

萬有文庫

第一集一千種

王雲五主編

公法的變遷

狄驥著

徐砥平譯



商務印書館發行

萬有文庫

第一集一千種

總編纂者

王雲五

商務印書館發行

公法的變遷

狄驥 著
徐砥平 譯



漢譯世界名著

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4860B

公法的變遷

目次

引言	一
第一章 主權論的隱滅	一〇
一 羅馬的 Imperium 觀念	一〇
二 封建時代羅馬 Imperium 觀念消弱但仍存在	一二
三 以羅馬 Imperium 爲模範之皇權的法律構造	一四
四 Bodin, Loyseau, Lebrét 及 Domat 等的學說	一六
五 革命運動以國民主權替代皇帝主權	二〇
六 國民主權論是宗教式的信德與其在實驗論之前的頹唐	二一
七 與真確事實的矛盾	二四

八 不能和分權運動與聯邦主義調洽……………二九

九 不足以保障人民而對付專制……………三三

第二章 公務 (Le Service Public) ……………四三

一 政治家對於主權論信仰的搖動……………四三

二 學者之懷疑與趨向……………四六

三 公務之組織要素……………五〇

四 公務的目的……………五五

五 公務觀念變為近代公法的根本觀念……………五九

六 人民對於公務之正當施行的保證——公務之特許……………六四

七 人民對於公務之正當施行的保證——公務之直接經營……………七〇

第三章 法律 (La Loi)……………七九

一 法律的眞性質及其強制力——規範法律……………八〇

二	制定法或公務的組織法律	八五
三	法律與命令	九〇
四	對於法律的爭訟	九四
五	學說與判例	九九
第四章	特別法律(Les Lois Particulières)	一〇七
一	地方法律	一〇八
二	分權公務的法律	一一二
三	地位法律與紀律法規	一一六
四	會社的法律	一二一
五	協約法律：勞動集合契約	一二九
六	協約法律——公務之特許經營	一三二
七	協約法律的制裁	一三五

八 他們的強制力量……………一三八

第五章 行政行爲 (L'acte administratif)……………一四三

一 權力行爲與管理行爲的區別……………一四五

二 該區別的消滅……………一四九

三 一切行政行爲的主要性質：他們都與公務的施行相關……………一五二

四 國家的契約……………一五七

五 行政的實質動作……………一六一

六 在訴訟觀察點上面行政行爲性質所發生的結果……………一六二

七 外國情形的一瞥……………一六九

第六章 行政訴訟……………一七七

一 關於越權之訴的判例成立……………一七七

二 主觀訴訟與客觀訴訟……………一八一

三	越權之訴的性質與範圍	一八五
四	不復有政府的行爲	一九〇
五	權力之僭越：不復有獨斷行爲	一九七
六	法院判決的制裁	二〇五
第七章 責任 (La Responsabilité)		
一	主權與不負責任	二一四
二	在今日國家的責任問題怎樣發生的	二一九
三	國家對於國會行爲的責任——如何在國會之前發生這個問題	二二三
四	這個問題如何發生於法院之前	二三〇
五	國家對於司法官吏之行爲的責任	二三四
六	國家對於行政官吏之行爲的責任	二三九
七	國家對於命令行爲的責任	二四六

八 公務人員的個人責任……………二五一

九 行政官吏的個人責任……………二五三

結論……………二六四

公法的變遷

引言

爲什麼特別研究公法的變遷？法律是否與其他社會事物一樣繼續不斷的變遷？凡以科學方法研究法律，是否必以各種法律制度的演進爲研究的目標？研究公法的變遷，是否僅以研究公法爲止？

這當然並不僅在於此，不過我們的意思，本書之作，以較爲準確的標的爲限。而考之今日公法所由演進的光景，很足爲我們研究工作的明證。在某種時代的生靈，其生存因爲生活之普通律所支配，但亦發生特別的深切變化。人類歷史上也是這樣，故在某種時代的觀念與制度，雖爲其普通演進律所支配，但亦一樣的發生變化。凡此情形，都足以證明目前我們就在這個危險時期；所謂危

險，當然沒有何種悲觀的意思，而僅爲文字上的形容辭句。不問個人的意向如何，但一切事物都使我們覺得所有各種法律制度之根本觀念，甚形瓦解，殊有避讓賢路之趨勢。因此，近代社會以今日爲止仍以之爲基礎的法律制度，遂以分裂；而以絕不相同的觀念爲根本的新制度，就應時而起。這種情形，是否爲進步或退步？我們不得而知。類似問題，在社會科學上，雖屬無甚意義，但深切之變動與歧異，是無可否認的。

此種現象甚爲普遍，任何法律制度，如私法上的制度若親屬、契約、財產，及公法上的各種制度，均蒙到他的影響。凡在文化程度同等的國家內，都發生此種現象，而尤以法國爲最。關於一切制度與思想的普通演進，法國常常處於先鋒的地位，由他首開其端，然後其他各國依之邁進，此所以在法國研究公法上完成的深切變遷，似較適當。

關於私法上的變遷，我們業已述其大概。（註二）此處則爲研究公法方面的變遷，而略加以描述。這兩種變遷是並行而相似的。實際上，也是類似原因的產物，而可以同一的公式節略之，就是：「社會主義的實在法律制度替代了個人主義的玄想法律制度。」

一世紀來各文明民族藉以維繫的公法制度，其所根據的原則，雖至近時，人猶尊之如宗教上的信條，而認爲人類所竭誠擁護的原則，法學家亦視之爲頗具有科學上的價值。實際上，這種公法制度，亦很有久遠的歷史。在人權宣言，歷次憲章，及革命時代的法律內，該制度的精神會有完滿的表現。人權宣言等對於世界能有如是的影響，該公法制度的威權力量與有力也。人權宣言等會將該公法制度的原則，很顯著的使之公式化，其主要觀念有二，而成爲全部精義的鎖鑰：其一，以人格化的民族爲主體的國家主權觀念；其二，爲個人的不可讓與而不受時期限制的自然權利；這兩種權利是面面相對峙的。

民族與個人，各有各的人格，而彼此區別的。但因爲團體的地位較個人者爲高，所以前者的意志比後者的意志自然亦較爲超越。超越的部份是什麼？就是主權或公共權力。民族成立之後，組織一個政府爲他的代表，就由政府用他的名義以行使他所有之不可侵犯的主權。將具有主權的民族在一定的領土上組成之爲政府，這就是國家。所以國家就是民族經過了組織以後之主權的主體。而主權或公共權力就成爲國家的主觀權力。國家之能號令個人，就是利用這個權力。他所發出

的一切命令，也不外是該權力的實施。

個人同時爲公民亦爲臣民；因他們是具有主權的民族團體之組織份子，所以是公民；但以其亦爲行使民族主權之政府的附屬者，所以也是臣民。公法就是規定國家的組織及國家與個人關係之準則的總名稱。此種關係存在於兩個權力主體之間；這兩個主體，一在上，一在下，而不相平等的。前者爲發號施令的法人，後者爲服從前者命令之個人。由此所成立的公法制度，當然是主觀性質；因爲他的根據，就是屬於國家人格之主觀的號令之權。

與國家的主觀權力相對峙的，爲個人所有之不受時間限制，亦不可讓與的自然權利。任何人都此種權利，其地位且在國家的權力之上，其存在亦在國家權力之先。國家之組織，就爲確實保障個人的權利，一七八九年人權宣言第二條曰：「各種政治會社的目的，就是在保障個人所有之不受時間限制的自然權利。」因此公法的首要職務，即在令國家如何組織完善，俾得充分的確實保障個人的自然權利。

個人權利之承認，同時亦所以規定公共活動的方向與範圍。而一切關於個人與國家關係的

規定，即以個人權利的承認爲其源流。國家有保護個人權利的義務，但可加以限制，惟僅能於保障衆人權利的必要限度內，方得限制個人權利。國家有組織防禦方法以抵擋政治會社之外來敵人的義務；蓋維持這個會社，實爲保障個人權利的必要手段。所以國家應組織軍隊以備戰爭。對內治安方面，亦應有相當組織，蓋依國家的定義，國家就是個人權利之社會保障，因此國家應該設置警察。

最後，國家還須遵從以個人主觀權利爲本的客觀法律。這就是應該確實保障個人權利。由這一點復發生兩個結果：第一，當國家權利與個人權利發生抵觸時，應由國家設立的法院爲之審判，並應給予關於公平與管轄能力上的一切保證，而國家更應服從法院的裁判。第二，兩個私人之間發生爭執時，國家亦應令法院爲之審判，並給予關於獨立與管轄權力的保證，且應責令雙方尊重判決。因此，國家應組織司法公務。

主權是民族組成之國家的主觀權利，而被個人的自然權利所限制的。國家有善自組織俾得妥爲保障個人權利的義務。禁止國家不得於保障衆人權利的必要範圍外限制個人權利；責令國

家負組織與施行國防軍備，警察，及司法公務的義務，這就是全部公法制度的縮影，而為久遠歷史的產物，且於革命時代的法律內所正式規定的。

這樣的制度是主觀性質；因為國家的主觀權利對面有個人的主觀權利與之對峙，而國家的應負相當義務與對於主權的限制，即以個人的主觀權利為根據的。主觀權利是一種玄想的觀念，今既以此為本，故這種公法制度是玄想的制度。復次，這也是帝國的制度，因為依此制度，國家的統治權力，推定其恆由統治者行使的。

革命時代的人物，深信依照這樣的公式，可以制定若干的永久信條，而任何國家或任何時代的立法者與法學者，只須採取此種信條的合理結果，而規定其實施，即可措置裕如。不意一世紀以來，此種制度的瓦解現象竟呈示於我人之前；為其臺柱的國家主權與個人自然權利的兩個觀念是消滅了。在此實驗主義的社會內，人人覺得這兩個觀念均屬玄想，而不足為法律制度的根本。最初，人們知道公共權力不是神授的；現在，亦知道不能用民族的委託為解釋根據。所謂民族意志僅屬一種假設。實際上，只有個人意志存在，即或有數人的意志，其趨向甚屬一致，亦僅為若干人意志

的總數，而個人意志絕無權利可使反對者向之服從。我們知道，數代以來，J. J. Rousseau 的「社會契約」說，很爲一般人所熱烈歡迎，且激起了法國的革命。其實，在他的燦爛的文辭背後，亦僅一篇花言巧語而已。人類是社會的動物，根本上就不能有個人的自然權利。所謂個別的人，僅係精神上的空想，任何法律觀念就包含社會生活的意思在內；倘若個人具有各種權利，就是由社會環境中得來的，當然不能拿此種權利迫使社會服從。

復次，在一九世紀後半期發生的重大經濟變遷，更不能與革命時代成立的玄想法律制度相配合。照經濟學家的觀察，在人類活動的任何部份，國家經濟盡將家庭經濟的地位取以自代，這就是說小的家庭團體，其力量不復能確保人類慾望的滿足，那些徧佈於全國的偉大組織，殊需大多數人士的合作，方能滿足人類最低限度的慾望。益以科學之發明與工業之進步，個人間的關係愈形複雜而頻繁，社會互助就變爲十分密切。因此，少數人的不盡其職務，對於其他衆人亦發生重大影響。此外，還有許多足以致命的重要需要：如郵務，鐵路運輸，電火等，均由大規模的複雜機關管理，方能使人滿足。倘若此種機關的行動停止片刻，其結果，必發生重大混亂，而使社會生命的本身亦

歸於淪亡。

所以在今日，不僅使治者負戰備、警察、及司法的義務；且使之負組織與施行一切實業公務的責任，俾不至有片刻的間斷。

此種普通責任，近代心理均認為應由治者負擔；惟與主權觀念，則甚相抵觸。戰備、警察、司法的職務，固很與主權觀念相符合，且為此種觀念的直接表現，但對於其他實業公務則不適當。最顯著的一點，就是組織與實施各種實業公務，這是義務之實行，而非號令權力的行使。倘謂治者具有權力，但必非以公共權力為本的權力，而係以其責任為根據的權力。因此，這種權力只能於實施與義務的限度內存在，而統治者應為之活動，就是為公務的目的。

照此看來，近代公法制度的原則，可以下文節略述之：握持權力者並不具有公共權力的主觀權利，但應負利用其權力以組織公務並確保其施行的義務。他們所做的行為只能在這個目的上方得具有法律上的價值，而能強人服從。公法不復是施之於兩個不同的法律主體之準則了。所謂不同的法律主體，就是：一在上，一在下；一個有號令權力，另一個須向之服從的兩個不同的法律主

體。

任何意志都是個人的意志，其價值相等，也沒有等級可分，其價值只可依其所進行的目的定之。統治者的意志沒有什麼力量，而只能在組織與實施公務的限度內，發生他的價值與力量。

照此，公務觀念替代主權觀念了。國家不復是號令的主權者，而為握持權力的一羣人。他們應該用此權力以設立並實施公務。因此，公務觀念變成了近代公法的根本觀念，各種事實均可證明此種現象的。

註一 *Les Transformations Générales du droit privé*, 1912.

第一章 主權論的隱滅

我們首次討論的，是以主權論為根本的公法制度何以隱滅的問題。關於這個現象，猶如其他一切重要的社會現象一樣。究其原因，不特繁夥，而且複雜。有的原因非但存在於公法制度之成立以前，而且是潛伏於該制度本身之內。有的原因，是存在於公法制度的外部，而同時為哲學、政治、和經濟三種性質的原因。任何法律的成立，都免不了受這三種因素的影響。

一 羅馬的 Imperium 觀念

我們在「社會契約論」以及「革命時代」的憲法上所可見到的主權觀念，雖是長時期歷史演進的產物，可是使他的完成的特殊情形，都係憑空結構而不盡可靠的性質。所以當那社會演進到了相當的階段，被治者對於治者，除開抵禦外侮，維持治安，以及主持正義之外，另有他種要求

的時候，這種主權的觀念就不得不消滅了。

公共權力與歐洲文明民族所藉以維繫的一切法律制度一樣，大多數以羅馬法爲起點。封建時代，主權觀念幾已完全隱滅，至於近代而始復現。復現之際，一般法家把當時的君權，羅馬的統治權（Imperium）和封建時代的諸侯權，合而爲一，以成近代法律上的君主主權。十六世紀之時，Jean Bodin（1530-1595）初把這種觀念闡發而成學說，他把君主個人作爲主權的主體，一七八九年時，國民起而奪之，而將「社會契約論」上的玄妙學說爲法律正當的根據。

主權觀念之成爲一種法理，肇端於羅馬帝國的初期。在那時候，主權原是以全體人民爲其主體，惟可以將其交給一個人代理。所以依據一種公法（羅馬人叫做 Lex Regia）（註一）的規定，由全體人民遞交於元首代爲執行。從此以後，羅馬共和時代所分給幾個官吏各別行使的權威，均集於皇帝一身而獨攬了。皇帝的權威有兩種權力爲他的根據：一爲各省都督（羅馬的執政長官卸任之後，常運動爲各省都督，權力極大）所行使的，二爲護民官所行使的權力。元首的統治權，得之於元老院或由軍隊中取得之。至於人民則依據 Lex Regia 的規定，將護民官的權力，一併交他。

在事物之自然演進的過程上，皇帝所兼有之 *Imperium* 和 *Protestas* 兩種威權，人們認之爲與皇帝身分連帶的號令權力。這種威權的來源雖由人民所給，到後來，被受委託者卻忘其所自出，而視爲皇帝所固有的權力了。在第三世紀末葉，*Diocletian* 和 *Constantin* 在位的時代，此種觀念，已經養成。第六世紀時代的 *Justinien* 法典上，固尙提起 *Lex Regia*，但這不過是探經撫傳，沿襲陳說而已。其實，此時的皇帝已把自己的意志和法律等量齊視。羅馬人有一句格言說：*Quod Principi Placuit Legis Labet Vigoren*。這句格言的事實根據，就在那時候的皇帝已經有了完滿無缺的主權，有強迫人家服從他的意志的權利。他的意志爲什麼可以強人服從呢？因爲這是他的意志！就因爲他的意志具有令人一致服從的性質！依據了這樣的邏輯，羅馬的奇才異能之士，創造了一種關於公共權力的法律觀念——後來叫做主權論。直至二十世紀猶爲歐美人民的公法基礎。

二 封建時代羅馬 *Imperium* 觀念消弱但仍存在

封建時代，這種帝權論猶如日月之蝕，幾於完全隱滅。在蠻族入侵，西羅馬帝國四分五裂及查理大帝曇花一現的力謀統一之後，歐洲社會曾謀組織一個以契約爲據的制度。其時各階級聯絡起來，根據契約締成一種層層相疊的社會組織，更根據契約以互享權利，而互盡義務。在於這種制度之下，封建諸侯，不復以元首資格利用統治權以號令一切，而僅以訂約者資格，與他人互相交換的履行其義務。

統治權這個名詞，在那時候的文獻上簡直找不出來，而協約（Concordia）這個名詞，就變成了一個通行的名詞，依據協約，將一切人民無分強弱的連繫起來，以互享權利而互盡義務。（註二）所以中古封建時代的混亂雖甚，而其社會結構，實以契約爲基礎。不過統治權的觀念，尙未完全消滅。如在德國方面，爲了皇帝的便利起見，依舊保存；在法蘭西方面，爲了國王的利益，也是繼續存在。甚至於實行封建制度的區域，司法之權亦歸諸侯王主持。即在 Capétien-se 王朝名存實亡之際，時人猶未忘記國王「有主持公理以求和平之責。」M. Luchaire 曾經指出，「國王之能主持司法，並不僅借力於教會的擁護而達到這個地步的。就是教會以外的封建制度下的各階級

也承認所以設置王位的緣故是爲維持公理與和平。Philip 第一及其繼承者於加冕時所宣之誓，就叫他們應使人人得享其應得的公理保障，人人得受公平的待遇，人人得享有合法的權利。」這段話說得很對。（註三）

三 以羅馬 Imperium 爲模範之皇權的法律構造

因爲國王保存着憑藉司法行政以使人民相安的職權，早已隱滅的帝權論又可藉此復現了。一般御用的法律大家，費了巧妙的心思，把羅馬時代遺傳下來的觀念和封建時代的制度，併合攏來，以使法蘭西的國王重新具備當年羅馬皇帝所專攬的一切權利。他們說：「王天下者不必求之於別人，就拿他的個人資格來看，已經具有最高的命令權。這是他的私產，所以若用法理解釋君權起來，儘可依據人們對於個人產業的觀念來解釋。一個業主對於他的所有物，具有絕對的權利；他能夠自由處置所有物之全部或一部，他能夠把處置所有物的權利讓給人家，他能夠把他的財產權分裂開來，他能夠把他的財產權傳授給子嗣。根據同樣的理由，君主對於他的君權亦有絕對的

權利；他能夠照樣把他的君權全部出讓，或一部分出讓，分裂開來，或傳給子嗣。因此設想，國家私有的觀念遂以養成。此種觀念，曾經風行一時，即在後世的法律上亦留很深的痕跡。所以致此者，源出於兩種不同的原因。

其一，羅馬時代的法律觀念，深入了御用法家的腦海，實爲一種重要的原因。他們明知自己的位置是因國王想要找出他的權力的法律根據而得來的，所以他們的職務必須求達此種目的；而欲達到此種目的，他們確信最好的出路是把國王的權力，比擬羅馬時代個人的 *Dominium*，把書館他們當做一物看待。

其二，在封建時代的複雜情形之下，權力與地產已經結成了一種密切的關係，亦爲一種原因。上在封建制度之下，權力所及以所有地產的範圍爲限，故地產的占有包含一種特殊的權力。固然在封建制度的全盛時代，亦承認國王亦有一種脫離地產而獨立的權力，我在上文已經指出。但封建思想的影響太普遍了，關於君權的觀念不得受其支配。君權的意義在事實上，雖較宗主權 *Droit de Souveraineté* 爲廣；然既被發現爲一種宗主權，因此而更認之爲一種財產權。

將封建觀念與羅馬時代之 *Dominium* 意義合併起來，我們就可窺見帝國制度的大概了。統治權力以皇帝個人爲其主體而與財產權相類似，這是一種主觀的權利。皇帝個人是權利的主體，他依照私產的繼承程序，將他的權利傳之子孫。

II Bodin, Loyseau, Lebret 及 Domat 等的學說

靠了這些現成的材料，舊派法家建設了一種明確而複雜的理論。關於詳細的方面，我在此地不能具述。惟有三個法家，在王政未倒以前，闡明公法的基本原理，最爲透澈。如把他們的議論摘抄幾段下來，亦足爲明瞭近代的主權論如何從舊制中產生出來之助。

例如十七世紀之初，Loyseau 於其所著的 *Traité des offices* 中如此敘述國王的身分：『超乎一切，國王是完全掌管一切公共權力的職官……是完全具有一切公權的主宰，……因此自多年以來，法蘭西的歷代君王，就是根據取得財產權一樣，而早已具有主權。』

於其 *Traité des Seigneuries* 中，Loyseau 把這意見闡發更精：

「君權一物，從最廣義的方面看來，就是財產所有權。此種權力，無論從君主的官職或其做主人的身份各方面着想，皆當有之。財產一物，使君王的官職與其爲主的身份析而爲二，因爲官權必待行使而後確定，至於爲主之權，則自有財產之日起，卽已連帶取得。」（註五）

Loyseau 把爲主的身份，分爲公私兩種：

「爲什麼叫做公的主權呢？因爲他所關涉而應付的是公權之運用，而且因爲只有在位的職官，方能行使此項權利。在拉丁字中，公的主權叫做 *imperium*, *Postestas*, *Domination*, 和 *Seigneurie*。」（註六）

如果 *imperium* 就是爲主之權，就是一種產權，那末，從定義上說來，任何爲主之權都是產權了。講到此地，我們也許值得注意。Loyseau 如何把公權的所有權與私權的所有權分別開來，如何把公的主權與私的主權分別開來。據他說：「凡受私的主權之宰制者便是奴隸；凡受公的主權之宰制者便是臣民。」（註七）

這種理論，後被 Domat 用一句簡括而有力量的句子，總結起來說：『在一國之內，君主的權威以其個人爲首腦與中心，其權力之所以發展遍及全盤政局者，亦以其個人爲出發點。』（註八）

這種權力，君主個人所有的祖遺財產權，自從十六世紀末葉以後，叫做主權（Souveraineté）。

主權本非君主的權力，他不過是附屬於某種人主地位，尤其是君主地位的一種特性。考其語源，Souveraineté 似從 Superanus 和 Supremitas 兩個拉丁字上變化出來，而這兩字的原意，本指離去他主而獨立的人主，或如中古法家之言，惟聽上帝之命的人主。Baumanoir 書中描寫封建制度下采邑之主的地位時，用到主權這個名詞，尙屬不失原意。他說，於處理內務時，采邑之主不承認其上更有主宰，「因爲每一個采邑之主，便是他的采邑之內的主權者。」（註九）而爲國王者，其握有主權，尤爲顯見：『因爲國王是一個主權者，他有總管全國的權利。』（註一〇）從十一世紀中葉起，主權者這個名詞，限於稱呼國王，所以到了十六世紀時候，Pasquier 氏能在他的著作上寫：『主權者這個名詞，向例適用於法蘭西所有一切的一等貴人之稱呼，但非絕對的。自經時間的演進，這個名詞漸變爲專屬於此等貴人之長——就是國王——的稱呼。』（註一一）

語言史上常見辭義的變化。主權這個名詞，本來僅指君主所有的各種權威之一，而經濫用成習之後，其含義變為包括整個的君權。初混主權與君權為一物者，允推 Bodin，從此以後，關於主權的爭辯嘵嘵不休，我人猶食其賜。Bodin 初立主權的定義為「國家之絕對權與永久權。」繼即分析主權的特性。他說：首要的特性是「毋須徵求其上峯的同意，平輩的同意，或下屬的同意，而能普遍地命令全體，特殊地命令個人」（註一）從這上面，我們便可明白看出 Bodin 以為主權就是君主的權力。後人亦宗是說。Coyseau 自己常視主權為附屬於某種人主地位的特性，而有時亦用之以指示君主的權力（註二）至於 Labret，則於初用這個名詞的時候，雖遵原意，不久即棄而採用 Bodin 的意見，亦視主權為君權的全部。（註三）

故在十七和十八兩世紀內，主權的意義就是君主所握的命令權。牠的性質和財產權相同。君主要使用他起來，就和使用他的財產權一樣。可是主權雖為財產權之一，而因特別完整之故，不能分裂，不能出讓。除受幾種自然物理的限制之外，牠是一個絕對的權，猶如財產所有權一樣。以此為據，一七七〇年的諭旨上明說對於根本大法不能加以任何限制。此種意見，在表現君主個人意志

的各種法律上，表現得尤爲明顯。

五 革命運動以國民主權替代皇帝主權

主權屬於國民的觀念，來源如此。經過時間的演進，他竟變爲不可分裂的，不可割讓的，不可消滅的。形之於法律，他就表現國民的意志。在事實上或不盡然，而革命時代的各種宣言和憲法上所告訴我們的，至少都是如此。此種文獻，及其闡發的觀念，同樣不合真理。把主權當作一個人的所有權看待，實是一種歷史的產物，時異勢遷之後，應當消滅。可是他沒有消滅。

Locke, Mably, Rousseau, Montesquier 的學說，誰都知道。美國憲法在法國的影響和勢力，誰都知道。當時的 Philadelphia 製憲會議對於革命思想既極傾倒，而於尊君觀念猶甚依戀，實處進退狼狽之間。幸而發現了主權屬君的理論和哲學家的學說，乃至美國憲法上所昭示的原則，只要稍易字面，便可調和起來。他們所要去做的工作，不過把國民這一個名詞來代替君主。君主本是一個人，一個權之主者；主權之掌握者；國民和他一樣，也可當作一個人，一個權之主者；主權之

掌握者。君主的主權既是整個的，不可分裂的，不可讓與的，不可消滅的，國民的主權，當然和他沒有差別。一七八九年的人權宣言和一七九一年所頒布的憲法上，都很肯定的說「一切主權的根源，確在國民……主權是整個的，不可分裂的，不可讓與的，不可消滅的。他屬於國民」（註一五）從舊制時代的原則上，和從 J. J. Rousseau 的政治學說上，居然可以發現同一的理論，理由誠不一致，而影響殊非淺渺。

新舊潮流，如此融合！當十八世紀的政治哲學和尊君的理論產生相同的結論時，革命時代的立法家自然彈冠相慶了。因為他們雖是習慣養成的保王黨，而經驗和感情，已使他們變為哲學家。

六 國民主權論是宗教式的信德與其在實驗論之前的頹唐

革命時代所遺傳下來的公法之基礎，其性質如此。全體國民，當作一個個人，具有一種命令的權力。此種權力，我們叫做主權。國家是國民所組織的；他的主權實從國民取得。公法是國家的權力之根據，包含無數法規。從這無數的法規上面，國家顯示他的主權者之身份。所有他的內部組織和

一切對外關係，都靠這許多法規來決定。假使他的對手們是附着於他的疆域之內的，他們必須服從他。假使他的對手是別一個國家，雙方便有平等的資格。

如果主權這一個觀念的歷史來源，真像我所敘述的，那末，所以產生他的各種條件失效之後，這個觀念必須消滅，理由至為明顯。主權論的基礎是在承認全體國民為一個法人，而革命時代的法律所以承認此點者，其動機祇為調和一個尚未失勢的傳統的保王思想，和在那時候深入人心的一種政治哲學。現在傳統的保王思想幾乎絕滅了，他的擁護者不能使之復燃。一種新的哲學，更適合於時代需要的哲學，正在經營之中。當這種哲學突然出現之時，上面所述的主權觀念斷難久延殘喘。

雖然，主權觀念的壽命，竟出人意料之外，而未即消滅。這是借助於具有宗教性質之力量的結果，所以能延長他的壽命的。

M. de Tocqueville 的名著 *L'ancien Régime et La Revolution* 內，有一章，題為：政治革命為什麼依照宗教革命的方式同樣的進行（第三章）。氏之論述曰：「觀革命的趨向，似不僅

在改良法國，而有使人類換一新生命的企圖。故凡歷次最狂暴的革命所未造成的苦難，遽由他造成之……照此情形，他的本身已變成爲一種新的宗教。雖係不完全之宗教而並不以上帝爲信德，亦無祭禮等一切宗教儀式，但他的士卒，信徒，及爲教犧牲之士，與回教媲美似的已滿佈了大地各處。」

此種新宗教的信德，就是革命者對於世界所標榜之國民主權 (Souveraineté nationale) 的原則。這是歷史環境的偶然產物，但因我們的先代視之爲寵教的信經，所以能深入人類腦海，而於產生他的環境消滅之後，仍能苟延殘喘。

並且任何社會或政治的運動，都具有宗教與神逸的性質。每個運動都藉神逸的力量方得發展而有力，進而足以深刻的激動一時代，一種人全部民衆的心理。故神逸是行爲的主要元素，也是力量的原動。他能將抽象的思想使之具體化，而爲之添上若干超人而神祕的成份。在人心抱有更大要求的時代，特別能夠激動羣衆的想像。所以 Georges Sorel 說：古代世界是被耶穌的神逸力量所推翻的，這是說得很對。在今日，Peguy (註 1*) 等亦謂在 Dreyfus 事件內，可以窺見神逸

的力量將改變近代世界的面目。Georges Sorel 且已深信總罷工的方法，就是爲達到該目的的神逸力量。但此種見解，恐僅係想像家的夢想。至於國民主權的神逸則不然，業已深刻的激動了人類神經，而歐洲各帝國的主要根本竟已被其搖動；新世界各國的憲法均被其左右；卽素來守舊的中華帝國，亦不免其影響之波及。

這不是神逸的信仰，實際上其本身就是一種虛僞事實的信仰。或早或晚，神逸的泉源一旦枯燥了，實在的事物當能重現光明，在我們的時代，批評的精神日漸進步，對於宗教的需要漸形薄弱而減少，神逸的力量卽或仍能成立，但爲時必很短促的，不過，與事實不符的國家主權觀念，的確因爲有了神逸性質，所以能有這樣長的壽命，否則必不能這樣長久的存在的。但其力量的消弱時期，現在已經到了，我們覺得他能成爲進步與行動的元素的時期已屬過去，而殊與最的確的事實相反，再亦不足以保障人民而對付統治者，更不足爲使之負擔組織與施行公務義務的根據了。

七 與真確事實的矛盾

除絕少數例外以外，一九世紀的任何階級與任何部份的人民，無不傾心於國民主權原則而視同宗教信仰。一八一四年憲章緒言的作者，固然確認神權與君主政體原則的永久存在。但此僅以之聊慰 Louis 一八的願望，而人人都明知底蘊的。所以到了一八三〇年，仍舊恢復國民主權的原則。

理論學派對於主權觀念的做作與空虛，雖加以有力而透澈的批評，但不能發生若何效果。惟一八三一年 Royer-Collard 在討論貴族封邑法案時的演辭，不能不擷述一段，以觀其意見如何。他說：「大多數的人，大多數的意志，不問其究竟如何，就算是主權者嗎？倘真如此，則應大聲疾呼的說：人民的主權，不外是力量的主權，而為絕對權力之最絕對的方式。社會並不是個人或意志的個數的集體，他們（指社會）具有強有力的聯鎖，人類的優先權利及由法律發生的正當利害……一個人的意志，幾個人的意志，更或全體人的意志，總不外是一種力量，不過微有大小而已。對於任何一個意志，僅為意志的名義，殊不必向之服從，亦不必加以尊敬」（註一七）不過這個嚴正演辭，在國內與國會之內，均沒有應聲。一八四八年的革命，是以國民主權的名義為號召而發動的。歐洲各

國的皇位，亦都被這個信仰所搖動；由此蛻化而來之多數而平等的普通選舉制度，首在法國種根，而日在外國流傳漸廣。

到了一九世紀末葉，情勢迥變，遂有人很顯明的提出在主權原則內有無實在東西的一個問題？對之有很透澈而有力的批評。Auguste Comte 歷次用他的利害手腕，搖動這個信仰。他曾經特別的說：「我三十多年來研究哲學，我常常主張所謂人民主權是一種壓制的欺弄，而平等是愚魯的虛言。」在他以後，對於這個信仰的嚴正非難發生了。在今日，非難的重要份子，就是革命的工團主義者及 Action Française 的理論家。

Action Française 的學者並不否認公共權力之存在，但他們認為主權並不屬，亦不能屬於國民本身，而國民殊無能力可以自己治理。但照法國的傳說，主權只可屬於本國的君主，而皇家的利益與國家的利益是混為一體的。M. Deherme 根據實驗主義以解釋主權，其結論亦然。所異者，照他的意思，公共權力應屬於獨裁者。工團主義者根本上痛擊政治權力原則的本身，他們是 Proudhon 的直接流亞，主張在任何處所均以經濟組織替代政治組織，且不久將成爲事實了。惟

在此處，我們無暇研究而討論他們的主張，但我們於 Guy-Grand 所著的 *Le Procès de la Démocratie* 一書內，可以看到他們學說的精義與透澈的批評。

倘若這個原則能與當時事實適應，其所有之創造力與保護人民的力量依舊保持，而仍爲安寧與公平的泉源，則這許多對付他的學理上之攻擊勢必毫無所用。不過在今日，有極多的事實，都證明國民主權的信仰是很與社會的及政治的變遷相抵觸，所以已失了他的效力，有對他的作用非但無益而且有害。

有許多社會的及政治的事實，每對於革命時代的信仰直接加以打擊。我們姑將其最顯著的兩大部份指述於下：一、國民主權的意義應包含國家與民族恰巧相符的意思；但實際上，此種符合的事實常常沒有。二、由國民主權的定義講，他是唯一而不可分的。準此，凡在一國領土內具有權力的任何團體，均應剷除。但實際上，在分權與聯邦的國家內，常常有類似的團體存在。

國家與民族之間，沒有恰巧相符的事實，這是很顯著的。例如：同一統治者每每對於幾個獨立的團體行使他的權力，而這些團體個個都具有民族的性質。還有一層，這些民族往往是敵對的，而

僅在同屬一個最高權力的一點上，彼此統一。奧大利帝國就是此種情形的顯例。他是許多各自獨立民族的凝晶體。那末，任何人再亦不敢說奧大利的國民意志是唯一而不可分了。也不敢說奧大利國家是奧大利民族的政治組織體。其他如 Bohème 的捷克人，Trentin 及 Istrie 的意大利人，Galicie 的波蘭人，Bosnie 及 Herzégovine 的塞爾勃人，實際上都是個別的民族。凡此情形，任何的集合意志都沒有拿民族爲他的中堅。譬如：任何人都知道，英國民族是存在的，但我們絕不能否認愛爾蘭人沒有熔入英國民族內之事實；不過統一的英帝國是存在的而爲真正的國家，惟不是由唯一民族組織成立的國家，而係一個統治權力行使於兩個民族之上的事實。

復次，統治權力所支配的許多個人，他們並不自成爲獨立的民族，也不是國家由此組成的主要民族的份子。因此，政府權力所及的許多人民並不是該政府所屬的本國人民，他們不過住在該政府的領土之上而已。殖民地的人都算是宗主國的人民，但不是宗主國民族的份子。好比法國殖民地的土人，都算是法國的臣民，但不是法國的國民，這許多事實，都與國民主權原則所標榜的公

其權力只能使其本國民族服從的主張不符，所以國民主權的學說就不得不崩潰了。

八 不能和分權運動與聯邦主義調洽

主權是唯一而不可分的，而以民族的人格爲其主體。同一人民與同一領土只可受一個公共權力支配。民族是一個人格，他的意志就是最高的政治權力。舉凡有權力關係者，均集於他的一身之上。在其國土之上，不可有任何其他團體以分握權力之一部，革命時代有很多文書都確認這個原則。一七九一年憲法第三編緒言第一條的規定，就是其中一例。該條文曰：「主權是唯一而不可分，不可讓，且不受時間限制而消滅的。主權屬於全體國民，任何個人或任何部份的人民不能據之以爲使用。」不過這個原則，很被近代世界上日漸擴大的兩種事實所中傷。事實維何？就是分權運動與聯邦運動。在今日，許多單一國家，特別如法國，很向分權方面演進。至於聯邦主義，已被美洲各國視爲普通原則。在歐洲，如瑞士、德國，也是聯邦國家，且有日漸擴展之趨勢。

依照學說，主權是以集合體爲主體的權力，我們暫時所講的各區分權，是多少在最高權力督

促之下由地方團體分握主權之若干部份，由該地方團體的機關或僱員以代表名義行使之的制。至地方團體之爲數若干與性質如何，則視各國之情形而異。法國的縣，就是分權地方團體的顯例，人們稱之爲真正公共權力的主體。他有警察、徵稅及徵收土地的權力，此種權力，由縣的機關或屬員，代表行使之。

但是無論如何，這樣的現象總是和主權的唯一而不可分的人格絕對抵觸的。因爲想調和這種矛盾，所以有的人說：這是國家自願出讓其主權之一部份，可以隨時收回的，而讓許的範圍亦由國家單獨決定之，因此並不損減主權的不可分的完整性。雖則如此說，但至少在讓許期間，在國土之上，實有一個分握主權的公共權力者存在，而成爲全民人格的斷片。如此的情形，怎樣可以和主權的唯一性與不可分性調和呢？

還有的人說：分權的團體並不是主權之分握者，而僅有行使之權。至於主權的實質，仍舊很完整的屬於唯一而不可分的民族人格，照此就可解決以上的矛盾了。但此種理論亦僅屬空言而已。其實，分權的地方團體之本身，且不能使用主權的任何權力，而惟具有意志的地方行政人員可以

使用之。因此如認國家仍爲一切主權力量的主體；那末，各地地方的人員是國家的人員而不是地方團體的僱用人員，則根本上不復有所謂分權的可能了。

至於聯邦主義的否認國家主權，較地方分權主義爲更甚。其顯著事實，就是在特定的領土之上，雖僅有一個民族存在，但確有幾個握有公共權力的國家存在。例如全民族國家化的中央或聯邦國家，與中央聯邦國家所由組成之各邦國家。

有許多學者竟爲國家人格與國民主權的信德所催眠，而不看見那些矛盾的事實。例如 *M. Esmein* 他說：「單一國家的主權是唯一的，聯邦國家則反是。雖亦與真正的統一民族相符合，但其主權則分開了……各邦國家主權之某種特權，由憲法將其剝奪而轉給予中央聯邦國家。」（註一八）氏且認此種現象是很自然的。至於德國與瑞士的學者，面面相對的因爲各本國的情形不同，用另一種的意義以解決該問題，但亦徒勞無益的。

有的學者如 *Seydel* 等，主張只有各邦是真的國家，德意志帝國則沒有國家的性質。（註一九）有一個 *Cavarois* 學者就是這樣意思。不過否認德意志帝國的國家資格，殊屬越規而不合邏輯。

