法禁止第三人阻撓所有人在其物上爲某或某行爲及在其占有上擾亂所有人。選舉法律命令官吏在其管轄區爲一切行爲，以容許選舉人完全行使其投票權，而禁止全體於此權之行使中擾亂之也。

余於此點上所以稍微重複言之者；乃爲重新顯示其誨示法律賦與權利於個人如確定的真實者，乃幾何重大之錯誤；法律不能授與權利於個人，唯施命令或禁止於個人耳。由吾人所稱法律地位之分析，此將更自清晰矣。

### 三 法律地位

自命令規範之存在，發生某等個人被強迫完成一定給付或被禁制一定行爲。即因此某等個人由社會強制而居被保護之地位，蓋因此地位由法律生出也；然此等地位不牽連於權利，即不屬於個人意志權力之存在。實則合法規範不能給予彼個人所無之意志權力於此個人也。

余取不動產爲例。在流行學說中，所有人有一物權（依字之專門意義）在其不動產上，並

能對抗其權利於誰何人。蓋謂有一保護財產之法之規範，繼後所有人乃爲權利之享有者。

余答：有法之規範承認並保護所有，固屬無疑；然不發生，且不能發生凡所有人有一權利，即其能強制他人之意志權力也。所有人之地位被社會地保護；然汝不能，亦不應言在地位之後有一所有之權利也。汝不能言之者，因學理上及論理上不能證明禁止加侵害於所有人之地位，即法律賦與一本性及本質高於他意志之意志權力於所有人也。汝不應言之者，因其於汝乃絕對不可能於解釋適宜於稱集團財產及基金也，即在漸次繁多之情形，現代法保護財富之準備於集團效用，縱有一切努力被爲於尋覓一主體於此冒稱所有之權利上，仍使其爲不可能。

此外，余所言者，逐漸透入於實際中；又法國判例尤其公谷（Goncourt）遺囑之著名事件中，由事物力被導於承認充集團標的用之財富處分之效力，無有權利主體（依平常字義）以供支持，一言以蔽之，既無所有權利，亦無所有人，但有爲法所承認及保障之地位而已（巴黎法院，一九〇〇年五月一日，希咲（Sier）法學家，以編輯法律及判例著名，現爲書坊，仍繼其業。譯者註）一一冊，七八頁。破壞法院（即法國最高法院，沿直譯俗名。譯者註。）一九〇二年五月十二日，希咲，一九〇五年，一冊，一三七頁連同檢察官鮑篤因（Baudouin）之結論。）

言有社會地保護之法律地位，然在其後既無權利，又無權利主體以爲其享有人者，諸君當見其非字面問題矣。欲在一切法律地位之後置一權利，乃襲昔日生理學家之方式，彼等於生物

現象之後置生命原素，於病理現象之後置病態病根。彼等自此玄理的雜物堆解除障礙；爲之如彼等。如諸君堅執於一切社會地保護之地位之後置此權利之玄學理解，諸君將永不至於了解現代法之發展。

#### 四 客觀法律地位

此等社會地保護之地位或法律地位，如何呈現於吾人乎？一部分直接自法律產生；此法律強制全體，乃普遍而永久的規定，即於被爲一切適用後，延互至於該法律被修改或被廢止之時。地位之生自法律者，乃法律適用之直接效果，亦如法律之爲普遍而永久的，且在同一程度中。余稱此等地位爲客觀法律地位，顯然因其直接出於法，而又有普遍而永久之同一性故也。

余取選舉法爲例。其規定凡埃及人有所定之年齡並成就其所規定之條件者爲選舉人。即由此法律之適用，凡埃及人達於合法年齡又成就所需條件者，成爲選舉人。一切公務員應爲許其行使選舉職務而參與，且無論何人，如阻止之者，縱係由於自然，亦被禁止。此地位乃如法律之同一普遍者，因其對抗全體如法律之強制全體也。他方面，此地位乃永久如法律；倘選舉人一次或數次行使其選舉特權時，仍不失其地位；其保守此地位也，與創造此地位之法律之續存同久。

此地位及其他之相似者，吾人稱之爲客觀法律地位，因其自法律生出而又呈普遍而永久之

同一性，如余所已言者也。諸君將謂：何不簡單稱之爲合法地位乎？余頗欲之。然客觀地位之用語乃更正確。實則在下次集會中，余將顯示其在若干情形，客觀地位雖自法律而生，然僅在一定個人行爲被完成之條件下出生，爲此理由，吾人稱此等行爲爲條件行爲。此等客觀地位不僅存在於公法領域中，即私法領域中亦同。例如婚生子，私生子，夫之地位同爲合法或客觀地位也。所有人之地位亦呈同一性：既然其地位對抗全體，自係普遍的；既然其地位延亘至於所有人已行使各樣特權之後，且同久於財產制未經法律修改前，自係永久的也。民法學者稱之爲物權，彼等謂因其爲直接行使於物上之權利也。余從不了解此所欲云。假如權利存在，亦爲取得一物或保守之而對人行使，而非行使於物上也。重述一次，且即使權利存在者，亦僅是且僅能是此意志權力強制彼意志而已。

## 五 主觀法律地位

於客觀法律地位，普遍而永久的地位之旁，有特別而暫時性的地位，僅能對抗特定個人之一或數人，且消滅於一定給付完成之後。此即余所對立於客觀法律地位之此等地位，而余稱之爲主觀法律地位者也。

許多此等主觀法律地位自契約出生，或於私法，或於公法；然應有一如其字之本義之契約，在下次集會中，余將明確言之，兩人爲一契約，其一自契約而成爲一定給付之債務人。既然給

付之執行爲社會脅迫所保障，於是有一確定的法律地位。然此地位祇觸及兩訂約人；而爲一切第三人，乃如未存在者，是故此地位乃特別的，個人的也。他方面，倘地位所牽連之給付業經志願地或在脅迫之訴訟下執行者，此地位卽行消滅。各事物乃如其從未存在者然。是故由其定義本身爲暫時的，異於客觀地位之爲永久的也。

此等主觀法律地位，間有稱之爲契約的者。是乃繆誤，蓋其中許多固自契約發生，而其中許多亦自單方行爲發生，例如準契約是。於此題，卜拉尼啣兒 (Patriol) 云：立法家謂義務之發生，或自契約，或自準契約，已犯錯誤。而肯定義務祇能自契約或自法律發生，尤犯更重大之錯誤，蓋應謂義務或永祇自法律發生，或義務在法律規定之條件中自契約行爲或自單方行爲發生也。在私法領域中亦如在公法領域中，事例繁多，在此等事例，主觀法律地位繼單方行爲而發生。在私法，則爲凡曾經人形容（無論合理與否）爲準契約之事例。在公法，則爲凡投於個人之命令，使發生完成特定給付之義務於其負擔之事例。是概爲主觀地位，顯然非契約的（卜拉尼啣兒，民法第二冊八〇七段）。

在客觀法律地位及主觀法律地位間，何者爲此區別之實益乎？其實益乃重大者，並可謂此區別支配全部公私法。余將指示數適用於下。

無人不認識在判決權勢之問題上所生起之無休爭論。許多法學家，尤其許多民法學家宣言關係判決權勢之原則乃不可觸犯者，判決永祇對其在訟案中者爲對抗的。彼等欲適用此同一規

範於證明身分之判決，乃至於如下之結論：某甲經具有判決力之判決而被認為一特定人之合法子，另一第三人未經參預此判決之訴訟當事人，於形成訴訟乃為可接受的，請求決定前被宣告為他人子之同一人宣告為合法子。此兩矛盾判決均能有判決之權勢，於是同一人而法律上能為兩父之合法子。許多民法家以為是乃合於論理者，余以為簡直是不合理性，而達於此錯誤結論之原則乃或係謬誤，或被惡劣適用也。

於一切時，某等著作家嘗了解之。但其所提議之解決確為不善建立或不足者。問題之關鍵在於客觀法律地位及主觀法律地位之區別中。倘判決證明主觀法律地位者，誠然有純粹相對的效能，僅適用於在訟案中之當事人；然倘其證明由定義而為普遍的客觀法律地位時，乃與前者必然差異；而此決定與其所承認存在之客觀地位理論上應有同一效能。宣告某人之某合法子之判決，所承認合法子之身分，乃對抗全體者，即對於未在訟案中之當事人仍得對抗之。

法律不溯既往之問題，亦曾生起無休的爭論者，客觀法律地位及主觀法律地位之區別亦容許其極簡單而極論理以解決之。新法律適用於凡在其公布時已存在之合法的或客觀的地位，而不能謂其有溯及效力。此等地位為法律之創造；其範圍為法所確定。是故此等地位應隨法律之命運及變遷而變異如法律也。反之，新法律不能觸犯先其公布而存在之主觀地位。此主觀地位之範圍乃由個人行為所確定，主觀地位繼個人行為之後而出生，個人行為自然被其行為時之現行法律所管治。是故新法律不能變更先存在的主觀法律地位，蓋因其在個人行為被完成時，此

法律尙未存在也，又此法律若眞爲溯及的者，固不應如是也。

余得取埃及官吏及埃及政府所召集之外籍人員爲例。依憲法第四條之文字，官吏應爲埃及國籍，乃在合法的或客觀的地位中。其規程，其待遇，其退休均爲法律所確定，亦均能隨時爲法律所變更，增益或減少。如一合法規定變更官吏之規程，待遇，退休者，除立法者有相反之言外，適用於其宣布時之在職者，而在此法律決無有溯及效力也。官吏之地位是合法的或客觀的，且能隨時爲法律所變更，而不使其有溯及效力。反之，由埃及政府與外籍人員間參與之契約而爲之地位，乃是主觀的；又如一法律參與變更關於埃及政府待遇外籍人員之條件之先存立法者，此法律對於前經締結之契約，乃無任何效果。契約已給予發生主觀法律地位者，此等地位，在任何情形，不能爲新法律所變更。

諸君將不覺得一法之地位，此區別在其上不適用者；亦無一困難，此區別不許其易於解決者。

## 第四課 普通法律行爲及其要素 多方法律行爲

諸君，在吾人今日之會談中，吾人將研究一巨大而重要之題材。實即關係行爲，繼則由此行爲產生變更於前經敘述之法律制度中。此即宜稱法律行爲之行爲，並由人類活動之卓越而爲法律界中之用語焉。

論及法律行爲，仍應重言已爲之觀念：實際上公法及私法間無有差異，且其在公法爲真正者，在私法亦然。是故余行將講談者，非公法上或私法上之法律行爲，而爲法律行爲之自身也。

### 一 法律行爲之普通觀念

爲形成法律行爲之普通而概要的觀念，應假設一時間，人類社會，即民族由幻想而停止於如此之生活，其法律制度可謂爲結晶，凡組成民族之個人咸休止不動；繼後彼等之一表示一意志於外部。將如何經過耶？將有一變更發生於法律制度否？如其有之，在何情形中及在何條件下？應答之曰：如此意志爲法律行爲者，將有一變更。意志表示將於何條件乃爲法律行爲乎？此則應確定於吾人者也。



確乎在人生中，有巨大數量之意志表示非法律行爲者，而依德文用語爲落窠於法。余不憶誰何德著作家曾云：『倘余語余僕曰：約翰，持長靴來，有行爲矣，然非法律行爲也；有行爲而完全逃避法之執取者，落窠於法之行爲也。』

他方面，有等行爲顯係違反於法，亦非逃避法之執取，然必非法律行爲，法蓋爲確定及實現其禁制而干預耳。此等行爲永非法律行爲。殺人，竊盜，過失永不爲法律行爲也。雖有某等著作家曾講論倘個人以自致處罰之故意而犯罪者乃爲法律行爲之問題。然此等問題乃進入於伊葉林所稱：法中嬉戲，並不值停留於此。

某等作家區分法律行爲及法律事實，尤著者保爾多博學教授播因加斯 (Bonnecasse)，在余已接收署名法之研究津梁 (Introduction à l'étude du droit) 之一小書中。余無暇着手於此區別之批評的考察。法律事實之用語乃模糊者，且同時指示人類意志毫不存在之事實及意志行爲確非法律行爲，如過失之事實。因其非以產生法之效力之故意而爲之也。

是故余乃至於此法律行爲之定義，卽：法律行爲者，乃一切意志表示以繼其後有一變更產生於社會法律制度之故意也。

是故爲使有一法律行爲，應有二條件：(一)應有意志之外部表示，實則倘意志停留於內部，依哲學家用語，爲決意之情形，非社會行爲，故不能產生任何變更於其超卓地爲社會物之法律制度中也。(二)應此意志之外部表示具有繼其後而產生法之效力，卽變更法律制度之故

意。倘人爲獲得此結果，顯然爲其知係違反於法之行爲時，倘其行爲實際上乃爲違法而非爲實現法時，似此個人乃在如前所預見之假設中，爲自致處罰而犯罪者，此條件之不存在，乃屬顯明。

如余在前課所明示，法律制度爲規範與客觀及主觀地位所建造，吾人將有法律行爲之三範疇：規範法律行爲，客觀法律行爲或條件行爲及主觀法律行爲，隨主體之故意所在，產生一變更於規範，於客觀地位或於主觀地位焉。

## 二 法規行爲條件客觀行爲及主觀行爲

吾人且考察此等行爲之各範疇。

法規行爲者，乃以繼行爲後表白變更於規範中之故意而爲之行爲也，此等規範爲法律制度要素之一，而人乃欲新規範被創造，舊規範被刪除或修改也。

然諸君將語余曰：法律規範，乃法律也。唯國家，惟強力之主人能作法律。暫時余不辯明參議員及衆議員冒稱說明主權意志之個人意志乃自本質而高於個人意志之點；此乃將來之問題。然爲領悟計，祇有注意凡人類意志在某等情形中，能以故意有效參與出生真正的法之規範，此規範強制其他人類意志，而審判衙門且將保持制裁。

數例如下。若第一次股東會議議決一有限公司之章程，在實際即議決一法律矣。此等章程

乃法律規定，法之規範，不僅適用於議決章程之股東，而適用於一切將來之股東，並且適用於與公司在關係中之一切第三人。管理任何公會之章程，慈善會也，運動會也，工聯會也，亦復如是。此確係無國家直接參與之法規行爲也。尙有一例：關涉資團及工團間之預約，又釐訂將來工作之個人契約在關係職業中應被決定之條件，乃法規行爲之例也。此預約確包括一適用於同一職業之工人及資本家之法律焉。

論及條件客觀行爲，在私法及公法中，均爲繁多。法律因行爲之適用之單獨事實屢給誕生於客觀法律行爲。選舉法，國籍法尤其如此；然如意志行爲以此地位取得出生之故意表白者，法律僅適用於一定的人，並僅使出生關於該法律之客觀法律地位者，不至稀少。此地位自法律而生，唯法律確定其範圍及效力；然法祇適用於一定意志表示已表白之條件也。於是有所稱之條件客觀行爲。既於其後出生客觀法律地位，是爲客觀行爲。既以法律適用於確定的人爲附屬之條件，是爲條件行爲。於此人所爲之地位，非由行爲而由法，且僅由法所確定，其行爲形成適用之條件。

在私法，婚姻爲條件客觀行爲最明顯之例。私生子之適法或認知亦同。婚姻人，合法子或私生子之地位均爲自法律而生之客觀地位，而其範圍又專爲法所確定也。婚姻，認知，適法均爲條件客觀行爲，因此等行爲既不創造又不確定於其後所生之地位，而單純形成法律在婚姻上，在合法子或私生子之條件上對某或某人之適用所附屬之條件也。

諸君將謂此乃純粹無益之瑣碎乎。完全不然。此乃重要區別，且其實際關係乃為第一等者。殊易證明之。婚姻人之地位乃合法的客觀地位，非由個人行為之婚姻創造而確定之，而由婚姻上之法律創造而確定之，依隨法律之一切變更；且如法律變更婚姻人之規則，例如法律創建在一地方尚未許可之離婚，不僅適用於其公布後將來結婚之人，而並適用於在其干預時已結婚之一切人，而不使其因此有溯及效力也。一切法律變更適法子或私生子之法規亦同，並適用於全體，即其適法或認知前於新法律者亦對之適用也。

在公法中，客觀行為頗極繁多。余僅引官吏之任命為例。官吏之地位為法所確定；而任命乃釐定官吏之管轄及地位之法律適用於特定人所附屬之條件也。其結果為：如一法律加入變更，增益或減損此地位，尤其在待遇及退休之觀點上，該法律適用於一切官吏，即在先任命者亦同，此亦不加多於前者，不使能言溯及效力也。其非官吏而由契約與國家相結之公務員，其為差異，自甚明了。蓋彼實在立法家所不能觸犯之主觀法律地位中也。

余至法律行為之第三範疇，即主觀法律行為。此乃意志表示。以繼續形成主觀法律地位之故意所參加之行為也，主觀法律地位即特別而暫時的地位，其範圍及效力為行為自身所確定。在公法或私法上，主觀法律之常例為契約，頃間將述之；然契約非在公法亦非在私法，為唯一者。在私法，一切由傳統名稱所指之準契約行為，概為單方主觀行為也。在公法，繼一切決定後而現出之主觀法律地位亦同。倘此類之一行為已參與者，此地位之範圍，既由當事人意志

所確定，而意志又按照此時之實施法律而合法表示，法律自不能變更其所生之主觀地位也。如立法家決定新法律適用於自主觀行爲所生之地位者，迨違犯法之最高原則，卽不溯既往之原則也。

### 三 法律行爲乃意志行爲

法規行爲也，條件客觀行爲也，主觀行爲也，不論何種重要法律行爲，建造行爲之要素常是相同，並要細微分析此等要素。但在前余應爲兩重要之觀察：

(一) 法律行爲時爲單方，時爲多方；在前者中，唯一意志表示顯露，在後者中爲數個意志所參加。倘着手於法律行爲之分析，通常取契約爲模範。殊犯方法之雙重錯誤，因一方面着手常應自簡入繁，是以應先分析單方法律行爲，他方面，因契約非唯一的多方法律行爲，僅爲多方行爲之一特別範疇，應與其他者區別，如余行將在此課之末所爲者。

(二) 論及法律行爲之效力，諸君必已觀察余極屢言：效力發生於行爲之後，效力接連於行爲；余未嘗言由行爲創造之效力。其故如下：雖余未嘗欲解決其爲根本的問題；但余嘗自問，是否解決之爲可能者。然而應設此問，且如解決之爲可能者。解決容許了解許多事物，否則爲不可解釋者矣。此問題乃知悉倘法之效力發生於意志之個人表示之後，是否以此個人意志，抑或相反以說明效力之法或法律爲母因之問題。在規範行爲及客觀行爲之情形，解決似無可疑：法

之效力乃係法，法律之創造。然為主觀法律行為及繼其後而出生之主觀地位，如何決定耶？

在總括於人類自治之理解內之個人派學說中，答稱：原則上，唯個人之意志爲法之效力之創造者。某等法家，尤其卜拉尼啣兒曾欲爲區別如下：個人意志倘係契約的，乃法之效力之創造者；在其他情形則否。此區別非可成立者，因假使意志在某類情形能爲創造者，不見其因何故在某等其他情形乃不爲之也。

余不欲辯論此問題。余自限於言：如能講談母因者，即在主觀法律行為中，應認許乃法而非當事人之意志爲法律效力之母因。

已爲此兩普通觀察，何爲普通單方法律行為之要素乎？

在余之憲法研究（一九二〇年第二版）第一冊第三章，於此點，曾長篇敘述。在投於余之公表之多數批評中，其一使余驚異。乃朗西（Nancy）博學教授，堪受贊美之著述之作者惹尼之批評也，責余曾着手於法律行為之過細過深的分析，余受責若贊，而行將使君等認識余由此深細分析所至之結果。

法律行為必爲意志行為。是故應分析意志行為，並利用由職業心理學家，更特別由最超越者之一，美國著名哲學家占士（William James）等在此題上所爲之極透澈之研究。

在一切意志行為中，應區別內部行程或決意及外部表示或行動。顯然有許多行為，乃吾人自然而無意識爲之者，然而爲許多行為例如爲與法律行為同一重要之行為，常有計議，決意之

時間，乃易於窺見者。

占士曾云：『意志爲理想原動的活動』，此蓋欲謂常係一理想使出生內部意志並引起其表示。取一極簡單之例：余有往觀埃及博物院或植物園之理想。計議立即發生於余意識中；想像之連接繼續並呈獻於意識，例如余將有利益或娛樂之理想於參觀此等公共建築物之此或彼是。最後優勝理想發生。決定余之選擇之原動理想，依占士用語爲定着想像；余決去博物院。內部行程於是成就。

外部行程開始。此行程單一存在於主體之有形動作中，乃內部意志之外部表示，而在法律行爲中，如稍遠之所見者，乃意志之宣言本身，亦卽有形動作，宣示之語言，所爲之記號，主體由此使認識其內部意志之目的。顯然唯意志之外部表示能落於法之持執下；然而有一內部意志之要素不能逃避之者，行見其故。

在一切意志行爲中，必有此行爲之目的及特定此行爲之標的。目的爲有形動作之所被欲者，又同時爲必將牽連於此外部動作之效果，卽全部外部要素也。有形動作爲意志之直接目的；其牽連之效果，乃人所稱之第二目的，或意志之間接目的，或故意。

余復取前例。余欲往博物院：直接目的卽致余於博物院及觀看陳列物件之有形動作。間接或第二目的，卽此類物件之看視在余意識上所生產之美術或反美術的印象。他例：余欲謀殺一人。因此，余給之以匕首之一擊。直接目的卽舉臂並插入匕首之有形動作。間接或第二目的，

必要效果，即自此舉所生之死亡也。

#### 四 特定標的在意志行爲中

然尚有占重要成分之他要素，而余應在其上重言之者，即特定標的也。此乃內部行程之要素，但如余頃間所指示者，此則必落於法之持執下，因其以分擔確定行爲之社會價值爲效果也。余自釋於下。

在着手決意之行爲及意志表示之內部計議中，主體之意識比較如其爲或不爲某事物其所將能生產者，即如其爲或不爲某事物，在彼或在第三人之願望將能否實現是也。確定選擇之想像，所謂定着想像，乃在主體意識中之臆想，如其爲一定事物，則在彼或在第三人之外部願望將能實現。是即此想像，此臆想，此理想建造確定標的，又此既確保外部願望之實現，自直接影響於願望行爲之社會價值也。即因此故，確定標的落於法之持執下，而爲估計行爲之社會價值，應使加入三要素：直接目的，第二或間接目的，最後即特定標的。

復取前之兩例。余欲去博物院並參觀之。去博物院，直接目的也；美術印象，間接或第二目的也。爲何余欲前往？爲受薰陶；確定標的也。又此去博物院之行爲，如有別於自受薰陶之標的，例如竊博物院之物，將有差異之價值；在前之情形，乃一切之最合法者；而在第二情形，顯然異趣。余欲殺人。動手，直接目的也；犧牲者之死亡，第二或間接目的也。爲何余欲



殺人？爲自衛，爲盜，仍確定標的也。在第一及第二情形中，行爲顯然乃完全差異者。標的在行爲之社會價值上有如此之直接影響，殊不覺言之過多也。

然要勿忘目的亦是人類行爲之本原要素之一；其社會價值繫之，而單一以其標的確定行爲之價值，此必至於極不道德或反社會的；因其以意向證明方法也。

### 五 標的及目的在法律行爲中

此意志行爲之分析常是真實的。爲法律行爲，卽爲以生產法之效力之故意所爲之意志行爲，如爲一切意志行爲，此分析乃真實的。在法律行爲中吾人復獲識意志之內部行程及外部行程，計議導於決定及行動也。吾人又獲識直接目的，爲故意之第二或間接目的及常爲呈現於主體意識之想像之確定標的，此標的卽如其爲某事物將確保在彼或在第三人之另一願望之實現者也。直接目的及間接目的，特定標的乃爲估計行爲之法律價值所必應干預之二要素也。

爲了解此，只須取任何法律行爲已足。余欲借款而余竟借款。在爲此之前，余熟慮，如余借款，余臆想現實的願望，乃其確定之一現出於余前，余借款。余對貸與人所爲余之借款意志之宣言，乃直接目的也；余之償還義務之生出，第二或間接目的也。余爲何借款乎？其答案將使吾人認識確定標的。余借款因余欲清償余之債務；余因企業而借款，完全合法之標的；借款行爲爲正規法律行爲。余爲賭博而借款；依許多立法，尤其依法國民法典，乃不合法的標的；借

款行爲自身乃不法者。並被罰無效。

違反於法之法律行爲，被罰無效，不僅其有不法目的已也，即其爲不法標的所確定者，亦如之，而此乃標的在意志確定中所占成分之論理上，心理上，社會上必然的效果。用語標的應代以用語原因，尙存於某等法典中，而法國民法家堅持使用，此牽發無數混淆。此標的之學理，乃現代關於不道德契約及在法國吾人所稱權力詐騙之一切判例之關鍵。於民法家學理之研究，此學理在權利之濫用或者不正確之名稱下亦被認識。時間不許余述說此等紛歧學理。

## 六 多方法律行爲契約

至今余已大略着手單簡或單方法律行爲之分析。如適用此分析於數意志競合之行爲或多方行爲，此分析當如此繼續存在；然自應區別相同行爲所有之競合意志也。此處吾唯欲使諸君注意反對一極普遍流行而完全錯誤之學說，並顯示多方行爲所有之極相異的範疇。

此學說以爲下之三建議乃不可爭者：（一）在公法，法律行爲原則上爲單方行爲；（二）在私法，法律行爲原則上爲多方行爲；（三）凡多方行爲爲契約行爲。

言在公法，法律行爲原則上爲單方行爲者，因公務員以國家主權強力之名義行使者，能由其唯一意志發生法之效力也。余答曰；此冒稱主權強力乃不存在者，公務員之意志爲人類意志，同於一切他之意志如余將在次課中所顯示者，且單方意志在公法領域中能創造法之效力，

而在私法領域中則不能之，殊無理由。

他方面，不見因何在私法領域中，單方意志不能創造法之效力，而契約意志乃能之也。如不能證明單方意志創造法律地位，更不能證明契約意志創造此地位也。

真實蓋如此：表示意志爲單方的或多方的，常係法爲法之效力之母因，在公法如在私法也。唯在現代，一般進化似影響於雙重意義。在私法領域中，法之效力在某等事件因單方行爲而發生，此類事件之數目確然增長，而此爲人所正當稱名之私法社會化之效果。反之，在公法領域中，效力在某等事件僅顯露於多方意志之行爲後，此等事件之數目，逐日增加，而此則確繫於主權概念之削弱也。

凡多方行爲爲契約之提議，乃完全錯誤。實則契約一語指示完全相異的事物。如着手參於實際之各種多方行爲之正確分析，可得三類：契約，合同，即德人所稱之協議（*Vereinbarung*）及集團行爲即德人之全體行爲（*Gesamtakt*）。

契約乃同時爲極複雜而極確定之物，羅馬人已極明晰規定之，且曾被規定於拿破崙法典第一〇一條。爲有一契約，須一合意於兩人或兩團體之間。常有兩當事人，且單一有兩當事人，其一成爲債權人，而其他成爲債務人。此之意志爲彼之意志所確定，而由此交互的確定，生出債權人對債務人之關係，即主觀法律關係於其兩者間。倘此等要素之一欠缺而數意志參加者，汝等能有多方行爲，然汝等未有契約，而又欲適用契約之規則，遂乃至於不可允許的解

決。

在稱合同或協議之多方行爲中，有一意志之合意，即契約如在契約中，但當事人不行使對立之職務；而遵循同一標的，且無故意生出債權人對債務人之關係，主觀法律關係。彼等有生出客觀法律地位或一普遍而永久之規則之故意；而似此，合同自別於契約。固極分明。欲適用契約之普通規則於合同，乃達於錯誤，訓至於不可能。

在法國會見已預備並議決在勞工之集團合約上一九一七年之法，簡直爲不可適用者。如余所已言者，勞工之集團合約非契約，非主觀行爲，而爲多方法規行爲。此爲行爲，一資方團體及一勞工團體由此行爲而規定合同合意之規範，即法律，於將來同類職業中，勞工個人之契約即依此規範而被作成。既明係契約應依規範而被作成，余即能謂此乃完全反於契約也。

在包括公用讓與之行爲之細則的條款中，吾人得協議與合同之極其分明之另一例，例如關於公用開發條件之條款，又如其關係鐵道或電車之讓與，則關於列車之數目及速率，旅客及職工之安全之條款，及其他類似條款。此類條款形成公用法律；此類條款，非自使生出債權人及債務人之地位之契約而發生，乃自合約而真能稱合約法律而發生也。

最後多方行爲之第三類包函人所稱之集團行爲。此處有意志之競合；然無意志之合意，即無合約，又此類行爲，在任何觀點，均毫無契約。

此種多方行爲之模範例乃隱名公司或合夥之建造。合夥員或公司員之第一次會議議決章

程。於是由此意志之競合生出法律。此法律將爲不自相識及更不認識議決章程者之應募人及贊成人所適用，且應募人及贊成人能來自世界之各點。於此而言契約，適反於事物之明確也。固有遵循同一標的，願望同一目的之意志，然既最通常決不自相識，即決非爲合意於其間也。他方面決不見債權人及債務人間之關係，而僅見適用於一切合夥員及與公司進入關係之第三者之規則即法律。

德國大法學家藉兒克(Gierke)嘗以決定態度顯示在相同事件決無契約，而今日尤不許謂隱名公司及合夥爲契約也。『設立（合夥或股分公司）之行爲，決非契約，而爲單方集團行爲。公司契約之觀念……不能用作私法團體之基礎，猶公法團體也』〔藉兒克，團體理論（Die Genossenschaftstheorie），一八八七年，一三三頁。〕

## 第五課 權利主體集團人格問題

諸君：爲完畢此等支配全部法及爲了解法所不可免之一般理論之研究，其待終結於吾人者，乃權利之主體。問題困難，殊無疑義，然經許多法家依惡劣方法而無益複雜之。

此權利主體之用語，在今日法律術語中，確已成過去。此爲法國用語，然爲德國法律科學所通俗傳播。在法則言：權利之享有人。今日普通言，權利之主體。主體一辭乃同時最普遍而最明晰；此外須記取此用語不應興起任何服從之理想，而僅指示法所適用之人，又至少設如有權利者，此可爲權利之享有人。

### 一 法之主體

何爲能服從於法，卽法之規範之物乎？實際上，問題乃簡單者；然乃無故而被隱蔽。

余憶一切法之規範之彙集成法，概爲命令規定，或命令爲某事，或布告禁止。命令規定祇能投向及強制意識意志之自身，乃係顯明者。然而在世界中能承認唯一之物有意識意志之本身者，乃達於理性年齡而精神狀況又係健全之人類物也。獸類有意識，乃可能者；吾人爲吾人所不見之無數意識物所圍繞，亦可能者，然吾人毫不知之也。以是之故，吾人應謂唯一能爲法