之至。還有許多學者則反是，他們主張只有中央聯邦國家是國家，而各邦只等於單一國家之分權的各區（註二〇）。但此亦不免與事實相反。退一步講，其學說即為對的，但亦無濟於事，因為單純的分權事實，亦很與國家主權觀念相抵觸的。

Laband 與 Jellinek 二教授，是公法的兩大明星，他們主張國家有主權國家與非主權國家之分；只有中央聯邦國家具有主權，各邦則為非主權國家。他們以為照這樣講，這個問題就解決了。並謂主權並不是公共權力，而僅為公共權力的一種特性（註二一）但他們雖大賣氣力，終屬白費心思。因為 Laband 與 Jellinek 兩個人都沒有確定單一國家的分權區域與聯邦國家的各邦之間的異點何在。並且他們的主張不免有藥不對症之嫌，因為我們所欲解決的難題，是在聯邦主義與分權運動之下如何解釋主權的分析問題。

此外，德國學者 Gierke（註二二）與法國學者 Le Fur（註二三）亦曾深思熟慮的以證明聯邦國家的主權之唯一性與不可分性，且與單一國家之區別何在，但亦力不從心。照他們兩位的意思，無論在單一或聯邦國家，國家的唯一性與民族的唯一性總是相符。因為只有一個民族，亦只有一

個國家。由民族組成之聯邦國家內，也只有一個主權者，不過聯邦國家是若干國家的組合，各邦都參與聯邦人格的造成的，猶如單一民主國家的公民都參與國家意志的造成工作，亦即對於主權的實質都有相當供獻，非僅在他的使用而已。

真實的講，以上所云，均屬空論，殊與實際不符。什麼叫做主權的實質？我想任何人都說不出來。將各邦和單一民主國家的公民相比，亦毫無意義。還有一層，他們的學說也不比其他學者的主張略勝，對於爲何主權是民族的不可分的意志，以及爲什麼地方團體具有若干權力兩點，一樣的沒有解釋明白。

試將以上許多學說與主張略加研究，我們覺得近代學者很普遍的討論這個問題，而不知耗費了多少精力，但其結果，事實與主權觀念的抵觸依然存在如古。

九 不足以保障人民而對付專制

復次，主權觀念在近代世界的崩潰，並不是因爲與事實相抵觸而不能解決的緣故。倘若他的

實際效用與價值能使人相信，則雖與事實不符亦能依舊立足，可惜其情形絕對不然。近代人民很明白的知道，關於他們對於政府所爲之請求的基礎與制裁，再亦不能在以主權觀念爲公法根據的制度內找尋了。

一個法律制度，只能在制立制裁規則而能確保某一時期的某一社會人民之慾望的限度內，方算是真實的，而法律制度，其實就是此種慾望的產物。倘若不是此種慾望的產物，又不確保其滿足而僅爲立法者或法學家的人工作品，這種法律制度就沒有價值與力量。任何公法制度如能將下列兩條規則制定而加以制裁，方算具備相當真元的條件，規則維何？就是一、握持權力者不得做某種事情；二、他們應該做某種事情。在今日，近代人的心理上都很深切的印有一種觀念，以爲帝國的公法制度斷無能力以制立這兩個規則，而加以制裁力量的。他們的所以知道其無能爲力；第一，因爲學說已證明其空洞無物，而尤其因爲他無力保護個人以對付專制，所以知道其毫不中用。

固然，當一七八九年國會宣佈並釐定主權的信條時，其用意純在（這是唯一的永久光榮）決定其根據及對於該主權所加之限制的範圍；而人權宣言就是他們的答案。他規定個人意志的

獨立或自由，以與國家主權相對峙；並確認國家主權是受個人權利或自由所限制的，而國家僅能於保障此種自由的限度內有所作為，不過個人的自由也應自為限制。

有了這種限制，然後社會的生活方有可能。故雖絕端的個人主義者，亦贊成此種限制。所謂個人自由限制國家主權，係指某種限度的限制而言，而自由亦有他自己的限制。因此，就發生下列兩個問題：對於自由所加之限制，其限度如何？欲使這個限制不至擅斷，其保證何在？人們回答（殊無別種可能的答案）說：個人自由只可於保障衆人自由的必要限度內加以限制，且此種限制只可由法律為之。換言之，就是由國民或其代表所議決之普遍性的條文為之限制（一七八九年人權宣言第四與第六條。）

但舉經驗所得，以上的規定，僅屬柔弱的保障。第一，個人主義者所標榜的個人自由，在今日，僅有少數人為之擁護，大多數人僅視之為玄想的假設。而與其他類似學說等量齊觀的擁護之。總之，已視之為無用的學說了。至於須由法律限制個人自由當然是一種有力保障，他的普遍性很足以對付治者之偏袒。但一七九一年的制憲者，因法律為國民自己的意志表現，而視之為不會錯誤的。

但由經驗看起來，他們都是錯了。何則？倘若法律是由人民直接議決的，則僅爲一羣無智者之感情衝動的作品，殊不能有公正的保證。J. J. Rousseau 曾經很確切的說：「主權者是由人民造成的，他沒有並且不能有違反他們利益的利益。因此，主權者無須給人民以任何保證，因爲一個身體決不想危害其本身的四肢五官的。」（註二四）但這樣的理論，在今日，僅爲可怖的巧辭而已。

倘若法律由國會議決制定，也不能有若何保障。國會固然自認爲代表國民意志者，實際上，他所制的法律仍不外是若干議員的個人作品。當一八四八年規定普通選舉的時候，一般人很天真而善意的深信一切都有辦法了。而一八五一年的平民佈告竟追認了暴政，所有的混合委員會，治安法律，以及第二帝國初年之一切專橫的事實，都提醒了人民對於普通選舉所期望之保障的迷夢。

況且主權主義，無論在學理在事實，總是一個絕對專制的主義。在社會契約說之始，J. J. Rousseau 宣稱曰：「主權者制定法律後而謂不能解脫該法律的束縛，這是違反常理的。因此，對於人民，殊沒有且不能有任何強制性質的根本法律。就是社會契約亦不足爲人民的準則。」他復

用很巧妙的辭句以證實他的主張，而謂：「任何人如不願服從公共的意志，人民全體可以強迫之，這就是說強使之自由。」（註二五）我們知道 Convention 對於法國之如此流血殘暴，就是借用此種學說與巧辭爲利器的。而兩代拿破侖之如是專制亦以全民權利爲根據的。德國學者自 Geber 以後，如 Laband 等之欲使君主專制成爲法律上的學理，亦直接利用 J. J. Rousseau 的學說與主權之虛僞信德的。

還不止此，近代人民所要求統治者；非僅使之不做某種事情，並且更請求其做某種事情。因此而需要一種公法制度，藉使統治者應做某種事情的義務有所根據與制裁。關於此點，以主權觀念爲根本的公法制度，當然絕無能力足以肩此巨任。此種情形，當人民僅向國家請求辦理對外戰爭，對內公安，及司法三種職務時，固然沒有見到。其實，凡握持權力者對於保全領土維持秩序與安寧等，當然應有準備。況且辦理此種事務，就是爲他們本身的利益；因爲抵禦外敵與維持內部秩序，就是保持他們權力的條件。當初人民僅請求他們辦此三種職務，所以不覺得需要另種的法律制度以規定其義務之根本與制裁。

在另一方面，當治者的活動僅以此三種事務爲目標時，其行爲恆以片面形式出之，而似一種號令。從前羅馬的長官與皇帝的活動內，都含有 Imperium 及 Jurisdictio，換言之，就是號令的權力。法國的君主，因爲是羅馬傳統思想之繼承者，所以也具有 imperium 及 jurisdictio 等不同名稱的權力。一七八九及一七九一年時代，有人主張將統治活動的內容加以分析而確定，其結果僅看見有號令權力在內，後來遂創議三權的學說。

到了今日，因受到了許多複雜的原因，尤其是文化之進步，經濟與實業上的變遷的影響，大家對於統治者之要求，不復僅以戰備、警察及司法三事爲止，而復有許多不同的職務，使統治者負擔其大半多係實業的性質。德國學者用培養的名詞，以概括稱之。統治者應完成各種活動，以發展人民身體、智識、道德，各方面的培養，以及國民物質上之旺盛。統治者之利益與被治者之利益，雖不互相對峙，但彼此區別而不可混同。因此，就覺得需要一種公法制度，以規定此種職務的根本與制裁；而帝國制度之弱點，就顯露出來了。

固然，在帝國制度之下，有個人自由以限制國家主權；不過自由僅爲使個人得以不受阻礙的

發展其身體智識與道德，而不能據之以使國家積極的完成此種培養工作。

復次，當統治者行使其職權時，殊不見有何號令，或主權意志的表現在內。當國家設施教育，救護赤貧，或轉運旅客與物品時；在他的活動內，殊不與號令權力有何關係。此姑不論，倘謂依國家的性質與定義，是個號令的集合體，那末應該常常是這樣，只要有一會國家的表示不是主權性質，就永遠也不是主權性質。

況且，許多近代的事業，如教育，救助，工務，電汽，郵政，電報，電話，鐵路等日漸擴張不已，而都有國家參與進行，則國家自亦應依照法律而受公法制度的規定與制裁。不過這個公法制度，不再以主權觀念為根據。因為這許多行為內，殊無任何號令權力的形跡可見。照此，勢須另立一個公法制度，雖與前者亦有密切關係，但所根據的觀念則絕對不同。這個觀念與近代公法上的制度，很相薰陶；和平政院的判例亦相應合；觀念維何？就是公務的觀念。

註一 Ulpian, *Loi. I, Digeste. De Constitutionibus Principis*, I, 4.

註二 E. Bourgeois, *Le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 320.

註三 Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les Premiers Capétiens*, I, p. 40; Fliche, *Le Règne de Philippe Ier.*, 1912.

註四 Loyseau, *Traité des Offices* Liv. II, Chap. II, Nos. 21 et 28, p. 187 et 188, Paris 1640.

註五 Loyseau, *Traité des Seigneuries*, Chap. I, No 5, p. 6, Paris, 1640.

註六 Loyseau *Ibid.*, Chap. I, Nos 27 et 29, p. 6.

註七 Loyseau *Ibid.*, Chap. I, No. 28, p. 6.

註八 Domat, *Le Droit Public*, tit. IV, sect. I, No. 3, p. 21, Paris 1713.

註九 La Coutume de Beauvoisis, Chap. XXXIV, § 41, II, p. 22, Edit. Beugnot, 1842.

註一〇 *Ibid.*, Chap. LXI, § 72, II, p. 407.

註一一 Pasquier, *Recherches sur la France*, Liv. VIII, Chap. XIX, I, col. 795, Amsterdam

1723.

註一二 Bodin, *Les Six Livres de la République*, Liv. I, Chap. VII, et XI, Edit Française.

Leyon 1593.

註 1 11 Loyseau, *Traité des Seigneuries*, Chap. II, Nos 4-9, p. 14 et 15, Paris 1640.

註 1 12 Le Bret, *De la Souveraineté du Roi*, Liv. I, Chap. II, p. 5, Paris 1642.

註 1 15 Declaration des droits, art. 3; const. 1791, tit. III, pr., art. I.

註 1 16 Péguy, *Notre Jeunesse*, 1910.

註 1 17 *Archives Parlementaires*, 2e serie, LXX, p. 360.

註 1 18 Esmein, *Droit Constitutionnel*, 5e Edit. 1909 p. 6.

註 1 19 Seydel, *Kommentar zur Verfassung-Kunde für das deutsche Reich*, 1er Edit. 1897.

p. 6 et 23.

註 2 10 Borel, *Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif*, 1886.

註 2 11 Laband, *Droit Public*, Edit. Française 1900, I, p. 5 et Suiv., Jellinek, *Allgemeine Sta-*

atslehre, 2e Edit. 1905, p. 470 et Suiv.

註二二 Gierke, Jahrbuch de Schmoller, VII, 1887, p. 1097.

註二三 Le Fur, L'Etat fédéral, 1897, p. 697 et Suiv.

註二四 Contrat Social, Liv. I, Chap. VII.

註二五 Liv. I, Chap. VII.

第一章 公務 (The Service Public)

公務觀念已替代主權論，而爲公法的基礎。公務觀念的發現，爲時非新，原因亦多。茲姑不之深論，惟自有治者與被治者的分別以來，一般人的腦海裏，就有公務觀念存在。其實，從一般人知道治者對於被治者，應負相當義務之日起，並且完成這種義務，就是他們握持最大權力的目的，也是他們握持最大權力的根據，在那時候，卽有此種觀念存在。這是純粹的公務觀念。

今日，公務觀念在法律學上，很佔重要地位，這是近代法學上所發生的新異變遷。此說並非是憑空的理論，乃係事實的表現，我們得爲之分析歸納而證明的。

一 政治家對於主權論信仰的搖動

觀察事物的第一要素，須不忽視理論家的學說，與政治家的陳述。對於公務觀念，固然我們尙

未有一致的認識，但一般人對於主權論的猶豫與懷疑，已是很多。政治家之具有此種態度者，首先承認國家觀念已發生重大變化。國家非僅有號令之權，且應完成重要義務。此外，理論家也承認主權論不能再在公法上佔有優先地位了。在帝國制度之下，承認國家是一個人，因為主權既是一種權利，當然應該有個主體，這是勢所必然的。到了現在，雖云國家的人格不能絕對否認；不過他的範圍，應該加以限制。國家有時候是一個人格，但並非常常如此，也許包含兩個不同性質的人格。如此的懷疑與矛盾，都是很顯著而實在的，因此就引起了變遷的危機。

不必旁徵博引，只要將前總理 M. Clemenceau 在 Scheurer-Kestner 紀念碑豎立時的演辭一加回憶，即可瞭然。Clemenceau 追述 Scheurer-Kestner 對於 Dreyfus 事件的供獻而曰：「命運已經定奪。羣衆自然趨於 Barabbas 方面去了。這是可以悲傷的。多數者之同意與普通選舉都沒有；豈不是民主政治規律的本身發生了問題嗎？其實，亦不是這樣，假使以政府二字作為當權份子的意義解，我們亟應說民主政治不是多數人的政府……但應視民主政治為有理智的政府……倘若我們等待這些多數者來運用先代君主的威權，結果惟有以暴易暴而已。」（註二）

Clemenceau 作此論調以前，Barthou 亦有類似的意見發表，其意謂：「我們應隨時間共同生活，不可永久墮在主權國家不會錯誤的迷夢裏，而視公務員爲附屬於國家的聽天任命不作一聲之奴隸。」（註一）

近來產生一種贊成比例代表（Représentation Proportionnelle）制的潮流，亦不能否認其有同樣的趨勢。我們說到這點，並沒有一般政治家猶豫態度的成見在心；一部份政治家一旦失了政權，往往發生這種轉變，我們決不如此。不過這種廣泛而偶然之事，就是社會事物的謹慎觀察者，亦很易錯過。此種贊成改良選舉的廣大運動，殊屬無可否認，各黨明達的政治家，都很明白，知道近代人民的心理，再亦不能拿選舉時由多數者意思表示產生的主權，使之滿意了。因此，就不能再在主權論裏邊，找尋公法的根本原則，一九一二年七月一二日，法國下院以三三九票對二一七票，決定一種選舉法規草案，其第一條，規定下院議員用連名保單（Scrutin de liste）與少數代表（Représentation des Minorités）制選舉之。這一個規定，對於公法的演進，很有重大關係。於此可見有創制較爲完善的選舉制度之決心，俾於最大的可能範圍內，藉以掃除腐敗的惡影響，使行政

事務得避免政治上的陰謀。從這一點，可見法國下院，不再視多數人的意思爲近代民主政治的台柱，而直接與此有密切關係的國民主權觀念，遂不能復爲公法的根本了。

二 學者之懷疑與趨向

政治家對於主權論的信仰，甚爲搖動，法學家對於主權論的態度亦然。只有一個人，對此陳腐觀念，尙未改變態度，這就是 Esmein。他歷次在所著憲法論一書的前後各版內，總是一樣鎮靜與確定的說：「國家是民族在法律上的人格化……是公共權力的柱石與主體。於運用主權的個人之外，個人之上，還有一個理想而永久代表全民族的主體，公法的根本，就在於此。這個人，就是國家與主權的混合體，而後者爲前者的主要因素。」（註三）

德國學者裏邊，很多人具此同樣主張，尤以 Laband 爲最。不過德國學者用公共權力 *Hoheitsmacht* 以名 Esmein 所云之主權；而用主權二字，以表示權力的幾種特性，此種細微的區別，亦不必在此多論。其主張的內容，總是一樣。不過 Esmein 由觀察事實以確定主權的觀念，其觀察當

然不能準確，但用意則一秉良心，而大公無私。德國學者則不然，至少在表面上，其用意完全欲對於帝國的威權，給予法律上的根據。（註四）

法國的著作家，現在很明白見到法律的變遷；但似乎不敢自己去確認，而仍維持主權觀念。惟迫於事實，故對於主權觀念的信仰，漸漸減少，而近於完全消滅了。有的雖維持主權論，但否認國家的人格。按國家的人格是主權論的柱石，現在柱石已經推倒，主權論自然無可立足了。此外，各學者的主張很多，不能盡述，只得置之不論。現將法國著名作家中最足為代表人物的 Hauriou 與 Berthélemy 兩氏的主張，略述一下，藉以證明二氏異口同聲的同歸於否認主權論的一途。

Hauriou 在他的行政法論第六版（一九〇九年）裏邊，早就說：「主權與法律，對於各種力量的實現與成立，不再居於首席地位，亦不復是一等角色了（見序文第九頁）。」其後於公法原則論（一九一〇年）第二二五頁內，又說：「對於統治的最大權力，不向其根鬚上痛加攻擊，則僅此學理上的限制，殊不能有何效驗。虛偽信條之具有如是魔力者，除此以外，實屬罕見。」這豈不是將主權論的傳統學說，正式定罪嗎？至（Hauriou）對於新制度的根本觀念如何，其主意，可以簡略言

之如下：「不錯，那裏是有統治權力存在的；但他不是主觀的權力，也沒有法律上的人格，來做虛偽主權的主體，不過有一個統治權力在那裏而已。」Hauriou 又說：「一國的各种社會組織，無論是經濟的或政治的，都可以歸入一切已經成立的組織以內，由統治權力維持之……統治權力以建設並保護此等已成組織爲職司。人們往往只從統治與強制的最簡單的外形上觀察權力，而不顧及其職務……權力有他的本身職務。職務維何，就是在建立秩序，並使之穩固……他完成這種職務，不論好壞，總不失爲職務。倘若辦理得當，就算他是正當的權力。」（註五）

從上列的引證看來，已足窺見 Hauriou 著作之精義；而主權觀念亦不復爲公法的根本了。國家的人格，僅具有很小的範圍，而以法律上的往還爲限度。統治權力雖則常常存在，但並不是以國家爲主體的一種主觀權力，而爲一種社會職務。這種社會職務的內容，就是公務。所以 Hauriou 亦差不多承認公務是近代公法制度的唯一根本。

Berthélemy 的著作內，也有類似的趨勢。他與 Hauriou 一樣，將國家的人格，大加縮小，而成爲純粹產業上的人格。公共權力當然存在，但依氏之意見，並沒有什麼權利的主體爲其享有者。

他說：「不能利用行政者所爲的權力行爲，以證明有所謂法律上的人格存在。且謂此種行爲，即以該人格的名義做成的。人格的觀念，惟於欲將國家作爲權利主體的時候纔用得到。其實，只有自然人享有權利。所以視權力的運用是權利的實施，實屬重大錯誤。公務員的指揮措置，並不是使用權力，而爲施行職務，故權力就是職務的集體。」（註六）

Berthelémy 與一般人同樣的稱主權或權力純粹是國家各機關的職務之後；又復將職務分爲權力職務與管理職務兩種；並對於此種分類，不加以詳盡的討論，其態度是否合理，我們暫可不問。但氏與 Hauion 同樣的看到，所謂主權，是一種職務，而非統治的主觀權力。更將公法上主觀權力的觀念，盡量消除，而以治者階級應盡之社會職務，爲權力的唯一基礎。這一點，是不可不注意而牢記的。

政治家與理論家所共同以之爲公法根本的社會職務，其內容，就是公務觀念。我們現在應該將公務的組織要素加以釐定。

三 公務之組織要素

事實已很明瞭，治者階級須負法律上的義務。換言之，秉持一國的權力者，負有不間斷的完成相當活動的義務。這個觀念，對於今日公法上一切實際問題，均可以之為解決的鎖鑰。各種問題藉此得以解決的事實，就是公務觀念屬實的明證。這是很顯著而無庸多事喋喋的。惟為準確起見，爰將下列主要三點，加以說明：一、誰是統治者？二、什麼是統治者應盡義務的根據？三、什麼是此種義務的目的？

關於誰是統治者一問題；現在一般人的觀念，對於統治者，咸不認其為全民族集合體或主權者之代表。這一點，是第一章內理論之當然結果，不必再事討論。在今日，一般人均不再信仰國家主權與神權了；所以統治者為事實上強制權力的持有者。為什麼他們持有強制權力？這些問題，當然不能以籠統的答案解答。持有權力的事實，為歷史、經濟、社會的產物，在各國各有其不同的特性。政府的組織，亦隨時間空間而變化。不過此種因素，無論其怎樣重要，還是處於次要地位。在任何一個

特定國家裏邊，總有一個人，或一羣人，對於其他人民，具有可以施以物質上強制的事實存在，這是恆有的現象。因此可以知道，這種權力，純屬事實，而非法律，亦非他種東西。倘若視這些人是得有神權的託付，或係民族集合體的代表，他們就可有法律上的權力，並且具有超越乎個人意志之上的最高意志了。在我們的目前時代，這種宗教而玄妙的信仰是隱滅了。此後，政府的強制權力，前已言之，不再是法律上的權利，而僅爲事實上的可能而已。

既謂統治者沒有什麼權利可言，而只有義務應該負擔，所以大家覺得權力的秉持者，只可於施行公務的可能範圍內，使人服從，方爲正當。歷史上的先例很多，那些社會階級，往往因爲不盡公務的義務，因而失卻其權力的根據，致失掉他們的政治權力。這種感覺，在一般人的腦筋裏，向來很蒙蔽的；直到今日，纔變成明爽的觀念。但我們對於此種事實的認識，尙不以爲滿足；所以很忍耐的爲更進一步的工作，以探求這種義務在法律上的根據，這是近時人物所應研究的主要問題之一。當然很容易假設，拿某種道德上的觀念，爲統治者應負擔道德上義務的根據。但這樣的假設，殊不免物議的批評。凡屬道德上的答案，恆係個人感想的結果，亦即今人所謂感悟的結果，而殊不足爲

科學化的解決方案。至於近代精明的民衆所欲探求者，係以事實的合理觀察爲根據之明確答案。並且這種義務，非僅統治者在道德上所應盡的義務，而爲法律上應受相當制裁的義務。在一個特定國家內，我們如能證明有這種制裁存在，那末就可結論曰：統治者在法律上的義務，是實在的。

在個人主義盛行時代，似可以個人權利爲規定統治者所負義務的根據。不過在今日看起來，這個主張，與其他各種道德觀念，同樣遊移不定，也是玄想而不攻自破的。進一步講，根據此種觀念，僅可建立一種消極的義務，而非積極的義務。此外，個人主義的宗主 J. J. Rousseau，主張個人權利不能限制公共意志之大權，J. J. Rousseau 嘗謂：「如主權者不能違犯自己制立的法律，這是違反政治組織之本質的。」（註七）

今若統治者僅爲最大權力之持有者，可否有超乎其上的法律，使之負消極或積極的義務？倘使他們的行爲受所負義務的限制，他們是否仍持有最大權力？一方爲最大權力之持有者；他方亦須負法律上的義務；這是否爲矛盾的論調？Seydel 及其他主權論的德國學者，曾經很對的說：「沒有主權者 Herrscher 就沒有法律；在主權者之上，或他的旁邊，是沒有法律的；只有主權者有

法律，這是不可破滅的真理。」（註八）

以上的主張，殊屬不確。近代人的心理，對於類似的結論，甚為攻擊。因為真實的講，法律是人類良心的創作物，政府須負法律上的相當責任，就因為一般人的腦筋裏，都有非此不可的成見存在。從本書後幅，可以見到關於制裁這種責任的各種制度之應時而起，也就可以證明上列所云趨勢的屬實。社會學派的法學家，亦依此而研究成爲此種義務之根本的社會事實。我們對此問題，則深信其根據爲社會互助（*Interdépendance Sociale*）。（註九）如此的觀察，很遇到強有力的非議；但我們不願在此處與之辯難。我們深信對於這個問題，社會互助的事實，可以給予一個適當的答案。講到他的真相，到也沒有什麼重要；因為應使統治者負法律上義務的觀念，充滿了近代羣衆的腦海。法律與夫法律準則的成立，是某時代在某特定國家羣衆信仰的結晶。他們以爲這個規定是命令而應該服從的；那個義務是應該完成的。這樣的信仰，就變成爲法律與法律準則。總而言之：法律是社會心理的作品；而社會心理的如何，是由物質、歷史、文化、道德各方面的環境與需要所決定的。我們雖則如此說法，但並不主張有所謂與個人心理分別的社會心理存在。倘若如此，亦免不了玄

想的臭味，這是我們一再聲明不贊成的。

在另一方面，統治者之持有權力，固然具有物質的、經濟的、道德的、宗教的各種原因。但是統治權力，僅能於被治者信仰其能完成職務的時期內，得以維持，亦屬無可諱言。至於信仰之是否符合事實；統治者的活動是否確於被治者有利；可置不問，亦不必問。因為被治者的執迷愚魯，任其擺布，信爲當然，但總是要有信仰。這是政治權力與公法的主要因素；而與社會契約說的理論，絕不相同的。社會契約說者，主張本來孤獨的人類，用契約形式聯合起來；更由此產生最高的集合意志，而成立國家。至於實際，則與此相反。社會人羣，自始即有治者與被治者。此種區別，是自然發生的現象，而前者對於後者所有之權力的命運，是視後者信仰之深淺，與前者權力實施之有益於後者與否爲移轉。

所以，在持有權力，完成義務，與公務三者之間，很有密切關係存在。這是近代人士時刻感到，而十分注意的。這一點，就可以之爲統治者所負法律上義務的根據。故在今日文明世界，掌握權力者，其名不問爲統治者，君主，皇帝，大總統，內閣，國會；但其掌握權力，總是爲被治者之利益，而非爲自

身雖或利用其地位，而謀攫取個人利益，但仍必以謀劃被治者利益為門面的。

四 公務的目的

完成職務，為治者階級的義務；也是公務的目的。什麼是職務？他的範圍如何？此種問題，殊不能
有概括的答案。在一九一一年時代，我們曾經提及：「什麼是治者應該完成的職務？對此問題，殊不
能有確切的答復。因為公務的內容，是常常變化，時刻演進的。演進的程度，亦很難確定。暫時我們可
說：為公務基礎的職務；其數目，隨文化進步而日漸增加；公務之門類，亦因此而日漸遞增。這是很合
邏輯的。至於什麼叫做文化，不外各方面的慾望增加，而能於較短時間內，使之滿足。因此，文化愈進
步，治者階級的參與行為愈頻繁。因為惟有他們的參與行為，纔能使文化的進步得以實現。」（註一
○）

上邊已經說過，人民常常督促治者完成的，有三種職務：抵禦外來敵人，以保護人民與領土，維
持領土與人羣內部的安全與秩序，這就是最初時代：戰爭，警察與司法，三種公務的成立要素。到了

今日，僅此三種公務，不能滿足人民的慾望了。陳腐的經濟學者，閉戶讀書，不知外事，而謂：國家只應謀對外的安全，及對內的秩序與穩定。其他種種，都不可不管，讓個人去自由活動競爭，自然能夠滿足一切的社會慾望。不過學說每爲事實所制勝。近代人的心理與願望，卻不以此爲止。故對於文化與道德上的事業，亦要求國家的參與。例如一般人民，咸不願國家對於教育事業，袖手旁觀。在物質方面，亦不准國家對於救助事業，置若罔聞。

復次，我們前已講過，一世紀以來，各文明國家的經濟與工業，都發生重大的變遷。這種變遷，均足以增加治者階級的新生義務。人類中間的密切互相關係，經濟利益上的聯立關係，以及商業往來的數量日增一日，益以道德觀念的照耀，各種新發明的層出不窮，及科學學說的鼓盪，在在增加國家負擔組織公務的義務；俾國際間的交通，得保持於永久。例如各國郵政電報的創設，均於公務中佔首要位置。這是國家無論對內對外，在法律上應負責辦理的一個義務。這種國際的郵政公務，是近代制度中，最足顯示國際間權利義務互有聯立關係的一個顯例。

在各國內部，均有經濟的變化發生。我們曾經說過，無論何處，與無論何種事業，所有原來的家

庭經濟，均被國家經濟所佔據，而取以自代。其結果，同一社會人羣內的個人，彼此變為更加密切，而互相依賴。就是最簡單的需要，或時時刻刻的需要，都須互相供給而幫助。原來足以自給日常需要的家庭，到了今日，就不得不求之於他人。而負此供給責任者，勢不能片刻中止；否則即生恐慌。故對於此種事件，統治者，亦應參與，俾得不斷的繼續進行。

此種例子，不一而足。個人用他自己的力量與方法，以搬運他自己所有東西的時代，已經過渡好久了。在今日，無論屬於那一個社會階級，凡轉運旅客或物品，都向負此責任的機關，使之運輸。照我們的習慣與經濟上的需要看起來，這種公共運輸事業，簡直不可片刻停止。所以將大城市的電車，公共汽車，全國的鐵路等事業，改為公務的需要，日益迫切，且很有漸次變為國際事業的可能，而與郵政一樣。不僅公共燈火是公務，即私用的亦將變為公務，Auvergne 或 Bretagne（均為地名）內地的居民，向來以油汁或蠟燭燃亮其家人之住舍的，現在亦覺不滿了。不久，家家戶戶，勢非都用電燈不可。瀑布的發明，是經濟與實業革命的原因。現在雖猶屬開始時期，但電力之輸送，於最近的將來，必變為公務而無疑。一九〇六年六月一五日，關於分配電力的法律之立法者，固已很

明白的見到這種趨勢。

純粹關於經濟方面的討論，不必多事喋喋；但非謂此種研究毫無實益，況法律的演進，很受經濟慾望支配的影響，確是事實。當我們明瞭國家對於被治者除應負對內對外安全之責外，復須負擔其他責任的時候，我們首先窺見主權觀念怎樣的搖動了。至於國家所負義務的目的，及其行爲的意義如何，現在亦都明白；均被一國的經濟狀況，人民慾望所支配而左右的。簡而言之，公務觀念，可以解釋如下：爲實現並發展社會互助起見，任何活動的完成，均應由統治者規定，保障，並監督之。且依其性質，非有統治權力的參與，很難保證其完成的。

倘欲立一正式標準，俾此種活動，改爲公務，有所根據。則由此種活動雖片刻停止即發生騷擾的事實內求之。例如一九一〇年一月，法國鐵路工人的罷工，雖屬局部而爲時很短，已足以證明鐵路運輸，很有改爲公務的必要。一九一二年，英國礦工的總罷工，由其發生的惡影響觀之，可以證明應將煤鑛之開掘，改爲公務的時期，已經到了。Asquith 法律，規定鑛主對於工人，應給予最小限度的工資；這個規定，就是將煤鑛開發事業改爲公務的第一步。

五 公務觀念變為近代公法的根本觀念

現在，公法上變遷的意義與範圍，已很明白。公法，不是給予主觀權力者，用以規定該權力者與域內人民或團體間不平等關係的規律。近代公法，是規定公務的組織，並確保其不斷進行的規律。主權者與臣民的關係，不能再發生了。主權者之主觀權利與權力，也沒有了。令統治者負擔組織公務之義務，並使之管理其進行，以免中斷，這就是公法上的根本規定。其餘一切，均可由此類推。

公法的基礎，非號令的主觀權利，而為組織與管理公務的義務。故公法上的權利，是公務的客觀權利。猶如私法不再以個人主觀權利與個人自主為根據，而以個人應負的社會職務為依靠。公法也是一樣，不再以國家的主觀權利名謂主權者為根據，但以統治者之社會職務觀念為本，而以公務的組織與進行為目的。由這樣的觀念所發生之結果，很容易見到的。俟於本書後幅詳述之。此種結果的實現，並足以證明我們的理論非僅為腦筋裏的空想，而為實際。

統治者的參與活動，既非主權者之運用權力；其所做的行為，當然也沒有什麼特別性質。即或

自有其特性，而發生特種效能，亦必以公務之目的不同，方有此歧異。這樣推論，對於法律的本身，亦很對的。在帝國制度之下，法律是主權者之超越表現，也是主權者所制定的命令，而強令人民服從。不過這樣說法，與事實不符。法律或其一部份的條文，係法律規則 (*Règle de droit*) 的公式化，而為社會環境的產物。統治者不過在公衆意見的督促之下，視為有規定之必要，藉以增加自己的力量而已。凡屬法律，實際上都為組織公務，並保障其進行而制定的。所以法律是公務的法律。

這個創議，是非常重要的。近代公法制度的使命，就可藉此而確定。統治者在法律上，有保障公務之組織與施行的義務。因此而制立普徧性的準則名之為法律，以資遵守。這是他們的目的；他們的性質，亦由此而定。這種準則是不可侵犯的；個人非依此準則，就不能利用公務。統治者或其代表，亦不能有阻止公務合法進行之任何行為。所以說：公務是客觀法律上的設置制度。(註一一)

行政行為的性質，視其對於公務目的之態度如何而定。法律上的真正行政行為 (*Actes administratifs proprement dits*) 與單純的行政動作 (*Simple opérations Administratives*) 當然應該分別清楚。不過，這兩種行為，依其目的所生之性質，則彼此相同。故各種行政行為中間，殊無

若何分別。至於權力行爲 (Actes d'autorité) 與管理行爲 (Actes de gestion) 的區別，更屬不必多此一舉。

公務是客觀的性質。各種公務之關係法律的制定，不過是統治者所負普通義務的確認與實施。各種行政行爲，依其同一爲公務目的所生之性質，彼此相同。這是新制度的三大要素。統治者或其代表，殊非爲人民的主人翁，而不得藉最高權力，強使人民服從。他們也不是發號施令之集合人格的機關，而爲民衆的事務管理員。

從以上的論述看來，公務的數類，雖增加而擴大，但統治者的權力不一定增加的緣故，就可明瞭。這是與通常人的觀念相反的。他們的事務多了，他們的義務亦擴張了，但是他們的統治權力變爲烏有。其故安在？就是因爲沒有一個人再相信他們有這種權力；並且自始至終也沒有這樣東西。公務的組織與施行，需費甚大，這是當然；所以應該給付很多金銀與統治者，因爲財富是權力的主要要素。公務愈擴張而增加，同時納稅者之義務加重，而統治者之權力亦增高。不過在民主政治之下，選舉是各種權力的泉源。惟公務人員的數目勢必與公務的數目，同時增加；而選舉制度漸漸發

生兇惡的影響，勢將妨害行政事務。故若公務的擴張，在任何政制之下均不順利；那末在民主政治之下，一定更屬失望。

以上所云，一部份是對的，但絕不能變更事實。公務數目的日漸增加，是與文化進步相符合的運動。從理論講，絕不會增加統治者的權力，因為根本上沒有什麼權力存在。但是他們在實際上的力量，當然增加，而無可否認。不過這樣的增加力量，即不為另一重要運動所消滅，亦必彼此持平，而不能獨佔優勢。運動維何？就是近代公法演進上最顯著的分權運動（*mouvement de decentralisation*）。我們所說一種事業將變為公務，就是說這種事業，將由統治者組織施行而確保其不斷進行的意思。但並非謂一切事務，管理人員，及關係費用等，均直接受統治者任意支配。實際卻是與此相反；有許多新的舊的事業，漸有設置分權制度的趨勢，其方式很多，此處暫不詳論。（註一）現在所應注意的，就是區域的分權（*Decentralisation Regionale*），其所用人員，多少與該區域有相當關係；產業的分權（*Decentralisation patrimoniale*）是將某種獨立的產業，歸某特定的公務機關辦理；專業的分權（*Decentralisation fonctionnariste*）是將某種事務，指定由該項事務的

專門家指導。還有所謂特許(Concession)制度，就是將某種事業的開發，讓給私人經辦，而受統治者的監督。

分權運動之外，還有一種類似而意義相同的運動，叫做公務的實業化(Industrialisation)。這當然只可用之於原來具有實業性質的事業；如各種運輸、鐵道、郵政等事業便是。在法國，鐵道是讓給私人公司，依照實業的組織辦理經營的。受讓者僅能在特許條件之下，圖謀利益。至於國家自己經營的鐵道，亦必依照實業組織的辦法，務使避免政治家的陰謀與影響；否則就不免瓦解、擾亂，與財政上的崩潰。因此，欲使鐵道照常的進行無阻，惟一方法，應對於辦理者，給予行政與財政上的自主權力，而由統治者盡監督之責。

一九一一年七月一三日的財政法律，已照此方策施行。第四一條第一節規定原則曰：「構成國家鐵道網之各路線，(包括國家原有各線及在西部買回的各線)及此後依照法律買回的路線，統由工部治下惟一的行政機關，爲國家代理經營，而給以法人資格。」照此情形，舉凡郵政、電報、電話，於最近的將來，勢將根據同一意旨，組織辦理。即其他實業性質的公務，亦不能逃此例外。一九

一一年七月一三日的財政法律，並在相當限度內，將火藥硝石事業，亦使之實業化（第三三條以下）。一九一〇年六月二六日 Steeg 以單純議員資格，向下院提一議案，「主張給郵政電報兩種事業以自主權力，俾爲實業化之經營。」（註一三）

不論公務的經營方式如何，我們一樣可以窺見近代國家的根本要素，完全以統治者負有社會職務之觀念爲根據。所以公務是客觀的制度；而治者與被治者，同樣的受同一法律的管束。

六 人民對於公務之正當施行的保證——公務之特許

倘若以上所說的都屬真確，並且所描寫的演進情形，的確就是在近代各國，尤其是在法國所見到的現象。那末各國立法與判例，一定會發生一種傾向，趨於組織一種切於實用的制度。一方面間接的督促統治者，將具有以上所云性質的全部活動，變爲公務。他方面，俾人民對於公務的關係法律，得有確實施行的保證。現在我們的立法與判例，就是這樣的趨向。法律的全部，其大略業已明瞭，正向着這個目的演進。我們對於此層，再三喋喋，殊非無益；因爲就在這個地方，纔能找到以上所

說的明證。這些良好證據，並非純粹理論，但均係事實的表現。

假使依照一般人的心理，無論何種活動，都應改組成為公務；但若統治者置若罔聞，而不制定任何法律，將此種活動組成相當的公務。在這樣情形之下，一般人民，能否有法律上的權力，強之實行？在近代公法之下，大多數的意旨，對於此種情形，人民的有力武器，只可在各文明國實施程度不等的選舉與代議制度內找尋，這是無容疑惑的。

一般人對於這些制度的功效，及由此所得着的保障，依舊執迷異常。而選舉與代議制度足為被治者之可貴保障的信仰，還是很盛行，尤其是用報紙的力量，可使公共民意左右國會，被治者雖或不責立法者之無所動作，但統治者一經公意的嚴正要求，一定不會袖手旁觀的。但是，雖則如此，倘若政府亟應參與，否則雖片刻或局部懈怠，即能使國蒙重大不利；而政府偏偏不願參與的時候，人民亦不至一無辦法的。現在正在發現的新制度，名謂國家責任者，就要應時的產生了。這是近代公法上的重大事蹟，在帝國制度之下所不能見的。國家若袖手旁觀，就須對於被害的個人，負其責任。雖則國家處於立法者之地位，倘若怠職，亦不能逃責的。現在姑先將該重要問題的大概，略為論

述，其詳容當再論。（註一四）

假使一個法案，是為組織公務並規定其如何管理施行而制定的；但亦非絕對不可加以非議。我們前面已經說過，法律不是由主權者意思所規定的命令，而為普通權度的總彙，用以確保公務之實施，所以並非不可攻擊的。故各國都規定對付法律的救濟辦法，其概略俟於次章內說明之。

復次，倘若法律已經制定了，公務亦組織施行了，並且是依照法律施行的；但若於依法施行的時候，人民蒙着損害，就無法可想以資救濟嗎？這亦不是這樣，規定國家負擔責任的法律，對於此種情形，一定也可適用，其內容俟後再述。

倘使公務之施行與法律相反，或法律規定令其實施而置之不問，簡言之，就是違犯了公務法律；那末人民就可根據國家責任，職務責任等名稱，提出要求，惟以蒙着損失為條件。進一步言，即或不能證明有何直接損害，但被治者亦有追究之權。此層是非常重要的，蓋公務的特性，即藉此纔得表顯出來。不過此種追究方法的性質如何，亦須確定，他是完全客觀性質的。

有人常常提出下列一個問題：個人是否有依照法律參與公務實施的權利？法國平政院委員，

屢次拿這個問題，向平政院 (Conseil d'Etat) 提出。該院委員 Romieu 且曾一度對於類似案件的結論曰：「首應研究公務使用者，（意指人民）到底有否權利，要求行政者參與。」（註一五）這個問題提得不對；至少他的用語很容易發生含混。問及個人對於公務是否享有何種權利；無異問究個人與國家之間，有沒有法律關係存在，俾個人得藉此以命令國家，依法實施其職務。但這並不是如此的。從這個不確的語氣看來，很可以見到平政院委員的猶疑了。

事實的力量，較一切爲大。根據事實的作用所形成之新的法律與新的手續法規，就可以藉此使該作用發生效力，試觀此種法規在今日的成立情形，便可明瞭。當一種公務創設而組織成功，一定應該依照法律辦理。假使有一個行政行爲，與此種法規相反；任何私人都有權利，使之撤銷。這種權利是客觀的。這就是說：個人只可請求撤銷非法的行政行爲，但不能請求處罰國家，使之對於個人保證公務之照規辦理。國家與被治者之間，並無任何法律關係，足以使國家對於被治者負責。但是法律——換言之，就是規定公務的普遍性之準則——如被國家侵害了，被治者就可出來干涉，而得撤銷其非法行爲。這一點，對於任何公務或任何經營方式的公務，總是對的。權力職務與管理

職務 (Service d'autorité et Service de gestion) 並沒有什麼分別；直接經營公務，或分權經營，更或特許私人經營，也沒有什麼不同；平政院對之，猶狐疑不決，所以他的論調，有時候不無可議的地方。事實的力量，能制勝一切，我們所述的法律制度，在今日差不多可視為完成了。

在此處，我們不能將平政院的判例詳為分析；不過該院判例仍不失為形成公法制度的優越利器，我們應該常常在判例內，做實際的研究工作。否則，所得到的結果，必屬膚淺，而僅為憑空做作的學理。現將最純粹而顯著的判決，略為引證，便可明瞭。

下列三案會令平政院表示意見者，其情形略為特別。第一件是關於特許私人經營的公共運輸事業的案件（電車）。我們知道，在法國，依照一八八〇年六月一日的法律（第二一及三九條）的規定，電車事業，無論由國家直接辦理，或特許私人經營，一樣受各省省長的嚴厲監督；省長就是政府的代表。現在所要研究的問題，就是監督機關應行使其權力而不行使，或雖行使，但為與特許條件相違反的行爲，人民對之，可否加以攻擊而追究之？倘使准許人民追究，這就是承認被治者對於監督者之違法行爲，也有抑制他的權利。平政院對於該三個案件，承認人民有追究之權的

時候，不無猶豫的態度；尤其是對於一九〇五年二月四日 *Quatre-Septembre* 路的居民訴控 *Seine* 省長於一九〇二年八月二五日，不顧特許成約，擅允東巴黎人 (*L'Est Parisien*) 公司在 *Opéra-place de la République* 的車道上，建築空中鐵道一案，平政院的態度最爲猶疑。(註一六)

到了次年，平政院的態度略進一步。在以前的案子裏，是關係人攻擊行政上的權力行爲。至於在 *Syndicat Croix de Seguey-Trivoli* 案件內，是因爲省長拒絕人民請求，不本其監督職權，警告某電車公司繼續建築某路線；所以對於該省長控告。至該電車公司之停止建築某路線，確係違反特許約定之行爲。平政院對於本案關係人之控訴，是聲言接受的。(註一七)

一九〇七年，有一久已去職的官吏，因爲陸軍部不爲其強令西方公司給予減價車票，並駁斥其請求；該官吏視不給減價車票，是違反特許成約第五四條規定的。因此對於陸部駁斥其請求的決定，向平政院控告。平政院亦表示予以接受。該院委員 *Teissier* 在判決的結論內宣稱：「任何關係人，對於行政上的越權行爲，均得控訴，而予以接受。」

且謂：「特許證狀係鐵道法規之一部，違犯之者，當可對之控訴。」從該判決內 *Teissier* 的

言論看起來，平政院的態度，也就明白了。（註一八）

七 人民對於公務之正當施行的保證——公務之直接經營

近代公法，給人民以相當權力。不僅欲使特許經營的事業得以確實的依法施行；而對於國家或其他行政機關直接經營的事業，亦不無關係的。在這一點，更可以見到公務觀念替代主權論的事實，愈加明顯。假使國家仍舊是統治之主權者；那末人民怎樣可以要求主權者，參與公務的組織，並使之確保其實施，這就講不通了。因為倘國家是統治之主權者，則國家的做與不做，完全自由作主；而如何實施，也可獨斷獨行，殊不容他人置喙。近代法律規定人民對付國家的保障，凡屬利害關係者，對於國家違反職守與不合法律的行爲，均可使之撤銷，這是很顯明的。拿統治者應負公務義務的觀念，爲全部公法的根據。

對於被治者攻擊違法行爲的客觀控訴，應否受理。平政院在有趣的條件之下，准許此種控訴。這是可從關於初等教育的案件內看得見的。倘討論所謂「中立」(Neutrality)（按爲對於宗教

兩不迎拒的原則)的意義是怎樣;我們固然可以說「中立」是妄想,欲堅持「中立」的態度,就是對於初等教育,也是不可能的。但在法國教育制度之下,「中立」的確是初等教育組織的根本原則;尤其在一八八二年三月二八日,及一八八六年十月三〇日的兩大法律內,言之甚明。不過人民怎樣可以使當局者遵照「中立」原則,而依法的教育其子女,這是一個應為注意的問題。

倘若違反法律的事實,係教師個人的過失,為父者,可以使該教師負其責任;這是抵觸法院(Cours de Conflit)在 *Morizot* 一案內,很明白的如此說着(一九〇八年六月二日。)不過,像這種情形,是很少的。實際上,每每有違反「中立」原則的事實,而確沒有任何人的個人過失存在。譬如學生的父兄,對於大學區行政機關將非宗教或反天主教的書籍,授給學生,這顯然是違反「中立」原則的事實;但從法律上看起來,殊無個人過失可尋。照此,為父兄者將何所施其技。倘若說他們沒有對付違反法律的方法嗎?但他們是有的。這個問題,曾經在平院提出,該院即依照上列意見決定辦法的。

有一次,學生被教育當局斥退,其理由因其拒絕採用一般學校所用的課本。該生父兄,遂對於

該斥退的決定提起控訴，冀其撤銷。其持論謂該生的拒絕採用，是遵從父兄之命；因為此種課本，是違反「中立」原則，並妨礙天主教的信仰的。平政院對於類似的六個案件，均認其控訴為無根據。且謂：「從一切關係法令研究下來，學校當局有選擇教育方法與課本之權；學生上學，自應遵守學校章程，拒絕採用課本，係屬犯規，應受學校內部規則的制裁。」不過，平政院雖說控訴無根據，但仍為其父兄指示可以達到目的的途徑。以下就是該判例的原文，以其顯明而精爽，故照錄之：「如該生父兄認學校所用課本，對於一八八二年三月二八日法律所規定之通俗（無宗教色彩）制度與「中立」原則，有何違反者，逕可向相當管轄機關請求救濟；尤其可以要求教育部，根據一八八〇年二月二七日的法律，禁止公立學校採用可譴責的書籍；然後再向平政院控告其越權行為。」從這段文字看起來，平政院很為學生父兄指示對付侵犯「中立」原則的步驟，與保障的方法。

（註一九）

此外，還有一件有趣的案子，平政院也同樣給予相似的解決。雖則該案事實，猶如村夫問的口角，而無甚重要，但深切的講，也是一個很嚴重的問題。這是關於郵政與電報公務的案子。某次一個

女郵差和一個住戶發生爭論。據女郵差說，這個住戶有一隻很兇猛的犬，對她不利，所以發生爭論。而郵電部次長，就因此下一決定，以後對於豢養犬的住戶，除非在他的牆垣進出處，按置信箱與電鈴，否則所有該住戶的電信，不再送至其家。該戶主對此決定就提起越權之控訴。其理由謂：按照一般電報法規，尤其是一八九四年一月一二日的命令，須將電報送交受信者之本人或其代表，否則須有不可預見之事端發生，或由管理者證明確係受信者自己之過失，方能免此遞送責任。所以郵電部次長的決定，是違反上列法規的。現在，本案既無此種情形，故平政院將該次長的決定撤銷，藉為被治者確保此種公務之照常進行。（註二〇）

個人在法律上之類似保障，往往更以法律明文規定。一八九三年七月一五日制定免費療病的法律，與一九〇五年七月一四日救助年老殘廢者之法律便是。有人說：依照一九〇五年的法律，凡年滿七〇或不可治愈的人，依法有被救助的權利。這是不確，其實在情形，謂年老殘廢而無法生活者，得享此法定待遇。如負責辦理者不予給養，可將年齡殘廢病狀正式證明，向主管機關請求，將拒絕給養的行政決定撤銷。這是法律對於特定公務所規定之法定保障辦法；與判例對於各種公

務所確定之辦法沒有什麼區別。

我們對於以上的判例及法規，一再論述，因為在這裏邊，很有許多新制度包含在內。這種自然發生的新制度，就是我們所欲描寫之變遷的結果與明證。新制度維何？即國家與個人的主觀權利之消滅；統治者對於公務應盡客觀義務觀念之產生；以及被治者在公務上享有法定保障與地位。名學者 Haurion 之研究方法與語調，雖和我們不同，其結論，則彼此完全一致。其言曰：「公務對於公衆的關係，就是爲了公衆的應用纔成立：此種局面的公衆不是公務的債權人，他們不過能夠利用他就是了。被治者具有實際方法，得以自由援用，以改善他們的地位。先行訴願，然後再依越權之訴的手續，向平政院控訴。不過這種實際方法，殊不能變更事實，而仍爲客觀性質。」（註二）

法律的本身，也很贊助被治者之法定保障，而禁止統治者以規避手段逃脫法官的管束。向來政府常常阻撓被治者使用法律上的救濟；其方法，就是對於人民的請求，擱置不理而一無動作，因此就沒有行政行爲可言，平政院也就無從受理了。一八六四年一月二日的命令，對於此種弊端，已定有補救辦法。如各部部长接到按級的訴請後，在四個月內，不作答復者，視爲拒絕接受表示，

逕可向平政院上控，以爲救濟。

一九〇〇年七月一七日的法律（第三條）復將此條擴張而使之普遍化。其規定曰：「關於行政訴訟事件，凡須依照控告行政決定的手續與形式，方能向平政院聲訴者，如經過了四個月，而仍無處置時，當事者得視其請求爲已被駁斥，而逕向平政院控告。」如是，則政府的規避手段，勢將無所施其技了。

雖然，保障人民的制度，仍恐尙未完善，而應爲之改良。固然使政府在很寬條件之下負責的方法，可用之以保障被治者；平政院亦可以撤銷違法行爲以保障人民。但如何可使政府依照判決履行而認受呢？又如何可使政府遵重這個撤銷其行爲的判決呢？更如何可使政府不再有違法的行爲呢？政府固然不是常常違反判決的，平政院也可用他自己的力量與權力能使他們遵從判決；惟以現時而論，尙無精密的方法，以強迫政府遵從法院判決。在最近的將來，此種方法自然要規定的；其要素且已知道，這是一個普通問題，俟於論述行政訴訟時再來研究。（註二）

註一 Journal Officiel, 1er février 1908.

註二 Cité d'après l'Humanité, 1er février 1906.

註三 Esmein, *Droit constitutionnel*, 5e Edit., 1909, p. 1 et 2.

註四 Laband, *Droit Public*, Edit. Française 1900, surtout le tome I.

註五 Hauriou, *Principes de Droit Public*, 1910, p. 78 et 79.

註六 Berthélemy, *Droit administratif*, 7e Edit. 1913, p. 41 et 42.

註七 Contrat social, Liv. I., Chap. VII.

註八 Seydel, *Grundzüge einer allgemeine Staatslehre*, 1873, p. 14.

註九 L'Etat, le droit objectif, 1901, p. 23 et suiv.; *Traité de droit constitutionnel*, 1911, I p. 14 et suiv.

註一〇 *Traité de Droit Constitutionnel*, 1911, I, p. 100 et 101.

註一一 Hauriou, *Droit Administratif*, 5 Edit. 1907, p. 1 et suiv., *Principes de Droit Public*,

1910 p. 124 et suiv.

註 | 11 Cf. *Infra*, Chap. IV, §§ 1 et II.

註 | 10 Alcudor, *L'autonomie Financière des Postes*, Revue de Science et de Législation Financière, Juillet-Septembre 1910.

註 | 9 Cf. Chap. VII.

註 | 8 Affaire Croix-de-Segney-Tivoli, Arrêt 21 Décembre 1906, Recueil p. 968.

註 | 7 Conseil d'Etat, 4 Février 1905 (Storch), Recueil, p. 116

註 | 6 Conseil d'Etat, 21 Décembre 1906, Recueil, p. 961; Sirey, 1907, III, p. 33.

註 | 5 Conseil d'Etat, 15 Novembre 1907 (Poirier) Recueil, 1907. p. 820, Revue du Droit Public, 1909, p. 48.

註 | 4 Six Arrêts du Conseil d'Etat, 20 Janvier 1911, Recueil, p. 75, 77, 8. Avril 1911, Recueil p. 481 et 482, Revue du Droit Public, 1911, p. 69, Sirey 1911, III, p. 49., Rap. Conseil d'Etat. 17 Janvier 1913.

註一〇 Conseil d'Etat. 29 Décembre 1911 (Chomel), Revue du Droit Public, 1912, p. 36.

註一一 Principes de Droit Public, 1910. p. 94.

註一二 Chap. VI, § V.

第三章 法律 (La Loi)

處在以主權論爲公法根據的制度之下，大家都承認法律是主權之最顯著的表現。J. J.

Rousseau 曾經再三的這樣說。

依照他的定義，法律是公共意志的形容，藉以處置普通問題的，因爲法律能將自己意志的普遍性和他所欲處置的事物之普遍性歸於統一，所以具有無限的統御權力；並且是常常公平，而人應該無條件的向之服從。J. J. Rousseau 又說：「既屬如此，我們當然不必再問誰制定法律，因爲法律是公共意志的作品；亦不必問帝王是否在法律之上，因爲帝王自己也是國家的一份子；亦無須問法律會不會不公平，因爲沒有一樣東西對他自已本身不公平的；也不必研究人們如何可以自由而須服從法律，因爲法律就是我們意志的登記簿。」（註二）像這樣的推論，所以一般人對之，給他一個很公平的名稱，叫做法律的拜偶像。

法律是當然需要的。因為有他的普遍性，所以成爲對付擅橫，保障個人的妙品。主權者只能在預先規定之抽象的普通規律所許之限度內，得單獨的決定，而有所行爲，這是根本原則。自由的主保障，亦只在這個原則內求得之。凡此種種，都屬無可否認。新公法制度亦不過將此種舊制度的要素，爲之保存而加以確定而已。但在這種制度之下，和 J. J. Rousseau 的主張一樣，均視法律爲主權者之命令，因而不會不公平，任何人均須向之無條件無保留的服從。法律本身之合法與否，不受任何法院置議。至於國家在立法者地位的責任，更屬不成問題。

這樣的法律觀念，對於帝國制度，當然適應。但若主權論不能再爲公法之根本，則此種觀念自然亦歸消滅，這是很顯明的。因此，在近代國家的法律生活之下，假使我們根據實際觀察情形，如准許對於國家提起控訴等事實，都與法律爲公共意志的主張，完全矛盾。那末，我們又可乘此證明公法的變遷了。

一 法律的眞性質及其強制力：規範法律

法律是公共的規律，人類行動的準則。但若近代心理，將各種玄想學說如國家主權，神權，及神授的假設，一氣從政治範圍內排而出之，法律也就不能再視爲公共意志所規定的命令了。而僅僅是立法者個人意志的表現。所云個人，也許是國家元首，也許是國會份子。除此以外，均屬虛玄的假定。法國的法律，是三五〇個下議員，二〇〇個上議員的意思表示，他們在上下議會，常常處於多數者之地位。至於命令，實際上和法律沒有多大分別，不問由何人公佈，總是元首，或官吏的意思表示，其詳俟後再述。

純粹以實際爲本的國家觀念，必引起純粹實驗的法律觀念。雖則近代心理，一致承認法律具有強制性質，甚而具有命令性質，但不能再視之爲上級意志迫使下級意志服從的命令。而官吏與人民均應一律遵守法律。如是，統治者之強制權力，方得正當使用，以確保法律的尊嚴。

照這樣說法，這兩種觀念，豈非矛盾嗎？是亦絕對不然。第一，我們早已說明在統治者之上，還有一種客觀權力。（註二）到了人類社會真正存在的時候，當然需要一種紀律，這是維護人羣的必要條件。近代人士雖將玄妙思想完全推翻，但他們必覺得由社會事實產生之社會行動準則，一定存

在的。社會行動之準則，誰都知道絕非玄妙觀念，亦非憑空的感覺。故近代人士所見到的社會準則，並不超羣而出衆，乃係社會所固有的。他是社會之要素，且逕可視之爲社會的本身。個人對此準則服從，不是一種義務，不過個人既生在社會，且只能在社會以內可以生存，因此就不得不受社會紀律的約束。例如社會準則禁止殺人，強劫，放火等暴動行爲，雖在該準則沒有變爲成文法律以前，亦不能否認其存在。我們都很明白，類似準則之具有強制性質，並非以玄妙或抽象的觀念爲根據，而以管束社會人類的需要爲根本的。

這點明白以後，爲什麼法律具有強制力量的原因，也就容易找尋了。嚴格的講，法律並不具有指揮權力，他是社會準則的成文化，社會準則的自身，本來具有強制力量，所以法律也因此具有強制力量。此種法律，就是我們常說的規範法律(Lois normatives)。(註II)刑法或至少關於規定犯罪的法律，就是最顯著之規範法律。至於規定刑罰的法律，應該置之制定法律(Lois constructives)以內，較爲妥當，此層以後再論。民事立法，也有若干部份係規範法律。例如民法第一三八二條規定原則之條文曰：「個人之任何事實，使他人蒙着損失時，令過失者向被害人負賠償之責。」這便是

規範法律。此外，有許多規定，列入我們的人權宣言內者，大家視之爲先於立法者並超乎其上的準則。

我們主張，規範法律任何人均須服從；因爲他含有法律準則，而爲某一時代某特定國家之心所共同承認的。此種意思，英國學者 Dicey 亦同具此衷，且曾表而出之。氏在所著之法律與公共意見（註四）一書內，曾綜論之曰：「在某一個特定時期，因爲有許多信仰，確信，感覺，被接受的原則，或根深蒂固的偏見存在那裏，由此而造成特定時代的公共意見，或名之謂超越的流行意見；其影響所及，如從廣義方面觀察，簡直在英國直接間接的左右了立法的進程。」（註五）

其實，非僅在英國如此，在其他各國亦何獨不然；非僅在一九世紀如此，在任何時代也是這樣。不過有一點須爲注意，公共意見雖爲立法的主要原動，但必須到了大家認爲已有裁判社會的準則時候，方能發生效力。換句話說，必俟造成此公共意見的個人心理，充滿了法意的時候，方足爲立法的原動。到了一個時期，需要具有強制力量的準則觀念，普遍的深入了社會人心，那末，任何規定準則之法律，必被一致接受；而他的強制性質，任何人都對之十分明瞭而服從了。（註六）

我們應該注意，所謂規範法律，不應和習慣相混雜。法律不是習慣，不過他們都是應付社會需要而在個人心理上成立之準則的形容。同一個準則，每每先在不完全的習慣裏邊表現出來，然後再在法律裏較爲準確的完全表現出來，這種現象是很確切的。法律與習慣之具有強制力量，其根據當然相同。他們都是客觀法律的形容，不過程度不等耳。有時，習慣的形容完全不顯出來，而客觀法律自始即直接在制定法裏邊表現出來。

人們說，行爲準則，在實際上，以社會互助爲根據的。這是很對。不過這個準則，是道德的而非法律的，除非經過了成文的公式化，他的自身，並無命令力量。在他的成文公式化以前，違犯他的行爲，不受任何處罰；遵照他的行爲，亦不發生法律上的效力與社會的制裁力量。所以制定法非僅爲社會準則之變形，且又加上了法律的性質。

在沒有成文法，或至少在沒有證實的習慣以前，當然沒有具有制裁力量與依法制定的法律準則。但此層不足以證明法律準則的自身沒有強制力量。我們前已說過，法律準則不是真正的命令，但爲在社會互助上人羣應爲遵守的紀律。此外，不可將準則的強制性質和準則的制裁力量相

混雜。蓋具有社會制裁力量者，係屬另一種法律，現在尙無適當名稱，故咸稱之謂制定法律（Lois constructives）。

二 制定法或公務的組織法律

制定法律是組織公務的法律，而爲近代法律的主要部份。倘若否認規範法律的存在，亦無何等重大妨礙。統治者所以發出普遍性質而以組織公務爲目的之規條，不過盡其處在社會上應爲的社會職務而已。以上曾經說過，在統治者之先與統治者之上，有無真正法律準則的問題，可以不深究。根據同樣理由，規範法律是否存在，亦不必究問。因爲倘使是存在的，也不過是法律準則之形容而已。

我們相信，法律準則與證實法律準則的法律都存在的。不過這是一個假定。至於承認其存在或不承認之，都是不得已的事實。組織公務爲社會生活的必要條件，因此，組織與實施此種公務之普遍性規定的具有社會價值與強制力量，就是爲組織與實施公務的緣故。從前在希臘時代，發生

一種觀念，且亦深入近代人的心理的，其大意謂，對於公務的組織與實施，統治者應先制定普遍性的規條，以資遵守，僅能在該規條所定的範圍內，得隨意措施而為個別的決定。因為只有這樣，個人對於擅斷者，方可有確實有力的保障。

照此看來，法律的強制性質，同時是很簡單而亦很複雜的。為什麼很複雜？因為強制性質同時一方須以法律的普遍性為根據；他方亦以法律的目的為基礎。為什麼簡單呢？因為他是完全以統治者應該確保公務完成的義務為根本的。

真實的講，倘使法律不是為組織公務的法律，而他的強制力量亦非由此而發生的，就不成其為法律了。所以有許多法律，只有照這樣才能解釋。此外，任何組織法規，換言之，一切規定國家內部組織的法律，也都是如此。我們若承認國家的人格，而謂法律是由國家最高的意志所規定的，就絕對不能說明組織法規是真正的法律了。因為國家怎樣可以自己向自己下命令呢？反之，若以統治者有組織公務的義務為理由，用以解釋法律的強制力量，就很明白了。組織特種公務的法律，具有強制力量，就因為他有這個特種義務。憲政法規與普通行政法規之具有強制力量，因為他們的目的

的，就在使國家能有完善的組織，俾得實施其職務。

人權宣言及另外幾個憲章內所規定的普通原則，也與公務觀念相關聯的。即謂一七八九年，一七九三年與共和三年的人權宣言，及一八四八年規定自由與財產原則的憲章是以個人主義的觀念為根本的；實際上，亦不外確認統治者有組織公務的義務，藉以保障這種自由與財產。關於刑事的法律，亦是這樣。刑事法律是最具有命令力量的法律，換言之，是最具有禁止個人行動力量的法律。但若一究其實在，則殊非施於人民的命令。立法者並不想禁人殺人竊物……他也沒有資格可以發施禁令，而惟在維持公務的安寧，並決定如有人違犯他所規定的犯罪事項，法庭對於該行為的主犯，將處以相當刑罰。所以 *Binding* 曾經說：「具有命令力量的刑事法律，不是為對付個人的。」（註七）因此，倘若知道了社會法律具有命令權力與禁止權力的根據何在，則處罰權的根據何在，就不言而喻了。我們素知統治者有保障人羣內部安全的義務；因為有此義務，故制立法，藉為完成此種義務的利器。而刑法之所以為正當且具有強制力量，其根據亦即在此。

民事法律，尤其關於警察與司法的部份，也不外是公務的組織法規。人們對於民事法律，常常

疑問，怎樣他們也是強制性質的？因爲一般民事法律，例如拿破侖法典第六條，都規定個人得以特約而不照法律規定的原則。民事法律，是備給法官爲解決個人間爭執的利器。固然，在不妨礙公共秩序與善良風俗的範圍以內，個人得以特約而不顧法律；但法官的職務仍由法律爲之準確規定的。遇到問題，先照當事者之特約，以審判其法律關係；無約定時，或不很明瞭時，則應以民事法律爲準。所以這些備爲補充之用的民事法律，也不失爲司法公務的組織法規。其與公共秩序善良風俗有關者，如親族法規，決定身分能力之規定等，以及規定法官的權力與職務的法律，不得以特約廢棄之。違犯此項法規的行爲，法官應宣告其無效。由此以觀，民事法律當然也是公務的組織法規，而毫無疑義的。

總之，就是對於官吏，實際上，法律之內也並沒有任何命令存在。他的力量，是因爲其志在創立公務而發生的。

以現時爲止，我們自認完全以理論爲確定法律特質的手段，故結論每不堅固。所以仍須用分析方法，以確定其性質，並證明與事實相符，而與帝國制度的觀念是相反的。

在主權論的公法制度之下，視法律爲主權的命令，由此而發生下列四種牢不可破的信條：

一、法律是一種決定，只可由人民或其代表發出。

二、法律既是全國最高公共意志的表現，絕不可用訴訟方法批評他，亦無使他負擔任何責任的可能。

三、法律既爲主權的表現，所以同主權的本身一樣，是唯一而不可分裂的。在一國之內，對於任何區域或團體，不能另定特別法律。

四、法律是一種命令，是片面行爲。法律與契約是不相容的，所以不能主張有協約法律 (Lois conventions) 的名目。

到了今日，以上四個結論，沒有一個是對的。法律不是人民或其代表所發出的。法律可爲訴訟的目的物，而使國家負責。一個區域或團體，得有其特別法律；也有協約法律的存在。其詳細情形，當另行論述之。

三 法律與命令

倘使法律是最高權力發出的，當然只可由握有此種權力的機關作成之，這是很明顯的。向來視法律係由代表國家主權行使職權的國會所發出之事實，為絕對原則。深切的講，就是分權主義的理論。一七九一年憲章第三編緒言第三條規定曰：「立法權交給人民自由選出之暫時代表所組織之國會代行之……」第三編第三章第一節第一條，規定曰：「本憲章將下列權力與職務完全交給立法機關代行：提議與令行法律，帝王只可請立法機關對於某項事物加以考慮……」

這樣看起來，立法事務是國家代表者之當然職務，連提議法案之權，亦完全屬他所有。

復次，一七九一年憲章第三編第四章第一節第六條，規定曰：「行政部除依照法律，得為施行法律之命令，或撤回其施行的宣告(Proclamation)以外，不能制定任何法律，雖臨時性質的亦屬不可。」對於這條的解釋，容或有異，其用意則甚為明顯。將帝王所有的命令權力，完全剝奪之。宣告的意義，甚為顯豁，意謂帝王的行為，其本身毫無價值，僅為對於官吏的訓示，藉以命令或撤回法律

之施行，至其本身，殊非具有強制力量的準則。

共和三年的憲法，對於這個原則，亦明白規定曰：「法律是多數公民或其代表者之意志表示。(Directoire)只可依照法律爲施行法律的宣告。」(註八)雖則有如此的限制，但從這個時期起，嘗以 Directoire 的決定名義，發出不少規條。其內容並非宣言，而係具有強制力之普遍性的規定，與法律同樣的使法院與行政機關施行。

在 Consulat 與第一帝國時代，由政府發出的普遍性之規條，其數量增加更速。共和八年的憲法內，改稱之爲命令 (Reglement)，而不復用宣言的名稱。第四四條規定曰：「政府得提議法律，並發佈命令以保障其施行。」用語的變更，殊堪注目。意謂此後所發出的，不僅爲施行法律的辦法，而爲自己具有力量的準則。溯自共和八年以來，政體不問爲君主或共和，但行政部所發出之命令，其數目日益增加。一八一四年憲章第一四條規定，帝王爲法律之施行與國家之安全計，得爲必要之命令以外，其他憲規都將元首發佈命令之權與行政權連帶的給予之，俾確保法律之施行。(註九)不過此種連帶的限制，殊未發生效力，而憲章的具文，恆爲事實所制勝。發佈命令之權，日漸擴

張；發出命令之數，亦大為增加，但均與法律之施行毫無關係的。所以在嚴格的立法之外，還有一種立法，可稱之謂命令的立法。對於個人，行政官吏，及司法官吏，與法律有同樣的強制力量。

關於大總統的命令權，尤其是國會給予的代表立法權問題，其爭議，永無止境，非此處所能盡述，只有置之不論。但是無論如何爭議，今日的元首，除發出附從於正式法律的命令之外，又發出了很多和正式法律無關的獨立命令，且不復有人爭議其合法與否了。例如大總統所發出的關於警察以及一八九九年三月一日及一九〇一年九月一〇日關於汽車之製造與行駛的命令，一九〇一年一〇月八日關於警察及內河航路使用的命令等均屬之。從以上各種命令觀察下來，我們雖用精銳眼光，亦絕對無從辨別其與法律之異點何在。而與法律同樣的為普遍性之規定，均足使人民，行政官吏，及司法官吏遵從。任何行為之違犯命令者無效；與違犯法律者無效，一無差別。

這並不是說大總統對於任何事件，均可發佈命令。當然屬於立法範圍的事項，只有國會可以制定。但此係管轄權利問題；至法律與命令之性質，不會因此而有何歧異的。

進一步講，法律與命令，在某一時期即或有何本性上的歧異，但依事物之自然演進，此種歧異，

終必歸於消滅。即或有歧異存在，亦僅如 Haurion 所謂：「法律是限制個人自由活動的普遍性之規定，命令是以確保公務之組織與實施爲目的之普遍性的規定」而已。（註一〇）我們在本章第二節內，已經證明法律是爲公務的組織與實施而規定之普遍性的規條。則與 Haurion 所說之命令，有何區別。不問法律是否逐漸演進而與命令相混，或命令漸與法律相近，都毫無關係，其結果總是一樣。主要之點，就是變遷已經發生，完全具有法律性質而並非由代表國家主權者之機關所發出的規定，已屬不少；因此法律觀念與主權觀念不再相連而毫無關係了。（註一一）

還有一點，應該注意，對於命令不合法或越權的控訴，予以接受；對於法律有何瑕疵而提出之控訴，則不接受之。不過這個異點，殊不足爲法律與命令性質不同的佐證。況此種異點，且已漸形消滅。有幾個國家內，此種歧異，且已絕迹。控訴之被接受與否，並不以關係法律之內部性質爲準，而視制立該法律者（或機關）之性質爲移轉。對於法律提起之越權之訴或不合法之訴，拒絕接受，其原因，不外現在的法國，還沒有准許立法者之行爲得爲訴訟目標的緣故。這是以立法機關爲國家主權之代表的陳腐觀念。於以下兩節內，可以見到對於立法行爲的越權或不合法之訴，亦將受理

了。

四 對於法律的爭訟

在帝國制度的觀念之下，對於法律，當然不能有任何非議。他是主權者意志的公式化，而為法律準則的表現。我們不能在任何法庭批評法律，因為法庭職在適用法律，且從法律的定義講，又是國家一切法令的根源。復次，主權是不可增損的，法律既是該主權之直接表現，當然沒有一個權力可以估計他的價值，這也是不能非議法律的理由。

在英國，這種觀念，至今還是如此而一無變動。有一句俗諺說：「英國的國會，除不能將男子變為女子以外，無論什麼事都可以做。」Dicey 曾將這個原則的意義和範圍，提綱挈領的為之明白解釋。據他的意見，法律家口裏所說的國會，即指帝王，元老院，與下議院三者而言。國會主權，照英國憲法的定義，就是制定或不制定法律的權力。並且藉此表示英國法律不承認任何人或任何團體，有輕視或捨棄國會制定之法律的權利。（註一二）

英國的態度，仍舊如此，至少在現時，還沒有進步之趨勢。至於美國和法國，則反是，已有很顯著的演進發現。不過在法國，還沒有完全實現。其起點，就是當一八世紀的末葉，法國美國都承認在普通法律與憲法之間，有個區別，後來 Dicey 稱憲法為硬性法律，藉以避免混雜。關於該區別的經過，尤其是法美兩國人士對此問題主張之互為影響，非此處所能盡述，只有暫置不論。（註一三）

當一八世紀末葉，此種區別，在法美兩國，成為公法上重要原則之一。不過雖屬重要，亦不應過分重視；因為這種區別的意思，並不在承認普通法律之立法者與憲法的立法者，在他們的所屬權限內，具有同等主權。也不是承認憲法立法者之主權，高出於普通立法者之主權。處在以主權論為公法根本的制度之下，只可有一個主權，而不能有等級之分。凡屬法律，不問憲法或普通法律，一樣是國家主權意志之表現，是唯一無二的，其餘不必多講了。不過有一點應該注意，制定憲法的方式，與制定普通法律者不同。前者，只可依照憲法，或根據他自己所定的手續，得以變更，普通法律是不能修改或廢止憲法的。

此點一經明白，我們就可知道這個問題，為什麼不能不在法美兩國發生的所以然了？當普通

法律之立法者制立了違犯憲法的法規，可否提起訴訟使之撤銷？是否有相當管轄法院爲之判決而撤銷？這是都沒有的。尤其在法美兩國，沒有如此辦法。固然，共和八年憲章第二一條及一八五二年憲章第二九條規定，對於不合憲規的一切法令（立法機關制定的法律亦包括在內）授保守的元老院以維持或撤銷之的權力。但在第一第二帝國時代，元老院對於此種職權，都沒有實行。實際上，反而成爲君主藉此隨意修改憲法的工具。

還有一個與第一個問題相連帶而不同的問題，就是在民庭或刑庭的被告，對於對方所依據的法律，可否提出該法律不合憲法的抗訴？對此問題，管轄法院雖未將該爭議之法律撤銷，但可否以其不合憲法，而駁斥原告之訴？在美國是可以的。法院均接受違憲之訴，而不再適用不合憲規的法律。判例亦如此態度，但任何法院，即或聯邦最高法院，也都不能有撤銷法律的權力。

在美國，怎樣達到這個地步，而有如此的辦法？蓋當美國爲英國殖民地的時代，美國法院對於在逾越英國所授予的立法權以外所制定的法律，恆拒絕其適用。此種陳述，對於上列判例的成立，影響甚大。聯邦與各邦間法律抵觸之解決辦法，其影響亦不甚小。聯邦憲法第三章第二節第一目

的規定，實際上雖與本問題無關，但大家視之爲上列判例的柱石。而聯邦最高法院的判決，對於美國法律的發展，自然亦無重大影響。以上諸點，都係有趣問題，我們雖不能深加研究，但學者對之，每甚關切的。（註一四）

法國的趨向，與美國不同。向來有一種信條，法院對於法律，雖明知其不合憲法，但對於該法律不合憲法之抗訴，則不能接受。雖法院對於命令或元首以立法者之代表資格所爲之命令的違法抗訴，予以接受；但對於法律不合憲法之抗訴，仍持原有態度。此種信條的根據，就是依照刑法典第四七一條第一五款的規定，更擴充而適用之於其他一切命令。

不必多說了，學說與慣例，向來一致主張法院不能審核法律的合法與否，不能認之爲違憲，而拒絕其適用。此種辦法的主旨，不外如下：法律就是主權的表現，法院不能制裁主權，對於主權的決定，也沒有非議的可能。這是一般人對於國家與法律觀念的當然結果。法官是國家的僱員，如何可以反對國家在立法者地位的意思與其所願意的東西呢？既經沒有此項權力，當然不能有何措施。不過一般人對於拒絕違憲抗訴之理由，其解釋微有不同，而恆以分權原則爲根據。依照分權

論，法院或其他種司法權力，絕不能侵犯其他立法與行政的權利。一七九一年憲章第三編第五章第三條曰：「法院亦不能跨入立法權的使用範圍……」

又一七九〇年八月一六日的法律，其第二編第一〇條曰：「法院不問直接間接，完全不能參與立法權的行使，亦不能阻止或中止業經帝王批准之立法機關的法令，否則就是瀆職。」

但在實際，上列條文，與本問題殊無關係。且依分權原則，其結果必非如是。法院因法律違憲，而拒絕其適用，並未跨入立法權之行使，也沒有中止法律的適用，而照常具有他的完全力量。不過對於目前所欲裁判之案件，則不予適用；這就是因為司法權與其他兩權各自獨立而平等，所以不能強制適用他所認為違憲的法律。美國人對於此點，知之甚明，即根據分權原則，而承認法院有考量法律是否違憲之權。倘使以適用違憲法律之義務，加之於司法者，無異說司法權在立法權之下，而使前者附屬後者，勢必違反分權原則。法國不准法院考慮法律違憲與否，其理由，不外因為法律是國家主權意志之表現，應該完全而毫無限制的強迫施行。