之主體者，乃具有意識的及理性的意志之個人。不能有其他之物；且個人爲某理由而無意識意志時，卽不爲法之主體，且不能爲之也。

集團亦不能爲法之主體，無論其被某形式也。公會也，職業公會也，慈善基金也，如此類者，皆不能爲法之主體，因其無有別於組成個人之意識意志也，又因吾人不能證明其有之也。大團結如國家不爲並不能爲法之主體。爲此大團結亦如爲其他之團結，不能證明其具有。別於組成個人之意識人格也。此非謂國家不服從法也。恰正相反，凡此講課均試行證明法高於國家並強制之，且同時投於事實上持有強力之統治者而非投於冒稱人之國家，爲使國家之隸屬於法不爲空名起見，此乃必要的條件也。

余不應任諸君不知某等法家，尤著者麥斯特 (Mestre) 在法人之刑法 (Le droit pénal des personnes morales) 之美麗論文中，誨示法之規範，特別刑法規範強制集團如個人也。爲使其如此，應證明集團爲人，並有別於個人意志之意識意志；然而此證明未嘗爲之，且將永不爲之也。

## 二 權利之主體

何物能爲權利之主體乎？

爲答覆此問題，顯然應假設一時間能有權利，反於吾人前所承認者。然吾人行將證明在多

數情形中，乃不可得一主體於權利，而承認其存在。又此將爲無有權利之不可否認的新證據也。

若吾人假設一時間權利存在者，三點先被建立：（一）如權利存在，乃爲意志之權力，且僅能爲意志之權力；（二）每次會值與法律保護地位相對時，應有權利在其後；（三）設有一物能爲權利之主體，纔能有權利。

此既明了，能爲權利享有者之物如何顯露於吾人乎？答覆乃顯明者。權利如其存在，僅能爲意志之權力，唯具有意識意志自身之物能爲權利之享有人。唯人類個人具有如此意志。是故唯人類個人能爲權利享有人，且仍單一爲其中之具有意識意志者。因此之故，其尙未有理性年齡，或因年老或不健康而曾失去事物之觀念者，不能爲之也。

通常社會保障的法律地位使意識的人類個人自其行爲及意志發生關係。於是，無有困難。人能言所有之權利，債之權利，而享其利益之人類物得被稱爲此等權利之主體。然而困難發生，且爲不可克服者，倘所有人，債權人爲幼童，爲狂暴精神病者，爲已失感覺之老者。此幼童，此老者，此狂暴精神病人能爲權利之主體乎？既彼等無有意識意志，理應否定。然在極端之嚴格，可謂此等個人確乎有極微弱之意志，即在潛伏情況之意志，然仍意志也，卽此可爲權利之支持焉。實際上，此乃假設；嚴格上能允許之，而余在此點上不更再三言之。

然於此，權利與此權利主體之觀念自相衝突於不可回復的實際不可能，乃關於集團所牽涉



之地位也；爲便易說明，余將以集團地位之名稱之，此等地位法律上應被保護，實際亦如此，又如維持權利及權利主體之觀念，則此等地位之保護，乃爲不可解釋者。此等集團地位在兩形式下，顯露於吾人：普通字義之公會（包括其有特別性格之同業公會）及慈善基金。

公會或同業公會者，一定數目之個人欲共同遵循特定標的之集會也。標的對彼等爲共同的，他方面，於公會爲內部的，即標的直接觸及公會之分子，例如互助公會，美術公會，商業公會，職業公會，即以特定職業之保護爲標的而又特別呈現團體的性格也。

慈善基金爲集團地位，每現出於任何意志以財富之一定數量充不關其本身之標的之用。例如以特定數目充作醫院，任何慈善教育，美術教育如博物院之創設及運用之用。是皆同爲慈善基金之例也。此類得出自個人意志，或數個合夥意志，或公共意志如國家或一切其他行政人之意志也。如假設慈善基金之目的及標的爲合法者，因而發生之集團地位應受保護。

爲此等紛歧地位被保護而又認許權利之學理者，必應在各個地位後有一權利也。如有權利，應有一天賦意識意志之物矣。然而非公會亦非慈善基金爲天賦意識意志之物也。是故以權利及權利主體之觀念解釋及證明聯繫於公會或慈善基金之集團地位之法律保護，乃在絕對不能之中。

### 三 集團人格問題

在西方各民族，緣因於公會主義及工團主義之大運動，此之問題，在今時以特別緊急狀態設立於公私法領域中。應被保護之新集團地位逐日形成；而凡誨示權利及權利主體之傳統學理者，應不論代價而在此學理之範圍內解釋集團地位之法律保護。即因此故，乃在此問題上，堆積最紛歧的學說。雖然如此，縱有精微之不可思議，乃毫末有所底止。實則人嘗欲不論代價使事實進入因果律之某學理。事實乃更強於學理，而學理乃止於微弱。余決無意給予此等紛歧學說之批評說明。余僅欲顯示其所影響之普通理想。於此觀點，余以爲能分之爲兩團。

(A) 余置一切如下之誨示於第一團中；即：在現實中集團非權利之主體，唯因國家之極強的決定方有此性格之學說。凡此學說，爲理論理由及爲實際理由，均爲不可認許者。

理論上應屏棄者，因無論實際立法家如何之強，不能創造於其所無有之意志也。諸君將語錄曰：此法定人格乃一假設，如法中所有之許多也。否！假設乃在一定時代爲回避形式法之硬性之方法。現代法毫無形式主義，並應自人尙堅持以障礙法之一切想像的事物解除之。

此等學說之實際的瑕疵，尤較重於其理論的欠缺。乃在於其所爲公會自由之承認之障礙。爲何在法國，吾人停留至一九〇一年無有公會自由，又爲何此一九〇一年法律僅給予吾人以不完全的公會自由？因自羅馬人即以同於不可爭論的信條誨示：倘國家在其完全強力中，曾在集團後創造法定人格，或如所謂形上人格，纔能有法律保護的集團地位。是故余所屏棄之學說乃達成專斷並否認公會及慈善基金之自由焉。

此一般學說包函巨數之次要學說，凡此等次要學說均聯繫於同一理想：

(1) 所謂假設的形上人格之沙威尼 (Savigny) 之傳統學說。此說純粹而簡單誨示：集團的法律人格為國家之創造，又當國家明白決定之時，纔存在也。余使觀察於前所指示之瑕疵之外，此學說解釋國家之集團人格在不可能中，因國家不能自予此人格於國家尙未存在之前，而當國家有人格時，纔又存在也。

(11) 德法學家倍克 (Bekker) 之學說，由法國教授米粟而法國化，在其美麗著述形上人格論中，精要者如下：

為確定何為權利主體，應先確定其何為權利。然而倍克謂一切權利包函兩要素，權力要素或處分之權利，又利益要素或使用收益一物之權利。能至且常至此兩要素集合於同一主體。其如此者，乃利益要素之享有物為有意識意志之人類個人之時也。然亦能至權力要素及利益要素分離停留於兩相異之物之上。其如此者，乃利益要素屬於缺乏意識意志之物之時也。然在類似情形，實際上祇有唯一之權利主體，因權力要素之享有物乃代表利益要素之享有物也。

例如一幼童有權利：幼童為利益要素之享有物；權力要素之享有物乃監護人。僅有唯一之權利主體，幼童為其監護人所代表也。在集團地位聯繫於公會或慈善基金之情形，乃相同者。利益要素有公會會員或慈善基金之受益人為支持。權力要素屬於公會或基金之董事。然僅有唯一的或單一的權利主體：公會或基金由其董事代表也。

此學說確甚機巧。減少國家之干預於極小量。假如余被迫而採用此等紛歧學理之一者，余定接受此說也。然此說有誤，以彼亦使國家干預也。爲使實有權利主體，應有一代表關係存在於權力要素享有者及利益要素享有者之間，而唯國家能創造此代表關係。是故此學說亦遇前所指示一般則式之理論的及實際的反對。

(11)多數視爲單一之學理。此說在德爲茂侯 (Meurer) 在法爲卜拉尼喲兒及帕特勒米 (Berthelamy) 所擁護。彼等誨示：集團決不建造。別於組織個人之法人，當言及集團人時，單祇欲謂在一定關係下，及關於集團利益者，組織集團之多數人法律上視爲如其爲單一者。

此學說玩弄字句。單純恢復沙威尼之傳統學理。彼謂集團人格乃實行法律之純粹創造。他方面，倘欲適用之於基金時乃達成真實的幼稚。在此情形，其被視爲僅有唯一的人之個人何在？爲病院，曾謂當是一切絡繹於病院之病人。爲博物院，曾飾稱當是一切參觀人。顯然此非鄭重，而學理不獲生存。

(B)在第二團中，余置一切誨示集團，或公會，或基金自然有意識及意志，且僅由此而存在，所以有實在的人格之學說。此等學說全發動自德國大法學家藉兒克之學說，在法國今日，尤以阿喇武 (Haurion) 及麥斯特爲代表。

爲公會及職業公會，推理如下：倘數人爲遵循共同標的自相聯繫，或即刻，或在時之功用下，自動形成一別於個人的意識及意志之共同的意識及意志，即盧梭 (J. J. Rousseau) 所稱

之共我也。此意志由事物之力而外表化；集團之某等個人分子成爲集團之官能，而天賦意識及意志之集團人格如此出生，無國家之干預，乃由其官能行動而爲權利主體，亦猶個人之人由其官能而行動也。

此學說確是極富誘惑，當其以藉兒克之朝氣，阿喇武之智巧被說明時尤甚。然易見其簡直停留於絕對未經證明及不可證明的玄理法則之肯定上。由此一定數目之人願望同一事物並委託其他某等實現其共同願望，不能結論其形成一共同意識及意志有分別於個人意識及意志之現實也。於此有一純粹的玄理概念，在實驗科學，不能被承認也。

應更一言，實在的集團人格之學說，於解釋基金之人格，乃陷於全不可能中。縱有精微之不可思議，藉兒克及岐特曼 (Zitelmann) 曾完全失敗於是。彼等至於謂基金之法律主體乃創立人所用於基金之意志。然而創立人成爲一無意志之集團；或爲個人其意志同彼消滅（謂個人死亡則意志消滅也。譯者註）而謂集團對彼尙巍然生存，乃幼稚耳。

#### 四 集團人格之否認

在上之說明後，如何結論及取何態度耶？唯兩種爲可：（一）薩勒依 (Saleilles) 之信條派之態度（二）余之實驗派之態度。

在薩勒依美麗著作中，在集團人格 (Personnalité collective) 問題上，於會久長分析及辨

論余已指示之紛岐學說後，斷論其無一爲可辯護者，接受一說或他說，殊少關係，然應堅決維持集團人格之概念，因唯此許可給予法律保障及有效保護於集團利益也。此乃影響薩勒依全部著述之指導理想之適用，又惹尼之著述亦然，蓋全部浸染於信條主義也。

兩年前余在瑪德里所爲演講中，曾答覆云：如承認法律人格之概念爲未證明者及不可證明者，且不符合任何直接窺察之現實者，爲何維持之？爲建立及解釋集團地位之法律保護，非爲必要也。爲此，只須適用同時強制社會連帶及公平感覺觀念之法之規範，規範能申明如下：一切時，無論在何種地位之前，例如充一定標的用之財富，倘此地位此充用之目的及標的均係合法者，在現代社會應被且現被社會保護。吾人須決然解除玄理的雜積。於此唯一條件，法之科學將爲進步；否則畫地自守矣。

於此大概引導之後，吾人至於國家之大題目。吾人將在下次集會下設立之。

## 第六課 國家問題玄理解決及主權概念

諸君：余有榮譽於諸君前爲以一般公法之講義爲題之講課。吾人曾自問何爲公法，而吾人曾答其爲國家之法。吾人應終結何爲國家之法也。吾人曾試論何爲法，何爲其要素，表示及如何規律人類活動之紛歧形式。現尙留於吾人者，爲搜討何爲國家。

### 一 國家之外部表示

問題似甚簡單，似乎盡人能易答之。然自久遠以來，在此問題上，曾寫甚多之書，並冒近於臆測之危險，吾將謂許多著述毋寧其助成闇昧問題，乃多於其澄清之也；此蓋因一般均遵照惡劣方法，因人會想像玄理質之存在，而置之於政治表示之後，以代直接注意事物，證明其如何經過，並由實驗的及現實的觀察方法以終結其何爲國家也。今日已至於此點：法家之工作首應在於排斥一切此等玄理概念，而用直接方法，在事實上，搜討何爲國家。

注意吾人之週圍並取用吾人日常生活之事實。吾人見軍隊攜同刀，槍，大礮，機槍經過，給予吾人以不可抗的物質力之印象，而吾人言曰：此乃國家所創造並指揮之力，以用於保護地方，反抗外敵者也。吾人出至路中，見一騷動或搗亂；武裝警察到來，逮捕擾亂者並重建秩

序；此仍是國家，不可抗的物質力之主人保障內部之和平及安靜也。汝有債務人而不汝清償，汝訴之司法，汝使之懲處，並發動執行名義，汝使特別警察活動，彼等行將扣押及出賣其財產，縱有其抗拒，而汝將在價格上被清償。此仍係國家用力保障私人債務之清償也。最後，桎梏在手之受刑人被導入獄，或絞或斬；此仍係國家在其物質權力之極大限中也，又邁斯特 (Joseph de Maistre) 嘗能語云：劊子手乃國家超特之象徵，因其爲神也，因國家自身爲地上之神也。檢閱一切國家所洩露於吾人之表示，諸君首將發現物質力之表示。

余最先言者，蓋因如國家之表示久矣專爲力之行爲者，今日乃不復如此。現代國家亦如其往昔之着手行爲，甚常或者最常以力行事。然因社會生活之變遷，尤其因科學發見所應有之變遷，由經濟家所稱之民族經濟代換家庭經濟，現代諸國家行使多數經濟職務，不顯其在力之表示中，且吾人在以下各課之一中，將見在許多公共服役，物質迫脅之力不顯露也，但已爲此保留，其首先顯露於國家中者，厥爲其物質強力，爲其迫脅之不可抗的強力，殊無可疑。德國大法學家伊葉林，現代德國之政治理論家特萊席克 (Treitschke) 曾云：『國家即力』 (Der Staat ist Macht)，殊有理由。吾人亦謂並將謂：國家即力，當在一地方中，有不可抗的物質力，纔有國家也。然余急速更進一言，異於前引德國著述家者，即吾人謂並將謂：此國家之不可抗的物質力，乃被法所規範及限制。



## 二 國家之適法

國家之如此爲不可抗的物質力，問題設於且必應設於知悉此力之存在如何能證明；又如力爲適法者，在此情形，此適法如何能被證明。

除瘋狂的或幻想的無政府主義者外，盡人皆承認爲社會和平，力之專有者之存在，乃在各地所不可免者。其適法亦似乎確定。縱然如此，但爲玄理先占所支配，尤其自十七世紀來著書之政論家特別在法國之政治理論家，爲解釋國家之力會欲給一玄理質於國家以爲支持。其着手也，一如昔之物理家，例如物理家會置電流質於電氣現象之後。彼等會置主權概念於政治力之現象之後。彼等推論如下：此迫脅之強力，乃適法者；全體應服從之，因其停留於國家主權之上也，而此主權之語遂爲解釋一切之護符之一種。

在吾人下次會談中，將見此主權之概念，距解釋一切甚遠，理論上爲不可允許的，實際上達成不可回復的不可能，並有妨害於內部公法及特殊妨害國際公法之發展之重大效果。雖然，如此主權之語在人民生活及人民間之各地關係中，仍行使職務，余不遲疑形容其爲不祥物，然不能否認其重要，應自究問其說明之概念如何出生，如何發展，並如何試行證明焉。

如主權一語未爲羅馬人所認識者，乃彼等會先有所說明之理想，卽強制下屬意志之最高強力之理想也，爲此唯一理由，乃爲最高強力矣。制御 (imperium) 一語，在羅馬共和時，

用以指示一定司法官之權力，又其後指示皇帝之權力，十七世紀，說明其爲主權之一切要素。在中世紀，當封建時代，此理想衰弱而未完全消滅。此理想綿延於自一切時人已承認之法國王之權力中，因其王室特權，確保『和平出於正義』於將爲現代法國之一切土地上。卓越格言尙能用以正確形容現代國家之使命。

十六世紀下半，正法國絕對專制之要素醞釀之時，主權觀念自行明確，且得其最完備之用語於法國著述家播旦 (Bodin) 之名著共和 (La République) 中。

似此，主權之語及觀念不僅透入法家之理論中，而且透入普遍的意識中，王乃被宣稱爲主權之享有者；然僅有一進步，即賦予主權，不復於王，而於人民，於集團全體，於民族焉。盧梭實現在其名著社會契約 (Le Contrat Social) 中之理解，此書曾行使異常勢力於現代理想上，其說明之也，雖確爲可贊賞之文辭，實際上乃詭辯及繆誤之不斷的續集。

### 三 主權

主權概念曾達其完滿的發展，何爲其內容乎？全部理論被建立於此題；並應承認其被極優建設也。實則毫無所底止，且必應崩潰。無論其爲如何，於下即見。建議論理地連續。

主權乃一權利，在吾人所不同意之享有者上。主權爲權利，即爲意志之權力；然此意志權力有下之特性：(一)爲命令意志之權力；(二)爲獨立意志之權力；(三)爲唯一權力；

(四)爲不可分的權力；(五)爲不可讓與及不受時效的權力。

(一)主權爲命令意志之權力。此乃要點。主權意志乃由本質而高於一切在服從此主權之領土上之意志。出生於主權意志與非主權意志間之關係，乃不平等間即上級與下級間之意志關係。

於今，諸君見類似學說之實際危險。實在此學說不許承認關涉國家及人民間之契約之強迫性。當事人非平等者，無有可能的真正契約，無義務能出生於國家之負擔。且行將見主權由定義而爲獨立的意志，於此，爲國家更不能有國際義務的合約，是故並不能有國際法矣。

(二)主權爲獨立意志之權力，不附屬高於彼之任何其他意志。如中止其爲如此，即中止爲主權矣。德人有稍中古學派的定式，而善說明此賦與於主權之性格。彼等謂主權乃一意志，永祇由其本身而確定，即意志決定其行動之標的及範圍，意志不能爲自外部被決定之標的所確定。德人亦用其他之極明顯的定式；彼等謂：『主權有其管轄之管轄』，即主權本身自決定其行動之領域，並唯一能確定其界限者也。

由此屬於國家之主權之理解，發生絕無高於國家之強力能決定界限於國家之行動之明確，以此之故，國家不能爲最高之法之規範所束縛或強制，是故無有公法。此其結論，吾人對之，乃不知其過於堅決抗議也。

(三)主權爲唯一的。此欲謂在同一領土及投於同一個人永祇有，永祇能有唯一主權也。爲

顯示之，祇須由思想想像兩自冒稱主權之強力在同一領土上。如其合意即無困難。然假設此兩強力表示對立的意志。於是，或者此兩意志非此亦非彼將自實現，互相中和，似此，則無一為主權者；或者兩意志之此退讓於彼，則此退讓者，其行為既為其本身外之其他意志所限制，即不復為主權者矣。

此單一之特性，必應被承認於主權，遂致稱聯邦國家之國家地位，如北美之聯合國，南美之某等國家，尤著者，巴西及阿根廷共和國，又在歐洲，瑞士，奧國，德國為不可了解矣。如許國家主權之存在，例如應謂紐約國家之領土及此領土之居民服從兩主權，即地方國家之主權及聯合國家之主權也。然此與主權之自身觀念，乃絕對矛盾者也。於此時所應為者，或屏棄此主權觀念，或謂其無有聯合國家。既聯合國家之存在為不可爭之事實，而主權乃純粹知識之概念，吾人之擇選得為之矣（即屏棄主權觀念。譯者註）。

（四）主權為不可分的。意志之為物，不能被分割而不致消滅，又他方面，如假設其為被分，組合意志之各分當是主權的；故當有兩主權行使於同一領土及同一人民之上；然而已見此為不可能者。

此處主權概念仍已抵觸極確定之事實。在今日實行代表制之各地，冒稱國家主權為數個機關所行使，而此主權特權之分配會受權力分離之名。曾以權力一語指示主權的建造要素之各個，而特權即聯繫於此等之各個，此等要素皆同為主權的。

然則如何能調和此權力之分離及主權之不可分乎？如何能有一唯一的及不可分的主權，而又有執行，立法，司法，三權力皆同爲主權的及獨立的乎？僅能答覆此問題於謂此有法律的神祕完全類似天主的三位一體之神祕之。在基督教義中焉。

(五)主權爲不可讓與的及不受時效的。主權之享有者不能任意讓與之，又縱已失其行使，無論經如何長久之時，然彼仍保存之，蓋因其爲附着於其人之意志權力，並不能未停止存在而失之也。

繼盧梭後，某等主權理論家曾結論云：既主權爲不可讓與的，即不能被代表。政治的代表牽連主權在其代表期間過渡於先天享有者之代表，而在此時，主權爲可讓與的，是乃不可能者。

#### 四 主權之主體

至此，無論前述學說之要素爲何，應去至盡頭，且應顯示如何試答最後的重要問題，問題如下：何爲主權之享有者？余意乃不可解決的問題，其爲新證據者，乃主權概念毫不符合實在也。問題爲不可解決者，證據在爲解決此問題而被建議之多數學理中；又此類學理得分列爲三大類：(一)國家私產或國家目的說；(二)國家民族說；(三)國家強力說。

(一)國家目的或國家私產說在全歐洲真至法國革命均爲支配者。不僅爲政治理論家所陳

述，且確乎影響各地方中之內政及全歐洲之國際政治，如不連接歐洲史於此國家之理解，殆不能了解法國革命前之歐洲史矣。

依此說，王爲主權強力之享有者。此外無論爲何種統治者：王也，帝也，貴族共和國如威尼斯（Venise）之內閣也，概以此用語指示之。王自爲主權之享有者；占有類似所有權之權利。制御乃法律地被建設於支配（Dominium）之模型上；人民領土概爲此權利之目的。

此主權及國家之理解幾隨法國革命而完全消滅；而在奧匈維持至一九一九年凡爾賽（Versailles）條約及後數日之聖日爾曼（Saint-Germain）條約，此二者抹除奧匈帝國於世界地圖焉。

在十九世紀末，此國家目的或國家私產說爲德國最大法學家之一巴威教授色德兒所誨示而消滅（色德兒，一般國家學之特色）。

（二）民族國家或民族主權說。在法國自革命至今，被視爲不可觸犯之信條。其最先而完全之用語曾存在於一七八九年法國人權宣言中，一切法國革命憲法，一八四八年法國憲法及埃及憲法第二十三條。亦存在之。

在此學說，乃民族自身視爲別於組成個人之人，爲原始主權之享有者，並委任其行使於一定機關。國家爲民族，即主權享有者並由其本身所任命之機關行使之。

此民族主權之理論，曾在一切時期，然燒心靈，影響政治建造且常引起革命；然不能否認

今日乃其衰落也。因何理由及應如何思考其理論的及實際的價值，乃在吾人下次會談中所考慮者也。

(三) 國家強力說爲今日德國法家之大多數所誨示。四十年前，爲法學家格貝(Gerber)所創立，本世紀初，爲葉林勒克 (Jellinek) 教授所復興而發揚之，在其勢力下，成爲德國科學之流行學說。

在此學說中，誨示既非國王，亦非民族爲主權之享有者，而國家自持有之。如哲學家所謂，成立國家，卽由因果律肯定國家如同個人而存在，且卽由此而爲國家，而爲主權之享有者。至言民族，在此說中，僅爲國家之一機關，一如議會。民族乃爲選舉之機關，議會乃爲立法之機關也。殊易窺見類似學說之玉的影響並其所達成之效果。如民族僅爲國家之一機關，國家卽能隨意決定其職務並限制其權利。

於此陳說之講義，余已顯示主權概念會牴觸某等矛盾及不可能；然此未足也；在吾人下次會談中，余將試行更詳細指示人所主張給於國家問題之玄理解決所牴觸理論的及實際的不能。

## 第七課 國家問題玄理解決之不可能

諸君：在吾人上次會談中，吾人自問何爲國家，而吾人曾見其特現出於吾人者，在物質力之表示中。吾人於是自問此力如何能爲適法者，吾人曾見由適宜於人的玄理需要所支配之陳舊而極流傳的學說，以主權概念解釋國家強力之適法。吾人曾顯示其建立於此基礎上者，全部爲理論，確乎論理，然係人爲；他方面，當此說之主持者欲確定此主權之享有人時，自相分派。吾人不應停止於此。蓋因此主權學說雖係人爲，但如其有幸福的實際效果及釋明現代世界之政治事實者，嚴格言之，仍爲可辯護者。然而此恰完全相反。互相抵觸於一切種類之不可能，此等不可能使其爲不可允許者，並應堅決被反駁焉。余尤更有言者，余意此說所引導之惡果決處罰之。此則在吾人今日會談中，余所欲顯示者也。

### 一 確定主權本原之不可能

首先，如有主權，何自而來，何爲其本原？自數世紀以來，講論此問題，自置論據於前，而解決未前進一步。學說乃不可勝數，余決無意詳細陳述之；然如忽略次要要素，可謂其分兩團：神權說及民主說是也。



神權說自身分兩範疇，一者謂超自然的神權，他者謂天主的神權。

在超自然的神權說中，誨示神會直接託付主權權力於某類指名任命之君王。其如此者，自十七世紀時，法國法家誨示法國王『僅由上帝及其寶劍維持其權力』。實則此式爲王政之法家所發明，以防護王權，反對主張授與強力之教皇並反對爲全歐總霸主之德皇。雖然，此格言乃超自然的神權說之最簡單而最確切的用語。已至二十世紀，猶在威廉第二 (Guillaume II) 帝之某等演說中，尋得其莊嚴肯定也。

天主的神權說乃較微細並較巧善。其言曰：然，主權來自上帝 (Omnis potestas a Deo) (全權力在上帝)，如一切物來自上帝也。然此來自上帝者，乃主權取之於本身，即主權本已，即主權之本質，反之，隨時隨地以偶然形式所裝飾之主權非來自天，而來自人。乃人民意志之生產；乃人類的創造；有一切人類事物之缺點；而其進化亦如之。實則除權力在已來自上帝之保留外，天主的神權說推理一如民主說，且在某等著作家之筆頭上，乃較純粹民主說更富於科學性而顯露焉。

神權說有反科學的起點，因此，不值講論，殊屬顯明。然唯彼爲論理，亦係明瞭。實在如主權存在，乃是且僅能是高於人類意志之權力；然而此權力須爲超地球而完全強力的神所賦與，纔能存在。

## 二 民主說

民主說亦在細微中自行變異，然有一共同要領，引之如下。原始主權屬於集團，又如認現代社會之大部分已取得民族之形式，民主說自括於此時常轉載之定式中：原始主權屬於民族。民主說乃民族主權之學說也。

在此點上，余主特別避免誤會，而余欲極明晰解釋之。由余所給於今日課程之總題，由余所言及余所著，在民族主權上，諸君已知，余謂諸君知余科學地否認民族主權之存在也。雖如此，余仍係民主者；余自以為極民主主義者，較許多在公共集會中壯麗肯定民族主權之原則者，尤為民主也。余係民主主義者，因余估量在全國中，全體公民對於公共事務之管理有均平部分，其為可願望乃同於其為可能也；余且承服為婦女選舉之保護者。然此固不阻余見事物之正確實際，及謂科學上民族主權之概念不合於任何實際，且恰正相反也。

法國革命及吾人憲法之數者曾宣布民族主權之大綱。此決不證明其為真實學說。假如未曾宣布此謬誤信條，或者已避免許多濫用，許多罪惡也。乃由此謬誤原則，曾然燒心靈，且至於僭越。在一全部時代，人曾信此民族主權之語之魔的效能。乃此語初曾動搖，繼而推翻歐洲王座之大部分。其有社會勢力誠然。其為真實，則否。人類於超自然及神祕常未嘗停止仰信之需要。人不復信仰上帝；而信仰名字之超自然的效能。經一世紀有餘，為民族主權者，今日則

爲工聯自由，怠工權利，八時一工。此等方式，此較之彼，同一錯誤，同一危險，而社會學家對之有使政治家及選舉者注意之義務。

雖其如此，全部民族主權學說爲數語如下。在盧梭社會契約中，（社會契約第一卷第一章及第七章）護得其最正確之用語。人類自然爲孤立，自由，獨立者。在指定時間，人類彼此自動互相聯繫，而參加一默認協約，在此協約中，人類爲取得周圍之安全而放棄其自然獨立。此卽社會契約，共我或公同意志由之而生。假如此人類集團爲民族者，則共我，公同意志卽民族意識，民族意志也。此公同意志，民族意志卽主權也，而此乃爲以下兩理由：

（一）公同意志乃更大於個人意志，猶如外包乃更大於內容也。是故自然高於個人意志，而爲主權的。（二）如公同意志乃高於個人意志而又由於自然，然公同意志乃個人意志之總合，而當其命令時，個人意志聽命於彼，實際上僅聽命於其本身。故個人法律上服從公同意志或民族意志，實則僅服從其本身，因聽命於彼，僅聽命於其本身也。

在社會契約多段中。此理想被明晰說明。兩段如下。卽盧梭社會契約之首，曾云：『人生而自由，而到處在桎梏中。此變換如何而爲乎？余不知之。孰能使之適法乎？余以爲能解釋之。』而稍遠云：『僅由組成之私人所形成之主權無有亦不能有反於彼等之利益。以是之故，主權強力對私人全無保障之需要。』

### 三 民主說之批評

何爲此等推理之價值乎？毫無所有也。此乃易於顯示之者。縱先有公同意志，毫不證實其爲高於個人意志者。雖然公同，仍係人類意志，除非汝證明神曾給主權於彼，汝不能肯定其具有之也。宣言人民爲主權者，汝與彼等由神權賦與主權於王者，爲同類之信仰行爲。以此之故，謂民族主權說僅曾以人民神權代替王之神權，實極有理由。

至言盧梭及其信徒之推理，云：余聽命於公同意志，而余乃自由者，蓋因公同意志爲個人意志所組成，故余僅聽命於己也，余謂此推理爲矛盾而詭辯的；實則開始於肯定存在一共我，一集團人，此共我，此集團人有一別於個人意志之意志，是故民族意志決非個人意志之總合。是故當余聽命於公同意志時，乃聽命於別於個人意志之意志，余所聽命者，乃高於個人並別於個人之主權的意志也。余所聽命者，乃非余本身，而爲上級。由上之推理汝乃陷汝本身於矛盾，而汝毫無所解釋。

此外吾人放任此稍爲瑣碎之論辯，且趨赴事實。在一國中，宣布民族主權之原則並置之適用，其經過如何乎？應視察公民團體，在選舉及總投票之形式下，決定僅能由建立多數之票折扣參預之。故如決定爲千票對五百所獲，在現實中，乃千個人強制其意志於其他五百個人也。在事之真實中，汝之民族主權屬於千個人，亦即千個人意志之主張強制他人也，又以此與王之