五 學說與判例

倘使照我們的意見，這種法律觀念，應該消滅。那末，必需另有一個強有力的新觀念以承其乏，而承認法院有考慮法律違憲與否的權力，現在的學說與判例，的確就有此種趨勢。不過在目前，司法判例對於違憲的抗訴，常常駁斥的。法國法院遇有此種問題，仍持原有態度而依一八三三年的先例辦理。該先例的事實，係當時有某新聞記者，對於一八三〇年一〇月八日之法律，向大審院提出違憲抗訴，被該院駁斥，其理由曰：「按一八三〇年一〇月八日之法律，是依照憲法所規定之方式制定的，殊不能以違憲為理由，而在法院之前加以攻擊。」（註一五）

反之，法國學者的主張，平政院的判例，以及還有幾個向來採仿法國制度之國家的法院判例，現在都承認法庭有考慮法律違憲與否之權的顯著趨勢。換言之，對於在各法院請求適用的法律，其本身是否合法，法院有審核之權。一八九四年曾任教授現充下院議員的 Beauregard，在 Monde Economique 雜誌內發表一文，毅然曰：法律為設立制度的鎖鑰，但若違憲，則法院不必

再加以任何顧慮。無論何種稅則，只可由國會決定後，方得徵收。一八九五年 Jaze 很直爽的主張，如法律顯然的違反憲法，法院可不適用之。因為兩種法條互相抵觸的時候，應維持地位超越的憲法（註一六）在今日，很有許多人，主張公開的給法院以考量法律違憲與否之權。（註一七）

Haurion 對於一九〇九年八月七日平政院判決的態度，亦為同樣的主張。當時平政院不願將除退罷工的郵務人員之命令撤銷；但該命令確是違犯一九〇五年四月二二日財政法律第六五條規定，凡未經先為通知或至少未經使人知悉以前，不能除退官吏之明文。Haurion 很公正的評論曰：平政院的判決理由，殊不足以證明其辦法為正當。此種辦法，只可依據一九〇五年法律第六五條的規定，而認之為亦可施之於因罷工而被開除的官吏。但若如此，該法本身已屬違憲，而與國家存立的根本原則，亦且不能相容。因為不斷的施行公務，為國家存在的根據；今平政院維持該除退官吏的命令，則無異拒絕適用違憲的法律。（註一八）

Haurion 的主張，甚合理論，與我們所主張之近代國家觀念，很相契合。就是，近代國家是由統治者管理而保障的許多公務之總彙。

Berthélemy 教授對於法院具有考核法律違憲與否，及拒絕其適用之權，亦加贊同。並說：「我們毫不猶疑的附從這樣見解。」（註一九）

現在，歐洲許多國家，均很顯明的走入此途。在德國，Laband 教授說：「這個問題，經過許多德國學者的討論，終究因大多數贊成法官應具有此種審核權力而得以解決」（註二〇）。那威法院，對於違憲法律拒絕其適用之事實，由司法職務之合理性質演繹而來，不必要根據什麼明文。一八九〇年，那威最高法院，一八九二年 Christiania 地方法院，先後明認之。一九〇四年 Aréopage 第一法庭，也毅然的採此主張。（註二一）

一九一二年二月二日，Iltov (Bucarest) 法庭亦採此辦法，且於一九一二年三月一六日復經羅馬尼亞最高法院爲之確認。其判決曾經很明白的著爲文書。這個判決，很受到 Berthélemy 與 Jeze 兩人對於 Bucarest 市與某電車公司涉訟案件所表示意見的影響。該公司向法院請求拒絕適用一九一一年一二月一八日的違憲法律，以其違反羅馬尼亞憲章第一四與三〇條之規定，並妨害其財產權利爲理由。Iltov 法院對此抗訴，予以接受，並有很明白充分的判決書爲其

根據(註二)

一個月以後，這個判決，復經羅馬尼亞的最高法院加以確認，其判決文曰：「關於某一訴訟所援用的法律，如與憲法相反，法官對此抵觸，不能不爲之裁判，而應取對付兩種普通法律互相抵觸的同樣態度，從兩者之間妥爲解釋而決定適用其一，今雖一方爲憲法，但應取同樣方法以解決之。這是法官的權力，也是他的義務。如是，對此情形，司法官吏之具有審核法律違憲與否之權，自屬無疑。法官既有適用法律之權，則審核違憲與否之權，實爲其職權上應有之合理結果，對於憲法，當然也是一樣，並且在憲章內並無對於司法官吏剝奪其此種權利之規定。」(註三)

從上面所述的種種看來，即在歐洲各國的判例，還沒有完全准許當事者對於違憲的法律，得向高級法院抗訴而達到撤銷之目的。但對於違憲的抗訴，准予接受的趨勢，已屬明甚。法國判例在最近的將來，爲時勢所迫，亦將採此辦法，而平政院或將首開其端。在前幾頁內，我們已經說過，Hauriou 曾經很合理的解釋一九〇九年一月九日的判決，其意謂，倘若一九〇五年法律第六五條對於除退官吏的命令亦可適用，實爲違犯近代國家根本法律的顯著明證。向來平政院對於

公共行政命令，雖爲代表立法者之行爲，但若非法，則凡對於該命令所提起之抗訴，統予接受。從一九〇七年以來，平政院對於一切公共行政命令的越權之訴，均予接受。惟仍視此種命令爲代表立法者所爲之命令。（註二四）既爲代表性質，則應視公共行政命令爲國會的行爲。因爲代表二字，如非一無意義，則必有由一個機關將其權利交與另一個機關的事實，方足以言代表。

對於立法者之公共行政命令的越權抗訴，既准予接受；則平政院對於正式法律的類似抗訴，亦應准許。其間相差至微，很易解決。因此，於不遠的將來，勢須承認法院具有審核法律違憲與否之權，而接受對於法律所提起的越權之訴了。

數年以來，下議院會已接到這樣意思的提案。一九〇三年一月二十八日 Jules Roches, Charles Benois 及 Audiffred 曾經提一議案，主張在一八七五年二月二五日憲章內，加上第九條，其條文曰：「設置一個最高法院，使之審判公民對於立法權或行政權侵犯他們憲法權利的請求。」同時，Charles Benois 亦提議設立一個最高法院，處理侵犯公民之權利與自由的案件。

（註二五）

註1 Contrat Social, Liv. II, Chap. VI.

註11 Cf. Supra. Chap. II, § IV.

註12 L'Etat, le Droit Objectif et la loi positive, 1901, p. 551 et suiv

註13 Law and Public Opinion 2nd Edit. p. 19.

註14 Op. Cit., p. 18.

註15 Deslandres, Etude sur le Fondement de la loi, Revue du Droit Public 1908, p. 37.

註16 Binding, Die Normen, I, p. 66, 2e Edit., 1890.

註17 Constitution an III, art. 144 §§ 1 et 2.

註18 Notamment charte 1830. art. 13; Const. 1848, art. 49; Const. 1852, art. 14, Les lois

Constitutionnelles de 1875 Ne Parlent Pas expressément du Pouvoir Réglementaire.

註19 O Hauriou, Droit Administratif, 7e Edit. 1911, p. 50.

註20 Moreau, Le Règlement Administratif, 1901; Inguit, Traité de Droit Constitutionnel.

1911, I, p. 137, 201 et suiv. II, p. 451 et suiv.

註 | 11 Law of the Constitution, 8th Edit. p. 469-476.

註 | 111 Borgeaud, Etablissement et Revision des Constitutions, 1893; Gujane, De la Distinction des lois Ordinaires et Constitutionnelles, thèse Bordeaux, 1905; Duglnt, Traité de Droit Constitutionnel, 1911, II, p. 513 et suiv.

註 | 112 Nérin L'organisation Judiciaire aux Etats-Unis, 1909, p. 36 et suiv; Larnaude, Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1902, p. 179 et suiv; Boudin, Political Science Quarterly, juin 1911, p. 338.

註 | 114 Sirey, 1833, I, p. 357.

註 | 116 Revue Générale d'Administration, 1895, II, p. 411.

註 | 117 Saleilles, Thaller, Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1902 p. 240 et suiv.

- 註一八 Haurion, Note sous Conseil d'Etat, 7 Août 1909 (Winkel), Sirey 1909, III, p. 147.
- 註一九 Berthélemy, Note sous Jugement du Tribunal d'Ilfov. (Bucarest), Février 1912, Sirey 1912, IV, p. 12.
- 註二〇 Laband, Droit Public Edit. Française 1900, II, p. 322.
- 註二一 Revue du Droit Public, 1905, p. 481.
- 註二二 Voir la Consultation de MM. Berthélemy et Jéze et le jugement, Revue du Droit Public, 1912, p. 139; Sirey, 1912, IV, p. 9.
- 註二三 Le Texte de l'arrêt, Revue du Droit Public, 1912, p. 365 et suiv.
- 註二四 Conseil d'Etat, 6 Décembre 1907 (Grandes Compagnies), Recueil, p. 913; Sirey, 1908, III, p. I; 26 Décembre 1908, Recueil, p. 1094; 7 Juillet 1911, Recueil p. 197
- 註二五 Journal Officiel, Documents Parlem., Chambre, 1903, Session Ordinaire p. 95 et 99.

第四章 特別法律 (Les Lois Particulières)

從其他各點觀察，我們更加覺得法律不再是國家最高主權意志的命令了。現在我們將法律在近代社會裏所完成之深切變遷情形，略爲論述。帝國制度的公法，亦有他的邏輯，殊無庸多所非難。照他的觀念，國家是民族在特定地域成爲政府形式的組織；國家主權是一種命令意志，在同一國土之上，不能有其他相等或超越的個人或團體意志存在。帝國是唯一而不可分的，人民，領土，及主權，也是一體而不可分的。一七九一年憲章第三編緒論第一條，與一八四八年憲章第一條，規定曰：「主權屬於民族，是唯一而不可分的。任何部份的人民，或無論何人，不可隨意使用之。」就是這意思。

此種觀念，對於法律的影響與結果，很容易見到。法律是主權者意志的表現，唯一而不可分的。在一個領土以內，只可有一種法律。同一民族的份子，只可向一種法律服從。部落的法律，團體的法

律，是不可存在的。不過說雖如此，我們在同一國家領土之內，國家法律之外，還看見許多的地方法律與團體的法律，而均爲人民與法院所遵從的。

一 地方法律

帝國觀念與聯邦主義，是完全不能相容的。所以 *Convention* 竭力的攻擊一切真的或假的聯邦運動與企圖。 *Convention* 很明白聯邦主義就是今日所說之地方分權。換言之，就是各領土區域，不問大小（如省縣……）各有其代表機關，制定各自的法律而依照施行。此種情形，殊與主權的唯一性質相反。一七九一年憲章的作者，曾經很明白的這樣宣言的。一七八九年時，國會雖曾制立地方行政分權制度，規定地方官吏以選舉定之，并嚴格限制政府的監督權力。但共和三年憲法第三編第四章第二節第二與第三條，則仍謂行政者（指各地方的）並無代表性質，他們是由人民推選的定期代表，在君主的監督與權力之下，執行行政職務。因此，地方機關雖出自選舉，但非地方團體的代表，該團體倘或有何意思，亦並沒有代表者爲之制立地方法律，藉以表示。總而言

之，只有一個國家，一個民族，一個主權，與一種法律。

到了今日，帝國制度之下的守舊者，亦感覺到有所謂法律的分區 (Morcellement)，尤其是法律的地方化 (Régionalisation) 發現了。此種趨勢，最先在聯邦國家內出現，因為有聯邦與各邦法律，在同一領土同時施行之事實，為之先導。我們現在不加多論，並不是因為此種政體已盛行於北美洲、德國、瑞士，且於最近之將來，或更擴張其範圍，因而無庸多講。但因為帝國制度的法律觀念與聯邦制度，很明顯的對峙着，我們前已言之，殊無解決之可能，當然不必再事喋喋了。(註一)

至於實際，非但在聯邦國家，有此情形。就是在單一國家，亦何嘗不然。譬如法國，就有法律地方化的趨勢發生。在原則上，法律須由中央政府制定，凡在其領土者，均適用之。但在國家法律之旁，還有地方法律發現。

自一八七一年以來，在法國，常常討論分權問題。一八七一年八月一〇日關於縣議會的法律，對於分權，更為進一步之表示。一八八四年四月五日之市議會法律的擬草者，制立純正的分權制度，惟屬無甚根據。近年來，兩院屢次接到提議，主張將區 (Region) 代省，並授予自主實權，兼以擴張

縣的權力。善意者希望連名保單及少數代表選舉制度的改革，成爲達到分權行政制度之大改革的初步。但是結果，選舉制度與行政制度的改革，均未成就，我們現在只有就事實推論。

在今日，無論在實際或在法律，各縣或至少各大城市，都有他自己的立法，與國家法律完全分立，這是無可諱言的。照我們的觀察，上列情形，大概係指大城市而言，因爲大小各縣的市政制度雖屬一樣，但時勢所趨，大城市的自主，無論於實際或於法律，均已明確。至於小城市，則僅如此說而已。並且市政制度與自主權利，均由國家法律規定而授予的，當然可以撤回。不過城市的自主權力，確漸增大，欲完全收回此種權力，恐屬不可能。

但是對於某種事務，例如關於警察與城市公務的組織，縣長恆用命令名義，有制定真正縣法律之權（一八八四年四月五日法律第九七與九八條）。這種命令，都係實在的客觀法律。對於住在該縣區域內者，均適用之。雖不能藉此以變更國家關係法律的內容，至少對於本縣，能增加國家警察法律原來所定的義務。縣的命令與法律無異，其條文都是普遍性質，具有刑事上的制裁力量，而應向之服從。遵照他的個人行爲是合法的，並能發生法律上的效力；違犯他的，可以請求撤銷，或

使之負相當責任。

無論照法律，習慣，或判例那一種講，縣法律應該用地方機關的名義制立。法國各縣的縣長由縣議會選舉之，而縣議會由各該縣以普通投票 (Suffrage universel) 選舉之。一八八四年法律不承認縣議會能以縣立法機關的資格約束縣的命令，但習慣則承認之。在法國，各縣都有此種權力，而新近的法律如一九〇二年二月一日關於保護公共衛生的法律等，均規定使縣議會參與制定警察命令的工作。現在，大家都承認省長殊不能以中央政府的代表資格，變更縣的命令，而只可以其違法為理由得撤銷之。若縣長對於治安業已用盡警察上的必要方法，省長即不能將其撤職或取其地位而代之。倘省長對於此點有越權行為，縣長得對於省長的決定，提出抗訴。從此可知縣長為真正的立法者，並不依附代表中央的省長以行使職權，而自為分權的地方團體之代表。

平政院有幾個判例，就照這樣措辭的。一九〇二年六月七日的判決，認 *Néris* 縣長對於 *Allier* 省長的抗訴為有理由。其內容為 *Néris* 縣長視 *Allier* 省長對於遊戲場上賭博事件所發出的規則，與其本人所發出者，有抵觸之處，故提出控訴，平政院對之，認為有理由而予以接受。

(註二) 到了一九一〇年，平政院將此判例復加以確認。一九一〇年，某縣長依照其前任禁止迎神規則爲一決定，省長將此決定撤銷，該縣長遂提抗訴，平政院亦認爲有理由而予以接受。(註三)

由責任一點觀察，縣的命令也是真正的法律。平政院有很顯著的趨勢，根據縣命令而承認縣的責任。對於此點，其所定辦法，很與使國家對於法律應負責任的判例相近似，這顯然是承認縣法律是真正法律的意思。因爲由此所生的責任，是由縣負擔的。

縣長應負此種責任的事實，曾由平政院（一九一二年六月一日）在對付某縣長非法規定教堂鳴鐘次數，尤其對於規定民事殯殮的鳴鐘的決定時，明爲確定，將該非法的決定宣佈撤銷，同時並承認教士因縣命令所蒙之道德上的損失應由縣負責的原則。(註四)

二 分權公務的法律

不但有各地方的法律，並且各種分權的公務，亦各有他的法律。這種公務的分權，是現代最有意義的現象。

我們已經指出，在近代國家，尤其是法國，各種公務因為由各部人員分頭辦理，而也發生分權的事實。不過此種辦法，僅可施之於專門技術的公務，對於戰爭與司法公務，則不甚適用，仍由統治者直接指導之。

完全分權的公務制度，其要素，除各該部份的負責指導人員參加外，復以該關係公務的全體人員參與合作，是為公務之產業化（*Patrimonialisation*）。換言之，就是將公務的某獨立部份之施行，在政府監督之下，交給負責者去辦理；而以必要費用制度（*Système des dépenses obligatoires*）為監督的方法。什麼是必要費用制度呢？就是遇到分權公務之經理者拒絕負擔費用的時候，由政府將施行公務的必要費用，自動的列入預算內，使之撥付；而以辦理人員對於被治者應負嚴厲責任為公務分權制度的對待，藉以維持兩者間之衡平。

這樣的組織辦法，現在雖屬初步，不過我人所欲證明者，僅在此種演進，已經很顯明的發生，而公務分權趨勢的發展，且為增加公務數類及使國家權力不至過分而免併合個人意志的條件。

法國的公共事業，就是公務分權的顯例。也是公務的產業化，而由負責人員組織經理機關以

管理之，得爲相當的自由處置。在今日，其權力雖歎太小，以後或將擴大的。一八九六年七月一〇日的法律所設置，而依一八九七年命令組織之各大學，他們都有獨立的產業，在國家監督之下，由委員會管理之。該會份子，除校長外，由大學教授互選之同僚組織成之。高等教育之教授具有確實的保障地位，而受大學委員會紀律的管轄。所謂大學委員會，其實就是合作委員會。在他的上邊，還有教育的最高委員會，委員人數，大半出自選舉。對於大學委員會的抗訴，卽向最高委員會爲之。

與公務的獨立組織潮流並行發生的，就是規定各種公務人員應有地位的趨勢。其目的有二，而互相密切關連的。一方面爲保障公務人員，得以抵抗擅專的待遇，俾有鞏固的地位，一定的進級，而不受政治的影響。另一方面，冀使公務人員與公務密切連繫，藉使公務得以妥善施行。二者之間，以第二目的爲最重要。由此以觀，公法的保障公務人員，並非爲他們的私人利益，而首在保證公務的善良管理。故可謂公法僅於公務的有利範圍內，保護公務人員。至於公務人員的地位，則視公務之種類而不同的。近幾年來，下議院會接到規定公務人員的普通地位之提議案，而僅將數種公務人員除外。一九一一年終，下院議員 Maginot 對於此點，曾有明白的報告。但下院猶未討論該案。

且恐永無議決該案的希望。按公務之種類，既如其不同，欲給予同一的地位，實屬不可能。本問題之解決，惟有對於每種公務人員給予各別的地位，並應於主管機關與公務人員之代表的同意後，方能規定之。

在公務的分權 (Décentralisation) 與公務人員的地位中間之密切關係，得於一九一一年七月一三日財政法律第四一條以下規定給國家鐵路公務以相對自主權力的條文內見之。該法第五六條有設置鐵路參事會的規定，該會至少須由部長於鐵路的各委員會選出之代表中選擇四人，參與組織之。參事會對於鐵路人員之地位的關係規定，應表示其意見（第五八條第二項）。此項地位，依照第六八條規定，應於主管機關與鐵路人員的代表同意後之年內，切實施行之。當時有少數人員不無非難與抗議之聲，但終歸沈靜，而所規定的地位，即從此施行。凡事應該注意事實，因為他的本身是很有趣味的。在最近的將來，如無狡僞之革命手段，自為方便，不顧其他的來阻礙或曲弄其正常演進，則各種專門技術的公務，或相繼的歸於同樣組織。

我們之所以指出公務分權的事實，因為此等事實已經發現了。對於各種分權的公務，應為之

制定與國家法律不同的特別法律。分權與產業化的公務，各自成爲法律上的一個單位，應該有他的特別法律，並能自己規定其組織與實施。爲達到此種目的而制定之規律，也是真正的法律，而爲普遍性的規定，且具有制裁力量。凡違犯他的行爲，必歸無效，並可對之提起越權之訴。

我們說，各種分權公務的特別法律應與國家的一般法律互相分立。證之公共事業的法律，益覺可信。大城市的留養機關，其行政是獨立組織而自有其法律的。違犯他的任何行爲，一經提出越權之訴，概歸無效。平政院的判決，就採這樣態度。所以獨立公務之法律與國家的普通法律，無論在目的及制立機關各方面，都有區別的。我們可以說，每所大學對於公務的施行，都有他的規章。因此，每個大學委員會，都有他的立法權。

三 地位法律與紀律法規

各種獨立公務的人員，都有他們的特別地位。因此，我們覺得各種分權公務各有其特別法規一端，更加確實。地位云者，在現在已成爲法律上的用語，普通係指特定人羣中間某一分子的法律

地位。因此，所謂某特定公務所屬人員的地位，就是因為他們屬於這種公務，遂有特別的法律地位。倘若有所謂一切公務人員的普通地位存在，當然應照國家普通法律規定。但此種地位，似與一般公民的地位相抵觸，不過這是為國家全部組織的利益起見，故國家立法者才有此種抵觸的規定。至公務人員的特別地位，則很不相同，而為直接與其公務本身相聯繫的特別地位。公務機關，往往參與各該公務人員地位的規定，甚或由其獨立制定之。故其所規定之地位，只可施之於各該公務的所屬人員。因此在國家法律之外，還有公務的特別法律存在。其目的，係為其所屬人員規定特別地位。

我們已經說過，一九一二年九月，為國家鐵路僱員規定之地位，成立於主管機關與僱員同意之下。內有不少為僱員規定特別地位之規條，其條文都係普遍性質，且具有制裁力量，而均是法律；但非國家全體的法律，而僅對於全民之特定部份適用。該法律的原始客體，與目的如何，得於該特定部份人民的內部探求之。

在上列的敘述內，或可為公法的最難問題找出一個解決辦法。德國學者與近時的法國學者，

對此問題，很加研究而注意。問題維何？就是紀律法規（*Droit Disciplinaire*）的性質與根據。其真相如下：同一事實，爲什麼可爲紀律制裁的客體，但不受任何刑事制裁？復次，同一事實，爲什麼同時可爲刑事制裁與紀律制裁的客體？

從近來對於本問題的著作看起來，很可以看出一種趨勢，主張紀律是對於一部份人民的法律，而與國家法律互相區別的。*Jellinek* 教授，就是這樣主張。他認國家人格爲公共權力之主觀法律的主體，而將這個觀念說得非常明白確實，並於法律內規定客觀法律，但毫不遲疑的承認紀律制裁與刑事制裁不同。其異點，在於紀律制裁非出自國家統治權力的一點。並謂紀律的制裁權力屬於州、縣、教會、會社、家庭、公共事業機關，更或個人；但此種人羣或團體，與國家完全不同的。（註五）

Bonnard 教授，似已窺見紀律法規的真性質。他的論著似很顧及事實，據他的意思，紀律法規是與國家有區別的團體之刑法。所以紀律法規與刑法的原始及內容，是絕對不相同的。氏又謂，在近代公法之下，各種公務趨於合作式的組織；質是之故，公務的紀律法規，是公務員合作組合（*Corporation*）的刑法。這種情形，是與近時法律及命令，將紀律法規授於各種公務員合作委員會

的事實，很符合的。（註六）

Bonnard 稱紀律法規爲組合的刑法。其主張實屬過於狹隘，或則他用組合的名稱，並不照其在歷史與法律上的狹隘意義，這是當然可能的。復次，他說，公務都趨於合作式的組織，而毫無限制，亦未免過分。不過，紀律法規既非民族法律，又非國家法律，而爲與民族國家有區別而具有相當獨立權力之團體的刑法，也是無庸爭議的。例如會社，地方團體，社會團體若家庭，職業工團，都是有相當獨立權力的團體。此外，還有一種組織，雖沒有真正組合的性質，但亦自成一體。故各種公務，越是能夠自立，越是趨於分權，且亦將具有組合的形式了。

特種公務人員的紀律法規，就是他們的刑法。公務既有組織法，也有刑法，其根據亦與一般具有制裁力量的法律相同。換言之，就是同以處罰侵犯同一團體生存的任何行爲的必要爲根據的。準此以言，公務人員須服從兩種絕不相同的刑法：一爲國家的刑法，一爲所屬公務的刑法。他們的權限，是不相混雜的。前者以確保國家的安全爲目的，後者，則注重於依照公務組織法規切實施行的公務爲前提。因此，同一事實，可被兩種刑法處罰，而刑事制裁與紀律制裁是互不能排斥而獨存的。

以上所言，豈非與帝國制度之下，同一領土的人民，只有一種法律的觀念，很相反對嗎？

照此，紀律法規是特種公務所有的客觀法律之一部份，而絕不能阻止其依法成立的。應該受懲戒的行爲，由公務法律決定之。只有符合紀律法規的事實，方可提付懲戒，處罰的種類，是有限制而列舉的。有紀律權者，只可依據證明之事實，而宣告懲戒，應由真正的法院爲之；對於違犯紀律者，並應給以在普通法院同樣的保障。

紀律處分的演進，當然照這樣的意義，對於若干種公務員的懲戒，由真正的法院施行之。譬如官吏最高委員會，其實就是大審院各庭的合議庭。教育最高委員會，也是真正的法院。有幾種公務，其處罰標準是分等級的，至於應爲懲戒的行爲，不久當有各關係公務的法律爲之規定的。

紀律法規是步步隨着公務的獨立趨勢而演進的。所以在國家刑法之旁，又成立了另外一種刑法，而公法的單一與帝國觀念，就很顯明的趨於消滅了。

有幾種公務人員，在特別情形之下，受特別紀律法規的處分，議會的議員，尤其是國會的議員，就是這樣。

議會的規程，形式上不能視爲法律，而爲各議會自己的單純決定。但對於各該議會及其議員，實質上也算是法律。議會固可修改規程，但於其存在期內，議會亦應遵守之而受其拘束。此種規程也規定對於議員的處罰，而爲一種真正的刑法。例如下議院規定之暫時出會的懲戒處分，不啻是一種刑罰（第一二六條）。此種特別刑法，由議長或由議會施行之，與法院的裁判行爲，毫無分別。若照法律是主權意志表現的學說講，則就說不通了。因爲此種法律，並非由憲法規定之機關制定的，但亦俱刑法的實質，而爲普遍性的規定，這是很難解釋的。我們的意思，則主張每一個議會，是個自主團體，對於自己及其所屬份子，有立法的權力，得以制定懲戒法規，以爲該團體的刑法。（註七）進一步講，倘視立法機關不是一個組合團體，而爲一種自主的公務，則更簡單而明白了。那末，議會規程當然是公務的法律；因爲既屬自主性質，當然有他的特別法律。

四 會社的法律

卽或議會不是自主的組合，但有許多團體確有此種性質。會社運動 (mouvement associa-

tionniste) 尤其是在今日具有工團色彩的會社運動，仍舊是一九世紀末期與二〇世紀初年最顯著的社會現象。我們知道革命時代，沒有准許人民有組織會社的權利。一七九一年六月一四至一七日的 Chapelier 法律，且明文禁止職業會社曰：「消滅同樣地位與職業的人民組織，是憲法的根本原則之一……」刑法典對於在二〇人以上的會社，亦處以很嚴厲的刑罰。（二九一與二九二條）

此種態度，很合邏輯。會社是國家內部的組織團體，豈非將國家分化。他亦有特別法律與國家者不同，在帝國制度的觀念之下，這是絕對不應該的。因為個人是全民族的一份子，並且只可為全民族的一份子，而以服從國家法律為享有自由的條件。倘若有他種團體存在，而服從他種法律，勢必與主權的單一性質相背反了。

此種完全合理的意思，在 Chapelier 法律內說得很顯明。職業會社的存在，對於自由原則與憲法的根本殊相背反，所以不論他根據的事實如何，理由與形式如何，都禁止他的組織。尤其對於同樣地位或職業的人民，特別禁止他們假借共同利益為理由而制立任何規程（第二條）因為

這種團體法規，實在直接與國家法律的單一原則，相抵觸的。

現在，這些可怖的會社與工團運動，非但業已發生，並且日漸擴大，則法律為國家主權意志命令的觀念，當然歸於消滅。我們亦不能再說會社的規程不是法律而是個人的契約規定了，因為這是很錯誤的主張。除落伍的學者外，無人為之擁護了。Chapelier 法律的作者，並未錯誤，他們也知道各種會社規程的真相，可用之以號召其所屬的份子，就是為了這個原因，所以指他是違憲而加以禁止。一九〇一年七月一日關於集會自由的法律，固然宣稱在原則上，適用民法第三編第三節關於債權的規定，但這是一個立法上的錯誤。還有一點，應該注意，一九〇一年法律，與帝國及個人主義的觀念，處於敵對地位，而為打倒此種觀念之社會演進的產物與要素。但該法之制立者，則仍刻刻依據傳統原則。這是一個充分的新證據，就是該法律制立者之深思熟慮，與該法律的制立，殊未有何影響，而忘卻其真精神之所在。

會社的規程，並非契約性質的規定，而為實在的法律。現在我們沒有加以精深研究的意思，而僅言其主要者為限。羅馬法所規定而經拿破侖法典採仿的契約，完全是個人主義色彩的制度。所

謂契約，須有兩個不同目的的意思表示，與同意後互為確定的事實。契約的性質，可於下列羅馬法所規定之契約公式 “*Sponde-ne, mihi centum ?—Spondeo,*” 內見之。倘若幾個人的意思表示，在事先並未有何同意，則雖有同一目的，但雙方意思並非互為確定。

此種情形，殊不能視為契約。在今日，僅可稱之謂集合行爲 (*Acte collectif, Collaboration*)，即德國人所稱之 *Gesamtfakt, Vereinbarung*。雖可用契約的名詞以稱之，但在實際，則殊不相符，因此而發生了許多錯誤與含混。

會社的成立，並無契約關係存在其間，而為許多附和者同一目的之結合。他們的意思表示，並不互為確定，而惟趨於同一目的而已。一千個同入會社的社員之間，殊無同意存在，並且彼此亦互不相識的。

從另一方面講，契約所造成的，恆為主觀的法律地位。若用普通語言講，契約可於兩當事者間造成直接而具體的法律連鎖關係。依照契約，當事者之一方完成相當義務，他方則有促其履行該義務的權利，這種法律地位是個人的，只可以拘束雙方的當事者。民法上有一個很普通的原則，就

是契約只可於訂約者之間發生效力。（民法典第一一六五條）並且此種法律地位，是暫時的；等到債務人履行了義務，其聯鎖關係就從此消滅而歸於烏有。

會社的章程，則不能創立主觀的法律地位，而在規定會社的永久管理方式，社員當然亦負相當義務，例如繳納會費，不過此種義務，是加入會社後依照會社章程的結果，並非由契約關係發生的。因此，繳納會費的義務，變成爲與納稅完全相同的法定義務。並且繳費的義務，雖或由會社之大會議決增加，而未得社員的同意，且毫未顧慮其反對，但仍爲義務，毫不變動其性質。社員固然可以退出，但本年度的會費，必須繳納。如章程訂有更嚴厲的規定時，亦應遵守之。

會社的目的與能力，是由章程規定的。從這一點，更可見得章程是真正的法律。一九〇一年七月一日的法律，是拿會社之目的爲成立要素的。第二條規定曰：凡目的合法的會社，在法律上得以成立。第六條規定曰：凡經宣告與公示的會社，准其購買爲完成其目的所需的各種不動產。目的是由章程決定的，所以章程就是會社的組織法律。

不僅如此，會社有他的法定能力，只可由其機關行使之。機關是由章程規定組織的。同時，機關

的權力，亦以章程規定之。因此，章程具有組織法律的一切性質，任何反常而違反章程的行為，如應得大會批准而未經批准，應得董事全體參與而僅由主任董事處辦的行為；會社本身及第三者，均可請求撤銷之。如此情形，殊不能視章程為契約，而實係法律；因為章程的條文是普遍性而永久的，違犯之者，法庭必加以制裁，並宣告其行為為無效的。

以上的理論，對於任何種類的會社章程，都是很切對的。就是公共利益的會社，其章程也是如此，此種為公共利益的會社，其目的與機關，並非由承認他的法令為之規定，而亦由章程為之訂定而設立的。凡未經章程明文禁止的一切行為，他們（指公共利益的會社）都可以做……（一九〇一年七月一日法律第一一條第一項）承認他們的法令，不過將章程加以批准，而章程仍不失為會社的組織法律。

法國法律與大半的近代立法，都拿會社和純粹民事或商事公司，彼此分開。後者之目的在營利；前者則反是，不以營利為目的。此種區別，合理與否，我們不願加以討論。不過無論社員之目的為營利與否，但向來疑懼之統治者對於組織會社自由的阻礙，尤其是一九〇一年法律所規定之不

公平的限制，對於會社章程的本質，都不能發生任何影響。公司章程與會社章程，同是真正的法律，都是普遍性而永久的條文。凡公司的目的，能力，機關，業務之執行，與第三者所爲行爲的有效與否等，都由章程規定的。雖則此種事實，對於小規模的公司，似屬無關緊要。但對於日漸增多之大資本的公司，則很爲重要的。

從以上的理論看起來，我們就可知道，在近代國家，尤其在法國，那些會社聯合會，工團，工團聯合會，財務公司，實業，鑛業，保險，及公共利益的特許等各種公司，如何的個個成立起來，而成爲各自有其特別法律的組織。

近代公法，應與此種有力組織的存在事實互相配合，而彼此如何得以並立的方法，以及事實上握有權力之統治者的關係如何，都應由公法爲之規定。

這個問題很嚴重，但若仍固執主權與法律的傳統觀念，一定不能有圓滿的解決。守舊之傳統思想者，以爲此種組織，可以阻止其成立與發展的。所以一八六七年以前，設立股份有限公司，須得政府的准許。至組織工團的自由，到了一八八四年，方始批准，且仍附以限制。一九〇一年時之立法

者，雖承認一般都有設立會社之自由，但有各種限制。不過這種限制，沒有什麼效力，而會社的設立運動竟將一切障礙掃除。工團聯合會，其他各種會社的聯合會，公務人員聯合法，工人大同盟會，財務與實業公司等，一天多似一天，而更加有力。故固執的個人主義者，對於此種組織之成立，亦無可如何。反之，集產主義者（Collectivists）則主張此種組織都應併入於國家。他們以爲工人團體是勞動者與資本家兩階級中間鬭爭的利器，可用之以得各種大資本的公司歸爲公有，而使之國家化。其錯誤不下於個人主義者。但其原因則一，同是以帝國制度之公法觀念，視國家有無上權力以統治任何人民的觀念爲根據的。不過集產主義者，將帝國制度的主義擴張至於絕頂而已。

事實每每打破學理，我們殊不願作任何預言，不過大資本公司的成立，各種工團的發達與聯合，自工人工團起以至產業者與資本家的團體爲止，很普遍而自然的發現。在我們的時代，此種現象殊屬十分顯著，而今後的社會要素與公法根本，不得不於此種現象內求之。我們的法律，早已不以單一而不可分的主權爲根據了。將來如仍爲統治者的客觀法律，亦必非命令性質，而爲統治者藉以施行公務，管理團體行爲與保障其存在的法律。

五 協約法律：勞動集合契約

還有各種現象，較以上所說的，更加顯明，藉此可以顯露舊法律觀念與帝國制度觀念的隱滅。我們可以協約法律 (Lois-conventions) 爲說明的利器。他的本身，本來很簡單，也是純粹的法律，爲普遍性質而永久的條文，在不定的時期內，用之以決定個人地位，並具有法律上的制裁力量。不過這種法律，不是命令者片面意志的作品，亦非如會社的法律與分權公務的法律之爲共同參加與同意合作的結果，而爲純粹締結協約 (Convention) 意志的作品，有人且恆稱之謂契約 (Contract)，我們則以協約名之，而以契約二字留爲民法所規定的另一種協約的名稱。換言之，用契約二字以稱呼另一種能使兩個特定者之間，發生主觀法律地位的協約。所謂協約，係指在兩個或兩個以上的團體之間成立的協約，由這個協約發生出一種真的法律，該法律非但對於協約成立時的團體內份子適用，並且對於以後加入的份子及第三者，亦適用之。

協約法律，在歷史上並非是新的現象，但與帝國制度的觀念是完全相反的。倘若法律是主權

者之命令，當然同時不能更視之爲協約了。主權者之命令與協約，是根本不相容的兩樣東西。所以協約法律剛巧在主義觀念或國家統治權十分頹喪的時代才發現出來。封建時代就是頹喪時代中間的一個時期，我們在第一章第一節內，曾經指出爲什麼羅馬的統治權（*Impérium*）觀念漸形隱晦，但沒有完全消滅；爲什麼封建制度以契約制度爲根據，而於個人之間規定許多對等的權利義務，且由諸侯王確保其履行。因爲這是他應該藉法律以維持和平的義務。十三世紀時代的法國社會，雖未能完全避免如二〇世紀及其他各世紀的騷擾與暴亂，但總可算是最完整的社會，向來的紊亂與封建的野蠻僅能存在於初民社會而不復發生了。至於封建制度，則同時以法律與契約爲根據的。

在今日，我們很容易見到不少的社會關係，是發生於契約意思而不是片面意思的作品。倘若這個現象發現於主權觀念幾於全滅的封建時代，則我們可以說明今日協約法律發現的事實，必定能夠格外明白，並且能使我們對於公法變遷的其他事實，更加瞭然。協約法律的範圍，本來已是很大，而仍舊日漸擴張。他有兩個彼此不同的要素，藉以應付不同的情形。但在每一個要素內，都很

顯著的有法律與協約混合在內：勞働集合契約 (Contrat Collectif de Travail) 與公務之特許，就是兼有法律與協約要素的顯例。

勞働集合契約，現時正在創始之際，在一羣工場主人與一羣工人之間成立；其目的在規定其關係職業所屬工人訂立契約，應以何種條件爲標準。此種契約每於罷工將終之際訂立，而罷工的舉動即藉此以結束。但是過了幾時，關於勞働集合契約的真意義，往往又發生新的困難。民法學者曾想援委託 (Mandat) 制度的原則，做他的基礎，但未能如願以償。立法研究學會雖有不少博學之士在內，終亦不得不放棄原來提議的法案。(註八) 國會對於所接到的兩個關係提案，亦未敢開始討論。(註九)

立法研究學會的失敗，殊不足奇；因爲他欲將個人契約與委託制度的傳統學說適用之於並不是契約性質的行爲，其不能成功，自在意中。因爲現在所欲規定者，爲使個人以後訂約時應爲遵照的永久標準，而非契約。並且勞働集合契約，在特定職業的工主與工人團體沒有得到正式地位與充分團員而成爲法律上的職業團體以前，殊不能有價值與效用。到了那個時候，工主與工人團