主張欲強制其意志於其臣民較，非更爲適法也。民族主權簡直卽少數服從於多數也。

盧梭了解異議。曾努力答覆之；而此處倘許余用運動之用語者，余將謂彼達詭辯之紀錄。彼實敢謂：『故如（在人民大會中）反對余之意見優勝者，不外證實如非余錯誤，卽余估計其爲公同意志者之非是也。倘余之個人意見曾優勝者，余所爲之事，乃非余所願者，於是而非非爲自由者矣』。（社會契約第二卷第四章）

依盧梭，人僅無限制服從於公同意志，在事實，於多數意志，乃爲自由者。毋忘盧梭所寫爲法文，且爲富麗之文詞，彼雖非法人，然爲日內瓦加爾維教徒，（新教之一譯者註）而此易解釋其政治精神。不能否認盧梭之思想曾影響黑格爾（Hegel）之政治哲學，今日之德國法家曾在黑氏政治哲學中汲取其力之學說，爲對內極端，對外暴力之德國政治之影響者焉。（閱余之盧梭，康德及黑格爾之研究，一九一八年公法雜誌）

#### 四 民族主權及普選

吾人且放任理論而專自置於實際的觀點。余當語諸君云：假如民族主權說能用爲普選之根據，縱有其矛盾，縱有其理論的缺點，亦應擁護之。而乃卽此效益亦無之，而一七八九年造法會議爲創立限制選舉，曾援用民族主權之同一原則，乃如是真實者。即使在一時代，人曾信仰民族主權之原則，此確爲法國革命之初發端時也。託克維兒（Tocqueville）已能謂：信條有其

傳播者及殉義者，如宗教信仰心之一端。雖然如此，一七九一年之造法議員曾極注意建立普選。彼等宣言民族主權之原則強迫之者，非授與選舉權於全體，乃確定其為最適於說明民族意志者。又遲半世紀，一八四八年，曾莊嚴宣布民族主權之原則及普選之信條，雖有文字，決無實事。因拒絕婦女之選舉，已自政治生活排斥法國人民之半數，決未嘗真有普選也。

此即民主理論之如何毫無解釋也。亦如神權理論之為無力使主權適法也。然人謂無論主權享有者之為何人，國王也，民族或國家也，無論何者為其本原；主權仍存在；否認主權，即否認明確，應認取事物如其所是之事物也。

余答：主權不存在；其存在者，乃對主權之信仰，或至少在一定時代曾經存在，而今日此信仰確在其衰落期。在此信仰之後，毫無所有，並永未曾有何物也。此信仰本身乃危險者，並即因此而應終結毀滅之。然余立時更進一言：即使無命令之權，而為統治者乃有行使，組織，管理公共服役之義務，而此義務同時構成並限制其權力，如余所將顯示於更遠者焉。

吾人應致力於破壞對國家主權之信仰之基本理由者，乃因有主權而建造內部公法及國際公法乃陷於絕對之不可能。

余憶如其主權存在而為國家之意志者，乃獨立的意志，永祇由自身確定及自決定其活動之範圍。然而國家乃為強制國家之法之規範所拘束，並且由此法之規範而被強迫於為某等事物與不為某等事物，纔能有公法。然假如國家有不能被外部要素所確定及自決其行為之目的之意志

者，則類似強制國家之法之規範乃不可了解及不可實現者。是故應或犧牲公法，或犧牲主權。無有中道也。

爲試行調和此等矛盾，曾甚爲努力，曾完成細微辯證之奇蹟。決未嘗有所成就。一七八九——九一年之法國造法議員以爲將用自然個人權之學說達到之，余將向諸君大致發揮之也。彼等曾云：人有自然的，不可讓與的及不受時效的權利，且卽由此而爲人，國家於此不能加之侵害，或至少在爲全體權利之保護爲必要之限度內，纔能限制之。而於是居於此不可回復的兩難論法之前：或者國家能加限制於個人權，尊之若主權，而於是個人之自由消滅；或者國家不能限制個人權如其所了解者，而於是國家之主權喪失。

在隣近領域，卽契約領域中，暴露同一的不可能，爲同一兩難論法所強制。卽如今日爲審判衙門及法官所普遍承認之原則，卽國家被其契約所強迫。然假如國家爲主權者，卽不能契約地被拘束，因其意志異於由其自身所確定也。或如其爲契約所拘束，卽不復爲主權者矣。確乎爲試行離去兩難論法，曾發明公法之契約。乃決無所至，因此冒稱之公法契約，乃全反於契約者，以當事人之一，卽國家，必其甚願被強迫，纔被強迫也。

是故應完全斬絕此主權概念也。彼爲死者；然有應斬之死者焉。（閱波里的斯(Politis)之佳作，主權之限制，在一九二六年三月巴黎雜誌 (Revue de Paris) 中。波里的斯保存主權之名而否認其所說明之物）（此言主權概念已成陳跡；縱爲陳跡，仍應根絕之。譯者註）

## 五 自動限制之德國學理

德國法學家已甚了解困難，並爲排除困難，曾發明巧妙且極巧妙之論法，然乃爲遮眼法此卽稱自動限制之學理也。其所有原質如下。彼等云：國家爲主權者，在此意義，其意志永祇爲其自身所確定，但國家創造法律者也，能志願服從由其自身所創造之法。國家雖爲法所執持，並爲法所拘束及限制，然仍留存爲主權者。實則國家志願服從於法，乃爲其本身所確定，且其意志雖因法而成爲限制的，仍留爲主權者焉。

此學說顯然爲巧妙者，然不能欺騙人。詭辯乃明瞭者。實則國家僅爲法所拘束者，蓋因其志願服從於法也，因其信此爲良善政策也，因其思考倘其行動依法，聽命更佳也，當環境變更而違反法律爲其利益時，亦能志願逃避服從也『伊葉林，法律上之目的 (Der Zweck im Recht) 三四三，三六六——七頁；葉林克，一般國家學 (Allgemeine Staatslehre) · III 111——三〇六。及三二三——三三一頁)』

大法學家伊葉林爲構成自動限制說之第一人，在同一結論前，未嘗有所拓展。曾明言：法爲力之政策，國家以爲聽命更佳者，卽服從之，然隨時因環境以逃避法爲其利益者，國家卽脫離法之執持。葉林克在同一術語中說明同一理想而更言，曰：『法爲國家而作，而非國家爲法而作也。』



當一九一四年八月五日，畢特曼賀兒維克（Bethmann-Hollweg）時爲德首相（譯者註）先生接待英大使時，英大使以比國中立爲德國所侵犯爲理由，向之露布戰爭宣言，畢爲隱語於由德所簽之中立條約並由德輕褻違犯，乃大呼曰：『凡此者概爲廢紙也』！畢先生僅將德國最大法學家之學理譯爲政治言耳。

是乃主權概念所必然並論理引導之處，而由此乃不被審判及斷然處罰耶？

破壞國家之玄理的理解及主權之學理，尙不滿足；必須代之以顯示在事物之現實中何爲國家，及國家如何眞服從於法，並爲法所拘束。此乃在下次集會中吾人所會談者也。

## 第八課 國家問題——現實解決 如何唯此解決能予理由於國家之

### 權力及於此權力之限制 公共服役觀念

諸君：由前之課程，吾人達於下之結論：

(一)主權如命令強力之權利者，如永祇由其本身確定之意志之權力者，不存在。

(二)假如主權存在，不能得其享有者。實不能授與之於國王，或於視爲人之民族，或於人格化之國家，即並不能授與之於民族，因此復至於謂個人之多數能強制其意志於少數，而不能了解其因何而係如此也。

然諸君將語余曰：如否認主權之存在，於此即否認國家之存在，而一切毀滅；此直是無政府矣。否，否！毫末毀滅，反之，完全建設，且較此民族主權意義之空洞形式尤爲堅固也。

#### 一 冒稱權勢原則及政治差別

明日，即在此處，諸君將聞文學院教授窩時忒勒 (Hosteler) 先生在權勢原則上之講演。窩先生較人更有權講同一主題，因其屬於尊榮的比民族，彼乃德國侵略之犧牲，而德著作家乃主張以主權權勢辯解之者也，此權勢原則，余不較窩先生更否認之；但須知其應在何要素上建

設之並須知在其所說明之文字之後何所有也。恰係此爲余所勸告諸君者，於今余簡括余之思想而言曰：此權勢於人類社會之生存，乃必要而不可離者，人能創建權勢，非在冒稱權利之上，而唯在強制凡生於社會之人之義務上也。

在世界中，無較義務問題或道德問題（如諸君欲之）更重大，更基本者。實則一切問題，無論其爲社會的，政治的，國內的，國際的，全自歸宿於道德問題，而一切問題置於人類意識上者，當立時被解決也，如在全世界中，全體，大人及小人咸盡其義務，則一切解決矣。余謂大人及小人，余蓋有見於治者及被治者耳。國家祇能生存及保障於治者盡其義務時，而爲治者之義務，簡括於此方式中：治者應爲其人民而非爲其自身而治理。治者在限度中如此行動，且唯祇須如此行動，治者能強制其意志於被治者，而治者之強力自適於法者，非由強力之本原，亦非由治者爲冒稱權利之享有者，乃由治者行使強力之狀態焉。

余言治者之強力，余卽由此了解爲物質的強力。實則倘吾人直接考驗政府之表示，吾人見其常顯露於吾人者，物質力之表示也。固然在現代國家中，有議會，國家元首，王，共和國大總統，國務員等等。然彼等倘無強脅之物質力於其支配下，殆將等於零，治者能任其意志而運用之也。麥斯特曾言：劊子乃神也，因其爲政府強力之象徵，而強力自身乃神也。至此，余決不前行，余不喜言劊子及神；然麥斯特之方式乃正確者，如欲離去其爲神祕者。余將直言：此乃武裝警察爲國家之象徵，因其爲公共力之象徵也，且無公共力，卽無國家矣。

此卽事實。某等個人如何至於隨意運用不可抵抗的強脅力之可能；簡言之，在社會中，如何使有治者及被治者？治者及被治者之差別如何產生？國家卽係此差別之產物。自此差別產生後，卽有國家在社會中。

政治差別在紛歧要素之行爲下遲遲實現；安全之需要，宗教的信仰，超自然權力之授與於某等或某等個人，尙有許多其他者。爲研究政治進化，應瀏覽全部人類歷史，如斯賓塞所試爲者。其爲工作，顯然余不能承攬於此。余僅欲在數語中，向諸君指示要素會最慣常而最強盛行動者，尤其在十九及二十世紀中者。

論及引入政治差別之要素；時有欲建立彙集之理論者，絕對錯誤。在一切世代中，有一部分之真實，但猶有更大部分之謬誤。在政治差別之普通形式上所提議之理論，余將僅引其二：首宗教的理論，在各地方及各時代，歸屬治力之形成於信仰，而某等人占有超自然力。在原始人民之大部分中，實以宗教信仰爲政治創立之第一因素，非可疑者。常信某等家族會自神接受特權，而被引導於混合政治強力及宗教強力。此事實產生於各時代，在幾乎全體之原始社會，阿利因 (Aryens ou Aryas) 的或色米特 (Semites) 的。俄國至一九一七年或最少至一九〇五年，俄皇主義者 (tsariste) 曾以政治強力建築在宗教信仰上之最完全的例貢獻於吾人。今日猶然，在自信完全脫離一切信仰於實質宗教之地方中，宗教需要占重要位置，而人羣歸屬超自然力於某等方式或某等教育。此神祕主義，在政治形成中，盡不可爭論的職務，並建

造政府之要素，既非社會家，亦非政治家所能否認也。信仰在民族主權，在工聯主義，在總罷工及八時一日之魔的效能，概係顯示宗教情感之堅固勢力之特例也。

但如宗教信仰心會有並仍有一定勢力在政治差別上者，非真唯信心行動也，其旁之他種要素曾使感覺其行爲焉。經濟力在政治進化中常盡第一等之職務。馬克思 (Karl Marx) 及其徒黨曾誨示云：在歷史中，政治強力常與經濟強力比偶而行，而國家之權力常屬於其持有財富者。彼等謂在羅馬歷史中，窺見平民與貴族間之繼續鬭爭，決非政治鬭爭，而爲經濟鬭爭也；當平民征服財富時，政治強力亦被其取得矣。其經過於羅馬者，已經過矣，或將經過於各地方及吾人今日，賤民階級爲征服政治強力，首應沒收中富階級也。此卽歷史唯物論之著名理論在此數語中。

財富在政治創立之形成中，曾盡重要職務，乃不可爭論者，但不更甚於宗教要素，財富固非唯一行動者也。謂經濟因素解釋一切，或宗教信仰爲政治強力之單一泉源，其誤維均。

此兩要素因時因地而配合於變易條件中；引導紛歧形式之政府之形成，然當此等政府已盡被治者有權對政府期待之職務時或至少當被治者正當能信此等職務已爲政府所盡時，此等政府纔能維持。實則凡政府不完成其使命，不由正義確保和平者，依舊法國之優美方式，（謂革命 譯者註）被消滅之處罰。反之，凡政府不論其本原如何，不論其自擾亂，罪惡，暴力中出生，如擾亂時期已過，而盡其義務，確保由正義之和平者，該政府續持，且強制尊重及承認

焉。

## 二 政治差別如何產生

在十九及二十世紀之進程中，政治差別如何產生？

愛斯曼 (Esmain) 曾云：『似乎普選進步於物理現象之狀態』。殊有理由。實則在世界各地，政治強力漸漸渡入數字的多數之手中。然以爲無有平行的其他行動的政治力，乃係錯誤。政治家及社會家不窺見之者，非在現實中也。例如在某等地方，尤其英國，君主信心之爲力，特爲輕率所忽視。宗教勢力無處會完全消滅者。政治家忘之者，躬冒奇特的虛僞。最後，在全世界中，工聯主義最先顯露政治力，同時，以已形成之職業團體，及以神祕，超自然力歸涉於工聯方式。

於工聯運動上，有許多言說。余僅欲暫停於此，並顯示一言其正常進化如何被變造焉。

工聯主義如此顯露於法國，至少約二十五年，乃爲達於制定社會改造於階級之調整及班行化之努力。法國革命廢除一切舊社會團體，宣布民族主權及個人平等之原則如信條，曾導入能稱爲社會的粉碎。一切個人均爲平等，然彼此孤立，置於極強力的國家之前，不使個人間依其利益及其親近而有任何團體。全部十九世紀爲公會之努力所充滿，依趨向，需要及成就事業之共同致個人之接近。二十世紀之初，此變遷之要素自行顯明，並現出確定於吾人。個人成就同

一事業，有同一利益者，使彼此自相接近，形成調整的及班行化的公會，職業團體於其中。新社會之最初草案如此現出，在新社會中，社會不同的班行有確定結構，而即由此，政治力將應與多數之強力自相配合，人已窺見其時，特別在法國，政治代表應為兩院所確保，一院在普選選舉，代表數字的多數，而他院對工聯確保組織職業班行之代表。

似應成就之進化為工聯主義革命者及煽惑者之參與而被變造及妨礙，煽惑者活動工界，誘勸階級戰爭並主張工聯主義為工界公會整備反資本的中富階級之戰爭以沒收並勦滅之。余以為此沒收及勦滅非近於實現者。余信此等煽惑宣傳及某等總罷工之意圖已慘然失敗有六年矣，而效力言，毋寧減少工聯的政治力較多於增長之也。雖此一切，在現代大部分地方中，職業工聯確建造治者強力之要素，而應至於征服政治代表於近將來也。

### 三 政府及政治力

無論如何，此等大概發展之結論如下。當一政府支持在存在於地方之政治力之一定要素上，而此外又完成強制於政府之社會任務時，纔存在而能維持。一社會被組織成國家時，每每存在一如此了解之政府於其中。國家決非主權的集團人，而簡直為一社會，在此社會中，一或數人，稱為治者占有政治力，即不可抗的強脅強力，此強脅強力之行使，如用於實現強制治者之義務者，乃適法的。

當吾人言及國家之義務時，吾人有見於強制實際存在之個人之義務，而非強制決不存在之主權的集團人之義務。例如當吾人言強制法國國家之義務時，其爲義務也，非強制其爲法國國家之主權（於此僅有一純粹的心識概念）者，乃強制有皮有骨事實上持有政治力之個人，卽三百參議員，六百衆議員，共和國總統，十三國務員之義務也。乃對彼等吾人語之曰：君等爲治者；吾人不問其因於何種名義；吾人執取事實；君等持有強脅力；君等能趨向於君等之願欲；然君等僅於君等完成治者義務之限度中適合有此權力也。

何爲此等義務？爲認識之，決不應升入星球；吾人所將窺見者，非在宇宙的幻想中；此等義務爲地球的，在地球上，又取泉源於社會事實本身中。如社會聯帶之事實自實現而自發展者，民族纔能生存而發展。是故工作於能實現社會聯帶之限度中，乃係爲民族之全體分子，自公民之最卑下者至國家之元首，共和國總統，王或帝之急迫的義務。

此聯帶由服役之交換而實現，各人應供獻服役於他人，能以其地位及其能力之所值償還之。治者乃同於他個人，其意志決非高級的本質，絕對專制者之意志較之鄉下人最卑下者之意志不更多有價值或力；此被強迫供獻其手工於集團，彼被強迫用其所持有之力於不間斷完成如下性質之一切公共利益之活動，卽此等活動停頓時，縱經時極短，亦引入無秩序，又或社會之滅亡焉。

此乃此等活動形成吾人所稱公共服役之目的，其繼續的實現於社會生存爲不可免者。如



此，治者之義務簡括於確保公共服役之作用之永恆狀態之義務中。

#### 四 公共服役

在現代國家中，公共服役逐漸成爲繁夥。某等公共服役，自一切時已經存在，現仍存在，又當將來有人類社會時，亦將如此者。此乃戰爭，警察及司法之服役也。治者對外部之仇敵應確保社會之防衛。對內應確保和平，而對社會團體之一切分子應確保平等的司法。經長久時，戰爭，警察及司法爲唯一的公共服役，又如爲確保此類服役之完成，治者以單方行爲之方法參與，人遂被引於相信治者有特別意志之力，即命令，公共強力或主權之傳統理論即由此而分部生出。

自吾人今日。此戰爭，警察及司法之公共服役既必須常常存在；而此外有技術，工業及商業之性格之他種服役連續出生。依經濟家之方式，現代發明引導民族經濟對家庭經濟之替代。鐵道，公燈，電話，一切維持民族生存不可少的事物偕民族經濟而出生。自此，治者有異常複雜之使命及無窮繁夥的義務。治者應確保此等對民族生存本身所不可少之一切服役之作用之不斷。如治者無有確保之權力，又如不知盡其職務者，即不配保存其地位；其強力不復爲適法者，而應停止矣。

在余著公法之變遷

(*Las transformations du droit public*) 中乃如此者，諸君將甚願許

余之引之也，余曾云：「一切意志爲個人之意志；各自相當；無有意志之等級。如祇尊重主體者，一切意志自相當也。其價值祇能由其所遵循之標的而被決定。治者之意志如此者無有任何力量；僅在其遵循公共服役之組織及作用之限度內，有價值及力。如此，公共服役之觀念已代換主權之觀念矣。國家不復爲命令之主權強力，乃個人之團體，持有個人應用之力，以創造及管理公共服役。公共服役之觀念成爲現代公法之基本觀念矣。」

## 第九課 國家職務 實質觀點及形式觀點 立法職務 憲法及尋常

### 法律

諸君：余言國家之職務。如余用極正確的方式，余應言政府之職務，因余前已顯示國家決非人，既不能意欲，亦不能行動，而公共活動乃由事實上持有力之壟斷之個人即治者行使之。然祇須會意；余言國家之職務，因其為通用之方式也，因其利便也；然言國家職務，余毫未拋棄前述之理想，乃甚明瞭者。

#### 一 國家之經濟職務及法律職務

當研究國家職務時，應避免通常墜入之混淆中。實應慎重分別國家之經濟或社會職務及法律職務。

問何為國家之經濟或社會職務，即問國家所應為者，何者應為其活動，何者為其所應組織，實現及監督之公共服役也。此乃極廣大的經濟及社會類之問題，余決無研究之意向。余自限於回憶時時及各處治者會應現仍應對外部敵人確保地方之防衛，對內確保秩序，和平及正義，並因此創建戰爭，警察及司法之舊公共服役。而此外現代國家尚擔任組織及指揮技術類之公共服役之全部連續，如公共運輸，公燈及公共工程之類。最後現代意識強制國家為救助義

務，公共教育，勞工組織，社會保險。在何限度內及應如何完成此等紛歧職務，乃經濟類之問題，余不應接近之。

於此重要點，能否申明一共同規則乎？某等曾思慮之，而兩派久經執取：干涉主義派或國家主義派及不干涉主義派或自由主義派是也。此後者曾云：國家除對外確保安全及對內確保平靜外，無他事可為；如其行逾此外，即出其領域，變更經濟定律之自由扮演，且此為社會本身之損害。干涉主義派答曰：否，國家應確保安全及平靜，固無疑者；然此外應使制御社會正義，是故干涉及一切經濟類之領域中。

此兩學說之此或彼均有錯誤。在其關係國家之干涉上，不應且不能申明一共同規則也。解決應繫於環境，立場，經濟條件及出現於某或某地方中之一切種類；而某解決宜被與於此處者，不復為真實於他處，是乃政治及社會的觀察及經驗之問題也。

在一切現代地方中，國家之活動逐日增長且伸張於新領域中，亦非不真。明確證據即國家之公共費用之常增也。無人懊悔之。多餘懊悔；於此，有一較人尤強之現象，應證明及接受如其所是。

唯一問題建立於吾人者，即國家之法律職務也。此乃知悉國家為確保其經濟職務之實現所應成就之行爲，於其效力在法界中之觀點上，如何出現之問題也。問題不復為知悉何者為此等職務，如國家應自限於保障安全，平靜及和平，又如其他，例如應建築鐵道及電車，確保書信

之運輸，電報及電話的交通，及尚有許多其他之事。問題全不在此。問題在知悉何者為國家為實現其無論何種經濟使命之完成所應為之行爲，又此等行爲有何反響在法之領域中，此則真確而專一為法之問題也。

## 二 實質運用

然則何為如此了解之國家之法律職務乎？

其先國家為許多絕無法律性質之行爲，經公務員成就之行爲，不致有使發生法律規範或法之地位之故意。有無盡之公共行爲僅是簡單的實質運用。工程師設立公共工程之估單及圖樣，鐵道機械師運轉火車，郵局雇員類列及分配書信，電話女士給予交通，均為行爲，於任何觀點，此類行爲無有法律性質。然此乃同為行爲用以實現國家之活動者也。

觀察有其重要，縱使其似為簡單者。雖物質運用絕無法律性質，實應觀察其未脫免法之執持也。但此處法之參與也，非為決定行爲將有效之條件，亦非為在不法之情形開啓救濟歸於行爲之取消。此乃簡單的實質運用；故不能言及此行爲之有效或取消也。其為事實者為事實。倘一被罰人已被執行時，得取消處罰彼之判決；顯然不得取消執行。當不法拘禁已被行時，能置犧牲者於自由，不能取消拘禁也。當鐵道之機械師已發生變故時，不能使之如未曾存在也。而在凡此類事件及其他相似者中，乃公共行爲，非法律的，簡單的實質運用得依情形在管理責

任上對國家或公務員提起訴訟。乃在此意義上，且唯在此意義上，非實質的公共行爲墜於法之執持下也。

此既述明，現在余祇講述法律類之公共行爲矣。

### 三 形式觀點及實質觀點

何爲由國家所爲之法律類之紛歧行爲乎？爲答此問，應爲一重要之分別而爲一般著作家所未認識者。例如法國最卓越公法家之一馬爾貝（Carré de Marberg）在其美麗著述國家一般學理（La théorie général de l'Etat）中，全未之知。其他著作家於爲分別後，似乎忘之，而此乃誘導彼等於遺憾的混淆。即余之博學友人阿喇武於此決未脫免也。

余有所見之分別，乃形式觀點及物質觀點之分別也。原則乃極端簡單者；適用屢係困難，而正確爲之，乃不可避免者；否則達成真正的不聯貫矣。

釋明位置於形式觀點之公共行爲，乃依其所從出之機關而釋明之也。釋明實質觀點之行爲，乃依其內在的法律性質，依其在權利或法之領域中之效力而釋明之，不問行爲所從出之機關也。

例如在形式觀點，法律乃一切行爲從機關出者，此機關會自憲法接受立法機關之性質。在埃及，立法機關乃複雜者；由本身包函兩院之議會及王組合之。凡行爲，不問其內在性質，不

問其法律效力，由兩院議決及由王裁可者，爲立法行爲，乃形式觀點之法律也。假設一適用於在埃及領土上之一切個人之刑事類之規定，經兩院議決，王裁可者，乃形式觀點之法律也。又假如允許捐贈或國民褒獎於一公民之規定，此規定經兩院議決，王公布及裁可者，仍爲形式觀點之法律也。然在內在的法律觀點，此兩行爲乃絕對不相類似者也，一爲法規行爲，本質客觀的，他爲主觀的行爲。

又取他例。亞力山德 (Alexandrie) 之市政公所，余假設在其權限內活動，爲一警察條例；在形式觀點，此乃行政行爲，然而此爲法規行爲，客觀行爲也。同一市政公所允諾一特許權。此乃主觀行爲，在內在的法律觀點，全異於前者。在形式觀點，乃爲同性質之行爲，因彼此均從行政當局而出也。

形式觀點之公共行爲之分別乃極端簡單者，因其簡直繫於知悉行爲所從出之機關由實際立法家授與以立法機關或行政機關之性格而已。

此外，如此分別形式觀點之公共行爲，有極大的實際利益。對國家之不同行爲可受救濟之規定繫於行爲所從出之機關，例如在大部分地方中，對立法行爲絕無救濟爲可收受者，法國亦然。反之，爲越權之一般救濟，乃對形式的行政行爲爲可收受者，此救濟對抗行政專制者，乃被管理者之如此強力之保護也；非對抗一切爲可收受者，然僅對抗形式的行政行爲爲可收受者而已。

#### 四 客觀及主觀的公共行爲

考察及釋明國家在實質觀點之行爲，余曾言此乃置於此等行爲之內在法律性之觀點上，全不計及其所從出之機關或人員也。國家實質觀點之不同行爲及同時其同一觀點之職務如何出現於吾人乎？

在吾人從前會談之一中，余曾解釋繼一切法律行爲之後，卽一切意志表示以故意表白，法之效力出生於其後，其顯露者，或爲規範，或爲客觀法律地位，或爲主觀法律地位，此類用語之每個，以前曾經解釋。吾人曾見其有法規行爲，條件行爲，卽爲客觀地位及主觀行爲出生條件之行爲也。

此既言明，凡從國家出之行爲包函一規範者，自實質觀點有立法性。立法行爲於同一觀點自明如下：凡由公共當局所宣布之規定並包函行爲之規範者；立法職務乃存在於宣布法律規定之職務，不問其參與之機關之爲何也。

客觀條件行爲及主觀行爲，自實質觀點言，概爲行政行爲，此亦不問其爲之者之爲何當局也。其從議會，政府或附屬人員出者，概爲實質觀點之行政行爲，而行政職務在於此性質之行爲之完成。

最後，行爲之第三範疇呈現複雜的性格，此乃司法行爲也。其性質之確定要求相當之發



揮，此點將於下次會談中研究之。

如此，自實質觀點言，國家之三職務顯露於吾人：立法職務，行政職務及司法職務是也。此外無有其他國家職務置於實質觀點者，因在法之領域中，不能有之也，在意志表示之後。新規範或修改之舊規範，客觀地位或新主觀地位被創造，或舊地位被修改，而在吾人下次會集所將論及之司法職務，不在此限。

而許多著作家猶講其他國家職務，尤著者，執行職務，統治職務。余應言余曾獲得此學理之回響於一極饒興趣之書中，其作者懷德噁不瑞希 (White Ibrahim) 先生嘗願以寄余，余殊有幸以賀之也。此乃關於埃及憲法之適宜註釋。顯示對立執行職務及立法職務，而在執行職務中，除行政職務外，加入冒稱的統治職務。在法國數教授曾持同樣意見，尤著者為曾享一時大名之教授狄克洛克 (Ducrocq) 先生。余意此意見乃不可採納者。

政府為行為之連續，人有區別執行行為之習慣，而行為形成稱執行職務之目的，是乃確定者；而同時乃易於顯示此等所謂執行行為之全體乃自法律觀點，或為立法行為或為行政行為，或簡單的實質運用。

例如為確保法律之執行，政府為法律之補充條例。條例乃自實質觀點之立法行為。政府任命官吏，或為一切其他個人決定。乃為條件行為或主觀行為，並行使行政實質職務。最後如為確保法律之執行，政府準備警察步驟，即人身或財產上之執行行為，使着手於毫無法律性之實

質運用，而此等運用仍復歸於一般文字意義之行政職務中也。

此余所已言之執行職務，於冒稱統治職務，亦係真實者。某等作家會竭力分別執行職務及統治職務。此後者較之前者未有更多之實際。無論其所主張使之歸還之爲何種行爲，殆全部均爲：或立法行爲，或行政行爲，或實質運用。例如有會聯繫外交行爲於此；然絕無特別法律性也。外交談判乃簡單實質運用。國際類之宣言，如戰爭或中立之宣言乃單方法律行爲，爲國際法客觀地位出生之條件，且於一切條件客觀行爲有共同性格。亦聯繫於統治職務之外交協議乃法律行爲，如一切行政行爲，倘關係法律協議，則爲法規行爲，倘關係協議或契約條約，則爲主觀行爲。法律條約及契約條約間之分別，今日在國際法乃流行者。

## 五 立法職務及憲法

余欲於此集會之終，在立法職務上，給予大略發揮。

此乃在於爲法律之職務也。然則何爲法律乎？爲答此問，余曾言應繼續置於形式觀點及實質觀點。在形式觀點，法律乃從立法機關出之一切決定，如同爲國家憲法所確定。在實質觀點，法律乃一切法律規定，而不問其所從出之機關之爲議會，政府，行政當局。如決定爲法律規定，常爲法律。然不應由此推論法律在實質意義有同一力量，同一權勢，而常爲主權的決定也。如法律在內部觀點有同一性格者，在其權勢，其力量之觀點應分別其公布之之機關。

例如市政當局所爲條例在實質觀點爲法律。但顯然無有與議會議決之法律之同一力，同一價值也。由國家元首所爲之條例概爲法律；然此等條例附屬於議會所議決之形式法律。設吾人疏忽從下級行政當局所出之條例，在大部分現代國家中，且特別在法國及埃及，吾人窺見實質法律之三範疇，緣於所出機關之不同而有不同權勢焉。卽：（一）硬性憲法；（二）平常法律；（三）條例。

硬性憲法乃憲法會給與此性格之特別機關所爲之法律也。不能由尋常立法機關廢止或修改之，祇能由其本身所決定之形式被修正，廢止。此類法律從高於尋常立法機關之機關而出。

此卽例如君等之一九二三年之憲法祇能由第五十七條所預見及決定之條件被修改也。尋常法律修改君等憲法，乃違法者，且得被正確形容爲不法的法律。

須注意憲法不必須有公共權力之組織爲目的。能有完全不關於政治組織之任何目的。其爲憲法，非在其目的，乃在其被公布之形式也。例如在美國禁止酒精及酒之運輸，出售及消費之法律，在任何形式，絕未觸及政治組織；然此乃憲法也，如美國人所謂對憲法之改正，且祇能在預見爲憲法之重訂之形式上被廢止或修改也。（自此演講已爲後，法國會會議決關於國防證券之代理金庫及公債抽籤之獨立之一九二六年八月十日法律。此法律雖毫末觸及法國之政治組織，乃憲法也。）

今日一切地方實行余曾解釋之尋常法律及憲法間之分別，唯英國爲例外。英議會有無限權

力。凡由其所採之決定爲法；全體有同一性格；無有議會不能製作之法律；無有議會不能修改或廢止之法律。盡知英成諺云：『英議會除變易男子爲女子外，能爲一切。』此英國人民在世界中，誠然爲政治自由之倡導者，乃永未增長加於國家立法權之限制之基本觀念。一七九一年由法國造法會議所申明有某等法律立法家不能製作之原則，英人民永未之了解也。

## 六 國家元首之條例權力

論及尋常法律，此乃從按照國家憲法正常行使立法職務之機關而出之法律也，膠着於此點上，殊爲無益。余惟憶在埃及依憲法，尋常法律由有同一權力之兩院之議決及王之裁可而出生。一切決定在同一期限中，爲兩院所議決，爲王所裁可及頒布者爲法律。反之，僅爲兩院所議決，爲王所裁可及頒布者爲形式法律。

然在埃及及各國實行類似制度，如法國，是，有法律規定，而不從議會出者，且僅由政府公布，絕無議院之參與。是乃此等規定，在法文術語中，稱條例。於是謂國家元首有條例的權力。然此等條例及條例權力之存在生起重大而困難之問題。

在議會國家，承認權力分離之原則，如埃及與法國是，縱依憲法本身，立法職務唯屬於議會，而政府仍能以條例名義發布法律規定，此規定乃實質意義之法律也。於今三問題設立如下：（一）在實行議會制度及權力分離之國家中，如何能有條例乎？（二）如有條例，能在何

種題材及何種情形上爲之乎？（三）此等條例是否易招由訴訟救濟所加之攻擊。

（一）在議會國家，有國家元首之條例，乃無疑義。余猶將謂其應有之，且不能不有之也，蓋因議會本身議決爲確保國家之行政及經濟生活所必要之一切法律規定，實質上乃不可能者。在欲嚴格適用權力分離之原則之國家，在實際必要之行爲下。被強迫到達至此並承認政府發布實質法律即條例之權。英國及北美聯合國曾被強迫至此，尤其在戰時，此兩國曾承認條例職權於執行權，較法國之所授權，尤更廣汎。

（二）在何題材及何情形上，國家元首能爲條例乎？在一切地方中，承認國家元首爲法律之補充條例（決定法律細目之條例）之職權，政府不但不能明白修改法律，抑且不能建立任何新原則，並應自限於實施記載於法律中之一般規範。

困難問題不在此也。乃在知悉即在權力分離之議會制度中，有否國家元首得爲獨立條例（即不聯繫於任何法律待彼確保其適用之條例，本身自行完具之條例也）之情形是也。

在法國，此問題乃極常講論者。而在法國法之現今情況中，可謂國家元首在三種情形中能發布獨立條例：（一）當元首接受議會之明白委任；（二）爲發布關於公共服役之組織及作用之規則；（三）爲取警察之一般步驟適用於全體領土。

在法國法吾人不承認所謂必要條例，即因緊急之理由及國家處於特別情形中時，由政府在立法事件上所爲之條例也。

在埃及法余估量政府能如法國政府爲在立法委任上之條例，又此外組織公共服役之條例或發布警察之步驟。然應否更進，及埃及政府能否頒布余已確定意義之必要條例乎？

此問題似乎釐然爲憲法第四十一條所解決。曾規定云：『如在議會休會期中，乃必要取不能忍受遲延之緊急步驟者，王使爲飭令，祇須其非違反憲法者，有法律之效力。議會應立即召集，在非常會期，而此等飭令應於第一次集會時交於議會。如此等飭令未經交於議會，倘或被兩院之一所否決者，停止有法之效力。』

如此，君等憲法在一定條件下付給爲立法類條例之權於王。然此爲例外之權，僅能在由憲法嚴格決定之條件中行使也。憲法之辭句應被嚴格解釋及在嚴格意義 (Stricto Sensu) 適用。於是首爲不可免之條件者，爲在於休會中，即在議會兩會期之間也。此外應議會立即被召集。此牽連於如議會不能被召集，王不能使用其例外條例權。推論結果，乃在衆議院解散之情形，王不能行使此權。因議會實不能立即召集也。

第二條件爲極端緊急。政府將衡量此條件是否存在，而此仍在議會監督之下，蓋議會執取條例，將贊成之或拒絕贊成之也。

最後議會應立即被召集。憲法未決定日期。議會自身估量憲法是否被尊重。如議會未立即被召集，或兩院被召集而其一不贊成條例者，此條例即由此而成爲無效及無價值。

如此推論之必要條例權，不呈危險。而無論何種意外乃易招起政府非證明其正當之性質

之環境中，行使相同權力，另能發生純粹政治類之弊害。是乃屬於政治家之智慧以避免其如此。

(三)論及第三問題，乃知悉由國家元首所爲之條例是否爲易招由訴訟救濟之攻擊之問題也；此問題在各地地方中聯繫於爲保障合法原則所創立之訴訟之普通制度。吾人在第十五及最後之課研究之。

## 第十課 行政職務及裁判職務

諸君：在吾人前次會談中，吾人曾顯示一切國家之職務歸宿於三：立法職務，行政職務及裁判職務是也，而吾人亦曾顯示如何應分別實質觀點及形式觀點，何爲此分別之極端重要。不僅爲立法職務。宜爲此分別，抑且爲所餘於吾人研究之國家之後兩種職務亦然。

### 一 實質觀點之行政職務

自形式觀點言，行政職務乃從行政當局所出之行爲之彙集也。凡行爲由行政當局爲之者，不問其法律的內在性之如何，胥爲形式的行政行爲。

所謂行政當局，決不應予以博學的定義；簡直應謂行政當局乃包括一切公務員之彙集，而除去其建造視同國家立法賦與政治機關或司法機關之性格之機關之人員焉。

自實質觀點言，行政職務乃包括有行政實質性格之行爲之彙集也。何爲此類行爲？余以爲應答曰：此乃公務員爲國家或其他公共集團之利益所爲之一切行爲，或爲條件行爲，或爲主觀行爲。此等紛歧行爲乃實質觀點之行政行爲，不問其爲何種機關或何種人員所爲也。議會本身能爲且爲行政行爲。政府及司法當局亦然。



在前集會中，余曾釋明條件行爲之性格。余曾言是乃在此等行爲之後，客觀或合法地位即普遍而永久的法律地位形成矣。此類之行爲，由公務員爲國家之利益而爲之，乃極端繁夥者。此處祇須徵引官吏之任命及罷免，在公共領地上所予之准許，紛歧種類之授權。

至言主觀行爲，此乃法律地位出生於此等行爲之後，吾人稱主觀者，因其爲特別的，只及於個別確定的人之一定數目，亦且爲暫時的。由私人所爲之契約發生此類之地位。以國家或其他一切公共集團之名義所爲之契約亦然。某等單方行爲仍爲主觀行爲，如警察命令是。例如擇毀沿公共道路並有崩壞之虞之牆壁之命令，撤退不合衛生之住戶之命令。

凡由公務員或任何公共機關所爲之行爲歸入於此兩種行爲者，概爲實質行政行爲。由行政當局爲之者最常；然許多由議會或政府並且由司法當局爲之也。例如司法當局准許無能力，認可分割，宣告破產之行爲。反之，許多由行政當局所爲之行爲，在實質觀點，乃無行政性格，例如從市政當局所出之警察條例，在形式觀點爲行政行爲，而在實質觀點，則爲立法行爲，因之包函法律規定也。

## 二 司法職務及司法當局

第三及最後的國家職務爲司法職務。此處困難叢積，蓋爲兩原因，一爲術語之原因，又一爲方法之原因。

首言術語之原因：人曾用裁判 (juridictionnel) 及司法 (judiciaire) 之兩語而不爲分別，於是至於完全的混淆，蓋因用不同之語以指示同一之事物也。司法一語，應在形式觀點，專被應用及保留於指示國家之法賦予特定性格之一定公共當局，宜稱之以此名也。裁判一語，應在實質觀點，專被採取以指示有特殊內在性格之行爲（吾人將確定之）也。此等行爲，由司法當局爲之者最常；然亦能由他當局爲之，尤其在法國，許多裁判行爲從行政當局而出。自形式觀點，此爲行政行爲；自實質觀點，乃裁判行爲也。在任何觀點，均非司法行爲也。

次言方法之原因，此處仍徒然叢積困難，方法原因在於混淆實質觀點及形式觀點及確定行爲性格不着手於建造行爲之紛歧運用之深細分析所著之錯誤也。人常言行爲是裁判的，簡直因其自司法當局而出耳。當細心的分析顯示絕無裁判行爲，而實際上乃爲行政行爲也。

然則何爲吾人所承認之不問其由何當局而出之裁判行爲之實質標準乎？

### 三 裁判行爲之元質要素

余意，建造一行爲之裁判性格有三要素：（一）一法之問題被設立於公共當局；（二）給於此法之問題之解決；（三）決定，乃給於法之問題之答覆之論理上必然之結論。或更簡短：（1）主張；（2）解決；（3）決定。吾人復說明此等要素之各個。

爲有裁判行爲，應有設於當局之法之問題；應由此當局干預以解決法之問題。確乎於言此

時，吾人即刻遭遇如下之反對。有人言：縱然當局僅爲事實問題所持，特常至於有訴訟及判決即裁判行爲，例如每每關於裁定在刑事犯罪或民事過失之問題上。

反對不成立。裁判官爲解決法之問題，幾常應先解決事實問題，乃顯然者。爲說明何爲法，應先說明何爲事實。然裁判官單被執持爲說明法，而其被引於說明事實者，乃爲能予法之解決耳。例如在禁制的裁判事件，裁判官應解決犯罪之問題。應答覆此問題：某人是否罪人，例如曾否故意致他人於死？應說明殺人罪是否完成，於此解決事實問題，然而單一爲解決法之問題，犯罪之問題專爲法之問題也。於民事責任之訴訟事件亦然。裁判官應確定經過事實之狀態，然單爲能解決民事責任之問題，專爲法之問題也。

余曾聲明之建議遭遇他之反對。其言曰：常至於公共當局應解決法之問題，在抽取論理的結果，然確未爲裁判行爲也。例如閣員欲着手官吏之任命；應事先解決知悉其所欲任命者是否成就法律所需之年歲及能力之條件之問題，而此恰係法之問題；然閣員未爲裁判問題，乃不可爭論者也。又或管轄官吏付直接稅名單於執行時，應事先審察其建立是否依照法律；於此解決法之問題，而未爲裁判之行爲。

反對不應阻止吾人。在此等假設中，又凡其他類似的行政當局確然解決法之問題，而非爲裁判之行爲者；蓋因其爲解決此問題而不干預也。其干預乃爲純粹行政行爲，任命官吏，使發生稅之債權也。當局在事先應自證其行動合於法律；然非爲說明在此事件中何爲法而干預

也。假如在相同假設，得見裁判之行爲，則應謂凡行政當局之行爲概有此性格，蓋因行政當局於作動之前，常應自證其將合法而干預也。

是故爲有裁判之行爲，應由公共當局專爲解決法之問題而干預焉。然剩一最高重要點。誰能自法之問題如此執持裁判官乎？依尋常術語，執持裁判官，卽行使訴訟也。訴訟屬於誰？

法國法家久已予一定義於訴訟，此定義在實際無有意義。應以德國法家爲正當，尤其義國法家以恰當狀態確定訴訟之真實性格。在法國，人謂訴訟乃在裁判上理論之權利也。人未思索訴訟之非此也，因其設於裁判官者，乃知悉原告有無權利之問題也。又他方面，在許多事件中，原告不援用權利，乃不可爭論者。祇須引占有訴訟之例已足。

實際乃訴訟完全別於權利，雖可謂訴訟本身爲權利，然不同於裁判官被呼籲而估量之權利也。訴訟乃對任何人承認之可能，其主張權利或否，以法之問題執持管轄當局，並向之請求解決。然爲能如此行動，爲有執持法之問題之管轄當局之可能，應有一利益於此法之問題被受解決時。訴訟如此屬於一切有利益於使由管轄當局解決法之問題之人。

例如當行人爲汽車所倒覆時，是否行人由事變之事實本身成爲賠償之債權人乎？確乎不然。設例如損害之創作者被宣告破產，行人，事變犧牲者決不能於此生產。如訴訟爲先存權利之實施，事變犧牲者仍無有債之權利，亦決不能行使也；如其能之，乃犧牲者有利益於使解決責任之問題，必然爲法之問題也。如其能之，乃法對有利益於此之某人承認執持公共當局之可

能，俾當局於法之問題予以解決。在刑事事件，當檢察署實行公訴時，人謂其行使社會檢舉權。此乃簡單譬喻的方式決不符於實際。法禁止爲號稱犯罪之一定行爲。顯然社會有利益於其爲之者被處罰，而擔任保護社會利益之檢察署，有管轄權以設立刑事責任問題於裁判官。人謂其實行公訴；乃簡直自法之問題執持裁判官，完全同於其自稱損害之犧牲者。

義人爲指示此由法對有利益請求裁判官解決法之問題（解決牽連利益之實現）之某人承認之可能，有一利便而適當之語，即 *pretesa*（請求）一語。德人有一語說明同一理想者，乃 *Anspruch*。在法文，吾人不幸，無有符合之語。吾人姑滿意於言訴訟；但須適當了解訴訟非權利；了解在余所陳說之學說中無有權利，而訴訟本身決非權利，訴訟簡直是爲有利益於依法執持裁判官之人之可能而已，而行動之可能在法之範圍中決不建造權利之行使『閱黑爾維克，（Helwigg）請求及起訴權（*Anspruch und Klagsrecht* 1900）；却文大（Chiovenda），程序法大綱（*Principi de diritto processuale* 1912）；毛大辣（Mortara），民事訴訟法解釋（*Commentario del leggi di procedura civile*, 1905。）』

#### 四 解決於法之問題及決定

自法之問題被執持之裁判官不能因任何理由而拒絕予以解決。如其爲之，犯所謂拒絕裁判（按即應受理而不受理 譯者註），乃爲一切立法所預見而處罰之犯罪也。實則裁判官依老方

式負擔確保由正義之和平。如其拒絕解決設立於彼之法之問題，即直接欠缺歸屬於彼之社會使命；遂停其爲和平之保護者而成爲師旅及戰爭之人員矣。是故裁判官應予解決設立於彼之法之問題。然其職務是否中止於此？余意確乎不然。

然而數作家主張裁判官之職務限於給予解決於對彼設立之問題。尤其惹日 (Néno) 先生會長篇成立此論題。繼續證明其特顯裁判行爲者，乃爲解決於法之問題，然有判決權勢之解決，即合法真實力之性格，無人能前去反抗之真實，同時強制私人及公權力之真實也。更言每次裁判決定干預在民事或刑事時，爲使此決定爲合於法律的真實，應加保障。而自此等保障被實現時，凡法律所需條件均被成就，裁判官之決定有強制全體之合法的真實〔惹日，公法雜誌 (Revue du droit public, 1909) 六六六頁以下〕

余不爭論其爲如此，但余忖度倘裁判官之職務終止於是，殆毫無所貢獻。毋忘訴訟用於允許原告取得一定適法利益之實現。然則付於法之問題之簡單解決不至此結果。謂裁判官之職務限於給予解決於法之問題者，簡直是否認裁判職務，因裁判職務以適法利益之保護爲目的故也。爲使此職務真實存在，應由爲決定之裁判官用於保障爲訴訟支持之利益，應有確保與訴訟符合之標的實現之決定。

然其爲裁判行爲之特性者，乃裁判官非自由於採用某或某決定。裁判官爲論理所拘束。須其所取之決定爲其所付於法之問題之解決之論理上必然的結論也。

卽此使某等作家尤其德國大法學家挪般 (Laband) 言曰：裁判官之行為常分析於第三段論法，在此中，法之一般規範爲大前題，付於設立問題之解決爲小前題，而決定爲結論。〔挪般，公法 (Droit public)，法國版，一九〇一年，第二冊五一四頁〕是乃易於取數例以顯示之。而先在有陪審制度之地方，自刑事裁判抽出一例。

咸知審判乃爲陪審員本身及職業裁判官所分預，裁判官在英國爲單獨者，在法國爲三法官所組成之法庭。裁判官向陪審員提出，犯罪之問題：例如某人是否故意致他人於死之犯人。假設陪審員答曰：然。此卽於法之問題之解決也。而今由裁判官採取決定，裁判官將應爲三段論法之推理如下，且不可抗地爲其所束縛：法律決定凡個人被認爲故意致他人於死之犯人者，應被處死刑，是爲規範，是爲三段論法之大前提；甲被認爲故意致他人於死之犯人，是爲於設立法之問題之解決，是爲三段論法之小前提；所以甲被處死刑，是爲決定，並爲不可抗地束縛裁判官之三段論法中之結論焉。此確爲在付於法之問題之解決，及被採取且建造裁判行爲之本身特性之決定間之嚴格論理的不可分。

同一性格亦極顯明出現於民事訴訟中。余假設甲爲乙之債權人，例如因甲曾賣與一馬。裁判官將應解決知悉是否甲爲乙之債權人之問題。其將宣告之決定卽處分將爲三段論法推理之結論如下：大前題，凡人爲售賣者，爲價值之債權人，是爲法律；小前題，甲曾賣一馬於乙，因而爲價值之債權人；是爲於法之問題之解決；結論，乙被處罰償付賣價於甲，是爲決定。解決

及決定乃如此絕對不可分離者。解決如不與決定相伴，將爲無效；決定如不論理地聯繫於參預的解決，將乏基礎。

決定之性格隨訴訟之性質而變更，而此處余不能進入詳細，以此引余之過遠也。余自限於爲觀察，例如在禁制事件，決定將爲處刑或釋放；在民事事件，決定最慣常爲金錢之科處；亦能爲行爲之取消或身分之認識，例如在身分問題事件，適法子，私生子，國籍，已婚人身分之認定是。決定將如此分析，時而在條件客觀行爲，尤在刑事事件或身分問題事件，時而在主觀法律行爲，例如當其有金錢的科處時。

## 五 判決之權勢

最後問題存留考察者，爲在判決權勢之問題之名下被承認。余祇能給予解決之原則而不入於詳細。

依惹日之方式，裁判官之決定，有合法真實之力，事物乃確定者，不感受任何困難。此確然爲判決權勢。然問題出於何處，卽人自問此判決權勢是否對抗一切人，卽未在訴訟中之當事人因而不能辯論原告之請求又不能參與監視裁判官，亦對抗之乎。乃傳統答曰：判決權勢但爲相對的，祇對抗在訴訟中之當事人也，此乃拿破崙法典第一三五一條申明之原則，而君等混合民法典第二九七條及土著民法典第二三二條亦同。



然倘欲爲此原則之適用，則見其遭遇極重大的困難。若干法學家，特別傳統民法家，曾欲嚴格適用之於一切事件中，而彼等曾達於簡直不合理的結果。彼等於此曾主張絕無所對抗，例如第一判決決定於甲與乙間，甲爲乙之適法子，其後第二判決曾決定甲爲丙之適法子，丙未於第一訴訟爲當事人也。此乃不合理者，無他語也；然爲某等法家，如冒稱法律原則被尊重者，不合理殊渺關係。猶之人曾主張甲能被宣告爲子之適法夫，而由第二判決爲丑之適法夫，倘丑於第一判決未爲當事人，第一判決卽不對抗之也。

無窮爭論生於此題。如分析審判決定之變易特性，又如爲上面余所指示爲主觀法律行爲之審判決定及爲客觀法律行爲之決定間之分別，正爲易於避免者也。當法典之編纂人申明關於判決權勢之原則時，僅有見於主觀法律行爲，卽建造主觀法律行爲之決定，此由性質本身，自然僅對抗於決定爲當事人之人。此乃前予主觀行爲及主觀法律地位之定義之結論，

而反之，如聯繫客觀裁判及建造客觀法律行爲，爲客觀地位出生之條件，判決之相對性不復含孕，不復有存在之理由。在條件客觀行爲之後，客觀法律地位出生，在前之演講中，曾顯示客觀地位由定義而爲普遍而永久的地位因而對抗一切人。因此，審判之決定呈現此特性者，亦將對抗全體 (*erga omnes*)，且不能與此相異。主張相反者，乃主張不合理之事也。

例如在刑事事件所宣告之處罰有普遍價值；蓋處罰爲成爲受刑人一定身分之出生條件，而此客觀性格之地位存在於全體，並且強制民事衙門執取關連問題。凡在身分問題之事件所爲之

決定同樣有普遍價值，而人之身分之裁判承認乃對抗全體也。無人能引用判決之相對性，此處判決固毫無所爲也。

最後管轄衙門之決定，於此效能，亦仍相同，如法國內閣宣告一條例或一切其他客觀行政行爲之取消是。行爲卽由此而終止存在，如未嘗爲之，且無人能援用之，蓋因一條例卽由性質爲法律規定，爲某等人存在，爲其他等人又不存在，乃不可能者。

嚴格置吾人於實質觀點，吾人會如此研究國家之紛歧職務並分析聯繫於國家之法律行爲；吾人極自然被引於研究擔負確保此類紛歧職務之完成之國家機關；此將爲行將繼續之講課之目的也。

## 第十一課 國家機關及權力分離

諸君：吾人明瞭自國家機關指示各個行動或建造會團之人完成國家之紛歧的法律職務。用此機關之語，吾人決非欲參加在國家機構理論上，亦不在社會機構理論上或法律機構理論上也。

某社會學家學說誨示社會應被視如生物，有真實機構如生物，社會學現象與生物學現象為同類。余意此乃錯誤理解；於言及國家機關時，余絕無見於同一理解也（此在開課時已言之）。

在德國，繼籍兒克後，卓越法家，尤其葉林勒克教授曾誨示機關之法律理論，於理論之說辭，有此性格之個人決不應被視如集團之代理人，而如直接說明其意志，猶之在人類個人，機關（官能）直接說明個人意志，如此則在集團及為其行動之個人間不生任何法之關係也。理論巧妙，殊值深細考察，然而余不能入於詳細。於卻還集團人之本身理解，余仍自限於謂余不能承認不在存之集團人之機關之存在也。〔在機關之法律理論上，閱籍兒克，團體理論（Gruppensenschaftstheorie）一八八七年，六〇三頁以下，葉林勒克，一般國家學，一九〇五年第二版，四九四頁以下，米粟形上人格論第一部，一九〇六年，一七一頁以下。為說明之及此

理論之詳細批評，閱狄幾，治者及公務員 (Les Gouvernants et les agents) 一九〇三年版，二六頁以下。

余所以用國家機關一語，乃仍係此語最少資以混淆，且尤為避免在公法上嘗為濫用之權力一語，此語為不語無倫次而導於錯誤也。

### 一 國家之權力及機關

余謂權力一語，或在講壇上，或在著述中，恆常被用，而人之用之也，在三不同的意義中。有時言權力，乃有見於主權之建造的紛歧要素，此等要素組入在某或某機關中，又由此等要素之集合建造國家之主權。以此，即在法國一七八九年，尙言組入立法團體之立法權力及組入王之人身之執行權力。又當言權力分離時，當研究分離與不可分主權之原則相調和時，即在此意義上用權力一語也。

是乃在此唯一意義，應用權力一語；然常用此語於他之兩承認中。此則如下云：立法團體為國家之一權力，政府為國家之他一權力，又言屬於立法權及執行權之授與。於是以權力一語指示國家之機關焉。

最後，有時權力被視如職務。此則如言屬於立法團體，國家元首之權力也，此則關係屬於此等機關之各個之職務也。是則第三意義，不同於他二者，在其中亦用權力一語。

此乃爲避不可避免的混淆之發生，故余用機關一語也。卽用機關一語，然仍應爲一釐定並區別於其有代表性及其無有此性於各機關間，此類後者得接受公務員之名。

機關之有代表性者極明晰自別於機關之無有之者或人員；前者乃被視如表示國家之意志本身者，他者不表示此意志，而以國家之名義行動。議會爲代表機關。在許多國家中，政府亦然；彼此依憲法表示國家意志。反之，行政官吏，如君等之縣長，如吾人之郡長，無有代表性；爲非代表機關，或單一的人員。

此分別之實際效果，乃代表機關被視爲表示國家之主權意志，其決定不能承受由裁判救濟而被攻擊。反之，人員無有代表性之特性，祇能依照國家主權意志而行動，其決定乃能承受在法庭前被攻擊，又如其決定違反於法律者應被取消。

余曾爲代表機關及非代表機關或人員間之分別於國家之玄理理論中，在實驗理論中，亦係真實者。確乎吾人言無有國家之主權；然吾人更進一言：在一切國家中，有統治力之要素，應被政治地組織，例如在現代國家中公民團體之數字的多數。此統治強力之要素實現在機關，此等機關得接受代表機關之名，由此等機關所採取之決定，恰脫離裁判救濟，蓋因其表示並實現存在於一定地方之優勢的政治力故也。

自英及法所抽取之例將使澄清此等有少許抽象之提議也。

## 二 權力分離在英及法

在英，約一世紀前，三統治力極明晰現出。其先及第一趨向爲君主的原素，信仰在不列顛意識之羣衆中，地方之統一及政治出路僅能被確保其強力於世承君主之人格化。強力貴族行使其行動於貴族院，並在地方中亦以其所有勢力加於下議院之選舉焉。最後方有民主類之第三政治原素，其承認日益增加，預備普選之到來，終以一九一八年之選舉改進而使用。

此等原素之各個應自動組織一團體，擔任實現及確保其行動。王爲君主原素之肉體化。貴族原素獲其代表於貴族院中。下議院含容民主原素並應代表平等主義者之數字的多數日益增。他方面爲確保政府行動，相互均勢應創立於此紛歧機關間。此決非獨立權力之分離，因其引起衝突並妨害政治機械之自由扮演也。此卻毋寧是機關之合作及職務之分配焉。

在法意第九卷之著名的第六章，乃屢經誤解，孟德斯鳩 (Montesquieu) 曾欣然顯示此權力之合作在英國政治生活中。與認權力之嚴格分離之原則如理想極則者相距甚遠，著名思想家恰曾宣言：『立法團體由兩部分組成，一部分以其阻止之相互能力牽制他部分，凡此兩者概爲執行者的強力所束縛，執行者的強力本身將以立法強力而爲強力，此三強力應形成休止或怠惰矣；然因藉事物之必要動作，一者被迫前進，全皆被脅而協同前進矣。』

在法國今時，平等而直接的普選爲存在於地方中優勝統治力之表示，乃不可爭論者。然此

表示非唯一者；其被政治組織在衆議院中，而衆議院不得稱最高權力，因於其旁，應存在，且事實上存在另一機關，乃亦代表實際的政治力者也。參議院代表小資產家之原素，特別代表鄉間小資產階級，此同時爲業主及勞工之正直人之數量形成法蘭西強權之中心本身。此乃解釋由一八七五年憲法所創造之法國參議員，曾謂其爲暫時的制度並預言其消滅於短期間者，如何現今乃爲法蘭西共和國之最堅強的制度並建造一有益而著效的對重於下議院之行爲。

如是各處紛歧的政治機關自動創立，並行使真實行動於地方中，代表其所實施之政治力。國家生存由其合作，及由應建立於其間之均勢，即由其相互均勢而被確保。此即題體的真實，且甚遠於所謂權力分離之學理也，硬性分離，人曾歸之於孟德斯鳩，而在法國，一七九一年之制憲者尊之如理想極則，而應於其自身實現於國家之利益中。

### 三 權力分離之硬性理論

然則何爲此權力分離之硬性理論乎？

爲了解之，應承認主權，此吾人前所已言之主權之理解，主權爲國家意志之本身，並由定義而爲獨立的意志，即永祇由其自身決定之意志，其本身決定其行動之領域及命令的意志，即申明命令之意志也，此等命令並如是由其本身而強制，不問其目的之如何也，此主權意志之享有者爲人格化的人民之自身，在某時代，不甚遠於視主權意志如上帝自己之意志。極近於視國

家主權如在地球上之上帝，而德國哲學家黑格爾（Hegel）曾不遲疑而言曰：國家即實現於人間之上帝也。姑且置此不講。

此主權強力必要有三特權：（一）有立法強力，即編訂法律規定之權力，正確稱之爲立法權。（二）執行強力，確保以法律形式發布之法律規定之實施及遵守之權力，執行權也。（三）最後，特權存在於當法被違背或爭執時判決及說明之，司法權也。

依神學用語，此等特權之每個爲一體，即人格化也，又每個人爲主權者，有完滿之主權，而每個人之每個特權乃支持者。實則主權爲不可分者，又如其所包函之特權人格化時，則人之每個與之相符合時，必應是主權者。然而祇有唯一之主權國家，唯一主權。有三主權人格者，而僅有唯一主權國家。

此爲分權理論在其全部硬性中。爲窺見觸目類似存在於此權力分離之政治學說及三位一體之神學學說間，不應在神學上爲甚大之學者。究能較遠推動平行綫，而顯示執行權爲立法權所生，猶在神學學理中，上帝子爲上帝父所生也，而司法權自立法權及執行權而動作，全同於聖靈之自上帝父及上帝子而動作也。

余無需於謂余意此乃極有趣而巧妙之理論，然其興心識之操演非爲異物，科學上不符於任何現實也。余虔敬俯伏於基督信仰之前。然爲其爲公法及政治，余不遲疑而言曰：應屏棄此等玄理解，以其置於實在之外，且除假擬心識及阻礙進步外，無他效果也。



此分權之錯誤理解，十八世紀已然，盧梭在社會契約之罕有段落中恰曾爲之，並值引徵，其言曰：『主權在其原則上不可分，然吾人政治則在其目的中分之；在力及意志上，在立法強力及執行強力上……分之。時而混合其一部分，又時而分離之。以主權者爲幻想物並形成關聯的碎塊。此正如組成數個身體之人，其一有目，其他有臂，及其他有脚，如此而已。人言日本魔術家當看客之眼，鬻割一童；繼後一一拋棄其一切肢體於空中，乃使下降一童，且一切完全。此庶幾爲吾人政治之幻盃旋轉。於已用市場可貴的幻術肢解社會體之後，不知其如何聚集碎塊也。』（社會契約第二卷第二章）