體之間的勞働集合契約，就變爲有組織之職業的真正法律；然後各階級的並存（Coordination），才能藉各種工團的勞働集合契約方得以實現。

在什麼時候此種演進方能完成？這是很難說的。至少他已在完成的進程中了。在沒有成功之前，國會不能爲有益的參加行爲。總之，國會如欲爲有效的參與，須以契約已委託的個人主義觀念之消滅爲條件；且並須完全以協約觀念適用之於兩個社會團體的關係上，才能發生他的參與功效。

六 協約法律——公務之特許經營

在另一方面，協約法律似已有完全確定的特質，法院且常於無意之間，以之爲判決的根據，這是在公務的特許經營內可以見到的。

在公法的用語上，特許（Concession）二字，常有不同的解釋，因此而發生誤會，殊屬可恨。至其真義，則特許二字，指公法機關（如國家，省，城市，殖民地）責令某一個私人（通常是公司）在特

許證狀規定的相當條件之下，負責某種公務的進行。特許二字如作如是解，則近代各國所有的特許行爲，其主要性質，定能大致相同；所異者，僅在細目而已。在今日，最盛行照此辦理者，以運輸公務（鐵路、電車、公共汽車，至空中運輸尙須略待）及城市煤氣、電氣事業爲最多。

特許當然是一種協約，政府及被特許者之間，先之以談判，進而成爲同意協約。特許之內，包含許多條款，純係契約性質；因此特許者與被特許者之間，發生了主觀的法律地位。換言之，就是債權人與債務人的關係。此種條款，完全爲處置雙方相對關係的。倘由政府自己直接經營而沒有特許，此種條款就用不到而無意義了。凡屬特許行爲，都有關於補助或利益保障的條款，以及被特許者允撥相當報酬，及關於利益分配等的規定。此種類似的條款，依民法上關於契約的條文規定之，僅對於訂約之雙方當事者發生效力。此種條款，實際上當然都是協約法律。

不過此種條款，僅爲特許證狀的次要部份。至特許證狀內之其他條款，其性質則完全不同，而以規定如何實施公務之進行爲目的。譬如以鐵路或電車言，應建築而經營之路線，行駛應有之車輛，保證路員與旅客之安全的應有方法，另外還有許多規定公衆如何利用公務的條款，如運輸旅

客或貨物的運費，煤汽電汽之最高價格等。復次，在特許證狀內，還有關於工人僱員每日工作之最長時間，最低工資，僱用條件及關於養老的條款等，如是而綜合成爲各關係公務的組織條例。在法國，照一八九九年八月一〇日的 Millerand 命令，不問以國家，各省，各縣，或公共事業機關的名義所定之特許證狀，凡關於工作的最長時間與最低工資的條款，一定應該分別在各該特許協約內載明；而事實上，亦差不多完全登載的。

關於特許公務之施行，與工人僱員之地位之各種條款，照我們的意見，殊沒有契約性質，實係真正的立法條文，而爲公務的法律。倘若此種公務由國家直接經營而不爲特許，則其關係條文當然規定於該公務的正式法規或組織條例之內，決無人說他們不是法律性質。今雖載在特許證狀內，亦殊不能以此區區事實而遽變其性質，仍舊是普遍性的條文，同是規定公務之施行；故雖與協約毫無關係的任何人士，亦均可利用此種公務，而一切工人僱員都可根據之以主張他們的權利。若爲契約性質的條文，那就不同了；因爲契約只能於當事者間發生效力。由此比較，則特許證狀當然是法律了。但因其成立於政府及被特許者同意以後，所以稱之謂協約法律。這是很與近代公法

及法律觀念直接銜繫的，且亦具有法律上的制裁力量。稱之謂協約法律的緣故，因為現在法律既不再視爲統治主權者之命令，其所有力量，以對於公務的目的爲根據，而爲公務的法律。若公務的組織與施行，係由政府片面行爲規定的，其法律當然仍舊是片面行爲；但特許公務之組織與施行，係由政府與個人或與私人團體協約規定的，所以稱該公務的法律爲協約法律，但仍不失爲具有法律性質的法律，一方爲普遍性質，他方亦具有法律上的制裁力量。

七 協約法律的制裁

以上所云，並不是純粹理論。平政院的判決，亦漸漸將特許證狀內的條款認爲協約法律的性質了。該院及其委員在判決上的用語，雖欠準確而無一定，並且不無維持契約觀念的意思，但屬無妨；判決的內容，確已認其爲法律性質，而我們的主張，即可因此證實。特許證狀內普遍性之條款，既係真正的法律，當然具有法律的制裁力量。因此，違犯他的任何行政權者之行爲，當屬無效，人人可以對之提出越權之訴。在實際，今日此種越權之訴由法院接受者，已屬屢見不鮮。

前已提及，(註一〇)一九〇五年 *Storch* 判決，平政院對於 *Seine* 省長違犯特許證狀條款，准許東巴黎人公司設置空中軌道的越權之訴，予以接受。其實，該案內容，係省長治安權力上的問題，而非違犯特許證狀。(註一一)次年，平政院於 *Croix-de-Segney-Tivoli* 案件內，對於業主與納稅人聯合會攻擊 *Gironde* 省長，駁斥其請求，而不責令違反特許證狀之某電車公司設置某路線決定之抗訴，亦予以接受的。(註一二)不過平政院委員 *Romieu* 之結論與判決內容，不無猶豫不定之處，但其途徑已由此大開了。

一九〇七年，平政院根據 *Teissier* 對於 *Poirier* 案件的結論，謂鐵路公司之特許證狀，其普遍性的條款係法律性質。(註一三)最後，一九一二年一月一九日判決，(*marc* 案件) 平政院很確定的承認特許證狀之條款是法律性質。巴黎煤汽事業照章程規定，應歸入市的預算，這是與市政會議通過的特許證狀相符合而經一九〇七年七月二〇日命令批准的。但是依一九〇八年八月二四日的決定，巴黎市長謂：私路與附近不動產地域之煤汽事業的經營，與特許證狀內所規定之公共道路與沿邊不動產地域的條文不同。巴黎地產聯合會會長遂對之提出越權之訴，其理由

謂：特許證狀爲公務的法律，政府與用戶，均應遵守；現在被該市長違犯，故提起抗訴。平政院對之，認 *Seine* 市長的決定確係違犯特許證狀，而接受其訴。（註一四）我們知道只有違犯法律，纔可提起越權之訴；現在這樣的情形，豈非認特許證狀爲法律嗎？

不過平政院的判決書內，不免略有疑難。該院委員 *Hellbröner* 的結論，亦不無類似情形。這是因爲平政院的委員仍舊視特許證狀是完全契約性質，而不願承認他是公務法律的緣故。倘若契約，則利用之者既非契約當事人，爲什麼他們亦可依據特許證狀以主張他們的權利？爲什麼一個毫無關係的人可以請求撤銷違犯契約但與他無關的行爲？此種矛盾之處，平政院委員亦很明白的見到，因此而謂：「若完全依照學理，城市的主張，當然是對的。」換言之，就是越權之訴，不能予以接受。 *Jene* 對於平政院的態度解釋得很明白，他說：「平政院委員的意思，以純粹的學理爲根據，不能接受抗訴；不過我們對於平政院有利的純粹學理，不能加以更有力的攻擊。事實上，平政院與許多近時學者，同樣態度的承認特許證狀不是契約，但是他所決定的辦法，則確是純粹以學理爲本的。一個適當的學理，定與事實配合；平政院既承認所依照的學理與事實不適合，只有讓事

實來改變學理。』(註一五) Jare 的論述，非常有理。我們知道學理是事實的產物，假使有一個事實與學理不合，這個學理就是錯的，當然應該另外找一個切合事實的學理。

八 他們的強制力量

由另一點觀察，亦可見特許證狀不是契約性質；至少關於鐵路與電車事業的特許證狀，決不是契約性質。固然，凡足以造成主觀法律地位的條款，例如特許證狀內的財政條款，當然仍是契約性質，同樣的拘束特許者與被特許者。但是關於公務施行的條文，政府既得以片面行為改變之，豈可仍視之為契約性質，這是當然不能的。或有人說，這種是公法上的契約，與普通契約不同，所以可以改變他的。這樣說法，殊無意義，並且對於國家的擅斷行為，有授予法律上根據的危險。契約的觀念，總是一樣；契約的效力，不論在公法或私法，也沒有分別。所以我們說，特許證狀內的財政條款，是契約性質。因此，無論政府或被特許者，雖允給相當補償於對方，也不能改變他。

特許證狀之規定特許公務實施的部份，雖係協約法律，但亦不能完全脫離統治者或政府行

爲的影響。我們不應忘記（這是近代公法的根本觀念，我們所亟欲說明的）統治者之首要職務，就是在適合國家經濟狀況的條件之下，執行公務。政府爲公共利益計，對於修改特許經營事業的規程，不能放棄其修改的權利。在他的職權範圍內，爲公務本身利益而修改其施行條件，是執行他的職務，統治者當然可以這樣做。即或加重了被特許者之負擔，亦在所不顧。這種爲修改公務的法定制度，而並不妨害主觀的法律地位。

平政院曾歷次很明顯的承認政府有此種權力。因此，凡特許證狀內關於公務施行的款條，實際上殊非契約性質。一九〇七年一月六日的判決，（關於鐵路公司者）就是如此意思。他的決定曰：一九〇一年三月一日的公共行政規程雖將鐵路公司依照一八四六年一月一五日命令（註一六）所定之特許義務加重，而不無變更之處，但並不因此而無效。一九一〇年二月四日平政院對於 Seine 省長爲旅客安全起見，將首都特許鐵路公司之義務加重；平政院對之，前後共有九個判決，其態度亦然。（註一七）一九一〇年三月一日對於 Bouches-de-Rhone 省長加重馬賽地方特許電車公司負擔的決定；平政院之判決，也是這樣態度。（註一八）

凡命令可以規定者，正式法律當然也可規定。工程部長曾於一九〇八年二月三日因水陸聯運而修改鐵路營業規程的草案理由書內，這樣說的。國會的不顧鐵路公司之抗議而議決一九〇九年七月二一日與一九一一年一月二八日關於鐵路工人養老的兩大法律者，也是暗示的承認同一主張。

還有一個問題，政府以片面行爲變更特許條件，而被特許者之負擔因而加重時，應否對之給予相當賠償？在以上的各判決內，平政院曾很明白的規定這個原則。一九〇八年一月三日法律（第三條）亦暗示的承認之。鐵路公司以該法律令其負擔工人養老金的責任，因而蒙受損失，故對於國家提出賠償之訴，平政院或將很爽快的接受之，而重申賠償之原則。他似乎視特許證狀爲契約性質，藉爲此種賠償責任的根據。倘若如是，則平政院不免矛盾了。因爲假使特許證狀內的條款多爲契約性質，政府就是承認賠償，亦不能以片面行爲改變任何條款。

真實的講，國家所以負擔賠償責任，是以本書第七章內所講的觀念爲根據的。公務之施行爲公衆利益，倘若以施行公務而少數人蒙着不利，國庫應負賠償之責，所以爲公共利益而修改營業

規定，因而被特許者受到損害，國家財庫應負其責，這就是國家負責的原因與根據。

總之，特許證狀內的條款，是真正的法律。不過此種法律成立於政府與被特許者約定之後，而為協約法律。帝國制度之下的法律觀念，亦就因此而顯露其搖動了。

註一 Chap. I, § VIII.

註二 Sirey. 1902, III, p. 81.

註三 Conseil d'Etat, 16 Décembre 1910, Recueil, p. 957.

註四 Le Temps, 17 Juin 1912.

註五 Jellinek, System des Oeffentlichen Subjektiven Rechte, 2e Edit., 1905, p. 214 et suiv.

註六 Bonnard, De la Répression Disciplinaire, thèse Bordeaux 1902.

註七 Traité de Droit Constitutionnel 1911, II, p. 317.

註八 Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1907, p. 180 et 505.

註九 Projet Doumergue, 2 Juillet 1906; Projet Briand, II, Juillet 1910.

註一〇 Chap. II, § VI.

註一一 Recueil 1905, p. 117.

註一二 Recueil 1906, p. 691, Sirey, 1907, III, p. 33.

註一三 Recueil 1907, p. 820.

註一四 Recueil 1912, p. 75; Revue du Droit Public 1912, p. 43.

註一五 Revue du Droit Public, 1912, p. 46.

註一六 Recueil, 1907, p. 913; Sirey. 1908, III, p. 1.

註一七 Recueil, 1910 p. 97.

註一八 Recueil 1910, p. 216; Revue du Droit Public, 1910, p. 270.

第五章 行政行爲 (L'acte administratif)

在行政行爲方面，也有與在法律方面同樣而並行的演進，亦足爲公法變遷的明證。

帝國制度對於行政行爲，賦予一個主要而唯一的性質，就是視之爲主權者權力的表現。在實質上，法律是普遍性的條文，行政行爲是個人的行爲，兩者之間，當然有區別。不過這個區別，不是常常可以見到的。且在實際，凡由行政權者或其代表所發出的一切行爲，或爲命令，或爲個別的決定，更或爲單純的實質動作，其裏邊都有行政行爲存在，這就是共和三年 *Fructidor* 一六日法律所說的

一切任何種類的行政行爲。關於司法行爲，沒有什麼問題，故無庸爲審判職務的性質加以分析。

司法權的設立，以法院爲其機關。凡由法院所發生的一切行爲，都有司法性質；猶如由行政權

的代表所發出的一切行爲，都是行政行爲。凡是行政權的代表行爲，無論其地位如何不同，但因為都是與行政權或公共權力有關，所以他們的性質總是一樣。固然行政權的代表人員，只可於法定範圍內參與活動；但所做的行爲，都是主權者之行爲，而不受司法法院的管轄，因為法院只有審理私人行爲的緣故。共和三年 Fructidor 一六日的法律，對於此點，很嚴正的說：對於任何種類的行政行爲，一再禁止法院的裁判。

凡由政府發出的行爲，不受法院的管轄。簡單的說，這就是帝國制度之下行政行爲的觀念。這種觀念對於一般人的腦筋所發生的影響，也很易容推想的。行政行爲雖漸漸失了他是無上主權者行爲的性質，但法國人的心理，對於行政者的信仰，仍舊非常執迷。凡屬行政行爲，固然有他自己的特性，但決不能視之爲無上主權發出的行爲，任何種類權力的意思，決不能對於行爲賦予某種特性。行政行爲的性質，依其目的定之，而爲以公務爲目的之個人行爲。

因此，我們可以看到行政行爲有一個與法律變遷同樣的變遷。法律是由主權者意志發出之普遍性的命令，而成爲公務之施行與組織的準則。行政行爲是行政權者之個人動作，而爲公共權

力的行爲，也是以公務爲目的之個人行爲。

一 權力行爲與管理行爲的區別

這種變遷，自然不能於一日之間成就，而爲一世紀來演進的結晶，且爲一個很有趣而奇妙的學說所促成的。這個學說很有研究的價值，就是所謂權力行爲與管理行爲的分別。最初正式將一切行爲這樣分別的爲 *Laferrière*，他在所著的 *Jurisdiction et Contentieux* 一書內定此區別。該書初版，於一八八七年問世，對於公法的演進，實爲一個可注意的重要時期。不過一八八七以前，已有人研究及此，其動因，且與行政行爲的性質問題沒有關係的。

在本章之首，我們已經指出公共權力的性質怎樣的賦予各種行政行爲？並謂行政行爲不受法院管轄，而惟行政者自己可以審核其行爲之效力及合法與否。共和三年的憲章，規定設立平政院，而授予解決關於行政上所發生之困難的職權。共和八年 *Nivôse* 五日的命令，及一八〇六年六月一日與六月二二日的命令，更爲其規定組織方案。六月一日的命令又設立一個訴訟委

員會，使之對於大會負報告之責，這是平政院組成法院的最初萌芽時期。

雖則如此，平政院僅能行使有節制的司法權力；故對於訴訟事件，只可表示意見，而最後決定權力常為政府所操有。不過行政權者對於自己或其代表之行爲，仍有審核其效力與合法與否之權。共和八年 *Pluviose* 二八日法律，設立各省行政訴訟法院，而授以較大的訴訟管轄及決定之權；不過此種法院是由行政者組織而成的，政府得任意任命或撤換之。因此，就毫無實力，也沒有獨立的保障，審議時由政府的直接代表省長爲主席，而如何決定當然亦惟主席的馬首是瞻。

在這種情形之下，就發生兩種運動：有的，主張將行政訴訟法院完全取消；所有關係訴訟，即或由行政行爲發生的訴訟，一切都由司法法院管轄。有的，如學說判例等，則主張由行政行爲所生的訴訟，使之脫離司法法院管轄，而歸行政者自己裁判；且以區別各種行政行爲藉爲達到此種目的的方法。

最初主張取消行政訴訟法院者爲 *Brogie* 爵士，他在一八二八年三月的 *Revue Française* 內首先著論發表其意見。自此以後到一八七二年爲止，取消行政訴訟法院的主張，恆爲保障自由

政策的重要事項，但沒有如願成功。一八七二年六月四日 Lefebvre-Pontalis 仍以分權委員會名義提出意見書，主張取消各省行政訴訟法院，將關係訴訟統歸司法法院審理，但各省行政訴訟法院依然存在。一八七二年五月二四日的法律，規定由國會將平政院重爲組織，並授予擴大的訴訟管轄權力，並謂：「平政院對於行政訴訟事件，有獨立審判之權。」（第九條）

因此，行政訴訟法院仍依然維持存在，而取消他的運動就歸失敗。至於失敗的原因很多：第一，認行政行爲是行政權者之主權表現；有了此種觀念，當然惟行政者自己可以審核其內容，若將此事歸司法法院管轄，勢必與分權原則大相逕庭。在另一方面，公務觀念深入了腦筋，因而見到公務之施行與行政行爲之間，有密切關係存在，遂不願司法法院跨入此種公務的施行而侵犯其職權。取消行政訴訟法院的運動，雖未成功，但亦發生很大的結果。平政院在一八七二年取得了審判訴訟權力而成爲獨立的法院後，就可行使他的司法權了。並且因爲他內份子都有高深的學問與公正的態度，所以一般當事者都對之發生無限的信仰。

在此種立法上演進成立的同時，學說方面，也努力的創制一種與雜亂矛盾的判例相和合的

制度。一方面維持行政訴訟原則的完整，他方面則加以釐正而限制其範圍。

學說之起點，始自 Merlin 與 Loaré Merlin 在共和一二年時代，竭力攻擊假借共和三年 Fructidor 一六日法律而謂雖由契約發生——例如行政者所訂的租約——（註一）的訴訟，不使之歸司法法院審判的主張。Loaré 於一八一〇年所著的 *Législation et Jurisprudence Française*（註二）一書內，也有同樣的主張。他如 Aucoc Ducrocq 與 Dareste 的著作，亦很努力的將行政行爲分爲兩類；而謂在原則上，其中只有一類，可以發生行政訴訟問題。

此種學說的影響與成就，可於一八八七年 Laferrrière 所著的 *Jurisdiction et Contentieux* 內見之。行政行爲分爲兩種：權力行爲（*Acte d'autorité*）與管理行爲（*Acte de Gestion*）是也。在原則上，只有由權力行爲發生的訴訟，歸行政法院審判；所謂天然的行政訴訟（*Contentieux administratif Par nature*）者是也。反之，由管理行爲發生的訴訟，由司法法院管轄之；若欲對之向行政法院提起訴訟，則須有法定明文爲根據；所謂法定行政訴訟（*Contentieux par détermination de la loi*）者便是。

在這一點（此點應加注意藉明近代公法的演進）可以看出權力行爲與管理行爲的區別，就爲限制行政訴訟的管轄範圍。當初的目的是這樣，但不久就有非常的發展，竟以此種區別爲一切公法的主宰而到處適用，但是行政行爲的真性質，及該區別的弱點，反在他的範圍擴大的事實內顯露出來了。

二 該區別的消滅

僅將行爲分成兩類是不夠的，應將每種行政行爲的性質嚴爲確定，並應確立一個分類的標準。但這個不是容易的事；普通而籠統的方式，當然不難找到，但是準確的標準，就沒有這樣容易找到。

Laferrière 似乎很滿意的規定一個普通公式，他說：「行政權力有幾種職務：其一，爲注意公共產業的管理與運用，確保各種稅賦的徵收並支配其用途於各種公務，凡爲完成此種職務的行爲，叫做管理行爲。其二，係行政者以一部份權力的受託者資格——這部份權力就是行政者所有

職權之一——負責的施行法律，規定公務之進行，爲人民謀得善良公安的利益……對於此種事件，行政者是處於主權者之地位，其所做的行爲，都係統治行爲或公共權力的行爲。」（註三）

此種公式，雖甚籠統，但在 Laferrière 的令譽之下，其分類辦法，確爲大家一致接受，曾經許多名著加以確認，而各大學亦如是教授其學生。我們覺得 Laferrière 的公式，不無遊移的地方；而一個真實的學說，似乎應該加上些準確的東西。Berthélemy 在所著的行政法論（*Traité élémentaire de droit administratif*）內，曾經很自負的做這段工作，其成績甚屬偉大，而殊堪贊賞。在一九一三年該書的第七版裏邊，他承認權力行爲與管理行爲的區別，差不多是一個不易捉摸的信條；但爲易於明白計，故定了一個切合實用的標準，他說：「管理行爲是與私人財產的管理上所可做的行爲一樣，和公共權力之存在沒有關係的。」（註四）照這樣解釋，再亦不能更加方便而準確了。

至於分類的效用，大家都說可據之以解決公法上的一切問題。不僅藉此可以得到天然行政訴訟與法定行政訴訟的區別原則，亦不僅如一般人所云國家只對於管理行爲負責，而對於權力

行爲須有明文方爲負責之主張；並且近今所發生的關於公務人員的任用、地位、與身分等一切問題，都想用這個區別原則以解決之。有人說公務人員是由公共權力的片面行爲任命的，其所做的係權力行爲；他們不可組織工團或職業會社，也不可以罷工。至於做管理行爲的公務人員，或稱之謂管理的公務人員，其地位與私人的代理人一樣，他們與行政者的關係，是以契約爲根據而受其拘束，所以他們可以罷工，組織工團，至少凡私營事業的僱工與工人所能做的，他們也可以做。

以前與近來的若干年中，到處是這樣主張。但這個分類標準雖經過了 Bertelémy 的釐正，仍舊不免籠統。真實的說，無論什麼時代，沒有一個行政活動不是由私人完成的，且亦不能有其他夢想。我們知道平政院在規定行政法院的管轄權力時，沒有考慮管理行爲與權力行爲的區別；並且國家每每以施行公務——例如警察事務——使人民蒙着損失而因之負責。若依上列的區別論，施行公務的行爲當然是權力行爲。最顯著者，近年來公務人員的工團運動與罷工的企圖，都很足證明權力人員 (agents d'autorité) 與管理人員 (agents de gestion) 的分類絕對不能成立的。此外更承認他們有組織工團的權利，並可加入勞工大同盟，差不多全部公務人員都有罷工

權等；凡此事實，即對於職務與公務觀念的本身，都是很相抵觸的。

這樣的事實，就是區別權力行為與管理行為之失敗的明證。不過 Berthelamy 仍舊信之彌篤。一九〇八年二月二十六日平政院委員 Teissier 對於 Pentry 案件在抵觸法庭 (Tribunal des Conflicts) 提出之結論內，很斷然的證明此種學說之虛偽，他說：「這個分類，毫無法律上的根據；既不以實際為本，又與事實完全不符。其實，凡公共主權或其代表所為的行為，而志在確保公務之施行者，都適用行政法規與行政命令……因此我們可以說，公共權力或其代表，永不與私人在同樣情形之下做事的。」

這是很確切的要點。倘若行政者有何參與行為，決不與普通私人同樣做品，因為行政者有他的特別目的，目的維何？就是公務的依法施行。

三 一切行政行為的主要性質：他們都與公務的施行相關

這並不是說行政者之參與方式，總是一樣。在實際上，其參與方式恆視情形之不同而互異。不

過參與的方式雖很不同，但行政行為的性質，是常常一樣；由此發生的許多成效，就是這種性質的結果，也是這種性質的證明。

有時候，行政行為志在創立一種主觀的法律地位。換言之，就是對於行政者或被治者，創立一個具體的義務而使他們負責。在這種光景之下，就是公務人員為公務目的而創立主觀法律地位的意思表示，而具有普通法律行為的一切要素：第一要素，就是意思表示。這個意思表示，當然應該與客觀法律相符合；且因在近代各國，客觀法律與制定法律是差不多混為一體的，所以我們可以說，公務人員的意思表示，應與制定法相符合。有許多事情，因為本性不同，故公務人員無從辦理。在另一方面講，公務人員只可於法定限度內及對於一定事件，有處置之權。他的管轄範圍，就是依法定限度與一定事件的實際規定的；凡公務人員在管轄範圍以外所為之意思表示，均歸無效。

法律行為尤其是具有法律性質之各種行政行為的第二要素，就是目的。近代法律觀念視目的為首要的要素。欲使一個意思行為發生法律效力，應該有一個具有社會價值而與某一國的客觀法律相符合之目的。在意思行為的背後，有無或種主宰在那裏左右指揮（這是玄想的問題，非

社會學者所欲注意的，暫可不必深究；但這個主宰一定就是法律行爲或意思行爲的目的。法律上行政行爲的價值，依其客體定之，尤其是其依目的定之。目的維何？不外爲公務的目的。倘在公務人員的意思被公務以外的目的所左右，這就是權力之竊取（*usurpation*）；倘雖依公務目的爲歸宿，但不在公務人員之職權範圍以內，這就是權力之僭越（*Détournement*）。

竊取權力與僭越權利兩個觀念，是與目的觀念直接關聯的。目的觀念在近代法律上所處的地位，日漸擴大而重要；此種現象，我們在研究私法的法律行爲時，也覺得有類似的現象。（註五）向來的法家，只注意於意思表示的客體；拿破侖法典第一一三一至一一三三條規定，雖有所謂原因的名稱，不過有名學者大家都說原因對於法律義務的成立，沒有什麼關係。至於判例，則以目的與目的的社會價值置之首要地位，這是很使舊派私法家大吃一驚的。對於公法的法律行爲，也是一樣，並不依公務人員之身分爲移轉，亦不以客體爲歸宿，而以目的決定其意思的。倘若由行政行爲發生特種效果，並不是因爲他是具有權力者之意思表示。故有此效果；因爲在實際上，由一個意思所生的力量，不會比從另一個意思所生的較爲大些，而他的力量，實係由他的目的生出來的。這就

是行政行爲具有力量的根據，也是行政行爲具有價值的緣故。

什麼是目的呢？當然是爲公務的目的。即此一點，就可以之解釋一切。倘若一個單純的片面行爲能在公法上成爲法律行爲，這是因爲行爲者之意思表示以公務目的爲根據的緣故。至於行爲者意思表示之本身，則與一般人的意思表示完全相同，而並無超越的性質。向來一般人對於此種片面行爲稱之爲權力行爲，其原因，不外帝制與個人主義之下，他們以爲除根據契約可以造成法律地位外，只有高出於一切的意思方可用其自己的力量以創造法律上的效果，故名之爲權力行爲。

有許多行政行爲是片面行爲；也有許多行政行爲是契約性質。一個私人與國家公務人員的意思相同，由這個同意所發生的契約，就是行政行爲之支撐。不過雖有人用盡心力，卻還沒有發明一個標準，藉得確定那一種行爲可由行政者以片面行爲出之；那一種須有雙方的同意。因此，對於每種行爲，應由分析其情況着手，然後探究其要素是否爲契約或係片面行爲。我們所可說的，在今日，無論公法或私法，都有一個趨勢：就是契約性質的行爲，其範圍漸行縮小；而片面行爲的範圍，日

漸擴大。這種趨勢，與我們以前所說的法律社會化及法律目的的重要性兩個運動相聯繫的。這兩個運動，本來也是互相關繫的。

公務人員意思表示的存在根據，性質，及效能，既然是由其為公務目的而得到的。那末只要該意思表示依據其目的決定，就不必問他是否為片面行為或契約性質了。從這一點，我們就可知道為什麼一切行政活動都應遵守法律的原由？且可因此而明瞭公法的變遷。而行政訴訟為什麼漸變為近代法律的重要部份？亦可從此明白了。行政訴訟的方式，當然隨行政行為之性質不同而歧異；但都有一個共同性質，就是凡屬行政訴訟，其內容，無非在研究一個行為的成立，是否為公務目的，並且是否與規定該公務的法律相符合。

同時，並可藉以解釋為何行政者向來不受其自己所為的片面行為之拘束。至何以隱滅的緣故，這是由公共權力所發生的當然結果。因為既視行政行為是統治權力者之命令，則權力者自然可以任意撤回其命令。到了一個時期，大家視行政行為是法律性質的行為；那末，該行為所創立的法律地位，無論為契約性質或係片面行為，行政者當然不可將其改變而撤銷了。至行政者拿一個

行爲撤銷、改變、更或取消其效力，完全因爲該行爲沒有創立任何法律義務使行政者負責而毫無效用的緣故；或則他所創立的，本來是可以撤回的義務。

這些理論，在需要時，更可藉以證明主權觀念之消沉。平政院業已幾次依照這樣意思辦理，其辦法當屬無可非議。現在試看 *Yessé* 於一九一〇年至一九一一年由觀察三個案件所得到的結論如何？「合法完成的法律行爲，不能以其不適用，或沒有發生什麼效果而撤回之。我們只可另外完成旁的法律行爲，將前者所創的法律地位使之結束……但這樣辦法，也不是常常可以的；因爲所欲取消的法律行爲，也曾創立法律地位，殊不可隨便將其變更，所以在此種情形之下，新法律行爲殊不能將舊的法律行爲所創立的法律地位使之消滅。」（註六）

四 國家的契約

行政行爲之性質以公務目的爲根據的事實，及主權觀念消滅的兩個現象，更可藉之以解釋在國內法上國家與人民所締契約的強制性質問題，不再發生於今日的緣故。對於帝國制度的阻

礙難點，是很容易見到的。倘如一般人所云，國家是有人格的主權者，對於他所做的任何行爲，不問是片面行爲或爲契約，都應該保持此種人格的存在。因此，國家不可爲契約所拘束；否則他的人格，就不能獨立自主，而勢必服從另一個人格了。因爲完全自主的意志是不附屬於任何其他意志的。

在帝國制度之下，每每創造一個學說上的學說，以解釋國家契約的強制性質。個人主義的學說，解釋此種強制性質，如尙容易，其意謂：主權是被個人的自然法權所限制的，國家只可根據契約以活動，在侵入個人權利範圍的時候，應受契約的拘束，倘若違犯契約，則無異侵犯個人所有之不可侵犯的自然權利。

德國有一個學說，在很久時期內十分流行，人稱之爲財務國家的學說 (*Théorie de l'Etat Fisc*)，曾爲法國學者 *Ducrocq* 所熱烈擁護。照這個學說的意思，國家有兩個人格：一爲公共權力的人格；一爲財務或產業的人格；後者是前者的意志所創立的。依此觀念，只有財務的人格得爲契約之當事者，與私人一樣受契約的拘束。(註七) 這個國家二重人格的學說，很受德法學者的批評，而以 *Jellinek* 與 *Michoud* 二教授爲最。 *Michoud* 推想二重人格的學說曰：有時候主權的

性質發現，則國家行使統治權而為權力行為；有時候私人的性質發現，則國家可以訂立契約。（註八）

迨後 *Ihering* 又發明一個自動限制 (*auto-limitation*) 的巧妙學說，*Jellinek* 更為之申述而發揚。其內容謂：主權者之意志，只可由其自己決定。當國家與人民締約的時候，這是自己允許限制自己，亦就是服從自己的意志；他的意志就是受了限制，仍舊只由他自己決定，故雖遵照契約而服從，但仍不失為自主權。（註九）

以上的簡單敘述，已足證明此種學說的空泛無據。國家所締契約之強制性質是無可非議的，則國家應該服從契約的一致確認，更可以證明權力觀念的淪於消滅。

國家的任何機關不能侵犯契約，國會亦然。公務人員，國家機關，即或國會，如取消或改變國家對於契約應負義務的行為，殊不能認為正當而有效，法庭且將因此而處罰國家，且視其行為等於烏有。公法上准許國家可以避免義務的舊觀念，是已經過去了。契約是法律行為，不論在公法或私法，其性質總是一樣。換言之，不分公法與私法的區別，國家與個人應同受其所締契約的拘束。故國

家雖有國會議決爲解脫所負義務的理由，但亦不能免除違約的處分。法院的處罰國家，並不是審判國會的行爲，而爲審判國家的契約行爲及應負義務的限度。此種契約與義務，殊非國會所能取消的。

關於此點，平政院於一八九六年及一九〇四年，先後有個顯著的判決：依照一八六〇年所締的協定，*Savoie* 的教會機關，曾將年金債券交於國家，而國家允將該券債款照年俸辦法，給償同等數目。一八八三年法國會拒絕將該項應償之款登入預算，財長因此就發拒絕給付之命令。平政院於一八九六年八月八日對之爲第一次判決撤銷其命令，令當事者向財部清算。總之，雖有國會議決，仍處罰國家，而令其照付約定債款。（註一〇）一八九九年二月二日下院開會時，財長 *Caillaux* 請求給予相當的款，以便償付該債，這是很顯明的確認國家對於所締契約之強制性質，而不管國會的意思與議決如何相反。一九〇四年七月一日，平政院對於 *Annevy* 製造廠有利的判決，是與一八九六年對於 *Saint-jean de Maurienne* 製造廠有利的判決相同的處置，其理由亦彼此相同。（註一一）

一九〇九年一月三日，Jaures 在下院提議用解釋名義以議決取消國家對於西部鐵路公司的債務，工部部長 Millerand 對之曾有嚴厲攻擊而加以駁斥。

五 行政的實質動作

以現時爲止，我們知道行政者所做的：有的是契約行爲，有的是片面行爲，但總是法律行爲。行政行爲的用語，廣義言之，包括一切具有行政性質的動作，不過沒有法律上的性質，所以人們稱之謂行政上的實質動作。這種動作非常之多，凡公務人員爲確保公務施行的動作，尤其如各種實業公務施行的動作，如公用事業，運輸，郵政，電報，警察的實質動作，海陸軍事的實質動作等……都是行政上的動作。此種動作的日漸加多而更形複雜，當然與公務的增加與複雜同時並進的。什麼叫做沒有法律上的性質呢？就是此種動作，並不以創立何種法律地位爲目的，但他們也是以公務目的爲移轉，所以亦與法律有關，他們每每是行政行爲的初步，因而爲成立行政行爲之形式上的要件，更變爲行政行爲的一部份。有時候，此種動作就是行政行爲的實施，故直接與行政行爲相密切。

關聯。總之，此種行政的實質動作，雖或與行政行為不相連接，而不是行政行為的預備或實施；但他們對於法律，也不是毫無關係，因為他們的本身，就可為行政者或官吏對於私人負責的原因。

以上的分析，雖不免乾燥無味，但亦非無用，可以藉此證明行政行為的外形，雖隨着國家參與之情形不同而異，但都有兩種公共主要性質：一為消極的性質；一為積極的性質。任何行政行為，我們不能視之為權力意志的表現，而應該稱之謂：公務人員為確保公務施行并須依照公務法律完成的行為。

照此看來，公法制度的一切要素，都是互相關聯的。法律是普遍性質的條文，以之設置公務而組織之，並規定其施行。行政行為是具體的個人行為，應以公務的施行為本，而應該符合法律。任何的行政訴訟，都不出乎下列一個問題：就是某一個行政行為，是否符合關係公務的法律？

六 在訴訟觀察點上面行政行為性質所發生的結果

倘若以上所講者是對的，則我們就可直接看見對於行政訴訟方面所發生的結果了。凡關於

公務施行的問題，都是行政訴訟。此種訴訟，均歸行政法院管轄，而不必再問訴訟發生的原因，是否爲片面行爲，契約行爲，或實質動作了？

照此，則行政訴訟的演進意義，與一九世紀後半期的學說判例，及一八八一年一八九六年時代 Laferrière 之主張甚相反對。依帝國制度的觀念，任何行政行爲內，必有公共權力存在。共和三年 Fructidor 一六日的法律，將司法法院對於此種行爲的管轄權利盡行剝奪，就是這個緣故。因此就不得不將此種行爲分爲權力行爲與非權力行爲了。但在實際，則絕無所謂權力存在其內，而此種行爲所共有的性質，是從公務目的而來的。所以在訴訟方面，對於此種行爲，應一律看待，而使之一概不受司法法院管轄。照這個樣子，實際上仍舊回到共和三年規定的辦法了。不過在當時將行政行爲歸行政法院管轄，是根據於主權存在其內的理論；現在則以其爲公務目的，而使之受行政法院的管轄。

雖然，我們對於此種神速的演進，倘若忘卻了司法官吏袖手旁觀不明真相的態度，及行政法院人員的獨立不羈，學問淵博，及態度公正等，對於該演進都有促進功效的事實，則就未免抹煞了

該演進的重要事實了。許多司法官吏仍舊如在羅馬法與 Pothier 時代一樣態度。雖則在司法院的判例內，不無公法演進上的類似趨勢，不過這些判例，仍不免被向來的成見所束縛，而為環境所趨使。各級司法法院仍舊被向來深入於法國人腦筋裏的一種關於行政的迷信所箝制，許多人仍舊視行政行為是一種神聖不可侵犯的東西。復次，一般當事者關於行政問題，對於司法法院，總是沒有多大信仰，都希望向平政院涉訟。他們視平政院較之大審院更有力的保障人民，藉以對付行政者之專斷。

到了今日，關於管轄權利之任何問題，不外為行政者對於公務施行有關的行為，是否可以被人控告的一個問題。倘若可以被被人控告的，則是否屬行政法院管轄，或由司法法院管轄？

為明瞭這個演進的主要步驟起見，引證幾個平政院的判例，當然不是全無益處的。一九〇三年平政院接到一個訟案，該案發生於 Saône et Loire 議會的會議之際，該會的議決當然是片面行為，但並沒有任何種主權存在其內。其議決為對於鏟除蝮蛇者給以相當獎金，有 Terrier 者，集了許多蝮蛇頭，攜之前往，應得之獎金，其數竟超過該省預算所定之額，省長遂為拒絕給付該獎

金的命令。Terrier 遂向平政院控告該省長，平政院即予以接受。其意以各省所設獵狼的公務相當，而認 Saône-Loire 議會既已設置這個真正的公務，對於該公務的訴訟，當然也是關於公務施行之訴訟，平政院爲一切行政訴訟之管轄者，當然予以接受。（註一二）