理論上，盧梭之批評乃成立者；而其爲較重要者，乃在法及美此分權之理解曾有重大之效果。在吾人，此理解非不干於直接產生於一七九一年憲法議決後之衝突，而此確遲延議會制之建立至五十年也。在美，此理解非不干於美人乃在了解及適用議會制之不可能中也。在尊重分權原則之藉口下，其憲法會除去政府於議院之直接監督，又如衝突起於執行與立法間，不存任何憲法方法以解決之。甚可見在一九二〇年凡爾賽條約簽字後，自同一制度所生之重大弊害，而余已能親證即在美國許多意識清明者曾了解並懊悔此冒稱分權原則之適用焉（閱愛爾里克（Erick）分權及一七八七年聯邦約法（*La séparation des pouvoirs et la convention féclérale de 1787*）巴黎論文，一九二六年）。

#### 四 議會制

英法繼其後，完全排除權力硬性分離之理解，實現較軟許多較精許多之政治體制，並應用於事物之實際尤爲較勝。此乃真正議會體制，有時亦稱內閣政制。在國家中，有兩機關：國家元首，世襲君主或被選總統，及議會是也。國家元首人格化政府。元首任命國務員在其指導下行使紛歧的政府職權。此類職權在於指揮一般行政及監視法律執行。第二機關，議會，以議決法律爲重要職務。然決無有分離或禁出入的隔板於此兩機關間；於其間有並應有恆常的密切的合作，又同時有均衡及均勢。政府由國務員而有其進口於議院中。國務員每有要求，有權在議院發言。國務員無保留行使立法起草權，能並應使感覺其恆常行動於議院上。議院自其方面行使監督權於政府一切行爲上。能隨時請求國務員解答，又此監督權之制裁乃國務員之政治責任。國家元首非負此責任者，因其代表政府之永久原素並確保其行爲之繼續。然如議院或其一不贊同爲政府所遵依之政治指導，政治上負責的國務員應自引退。在國家中，決不發生恐慌，因穩定原素，世襲君主，或被選總統爲確定期間且政治上不負責者，乃常在其位，並將在議院多數中採用國務員焉。

此未完也。在此複雜制度中，如余所已顯示者，此制牽連機關之合作，於國務員之政治責任上存在不可避免的相反部分。如政府忖度不贊同其政策，乃議會自誤且將違反選舉團體之意志

者，政府有稱解散之權。能解散組成議會之兩院，或組成議會之單一議院，或如存在兩院者兩院之一，而要求起於政府與議會間之衝突之解決於選舉團體。

此解散權往往被呈現如王之特權，與真正民主原則不可調和。此乃重大錯誤。反之，乃必然民主的建制，因其允許選舉團體時在大政問題上診察，其解決強制國家。解散權生於英國者，其初確爲王之特權；然自行變遷，成爲民主建制，且猶得聯合選舉團體於國政方針，乃最良方法。英人知靈巧用之。余歉然於謂在法國解散權永未正常運用，而於是吾人已失確保議會及選舉人間之恆常適合之便利方法。

簡括言之，在議會制度中，於政府與議院間，有職務之分配。而同時有機關之各個在他者上之相互合作及恆常行動。議會在國務員之政治責任之制裁下，行使在政府上之監督。反之，政府由其提案權，發言權及解散權，行使其在議會上之行動。在衝突情形，選舉團體乃無上訴之裁判官；政府及議會齊應俯伏於其裁斷前。

## 五 權力分離之弊害

爲此之議會制直成爲現代國家之政治的共同法。唯合衆國及抄襲其憲法之兩美之數國不實行之耳。西班牙曾暫時拋棄之，而容許喇弗哪 (Primo de Rivera) 將軍之獨裁政府，及慕索里尼 (Mussolini) 之意大利僅實行特殊變形之議會制。余不敢謂凡其他國家概以完全精確實行

之。議會制乃如一切人類建制；其建立着眼於一定理想極則，然不常實現之，抑且往往似乎遠離理想極則者較勉及之者爲多。

在法國，吾人至於議會制之創建，非無頗長久之努力。在其缺乏政治經驗中，一七九一年之憲法編訂者曾以爲爲確保及保障政治自由，祇須創造議會及建立權力之分離已足。無疑彼等在立法事件給予停止的否決權於王，曾爲漏洞於原則。他方面解除王權於其執行職權之行使中而推行行政的分權至於極端。彼等忖度其工作之時期乃被保障者，蓋因其曾置權力分離之硬性原則於其間故也。重大錯誤。此確爲其引起多數衝突於王之政府及立法會議之間，並導君主政體之沒落。此夢想爲永存之一七九一年憲法經時不過一載。

余越過革命風潮而至年三之憲法，此乃約法會議之作物，包函同於一七九一年者之瑕疵，猶加重之；因創造會團的執行權及創建兩院，增加衝突之機會，從此衝突不惟能出生於立法與執行間，抑且於兩院間，及於五總裁組成之執行管理處之中心亦然。而管理政府自年三至年八之歷史，亦爲政變不斷連續史，至年八霧月十八日之變完結此制，並開三總裁的及帝國的紀元，在此期內，決非議會制之問題。

一八一四年之憲典，乃在拿破崙第一失敗後，制定復興的適法君政之政治組織，創建限制的君政，然此不呈現真議會制之特性如余所已釋明者。有一議會議決法律，得以通知方法使君主認識其願欲及其意見；然國務員在其前非政治上負責者，並祇屬於王。但由事物力之自身，

此限制君主政體漸次成爲在英國型上之議會的君主政體，又自一八二八年至一八四八年法國真正實行議會的君主政體之制，以一部在議院前爲政治上負責者。

以一八四八年之革命，復來至一七八九——九一年之意識；含孕一七八九年狀態之權力分離重現於一八四八年之法國憲法中並產生同一效果。衝突生於國家元首及立法會議之間，既無解決衝突之合法方法，惟有力之救濟。在一七九二年，曾至王位之沒落，在一八五一年，至於議會之絕滅，並總統獨裁者之建制於先，帝國建制繼之。然近一八六八年，在事實及輿論之壓迫下，帝國政府被迫而承認自由改革並自給議會政府之特性於其自身。此不應長久如是，蓋變遷已爲一八七〇年五月二十一日之上議院議決所規定而帝國已於同年九月四日覆沒矣。

自一八七一年，法國實行在英型上之議會制，又有頗爲興奮者，法國乃共和國，其所有之憲法乃遠於合衆國之共和的憲法，而乃類似英國之君政的憲法。一八七五年憲法會締構類似英國之政治建制。吾人自然以吾人之民族意識，傾向，情感，本已理解實行之，此等許多要點固甚遠於英人者，然理論上吾人之兩政治體制固顯呈同一性格者也。

前之結論出現矣。權力分離之硬性理論，每次曾欲適用之者，乃爲衝突，革命及政變之泉源。美憲法所以猶存者，非由於權力分離，乃由於事實上所加之限制也。議會制仍爲最良方法，人類得以調和自由及權勢；然其適用要求清明的政治意識及義務之深厚感覺於全體，自最高位置之公民如同最低下者。幸而人民同時有此政治意義及此義務感覺，則將來屬於彼輩矣。

## 第十二課 代表機關及政治代表之理論

諸君；政治代表之問題乃公法問題最重要者之一，且同時為最講論者之一也。此外，人會任意增殖困難及曖昧問題。吾人行將試置之於某種光明。

### 一 代表之普通觀念

代表之普通觀念乃極端簡單者，且甚久以來，各種人民已實行代表制而或不自知。孟德斯鳩亦如其時之一切人，甚喜壯麗的方式而屢屢空虛於意義，於言代表政府時曾云：『此美麗之制曾被尋獲於林中』。彼蓋欲謂此乃日耳曼部落居住於中歐森林者，曾最先實行類似代表制之事。法律意識之著名作者完全自誤。舊日耳曼之人民永未實行多少類似代表制之建制。毋寧謂其實行吾人所稱之直接政府。此仍係羅馬，大部分如吾人現代建制，應往彼搜尋代表政府之真正本原。進一步言之，此乃事實之產生，並非人類智慧之意願的或推理的創造也。

倘輿論以命令強力賦與於社會集團自身，而此集團又在一定比例中增長，則集團自身行使此強力之特權乃顯然不可能者。此乃政治代表自動地且自然地應付此地位。於是創造視同代替政治強力之集團享有者之機關之需要顯露不可抗拒，而其決定與由集團自身所採取者視為有同

一價值，同一力量，以同一狀態強制服從。

此即政治代表之極簡單的觀念，此即其在何種環境中經過，亦即其如何產生於羅馬史中也。各人知當窩巨斯特 (Auguste) 之登基及共和之終了頗近耶穌紀元之開始時，羅馬政治強力為兩機關所分割：皇帝及上議院是。即於此政治形式，給以雙頭 (dyarchie) 政治之希臘名也。

當羅馬法家欲解釋此變遷時，曾謂人民已成過多，不復能集合於公共場所，而上議院代替之。於是上議院成為代表機關；代人民議決法律，而此法律與由人民議決者有同一強迫力。羅馬皇帝自身取得代表特性；因其所以被授法官的強力，乃由王權法 (Lex regia) 賦與之，而此法乃為代表人民之上議院所議決也。又在羅馬雙頭政治之時期，可謂其存在人民強力之兩代表機關：上議院及皇帝是也。

此代表之理想逐漸消滅；在四世紀之初與地窩克勒簡及公時蕩但 (Diocletien et Constantin) 同時，即不復存在。皇帝併吞一切；集中一切政治強力於自身；存在皇帝之個人權力，而一切代表之理想已完全消滅。

在封建時代，不唯代表之理想曾經消失，即國家之羅馬觀念亦消縮至於得謂其減退至於無可有之鄉。為締造歐洲社會於人與地之階級上，曾為努力以排除指揮的中央強勁；而努力未嘗

力，不能統治，而十四世紀之初，在法國，吾人使政治代表觀念復活之三共會議出現。（法國古時教士，貴族，平民之會議稱 *Etats généraux* 譯者註）

無疑，在吾人政治會議之殊異，三共會議不形成現代式之民族代表。然包函民族之各類代表，而否認其全體代表性，乃同時為歷史的及法律的錯誤。於此屢次肯定乃人民為權力之授與人，三共會議以其名義發言，唯此會議為能申明或修改所謂王國根本法律之法律即高於王之法

律之君主政體之法律，有與吾人今日賦與於硬性憲法之同一性格。

最後，政治代表之全部理論借法國革命而創建。民族為集團人，集團人有主權強力。集團人能自行使之，是為直接政府。或集團人得給予主權強力於代理會議，而以其名義行使之，是為代表政府。會議為委任人之民族之代理人；猶之意志由代理人表示者視同由委任人所表示；亦猶意志為代表會議所表示者與為其所代表之民族所表示者，乃同一者也。

## 二 直接人民政府及代表政府

在一切認許民族主權之國家，即政治強力屬於公民團體之理想，同一問題設立須知：公民團體究係自身行使政治強力之各種特權，抑或相反，委託一人或一團會以其名義行使之？如選舉團體自身行使主權之特權者，人謂此國家實行直接人民政府。在歷史中有類似政府之例，而



今日尙經實行於瑞士之數州。

然而宜觀察其爲國家之職務者，殊難思維其爲公民團體所直接行使，而事實上永未如是者，乃行政職務也，人知其每日且可謂每時存在於作爲連續之實質行爲或法律命令以備確保公共服役之繼續。集團，卽小數，不能恆常集會，因而不能確保類似職務之完成。卽在推動直接政府之實行最遠之國家，亦決不見人民聯合在於行政職務，而唯行使立法職務及司法職務，且後者猶僅一部分也。

每人知直接政府之古例，由羅馬共和及舊希臘之各城，特著者雅典城，給予於吾人。如諸君想像此類希臘城如吾人現代大城者，諸君殆完全在錯誤中。此類城乃極有限之集聚，其人民之過半數爲奴隸。雅典 (Athènes) 爲其中最著名者，涵容不過五六千自由人及公民。但毋多言過去，且至現在，並及將來。

如余所已言者，現今瑞士數城仍真正實行直接政府。在雨喇 (Uri)，昂頭華頓 (Unterwalden) 及山中之其他數小州，星期日多數人之民衆集會於公共場所，直接議決法律，並判定關於州之大問題或刑事訴訟。此確爲希臘及羅馬式之直接人民政府；此非國民總投票，決不應與之相混也。

在實行國民總投票之國家，特別在瑞士，給之以一廣場，法律經有代表性之議會所議決。唯某等法律須經直接諮詢人民之贊同，方成爲可執行者。其伴隨國民總投票制度之形式乃極變

易者。時而人民爲一切法律應被直接諮詢。時而人民僅要求在憲法所規定之情形中爲之。時而法律倘在一定期間，無任何抗議發生，卽爲可執行者；又人民審察僅於由請求人之一定數目爲請求時有之。此等形式殊尠重要，制度在其原則乃相同者。其必要存在於人民在代表機關上能行使之監督中也。於此有代表制及直接政府之頗幸福的配合。以此之故，愛斯曼先生曾極正確以半代表政府之名指示此種形式之政府。此仍係聯邦瑞士及其各州之某等州給予重要位置於此制度。一九一九年議決之德帝國憲法，又稱外馬（Weimar）憲法，亦曾爲一部之國民總投票，時不許余詳細講說。

### 三 政治代表及民族主權

今日可謂單簡而完全的代表制度成爲一切文明國政府之普通而正常的形式。然此形式給予困難，複雜的問題，吾人應停留於其上，余曾試彙問題於下之三論點：（一）政治代表與主權觀念是否調和？（二）能否有非選舉之代表機關？（三）在選舉代表之情況，何爲存在於選舉人與被選人間之法律關係？

政治代表與主權觀念是否調和？吾人應一時認許主權之理解如真確者。政治代表與主權乃不相調和者，論理上固無疑也。盧梭爲論理學家，曾屢宣言之，固成理也。如政治代表而存在也，乃爲制度，依此制度，稱代表之機關有與主權者相同之權力。是否謂其自身成爲主權者

耶？是故此乃屬於公民團體之主權過渡於其代表之手。無論人之願否，政治代表固達成主權之讓與，至少爲暫時的。然而主權卽人格化民族之意志本身，乃不可讓與者。謂其被代表，卽謂其被讓與，卽謂其被削除，而人民終止爲主權者矣。

盧梭乃完全在事物之論理中而言曰：『主權以不能被讓與之同一理由而不能被代表；主權原存在於總意志中，而意志決不自代表也。主權或爲主權本身或否；決無中道。故人民之衆議員並不能爲其代表。衆議員僅爲其委派人；毫不能斷然決論也。凡未經人民親身批准之法律爲無效；此決非法律也。英人民思想爲自由者；乃非常自誤；人民僅在議會分子之選舉時爲自由者；議員一經被選，人民卽爲奴隸，爲零。在其自由之短期內，其所爲之使用甚堪償其所失。』

（社會契約第三卷第十五章）

縱經盧梭之論理的論證，而如余所已言者，代表政府自創建於一切文明國中，並承認同時主權之存在及其代表之可能。然他問題建立。主權在其本質爲唯一者，能否爲兩會議所代表耶？或相反，在其本質中爲唯一者，在其代表中亦必應爲唯一者耶？此爲議院之二元問題，一時在某等地方特別在法，發生極熱烈的爭論。一八四八年在締造第二共和之法國憲法議決時，乃依此論據而國民會議之多數駁回議院之二元並決定立法會議爲唯一者，如其所應代表之民族主權焉。今日實相反，兩議院之體制成爲實行代表制之國家之共同法。自主權唯一不可分所抽取之論據未嘗勝利，而實際理由乃占先矣。此外得謂縱有兩院，僅有一議會，且縱有議院之二

元，而主權之代表，固只餘唯一者如主權自身也。

#### 四 能否有非選舉之代表機關

能否有不經選舉之代表機關耶？問題特設立於君主政體的情形中，在此情形，立法權屬於選舉的議會，而執行權屬於世襲的主權者。此世襲主權者能否有代表機關之性質乎？此乃發生繁多而熱烈的講論之問題也。

愛斯曼誨示非選舉機關永不能有代表性質，因而世襲的王，在任何意義，不能被形容爲代表者。彼發揮此理想云：政治機關如其本身自民族接受主權之委任者，方能有代表性質，世襲君主於承繼中獲得其權，所以未接受民族之任何委任。彼更言：憲法稱王爲代表者，包函一矛盾之建議於其本身，如在一七九一年法國憲法之例，此憲法之編纂者，在第三節之發端第二條規定：『一切權力唯從民族出，民族僅能以委任行使之；法國憲法爲代表的；代表爲立法團體及王；』余謂一七九一年之造法者於訂立同一條文已自己違背前條所申明民族主權之原則矣。（愛斯曼，憲法，勒渣版，一九二一年，第一冊，三〇一頁以下。）

反之，公法師長，如葉林勒克（一般國家學，第二版，一九〇五年五四六頁。）誨示一國之憲法常能給代表性質於一機關，縱非選舉者亦同。故依彼等，無有任何矛盾在民族主權之原則與憲法決定世襲王如代表而行使此主權之全部或一部之條文之間。爲辯護此論說，彼等使人

觀察機關之代表性不牽連對其被給予之委任；單純意義着由此機關所採取之決定與由公民團體所採取者有同一性質，同一力量而已。彼等更言：此乃確然於此有益於知悉某或某機關有或無代表性也。彼等又言：為建造一真實議會的君主政體之不可少的條件，為同時承認代表性於議會及王。如謂由世襲君主而人格化之執行權無有代表性，唯立法權具有此性質，置彼此對立之兩機關，其一為無力量及無權勢，王是也，其他之旁，議會幸因授與於彼之代表性，集中一切主權之特權於自身。於此彼之旁置兩不平等權力於強力及威望，其一必然徐徐或由突變而併吞他者矣。於是真實的議會制為不可能；蓋因其由定義本身而牽連兩權力互相均勢及均衡之存在故也。

此理論頗極正當，且以此之故，余不遲疑於完全贊成埃及制憲立法家確曾欲承認代表性於王，如一七九一年法國憲法所曾為之者也。誠然君等之憲法未包函一方式明白給予此性質於王，如比國憲法或義國憲法。然余以為如接近君等憲法之第二十三條及第二十九條，則埃及王之代表性明白現出矣。第二十三條云：『一切權力出於民族；以現行憲法所建立之狀態行使之。』而第二十九條則云：『執行權屬於王』。是故一切權力出於民族而執行權屬於王，是則王自此接受以執行權為目的之委任，即王之行使執行權與民族主權自身行使之也有同一力量，同一強力。一言以蔽之，即王有代表性也。

在共和國有由人民直接或間接選舉之國家元首，問題不能設立。顯然呈現於全體共和國，

憲法能無困難賦與代表者之性質於被選之國家元首。余意由一八七五年憲法所創建之法蘭西共和國之總統有此性質，乃無疑也。一八七三年九月二十日稱七年政權之法律曾委託執行權於馬克馬哄 (Mac Mahon) 將軍，七年為期，將軍應以共和國總統之頭銜行使之。將軍即於此接受代表性，因其被授職之執行權，乃在常常優越的理解中，如一切權力，原屬於民族自身也。即此同一共和國之總統偕同九月二十日法律給予於彼之代表性，為一八七五年憲法所維持，又二月二十五日法律第三條規定任命之方式。是則正確者，蓋因法蘭西國家之元首乃代表者，許多由彼而出之行爲乃不受越權救濟之攻擊，越權救濟祇對由行政當局而出之行爲乃爲可接受的。然在法國，應說一定進化正在完成途中，而在許多點上，由共和國總統而人格化之政府失去代表性以致僅成爲行政當局。然此乃爲在法國完全特別的問題，余不欲於此上多言之矣。

##### 五 選舉的代表機關及政治代表之各種理論

現今一致尊重選舉的代表機關，而特別爲政治會議。人恰自問何爲存在於選舉人與被選人間之關係之法律性質乎。此問題在公法乃著名者，而吾人應停止片刻。爲便利說明，余將用衆議員一語（以下只譯爲議員，因法文無此名詞，故有此煩冗也。譯者註）以指示被選會議之一切分子，而問題即爲明悉何爲存在於選舉人與議員間之法律關係。許多體制曾被建議，然可歸結爲三，指示如下方：（a）議員機關制；（b）議員代理人制；（c）議員代表制。在此

等體制之每個上均一言之。

(a) 議員機關制 此制在德最爲發達，而法學家挪般及葉林勒克尤甚。然在一定態度中，分別此兩作家。葉林勒克曾爲相當讓步，承認議員及選舉人間有一定關係，並且注意確定。反之。在挪般著述中，其學說在嚴刻之用語。誨示選舉團體爲國家之一機關，其唯一職務爲選舉，而議員建造成一國家機關，其唯一職務爲立法。當選舉團體已選舉時，即毫不復有所作爲。議會經選舉並建造後，行將在其完滿之權力中立法，無有顧慮於選舉團體之所思慮及其所願欲者矣。在法，選舉人及被選舉人間，無任何關係。選舉人選舉；被選舉人參與法律之制作；彼此不相認識；前者毫不能要求於後者，此不負任何責任於彼也。(挪般，公法，法國版，一九〇一年，一冊，四四三頁；葉林勒克，一般國家學，第二版，一九〇五年，一四六頁。)

此學說乃極便利者。論理上得被結構；但有不認一定事實及反於可捉摸的實際之重大違誤。余爲研尋法律結構之第一人；然仍須其爲現實之綜合；否則爲純粹的意識動作，毫無所符合，其爲無價值等於無效用也。然而在選舉時，不能否認其存在於選舉人與候選人間之關係，而此類關係繼續於選舉後之選舉人及議員間也。是否在世界之一切議會中，議員表決之意義不付於選舉人之認識，而選舉人於能要求其被選舉人在其所會議決之狀態上之解釋，依已成爲流行的用語，即已完成其委任，不視爲不可捉摸的權利耶？主張無任何關係存在於議員與其選舉

人間者乃反於事物之明確，又欲肯定其在法，無任何關係存在於選舉人及被選人間者，乃建設飄渺如虛空的法律理論也。是故議員機關制應不猶豫而被排斥也。

(b) 議員代理人制 主張每個議員個人地被取為任命該員之區之代理人，於文字之專門意義，在彼與其選舉人間，形成真實的委任契約，法律上該員被束縛於契約之條項即其在選舉前所為之承諾。為使此委任契約接受制裁；曾發現一巧妙方法：於選舉前，議員置其空白簽字免職證於其選舉委員會，又如委員會忖度此法律上為其承諾所束縛之議員未遵行諾言時，得填註此免職證，並投之於議院，此有過失之議員即由此而停止參加焉。

此為某等急進派所誇張之學說，未經研考。實不應忘卻選舉區之毫無關係，而實際乃全國僅形成唯一選舉區，而一切選舉人得選舉相同之候補人。不應忘卻選舉區為單純地域的劃分，因地方之面積及投票之實質動作而致為必要。允許各區給予委任狀於其議員，即是允許其僭奪全體選舉團體之特權也。區選舉議員；然如此議員接受一委任，乃僅能為全部地方者也。余更進一言，如議員係嚴刻地為其在選舉前所為之宣言所束縛，彼等將在議院中失去一切獨立；辯論成爲無用，而議會生活自爲不可能矣。

此外，憲法之大部分曾正式禁止委任狀。一七九一年之法國憲法云：『在州中任命之代表非爲其州而爲全民族之代表，州不能給任何委任於彼等。』（第三節第一章第三段第七條）。在一八七五年十一月三十日之法國選舉法第十三條中正式禁止委任狀於如下文句：『一切委任



狀爲無效及無作用』。類似規定在埃及憲法第九十一條：『議會之分子代表全體民族。任何委任狀不能由選舉人或任命之之機關而被給予。』

(c) 議員代表制 此乃爲各地方之大多數所承認而實行者。攻擊此說而辯護議員代理人說之急進派乃未窺見其誇張廢止之體制，蓋此乃法國三共會議之體制在舊制中者也。然宜正切確定議員代表制在於何者，或此乃代表委任之同一物。於此點，余應使諸君注意於愛斯曼在其憲法研究中所著之錯誤，蓋彼在敘明議員代表制之顏色下，實際上乃產生余前曾爲糾正之議員機關制也。(憲法，勒渣版，一九二一年，一冊，三四〇頁)

議員代表制曾被一七九一年法國憲法之作家，尤其被著名之西愛咸斯 (Sieyès) 極清晰敘明。人嘗謂在政治代表中，必定有委任。固不能否認其有委任；然此委任非由區給之於其議員也。在一切委任中，有一委任人及一代理人。在代表體制中，委任人爲被授意志之法人之民族全體；代理人乃自成如一人之議會；委任乃由民族人給予於議會人也。以此體制，解釋如何有一永久關係在選舉團體與議員間；如何議員應交代其委任於選舉人；如何議會集會應爲公開者；如何議員之決議應服從選舉人之永久監督。而同時議員對其區不因其曾爲之諾言而被束縛；議員乃全民族之代表而不能接受曾選舉彼之區之委任狀，如一七九一年之法國及在君等憲法之所云云也。地方之代表者，置於全部地方之監督下，除議員要求其委任之更新而向選舉人報告外，自由行動，依其良心而議決焉。

此乃應輕蔑之體制。此卽自事實較優說明之體制且避免前兩者所發生之弊害。然此非不能對之爲一定理論類之攻擊也。能否謂民族由選舉給予委任於議會乎？必須委任人及代理人存在於委任被給予之時間。余正欲在選舉時間委任人存在；是乃民族。然代理人尙未存在，因此應是議會，而議會僅存在於選舉後。

## 六 比例代表之問題

此外余不多言於此稍瑣碎之批評上，而爲給束起見，余至於代表委任制所曾設之實際問題。

大約三十年前，在各國中，選舉制專一停在多數的基礎上。僅候補人得票最多者被選，或至少於第一週，需絕對多數，或單祇需相對多數。然在一定國家中；尤其在一九〇〇年之比國，一九一九年之法國，輿論之極普通潮流引起選舉制之創建傾向於在議會中給予一定代表於有一定固定之一切政黨，而代表因此固定而變易。此卽人所稱之比例代表。

人嘗自問，比例代表之方法與由民族人給予代表委任於議會全體之體制論理上是否調和，比例代表之體制是否達成破碎此由定義而唯一不可分並應以一致決定說明其意志之民族人。又他方面，爲使選舉制爲真實的公平，比例代表是不可避免的條件否？純粹多數制必達成少數之不公平的壓制否？不無理由。

此等多數制之批評，確有真理。在余方面，余乃比例制之熱心者。人自問，余今日亦自問在更多明顯之旁，是否無有重大弊害，爲使議會機械能運用，是否未達成不可避免的廢除在政府多數之政治會議中，如在比國者。極明晰之潮流表示於法國，以復回於多數制。

無論此等講論如何，余堅持思維，縱有理論的批評，縱有實際類之反對，如吾人應擇已述三制之一者，應不爭論地承認代表委任制。但余意寧完全避免委任之理想並顯示其存在於議會團體及代表團體間之監督關係不應進入於委任之民法學者之框子中，方爲較優，蓋祇須肯定僅可能正確的符合應存在於選舉團體之支配思想及議會之態度間；爲此，其在民族中之必須要素應被代表於議會，如黨之比例代表應被避免，一位置應被爲於職業代表，或如人言之社會力之代表。

此乃余交付於諸君思考之問題，且不能接受一彙集的解決；蓋因答案應隨各地方及因其精神的，經濟的及社會的情狀而變易故也。

## 第十三課 國家之人員公共職務之一般理論

諸君：在吾人上次會談中，吾人曾研究所謂政治機關，在現代國家中，人於此承認代表性。然政治機關能自確保一切公共服役之運用，乃不可能者。誠然在極狹小之地如摩那哥（Monaco）侯國者，能精密爲之，又卽仍在非廣大之領土上，公共服役取得如此巨大之擴張至於可謂政治機關隨處有需要於人員以在其監督及權勢下確保公共活動之實現。

是卽此等人員隨處被置於政治機關之權勢及監督下，如余所已言者，此等人員確保公共服役之運用，是卽此等人員余稱之爲公務人員或國家人員。以其無有任何代表性格，故而明晰區別於政治機關也。現在卽此應爲吾人研究之目的焉。

### 一 官吏人員及非官吏人員之區別

最先，公務人員應被分爲兩大範疇，此區別曾給予許多爭論及困難，然如曾着手於地位之最正確的分析，此等爭論及困難卽不生起。應區別爲官吏公務人員及非官吏公務人員。彼此均爲公務人員；彼此均直接參與公共服役之運用。然則其間之差異何在乎？或至少此差異之原則在於何者？

今日同意或大致同意以釋明所以應爲官吏人員之觀念。此卽公務人員，卽由國家或由國家承認之公共集團所創造及給酬之人員也。加之，此等人員以永久，正常及職業的狀態包函在公共服役之範圍內。此等範圍爲服役之法律本身所確定，而包括在內之人員之地位乃如此爲專一合法者，並由治理服役之法律所直接規定者。

余稱服役之法律，乃實質法律也，余欲謂自議會或政府出之法律規定，組織服役，確定其目的，決定其範圍，創建擔任其運用之各種範疇之人員。一切人員而唯包括於此永久範圍內之人員，其地位爲服役法律所釐定者，均爲官吏。其偶然，暫時聯合於服役，而非職業地，正常地，以永久狀態包括於範圍內者，此爲公務人員，然非官吏也。

如君等取一任何公共服役爲例，郵局又或鐵道之公共服役，君等窺見各範疇之人員，其職務，職權及地位立法地或條例地被建立，如總理，稽核，站長，分配人，機械師等等是。爲使人員爲官吏，必須其有此等資格之一；必須其正常而職業地包括於此等範圍之一之內。如因服役之需要，行政暫時召集輔助人員完成與正常而永久的人員相同之職務，此非官吏，而爲單純的人員，又稍遠將見區別人員爲官吏與非官吏之巨大利益。

如許余舉一接觸吾人最近之例，余將取之今時正在組織途中之埃及大學。大學會議依自法律所受之委任，正在此時醞釀於條例中，一規程爲埃及國籍之教授而被建立，埃及籍教授將依此等條例而被任命。此卽埃及政府之官吏，因其將正常而職業地包括於大學公共服役之條例範圍

內也。然此外埃及政府正欲爲確定時期招集外籍教授，與之結訂一定期間之契約。此均爲公務人員，然而決非官吏。其地位將由契約而確定，而決不由大學條例而決定也。君等憲法之第三條亦得如此適用，於其辭句，在原則上，唯埃及國籍者得爲官吏。

## 二 官吏地位乃合法的或主觀的

何者爲官吏人員與非官吏人員間之法律差異耶？

差異主要在於官吏之地位乃法律的或客觀的地位，出生於其任命之後，而其程度及效能專爲服役之法所釐定。反之，非官吏人員之地位爲主觀的，個人的法律地位與同一切隨附之性格，地位之程度及效能爲任命之行爲所確定，此行爲普通爲契約。一切連續效果聯繫於此普通的差異，此等效果無非前在客觀的或合法的法律地位及主觀的或契約的法律地位間所爲重要區別之適用耳。

曾爭論許多而猶爭論之問題，乃明晰官吏之任命究係單方行爲抑或契約。此問題誠可謂惡劣設立。實則在法上所設立之問題，非爲明晰官吏之任命究係單方行爲抑或契約行爲之問題，乃爲明晰其究係條件行爲抑或主觀行爲之問題也。然而余意其爲條件行爲乃明顯者，官吏之位不出於其任命而出於法律；此地位之程度，聯繫於地位之特權，自地位發生之擔負均爲法律所決定；任命之創作人不能加任何修改於官吏規程，官吏乃如此爲法律所創建。故任命行爲無

非爲使職務之法律適用於一定人之必要條件耳。

至言知悉任命究係單方行爲抑或多方行爲，官吏之同意究必要參與抑或爲無用之問題，乃事實點而非法律點也。人得思維在一地方，官吏爲國家單方意志所任命而不能拒絕其任命。例如在下帝國羅馬城市之官吏，卽如此也。今日在一切地方中，公共職務一般非爲強制者，又如未經其請求之，或至少未經其許諾之者，無人被授職務地位者。事實上，在現代國家各處，官吏之任命乃多方行爲。然非契約也。今日合意承認當意志合同使創造主觀法律地位，卽債權人對債務人之關係，方有契約，如余在前演講之一所已解釋者。然而余已顯示在官吏之任命中固不如是也。行爲乃多方而非契約者，又余意此歸於人所稱集合行爲之行爲之範疇中，或者在合同 (Vereinbarungen) 或聯合 (Unions) 之範疇中也。此外，此最後問題無有實益；然其爲重要者，乃了解條件行爲，客觀行爲之特性屬於官吏之任命，此特性解釋如何在各地中允許對於越權之客觀救濟，其反抗類同行爲乃爲可接受者。

### 三 無有管轄之委任

當官吏被任命時，取得一定管轄，卽爲合法并有效爲一定行爲之能力也，卽此而已，無有他者。此管轄非自任命官吏之政府，國家元首而接受之。官吏持有此管轄，在服役法律之適用，其任命乃適用於一定人之條件耳。

在一時，在多數地方，尤其在法國，視爲國家元首，王集中主權卽一切管轄之總合於己身，而當其任命一官吏時，乃委任其管轄之一部分於彼也。今日此理想已完全消滅。余僅認識少許在大不列顛所遺留之幾點遺跡。至少理論上，由王政給薪之官吏自王政接受委任，并因此委任行使其管轄焉。

此外，在現代地方之各處，認爲人格化政府之國家元首，彼亦占有一管轄，其範圍爲法律所確定，彼正由法律之適用而被授權管轄。彼於官吏之任命爲管轄者；而爲改變其管轄又委任管轄之一部分於他一人，則彼非管轄者矣。當其任命一官吏時，乃彼指示一人，而管轄法律將適用於此人也。如余所曾言者，任命爲此法適用之條件，並且單一由此法律，官吏被授職一定管轄。

如管轄委任之理想被維持，此僅爲一委任。然而委任常能爲給予委任者所撤回。亦能改變其受委任人之權力。然而在現代理想中，政府僅能在法律所決定之界限內，罷免官吏，而在一切情形，概不能變易其管轄。此管轄爲法律之創造，唯法律能以一般方法改變其範圍及其特權焉。

又爲同一理由，官吏亦仍不能改變其自己之管轄並委任其一部分於他一官吏。此官吏對官吏之委任僅在由法律所嚴格確定之情形中及條件下爲可能者。管轄非權利也，官吏得支配之如其所了解者；管轄爲由法律而生之客觀地位，僅能爲法律所改變，而且能於一切時間如是，新



法律適用於一切官吏，即其被任命在新法律頒行之前亦然。

#### 四 對官吏所爲利益之客觀性

應歸屬同一客觀性於對官吏所爲之利益：俸給，陞級，退休金。特別由國家預許之俸給及退休金非因冒稱任命契約而爲強制國家之債務。此各種利益聯繫於職務，並有專一的客觀性如職務焉。誠然此性格能變易於一時間，而有時乃難於確定，官吏因其薪俸之月款，或其退休金之期間成爲國家之債權人。然官吏永非本來取得俸給或退休金之債權人。其在此點，官吏乃在合法的客觀的地位中，如其所關係之管轄也。發生此極端重要之效果，在法國法，越權救濟，客觀救濟對於官吏之俸給或退休金之決定，乃可接受者，又自一般狀態，此另一效果在各地中均爲真實者，法律常能改變俸給及退休金，或多或少，而新法律即使其減少俸給或退休金之數額，仍適用於全體官吏，即其任命或退休許可在新法頒佈之前亦然。余頗常遇官吏驚訝類似決定。余曾使其了解，非無困難，如增加俸給或退休金之法律適用於彼等，則減少之之法律亦應適用也。

人所最特稱之官吏規程仍聯繫於官吏之客觀地位，此規程即由服役法律所公布之規定之彙集，以確保官吏之保障，反對其能干涉其下屬之一切專擅決定，例如罷免，調任，降級，停職。法律規定在此主題，隨地方而變易，在各地又隨官吏之種類而變易；然法律永不爲彼等建

造一主觀的法律地位；永不在其職務上歸屬一所有權於彼等；此乃反於有時所被稱之職務上之所有權也。

在法國阿喇武先生曾主張法官及教授之不可罷免乃真實的所有權，前者爲其官缺之所有者，後者爲其講座之所有者也。（行政法，第七版，一九一一年，六二一及六三〇頁）余意此乃完全謬誤之理想。所有之觀念符合於私人利益，此處毫無所爲。此人所稱之不可罷免，乃特別保護之職務的地位，蓋因官吏僅能在由真正裁判所取決定後被罷免或調任也；然如此被爲之地位常是出於法律之合法地位，而能隨時被法律所修改也。

此在歸屬於官吏地位之主觀及合法性之理論，有時曾反對其爲錯誤，蓋官吏實有權利，因其能以其意志之單方行爲辭職並使停止其官吏地位也。反對不成立，因其爲錯誤之結果也。官吏能以單方行爲辭職並使停止其職務並解除聯繫於職務之法律義務，在任何地方，均爲不真確者。官吏能在一切時刻辭職，固係真實，然此行爲非由其自身使停止職務也。當其爲上級當局所允許時，始產生效力也。已辭職之官吏常是官吏；當其辭職之允許已向之正式通知時，方能停止盡職於其擔負也。官吏於已辭職後，不待其經管轄當局之許可而拋棄其服役者，犯重大的紀律過失，得引起其免職或至少出席於懲戒會議。

如多數特權因法而屬於官吏，則法亦強制嚴刻義務於官吏如對待焉。由法之適用，而官吏被制於盡力一切聯繫於其職務之負擔，確保委託於彼之公共服役之運用。不能在任何藉口之下

拒絕執行聯繫於其職務之行爲，個人行動者，固不能之；協同僚行動者，更不能之也。官吏以某種藉口自飾之罷工常係法之違反；常係懲戒過失，最重大之懲戒過失；乃抵牾於公共服役之本身觀念也。此公共服役乃以一般利益之活動爲支持及理由，重要至不能僅一頃刻之中斷，免致集團生活自身瀕於危險。官吏之同盟罷工顯然以壓迫政府及輿論爲目的，而停止此等對社會生存所不可少之活動。如此行動之官吏，違反法律，犯懲戒過失；而余尤甚，彼等蓋犯罪之極大者；彼等謀殺集團，此固較重大於個人謀殺者也。在雇主與雇傭關係中之罷工，能在某種適法之情形中；官吏方面確保公共服役之運用之協同謝絕，常爲犯罪也。

##### 五 在權勢官吏及管理官吏間所爲之謬誤區別

此余所已建之公共職務之理論，適用於一切官吏否？余意應不猶豫而肯定答覆。官吏由定義而爲公務員，公務員被了解爲以永久態度在公共服役之正常框子內。凡有此特性之公務員爲官吏，而吾人已承認彼之地位直接聯繫於爲主要要素之公共服役。此爲一切官吏爲真實者；故無任何分別爲之於其間也。

因而余駁斥甚著名之權勢官吏及管理官吏之區別。此區別於一時間曾有極大波濤。現幾完全被棄。唯帕特勒米先生今日猶辨護之。幸其權威，縱此理論所停留之謬誤之表露，縱由之流出凶惡之效果，此論尙有相當風采也。（帕特勒米，行政法，第十版，四九頁以下）

依此學說，應區別權勢服役及管理服役。前者爲不想像其得由單純私人所實現之服役，卽唯國家能確保之服役也。例如軍隊，政治，司法有此特性者也。一切官吏聯繫於同類的服役者，乃權勢官吏也。反之，人謂有極善理會其能爲單純私人之活動所確保之服役，例如郵政，電報，電話之服役，教育之服役，鐵道之服役。凡此等服役之官吏均爲管理官吏也。

至言區別之實益，則極多並極重要。獨權勢官吏之任命，爲公強力之行爲，得因越權救濟而被攻擊；管理官吏之任命，乃服從共同法之規範之契約也。此契約隨情形而或爲委任契約，或爲服役之租賃契約或勞作契約。管理官吏正確與私人雇傭在同一地位：能形成服從關於工聯之特別立法之職業公會；能適法地自行罷工，反之，權勢官吏絕無此等權利也。

卽唯此等效果已足顯示此冒稱權勢官吏及管理官吏之區別乃絕對不可接受者。余旣已言之於上，此彼均確保公共服役之運用，而於官吏所爲之地位乃其直接而必要之效果也。因各理由，官吏並未取得勞作或他種契約之地位，不能自行罷工，不能自結工團，常以同一力而存在，不問其所擔負確保者爲何種服役也。重言之；凡此乃屬於官吏在公共服役之理由本身之性格之效果也。此冒稱區別會有重大而凶惡之效果。卽引用之，引用其辯護此效果者之權威，多數官吏曾主張有罷工及建造會爲且仍爲對政府之重大困難之原因之工團及工團聯合之權利，不言其曾引入於公共服役之運用中之擾亂焉。

## 六 由地帶之分權及由服役之分權

倘余堅決排斥權勢官吏及管理官吏之區別，余爲首先承認其存在一定分類乃不可免者，且正確合於事物之現實，又特著者爲在集權官吏與分權官吏間之區別。余自解於下，

在一切現代大國中，顯然應區別官吏之兩範疇。余稱指導之官吏，及行爲及技術之官吏，此尙乏他種名稱也。前者爲通知一般指導於重大公共服役，交付命令於一切服役之官吏，申明訓令，交付正式命令，採取一切決定，取消更改或停止由其下屬所採取之決定。此乃在頂點之部長，總監，在省中爲法國之郡長，埃及之縣長 (moudirs)，特別行政之監督，如在法之直接或間接捐稅之郡監督，郵政監督，各級教育總監督。行爲及技術之官吏乃一切完成法律類或實質類之無數行爲者，爲確保職務活動之完成乃爲必要者。行動於指導官吏之權勢或監督下。無益於舉例；此乃一切種類及一切服役之行政官吏之大羣也。

此既明了，決無有在此彼間於其性質及地位之觀點所爲之區別：在法律的觀點，地位爲此及彼均爲純粹客觀類，如余前所言者。他方面，決無分別爲於其相對關涉指導官吏在其與政府之關係：全體應由政府以全部自由之估量而被任命，全體應被置於政府完全權勢之下，政府應是自由於罷免及調任之，並行使真正階級權力於其上。然反之，爲行爲或技術官吏，重要問題設立。

此等官吏，應被集權抑反之應被分權乎？應爲集權或分權耶？假如汝專爲集權，一切行爲及技術官吏概將爲政府或爲其指導代理人所任命；被置於政府或其代理人之權勢下；能自政府或其代理人接受真正之命令，又行爲及技術官吏之一切行爲得由政府或其代理人以法或適宜之理由取消更改或停止之。反之，如汝爲分權，汝將對屬於政府或其代理人之任命權取較廣大之限制；汝將聯合於此政府之分別要領之任命；汝將使參預在變易限度之中例如選舉大綱。他方面，分權官吏將縮減政府及其代理人之階級權力，僅有較廣大的監督權力在其上，例如僅能以法之理由取消，更改或停止其行爲，且或不能更改之也。

如是爲集權體制及分權體制在其大體中。何爲兩者之善者乎？處吾人之時，於公共活動之闊大增長之理由及在其善良運用之利益本身中，余忖度其常應爲頗闊大部分之分權。同時應由選舉聯合行政者於行政活動，又聯合官吏於服役之指導。此乃謂此分權另應爲其面積隨地方，隨其教育程度，隨其趨向及感受，隨各種公共服役而變易，能由兩方法實現之，卽所稱由地帶之分權及由服役之分權也。

由地帶分權在給於地方官吏，其管轄在特定地區行使地方附着事件，最習慣由選舉實現，又此等官吏非置於階級權力之下，而置於政府或其代理人之監督下也。例如在埃及倘一切市政人員 (omdes) 由政府或縣長所任命，無任何部分自選舉者，倘政府能交付正式命令於彼等，能因法或事實之理由而取消更改或停止其行爲，君等有一完全集權制。反之，倘君等創造選舉

團或人員自身爲被選舉者；倘君等增加其職權；倘此等人員脫離縣長之階級權力，而縣長僅能以法律之違反取消選舉人員之行爲，於是君等曾組織一真正由地帶而分權之制矣。不能否認如是內容，明智地限制的分權體制符於現代自由趨向及與同時議會而堅強的中央政府可讚美地相調和也。

次之分權體制或由服役分權，如其名所示，被創建於一切地帶計議之外，而在某或某特別服役自身之內。得被各種形態，余不進入於詳細中。余自限於言此制最要由服役之法律的人格化及技術官吏對指導之參加而實現。在法國，極廣闊部分會被爲服役分權在高等教育之組織中，而創造君等之大學之一九二五年三月十五日之埃及法律之編纂人曾被廣闊之影響；余祇能熱烈祝賀之也。

如創造完全集權的大學，一切教授無條件並無保留而爲政府所任命。教授在任何種類之限度不聯合於大學之指導。大學決無民事人格。無有大學會議，而一切指導之權概屬於政府。埃及法律知創建分權制以代之，完全極正當維持政府之監督權。政府有直接代理人，即校長本身，行使此監督權，而諸君知曉被委託此等職務之崇高人物（指校長 譯者註）知以如何機智及如何權勢盡力職務也。

在大學會議中，在部長，校長，數高級官吏及埃及名流之旁，各學院之院長及兩代表出席，會議擔任一切關於大學之一般指導，而特別在政府監督下編纂組織條例。大學有其財產及

其自身議決之預算，而其重要要素爲國家之補助。政府之權力非命令權而爲監督權。政府能因違法而取消，拒絕，批准大學會議之決定；然不能更改之；不能替代之；不能交付正式命令於大學。

余所以引埃及大學之例者，因余不能獲得較優之明智而豐富的服役分權之例耳。



## 第十四課 國家權力之限制 此限制之制裁

諸君：吾人今日應研究一極端重要之問題，確爲公法之基本問題；蓋因從實言之，隨答案之爲是或否，卽爲公法之有或無。卽知悉是否存在一法律限制於國家之行爲之問題也。如此限制不存在，國家能爲一切，而國家從此脫離於一切法之規範。爲使其服從之，應有高於國家之規範，此規範確定其行爲之領域，決定其所應爲之事物及其所不能爲者。

此規範存在，必應存在，此卽謂如其不存在，應發明之之情形也。給之以根據，殊尠重要。應當存在此規範，蓋因假如其不存在，則爲人無任何安全；國家爲力，且僅爲力，又爲個人無任何保障以反抗權力之專制。無疑，人得辨論此規範之根據。余爲承認一切提議的學說能遭反對之第一人。然不重要，卽如吾人不能指定一堅實根據，亦應肯定其如不可避免的定則，如一切文明之總主教本身也。

德法家色德兒曾云：『無有在國家上或在其旁之法，乃定理也』（一般國家學原理，一八七三年一四頁。）余肯定答曰：有一高於國家之法，乃不可免而有之也。

### 一 此限制之原則

言及限制國家權力之規範，余非承諾言及定一限制於國家一定機關之規範，而恰爲限制國家自身之權力之規範，不問其行動之機關之爲何也。此非執行權或立法權爲法所限制，余重言之，此乃國家自身，國家以法律或以行政文件或以司法文件表示其作爲。於此點，余使諸君注意反對一仍頗廣泛的錯誤。

久矣人以爲法限制君主之權力，且僅限制此等權力，而不加任何限制於人民，民族之權力，民族之主權乃無限制，民族委託主權於議會，議會之權力亦爲無限制。英人永未行之更遠。（謂其停留於此之意。譯者註）其一六八八年之權利請願書（*Bill des droits*）曾限制王之權力而非議會之權力也。當英人言及其自由時，彼等僅着眼其對王政之獨立。在彼等思想中，英議會爲完全強力，而英法家肯定議會之所欲者，乃法律也，任何限制不強制此意志也。英舊諺云：『議會除變男爲女外，全能爲之。』殆以完全正確方法說明英人之理解也。

此外。此全權屬於人民之理想，在十七八世紀時，乃極盛者，在法如在英也。十七世紀時，主教徐喇呀（*Jurien*）云：『在各國中，應有爲使其行爲有效力而無須有理由之權勢。』十八世紀時，盧梭明白肯定共同意志即所謂國家之無限強力，於社會契約之多段中，由於余未知之何等謬誤，而常呈現如一七八九年之吾等法蘭西人之宣言之影響者。社會契約之作者云：『無有亦不能有何種強迫人民團體之法律……。僅自組織之之私人而被形成之主權無有亦不能有反於彼等之利益；所以主權強力絕無需要對屬下人民之保障……。』又云：『無保留自爲讓

與，聯合盡其所能而爲完善者，絕無社員再有要求……」（聯合指社會，社員指人民。譯者註）（第一卷第六章及第十六章）。

法國革命，於其開始卽未墜於此錯誤中，而此將遺留一七九〇年及一七九一年諸人之永久光榮，彼等曾正式宣布屬於國家權力之限制，而特別於國家立法者。卽一七九一年法國憲法之發端曾云：『立法權不能爲任何加侵害及施阻礙於記載在本節中並爲憲法所保障之自然權及民事權之行使』。倘如此肯定立法權之限制，尤更肯定執行權之限制，乃甚明顯者。

自一七九一年後，確乎吾人有某等政制忘卻此重要原則。一七九三年國約議會（Convention nationale）感受盧梭影響，曾以爲對彼一切均被許可，並在拯救自由及實現平等之藉口下，曾犯加害最神聖的自由之罪。在第一帝國下，政府亦常背叛法律限制之保護原則；戰爭之光榮掩蔽其不平等。縱有此等陰影，而法蘭西意識自革命而深透入一般原則，而至一政府無論其如何違反之，法蘭西意識卽準備一致反抗之。猶如其驅逐外部仇敵，猶如其粉碎內部仇敵在任何形式下所爲之專制政體也。

## 二 個人學說

非祇肯定國家爲法所限制而已足，仍應確定此限制之理由。自長久以來，人已知之，而爲到達之，在長期努力後，曾創建一學說，被許多知識者視如信條之一種，在一切批評，一切反

對之上，經兩世紀，此學說今日顯露於吾人，乃為特殊不健全者，然使吾人能忽略此說，彼卻曾在意識中占據太廣大之位置。余乃欲言個人學說也。

此學說確獲得其始初根源於希臘斯多噶哲學；曾接受其始初用語於羅馬法學家之理論中。被忘於中世紀，偕顯明與新力復現於十六世紀。接受其哲學用語於笛卡兒（Descartes）主義之體系中。全部被包函於著名命題中：『我思故我存』。最後獲得其明晰同於正確的政治及社會用語於一七八九年之法國宣言中；直至一八〇四年之拿破崙法典使之適用於家庭及個人關係之領域中。

學說之要領在如下之數語。人類出生及居住，在法乃自由而平等。唯因此而為人類，即在其出生時而為自然的及不受時效的權利之享有者，此等權利簡括於廣義之自由，或更正確稱之人類人之自治中。此等權利屬於人，在其唯一的人之資格，人保守之於社會中。人有自然權以發展其三活動：物理的，智力的及道德的，而一切集會之目的自身為此自由之保護，即人類人在其活動之一切表示中之保護，即其自治之保護也。

然社會須加一定限制於個人自由之表示方能生存，乃明顯者。此權力屬於國家，國家與政治組織之社會自身非為異物。又他方面，此國家之權力被狹隘限制。國家僅能為確保全體之個人自由，加嚴格必要的限制於各人之個人自由。他方面，國家僅能以法律加此等限制，法律在實質觀點及形式觀點同時明了者，即一般規定經公布，又為全體為平等，而無人與事件之緣

故；亦又爲代表民族意志之立法會議所議決之規定也。

如余前所言，此學說爲一七八九年之法國權利宣言之一，二及四條所聲明於可贊賞的明顯中：『人類出生及居住在法乃自由而平等……。凡政治集會之目的在人之自然的及不受時效的權利之保存……。自由在於不傷害他人能爲一切：如是，各人自然權利之行使僅有確保此等同一權利之享有於社會之其他分子之界限；此等界限祇能爲法律所確定。』

### 三 個人學說之批評

此個人學說，經兩世紀視爲信條之一種，盡人在其前齊應俯首。今日乃劇敗。凡社會主義者之理解建堅反對之，而彼亦確不復符合於現代意識之趨向。況且在其自身包含論理的矛盾；而他方面乃脆弱，今日之人漸次了解真實限制國家之權力。

無疑余能自滿意於謂個人學說應被屏棄，因其停留於權利理解之上，而吾人前已證明類似理解乃完全殊異於現實，意識之單純看望決不印合實在也。然且一時承諾此權利之理解，而顯示個人學說乃根本兩意抵觸者。

實則此學說肯定在生存於社會以前，即在其出生時，又單純因其爲人，個人具有自然的及不受時效的權利。然而，如其存在，權利乃意志之權力，如此而強制他意志。是故其存在牽連意志之兩主體之存在，此則其意志強制，而彼則前意志強制於其意志。孤立之人，與他人無社會

關係，不能爲權利之享有者。魯濱孫在其島中，在物上有實質強力之權力，無有權利也。如認可權利，則權利不能爲自然人僅能爲社會人而存在。個人正祇能因其生於社會而有權利。以前未之有也，而人不能攜其所無有之權利於社會。如此，則人之權利非先於社會者。如其存在，乃自社會而出，是故人之權利不能已限制社會之權利，即國家之權力也，余復言之，在余所敘述之學說中，國家僅是政治組織之社會。如此，一切個人主義之學說自行陷沒。

此未爲完也；如此爲可能者，個人學說尙有更重大之瑕疵；實則此說於應強制於國家權力之限制乃脆弱者。在學說之論理中，國家在爲保護全體之活動爲必要之限度中，能消極限制個人之活動。然國家祇能限制此活動；不能強制動作的義務於個人；不能強迫個人向他人爲某事；國家能語個人曰：汝毋爲傷害他人自由之某事；而不能語之曰：汝爲利於他人之某事；蓋因其加侵害於個人之自由也。

例如國家不能強制工作於全體。在個人學說之論理中，閒遊乃權利也。個人得言於國家曰：君能阻止我傷害他人；然倘爲我所願，君不能阻止我停留不動作及阻止我瞻望我陽台之工人並停留於彼而毫不作爲。亦猶國家不能強制強迫教育。如任其孩童沉淪於無知中爲家長所欲者，無強力能阻止之也。在個人學說中，國家不能爲加侵害於個人自由。國家不能限制個人自由，倘人欲在祇傷害其自身之條件中行使之。例如不能禁止危險事業，如鬪牛是。如是應肯定個人學說不能確定國家活動之真實領域也。

個人學說亦不能締造積極義務於國家之負擔。此乃其着手之結果也。政治強力不能加侵害於個人自由，而毫無強迫國家以動作狀態干預以確保個人之物理的、智力的及道德的發展。政治強力不能被強迫以確保義務教育於全體。受教育權被個人學說之徒黨所論理地否認。因年齡或疾病而不能以工作自給生存方法之人，國家更不能給予救助。最後國家決不被強迫干涉，以使誰何願而且能工作者獲得有報酬之工作。個人學說否認救助權及工作權，亦猶其排斥教育權。現代意識反動類似否定。

最後，倘去至事物之底，自窺見個人學說論理地並必然地導入於無政府，或國家專權。人實謂個人保留其自然權利之某部於社會中，國家於此等權利，不能觸犯，並應保護之。然誰爲個人如此保留之權利之裁判者？此僅能爲個人及國家。如其爲個人，則國家之強力消滅，而此實是無政府。如其爲國家，則唯國家能估量個人自由之內容，國家停留於完全強力；毫不曾限制其決定之專權，而此乃絕對主義，否則專制主義。因此曾有理由謂個人學說動搖於史蒂勒 (Stirner) 之無政府主義及羅伯士比 (Robespierre) 之雅各主義 (jacobinisme)

#### 四 強制義務於治者

然則何爲強制國家之法律限制之真實根據耶？余意在於本分之根本理想中，義務強制集團之一切分子，大者及小者，弱者及強者，治者及被治者。永不應忘此吾人大思想家孔德 (Au-

guste Comte) 之可贊美的言：『除常爲其義務外，無人有他之權利在世界中』。

無疑應維持個人自由之理想。然自由不應被理會如權利；乃義務也；凡社會團體之分子被持竭力之職務也。於各人強制充分發展其物理的智力的及道德的活動之義務於其所在之領域中，因其爲社會物也。君等識著名詩家維尼 (Alfred de Vigny) 之可贊美的詩句云：

爲汝久而且重之本務，不厭不倦，

在路途中，命運曾欲於此召汝也。

了解並深思此格言之意義及價值，而將透澈一切道德生活，社會生活及政治生活之祕密矣。一嚴刻義務強制於全體，大者及小者，治者及被治者；卽完成其地位及其本身能力容許其實現之一切行爲也。卽唯由此而人將確保分工之聯帶，聯帶乃使人類社會能生存並發展之不可少之條件也。

治者之爲個人一如其他之人，有同一義務；然事實上，治者持有力；所以雙層義務強制於彼等。治者不能用此力以無理由限制個人自由。在此點上，個人學說所達到之消極效果乃正確者。而此外治者被強迫使用其持有之力，給與充分發展其物理的，智力的及道德的活動之方法於一切個人。卽由此，治者亦有阻止人以某形態限制或毀壞此三活動之義務。治者有禁止凡爲個人能爲危險者之義務，又所以卽權利，卽此個人甘願蹈之亦同。國家有本分又所以卽權利在個人活動乃於自身爲傷害的之限度內限制個人之活動；因在社會聯帶之理由，此活動將傷害及



於集團也。國家亦有義務又所以卽權利強制凡使個人充分行使其活動爲必要者於個人。國家能強迫個人取得最小限之教育及成就一工程。唯一個人停於不動作，乃不許可者；倘國家容許閒蕩，卽欠缺其使命矣。

最後國家被強迫組織一切公共服役之連續，此等服役容許個人以最大限功能，效率行使其一切活動。尤其國家被強迫給予教育，確保工作於凡其在工作之情形者，並供給救助於凡其因年齡及疾病而在自給生存方法之不可能中者。

如此，諸君見一切大法律爲現代國家之光榮，爲余已發揮之一般理想所影響，曾組織教育，工作及救助。法律爲現代意識之產物；而此意識在屏棄個人主義之傳統學說，曾使現出強制於公共強力之限制之真實根據也。同時此意識推理於否認謬誤的個人主義者之理解，此理解如余頃間已言者引導於暴虐或無政府者也。

##### 五 此等義務之法律性

而最後問題應被考驗者，並非少困難也。余曾肯定國家有義務，在其行爲中被限制。然於限制國家之規範，存在一制裁否？如無制裁，能否謂此規範爲法之規範，並且有一法律制限國家之權力？許多作家，並非少數，停留於反對，並曾宣言能有並有限制國家活動之道德規範，然無有並不能有法之規範，彼等曾云：因當其無有由強脅而直接制裁之規範時，無有法之規範

也。

余不能接受此意見。如葉林勒克會極善爲觀察，爲使有法之規範，非必要此規範直接爲強脅所制裁，只須其爲保障之規範已足。確乎一切強制國家之規範，缺少直接強脅之制裁，蓋因國家由定義而在一定領土上專有強脅，不能行使之以反對其自身也。然毫無反對強制國家之規範之被保障，所以並毫無反對其爲法之規範也。倘非然者，殆導引於無所有，至少於公法之一般否認，公法爲國家之法而竟不存在，蓋如爲此法，應爲力所制裁故也。例如全部成文憲法之規範均不爲法之規範矣。

余所給於國家權力之限制之原則，乃法律規則，因其被保障也。殊易窺見之。此原則首爲輿論所保障，人不能爭論其存在及其力量。每次政府以禁制或動作公開違犯前所指示規範之一者，產生反動於輿論中，極常間接強脅治者變改其態度並遵照余所申明之最高原則焉。

他方面，舉凡現代文明國家咸被引於自給一一定政治組織，其真實標的爲保障最高法之規範之尊重。不論現代憲法之殊異，不論於代表制，於分權體制所爲之部分之或大或小，不論各種政治憲法在何種條件中被編纂，一切概爲此基要原則所確定：建立保障，利於個人，反對國家之專擅的專權，又所以即建立保障於限制國家權力之規範也，故謂在一切地方中高於國家之規範爲法之規範，乃正當者，因在一切地方中，此規則曾接受組織的保障之制裁也。

## 六 抗拒壓制之問題

然而問題尙未竭盡也。實餘一道德或較多於法律之問題，但吾人不得忽略之。余曾謂在一切文明國中，在輿論之動作下，政治組織以保護個人反對最高法之違反爲標的而被建立。縱有此等豫防，而能至於國家違法。依傳統用語，能至於國家成爲壓制者。人能明晰而言壓制乃刑法家所稱之習慣犯罪。政府僅一次違犯法律，不因之而爲壓制者。雖曾創建憲法，如政府慣常違反強制於彼之法之規範，其違犯之，或超越其權力，或不認識其義務，則爲壓制者矣。在類似情形個人能否抗拒壓制乎？此乃抗拒壓制之極古老並極著名之問題也。

余言極古舊的問題，因其已經十三世紀大神學家之詳細討論故也，尤著者聖託瑪，(St. Thomas)彼自然設立於神學詞句焉。彼嘗問是否反動常爲罪惡，而彼用此堅強而清楚之答覆：否，反動非常爲罪惡；當反動反對暴虐者而生起時，非罪惡也。因在類似情形乃暴虐者爲反動者耳。彼更言倘王治理在其本身利益中，而非在其臣民利益者，王爲暴虐者矣。