凡由與國家公務有關之契約所發生的訴訟，（一八〇六年六月一日關係供給食糧契約與共和八年 Pluviose 二八日關於工務契約的法律）平政院對之，向來認爲屬於行政法院管轄而予以接受。現在，平政院對於任何與公務有關的契約——關於地方公務者也在內——所發生的訴訟，均認爲應由平政院管轄。一九一〇年關於 Montpellier 市對於排除死獸所訂的契約發生之 Thérond 案件，平政院很顯明的決定曰：「按上列情形，Montpellier 的行爲是爲衛生與人民的安全，而爲確保公務施行之目的；因此，由其不施行而所生的一切困難……除有明文規定之例外管轄外，當然由平政院管轄之。」（註一三）

關於實質動作的訴訟，大概都是責任問題的訴訟，其演進更屬顯著。依一八四八年憲章設立之抵觸法院 (Tribunal de Conflit) 其第一庭曾經決定曰：依照一七九一年七月一七日及一七

九三年九月二六日法律，只有行政者可以宣告國家爲債務人的規定，則凡由施行公務所發生之損失問題，只有行政法院有權管轄。其實這兩個法律對於訴訟管轄權利毫無關係，而指國家債務未經發生訴訟時之清理而言，所以該判決的真實理由沒有說出來。固然，這是承認國家因公務而應負相當責任的明白表示；惟不無猶疑，且恐這種責任問題或使向來的主權原則因此搖動，所以主張將此種問題的管轄歸之行政權力者。不過第二帝國時代，大審院曾歷次將其歸入司法法院的管轄範圍。

依一八七二年五月二四日法律，在新設立的抵觸法院之前，又發生類似問題。當時因爲在 *Bordeaux* 有一個小孩子，死於某煙廠的意外事端，因此提出責任之訴，控告國家。抵觸法院法官對之，贊成與反對者各半，後由司法部長主席決定，將此案歸行政法院管轄，但沒有援引一七九〇年與一七九三年的法律，而以分權原則爲根據。其言曰：「凡公務上所用人員對於私人有何損害，而應由國家負責時，不能以民法上關於私人間法律關係的原則爲根據。此種責任，既非普通的，亦非絕對的，應依公務需要之不同，與如何調和個人權利與國家權利的必要，而自有其特別準則的。」

所舉的理由，無論怎樣籠統而不盡合法，但在顯示演進之將次完成一點，甚屬有趣。平政院委員承認國家對於公務上的責任日漸擴大，但與私人關係上的個人責任不同。不過他們還沒有將過失責任或主觀責任，及危險或客觀責任為確定之區別。這兩個觀念的意義究竟如何？俟以後再為釐定；但一八七三年時代的法官，已經知道國家責任不是過失的責任，而應該不屬司法法院管轄；因為民事法院只可管轄過失的責任問題，故關於公務的問題，雖與主權沒有關係，亦應如是。該判決的意旨，是很顯明的，欲將關於公務施行的一切訴訟，不問其行為之性質如何與公務的種類如何，統歸行政法院管轄。

Blanc 案件的判決，實為完成行政訴訟演進的起點。司法法院對於控告國家負責之訴，除有明文規定歸其管轄者外，一概拒絕受理。照此理論，凡控告省、縣、公共事業機關，以其與公務有關而令其負責之訴，統歸平政院為初審與終審之裁判，而演進即因此完成。不過依舊猶疑不決，所以一九〇六年抵觸法院仍宣稱：關於國家負責的法規，不能適用之於縣的責任問題。但到了最後，以上

的理論終究歸於勝利，而公務觀念之成爲公法的根本觀念，亦從此成立。無論由國家直接經營，或分區分權更或由私人經營的公務，其性質總是一樣；因此，關於管轄問題，殊無強爲區別的理由。

一九〇八年二月二九日抵觸法院對於控告某省之訴，予以接受，其原因卽在於此。這就是根據 *Teissier* 結論所判決的 *Fentry* 案件，有人認該案件的判決爲 *Blango* 案判決以後完成演進的終點。其事實緣 *Clermont* 省立留養院逃出一個神經病者，放火成災，被害者因此對於 *Oise* 省提起負責之訴；抵觸法院以法官內部意見贊成與反對各半，故終由法長 *Briand* 主席決定，認爲應由行政法院管轄。其理由謂：「該控訴係攻擊公務之組織與管理，而該公務確爲公共利益且由省款支持的機關，則關於該公務施行上所發生之過失問題，其考量之權，當然不屬司法法院。」（註一五）

我們知道，決定由行政法院管轄的唯一充分理由，就是以考量公務施行的事實爲根據的。對於縣的公務，當然應處以同樣辦法。實際上自一九〇八年以來，平政院與司法法院對於裁判縣責任問題之訴訟，決定應由平政院管轄的判決，爲數殊不在少。（註一六）

七 外國情形的一瞥

現在我們覺得行政職務，就是依照法律的公務管理。公共權力或主權的觀念，無論在立法或行政方面都隱滅了。此種公務之管理，在行政法院的管束之下實施之；而由該法院視公務施行的需要情形，給以一切自主與公平的保障，藉以調和公務與個人間的利益。因此，任何行政事務，都成爲法律上的事件，而受法院的督察。在這樣情形之下，近代國家就變成了德語所謂法律的國家（Rechtstaat）。

這樣演進的成就，在法國最爲顯著；但在其他國家，亦不乏類似的現象，或更加神速，而在德奧兩國，其演進意義，且與法國完全一樣，我們雖不能在本書內詳加研究，但不概情形，亦殊有陳述的價值的。

在德國，此種演進曾經 Otto Mayer 教授爲之整理，他很簡明的說：最後的結果，是行政的司法與嚴格的司法變爲一體。換言之，就是法律整個意義的表現。他又說：我們以法國法律所規定

的越權之訴爲出發點，他對於德國法律的進展，雖則人家不很知道，但是不無影響的。這是與向大審院的上告一樣，都是由舊時制度演繹而來，他的價值，曾經久遠的歷史證明，而業已到了很完善的境地……法國的越權之訴，在德國法上，就是違反法規行爲之宣告無效的請求……不過 *Of the* Mayer 後來又說：德國法例，還沒有越權的觀念；若在法國判例，這個觀念已佔有很重要的地位，我們可於次章內看到他的情形。（註一七）

英國美國的法例則不然，他們的法律觀念和我們的很相歧異，但是他們也逃不了近代公法潮流的鼓盪。他們想對於一切行政活動或公務的施行，組織一個司法的管束。這樣的演進，正在開始時期，而法國法律的演進對之，亦非絕無影響的。

以現時爲止，在英美兩國，對於行政的司法管束，是十分狹隘；此與常人所說者，恰巧相反。在法國，曾有人企圖將英美行政訴訟歸普通法院管轄的制度，採仿施行，這是一個重大錯誤。其實，在英美對於行政上的訴訟，直至現時，都係對於行政者之個人訟訴。Haurion 曾經加以觀察，而很準確的說：「照這個樣子，他還缺少法國行政訴訟上所有的兩大淵源：一爲撤銷行政行爲的方法；

一爲對於行政法人請求賠償損失的方法。」(註一八)現在這兩個淵源已經引入英美法制了，或組織特別法庭，或給普通法院以特別權力以管轄控告政府的訴訟，以追究他的責任，或直接攻擊行政行爲。

在英國，中央政府的命令，常常因爲越權，換言之，就是逾越了代理立法權的範圍，而被法院推翻。地方議會的命令，亦可因其越權或不合理性，而被法院推翻。最近的立法，每將特種問題歸行政機關管轄，這可以視之爲行政訴訟形成之初步。門戶既開，其演進與完成，當然很快速的。(註一九)

在美國，此種演進較爲早些。一八五五年時代，曾經議決一個法案，規定設立一個法院，受理對於中央政府根據法律與契約所爲之請求的訴訟。在初時，這個法院的判決，毫無效力。判決以 Bills 的形式出之，須經國會通過批准。到了後來，這個請求法院 (Court of Claims) 就變成爲真正的法院，其判決對於財長部長，已有拘束效力，對於該院判決不滿者，亦可向最高法院上告。

依據勅令制度 (Writs)，美國的法院可以撤銷行政上的決定。不過在勅令內，凡屬事實及時間問題已經行政權力者決定以後，不能再加以審判，此種原則，對於任何等級之應受管束之官吏，

均適用之，就是最下級的官吏，倘握有獨斷的權力，就可使用而不受任何拘束，但無論其權力怎樣的大，均須遵從法律行事。（註二〇）

在有幾種情形之一，特別法律明文規定，將約束行政者獨斷之權給予法院；還有許多法律，正式規定得向四季法庭（Court of quarter sessions）或鄉村法院（County Court）控告行政官吏的決定，而鄉村法院差不多完全替代了四季法庭的地位。例如在紐約省，任何關係者對於窮人住宿問題，都可向鄉村法院控告管理者之決定。

在如此情形之下，對付行政者以保護個人的保障組織起來了。但仍不完全，無論在英在美，越權的觀念還沒有發生；獨斷的觀念在行政上，其力量仍舊很大。若在法國，則反是，我們可以次章見到此種觀念差不多完全消滅了；並且對於與行政性質及其原始毫無關係的普通法院，常常給予法律上的管束權力。因此將被治者的保障，盡行奪去。若在法國，則適相反對，人民常常具有此種保障的，美國法院對於行政者，總是很膽怯，所以 Goodnow 說：「因為政治上的關係，法院在與行政首長發生衝突的時候，普通總是以不行使他們的管轄權力為通則。這個通則對於行政首長的大

總統當然不成問題，而各邦州長，似亦在該通則的範圍以內。(註二)

法國行政法制的積極演進，一九一〇年八月行政學大會在北京開會時，曾加以很顯著的確認，而謂近代公法之保護被治者，能與法國公法同樣完全者，絕無僅有。可見法國無論對於公法或私法，均居於先進地位。在私法方面，其法典雖為一世紀以前的舊物，但學者與法院均能擺脫以前狹隘解釋之束縛。公法方面，雖無法典可據，且平政院的原始與手續雖係行政性質，但其份子與司法官吏同樣獨立而公正，藉此要素而造成了充分保障被治者的制度。

註一 Questions de Droit, Ve Pouvoir Judiciaire, 1829, VI, p. 306.

註二 Page 166.

註三 Laferrière, Juridiction et Contentieux, 2e Edit., 1896, p. 6.

註四 Berthélemy, 5e Edit. 1908, p. 18 et 43; 7e Edit. 1913, p. 139.

註五 Des Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon, 1912, p. 52 et suiv.

註六 Revue du Droit Public, 1911, p. 61. avec les trois arrêts, 18 Novembre 1910, 13 et 20 Janvier 1911.

註七 Hatscheck, Die Rechtliche Stellung des Fiscus, 1899; Dueroq, Droit Administratif, 7e Edit., IV, p. 11 et suiv

註八 Jellinek, System der Öffentliche Subjektiven Rechte, 2e Edit. 1905, p. 209; Michoud, Théorie de la Personnalité Morale, I, 1906, p. 262.

註九 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2e Edit. 1905, p. 357.

註一〇 Recueil, 1896, p. 660.

註一一 Recueil 1904, p. 533.

註一二 Conseil d'Etat, 6 Février 1903, Recueil. p. 94; Sirey, 1903, III, p. 25.

註一三 Conseil d'Etat, 4 Mai 1910, Recueil, p. 193; Sirey, III, 1911, p. 17; Revue du droit public, 1910, p. 353.

註一四 Tribunal des Conflits (Blanco) 1er Février 1873, Sirey, 1873. II, p. 153.

註一五 Tribunal des Conflits, 29 Février 1908, Recueil p. 208; Sirey, 1908, III, p. 98.; Revue du Droit Public, 1908, p. 266.

註一六 Tribunal des Conflits (Fouscolombe) 11 Avril 1908, Recueil, p. 448; Bordeaux, 6 Décembre 1909, Revue Générale d'Administration, 1910, III, p. 194; Toulouse, 21 Juillet, 1909, Sirey, 1911, II, p. 281.

註一七 Otto Mayer, Le Droit Administratif Allemand, Edit. Française, 1903, I, p. 210 et 247.

註一八 Droit Administratif, 7e Edit., 1911 p. 935, Note 1.

註一九 Dicey, Law of the Constitution 8th Edit. Chap. XII; Jenks, Le Régime de Droit Dans le Droit Administratif Anglais, Dans Actes du Congrès des Sciences Administratif de Bruxelles, 1910.

註二〇 Goodnow, Principles of Administrative Law in the United-States p. 322.

註二一 Goodnow, *Loc. cit.*, 323.

第六章 行政訴訟

法國的行政訴訟，在前章，雖已將其主要性質與普通狀態略加說明，但其性質，究屬十分複雜，以上所云，恐未詳盡，他的演進，殊有更爲描述的價值，藉以完成我們對於公法變遷的說明。

一 關於越權之訴的判例成立

公法上帝國制度的觀念，與私法上個人主義的觀念，遙遙相對。大家視國家爲主觀主權之持有者，主權非僅表現於法律，且亦在行政活動內表現出來；視個人爲若干主觀權利的持有者，主觀權利則歸納於自由與財產兩種權利之內。照此情形，國家是主觀主權的主體；個人是主觀的自由權與財產權的主體。國家對於此種自由與財產，除於相當範圍與條件之下，可加以干涉外，不能對之有任何侵犯舉動。因此，在這種公法與私法觀念之下，一切行政訴訟，推其究竟，不外下列一個問

題：就是個人的主觀權利會否被國家的行政活動在合法範圍以外所侵犯。在任何行政訴訟問題內，一定有主觀權利問題存在。

照此看來，行政訴訟總是純粹主觀的訴訟。對於行政者所發生的，為主權的範圍問題；對於被治者所發生的，就是他們的主觀自由權與財產權是否受到侵害的問題。換言之，任何訴訟不外為治者或被治者之主觀權利的承認，而以處罰此方或彼方為結束。這就是 *Dueroq* 所謂：「真正行政訴訟的發生，須有由行政行為所激起的爭執；而根據該行為所為之請求，不僅應以被侵害的利益為理由，且應以侵害法律為理由。」（註一）

試將平政院的判決彙編 (*Recueil*) 一為涉覽，就可以知道歷年來的該院判決，可分為兩類，從其外表視之，似乎完全不同的：第一類的判決，平政院僅將行政行為撤銷，或駁斥控訴者之請求；在第二類判決，有時候撤銷行政行為，並對於個人或行政者更加以相當處罰；現在既有兩種判決，當然有兩種不同的案件。

在實際上，依照平政院內的用語，向來分為目的在處罰的普通訴訟，與目的僅在撤銷行為的

越權之訴 (Recours pour excès de pouvoir)；立法者自己也用此種名稱。一八七二年五月二四日在第三共和時代組織平政院之法律，其第九條曰：「平政院秉其主權審判一切行政訴訟（普通訴訟）及對於各行政權者之各種越權行為所提起的撤銷之訴。」

因爲一八六四年一月二日命令的恩惠（除印花稅及登記費外，一切費用及律師公費均免除），及當事者對於平政院信仰之日深，越權之訴甚形增加。平政院雖視之爲第一種訴訟之補充辦法，且以被治者並無他種救濟方法爲受理之條件，但越權之訴照常日漸增加。最後，平政院對於同時兩訴並進者之請求，亦不得不放棄原議，而予以接受了。

案件既如是之多，則越權之訴與普通行政訴訟的分別，自應加以確定。法學之士遂從事於此，但他們仍被主觀的觀念所束縛；以爲任何訴訟，必有權利存在其內，故對於該問題，殊難解決。他們不知道越權之訴的陡增，係由事實所迫成，而非法院之所欲。至於此種現象所顯示的一種深切變遷，他們竟是盲目而毫不知悉。變遷維何？就是公共權力與個人權利的主觀觀念之日漸消滅。

關於越權之訴的著作，不一而足，雖略述其大概，亦嫌太多，而無從介紹，但 Laferrière 的學

說，殊不能不加以注意。氏之著作於一八八七年出版，對於公法的演進，可算是個新紀元。氏分行政訴訟爲兩種：一爲撤銷之訴（Contentieux de l'annulation）；一爲純粹管轄之訴（Contentieux de la pleine juridiction）；他說：對於前者，法院職權以撤銷或駁斥撤銷之請求爲限；後者，法院對之，無論爲法律問題或事實問題，都有完全管轄審判之權。據氏的意見，越權之訴爲撤銷之訴的顯例，足以提起訴訟之原因有四：侵犯管轄法律；侵犯形式法律；僭越權力；與侵犯實質法律。但在最後一種情形，只有被侵害權利的主體本人可以提起越權之訴，而越權之訴總是補充辦法。（註二）

從以上所說的種種看來，Laferrière 在實際上沒有說出爲什麼分爲撤銷之訴與純粹管轄之訴的理由，及區別的根據何在？爲什麼越權之訴是補充辦法的理由，也沒有說出來？爲什麼，在或種案件，凡有利害關係者均可提起越權之訴？爲什麼，在他種案件，只有受損之主觀權利者本人纔可提起？因此，將 Laferrière 的學說詳爲細究，只覺得不確定而矛盾。

平政院的判例，在實際需要之下，同時擴大而更爲準確，而越權之訴亦不再是補充辦法了。因爲凡有利害關係者，雖僅爲間接或道德上之利益，均可提起越權之訴，而得阻卻被訴行爲之效力。

其實越權之訴絕無保護人民主觀權利之目的與效能。例如：具有某種公職必要資格者對於他人的非法任用之訴，平政院對之，特別宣稱准予接受。就是關係公務所屬人員的職業會社所提起之訴，亦予接受。(註三) 這當然不是主張，凡法國法學碩士對於公務人員之非法任用可以提起訴訟者，即有被任爲官吏之權的意思。

在此情形之下，*Laferrière* 的學說完全推翻，而應另找一說，藉爲根據。現在只要將主觀的權利觀念使之消滅，而代以近代法律的根本觀念，則一切都明白了。觀念維何？就是社會職務 (*Fonction Sociale*) 觀念，此種觀念與公務觀念相密連的；平政院關於越權之訴的精當判例，就是將此種觀念用之於實際而已。

二 主觀訴訟與客觀訴訟

行政訴訟上發生的問題，不外在研究是否有所謂主觀的法律地位存在，及其範圍如何。當某一個行政行爲業已完成，倘欲知其曾否創立一個新的法律地位，或曾否將原有的地位加以修改

或推翻；在這時候，行政訴訟問題就因此而發生。凡由此種訴訟發生的類似問題，是屬主觀的訴訟範圍。行政法院對之，就在審究此種地位的存在與範圍，而以裁判決定之。因此，法院的判決只有一個個別的而相對的效能，恰與他所審究的主觀法律地位的範圍相等。此種訴訟，只有對於該地位主張享有利益而請求證實其存在與範圍者，得提起之。

在另一方面講，訴訟之唯一問題，就在研究合法的規定（指廣義的普遍性之形式法律與命令而言）曾否被行政者侵害？照此看來，法官所應解決的，不外是客觀法律上的問題。由此所生的訴訟，亦可名之謂客觀的行政訴訟。法官只須審查法律曾否受到侵犯；倘審查下來沒有受到侵犯，則將該訴駁斥之；反是，將被控的行爲撤銷之。法院的決定具有一般的效力，對於任何被治者與治者，該行爲都算是撤銷了，在這種情形之下，法院的判決與是否受到侵犯之法律，具有同樣的普遍性質與效力。

不過此種越權訴訟，並非對於一切行政行爲都可提起而被接受的；譬如對於行政的實質動作，當然不發生撤銷問題而不可提起訴訟，因為只可撤銷法律的效力，而事實是不可撤銷的。對於

創立主觀地位的行政行爲，亦不能提起訴訟，因爲關於此種行政行爲，實際上在研究其是否創立主觀的法律地位，或會否將以前的地位改變與推翻，但並不在研究他是否合乎法律，此種訴訟，只有對於該地位主張利益者，纔可提起。換句話說，對於創立主觀法律地位的行爲，只能發生主觀的訴訟。客觀的訴訟僅可對於行政行爲之本身具有客觀性質者，方可提起訴訟。此種客觀的行政行爲很多，首推各種命令行爲；固然此種行爲在實質上與法律無異，但在形式上，以其爲由行政人員所發出的，故亦可對之提起越權之訴。

還有許多行爲，並不在創立主觀的法律地位，而爲創立客觀的合法地位，或爲規定某種人員能力的條件行爲。這種行爲，隨着法律的客觀觀念的擴張而與之俱增，任用公務人員的行爲，就是此種條件行爲（*actes-condition*）的顯例。在實際，此種行爲不發生任何法律上的效力，公務人員的能力與地位，都不是由他創立的而僅爲被任用人員的合法地位：如職權，身分，酬報，養老等的條件。行政會議的決議，常常是使某種行政行爲發生效力的條件，例如：省議會或縣議會關於費用的投票決定，是省長或縣長得爲一切開支命令的條件。

這些條件行爲與命令行爲一樣，都是客觀性質。他們並不創立個別而具體的法律地位，亦並非僅與一二人有關，而對於公務施行的全部都有關係。此種行爲，對於一般不特定的人都有影響，尤其對於與某種公務施行有關係的全部人員都有影響。準確的講，他們的本身，不能發生任何法律上的效力，但爲那些創立合法地位或能力之法律的適用條件，而間接的在法律上發生他的效果。此種行爲，是意思表示的行爲，因此就不能逃避司法的管束。且因他們是係客觀性質，所以纔發生客觀的訴訟。此種訴訟，任何關係人均可提起，法院對之，只有撤銷他們或拒絕撤銷之請求，而不會有判決處罰的。至於撤銷的性質，是對於一般人均發生效力的。

我們正欲爲之確定其根據與範圍的那種客觀行政訴訟，——特別在越權之訴內，可以很明白的看出來——爲法國判例的偉大作品，而統制今日的一切公法。其來歷，業已在第一節內略爲描述。現在應將他的範圍加以釐正，並應說明他的發展與適用如何與公法的根本觀念互相符合的情形。

三 越權之訴的性質與範圍

法國法律曾經特別的規定幾種客觀性質的訴訟，例如選舉訴訟，就是其中最顯著的一個。其內容就是在是否符合選舉法定手續一點。倘選舉被撤銷，對於任何人都發生效力而均算撤銷了。關於抵觸法院的訴訟管轄，其性質也是一樣，因為法院僅在審核抵觸的決定是否符合法定手續。在這兩種情形之下，客觀訴訟是由法律規定的。

反之，越權之訴可算是統馭法律全部之客觀行政訴訟的總彙。當一個客觀性質的行為，由一個機關或任何人員——自上總統下至百官——完成了以後，凡屬被治者都可對之向平政院提起越權之訴，請該院審判其行為是否依照法律。此種訴訟，從前只需六十生丁（錢名）的印花。起訴者不必以請求什麼權利為理由，蓋在法治國家制度之下，任何行政行為之違犯法律者，他們都可請求依法懲處之。惟為避免流於過濫起見，該院判例內主張須有特別利益關係者，方得請求而准予接受；不過只要有間接的利益關係，如納稅者對於縣議會不允特別費用的利益關係（註四）

或精神上的利害，如有資格充任某種公職者對於任用無資格者事件之利益，都足以爲提起訴訟的根據。(註五)

平政院接到了訴訟以後，只可撤銷被訴之行爲或駁斥其訴。此種事實，更可以顯示越權之訴係客觀性質，而不能爲處罰的判決。有時候，他使當事者到關係的部長面前去，這不過是直接請該部長依照法院判決辦理的意思。至於業經撤銷的行爲，則對於任何治者與被治者總是一樣的撤銷了。

前已說過，在某一時代判例內，似乎對於起訴的原因，分別規定幾種：如無權管轄，形式不全，僭越權力，違反實質法律等；而於接受時，視起訴原因之不同，適用不同的規則，現在任何區別都沒有了。其唯一問題，總不外有沒有違反法律。不問是管轄法律，形式法律，實質法律，或任何法律，殊無分別可言，而都是法律。所有的問題，常常相同；接受的條件，亦總是一樣。有時候，似將無權管轄，違反法律，與僭越權力等加以分別；但此係習慣上用語的不同，實際上毫無區別。(註六)

對於任何機關或任何公務人員的客觀行爲，所提起之越權之訴，均予接受。惟國會，上下兩議

院、法院及法官的行爲，則不在此限。上列機關或人員的行爲，何故對之不能提起越權之訴的原因，是很容易明白的。關於司法機關或法官，另有特別的管束，故對於法院或法官的決定，只可向其同類的管轄法院提出非議；要是不照這樣辦理，則必至侵犯行政與司法的分權原則。

爲什麼對於國會或上下議院的訴訟，不予接受，在將來或最近的將來，對於此種訴訟，當然亦必准予接受的。惟在現時，如此趨向的演進尙未完成。爲什麼不接受的原因，仍舊不免因國會或兩院是國家主權意思直接表示機關的老觀念所束縛的緣故。在以上第三章第四節裏邊，我們已經證明，現在有一種很顯著的趨向，期爲形式法律，設置一個司法的管束機關。依此類推，則將來審核議院或其所屬委員會所爲之決定是否合法之權，亦或有歸某一個高級法院管轄的可能。

至於大總統的行爲，在今日，原則上都可對之提起越權之訴。自從一八七五年以後，大總統的性質不無變化，現僅略爲提及，因爲此種變化雖甚重要，但與公法的變遷沒有多大關係。照一七九一年與一八四八年憲章規定的政治制度，以行政權授予國家元首。因此，元首就成爲主權的組織要素之一，他同國會一樣的有代表性質，由他代表行政部分，由國會代表立法部分。因此，他的行爲

與國會的行爲一樣，都是國家主權的直接表現，當然都不受行政訴訟的制裁。

一八七五年憲法的製作者，對於大總統，當然亦是同樣觀念，而給予同樣性質。一八七三年一月110日法律(Loi de Septennat)很顯明的說：「在七年期內，以行政權給予 Mac Mahon 大將。」後來的歷任大總統，自然也具有與第一任同樣的性質。而都具有為主權組織要素的行政權。他們都有代表性質，因此他們的行爲，當然也不受行政訴訟的制裁了。

自一八七五年以後，大總統漸漸失了這種性質，而不復爲國家主權的代表，他從此就變成一個普通的行政人員，雖爲最高級的官吏，但總不外是個單純的公務人員。因此，他的行爲，在原則上，都可對之提出越權之訴以攻擊之。不過這個變遷與公共權力的帝國制度觀念的隱滅，沒有什麼關係；因爲帝國制度的公共權力觀念，雖照常存在，但大總統的性質，卻不斷的變遷。故雖爲並行的兩大演進，但彼此是互相獨立的。一八七五年憲章給予大總統的性質，其變遷的主要原因，依我們的觀察，是存在於總統制度的本源裏邊。緣大總統係由國會推選的，國會爲唯一的代表機關，主權全部盡集於國會一身，大總統既是由國會選出的，當不過是一個行政人員，這就是大總統性質的

變遷與公法演進相合的緣故。對於大總統在政府地位所爲之行爲得以提起越權之訴，就是此種變遷的影響。

不過還有兩種行爲，其演進尙未完成，仍不能以行政訴訟攻擊之。第一種，就是對於議會與政府有憲法上關係的行爲，例如大總統召集或延長會議的行爲，宣佈國會閉會或解散下議院的行爲，以及召集選民進行選舉兩院議員的行爲，均不受行政訴訟的管轄。其理由，很易明白。因爲政府所做的這種行爲，倘若可以行政訴訟攻擊之，豈非間接將國會的行爲受平政院的管束嗎？故以現時而論，此種類似管束之存在，殊屬不可能。

這是很明顯的，例如從召集選舉的命令看起來，就可知道根據憲法上的規定，上下各院都有自己審查各該議員的被選資格，與選舉手續合法與否的權利（一八七五年一六日憲法第一〇條）。倘若承認平政院有決定召集的命令合法與否之權，則無異准其侵犯兩院權利。一九一二年八月九日平政院的判決，就是這樣意思。當時有一個某省議員對於一九一二年四月二日指定 Belfort 地方應於五月一九日選出上院議員一人的命令，提起訴訟，平政院對之，予以駁斥。其理

由曰：「兩院對其議員，有審核權利，除有特別明文規定外，惟兩院自己有權審查其選舉行為的合法與否。」（註七）

第二種不受越權之訴攻擊的行為，就是關於外交上的行為。換言之，亦即法國與他國在國際關係的行為，依照向來的法例，此種行為不受行政訴訟的拘束。尤其是依一九〇四年八月五日的決定，平政院謂：一個私人不能根據行政訴訟，攻擊由法國併吞 Madagascar 宣言所發生的結果。（註八）這種辦法的用意，是很容易知道的。外交行為直接與國家安全有關，政府的行動自由，對於保障國民利益上殊屬必要，不應以訴訟手段阻礙之。外交公務，當然在特種情形之下進行，此種公務的管理，為統治者與外國政府發生關係的唯一途徑；現在我們知道公法對於任何的國家公務，都規定受法院管束，但不能將此種辦法擴充之於外交公務。總之，無論那一種解決辦法，都以公務觀念為原則的。

四 不復有政府的行為

除此兩種行爲以外，大總統所做的任何行爲，都可對之提起越權之訴，以攻擊之。這是一個大進步，我們應加以特別注意。

在不多時以前，有人謂：關於公共行政的命令，換言之，凡由立法者委託並經平政院同意後所爲之命令，不受任何訴訟的制裁，現在則不復這樣了。我們以前已經說過，平政院於一九〇七年二月六日在鐵路公司控告一九〇一年三月一日公共行政命令的判決內，曾表示接受此種控訴，他的態度是很顯明的與前不同了。固然平政院及其委員仍舊用立法者委託字樣，這是不無遺憾。但此種用語，對於他的判決，不復有多大效能。在另一方面，所申述的理由，其結果是很爲重要，而殊堪注意。其意謂：「按照一八七二年五月二四日法律第九條規定，對於各種行政權力的一切行爲，均可對之提起越權之訴。元首所規定公共行政的行爲，雖以代理立法者之資格爲根據，而將立法者給予的權力盡量使用，但因爲此種行爲出於行政權力者，故終不能避免上列第九條越權之訴的制裁。」（註九）

因此，對於任何行政機關或官吏的行爲，都可提起越權之訴，而應予接受。對於政府的一切行

爲，當然亦可，惟以法律上的行爲爲限，這是法國向有之某種信仰的崩潰。但有些國家，對之照舊深信，真屬遺憾。總之，此種信仰的崩潰，就是在法國所謂政府行爲或政治行爲，在德國名謂 *Staatsnotrecht* 或 *Notverordnungen* 的定罪。(註10)

所謂政府行爲或政治行爲，依照他的內部性質及發出的機關或人員之不同而規定的，但均能對之提起越權之訴。不過從根據政治上的目的，所以責令政府或其屬員完成此種行爲一點看起來，到又不應使之受越權之訴的攻擊。所謂政治的目的，係指普通意義而已。政治兩字有各種意義，一方面係指統治人民的技術，並確保他們的幸福與財產而言，這是最高貴的意義；至於普通的意義，是指取得地位與權力，及如何維持使之不倒的技術而言。爲政治目的所爲之行爲，不受攻擊，其目的即在維持統治者的權力。換言之，這就是國家的出處，否則國家的根本或有搖動的危險。

此種理論，在法國幸虧現在已經消滅，但仍是我們所欲寫述之公法變遷的一個因素。固然，政府行爲的隱滅，是得力於平政院與抵觸法院判例的獨立與公正；但此種判例，若不與帝國制度觀念的消弱相符合，亦不能成立，或至少不能有何等力量。這兩種事實，在社會的演進上，是互爲因果

的。

政府行爲的學說，在法國有許多有名學者常常爲他辯護。每每援引一八四九年平政院組織法律之審查報告者 *Vivien* 的言論，藉以張目：「他說有許多侵犯權利的行爲，是不受法院審判的，在代議政府與責任原則之下，爲應付公共需要的情勢，恆使部長不得不採用有害私人權利的方策，而對於政治權力者負責。倘若使之受行政法院的管轄，則無異對此種爲公共利益的行爲加以阻礙。似於國家之內，另立一個新的權力，以壓迫其他一切的權力。」以上所云，是法學家爲國家出處辯護的巧調。但類似主張之危險，是顯而易見的。惟學者如 *Dufour* (註一) *Bathie* (註二) 等，仍力主此說。平政院於一八六七年對於警察總監沒收 *Annule* 爵士的著作——該沒收行爲，曾經內政部長批准——一案，曾很奇特的採用此種學說。該院即根據政治上的理由，將控告該行爲的控訴駁斥。(註三) 九年以後，在共和政府時代，巴黎高等法院對於拿破侖公爵因內務部長與警察總監依照一八七二年一月一日決定強制逐其出境的行爲，提起控訴，該高等法院仍援用政府行爲的學說而宣稱無權管轄。(註四) 但法國法院根據此種擅專暴戾的原則，以拒絕接

受控訴者，此爲最後一次。

在今日，平政院與抵觸法院的前後判例，對於根據政治上的理由以請求拒絕受理者，都不再認爲充分而駁斥其請求了。

抵觸法院於一八八〇年一月四日、五日、一三日、一七日、及二〇日的各判決——關於施行一八八〇年三月二九日命令（一名 Jules Ferry 命令）以對付教會事件的判決——裏邊，暗示的推翻政府行爲的學說，而出之以很堅決的態度。在該判決的結論內，該院委員 Ponjat 說：「我們可以說，公共權力所做的行爲，是政府行爲，無論在行政法院或司法法院，均不能爲訴訟的客體……倘若此種行爲，真是存在的，則一八八〇年三月二九日的命令，就是其中之一……倘若你們以爲此種行爲沒有以上所說的性質，則你們可加以審核。如係行政行爲，只可由行政法院管轄。否則，屬司法法院的管轄範圍。」這是說得很對。抵觸法院的判決謂：「撤銷行政行爲的效力，並阻止其執行，不屬司法權力的範圍……請求者如認對於他們的處置，無法律根據……應向行政權力聲請將該行爲撤銷。」（註一五）抵觸法院因此就將三月二九日命令具有政治性質主張予以

駁斥；而對於該命令所提起的越權之訴則准予接受。

某次，陸軍部長根據一八八六年六月二二日關於法國以前皇族的法規，將 *Orléans* 與 *Murat* 兩公爵在兵士表內的姓名除去。二公爵因對於該部長的決定提起控訴。平政院對之，很顯著的表示推翻政府行爲之學說。陸軍部長不服，仍以所爲之決定完全爲政治上的理由爲根據，提起上訴，請求拒絕二公爵的控訴。平政院復駁斥之曰：「卽照該被控決定所根據的文義言，陸軍部長之爲如此的決定，顯係適用一八九六年六月二二日法律第四條之規定。照此情形，其行爲已是行使屬於部長的行政權力，藉以確保法律之施行，其關係決定，當爲行政行爲，而得由平政院管轄審判。」（註一六）惟平政院對於 *Orléans* 公爵之訴予以駁斥；對於 *Murat* 公爵者則接受之。

數年以後，抵觸法院復有確定上列態度的判例。前後連在三次判決內，均推翻政府行爲的學說，而認爲應由法院管轄。故當時政府根據刑法第十條訓令省長沒收巴黎公爵的小冊子及肖像，此種沒收行爲，抵觸法院亦主由法院管轄。其理由曰：「卽謂警察總監所根據的口頭訓令，其目的爲施行一八八六年六月二二日之法律，此種訓令，亦不能在拘票上註明謂沒收的性質係政府行

爲沒收的性質不因其爲政治上的目的與出自內務部長的訓令，或曾經兩院通過而變更的。」
(註一七)

法院判例雖一再推翻政府行爲的主張，但這個兇惡的學說，不時的重行發現這是握有權力者希圖避免法院管轄的自然趨勢。一九一一年，抵觸法院對此主張又加以打擊。是年法國駐Haiti公使，因意外事故，拒絕爲二法國人證婚。該二人遂對於該公使，提起拒絕證婚應負相當責任之訴。抵觸法院認該案應由法院管轄，並決定謂：「假定對於外交行爲，不能提起訴訟，這是因爲外交上的理由；並不是這種行爲的本身，有不能對之提起訴訟的性質存在。」其判決曰：「對於這個案件，外交人員之參與，既不背條約之規定，又非當地立法加以禁止，則拒絕當事者之證婚，或爲政治上的原因，這是關係很小的。」(註一八)這一個判決，非常有趣，因爲抵觸法院很顯明的決定，對外交上的理由，與對內政治上的理由，均不能阻止訴訟的接受。

照此看來，任何行政活動都受法院的管束，而越權之訴即爲實行此種管束的主要方法。此點我們應該牢記，因爲這就是目前的法律演進與新制度成立的主要特質。這個管束並不是以個人

主觀權利爲根據，藉以與國家的權力相對峙；而完全以保障合法的客觀權利與公務法律爲根本的。任何人都可以說是檢察官，共同參加保障法律的工作。凡違犯法律的行爲，人人都可請求管轄法院撤銷之。參加保障工作的人當然有利害關係；但在實際，法律所保護者，不是這種利害，而爲保護公務的完善施行及法律之遵守。被治者利用這種武器，以得到保障，這不是他們的權利，也不是他們有何利益包括在這個訴訟裏邊，他們雖則因起訴而受到利益，但是起訴的目的與效力，都是純粹客觀的。

這個制度完全是社會化的制度，因此而使我們知道法律的傳統觀念業已深切的變化了。

五 權力之僭越：不復有獨斷行爲

近代公法對於越權之訴，給予很大的職權。政府行爲再亦不能存在。具有政治上理由的行爲，亦可對之提起訴訟向被法院接受了。但是公法的演進，仍不以此卽止。當行政行爲依某種原因決定的時候，這個原因反過來就可使行爲歸於無效。復次，既沒有所謂政府行爲存在，當然再亦沒有

獨斷行爲或純粹的行政行爲了。

獨斷行爲 (Acte discrétionnaire) 並不是絕對不受法律制裁，而可以行爲者之無權或形式不全爲理由以攻擊之。但若由有權力者依法定形式完成後，無論做成該行爲的目的如何，就不受攻擊了。任何法院，即或平政院均不能審查其目的，更不得藉口其目的違法而撤銷其行爲。

大部分的行政行爲，都有這個性質，我們可以很準確的稱之謂行政者之獨斷權。三〇年來關於行政法的名著內，差不多每頁上都有這個用語。在那時候，對於越權之訴的判決，亦差不多均因「被控告的決定，係純粹行政行爲，依其性質，不能由訴訟手段使之歸平政院管轄」爲理由，而將越權之訴駁斥的。此種行爲，德國人稱之謂自由估量的行爲 (Freies Ermessen)。直至現在，對於此種行爲的議論，仍甚紛歧。(註一九) 在法國，獨斷行爲已屬過去，而不復存在於今日的法律之內了。平政院恆有估量行爲的目的之權；行政者雖屬有權，但若其目的並非當時法律所據以給予該種權力的目的，則平政院就可撤銷其行爲。