此抗拒壓制之學說復現於十六世紀，當宗教戰爭時。被遺忘於十七世紀；而復生於十八世紀之末，且獲極清楚的用語於人及公民之權利宣言中，此宣言前於一七九三年之山岳憲法，而在彼得讀云：『抗拒壓制乃人之別種權利之效果。當僅社會團體分子之一受壓迫時，卽有反社會團體之壓制，當社會團體被壓迫時，卽有反各分子之壓制。倘政府違犯人民之權利時，暴動

乃爲人民及爲人民之各部，爲權利之最聖者及義務之最不可少者也』（第三十三條三十四條及三十五條）。

應如何思索類似之學說乎？此說有其真亦有其誤。應爲一定分別，此等分別乃不可少者，且決不脫離透入天主教神學者之精神，神學者曾分別之，並應繼其後而分別被動抗拒，防衛抗拒及先動抗拒也。

被動抗拒之爲適法，乃無疑者。個人忖度國家會爲不法的法律，違犯最高法之法律，爲侵害於自由之法律，得適法拒絕甘願服從之，以情力對抗之，並於用盡一切訴訟及在強脅之壓力下，僅執行合法命令。例如汝忖度創造某或某捐稅，國家會違法者，汝乃拒絕支付此稅，並任由執行；汝之被動態度毫未違反於法，而在原則人應承認其爲適法也。

防衛抗拒乃更嚴重。在於以力對力，實質抗拒公務員之強脅干涉，如此者能否適法而行動？問題複雜且設立於兩狀況。在第一情形，人員執行強脅之行爲其自身違犯成文法律；例如彼侵入於私人居住中，乃在法律所需條件之外；不法用力以侵入之，此居住之居民能以力抗拒此侵入耶？余以爲然，且實際上余與最優作家忖度個人行爲以力對抗顯然不法的行爲之成就者，在此個人行爲中，無有反抗之罪。爲使有反抗之罪，公務員應合法行動。此仍爲一七九三年之權利宣言第十一條所言者：『凡對人行使之行爲在法律特定之情形外，又無法律特定之形式者，乃爲專擅及暴虐的行爲；此人對其欲以暴力執行之者，有權以力拒

卻之。

而在第二預見之情形中，問題乃較困難。公務員之行爲停留在法律限度之中，然人主張其所欲適用之法律乃違法者，對此行爲能否以力抗拒而適法乎？在此假設中，人非以力對抗人員之不法行爲；人員固合法行動也；然人主張其所欲適用之法律乃違反於法者。余甚猶豫謂在類似情形，防衛抗拒能爲適法者。無限制肯定之，乃無可爭論地引導無秩序及無政府之原則於社會中。然爲全部脫離防衛抗拒，應在承認管轄於審判衙門之地方中，以估量法律之建造狀況，卽爲拒絕法律之適用，當由審判衙門判決其爲違反於成文憲法之規範，或強制於立法家之法之最高原則也。

最後剩人所稱之先行抗拒。有否其爲適法所在之情形耶？先行抗拒爲暴動。有否暴動爲適法所在之情形耶？特殊糾紛之問題，祇應以無窮小心接近之，又每次余接觸此問題，聖託瑪所述老婦西哪巨斯 (Synacuse) 之故事輒復回於余之記憶中。老婦在其田中和平地工作，路沿田達於西哪巨斯，當西見在此路上以匕首武裝之一青年儘足狂奔。老婦止而語之曰：『汝何往？』此人答曰：『余往殺豆尼絲 (Denis) 暴虐者』。老鄉婦答曰：『青年冒失人，汝其留意，汝知汝現有之暴虐者，汝不識汝所將有之暴虐者。』

理論上固有適法革命在世界中，不能否認之。此乃屬於歷史判斷之者。確然不容許法家申明權利於反抗壓制政府之暴動如原則。然他方面應堅決肯定在各國家中，管轄而無私的審判衙

門應被建立，此等衙門能估量立法行爲，倘其衡量立法行爲爲違法者，拒絕適用之。此乃吾人將在最後集會中以相當發揮研究之一點，以考量余所稱之合法原則焉。

## 第十五課 合法原則應如何被保障

諸君：在此最後會談中，吾人應考量公法之最要問題之一，而其解決所建造，即同此廣大教授之成就。此全部講義爲此理想所支配，即法爲最高規範，強制於一定社會之全體分子，對治者如對被治者，所以即強制國家之規範，不論其形式如何，即確定其活動立場之規範，命令其爲某行爲，禁止其爲其他者。當此規範強制個人，爲國家之干預所制裁。當其投於國家時，能有制裁否？又爲何種制裁？強脅之制裁自不含有，因國家由定義而專有強脅在一定領土上，即不能行使強脅以反對其自身。

然應有一制裁於強制國家之規範。凡直接制裁均爲不可能者。仍對之存在間接制裁否？制裁能被組織。如何組織？何爲最佳方法？今時人對此在於何處？是乃問題也。

### 一 合法原則於實質觀點

於法之規範之間接制裁之重要要素在於余所曾稱之合法原則之觀念中。此原則已深入現代意識，且即由之而能至於創建一制裁，無疑係間接的，但確然有效適用於國家之法之規範。對何者而存在乎？

爲了解之，應回憶余於實質觀點及形式觀點間所已爲之首要分別，且以之適用於合法原則。

在實質觀點，合法原則存在如下：在法之國家中，任何當局永祇能於經法律規定即經實質意義之法律所定之限制內採取個人決定。此爲一切國家機關不問其爲何種均係真實者，爲議會同於爲國家元首也。顯然即此合法原則之承認區別政府之爲專制與否。政府無論爲君主的，貴族的或民主的，倘構成政府之機關能在一般法律所定之規範以外採取個人決定者，爲專制政府也。

孟德斯鳩在法律意識之甚著名之段落中，曾釐然顯示此在絕對君主政體及專制君主政體間之差別：唯彼單純稱余所稱之絕對君主政體爲君主政體而已，彼云：『君主政府者，唯一人統治之，但用固定的及建立的法律，在專制中，亦唯一人，無法律並無規範，一切由其意志及其偏私而發生』（法律意識第二卷第一章）。如是，在絕對君主政體中，實君主作法律，然君主爲其自己所作之法律所拘束。在專制君主政體中，元首命令不爲任何規範所拘束焉。

余更有言者，以爲唯君主政體能爲專制者，乃重大錯誤也。如一切國家之權力均集中於被選會議之手，個人自由卽爲保全者，仍在許多地方中爲廣泛之信仰。何等沉深的謬幻思想。卽被選之會議，能爲專制者，一如君主。倘會議能在以抽象狀態事先申明並適用於全體之一般規範之外及以上採取個人決定，彼亦將爲專制者矣。一國非爲自由者。因其有議會也。集團暴虐較個人暴虐尤爲可怕者，因責任被分擔而至消滅也。如一國了解議會，王或一切其他機關僅能



自一般規範採取個人決定，而無有一機關（不論其爲何種）能逃避法律之強力者，此國乃自由者。

如何於此有一反公共強力之專擅之保護乎？如何並在何時代人已至於了解合法原則乎？此則古希臘曾最先了解此根本理解，殆無疑義。人向吾人講說古自由；人向吾人誇張其利益；人讚嘆其宣布自由並爲之而奮鬪者。然通常人誤取在此自由之理解上。爲希臘人，是否一對國家權力之限制耶？絕非。古自由之最熱心者曾常承認城市有無限權力於公共利益中。理想存在於限制國家權力之規範乃完全現代者。古自由聯繫於完全相異理解。人認爲能爲一切之城市而僅能在其自身議決之一般規範即法律所劃之限度內爲之，法律不以人之緣故而被作且爲全體皆同一者，人方自由。如合法原則被尊重而全體公民服從於同一規範，自由方能安全。合法及平等，即全體古自由也。

余不能隨此等理想在中世紀及近世時代之進化，而余立即至於法國革命。其進行頗遠。專門限制國家權力之規範。有國家所不能爲之事。無疑國家能加限制於個人活動；然此等限制僅能被法律所確定，被實質意義之法律，事先申明之法律規定，形式意義之法律，由民族集團或其代表所公布之規定所確定也。此顯爲合法原則已自增於限制國家權力之原則。

余今日信能肯定合法原則曾深入現代意識，而強力反動發生於各國中，在彼，個人決定由議會同於由國家元首（世襲之王或選舉之總統）所採取者，乃在法律之外或以上。人向吾人言

在某處創建獨裁政體，在其他地方，獨裁亦經願意；是乃可能；但此僅能為過渡的及例外的時間，而在一切文明國，合法原則保持其全力及其保護性焉。

爲何有此性乎？蓋因如國家祇能在預先申明之一般規範所定之限制內採取個人決定者，有全般機會使此決定將非病民亦非不公平者，而此蓋以一般規範決定其原則，限制其內容，着眼於一般利益，無人或事之緣故，以抽象狀態預先被申明者也。余非謂此一般規範將常為正確及無錯誤者也。然有許多機會使其為更公正者，較優適合需要，較着眼於特定之人或特別地位所採取之決定更相合於所遵循之目的也。實質意義之法律，即法律規定能為不合於法者；有時不幸竟至於為不法者。但既然此法律之被作，不使立法家着眼於特定之人或特殊之事，既然立法家首先應為至上公正及普遍善良之抽象意見所領導，人固能適法地希望其為善良者，而且如此，法律且加一公正限制於公共權力之個人決定焉。

## 二 原則之制裁——越權救濟

然祇理論上承認合法原則，其不足。乃明顯者。蓋應其制裁被堅強組織也。而余不見另有如下者外之他者：使一地方為具有法之國家者，應在彼有一集合一切獨立之保障，無私及管轄之高級裁判乃絕對不可少者，高級裁判將能受理當前救濟，取消人所主張曾經違法所採之一切決定。在若干地方，此高級裁判存在並在彼此救濟接受堅強保護合法原則之專門組織焉。

在法國，平政院曾創建廣闊救濟，貢獻於全體人，以取得凡違法所爲行政行爲之取消，有單純道德的利益。此卽稱越權救濟之救濟也，此救濟曾接受非常發展並有效保護被治者，反抗一切行政當局之專擅，縱其在高位亦然。當有不法時，平政院廢除政府之命令與廢除最卑小市長之決定同一容易。應更一言，程序乃極端簡單；律師之協力決不需要；無任何登記稅被徵收；救濟唯應記載於印花紙上，而訴願人祇有二佛郎四十生丁（每佛郎爲一百生丁 譯者註）之小數支付而已。

此處余不能進於此富麗理論之詳細說明。祇須余言因程序之簡易，因其廣闊的可能收受，因給於不法觀念之擴張，越權救濟乃可贊美的訴訟及合法原則之有效制裁也。余能肯定其在任何地方，類似制裁未曾被組織也。

縱然一切，但余應更爲一言，越權救濟尙未至其完全發展。實則祇能被操縱以反抗行政當局之行爲，而不能操縱以反抗政府以政治機關所行之行爲，例如共和國總統行使其動作於議院，尤著者宣布議會會期終了或解散衆議員之行爲是。確然平政院不應成爲最高政治會議，行使監督權於政治機關。然余毫末見誰何既非理論上，亦非實際上，反對憲法合法問題被致於平政院之前，在法國及在外國盡人自怨承認高級的獨立，主權的無私及服從受苦的管轄。

### 三 合法原則於形式觀點

余已言，余又重言實質合法原則不能並不應接受任何例外。凡行爲爲個人決定者，當其違反法律規定卽法律時，應觸及無效。有時人曾主張當政府着眼於其防衛而行動時，得在法律之上及其外採取個人決定，而此等行爲形容爲政府之行爲，縱其不合法，亦爲不可攻擊者。雖欲以相當巧妙的推理庇護同一解決，仍應堅決屏棄之。實則此解決僅爲一法門以試行給予法律外表於國家之凶惡理由，在文明地方，不復容許談論之而承認法之權勢焉。

而反之，形式合法原則能並應接受一定例外，在今日各處此等例外有擴充之趨向。在現代國家之大部分中，職務在於爲實質法律卽公布法律規定者，屬於被選之議會，議會之構成變易，但最慣常爲由兩院形成之，此兩院有相異之根源並分別討論焉。此爲慣常說明之規範，而一八七五年二月二十五日之法國憲法曾說明於下之辭句中：『立法權由兩會議行使之』。

此規範普通接受兩例外。自一方言，極其通常，有一定法律，議會所不能爲。人分法律爲兩範疇。一爲平常法律，他者人稱憲法，且有時更言硬性憲法。此後者由別於平常立法機關之機關爲之；此類法律不能由平常立法機關所停止，修改，廢止；僅能在其自身所確定之特別形式及條件中爲之也。是故議會不能公布與記載在所謂憲法中之規範相衝突之任何規定也。

自他面言，各處於相異程度許可一定法律規定能爲政府所公布。易詞言之，政府通常有所謂條例權力，卽爲公布爲實質意義之法律之條例之能力也。政府不能爲違反法律之條例，乃顯明者。然同時政府在隨地方而變易之限度中，能公布真正實質意義之法律，是故議會又不爲一

切法律。有由政府所爲者故也。吾人將復取此等例外之各個於形式合法原則。

#### 四 憲法及其制裁

英國在今時爲唯一地方不爲平常法律及硬性憲法間之分別者。余已引英國舊諺：『議會除變男爲女外，能爲一切。』依此詼諧形態，極清楚說明英公法之原則，在知議會之權力於法爲無限者，凡議會所欲者爲法律，而無有不能由議會所廢止或修改之法律，縱其爲根本的法律亦然。英人嘗限制王之權力；然未嘗知限制國家之權力，其十分強力的意志獲得其用語於議會之法律中。

在法，美則反之，而余能謂在一切地方中其已至於法之國家之觀念者，有一定法律在議會之上，而議會不能廢止及修改之。凡由議會議決之規定違反憲法規範者即違反於法。原則不引起任何可能的爭論，然餘一重大問題，卽制裁之問題。如何能制裁強制平常立法家不公布違反憲法之規定之法律義務乎？

人能謂此問題設立於今日之全世界中，在埃及尤甚。君等既以理認許違反憲法及法之區別，而知何者爲制裁此規範之最優方法，乃根本利益之問題也。

三制裁方式爲可能者。應連續思考之。

第一似爲最論理而最有效者。在於創設高級法院呈現一切預料，無私及獨立之可能的保

障，而違憲問題得由關係當事人致之於其前。一言以蔽之，此高級法院對於關係法律，有與屬於法國平政院對關係命令之類似權力。諸君非不知在此地方中，凡關係人能以越權救濟攻擊其主張爲違反法律之政府命令。在余所見之體制中，凡人能以同類救濟攻擊其主張爲違反憲法之法律。

一九二〇年之捷克憲法會創設此類體制。會創建一高級法院謂憲法法院，違憲問題得致於其前。在第一帝國及第二帝國下，吾人在法曾有可比較的體制。依八年憲法及一八五二年憲法，參議院得於其立憲狀況之觀點估量立法團體及政府之行爲。然應承認參院曾缺乏其使命，而在兩時代，與其謂爲憲法法院毋寧謂爲修改憲法在主人手之便利工具也。（一九二六年八月七日哈瓦斯社宣稱：六日波蘭參議院會議決一議事日程，請政府起草一法案，着眼於憲法法院之創造擔任裁判由憲法解釋而發生之爭議。）

無論此歷史前例之如何，應如何思維在於創造一高級衙門特別擔任裁定法律之立憲狀態之體制乎？極誠懇言之，余以爲此乃惡劣者，其故如下。無論如何作爲，此衙門勢必中止爲司法院以成爲政治會議也。對立將建立於會議與衙門間。此衙門將在議院上行使監督之地位，且在解決法之問題之藉口下，將有自建一最高會議集中政治強力於其身之傾向焉。雖隨捷克之經驗而爲可注意者，但余終懷疑余之預見之自將實現也。於被選議院之旁，創建一司法法院，而授之以監督之實權，其僅能爲危險者矣。

羅馬尼亞在其一九二四年憲法編纂中，曾採用一體制，其初頗爲得人心者。羅國不創造特別憲法審判衙門，然決定在任何審衙門前，倘原告反抗違憲之變例時，該衙門在此點上不能裁定；唯最高法院於此事件爲管轄者。最高法院能估量法律之立憲狀態而無權力取消之；僅能宣告其違憲而已。下級裁判爲最高法院之決定所縛束，並不能在事件中適用如此宣告無效之法律也。

此經驗乃可注意者。將來將報告此體制之價值；而自現在，余已準備信其爲惡劣者。余曾與羅馬尼亞最卓越之人物談論及此，而彼乃非無何種恐怖也。其初在訴訟之決定解決中有引起巨大遲延之結果。其次行將違反原則，依此原則，下級裁判應係獨立者，並永不被執持於遵依上級審判衙門之判決也。爲司法之善良管理，應使最下級審判衙門爲主權式之獨立者。其後給予估量法律之憲法狀態之權力於最高法院，冒牽入政治於法院之危險。人創造類似余前所已言之憲法審判衙門之地位；而如彼者，此地位能變成政治會議，擅用在被選議院上之監督權利。

##### 五 違憲之變例

以此之故，伸張於制憲法原則之體制，余以爲其實行於美國者乃最優良而最簡單者，在其他數國中，且在法國學說從事於採用。其重要者如下。

違憲之變例，在一切裁判所前，卽下級裁判所，上訴裁判所，破毀裁判所概爲可接受者，

而爲估量法律之立憲狀態，一切均爲管轄者。如裁判所判決立法者所公布之規定違反憲法者，裁判所應宣布之並拒絕爲法律之適用，在繫屬裁判所之事件，承認違憲。裁判所不取消法律；不能之也；此殆違反權力分離之最高原則。於是司法權在立法權上行使監督矣，執行變例之裁判所拒絕法之適用，因其爲自身所拘束也，而在權限爭執之情形，應適用最高法律即憲法。然法律仍如是存在，而在其他事件中，同一審判衙門或他者將能給予相異解決，並爲前經宣告違憲因而其適用被排斥之法律之適用焉。自然當違憲宣告爲地方最高法院所宣布時，例如爲美國最高司法院時，彼具有卓越的威勢，爲其目的之法律乃特爲調和者，而議會將應撤銷之，乃最通常者。但此僅有單純的事實點，而不能謂最高法院出於其職務並會爲政治工作也。

爲授與估量在其前所引起之法律之立憲狀態之權力於司法裁判所，美人建築於權力分離原則之上，殊有理由。反之，在法國吾人曾拒絕此權力於司法裁判所及引用同一之權力分離原則，乃錯誤者。美人曾推論如下。議會造作法律；執行權擔保其執行；司法權適用法律，判決犯罪及爭議。在法律限制內，審判官乃獨立者，且祇屬於其良心也。若憲法與尋常法律符合者，無有困難。然如尋常法律違反憲法時，審判官應適用兩者中之何者乎？無可爭地爲憲法。吾人非謂審判官能反背立法者也。然倘立法者曾違反最高法律時，審判官不能被脅迫而遵依之者，顯然因其自身爲此最高法律所拘束也。

此乃羅馬尼亞破毀法院恰會決定在卓越地敘述理由之判決中，而重引數段，乃非無益：



「視爲在矛盾情形中……審判官有權審察尋常法律之合憲性質，又倘其忖度尋常法律乃違反憲法，而給予優先於憲法規定……；如此着手，不能謂審判官出其管轄並侵佔立法權之職權；反之，審判官盡嚴格合法的職權，即決定應適用何種法律於服從其判決之係爭物中之職權也」〔打羅日 Dailor（本爲法國法學家，曾輯判決例之目錄，現爲書坊，仍出版同性質之刊物 譯者註）一九一二年二册二〇頁。〕

如余前之所述，此解決法國恆排斥之，而於此點判決例曾爲一八三三年五月十一日最高法院之判決所定，主題爲一八三〇年十月八日之法律宣言一八二二年五月二十五日之法律關於出版之第十六條爲可適用者，而人主張其違反一八三〇年憲章第六十九條。法院之判決稱：「緣一八三〇年十月八日之法律既在憲章所記載之合憲形式中討論並公布，其所爲審判衙門之規範，並不得以違憲之原因而在審判衙門前被攻擊」〔希咲 Sirey（亦法國法學家，曾編法律及判決之匯輯，現爲書坊，與打羅日相訪 譯者註）一八三三年一册三五七頁。〕一八五一年三月二十五日之刑庭判決曾承認一八四九年八月九日關於戒嚴之法律之第七及第八條之合憲性質，乃真實者。此似指出刑庭曾估量法律之合憲性質〔刑庭判決匯集(Bulletin des arrêts de la chambre criminelle)，一八五一年，一五六頁。〕

無論其爲如何，至最近年間，在法國得視其爲恆常的判例及學說者，則審判衙門，破毀法院亦同，不能接受違憲之變例，亦不能於其後拒絕適用經判決違反憲法之法律。余本人曾誨示

此解決於余之憲法研究之第一版中。然自數年來，不可抗拒之潮流表現相反意義於法國學說中焉。

在經希咲匯集公布之兩極超越論文中，霍喇武先生曾以其才能及其聲威主張審判衙門不僅應拒絕適用違反憲法形式規定之法律，並須拒絕適用與對國家生存之重要原則相衝突之法律也（希咲，一九〇九年三册一四五頁及一九一三年三册一三七頁）。

余頗有猶豫去至於此。然余不猶豫謂受理違憲變例及在繫屬於審判衙門之事件中，拒絕適用直接違犯記載於憲法中之規定之法律，乃爲一切審判衙門之義務。余無保留給予此解決，此建築在前示之理由上，且此在羅馬尼亞最高法院判決中曾堅決被肯定也。

數月前，此問題曾被設立於賽因 (Saine) 審判衙門之前，論及一九一四年三月二十三日之法律許可兩庭之每個委託司法權力於經其任命之調查委員會。在參議員啊已埃 (Ratier) 因拒絕在調查委員會宣誓而被捕之事件中，巴黎法學院院長帕特勒米先生在審判衙門之木柵主張一九一四年之法律乃違憲者，而審判官有權利及義務排斥其適用（閱帕特勒米論文，立法權之限制，在政治及議會雜誌中，一九二五年十二月十日，三五五頁。）然賽因審判衙門未嘗進入於此途中，而處罰參議員啊已埃先生。巴黎上訴法院被執持，而大概將確認此決定。然而潮流較審判衙門及某等傳統學者之堅持將爲更強也（閱那諾德 (Larnaudé) 論文，法律之違憲性及法國公法，在政治及議會雜誌中，一九二六年二月十日一八一頁以下。）

在許多地方中，即在蘇維埃共和國，估量法律之合憲性之權力被承認於裁判所，在不遠之將來中，法國判例必將進入於同一途徑中也。

在埃及，在君等新憲法之勢力下，君等應否採用此體制乎？余不猶豫答覆於肯定意義中。君等曾正式承認最高法律之存在，此最高法律強制於一切國家之機關；任何機關，縱即議會不在憲法之上；絕無一機關能脅迫審判官違反憲法，而審判官不惟有權利且有義務估量引用於其前之法律之合憲性，又如其判決此法律違反憲法者，拒絕適用之。

## 六 不法之變例及越權之救濟

余前曾言形式的合法原則勢必接受一定例外，而在一切地方中，政府在條例權力之名義下，有管轄權以公布一定法律規定。在第九課中，余嘗試確定何者正確為此權力於埃及憲法之條款中。政府同時為法律及憲法所拘束，乃不可爭論者，而政府永不能在憲法給予此權力於彼之情形之外及違反記載在形式法中之規定而公布條例。此規範應有制裁。法國法律及判例曾以儘可能的完全方法組織之。如吾人之審判衙門不許可違憲之變例，而全體許可不法之變例，且在任何裁判所，行政的或司法的之前，凡訴訟人得引證所引條例之不法；審判官應在此問題上裁定，又如其忖度條例乃違反於法律者，無論憲法或尋常法律，拒絕適用所謂條例。審判官不能在反對之變例上取消條例；自限於承認其不法並拒絕其適用而已。餘則此乃事件之決

定，在另一事件中，既不強制同一裁判所，更不強制另一裁判所也。

法國法不自止於此；余前所言之越權救濟，在平政院判例所給之廣大擴展中，得被形成反抗一切自國家元首所出之條例，亦且反抗因於人所同意誤稱之立法委任所爲之條例焉。

在此點上，埃及判例安在乎？假設埃及政府爲一條例，而關係人在土著或混合裁判所前主張其爲不法；此變例是否可收受者？審判衙門能否在所引之不法上裁定，並決定其拒絕適用此條例，因判決其爲不法者。余遲疑於答覆。余忖度埃及審判衙門殆將應爲之；余不信其業已爲之；余可必其在最近將來將爲之也。

混合民法典第七條及混合審判廳條例第十一條，土著審判廳條例第十五條第四項亦同，禁止此及彼干與或停止行政步驟之執行，然仍此處事實乃更強於法律之條文，而將來乃迫近者，在此時埃及學說及判例均將同意以承認不法之變例在一切裁判所前爲可接受者。

余亦忖度埃及法家在吾人越權救濟之模型上漸漸籌備訴訟制度，而此將許可一切被治者以訟訴方法繫屬於高級裁判所，其無私及管轄將自全體被承認，估量在自行政當局發生之一切行爲之合法之觀點，如其違反法律，此裁判所接受不憐惜地取消之之權力。合法原則乃使一地方生存於法之國家之制度下之基本條件，而君等已肯定君等不可抗拒的意志及君等不可侵犯的權利以生存於類似制度之下也。

此乃以此數語而余結束此公法課程，而此非無極劇點之歉意也。余曾習慣每星期來此兩次，又縱然人曾給與名義於此種會談，此決非余所爲之課程，此乃借諸君全體合作之工作耳。諸君中之許多曾來與余談，向余設立問題，及向余投遞反對；彼等不能使余更有愉快者，余當向之致謝也。謝君等使余不勝榮幸而來此，非由於教授之義務而單純由於君等法之嗜好所吸引也。謝學生諸君，君等乃以如是多之熱誠及興奮專心於此種有時少許枯燥的研究。以余之年齡諸君其許余向諸君略進勸告於此吾人行將分別之時。（意謂唯因其老爲可許耳。蓋自謙之詞。譯者註）

毋忘君等均係準備形成之英才，並即貴地之領導英才；毋忘君等被召於盡重大職務於政治生活中。自今爲始，君等代表此爲國家之偉大，此偉大非其經濟之財富，非其人口之數量，非其領土之面積，非其武力的征服也；其爲國家之偉大者，乃其領導人才有義務之情操，理想之尊貴及高尚的德性也。尤其英才應有義務之情操而其工作使之透入平民羣衆中，至於誠服一切公民，自最高位置至最低下者，尤其吾人應盡吾人教誨的義務，地位強制義務於吾人，而遭遇置吾人於地位中也。凡道德生活及政治生活之祕密胥在於此矣。

一國家由理想之尊貴流佈於世界中而偉大。葛爾小國之比利時成爲大民族之日，卽在其宣言其全體人民死至最後一人以防護其產生之地域及宣誓之信仰之日也。君等知其爲我等國家之偉大乎，其最要乃揭示人權宣言而且能強制之於世界也。無疑人得哲學地講議其所宣布之原則

之真實；然該宣言究爲宏大的理想，因自數世紀以來，在建國中，乃第一次肯定立法權爲高於彼之法所限制也。

埃及乃堪爲偉大國家者，又在余極小之氛圍中，倘余已能輸入若干理想於諸君，而君等乃少許有益於君等所遵循之尊貴途逕者，此將遺留余平生之大榮耀焉。

敬謝諸君，余不敢向君等言再見；然余自余之全部靈魂祝禱此再見也。

## 國家之責任及混合審判衙門之判例

一九二六年二月十二日在凱洛之混合律師公會所爲之演講（由混合審判廳之日報編輯委員會筆記）

主席，委員，諸君：當君等委員來邀余爲演講於君等之前時，余於此蒙一大榮耀，而余自視爲感恩者。余遂不遲疑而接受之。

余得高聲言之，埃及之混合審判衙門及其律師公會乃光耀人道之制度也。混合裁判所由其判例，混合律師公會由其智能及其辯才，有堪誇之令譽於世界中，而爲余所久識者。此則君等謂余乃如何欣幸及倨傲於得爲合作員於其工作耶。故當致謝，並確信余爲君等之感恩者。

### 一 法之自動形成

余所取爲此次會談之目的之主題確爲今日強制一切關於法之問題之成見之主題之一。論及此等主題此乃同爲人所見爲較優之一，此法之自動形成，在事實，信仰，自願及需要之行爲下，縱有條文，仍以不可抗拒的強力進化。此乃論及問題如吾人行將會談者，得爲會如此深深感余之方式之適用，而此方式爲破壞法院（即法國最高法院之直譯 譯者註）第一庭長巴羅續

卜唉 (Ballot-Beaupré) 在舉行拿破崙法典百週紀念典禮時所宣布者，以聯繫於其人格及其職務之威望而言曰：『當一條文爲暗昧時，應解釋之，非依立法者當其立法時所有之思想，而依立法者如在今日立法所有之思想也。』

此進化之理想繼續，給予高於實質法律之力於法，君等卓越的委員已在高雅之辭句中說明之，又貴同僚之一曾在一論文中發揮之，於此文余僅有一責備，卽其太短也。貴同僚施麥 (Raymond Schmeil) 律師曾給一標題於其論文，此標題正顯示一切內容：『事實超越法或在法律科學上相對主義之影響』。(論文披露在混合審判衙門之日報中，一九二五年二月) 然而彼將許余向彼投遞輕微的批評。實則余忖度某類法之規範在一定時間表現爲不可變的原則，而在今日則不復爲真實者；蓋因在世界中，一切進化，且一切變更，卽法之規範亦然。是則此類理想鼓舞余進入於此演講之主題中。

## 二 私人反抗國家之保護

今日一切法學家，一切法官，一切律師最固執存見之問題之一，且余得謂之輿論而爲不可爭者，此則其設立於如下之辭句中：私人如何能及應被保護以反抗國家耶？

關於混合裁判所之法律之編纂人未嘗缺乏預見此問題並與以解決。於條文余爲隱語，君等識之多優於我，又倘余予以朗誦者，此則與其爲爲君等，毋寧爲我及爲取得起點耶。重要條



文乃爲在埃及混合訴訟之裁判組織條例（千九百年三月二十六日命令之編纂）之第一節第十一條：『混合審判衙門不能裁定在公共領地之所有權（余擱置公共領地於一旁，無有更混雜之問題。）此等衙門不得鑒別主權行爲並不能鑒別由政府執行所取之步驟及公共行政之法律與條例之符合。然無權力解釋行政之行爲或執行之遞捕，爲判決由此行爲加侵害於或由條約，或由法律，或由契約承認之外國人之既得權利者，此種衙門爲管轄權者』（此條文之歷史及意義，參閱裸儂，(Pélissié du Raussas) 和約 (Les capitulation)；若尼 (Abd-el Solom Zohni)，埃及及法中國家之責任 (La responsabilité de l'Etat dans le droit égyptien)。此條文確保個人比較國家之充足保護耶？

余以爲貴同業嗎那特斯打 (Malatesta) 曾甚願借余一極重要之書，余乃謂麥西那 (Messina) 之佳作，混合審判衙門之行政裁判也。然哉，此條文容許建堅一個人比較國家之充足保護，實則余閱九十五頁，最後一章之開端包函作者之結論：『個人權利關於公共行政之保護體制確爲法律國家之觀念之最現代的用語，在單一裁判之意大利偉大模型上曾廣大發明之，旁邊細微之技術錯誤，判例可以救藥之。』

此實不然！余意，余所已言記載於條文中之保護方法及依余所有在手中之作者之用語乃停留於個人權利對立於公共行政之體制上，余不猶豫肯定此保護方法爲完全不充足者。

混合審判衙門曾甚明瞭此點。在余所深爲讚賞之判例中，此種衙門縱有太狹隘的條文，已

有效地試行軟化此體制，並給予較由條文之嚴格適用所發生之保護多更廣大而有效。此種衙門按照巴羅籬卜啞庭長之言，解釋法律非依立法者立法時所有之理想，而依其於今日立法所有之理想也。

### 三 此保護將被保障之條件

實在得謂在此等條件，私人對國家真實被保護。余忖度此等條件乃爲二數：（一）應合法原則被承認且被堅強保障；（二）應國家對私人之責任正式被承認且堅決被裁判。

在第一點上余迅速越過。此非真爲此次會談之目的也。余自限於爲觀察：爲保障合法原則，自然應制裁之於其各種適用中。是謂當局不論其爲何種，不能爲違反法律之行爲，並且凡違反法律之行爲觸及無效也。爲使此原則真被制裁，應凡有實質或單純精神的利益而使墜入於此違反法律之行爲之人，於形成救濟主張，取得不法行爲之取消，在高級裁判所前爲可接受者，裁判所並貢獻獨立及無私之保障焉。

余以爲能肯定在此意義，在任何地方判例所去未嘗與法國平政院同遠，由其可稱贊的越權救濟及弄權救濟之制度，確保堅強的保護於被治者，以反抗行政的專擅。

但余攔此於旁，而至此演講之特別目的：國家對私人之責任。

此責任之原則，確乎爲余頃間宣讀之爲混合訴訟裁判組織條例第十一條之條文所確定。在

其編纂人之思想中，何者爲此條文所承認之責任之能及乎？此關於余者頗少。

而其關於余較多者，乃知悉混合審判衙門判例所已爲之，適用及並知悉是否判例去至更遠，應去至何處也。

#### 四 國家責任在約契事件

在第一點上，余迅速越過者，因君等爲決定較余自己優勝多多也。余自報告混合審判衙門曾的確並以恆常態度承認責任，余所稱國家之契約責任，且以完全堅決的態度制裁之也。

余尤以甚多興趣閱讀由凱羅審判廳猗猗 (Girard) 充庭長，在稱埃及政府及倫敦猗猗 (Bothschild) 商店間報償訴訟中所爲之判決，於彼特云：『緣政府不爭執已爲清償之允諾……；已辯論期間及其允諾之異議，乃爲證明允諾之故意……；政府徒然主張常爲應函意義之國際法條款（儘事物將停止之狀況）……。』（自此演講經宣布後，凱羅審判廳之判決乃爲亞力山大 (Alexandrie) 混合上訴法院判決所確認，其文如下：『緣簡括言之，自命令及契約所記載而生之法律地位，依當事人意旨及周圍於此類契約之環境而解釋，乃經土耳其政府委託此件由埃及政府之承認……確保對猗猗公司之義務，經一定時間清償由彼（指埃及政府 譯者註）對委任者債權人（指土耳其政府 譯者註）應欠數額於後者（指公司 譯者註）；而依委任情形所許之原則，非可在兩政府間，無猗猗之參與而變更其允諾之條件者……；最後，問題在知

悉在何種環境及在何種條件下埃及之報償不復爲負欠者，在埃及政府之政治解放後，卽其對土耳其臣服之關瑣解放後也，另詞言之，是否及如何土耳其曾放棄其此爭點之權利，專屬於公法，脫離由混合裁判所之一切考量，在其爭執中，該裁判所祇有考量由控告人政府對保獅所負擔之允諾在得被保存如恆常事實之明朗下，並對之適用普通法之規範之使命；在此觀點下，期待決定，依此等同一原則及見於當事人之明瞭意旨，政府應繼續支付於保獅商店，此支付政府曾正式同意經預定期間爲之者，至政府與土耳其政府在政治立場上，或其他一切方法論辯其對土政府能有行使之權利，則任由政府之處理焉。（一九二六年四月二十九日亞力山大混合上訴法院）

似此混合審判衙門堅決肯定國家訂結契約之義務性，而於此有混合審判衙門方面之不平凡的價值。實則仍在多數地方中誨示所謂公法契約之學理，此則除謂：國家常能自己解除由其所爲之契約，國家僅因其意願，且在其意願之限度內而被限制外，乃毫無所至。

余屢言之，亦屢書之，今日不復容許言及公法契約。其爲用語，仍得遇之於吾人平政院之判決中；余殊劇烈愧悔之也。言有公法契約，卽言當吾人在公法中，卽國家爲締約人之一時，契約束縛非強迫的，當契約爲兩私人間所參預時，方爲強迫的。然而國家爲當事人與否，契約仍爲契約；又國家於一契約爲當事人時，乃被且應被契約所拘束如其人民之契約也。

此乃混合審判衙門所莊嚴肯定者，而彼乃有十足理由也。

## 五 國家責任在侵害取得權之事件

其次混合審判衙門之判例承認有自國家方面侵害取得權利之責任。

此處余將爲保留；蓋因余向諸君實言之，再數月余爲法之研究將有半世紀，而余猶未知何爲取得權利。余知其何爲權利而余仍非甚確定；但余永未知其何爲取得權利也。人有權利或無有之，而取得之語毫不增加於人言權利所說明之理想。是故取得權利之用語應不惜被屏棄，因其無有意義也。

其許我回溯此『取得權利』用語之原始提議。此用語在有一時期曾有一意義；此即在十七及十八世紀，於是時，所謂自然及人民權利之學說正得勢，此說之法學家格羅提兩斯（Grotius）乃最著名代表者之一也。乃分天賦權利及取得權利。天賦權利卽在其人之資格自然屬於人之權利也；取得權利者，當人方在社會，而此類權利由社會援與之，人乃取得之也。

今日此學說幾全被放棄；總之，當諸民法家向吾人言取得權利時，其用此用語非在同一意義中，而余甚懼彼等自己亦不知其價值也。不幸彼等執拗，而特爲其理由者，乃在法律不溯既往之情狀，爲此理由，彼等未嘗至任何滿足的解決。彼等曾欲發揮取得權利之觀念而未能成功，以此理由，此觀念乃無目的。

雖然，余曾證明在混合審判衙門之判例及極博雅著述中頗感受其影響，特在已經引用麥西

那之非常著作中，取得權利之用語復至頗常。例如余於彼閱讀九十二頁，『如私人……不能依據損失或犧牲，出於戰爭之直接效果，倘此類犧牲為經預見及謹慎之計算感覺純然預防的限度之效果時，即不復相同；於是關於為公益原因之徵收方法常為賠償權利之開端，因即為公益原因，無預定的賠償，無人得被剝奪其所有也。』在所引之一段中，用語取得權利未嘗發現；然在著者及審判衙門之思想中，當作者解釋其判例時，所有權乃取得權利之完善的例，而國家之責任被宣言，其以一行為加侵害於所有權或於一切其他取得權利得與所有權為比較者概受拘束也。

## 六 國家責任因公共服役之過失

最後為第三情形，在其中吾人得一極端堅強的判例。混合審判衙門每處罰國家賠償損害於一私人而損害發生須緣於過失，服役之過失，更正確言之，由公務員在服役管理中所為之過失。

此處確乎審判衙門居於重大困難之前，來自余不斷興起反抗觀念之維持，即主權觀念之維持也。余不復來批評余在他處已為研究之主權。余顯示主權日益微弱，而尤其今日人皆承認倘不同意排斥之者，建築國際公法，殆不可能。

雖然如此，混合審判衙門在一條文之前，不能否認之；余頃間所誦裁判組織條例第二章第

十一條宣言：「審判衙門不得鑒別主權之行爲，亦不得鑒別由政府執行所取之步驟及公共行政之法律及條例之符合。」

嚴格適用此條文，審判衙門永不能在行政行爲之情形承認國家之責任，蓋因國家爲主權者，而主權排除責任也。然而事實乃更強於理論；公平強制解決反對凡人已能肯定之冒稱主權，而每次在事實有服役之過失，即公共服役之惡劣運用時，混合審判衙門曾有光榮由其決定以確定國家之責任。

余仍在爲余寶貴之幫助之麥西那之書中讀第五十六頁，於此報告一司法決定：「緣控告於法院之請求，決非基於主權行爲之效果，且全相反，實基於警察不行爲即願欲過失之效果也。」

是故當其有契約之違反，侵害及取得權利，而由服役之過失時，國家之責任乃被承認。以置第十一條中所爲之保留於旁之方法措置之，而極明晰且極堅決確定國家之責任，乃極有理由也。然不出於此外。其先，如過失在於不法，審判衙門決無取消，不能取消行政行爲；自限於給與賠償而已。另一方面，如無契約之違反，未侵害及取得權利及無服役之過失者，由公共服役之運用，發生無論如何之損害於一私人時，決不承認國家之責任。

## 七 因危險之責任及因過失之責任之問題

判例應否停止於此，或反之應否去至更遠及應去至何處？判例更應去至甚遠；余意判例應即在一切過失之外，即當其關於特出主權之行為如法律，或關於由司法當局發生之行為，或關於久已認為主權行為之戰爭事實所生之損害確定國家之責任。

爲至於此，判例應：（一）完全排除，即不知認主權之理想，尊重條文，然不知識之。余非如著名戲劇之檢察官所言：『余尊重法律，因余舞弄之也；』余乃謂：『余尊重法律，因余不知識之也；』（二）使逐漸透入危險之理想以代過失之理想。

余前已言余所思維之冒稱主權，余曾長言之於余之法學院演講中，余不復重出。而余僅固執在第二點上言之：以危險理想代過失理想。然此處應以儘可能的明晰方法解決也。

有時人言客觀責任至於代替主觀責任。論及責任，余甚不喜此客觀及主觀之用語。余自己極屢用此等形容詞；但顯然余以不爲濫用爲理由。自混合上訴法院所爲某等判決，似乎在其思想中，發生與因過失之責任。對立之客觀責任乃被根據於侵害權利之責任，而尤其在此判決所判斷之事件中，乃根據於侵害及人在大道上有此類之所有權也。

雖余對亞力山大之法官有十分之尊重，余應言如客觀責任爲一某事物者，非此也。非根據於權利之傷害之責任也；乃因危險之責任也。故爲使避免此類混淆，應屏棄此客觀責任及主觀責任之用語，而言因過失之責任及因危險之責任，此乃更明瞭多多也。然一切混淆之危險仍未經脫離。



某等法家主張有一普通替代，並在一切因危險之責任之領域中代替因過失之責任。此非真實。此替代不應自爲，而在現實，倘責任問題設立於兩平等人間，即兩私人間，亦不自爲也。倘汝認爲兩個人人格，此於彼，乃絕對平等者，是故爲使此對彼發生賠償義務，必須過失由其或由其爲負責者之人所犯也。何故汝能言一私人被執持於負擔某事實之危險於其與另一私人之關係中耶？無有理由隸屬此於彼也。如余有一汽車，如余正規地在公路，而余顛覆一行人，乃無有我方面之任何過失，無有理由，余謂無有理由能向余言：『汝有一汽車，汝創造一危險，又如意外到來，汝乃其負責者。』余答曰：『應證明余之過失；僅能在此條件有責任爾。』

在兩私人之關係中，謂因危險之責任應代因過失之責任，乃重大錯誤也。余激烈批評法國上訴法院即在此情形，致援用危險之理想。立法家曾以爲爲阻此傾向應干涉之，而彼固善爲之也。在上訴法院所爲判決之長久繼續及由最高法院確證中，故曾決定當由火災所發生之損失在隣近時，公司對保險被災不動產之所有人爲負責者，無須受害人曾爲過失之證據。人曾爲拿破崙法典第一八三四條之適用，余意乃惡劣解釋也。以此之故，一九二二年十一月七日法律會決定『其持有不動產之全體或部分或動產之某種名義者，火災在此等產業中發生時，對於第三人因此火災所生之損失，須經證明火災應歸屬於其過失或屬於其爲負責者之人之過失，始爲負責者。』對關於其住於由拿破崙法典第一七三三條及第一七三四條所統治之所有人及租賃人間之關係毫無所改革，乃甚明瞭者也。

是故在私人間之關係中，無因危險之責任也。然當汝審察個人與集團之關係時，事乃全異，而卽在此處，且唯在此處，應使廣闊參加危險之理想。

因何故耶？其先有第一理由，卽集團不能犯過失，集團且不能爲他人之事實卽爲其管理人之事實而罹責任，因此責任僅建在推測的過失上也。無論如何說法，集團不能犯過失，過失常假設一意識的及人的意志，集團無有也。

第二理由，卽無有平等於集團與個人間也。此卽在集團利益中，倘損害爲一私人，一個人所受時，確保其賠償者爲集團金庫；乃公正者。否則個人殆爲集團所壓碎矣，倘此爲國家的集團則尤要也。如此謂：因俾個人能取得由此爲國家之不可抗拒的集團的強力對彼所生損害之賠償，應由個人證明者，汝常冒陷損失賠償於不可能之危險。在全體利益中，在社會利益中對個人所發生之損失由集團金庫，國家金庫賠償，乃正當者，汝乃冒以之置於個人之負擔之危險焉。

然爲證明卽在兩個人間之關係中，因危險之責任代替因過失之責任，人屢援用歸入於其所得稱之西方卽歐及美之普通法中之規定焉。余爲隱語於在工人意外上之立法，余尙未尋得其任何形跡於埃及之立法及判例中。諸君非不知在西方方法中，無論其如何，私人企業之工人爲意外之犧牲者時，有權向東主要求於彼發生損害之賠償，無須證明人主之任何過失。卽使意外由其笨拙或由其疏忽而生，工人仍有賠償權利。唯有一例外，卽當工人故意自傷時也。人謂於

此有一進化的明顯效果，依此效果，各處以因危險之責任代替因過失之責任焉。

然而不然！此處爲此責任之根據之理想仍係集團對於個人人格之理想也。此即企業集團對於工人個人也。工人工作於利用其工作之企業之利益中；意外爲企業之危險之一，即企業應負荷之危險，因企業利用其工作也。有因危險之責任，且極公正，蓋因意外出現，等於爲企業所創造，因而企業應負擔其效果，因此乃在其利益中也。

今日國家爲一廣漠的企業，如余在余著公法之變遷一書所云也；國家爲公共服役之合作社；爲一切種類之工作，如：銀行，運輸，公燈，郵務及電報的交通等等。如危險之理想被創建於一切企業與其人之關係中，亦建立此理想於國家與私人之關係中，乃公正者。似此國家成爲其活動在全體利益中使若干人趨赴危險之擔保者矣。

余應言此理想逐漸透入法國之判例，而吾人之實質法律亦然。此理想特爲兩重要條文所確證。一爲一九一四年四月十六日之法律，戰前數月所頒布，並預見由騷動，擾亂所發生於人及產業之損失；此法律確證國家之責任聯合於城市之責任，宣言國家爲『因社會危險』之負責者。他方面，戰爭正開始，當德人侵入法國地帶堆積毀滅及破壞時，當有法蘭西國魂之駭動聳立反抗侵入者時，當民族聯帶情緒永無如此堅強之時，立法家在一九一四年十二月二十六日法律第十四條中，莊嚴宣告，戰爭之犧牲者，對由戰事所發生之損失之全部賠償，有不可侵犯之權利。此原則在一九一九年四月十七日法律，第一條重經聲明，並施行之，又其第一條宣言：

『民國宣告全體之平等及聯帶於戰爭之負擔前』，如於一切公共負擔前也。是故此即在國家與私人關係中，危險之理想代易過失之理想也。

## 八 公共集團利用行爲之責任

現今一方面吾人曾爲主權觀念之排斥，而他方面吾人提議社會危險之理想之適用，何者爲其所生之效果乎？效果頗多。余祇欲顯出重要者並向諸君顯示在此點上法判例曾至何處也。於是吾人將接觸存在於吾人及混合審判衙門判決間之差異。

在第一效果上，余越過頗速，而余僅指示因其適用曾被爲於一余會有機會親歷之重要訴訟中，此恰顯示依所使參預之爲過失理想或危險理想而解決相異。即以抽象辭句說明於下：負責集團非曾任命犯過失致生損害之公務員之集團。而爲利用服役運用之集團也。

問題設立於下列事件中。在法國火災服役爲市政服役運用於市集團之利益中。然消防隊之職員爲政府所任命。數年前曾有廣大火災在位於余居屋對面之學校中。火災傳報，在余所赴之處，人語余火災非重大者，而況消防隊業已到來。余返余家，又數小時後，人來告余全部公共建築物均着火。事實上學校燃燒如一火炬；即四壁亦不遺留。不動產所有人，民事公司爲訴訟於博爾多 (Bordeaux) 城。其律師不善識公法，主張城爲負責者，因其主管人消防隊長未曾爲其所當爲之事實而爲負責者。然善於策劃之城覆稱消防隊長非其主管人，乃由政府所任

命，因而城不能爲負責者。公司敗訴。

後不多時，同樣事件被訴於亞佛爾 (Havre) 審判廳。被災人之律師較優於受教 (博爾多例裨益於彼)，主張下之論點：火災之公共服役爲市政服役，運用於市集團之利益中，是以除證明曾有受害人之過失或不可抗力外，市集團應賠償損害。不復爲主管人消防隊長由政府或市長任命之問題；欲使市集團爲負責者，祇須有一損失由市公共服役之運用在集團利益中發生已足。而實在亞佛爾審判廳爲危險理想之正當適用，承認城之責任，此乃極優判斷也。

### 九 損害之被害人未有證明服役之過失

聯繫於危險理想之第二效果如下。個人主張爲由公共服役之運用而發生損害之被害人，未有爲過失乃服役所犯之證據，在彼祇須證明損失已足。行政爲有原告人之過失或疏忽之證據乃常可接收者；然自被害人爲損失之證據時，而行政未爲過失爲被治者所犯之反證者，被害人賠償權利，因服役應擔保其發生於私人之危險也。在此點上，同一問題曾設於法國平政院及亞力山大混合上訴法院之前，而兩判例曾予對立之解決。

君等非不知法國警察原則上爲市政服役；而在巴黎，在賽因 (Seine) 州之市中及在數大城中，保安警察爲國家服役。然而忽一日，在近巴黎之聖但尼 (Saint-Denis) 之路中，一警員安靜散步，當其目睹一行人偷竊陳列貨櫃之物件時。祇服從其職務，奮進於竊賊之追捕，而在

其劇烈之奔馳中，顛覆一和步行人，此行人折傷一足。彼名卜呂儂 (Pluchard)，乃在判例之鋪張中成爲著名者。彼曾向國家提起訴訟，而彼乃在一切列行上獲勝：『認爲其發生在於環境中，而被害人之一切疏忽或一切不慎之不存在，此意外應歸屬於公共服役之過失，擔負國家之責任。』(一九〇九年十二月二十四日，判例匯集一〇二九頁。)

現今爲亞力山大混合法院所判斷之幾乎同一事件，余簡敘其判決於下：『國家不能自警員在其職務之行使中之行爲之連續損害如民事上負責者之被誅求，當此行爲自警員方面造成時，全係輕忽，一英勇行爲用於避免災害且曾盡其生命』〔此一九一〇年四月十三日之判決，被爲於一九一〇年三月十日在愛里叻坡里 (Heliopolis) 組織之汽車競賽偶然猝至之可怖意外。當一車墊墜於馬場上，於車經過副王 (Khedive) 蓬帳之前時。一警員奮進以拾之，一車以全速率到來，撞翻警員，並傾覆於人羣上，發生重大意外。一責任訴訟被開始反抗國家，因指示於判決文之理由，國家勝訴。』

諸君承認兩事件顯然相類。依法判例，倘損失由公共服役之運用而發生時，非屬被害人證明行政之過失；乃屬後者證明被害人之不慎或疏忽。依混合審判衙門之判例，此則常屬於被害人由其證明行政之過失。

法國平政院在新判例中已確證其判例。在一九二一年，平政院仍決定由軍用汽車所發生之意外之被害人應爲過失由運駛人所犯之證據。在一九二四年十二月二十二日之判決決定除非國

家證明意外應至之原因全無涉於汽車之運駛外，有過失之推定以致國家之責任。（希咲一九二六年，三冊，一頁。）

法國判例顯已建立於此點上，而余承服在近將來混合審判衙門將在同一意義中宣布也。

### 一〇 國家責任在不可抗力之事件

尙應去至更遠否？即在不可抗力之情形，應否認許國家之責任？確然，且此乃余頃間再三陳述之理想之論理的結果：國家在集團利益中，爲公共服役之承攬人，且應擔保其危險。倘此廣闊承攬之運用製成被害人時，被害人損失在全體利益中發生，應由集團金庫所賠償也。

猶之工人意外爲承攬之負擔，猶之被治人意外爲公共服役之負擔也。猶之縱使意外猝至，無用人主之任何過失，縱使爲天災及不可抗力之結果，工人有賠償權利，猶之有否公共服役之過失，且卽當損害發生出於天災及不可抗力，被治人有賠償權利也。宜更進一言，凡一地方之人民在公共負擔前應是平等者，因此，倘服役運用爲若干人乃特別耗費者，集團金庫應補償此損害而使消滅不平。

由法國平政院在類同事件所爲之兩判決之比較似乎善於建立，今日此高級裁判所之判例乃如此也。一九〇九年，在都龍（Toulon）海灣有一重大意外。鐵甲艦耶拿（Terra）號爆炸時，一不幸之父名昂布囉希尼（Ambrosini）散步都龍之道中，其子爲由爆炸所飛射之碎鐵死於其臂

中。一責任訴訟向國家爲之；原告被宣告不善成立，高級審判衙門云：『查其發生於訓練，請求人之子之死應歸屬於不可抗力之結果，而未證明任何自然之環境引入國家之責任也。』（一九一二年五月十日，一九一二年判例匯集，五四九頁；希唉，一九一二年三冊一六一頁，及阿喇武之重要註疏。）

在一九一一年三月，同類意外產生於同一之軍港中。一國家之鐵甲艦自由號被可怖的爆炸所毀，在船員中，造成多數被害人。被害人之一之親屬對國家提起訴訟，而平政院以一九二〇年五月二十一日之判決宣布責任者：『查其非爲否認自由號鐵甲艦……爲置於船舷之火藥燃燒之結果，……因而請求人成立主張，國家應賠償損害。』（一九二〇年判例匯集，五三二頁。）

是故不能否認在兩同類事件中所爲之兩判決乃絕對矛盾者。一建於一九一二年，大戰之前夕，尙固執於過失之理想上，是以人謂有不可抗力，無國家之責任。八年之後，戰爭結局之後，在類似事件中，乃承認或有不可抗力之情形，然決定爲無關係，在國家鐵甲艦上所有之爆炸，乃公共服役之運用發生損失，是以賠償應置於公共金庫之負擔。

余以爲吾人判例後者之情形卽：余意以爲其乃遵依現實及公平者也。然余不隱匿平政院之某類方式乃少許混亂者。在此高級審判衙門之富麗判例中固有某等顛倒也。然余相信吾人觸及標的，而謂在公共責任之問題，法國判例確曾以危險之理想代替過失之理想者，乃在真實中耳。



## 一一 國家責任在法律之緣由

其餘於吾人者，爲顯示接近於主權觀念之排斥之結果，此等結果乃最重要者也。

首先關係於國家應被告爲責任者，即在似乎最優最完滿肯定爲主權理想之行爲之緣由亦然，余欲謂法律，所謂實質的及形式的法律，由此類自信爲主權者之機關，衆議院及參議院所爲之法律之緣由也。余不遲疑誨示法律之適用發生損失於某等個人者，爲彼等利益對國家開始賠償訴訟。此處宜有長篇發揮於陳敘；便余真覺余濫用諸君之善意等候，而余迅速度越。余自限於指示在余之意見爲基本之區別。

法律之適用爲數人引起特別損失者，如法律以禁止其有害於集團之活動爲目的，且縱在被法律禁止以前，其本身亦爲不法者，不負任何賠償於此輩受損失者。其在法律議決前已在非法地位中者，並不能援用之以取得賠償也。

下即余所預見之地位之清楚的例。在法國依瑞士例在輿論壓迫下所爲最優法律之一，即一九一五年三月十六日法律也，該法禁止茴香酒之製造，流通及消費而不保留任何賠償於此毒酒之製造人之利益。雖然，第一茴香公司會對國家成立責任之訴訟援引由法律之適用而對彼發生損害。高級審判衙門在原告所引用責任在法律之原因之藉口下，決未宣言訴訟不可接受。訴訟乃被告爲可接受者。是故該衙門承認得在審判衙門前以由法律之適用發生損失爲理由。控訴國家

之責任。此乃應牢記之重要點也。在訴訟要點上，第一商店失敗，並具正當理由，因國家不能爲由法律禁止有害行爲發生損失之負責人也。此行爲在未經立法家禁止之前即係違反於法者也。反之，如諸君假設一法律禁止一活動，非因其爲有害故不法，而因國家爲確保其更佳之運用或爲財政之理由而專利之，國家之責任乃確定者。該活動應爲審判衙門所承認，而公庫應被處罰賠償損失，即使法律未嘗保留此賠償之原則亦然。

此問題在法國不設立，因每次爲此類之法律時，在同一條文中，曾保留由國家負賠償之原則，余應謂其爲法國立法家之光榮，尤甚者當其在一八七二年創造火柴專利時，或仍當其以一九〇四年三月十四日法律准許介紹所之撤除時也。

反之，在意大利一九一二年四月四日法律曾建立爲國家學會利益之生命保險之專利，明文禁止任何賠償之補助金於保險公司。一九一一年十二月二十四日雨律蓋（Uruguay）南美共和國譯者註）法律建立爲國家利益之火災，意外及生命保險之專利。在賠償問題上，啞口無言。余爲此毫無作爲，而被株連於在雨律蓋所生起之極激烈的辯論。一部分引用余著之一段，主張應在法律中保留賠償之原則，他部分引用同一作者之另一段，主張相反。諸君定窺見外表矛盾之解釋。在各段之一中，余謂倘國家禁止有害活動時，無有指定賠償。在另一段中，余肯定倘反之國家爲保留專利而禁止本身合法活動之行使，則國家爲負責者。此確爲廢除私人保險而創立公共專賣之意大利法律及雨律蓋法律之情形。彼此均顯然應記載由國家負賠償之原則也。

## 一二 國家責任因司法當局之行爲

倘排斥主權觀念如余忖度所應爲者，應肯定國家對出於司法當局之行爲之緣由，仍爲負責者。

此處眞宜爲不常被窺見之重要區別。國家對實有裁判性質之行爲之緣由，不能爲負責者，因判決權勢之原則與之反對故也。有顯明的社會必要於司法決定有合法的眞實力，又倘決定經以法律創建之一切保障而宣布時，無人能置公布解決於問題也。余重言之，此乃判決權勢之原則，無人能否認其必要也。因此應承認國家關於裁判決定之責任祇能於法律明示規定時被負擔，例如一八九五年六月八日在刑事訴訟偵察上之法國法律。

然在裁判行爲之外，在各地地方中，司法當局成就無此性質之多數行爲，且在實質觀念，實爲行政行爲者，例如逮捕，搜索，給於無能力人之准許，分割之認可等。於此等行爲之緣由，縱其爲司法當局所爲，應承認國家之責任與爲由行政當局所爲之行爲在同一情況並緣於同一動機。於此彼間無有理由爲之分別。在兩情形，均係公共服役運用於公共利益中，在兩情形，均係集團金庫應擔保所發生之危險也。

余應謂余極劇烈懷喪法國判例之尙未達於此也，而此蓋因許多作家及法官尙未知區別屬於司法當局之職權之兩範疇，卽裁判類之職權及無此性質之職權，此區別近於實質觀點及形式觀

點之區別，且縱有通曉公法家之努力，仍逃避許多知識者。吾人盼其不繼續也。

余曾讀凱羅日報，亞力山大士著審判廳被繫屬於阿里 (Ali Ahmend Ali) 所提出之請求，阿里自稱不法監禁之被害人並以物質及精神損失之理由向埃及及國家要求三萬磅之賠償。余將留心認識審判衙門之決定。

### 一三 國家責任因戰爭損失

末為最後效果聯繫於主權之排除及危險理想對過失理想之代替者，即承認國家法律義務之負擔，此乃賠償由戰爭發生於私人之損害，此種損害來自敵軍佔據國土，或來自國軍確保祖國之防衛。

至一九一四年，除經革命之極短時間外，在任何地方中，不認許國家賠償戰爭之損害之法律義務。無疑，在法國一八七〇——七一年戰爭後，國會曾準備賠償於被害人；但是乃甚為分明者，即此乃恩惠的補助，而非義務之執行及為被害人利益之權利之承認也。人所給予之兩理由為：一方面，國家之主權強力永未較之在戰爭中同樣完滿自露者，而另一面，所發生之損害為真正不可抗力之出產。

然而！凡此均被屏棄。主權理想已死，而戰爭損害生於不可抗力，乃不重要，戰爭被作於全體利益中，集團金庫應賠償自戰爭所生之危險也，另一方面，社會聯帶之理想，對公共負擔

及不幸事變全體平等之理想已獲勝利。除其救助反抗國家之舊敵外，民族有全部賠償戰爭損害之義務，而被害人有權利於此賠償。一九一九年四月十七日法國法律重新確證並實施此一九一四年十二月二十六日法律第一次莊嚴宣布之原則焉。

此卽此學說之最後的達到，今日顯現強制於一切智識者，且依此學說不能引用冒稱的國家主權，並應承認國家對一切自公共承攬運用於集團利益中所生之損失爲負責人。此乃國家應擔保之社會危險；此乃一切立法應承認之對公共負擔全體平等之原則也。

諸君，余自鑒原已經如是之久；是乃君等之少許過失；對君等如此之惠待，余自忘卻時間已。

余承服在近將來中，混合審判衙門之判例將步武法國平政院之判例，並且貴高級裁判所繼續其尊貴的傳統者，亦將對國家之行爲給予保護之新保證於被治人，承認爲社會危險之保險人。