這種情形，就是所謂僭竊權力，其實就是越權。對之提起的訴訟，就是越權之訴。也就是行政者

違犯規定管轄權力的法律，因為他所做的並非正式屬於他的管轄範圍，亦可說他做了無權進行的事物，稱之謂僭竊，是很適當的；因為用這個名稱，很能顯出他違犯法律的面目。

採用這個觀念並由此所得到的實際結果，當然是平政院獨立不羈的態度，名學者之宣揚，及平政院委員之公平精神等的功勞。自第二帝國時代之 *Aurog* 起，以至今日之任此職務者，都是不斷的為此種工作供獻。不過我們可以說，僭竊權力的判例，就是目的觀念的實現。這個目的觀念，日漸深入於公法與私法制度之內。在私法方面，拿個人的獨立意思以定法律上的效力時，用不着依個人的目的，以查核其行爲的成立與否，只要完備行爲者有相當能力與行爲的客體兩個要素，（註二〇）就算有效。公法也是一樣，當行政行爲的效力完全依靠公共權力的時候，只要是權力者依其客體所爲之行爲，就算有效。

到了公共權力觀念日漸消沉與公共權力對於行政行爲不再居於首要地位的時候，目的觀念就處於重要地位了。僅由有權的人員發出的行政行爲，不足定爲有效，還須符合依法授予此種權力的目的。這個目的總是一樣的，就是行爲者所管理公務的完善施行。

現在，我們可以明白爲什麼不再有並且不能再有獨斷或純粹的行政行爲了。行政者之權力無論怎樣大，被治者總是有權向他查問所做行爲的原因如何，平政院卽有權審究這種原因的細底。如行爲的目的不在他的權限之內，就撤銷其行爲。且不問行政者之等級如何，上自總統，下至百官，也不問所做的是什麼行爲，一樣的可加以審究。而行政人員所做的行爲，沒有一個可以逃避法院審查其目的之管束的。

這點也可以證明公法的變遷，且爲公共權力觀念不再是法律台柱的新證據。

僭竊權力之訴，由演進而成爲制度，而有今日的效能，不是一天之內所完成的。回溯其起始，遠在第二帝國的末年。當初，僅對於某種次要的案件，首次援這個學說。時有一某省長，發出命令規定車站區內車馬往來的限制；惟其用意，爲偏袒包辦運輸者之利益，而非爲保護交通上的秩序與安全。平政院認之爲僭竊權力的作弊行爲，而撤銷其命令。後來到了一八七二年，規定火柴由特許專利者經營，當時爲使國家避免對於被停業者應給予相當賠款責任計，各省省長依照財長訓令根據一八一〇年命令可將妨害衛生與危險場所封閉之權力，而封閉各火柴廠。此種決定亦被視爲

僭竊權力之行爲而被撤銷。因此，僭竊權力的制度，在法國公法上已經很確定的成立了，並且很快的發展而擴大。

對於下列幾個新近案件，平政院特別顯著的適用僭竊權力的觀念，爲判決的根據。

根據一八八四年四月五日關於縣府行政法律第四三條的規定，政府決將縣議會解散，藉以矯正選舉時非法事端。平政院對此解散的決定，認爲僭竊權力而撤銷之。因爲政府只可爲保全縣行政的完善上，得有所舉動，解散縣議會，殊不能使縣行政達於完善，其決定當然是僭竊權力的行爲，與一般行政行爲的越權一樣，應予撤銷。固然政府有解散議會之權，但不能以之爲達到另種目的的方法。（註二一）

André 將軍任陸軍部長時，以某糧食商的政治與宗教意見不爲大眾所喜，因決定排斥該糧食商人，使其不得參加關於軍用糧食的買賣。平政院對於 André 部長排斥該糧食商人的決定，亦認爲僭竊權力而撤銷之。其意謂：「按部長所根據的理由，既與契約之履行無關，又與商人職業上的能力與地位亦不相涉。」（註二二）故認爲僭竊權力之行爲而撤銷之。

數年來，各省省長每利用一八八四年法律所授與的督促縣議會之權力，在保障縣行政完善之目的以外使用該項權力。Haurion 稱此權力之非法利用，爲因政治與宗教的意見不合而對於縣議會的強驅行爲。平政院對此類似案情，總是加以打擊的。例如 Douths 省長欲強迫某縣租用其教堂，且謂：在該縣議會未依一九〇七年一月二日法律第一條租用其教堂以前，對於該縣議會的決議不予批准。平政院對之，很嚴厲的攻擊之，而謂：「該省長所欲達到的目的，並非一八八四年四月五日法律據以授予此種權力的目的。」（註二三）

向來承認各部部长對於本部的各種考試，有決定投考者名單之權，並可任意將某一投考者除名。一八五一年七月五日平政院的判決，曾將控告此種決定之訴駁斥，其理由謂：「此種決定，其原因如何，不在平政院管轄權力範圍之內。」平政院對此問題，一方面雖則維持部長所爲的除名決定，但他方面則承認該訴應予接受，而很顯著的攻擊獨斷行爲的主張。該院委員 Helbronner 曾經很明白的提出這個問題：「一個投考者，具備了法定的一切條件與能力，部長可否以其爲特種公民，而排斥其參與考試。」這個問題的發生，緣當時有一個教士，欲參與哲學教員的考試，但以

其爲教士，故被排斥而未得與考，所以才發生這個問題。平政院對此案件，一面維持不准其投考的決定，但亦接受被排斥者之控訴而爲之審判。爲什麼維持部長不准其投考的決定呢？並不是因爲他沒有權力審查該決定的原因，但因爲他承認部長的排斥行爲，是爲確保公務施行完善的合法處置，所以拒絕被排斥者的控訴。當時平政院申明的說：教員考試的性質，非爲授給大學學位的根據，而係取得中等教員資格的歷程。因此，「決定拒絕該教士的參與哲學教員考試，是教育部長爲公務利益起見，而對於投考者使用一八五二年四月一〇日命令及一八八五年七月二四日命令所賦予之職權上的權力而已。因此，他的決定既非越權，亦非僭竊。」（註二四）

該院委員復於結論內，對此判決的範圍加以確定曰：「獨斷行爲的學說，今日已經廢棄了。獨斷的意義，應加以下列的限制。因此，所謂獨斷者：就是握有權力者，有完全的估量權力，但以合法行使，及遵照給予此種權力所根據的目的爲條件。」不准教士參與中等學校教員的考試，部長的意見，是與法律規定初等中等教育不帶宗教色彩的意志相符合的。該委員並且很明白的說：若高等教育的教授考試，則就不然，只應以投考者的學識爲決定准否參與考試的標準。

倘若我們將根據僭竊權力爲理由所撤銷各縣決定的判決，盡爲敘述，恐屬不勝枚舉。例如對於 Denain 縣長不滿某巡士檢查縣政會議開會所在地的酒店，因藉口行使他的紀律權力，而將該巡士免職之決定。（註二五）還有許多對於各縣長熱心反對宗教及禁止穿着司鐸衣服入葬的決定，尤其如對於 Sens 縣長決定的撤銷，其判決謂：「按調查所得的情形，Sens 市殊不能根據以維持公路秩序的必要爲理由，爲規定出殯條例的決定。因此，該縣長此次使用其權力，殊非法律所許。」（註二六）對於以上決定，平政院均認爲僭竊權力之行爲，而判決撤銷之。

在這幾個判決內，似乎將提起訴訟的可能範圍，又加擴充。以前，原告如欲勝訴，須提出直接確實證據，證明被訴的行爲係爲他種原因所左右，而與公務目的無關。在上列案件內，則不然。原告只須證明縣長行爲所根據的理由事實上並不存在，就可勝訴。用不到證明縣長處置的理由與公務有無關係，而只須證明他根據的理由不存在。這種情形，當然並不變更僭竊權力與提起訴訟的性質，但確能使提起訴訟更加容易，而將法院對於行政事務的管束權力大加擴張。

六 法院判決的制裁

雖然，僅如以上所述的情形，法國公法的演進，還沒有完成。欲使法院對於行政活動的管束，成爲被治者的有力保障，尚須掃除一個缺點。

平政院對於行政者違犯法律的客觀行爲，固然很嚴厲的加以撤銷了，對於行政者以主觀法律地位者——例如契約上的地位——對抗個人的情形，亦加以制裁了。復次，對於行政者以施行公務而使人民受害時，加以處罰的事實，我們於次章內，亦可見其爲屬實了。

凡此種種，都足以顯示深切的變遷。不過持有判決的被治者，有沒有方法使行政者依判決履行？持有撤銷行政行爲判決的被治者，有沒有方法阻止行政者再爲類似行爲？俾不至撤銷幾次，再做幾次的地步。被治者可否強迫行政者依照撤銷的判決？例如被免職者能否以免職的決定已經平政院撤銷而得以復職。理論上，當然不容疑義，法院判決可以強制行政者服從的。

在實際，我們應該說，這個強制方法還沒有，Haurion 曾經很準確的說：「如行政者願慮行

政上的名譽而自動履行，則雖無這種制度，也沒有什麼不便。」但氏又續謂：「在分權與選舉習慣的混合作用之下，行政上的名譽觀念，早已消滅了，因此公共行政者遂用盡奸詐狡偽手段以對付箝制他們的行政法院。這種卑惡觀念，非僅各縣所獨有；各省也有的。我們不能再信省長可使縣市遵重行政上的品格了……這種卑惡觀念，漸漸的傳入各部院。大家對於此種情形，用一個很適當的名稱，以表現他的狀態，就是「中央行政抵制平政院。」當然這不是部長個人……而是各部，所以這就是各部對於平政院的反動，而平政院是各部的眼中釘。」（註二七）

這樣的寫述，當然不免過分。在大半案件內，最高行政者都自動的服從法院判決的；或向國會請求撥給的款，以履行判決應付的款項；或將必要的數目，登入各該部、縣，或公共事業機關的預算內，作為必要費用；或將會被非法停職或辭退者，使之復職等；這都是遵重判決而照行的。所以Haurion 雖則如此說，但大半的案件，確是這樣渡過去的。

但有時，不免遇到反抗的阻力。其原因，以選舉與政治上的影響每侵入行政範圍，而各方面被其搗亂。法院管轄權力，日漸擴張；同時行政者方面的反動，亦隨之而激增。沒有一種變遷遇不到

阻礙的，任何新的社會因素，一定免不了舊因素的抗力。政治影響的混入行政，還不過是次要的原因。其首要而深切的原因，不外因行政上之當權者，對於已取得之地位如同優先權者一樣，當然希圖保守不失，故對於法院管轄權力的擴大，勢必加以阻擋的。

平政院對於此種情形也很知道，所以在他的判決內，每圖預防行政者之抗力。當然他沒有將行政者的地位取而代之的野心，他不過撤銷其決定，並不代之以自己的決定，他仍舊是法官而不是行政者。

在關於每週輪流休息的案件內，平政院的態度，尤為顯明。他對於省長拒絕休息的決定，認為誤引法律而撤銷之。但他自己並沒有准許休息的請求，且逆料有發生阻力的可能，而欲使省長遵從判決，平政院遂遣某君……自投某省長之前，冀取得他們有權享受的准許。（註二八）

這種遣送請求者於行政者之前的方式，等於通知行政者的表示。在目前平政院的判決內，常有此種辦法，就是在撤銷關於星期休假的省長決定的判決內，也是常常遇到的。平政院對於省長拒絕將某種必要費用登入各縣預算內的決定，猶未敢明白加以撤銷。但一九〇八年六月二十六日

的判決，曾令當事者自投內政部，俾得直接達其目的，此無異對於部長的授意或吩咐。（註二九）

不過這許多，不是真能強制行政者的方法。倘若部長，省長，縣長，對於判決的吩咐，一概置之不理，至少在目前，還沒有直接或間接的方法，以強制他們。

從前有一個案件，其本身內容不甚重要，但對於我們所懷疑的一點，實為一個很顯著的實例。當時有一個小縣長，竟使全國最高的行政法院無可如何。照一八八四年四月五日縣法律第一〇二條規定，縣長不能將地保撤職而只可使之停職一月。Cotignac 縣長很巧妙的援用該條規定，將某地保停職一月以後，又為停職之決定，如是循環下去，實際就等於撤職。一九〇九年七月二三日，平政院對之為第一次判決，撤銷其以前十次的停職決定。該縣長對於平政院的撤銷，視若無睹，照常將該地保一回又一回的停職，平政院又為第二次的判決，將第二回共七次的停職決定撤銷，如是當可永無止境的循環下去。倘該管長官不得將縣長撤職，竟沒有法子可以使其服從法院的判決。（註三〇）

現在我們見到公法的缺點了。應該用什麼方法以補救這個缺點呢？只有拿公務員個人負責

的方法以補救，法院判決的不生效力就是因爲不使之負個人責任。在次章可以知道許多判例與學說均主張一種很精巧而準確的分類，將事實分爲職務事實與個人事實。公務員的個人責任，即由個人事實而生。當公務員的作爲與不作爲，被公務以外的目的所左右的時候，就發生個人事實。倘某公務員有意的拒絕遵從法院判決，當然是公務以外的事實。任何判決推定其爲合法的，任何法律都以公務爲根據的，公務員違抗判決，就是違犯公務法律，也就是他的個人過犯，而使之負責。當事者根據個人責任以對付強頑的公務員，當然可以勝利的。倘 *Corisnae* 地保對其縣長，提起個人之訴，一定能勝訴。不過在次章內可以知道其手續是很複雜而費錢的。此種訴訟當由普通法院審理，則依法可訴至最高級法院，並且往往訴至最高級的法院的。當事者因此，往往甚爲躊躇。不過此種躊躇是不應該的，因爲依法進行，雖至最高級法院，終能勝利的。不過，倘能向平政院起訴，他們或不至如是躊躇，且若以之與越權之訴同樣看待，又可避免律師公費而只須貼些印花就夠了，平政院對於否認其撤銷或處罰者，當然判令其負擔個人責任。關於此點，以後的變遷，或則就照這樣的意義完成。（註三一）

註1 Droit administratif, 7e Edit., II, p. 17.

註11 Laferrière, juridiction et contentieux. 2e Edit., 1896, II, p. 394 et suiv.

註11 Les arrêts: conseil d'Etat, 2 arrêts, 11 décembre 1909 (Lot, Molinier), Recueil, p.

780; 4 Arrêts, 1er juin 1906 (alcindor), Recueil p. 906; 11 décembre 1908 (association professionnelle du ministère des colonies), Recueil, p. 1016; 6 août 1910 (association des fonctionnaires du ministère de l'instruction publique), Recueil p. 719.

註14 Arrêt Casanova, 29 mars 1901, Recueil p. 333.

註15 Arrêt Lot et Molinier, 11 décembre 1903, Recueil, p. 780.

註16 Hauriou, Droit administratif, 7e Edit., 1911, p. 429; Tournyol du Clos, Essai sur le recours pour excès de pouvoir, 1905.

註17 Le Temps, 11 août 1912.

註18 Recueil 1904, p. 662 et Revue du droit public, 1905, p. 91.

註九 Recueil 1907, p. 913., Rap. arrêts 29 décembre 1908, Recueil, p. 1094 et 7 juillet 1911, Recueil, p. 797.

註一〇 Jellinek, Gesetz und Verordnung, p. 377.

註一一 Droit Public IV, p. 600.

註一二 Droit administratif, VII, p. 401.

註一三 Conseil d'Etat, 9 mai 1867, Recueil, p. 472.

註一四 Cour de Paris, 29 janvier 1876, Sirey 1876, II, p. 297.

註一五 Tribunal des conflits, 4, 5, 13, 17, et 20 novembre 1880, Sirey, 1881, III, p. 85.

註一六 Conseil d'Etat, 20 Mai 1887, Sirey, 1889, III p. 29.

註一七 Tribunal des conflits, 25 mars 1889, Sirey, 1890, III, p. 32.

註一八 Tribunal des Conflits, 25 mars 1911, (Ronzières), Recueil, 1911, p. 400; Sirey, 1911;

III, p. 105.

註一九 Otto mayer, Droit administratif allemand, Édit, française, 1903, I, p. 212; Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.

註二〇 Duguit, Les Transformations du droit privé, 1912, p. 82 et suiv.

註二一 Conseil d'Etat, 31 janvier 1902, Recueil, p. 55; Sirey, 1903, III, p. 113.

註二二 Conseil d'Etat, 4 août 1905, Recueil p. 757.

註二三 Conseil d'Etat, 10 mars 1911, Recueil p. 289; Sirey, 1912, III, p. 41.

註二四 Conseil d'Etat (Bouteyre) 10 mai 1912, Revue des droit Public, 1912, III, p. 453.

註二五 Conseil d'Etat, 16 décembre 1900, Recueil 1900, p. 617.

註二六 Conseil d'Etat, 19 février 1909, Recueil, p. 180, Rap. conseil d'Etat, 19 Mars 1909,

Recueil. p. 307; 21 jan. 1910, Recueil p. 49; 4 mai 1910, Recueil, p. 192.

註二七 Note sous arrêts du 23 juillet 1909, et 22 juillet 1910, Sirey, 1911, III, p. 121.

註二八 Voyez les Différents arrêts rendus dans les affaires de repos hebdomadaire.

notamment 30 novembre 1906, Recueil, 1906, p. 880 et Sirey, 1907, III, p. 17.

註119 Conseil d'Etat (Daraux) 26 juin 1908, Recueil p. 689; Sirey, 1909, III, p. 129.

註120 Conseil d'Etat, 23 juillet 1909, Recueil p. 727 et 22 juillet 1910, Recueil p. 606; Sirey, 1911, III, p. 121.

註121 Consultez sur la question la note précitée de M. Hauriou, Sirey, 1911, III, p. 121; Berthélemy, l'obligation de faire en droit public, 1912, p. 511 et suiv.

第七章 責任 (La Responsabilité)

國家對於用他的名義所做的行爲，應否負責？僅僅提出這個問題，就可以顯露公法的深切變遷。倘若對於革命時代的人物，提出這個問題，他們一定會很驚異的。無論在人權宣言裏，歷次憲章裏，或革命時代的法規裏，對於國家的普通責任，都沒有任何暗示的痕迹可尋。不過個人爲安全計，得有對抗國家的權利。換言之，就是對付擅專者的保障，當然含有此種權力，且大家都加以確認的。這種保障，是存在於分權分職及公務人員負責的原則之中，但沒有人想到這種保障應該完全存在於國家責任之中。至於今日則反是，我們都知道個人的安全，只能於範圍廣大而制裁嚴厲的國家責任之內找求妥善的保障。這樣的變遷，不知是怎樣完成的？

一 主權與不負責任

規定公務人員責任的文書，是很多的。其原則即規定於一七八九年的人權宣言之內，謂：「社會有查詢一切公務人員行政的權利。」一七九一年憲法第三編緒言說：「行政權交由君主代理，在他的權力之下由部長及其他負責公務人員使用之。」這個原則在一七九三年及共和三年的宣言內，亦有很顯著的規定。（註一）共和八年有主張組織一個強有力而不受選舉與民衆影響的中央政府，但認爲上列原則，也是根本不可侵犯的；而公務人員的責任，仍予完全維持，且同樣嚴格的確定這個原則。不過對於公務員訴究之先，須先得政府之許可與平政院同意爲條件，這就是共和八年憲法第七五條的規定「各部部长以外的政府人員，對其關係職務上的事故，非經平政院決定不能對之訴究」的原則。在一八三四年修改一八一四年憲章時候，主張制定「部長及行政公務人員負責的法律。」大家視這個修改，爲自由意義的表現。但這個法律，雖然提出，且經一八三五年開會期間的長期討論，終究沒有制立。後來到了一八四八年時，纔規定更加準確而普遍的原則。其意謂：「大總統，部長，公務人員及公共權力的受委託者，對於政府及行政上的一切行爲，人人應負其責任。」（第六八條）

至於國家的普通責任，自一七八九年略有飄渺的暗示以來，絕無任何文字可見。並不是說大家沒有想到責任問題；責任這兩個字，與責任的事實是時刻遇得着。確認公務員責任的文字也很多的。但爲什麼不說起國家責任呢？因爲大家確信國家是不可侵犯的，自然永久的不負責任，立法者不提及國家的責任問題，是當然的結果。

這是很合理的，試將主權與責任兩相接近而視之，顯然是兩個不相容的觀念。當然主權是可以加以限制的，而依照我們公法的傳統思想，可以個人權利與主權互相限制，不過這種互相限制，只可由法律定之。法律是什麼？即主權者自己的意思表示而成爲國家的法律，簡單言之，法律就是主權國家所制立的，自然不能認國家可以負責了。

在傳統觀念之下，所謂責任，必含有違犯法律的意思；而制立法律者，當然不會違犯法律。此外在純粹君主國家，主張君主不做錯事，因此不能再負何種責任。民主國家也是一樣，國家是全民族的組織體，決不會做錯事，當然亦不能負任何責任。

主權國家，不能對於法律負責，因爲法律就是主權的表現。國家對於一切施政行爲，司法行爲，

及行政行爲，亦不負任何責任。倘若此種行爲是依照法律的，無論對於國家或公務人員，都不發生責任問題。倘此種行爲與法律相反，國家亦不負責；因爲法律是他所制立的，法律的施行，亦是他的意思。假使法律沒有施行或被人違犯了；這不是主權國家的意志，而爲公務人員自己的意志，那末只有由公務人員的個人負其責任。

以上所云，都是很合邏輯。因此，就是思想激進的有名學者，雖到了今日，仍被牢不可破的主權觀念所束縛而不能解脫。他們以爲如必欲說國家對於某種情形負相當責任，除非有法律明文規定，否則國家不能復以公共權力者的資格有所活動了。Berthelémy 在他所著的行政法論第七版（一九一三年）內亦說國家對於公共權力的行爲，以不負責任爲原則。（第七三頁）Tetziar 在他所著的 *La Responsabilité de la puissance publique* 內，態度雖曾較和緩，但仍爲國家主權的表現，不發生國家責任問題的觀念所束縛。其言曰「法律是主權行爲的顯例，法律損害人民，除有相當的規定外，無論在行政法院或司法法院，不能對於國家提出負責之訴。」（第一七節）從此，我們就可知道主權與不負責任兩個觀念是互相並存的。在以上學說裏，很顯明的對於

某種情形，承認國家的責任。但是很急切的又說：只有在國家不以主權者資格行動的時候纔負責。雖然對於不負責任的原則，已經不無破綻，但其分線何在，怎樣區別在這種情形，是以主權者資格而不負責任；在那種情形，不是以主權者資格而負其責任。前面已經說過，如依國家的定義，國家是個主權者，無論何時總是主權者，殊不能說在這種情形是主權者而不負責；在那種情形，就不是主權者而負其責任。

以此類推，在某種情形。如認國家應負責任；當然對於這種情形，他不是主權者。倘若在某種情形，他不是主權者；在無論何時，他永久亦不是主權者。在本章末段，我們可以見到沒有一種國家的表現不發生責任問題，且此種確認國家責任的辦法，其需用日漸一日的迫切。

還有一點可以注意，帝國的法律制度，雖如是根深蒂固，但亦發生了裂痕。人權宣言宣佈個人財產不可侵犯的原則；更毅然決定曰：非證明是合法的公共需要而先有公正的補償外，不能剝奪任何財產（第十七條）。這當然是對於主權與不負責任之原則的打擊。而這個打擊，是很容易解釋的。人權宣言的擬著者，一方面是重愛國家者；他方亦是愛財產者。他們尊重主權的信德，同時亦

同樣尊重財產的信德，而視財產權爲個人的主權。當這兩個主權相遇而發生抵觸，他們不敢說那一個在前，結果決定個人主權——財產——在前，而應先尊重財產權。

當時的事實，制憲會的份子都是大小的財主，則以上的辦法，是當然的結果，而不足爲奇。所以對於損害私人財產的時候，國家在金錢上的賠償責任是成立了。其後不久，關於收歸公用的全部手續，就因此組織完成（一八四一年五月三日法規）。向來司法法院的判例，對於因間接收歸公用的財主，判令給予相當賠償，就是依照這個原則。至於平政院對於私有財產，因公用事業的實施而蒙到損失者，很爽快判給損失賠償於財主的辦法，並不違法，亦毫無錯誤的。這兩個法院的判例，並非以國家的普通責任爲根據，而以私產不可侵犯爲根本的。但不失爲現代判例的開路先鋒。對於國家的參與行爲，無論怎樣的合法而一無過失，但若對於一個人或一羣人，加以比大衆更重的負擔時，就須使國家負責。

二 在今日國家的責任問題怎樣發生的

在傳統學說之下，責任的觀念總是包含着過失的意念在內。換言之，就是含有違犯規則的意念，而不問這是道德的規則或是法律的規則。在第一種情形，負道德上的責任；在第二種情形，負法律上的責任。負責與過失兩個觀念，含有自由意志人的存在意思，自由意志違犯了法律的規則，該自由意志的主體，應負其責。這是傳統責任觀的全部理論。總而言之，任何責任問題，不外是歸罪於何人的問題。一定要這個樣子，纔能懂得個人主義之下的責任問題。我們的民刑法典，不過將此種觀念加以適用而已。刑法所規定的犯罪，是自由意志對於刑事法規的違犯行為；刑事責任，由該犯法行為的主體負之。拿破侖法典第一三八二條，規定民事責任的原則。此外個人非僅對其個人行為所施於他人的損害負責，並且對於在其監護之下的他人的行為亦須負責。其理由不外推定其一定有何過失，或未曾慎選看護與照管妥善。

倘對於國家的負責問題，亦是這樣說法，自然視國家是具有自由而明智意志的主體。他有了過失而違犯法律規則，由他負責。有許多法學家，簡直毫無疑義的採此同樣觀念而創立很巧妙的學說。他們的腦筋，固然很敏銳，但僅有抽象理論把戲的價值。他們主張國家是一個人，統治者與百

官，是他的機關，因此他們就沒有與國家分立的人格。猶如一個人的五官四肢，並沒有與這個人分立的人格。統治者與百官的願望與行爲，就是國家的願望與行爲。他們犯了過失，就是國家犯過失而歸罪於國家，並直接由國家本身負其責任。

對於一般「集合人」創議這個機關學說者是 *Chioke*。將此學說援用之於國家者是 *Tel-linek* 教授。在法國爲之略加修改而採用之者，有兩個大法學家（註二）雖然這不過是聰敏法學家的玄妙假定，藉以解釋國家責任與須有自由意志方生責任問題的主張如何互相符合而已。

現在從事實與目前的判例看起來，國家責任與過失，毫無連繫。固然因爲習慣及民法學家所意思的深切影響，有人仍舊說國家的過失公務的過失；但在實際，國家的責任並不以此假定的過失爲根據。現在所欲研究者，不是歸罪於何人的責任問題；而爲由施行公務所生之危險損害，應由何種財產內撥付賠償金額的問題。所以有人說：不應再用責任兩個字，宜換以他種名詞，這個當屬可能。惟現在還沒有，我們仍可用責任兩字，只要拿他的意義與範圍釐定準確就是了。

我們並不是說在近代法律上過失責任業已消滅，或快要消滅。在個人與個人間的關係上，當

然只有過失的責任觀念。但對於人羣的關係或人羣與個人的關係，過失的觀念，殊屬無從發生而不妥。譬如爲達個人目的而由個人意志所推動的活動裏邊，往往有過失存在而爲使之負責的根據。至於集合體的活動，就不能這樣。當然集合體的活動，亦由個人意志推動的；不過他的目的不同，是爲集合體的目的。既爲集合體的目的而犯過失，當然不能歸罪於活動者，亦不能歸罪於集合體。因爲集合體殊不如法學者的想像，而不是真正存在的人。因此過失與歸罪兩個觀念，自形隱滅了。

從此就發現了一種新的觀念，爲近代一切法律上國家責任的根據。凡由集合體發出的活動，我們意指爲達到集合體目的的活動，使一個或一羣人受到損害時，當於爲達到該集合體目的所指定之的款內撥付賠償金。前年我們曾經說：「社會生活，亦即法律的生活，是個人活動與集合體活動之間分工的產物。人羣不是意志的主體，不能爲負責的主體。不過人羣的活動，並不以此而減少其爲社會活動要素的重要。其成就的工作，自然全社會都受益。但該人羣的份子，受益格外多。倘若這個人羣受着利益，則因關係活動所施於他人或他人羣的損害，應由受益者負責，這是很公平的」（註三）國家的活動，爲個人意志所推動。但其目的完全爲人羣全體，這就是公務的組織和管

理。因此若公務之組織或施行對於個人或一個人羣，加重他們的負擔，使之受着損害，在公務之組織及施行與損害之間，有因果關係存在的條件之下，應由指定為該公務開支的款項負賠償損失的責任。若為分權的或特許的公務，則由各該區域（省，縣，殖民地）或公共事業機關的庫款，負責賠償。若為中央的公務，則賠償之責，由國家的財庫負之。

這就是許多判例內，關於國家責任的根據，其觀念非常簡單。雖則其演進尚在初期，而有時候不免為牢固的過失與歸罪兩個觀念所曲弄；但如上列的判例，已很不少了。惟有照這個新觀念，纔能接受國家責任，而得消滅主權觀念。責任問題是完全與公務事實直接連繫的。不問公共活動的人或機關是怎樣，其結果總是相同。不過我們首欲證明者，為公法的變遷；但主權的傳統觀念，仍舊不無影響，而對於某種機關，仍有人給予主權的殘餘力量。我們應該證明今日公法對於責任問題的變遷，如何的因行為機關之不同而怎樣的分別演進，藉以推翻主權觀念。

三 國家對於國會行為的責任——如何在國會之前發生這個問題

這樣長久的傳說與已成爲習慣的用語，使許多聰明之士仍被國會主權的信德所支配。從前業已講過，（註四）國家對於國會行爲的責任，如何在國會之前發生這種問題。因爲這種根固觀念的影響，雖則越權之訴的範圍已是很大，但對於兩院行爲的控訴，還是不予接受。國會份子贊成由自己處置而仍爲國家主權意志的傳述者。這當然不過是空洞之言，但到處，尤其在法國，這種毫無意義的言論，很有力量。法院亦因此對於國會的行爲，很遲疑的承認國家的責任。但在今日，這個問題已經很明顯了。無論在各議院各法院或公家之前，到處很熱烈的討論，這是很顯著而重大的事實。

譬如先拿一個國會的個別行爲講，他曾依法律形式議決而公佈，這不過是個別的形式法律。但若照向來視國會具有主權力量而拒絕國家的一切責任，則無論他制立的是普遍性質法律，或爲個別的決定，應該一樣的不負責任。但在今日，至少在某種情形之下，對於國會的單純決定，已毫無猶疑的承認其責任了。

一八六〇年法政府應給相等年金與 Savoie 教堂，作爲收回債券的交換。後法政府依國會

議決拒絕給付，前面已經說過，平政院於一八九六年八月八日與一九〇四年七月一日先後判決，責令國家對於 Savoye 教堂應賠償該教堂由不給付所受損失之相等的賠償金（註五）。在此案內當然沒有形式法律之存在，但在議決預算時，有兩院的個別決定。倘國會真的持有主權，則無論在形式法律與議決內，應一樣表現出來。一九〇九年法國政府因被西方公司根據一八八三年契約所締結的債務所拘束。Jaurès 主張由制立法律以解釋的形式出之，藉以避付該項債務。Millerand 於一九〇九年一月三日在下院對之抗議，該院亦未願照 Jaurès 的方法辦理。

固然在以上所舉的案件內，有契約關係存在；但這亦無關緊要。倘若堅執主權觀念而確認國會為主權的自身，就可據之以否認國家對於一切行為的責任。猶如 Laferrière 所云：「立法的權衡，對於個人有何損害，他們殊無任何權利請求賠償，這是原則。」照此，有沒有立契約關係，毫無緊要。國家對於國會的決議行為，總是不負責任。

現在再以同時具備實質上與形式上要件的法律講，換言之，就是以曾經兩院通過而由元首公佈的普遍性質的條款講。類似的牽涉行為，可否發生國家的負責提出這個問題的事實，也可以

表顯出很深切的變遷情形。

這個問題，實際上首先提出於國會之前。當一個法律議決之後，其施行的結果，使一部分公民蒙着了損失，立法者對之，在該法規內應否規定賠償義務的原則？這個問題在法國與其他各國，曾有很熱烈的討論。例如一九〇九年七月二〇日關於禁止炭酸鉛的法律；瑞士一九一〇年六月二四日關於禁止苦酒的聯邦法律；一九一一年烏拉圭與意大利關於保險事業專利的法律；對於賠償問題，曾有爭辯。我們可以說，這不是立法的道德問題，而為真正的法律問題。國會自己提出對於被法律損害者，應否在法律內規定賠償的原則，這是依據在他們之上的最高法律原則，以提出這個問題的。因此國家對於自己所有最大權力的信仰，已是十分搖動了，這個現象很有注意的價值。

今日正在創立新法律制度的過渡時期，但我們已可見到預備為解決這個問題的要素。一件新法律對於以前准許的行爲，在現在認為違反法律而加以禁止，對於因禁止而蒙着損失者，不應賠償。蓋此時之立法者，不過將法律的規則正式規定。集合體的財產，不應對於毫無根據的責任

負責。固然有的人說，以現在爲止，這種工業或商業是依照法律而合法的。新法律將其禁止，是爲全體的利益，那末照理應由全體的財庫向受損失者賠償。這種理論，殊難成立。雖則主權觀念不復是公法的根本，法律亦不復是立法權的命令；但實質法律，終不失爲法律規則的公式。我們在一九一年曾經說：「法律不是絕對不變之原則的總彙，但爲與時間隨同變化的規則的總彙。因此一種地位雖則在很長的時期內認爲合法者，但不能就認他是承允合法的。現在新法律加以禁止，殊不能根據舊法律時代的利益，對於由新法律所生的變動，有何請求。因爲新法律不過將法律的演進，加以證實而已。」（註六）經過了長時間的討論及兩院的矛盾決議，法國一九〇九年七月二〇日禁止碳酸鉛不能用之於圖畫的法律，纔規定對於此種物品的製造者，不給予任何賠償。對於賠償問題，在上議院討論的時候，工務部長 Viviani 考慮曰：這並不是將該種事業收歸公有，而僅爲禁止在科學上認爲有害的出品物之使用。這種使用，當然應由法律禁止的。該部長並沒有根據國家假定的主權作用，但很公平的說德國禁用白磷爲火柴的法律，與一九〇五年奧國禁止採用碳酸鉛法律，均沒有規定賠償各該事業之經營者。最後上下兩院同意決定對於碳酸鉛之製造者，不

給予任何賠償。但規定自該法律公佈施行後五年到期時，正式實行禁止。

一九一〇年四月六日又議決禁止小孩引乳管的出賣；因為醫生證實使用此種乳管，是小孩死亡的主因。賠償問題，亦沒有發生。下院議長 Durand 曰：「在收歸公有由國家經營代替個人經營而應給予賠償的事件，與純為公共利益——在本案為保全人種——而由國家禁止的事業之間，有個很顯著的區別。」現在兩院又接到主張禁止製造與賣買苦酒的幾個提案，倘若此種提案能成事實，對於製造苦酒者，當然無須給予任何賠償。此種毒品，法律本應及早加以禁止的。

不過我們應注意瑞士一九一〇年六月二四日，依照民衆建議而議決在聯邦領土之內禁止製造與賣買苦酒的聯邦法律，內有保留賠償的原則。其規定曰：「根據公平原則，凡該業的主人，僱工，及工人，因禁止苦酒而直接蒙着重大損失者，應給予局部的賠償。」這樣辦法，瑞士立法者似乎還沒有想到適用上列的普通原則，而根據公平的意思，規定此例外的賠償。

反之，凡對於本身上並不違犯法律的某種活動加以禁止時，法律對於被損害的私人常常規定給予賠償。因為禁止的目的，並不以其違法而在改組成爲公務。照此，若公務的組織與施行，使某

種人民負擔意外責任時，公家的財庫應爲之賠償。以前私人經營的活動，改組爲公務，立法者自屬合法，既不侵犯任何法律的最高原則，亦無若何過失。應改組爲公務的活動，並不是永久而一成不變的決定的。我們在第二章已經證明公務觀念是完全演進的，到了一個時候，不問爲財政上的目的，或圖得更大的收入，可將向來私人經營的活動，改組成爲公務或由私人特許經營。至於被禁止經營者，亦非以其違反法律，而爲公務利益所以禁止他的，那末，照理凡由禁止所生的影響，應由全體的財庫負擔之。

法國立法者，曾經屢次援用這個觀念。例如一八七二年八月二日法律將火柴的製造與賣買，由國家專利，對於被禁止經營者規定給予賠償。一九〇四年三月十四日關於薦頭店的法律，其第一條曰：「自本法律公布施行日起，可將薦頭店取消而給以公平的賠償。」不過意大利一九二二年四月四日將人壽保險事業，統歸國家機關經營的法律，對於「在意大利經營人壽保險事業的一切公司，會社，或私人等，不問其經營方式如何，一律拒絕給予任何賠償。」不過這許多保險公司並非立時即須取消的；在十年期內，如具有相當條件，可由命令准予繼續營業。當然亦可讓與國家

機關經營(註七)

四 這個問題如何發生於法院之前

倘若賠償的原則，在法律內沒有規定的時候，法院對於因施行新法律而特別蒙着損失者，可否判令給與賠償？這個問題，對於禁止違反法律的行為或地位的法律，當然不會發生。但若將向來自由經營的事業，意圖使之變為公務而改為專利經營；或將公務的原有規定加以修改，因而加重當事者的負擔的時候，這個賠償問題，就很急切了。

法院對於國會制定的法律，向來視為主權的行為而絕不能因此使國家負責。所以對於類似事案，毫無疑義的拒絕一切賠償。一八三五年二月一二日法律為財政部的利益計，將某種製煙業加以禁止。一八三八年一月一日平政院對於該案由禁止而蒙着損失者，拒絕給予任何賠償。其言曰：「法律為一般利益，將一種實業，禁止其經營，國家對於由此所生的影響，不應負責。」一八五二年八月六日 *Ferrier* 事件；一八七九年二月四日 *Goupy* 事件；平政院的解決辦法與上列

第一案件完全一樣。就是根據契約關係者，因新法律的施行而負擔較重時，平政院對之亦拒絕給予賠償。並於一八八三年一月一二日 *Barthe* 案件內，決定陸軍部的供給材料者，不得因新法律加重炸藥稅爲理由而請求任何賠償。以上幾個決定辦法，法學者對之，一致贊成而絕未引起若何爭議。

到了今日，那就不同。至少須經冗長的討論後，方得如此決定。固然凡與國家毫無法律上的關係，而所營之工業或商業，亦並不違法，僅爲改組公務而被新法律禁止者，因而以損失爲理由請求賠償的案件，自上列幾個判決以來，平政院尙未接到一個。但與國家原有契約關係之特許經營公務者，根據新法律加重其負擔而請求賠償的案件，這幾年來平政院是累次接到的。

以前業已知道，國家當然不能以片面行爲改變契約的地位。假定實質的法律議決了，這是完全不屬於任何人之普遍性的規定；這個法律，無論怎樣，不可以改變契約的地位。原有的義務，也仍舊一樣。但履行的時候，國家的債務人，因新法律的關係，而責任較重，處此情形，可否向國家請求賠償？這個問題，三〇年以來，向未注意及之，今日則討論得非常熱烈了。

一九〇三年監獄的 *Adjudicataires*，因為一八八五年八月一四日關於假釋的法律；一八九一年三月二六日關於刑罰加減的法律；及一八九二年一月一五日關於預防監獄（註八）諸法律的施行，而蒙着損失，遂據為理由，以請求賠償。平政院判決拒絕之。但不無遲疑之處。在 *Notice et Bayssae* 案件的判決內，國家之包工者，根據一八九八年關於工作意外危險的法律的施行，使其履行義務之責更形加重為理由，請求賠償，平政院雖亦駁斥其請求，但態度益為格格不吐。當時該院委員 *Tardien* 曾連篇累牘的申說拒絕賠償的理由。謂關於工作意外危險的法律，並非為對付特定的人，故不能責國家負責。但氏之態度亦不無猶疑。而平政院的判決，亦以此種意思為本。（註九）至根據主權論的信德，斷然的拒絕此種請求之時代，則早已過去了。

因法律變更特許公務的施行而發生的國家負責問題，亦仍不時提及，在上邊（註一〇）業已證明。因統治者有確保公務妥善施行的義務，故能正式以片面方法及立法手段將特許公務的關係法律加以修改。回想到這點，我們就可知道，因法律修改原有規定，其結果使被特許者負擔較重時，如何發生國家的責任問題了？今日的趨勢，一致承認國家應負賠償責任。對於此種辦法，個人所根

據的理由，雖沒有統一，但屬無妨。主要者，厥爲承認該責任的原則。這是現代法律演進上最顯著標記中的一個。

一九〇八年一月三日關於連結水陸道路的法律，對於特許經營鐵路的規則不無有重要的修改。當該法律的草案提出時，工部部長在申述理由內，確認國家須負相當責任。其言曰：「每次，國家如爲公務利益，認爲有變更特許之原有條件時；倘此種變更，足使被特許者，蒙着不利，則被特許者有請求賠償損失之權。」同法第三條曰：「鐵路公司因本法律之施行而蒙着損失時，其請求賠償之訴，由平政院裁判之。」這個條文，雖未有法律明文規定，但鐵路公司之請求賠償，卽以此爲根據的。此外下院議長 Berthet 在他的報告內說：「這一條不過在規定管轄問題，並不是爲公司在普通法律規定的原則以外，復爲其規定，或確認有何請求賠償損失的權利。這一條，不過將鐵路公司向國家請求賠償之訴，規定由平政院管轄而已。」

一九〇九年七月二一日關於鐵路人員休退條件的法律；及一九一一年一月二八日關於休退追溯既往的法律裏邊，很有趣味的提出國家在立法者地位的責任問題。在這兩個法律內，當

然有修改公務經營條件，並使被特許者負擔較重的條文。此種條文，國家當然可以制定而無庸疑義。至若公司方面，如能將新法律與義務加重的事實之間，證明有因果關係存在，其能請求判令國家賠償，雖法律內尙未明文規定此種原則，但亦屬無疑的。

由是觀之，可知一個完善的法律制度，正在進行創立之際。統治者的主要職務，在確保公務的組織與施行，非但可以，並且應該改良關係公務的規則，藉以改善公務本身。

就是特許私人經營的公務，而關係法律爲約定性質時，也可加以修改。不過因修改而將一人或幾人的負擔加重的時候，國家的財庫，應負賠償之責。對於被特許者之賠償，就是根據此意；也就是爲保障他的利益，才發生國家在立法者地位的責任。這個責任，不過是國家責任制度全部要素之一（註一一）。

五 國家對於司法官吏之行爲的責任

對於司法官吏行爲的負責問題，其在公法上的演進，當然較爲遲緩。法國及其他各國，對於此

種公務人員的行爲，只有在很少的光景之下，承認國家應對之負責。其故何在？

第一，大家以爲司法官吏最能將國家主權的意旨，直接的盡量表現出來；所以他們的行爲，不發生責任問題。並且照一七九一年，共和三年，及一八四八年的憲法，司法權爲三權之一，鼎足平等，同樣的獨立表現國家主權，理論上無論爲立法行政或司法權所發生的行爲，都不能使國家負擔責任。不過在今日，所謂司法權，僅屬用語上的習慣。成文法律與學者意見，都不復承認有如一七九一年時代司法權的存在了。司法官吏與行政官吏，均不過是施行公務的人員。他們的任用方式，職權與地位，容或與行政官吏有不同的地方，但此兩種人員的本質上，殊無歧異。因此，倘如下節所云，國家對於行政人員的行爲，須負完全責任；但對於司法官吏的行爲，則不承認國家應負責任，其理由何在？真難窺測。雖然國家對於行政人員的行爲，已承認負責。對於司法官吏行爲的負責問題，尙未成熟。其所以不演進的理由，亦非絕對不能解釋的。

法國制度的規定，司法權對於一切刑事案件及關於人民身分、地位、私人財產、及私人間所締契約的一切民訴，有專利審判之權。非但有審判的權力，其他凡與行政訴訟無關而直接關係自由

及私產的一切問題，均有處理決定之權。例如簽發傳票，命令，拘捕，沒收，檢查，暫准自由，及爲保護個人自由，財產（尤其對於無能力者）的一切手續，均有決定處理之權。倘若分別了審判行爲與非審判的行爲，那末國家對於司法權的行爲，爲何不負責任的理由，就可知道了。（註一二）

其實不承認國家對於審判行爲負責的原因，就可於是項行爲的本質內找尋。一般立法對於司法者之獨立與意志，都想給予確實的保障。司法行爲的內質上，無論有多少瑣細的不同；但法律真理，社會真理，個人法律地位的存在與否，範圍如何，都是藉他的力量以證明的。因爲司法者最能確保法律秩序與社會秩序，所以他們雖有很大的重要地位，遇着爭端，他們的目的，就是在說：什麼是法律（客觀或主觀法律）或依法應該怎樣？立法者對於法院判決，規定幾種補救的辦法，而盡力設法保障法官的能力與公正態度。所以爲當事者規定上訴的手續，以資保護其利益。俟此種方法用盡以後，如依法上訴或自願放棄以後，則法院判決，即有強制任何人的力量。倘若准當事者以公務施行不佳爲理由，例如以審判錯誤處罰無辜，宣判無理等理由以請求賠償損失，則直接使判決的確定力發生問題，間接開社會秩序永久混亂的惡源，這是絕對不可的。

有的人主張刑事案件，被告初審有罪，第二審宣告無罪，或陪審法院認為有罪，大審院宣告無罪時；民事案件，第一審敗訴，第二審勝訴時；國家應負相當責任，而判決確定力的原則與責任問題，亦絕無抵觸。這是對的，不過在上列情形，國家不負責任，不是根據確定力的原則，而為業已妥善施行司法公務的結果。因為上訴宣告無罪或民事勝訴，都是法定上訴手續的功效，當然不能再有何要求了。倘若第一審的裁判官有何個人過失，當可使其個人負責。這是又當別論。

向來國家對於審判行為，規定完全不負責任，而絕無例外。一八九五年六月八日關於刑訴再審的法律，將刑法典第四四六條加以修改，而立一例外。該法律曰：「再審判決之無辜被處罰者，得請求賠償由該判決所蒙着的損失。損失賠償由國家擔負之。但得向有關之私人（意指謬誤的法官）訴追。」立法者的意思，以為經再審判決無罪時，當係司法公務未得完善施行的明證。司法官吏有無輕微過失或絕無錯誤，都不必管，既經依法證實確係處罰無罪，且處罰犯罪係為社會一般利益，當然應由社會財庫賠償。一八九五年立法者的意思，即以此為止。至判例學者對於該法律的規定，恆為限制的解釋，以縮小其範圍。

國家對於司法官吏所爲的非審判的行爲，如傳票之簽發，拘提命令，逮捕，檢查住所等，應否負責？也是一個問題。此處固然沒有阻卻國家不負責審判行爲責任的類似理由存在，但國家對此非審判行爲，未有對之負責的表示，且此問題之成立爲時似屬尙早。名學者 M. Teissier (註一三) 與 Garrand (註一四) 兩氏，認司法人員所爲擅專拘捕的行爲，不能使國家負責。Rolland 對此問題亦謂：「國家對於司法事項，不負責任的原則，當然擴充而適用之於司法警察之行爲；尤其是對於被委託者所爲之拘捕行爲，更宜適用之。」(註一五)

在一九〇四年，上院議員 Clemenceau 提出之保障個人自由的法律草案內，有一條規定司法警察之行爲侵犯個人自由時，國家應爲負責的原則。迨一九〇七年一月一八日提出於上議院時，氏適任內閣總理，上列條文，則於該草案內不可復見。一九〇九年五月二日上院二讀會根據 Morris 報告所採用的草案內，其第七條爲關於訴究官吏的情形，並規定曰：「對於司法官吏所爲之損失賠償的判決，國家應爲之負擔民事責任，但得向該官吏追訴之。」照此上院僅承認司法官吏有個人過失時，得提取訴訟而由國家負間接責任。因爲被陳舊的法律觀念所蒙蔽，所以否認

國家的直接責任，遂與公法的演進潮流相矛盾。

一九一〇年以來，司法部預算內規定一項費用，（註一六）預備給予「於逮捕後經檢察官決定不起訴或判決無罪而釋放的個人之款項。」但照一九一〇年下議員 *Bonrdy* 的報告，則謂：「這並不是承認拘捕者的被害者，有請求賠償之權。這個問題暫予保留，俟研究保障個人自由的法律草案時討論之。」該法案猶未經兩院通過，將來如何，更屬不可豫見。

司法人員的非審判行爲的責任問題，所以這樣演進，其原因不外誤將兩種不同的行爲，視爲一物，不知不覺的認警察的決定與法院判決，彼此一樣。此種錯誤，雖屢經道破，但仍未絕跡。不過我們深信事實終能致勝習慣，而國家對於司法人員的非審判行爲，終必與對於行政人員的非審判行爲同樣的負擔直接責任的。（註一七）

六 國家對於行政官吏之行爲的責任

對於行政人員的非審判的行爲，國家責任已盡量發展至最高程度。但何以如是發展？只可用

主權觀念的完全消滅以解釋之。不問行政人員或行政機關的等級如何，上自總統，下至百官，其行為都足以使國家負責。不問行為的性質是怎樣，只要不是審判行為的性質。也不問其為命令行為，法律上的個人行政行為或實質上的處置行為，都可發生國家責任。而向來權力行為與管理行為的區別，亦不能存在。總之，演進已經達到了最後一期；國家雖沒有公務施行上的過失，似亦須負責了。

固然在判決文件內，仍舊有職務過失的用語，但係指關係人員的個人過失而言；並不是指公務本身上的過失。有時實際上有此種過失存在，如違犯法規，公務人員之疎忽或粗率等，法院即據之以處罰行政者。有時絕無任何過失的存在，法院也責令國家負責，藉以保障個人，以對付國家施行公務（合法的施行也在內）上所蒙的損害。此即所謂對付行政危險的保障。

公法變遷之基本觀念，於此完全表現出來了。國家是公務的總彙，在統治者為羣衆利益的管理之下施行之。任何一種公務的施行，使個人蒙着特別損失時，公家財庫應負賠償之責。

近代公法的達到今日的地步，當然不是一蹴即至的。但他的演進，實在很迅速。其演進的主要

時期，亦殊有注意的價值的。

在本章章首，我們已經說過，在帝國制度之下國家不負責任的原則，除了直接或間接收歸公有而私人財產蒙着永久損害的一種情形外，絕對不能有何例外。不過這個原則，也沒有嚴格的遵守不逾。自從公務的數目逐漸增加；國家對於經濟界的參與行爲，亦日漸活躍以來，因之國家不負責任的規定，遂不可堅持了。雖則人家仍認之爲一種學說，而尚有少數陳腐者，爲之擁護，但在今日，其功用僅足以之爲第一時期演進的陳述。在這個時期，主張依照以前所講的區別（註一八）將行爲分爲權力行爲與管理行爲，並規定國家對於由管理行爲所生的損害負責；至於對於權力行爲，除有法律明文規定者外，以國家不負責任爲原則。

Berthélemy 在所著的行政法論的最初五版內，都是這樣主張，而視爲信德。在第六（一九一一）與第七（一九一三）兩版內，仍謂：「我們仍以向來盛行的主義爲依歸，行政者對於公務人員的權力行爲，只於法律明文規定應爲負責的若干情形內，負其責任。」（註一九）但他亦不得不承認實際上的情形，並不如此。而判例的承認國家責任，漸已普遍化。不過他仍舊說判例所採的辦

法，殊屬不合法律，並謂：「平政院是公道與請求賠償的唯一決定者，他不僅研究據以請求賠償的損害何自而來？並且考慮由施行公務所生的損害，是否不公？而被害者，應得相當賠償……在此處，我認為是平政院可以擅斷的地方。」（註二〇）換句話說，Berthelémy 的意思是說：在法律上由權力行為所生的損害，不應負任何賠償；但事實上，平政院得以公平原則為根據，而判給相當賠償。

這樣以公道與法律為對峙的論調；以法律上的辦法與公道上的辦法；及以理論上的辦法與實際上的辦法相對峙；殊屬不可深解。凡屬不切實際的，一定不會公道，而必非合法的。法律是具有公平精神，藉以應付實際需要的規範。職是之故，凡不如是者，就不是法律上的規範。關於我們所講的問題，如認國家對於施行公務所生損害，應負責任為公道而合實際的，這就是法律上的規範，殊沒有他種辦法。

怎樣達到這個地步，這當然是近代心理不滿於公共權力觀念的結果，我們於判例內，可以直接知道變遷的時期。一八九九年平政院接到一件責任之訴訟，其內容當時有 Lepreux 者，在 Moisons-Alfort 處所 (Seine) 被外來流彈擊傷，Lepreux 以為該處國家置有治安警察，而竟

發生此項事件，當屬警察管理不力所致，遂據之以請求賠償損失。但被駁斥而未得如願。其理由謂：「按國家爲公共權力者，特別關於警察行爲，對於所屬人員的疎忽，以不負責任爲原則……」
Lepreux 對於負責維持公路治安的人員，當然可以對之提出個人過失之訴；但不能即據之以責國家負金錢上之責任。」（註二一）

這個判決很爲 Hauriou 所非議（註二二）不過 Hauriou 亦沒有直截痛快承認國家的普通責任。仍舊援用權力行爲與管理行爲的區別，而與平政院同樣的主張真正權力性質的行爲，國家不負責任。他並且說：行政者不與人民發生直接關係的行爲，是權力行爲。例如發佈關於警察的命令，行政者當然不負何種責任。至於行政者爲管理行爲時，換言之，與人民發生直接關係的時候，雖係施行職權上的公務，Hauriou 竭力主張行政者應負責任。所以平政院駁斥本案請求而不處罰國家，是無理的。

Hauriou 的註解很引起他人的注意，而不無影響。數年以後，平政院又接到一個與 Lepreux 訴訟類似的案件。其事實，係有一狂牛爲羣衆追逐而奔，警察開槍擊之，彈穿 Soukairas (algérie)

房屋而擊傷 Tomass Grecco 氏；被害者遂請求國家負責。其理由謂：「如警察辦理完善，即不會發生是種意外事件，而不必開槍。」平政院亦駁斥其請求。但判決內則謂：「行政者負關於公務的責任，但關於被害人之意外事件，不能證明是公務上的過失。」（註二二）委員 Pominou 將本案理由很顯明的結論曰：「固然，在某時期內判例總想可以立一個公式，藉以規定凡警察與公共權力的行為，依其性質，不能使行政者負金錢上的責任。不過終究覺得這樣過分籠統的規定，不免發生弊端，矛盾，與不公平的結果。」（註二四）

第一時期的演進，就此完成。權力行為與管理行為的區別沒有了。任何行政行為都足以發生國家的責任。不過平政院與該院委員似仍以公務上的過失為負責條件。在判決裏邊，有這樣的用語，其用意究竟怎樣不得而知。照 Haurion 的解釋（註二五）這是指國家在被視為人格時的過失，他說：「國家所以負責，因為對於職務的事實，有了過失。」但這決不是平政院的意思。其實所謂職務過失，意指公務人員所犯的職務過失。此種過失，有造成危險的可能，一旦發生出來，國家應負擔其所生的影響。他的責任是負擔危險的責任，不過如公務人員絕無過失的時候，也可使國家避免

負責的。

再者平政院所注意者，當係個人的行政行爲。至於命令行爲，則仍被公共權力的觀念所籠罩，而不在其限。但是這種情形，殊不能持久，而已發生兩種變化了。一方面已經承認只須與單純的施行公務有關，行政者即應負責；且請求者不必證明公務人員的過失。在另一方面，就是命令的行爲，亦認爲應由國家負責。

平政院在幾個判決裏邊，一再承認行政者之負責。自一九〇三年以來，暗示的承認國家對於非法被撤職的官吏，應負責任，並曾對於省議會決定之謬妄執行的受損者，給以賠償。一九一〇年，對於退伍的受傷軍人，因不照一九〇五年三月二五日法律很遲緩的命其充當民事役務，因責令國家給予賠償。一九一一年某河內因負責人員之怠忽，未將飄流物排除，以致某船舶蒙受損失，亦令國家負損害賠償之責。

在以上的判決內，常常說到公務過失，或如在最後一個判決內，更謂人員的怠忽。不過平政院對於過失意義的範圍，解釋得很廣泛，差不多是推定的。只要行政者不能證明被害者有何疎忽與

懈怠，這個過失就成立了。過失的推定在 Pluchard 一案的判決內，最爲明顯。某次警察在 Saint-Denis (Seine) 路中追捕犯罪者，將 Pluchard 衝倒而一腿折斷；其實公務人員並無過失而純係不可易見之事實，但亦判令給予賠償。其理由曰：「按在事件發生的光景之下，被害者毫無懈怠與疏忽之嫌，此種事端，顯爲公務上的過失所致，國家應負其責……」（註二六）其實並沒有什麼過失，警察追捕罪人是執行其職務而很完善的施行警察職務，這是偶然的，不幸與任何人的意思毫無關係。總之，這是不可預見的事件而非職務過失，至於保存此種用語是習慣使然。

在實際，演進已屬完成了。施行公務時對於個人或一羣人所生損害的單純事實，即可使行政者負責，這顯然是對於行政危險所負的責任。（註二七）

七 國家對於命令行爲的責任

最後一步尚須完成。以現在爲止，只認國家應對於個人的行政行爲負責。一九〇三年的時候，開始承認國家的普通責任，但沒有想到命令行爲，亦在負責範圍以內。Haurion 在他的註解內，

很簡捷的承認行政者不負命令行爲的責任。不過這種觀念，不久就歸消滅。在今日行政者對於個人行爲與命令行爲，一樣的負責。

吾們歷次引證一九〇七年一月二六日的判決，已經承認這種責任。當時各大公司因爲一九〇一年三月一日規定公共行政的命令有變更一八四六年一月一五日關於鐵路之警察安全與經營命令的地方，遂提起越權之訴。其理由謂：特許經營是依照一八四六年的命令的。照一九〇一年的命令，勢必加重他們在特許證狀內所規定之義務，這是越權行爲。平政院對之認政府有隨時變更公務施行上一切條件之權，故駁斥其訴。不過他說倘若各大公司證明以施行新命令而蒙着損失時，他們可以請求賠償。（註二八）照此亦認國家對於公共行政的命令，亦應負責任了。而拿命令視與正式法律一樣看待。

我們在前面已經說過，（第六章第八節）這種責任，雖則平政院認之爲契約關係上的責任，其實並沒有什麼契約關係存在其間，而純粹是公務觀念的作用。國家有以命令或法律修改經營公務規則的權利與義務；他將公務的法律修改，不過變更他的法定地位，但因此而受損的個人，國

家應賠償之。一九〇七年一月二日六日的判決是很與公務觀念及近代法律上的責任觀念相符合的。

各省省長根據一八八〇年六月一日法律第二十一、三十八、三十九條所給予之權力，以命令方法改變為地方利益的鐵路及特許電車事業之經營規則，平政院亦以同樣辦法處置之，而分別由各關係省庫或縣庫負責賠償。一九一〇年二月四日對於 *Seine* 省長為旅客的安全起見，以決定的方法對於首都公司增加較重於特許證狀所規定之義務；平政院對之前後曾為九次判決，也是一樣辦法。他雖則說這些決定是不可非議的，但在原則上承認行政者應負責任。（註二九）一個月以後，於一九一〇年三月一日 *Bouches-du-Rhône* 省長決定加重馬賽電車公司的負擔，平政院對之，亦以同樣辦法解決之。（註三〇）

照這樣為公務利益施行任何命令而使私人或一羣人蒙着損失時，雖是合法的命令，亦可發生行政者之責任問題。舉此例彼，對於非法的命令，當然亦須負責。固然當事者可以越權之訴為利器，請求撤銷之；但起訴時間很短促，一九〇〇年四月一三日法律（第二十四條第四節）將該

期間由三個月改爲二個月，到期以後，當事者就可向行政者請求賠償。向來國家對於個人的行政行爲負責任，是毫無疑義的，現在更進一步，對於命令行爲亦同樣辦理了。

固然以前所說的僅對於各縣的決定，是這樣辦理；對於中央政府的命令，尙未照此處置。不過將來亦必同樣辦理的。Aude 省的某縣長，決定教堂於普通人民入葬時鳴鐘，平政院對於類似決定提起的越權之訴，均認爲與一九〇七年一月二日法律規定教堂及其物件僅供宗教儀式之用的本旨相反，而認該訴爲有理由。起訴期間到期後，遂對於該縣提出賠償之訴而得勝利，由縣庫賠償被害者一切精神與物質上的損失。（註三）

近代法律上的國家責任，如此擴大，最近 Seine 法院曾將此義適用之於 Turpin 一案的判決，以爲結束。Turpin 爲炸藥之發明者，經歷次意外事件發生後，遂對於國家、Schneider 公司，及 Canet 個人提起損失賠償之訴。Seine 法院將 Schneider 及 Canet 兩被告部分不予接受，而僅判令國家向 Turpin 賠償一〇〇〇〇〇佛郎。其理由曰：「按陸軍部的行爲，顯然使 Turpin 受到損失，國家應爲之負責……Turpin 之被阻而不能與 Armstrong 訂

約，或則因為陸軍部表面上使其與法國似有再訂新約之希望，但終歸於失望。或則該部虛偽的允給予相當賠償，使之與 Armstrong 訂約時別立例外條款；但由此所生的損失總是一樣……國家當然應對於 Turpin 賠償損失。」（註三二）

在現時，本案判決以外，殊無更足以證明帝國制度的法律觀念業已飄沒甚遠的判決了。我們不必深究爲什麼 Seine 法院對於國家責任之訴，不說無權管轄，亦不必問他爲什麼不提出這個管轄問題？總之該法院是毫不猶疑的細究而裁判這個公務上的行爲。這個行爲，倘認爲有所謂主權存在的，一定是個權力行爲，但該法院則毫無顧慮的受理之。這個承認國家責任的判決，其理由不是因爲國家的行爲損害了他人，而以其不行爲爲根據的。何則，國家不將 Turpin 的發明權收買，且以陸軍部的刁難，又不能售於他人，因而蒙着損失，所以判令國家負責。這是完全根據國庫應對於公務施行上所生之損害，應負責的觀念，殊無更加顯著的明證了。

照這樣看來，關於國家應負行政事務上的普通責任，還有兩個剩餘的限制，但不久也或就要解除了。以現時爲止，一般判例對於由戰爭與外交行爲所生之損害，總是主張在家不負責任的。這

個不負責任，不是以主權爲根據，否則國家對於內部治安與外部安全，同樣的使用他的主權，勢必對於國內的警察行爲，對外的戰爭行爲，都不負責任了。但事實絕不如此，不過判例向來對於戰爭與外交行爲，總是很堅決的否認國家的責任的。

一九〇五年與一九〇七年 *Dahomey* 與 *Madagascar* 兩地戰爭之蒙着損失者，提起賠償之訴，平政院均予駁斥。其理由曰：「由外國領土內戰爭行爲所生之損失，不能以訴訟方法有何請求。」（註三三）一九〇四年亦同樣口吻的宣判關於外交行爲所生的損失，不准提起責任之訴。其理由謂：「按該問題是將主權行使之於法政府與外國政府間關係之上，不得據之向平政院提起訴訟。」（註三四）

平政院對於戰爭行爲，仍以主權觀念爲不負責任的根據；但於此即可見在國內公法上主權觀念已不能立足。至關於對外關係事件，則法國法院仍以之爲根據，但不久亦將消滅的。

八 公務人員的個人責任

照以上所述，國家的責任，已經很擴大而發展了。至於公務人員個人的責任，應該怎樣呢？當然亦漸擴大而同時更形確定。

公務人員個人責任的成立，絕對不與國家責任的成立相同。後者我們前已講過，是一種客觀的危險責任；至於個人責任，則與此相反，是一種主觀的過失責任。當他們做什麼行爲的時候，是他們自己的行爲，並不是以一種假設人的代表或機關的資格而做的。公務人員與其他被治者訴訟當事人都是一樣的人，毫無分別。兩個人間的責任問題，不外是兩個的衝突。那一個失敗，就由他負責。當然他的失敗，是因為有意違犯法律的規則，這就是所謂過失。公法的演進，就是決定在何種情形與何種條件之下，公務人員的過失，對於個人足以發生個人責任，而同時使國家的責任就因此而止。這個演進到今日，差不多都已經成就了。不過此種演進對於有一種公務人員，因被民事訴訟法典之硬性規定（第五〇五至五一六條）所阻礙，而沒有成功。該法典的規定，當然亦承認公務人員的個人責任，不過限制得很嚴。一方面很有限的以明文規定可以成立個人責任的情形；他方又為之規定很費事而複雜之關於瀆職罪的手續法規。必須依照這樣的手續，方可使之負責。瀆職罪

只可在公務人員於偵查中或判決時有欺詐私弊或藐視法律的事實時，方能提出。換言之，就是須法官拒絕答復訴訟或於應審判時玩忽該訴訟之審判，方得提出瀆職之訴。

這當然是陳腐的立法，不復能適應今日公法上的需要，遲早必將此種硬性的規定推翻，且已有此種企圖。一九〇四年 Clemenceau 提出的保障個人自由法律的草案內，曾謂個人自由的首要保障，惟在司法官的精密而嚴厲的個人責任內找得之。一九〇五年 Cruppi 的關於個人自由保障與司法官責任之提議，也是同樣意思。一九〇九年三月二日在上院二讀會採取保障個人自由的草案時，曾爲之擴張並明定。司法官何時應負個人責任的情形，不過仍舊維持瀆職罪起訴手續。雖則在討論時，有人謂因有這樣的麻煩手續，故自該訴訟法典公布施行以來，瀆職罪之成立者，只有兩案，但仍照舊維持此種手續，事實上也就是這樣。

九 行政官吏的個人責任

關於行政官吏的負責問題，幸虧沒有類似的限制規定，所以得很自由的完成他的演進。共和

八年的憲法，雖保持以前歷次憲法所規定的負責原則，但謂對於行政官吏提起的民刑訴訟，須先得政府與平政院的同意（第七五條），因此差不多把這個負責原則歸於消滅。所以在復辟時代，自由黨很嚴厲的批評這個規定，但未得將該規定廢置。一八三〇年憲章第六九條，曾主張制立關於部長及其他官吏責任的法律，兩院並接到此種提案，且經過很熱烈的辯駁，而尤以一八三五年開會期內爲最，惟毫無結果。共和八年憲法第七五條仍依然存在。一八四八年共和時代，當然未及顧此，而第二帝國復反對將該條廢置。況平政院僅有顧問權利，故對於官吏的訴訟，須仰政府之鼻息。到了第二帝國的末年，廢置第七五條的主張且成爲自由共和兩黨的重要政策之一；所以國防政府首在一八七〇年九月十九日的命令內宣稱：「廢置共和八年憲法七五條，其他任何普通或特別法規，凡是阻礙追訴各級官吏的條文，亦一律取消。」

這個規定殊甚明顯，但仍不免多少爭議，不過此種爭議僅有回顧之價值而已。至於判例，則已由抵觸法院根據 Mercier 對於一八七三年七月二六日 Pelletier 案件的報告所爲之原則的判決，而業已確定其事實。按 l'Office 省的戒嚴司令 L'admirant 將某報館停止其發行，該館

主人遂對於該司令向司法法院提起訴訟，因而發生管轄上的爭議，抵觸法院判決之曰：「廢止其和八年憲法第七五條的命令，只有掃除以前非先得政府准許，不能提起訴訟的效力，因而使司法法院在其權限內有自由處置之權；但其管轄權利，不能因此而擴大。亦不能因此而推翻其不能受理行政行為爲訴訟的禁例。」

該判決并重申引起該訴訟之行爲係行政性質，而謂在這個行爲以外，原告不能證明被告有任何個人事實，足以使其個人負責。」（註三五）

照此，抵觸法院將職務事實與個人事實，立了一個區別的原則。如僅有職務事實，由行政者負其責任，官吏個人不負責；如有個人事實，則由官吏個人負責。有否個人事實，恆由抵觸法院決定之。故行政者在司法法院被訴時，省長就提出管轄爭議問題，而由抵觸法院受理解決。如抵觸法院認爲有職務事實，則將省長之決定，加以確認，而司法法院不能受理。否則，如認爲有個人事實，則將該決定撤消，而歸司法法院受理，而證明其事實並將該官吏處罰。

抵觸法院行使這種職權，依法不是他的權利。其實他並不是決定管轄問題，因爲管轄是無庸

爭議的。他所決定的，在知道職務事實或個人事實，是否成立？如爲職務事實，官吏不負責任，而由行政者單獨負之；如爲個人事實，則官吏應受處罰。

這點明白了，我們就可知道法律的演進，其主要目的，就在決定何謂個人事實？并與職務事實的區別如何？所以對於此點之成立，是很有趣味的。

有許多判例，視過失之輕重程度如何而定其是否爲個人事實：如官吏有何重大而不可恕的過失，就算是個人事實。但這樣辦法，決不是今日公法的意思。所以有不少新近的判決，都證明使官吏個人負責，並非以過失之嚴重爲本，而以發生損害之行爲雖在施行職務時，但並非職務上的行爲爲根據。有如 *Haurion* 所謂：官吏只於有離立職務之事實 (*fait detachable du service*) 時，對於個人負責。過失雖重而屬不可恕，但如與職務有關，亦不成其爲個人事實。反之，若過失雖輕，但與職務無關，亦爲個人事實而負個人責任。過失的嚴重，可使官吏對於國家負責；但與對於被治者負責問題，毫無關係。

以上種種，都是很合邏輯的。在前節我們已經說過，近代公法怎樣的不再承認國家人格的主

觀責任，而為將關係公務之的款保險被治者因該公務施行所蒙之損失。無論什麼時候，如有職務事實，就須為之保險，否則當然不必。但須由犯過的公務員個人負其責任。這樣的理論，是很與近代國家為公務總彙的觀念相符合的。

官吏有了犯法行為，當然是個人事實。至於他僭越權力的行為，換言之，就是在行政事務範圍以外或未經法律明白准許對於個人的身體財產執行一種行為而侵犯了個人的自由，但其行為絕非為施行公務之目的。例如以讒謗或報復為目的的行為，或如 *Morizot* 案內以反宗教為目的的行為，都是個人事實。反之如僅有越權或過失的舉動，官吏仍不必對於他人負個人責任，因為他的行為，雖則過分，但仍屬行政事務範圍。其行為雖係越權，但其目的，則仍以公務為前提的。可以證明這樣演進的判例，是非常之多，不能盡述。茲將最顯著者略述幾個。

一九〇九年一月一八日，間接稅之檢查員將 *Toulouse* 煙棧檢查之下，覺有不符之處，因謂管理者作弊，指為竊賊而撤其職。該管理者不服，向 *Toulouse* 輕罪法院控告檢查員。旋省長決定將該案移交行政法院審理。結果，該決定被撤銷。其理由曰：「按本案事實即或證實，亦與檢查員之

行政職務毫不相涉……而純係個人事實。」（註三六）

抵觸法院也很明白的承認行政者非爲公務目的的行爲，是個人事實。這亦可見目的觀念，對於近代法律上所處之地位是非常重要的。Côte-d'Or 省之某縣小學教員 Morizot 在授課時爲猥褻的言論，侮辱軍隊，僞造狀紙及譏笑信仰及天主教，學生父兄因向 Dijon 法院提起訴訟，要求責伊賠償損失二〇〇〇佛郎。當時發生管轄之爭議，該省省長決定將其移歸抵觸法院審理。該院根據 Tardien 的報告，將該決定撤銷，而謂：「此種言論卽或屬實，亦與教員對於學生之教授職務毫無關係。按其行爲第一係侮辱軍隊；第二爲僞造狀紙的犯罪行爲……最後一種亦僅猥褻思想的表現——因此，以上事實，如能證明成爲 Morizot 的個人事實，與其教員職務完全分離的。」（註三七）

某縣長口頭囑其屬員在死者之入殯時鳴教堂之鐘，該堂教士遂對於該縣長提起負責之訴訟，決定將該案移交行政法院審理。抵觸法院亦將其決定撤銷而謂：「該縣長的鳴鐘行爲，既無法律上的根據，又非當地習慣使然，而純係個人的事實。」（註三八）

官吏之個人責任，惟在有個人事實時負之。此種事實，雖在施行公務時發生，但與公務無關，故國家不負其責任。這是判例的向來主張，我們有時聽得有許多學者主張，如國家對於職務事實負責，則對於個人事實更應負責。此種理論完全被羅馬法律所支配的觀念，而忘了國家並不是其屬員之負責者的事實；更不明白國家責任，是對於被治者在施行公務時蒙着危險時的保險責任。既屬如此，則危險非發生於施行公務時，當然不能責國庫負擔。而官吏的個人行爲，當然不能視之爲職務行爲。

照此，公務人員的個人責任，亦依公務觀念而確定了。這是我們研究的出發點，亦是我們的最終點。

註 1 Déclaration 1793, Art. 24 et 31; Const. 1793, Art. 55, 71-73, 83; Déclaration an III, Art. 22; const. an III, art. 200, 201, 323.

註 11 Gierke, Genossenschaftstheorie, 1887; Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2e Edit: Michoud, Théorie de la personnalité I, 1906, p. 131; Hauriou, Principes du Droit Public, 1910, p. 659;

Dugint, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, p. 307 et suiv.

註三 *Les Transformations Générales du Droit Privé*, 1912, p. 140.

註四 *Chap. III, § IV, Chap. VI, § III.*

註五 *Recueil*, 1896, p. 660; 1904, p. 533.

註六 *Droit Constitutionnel* 1911, I, p. 164.

註七 *Cons. Jèze, Revue du Droit Public*, 1912, p. 433.

註八 *Conseil d'Etat*, 3 Avril 1903 (*Mistral et Pavie*), *Recueil* 1903, p. 306.

註九 *Conseil d'Etat*, 10 Janvier 1908, *Recueil*, p. 20.

註一〇 *Chap. IV, § VIII.*

註一一 *Teissier, La Responsabilité de la Puissance Publique*, 1908; dans *Repertoire de droit administratif et Public Séparément*; *Tirard, La Responsabilité de la Puissance Publie* 1908;

Le Roux, Essai sur la Responsabilité de l'Etat Considéré Comme Puissance Publique, et Notam-

ment Dans l'exercice du Pouvoir Législatif, 1909; Despax, De la Responsabilité de l'Etat en Matière d'Actes Législatifs et Réglementaires, 1909; Marçq, La Responsabilité de la Puissance Publique, 1911.

註 11 Voir Jèze, Revue du Droit Public, 1909, p. 661; Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, 1911, I, p. 260 et suiv.

註 12 Teissier, loc. Cit., No. 42.

註 13 Garrand, Précis de Droit Criminel, 9e Edit. 1908, p. 943.

註 14 Revue du Droit Public, 1909, p. 727.

註 15 Budget de 1912 (J. Off., 28 Février 1912) Art., 23.

註 16 Larnaude, Revue Pénitentiaire, 1901, p. 185; Lerebourg-Pigeonnière, *ibid.*, p. 1130.

註 17 Chap. V, § 1.

註 18 Droit Administratif, 7e Edit. 1913, p. 75.

註二〇 Droit Administratif, 7e Edit., 1913 p. 79 et Note 1.

註二一 Conseil d'Etat, 13 Janvier 1899, Recueil, p. 17.

註二二 Sirey, 1900, III, p. 1; Sons Arrêt Lepreux.

註二三 Conseil d'Etat, 1er Février 1905, Recueil p. 140; Sirey, 1905, IV, p. 113.

註二四 Recueil, 1905, p. 140.

註二五 Sons l'Arrêt Tomaso Grecco, Sirey, 1905, III, p. 113.

註二六 Conseil d'Etat, 24 Décembre 1910 (Pluchard), Recueil, p. 1029.

註二七 Arrêt Arubrosini, 10 Mai 1912; Sirey 1912, III, p. 161.

註二八 Conseil d'Etat, 6 Décembre 1907, Recueil p. 913; Sirey, 1908, III, p. 1.

註二九 Conseil d'Etat, 4 Février 1910, Recueil p. 97.

註三〇 Conseil d'Etat, 11 Mars 1910, Recueil p. 216; Revue du Droit Public, 1910, p. 270.

註三一 Conseil d'Etat, 15 Juin 1912, Le Temps, 17 Juin 1912.

註四三 Le Temps, 13 Janvier 1911.

註四四 Conseil d'Etat, 3 Mars 1905 (Monti), Recueil, p. 226; 22 Février 1907 (Lechartier)

Recueil, p. 185.

註四五 Conseil d'Etat, 23 Décembre 1904 (Poujade), Recueil p. 873; Revue du Droit Public, 1905, p. 98.

註四六 Tribunal des Confits, 26 Juillet 1873, Recueil, 1873, 1er Supplément, p. 117; Sirey, 1874, II, p. 28.

註四七 Tribunal des Confits, 23 Juillet 1909, Recueil, p. 726.

註四八 Tribunal des Confits, 2 Juin 1908, Recueil p. 597; Sirey, 1908, III, p. 83.

註四九 Tribunal des Confits, 22 Avril 1910 et 4 Juin 1910, Recueil, p. 323 et 442; Sirey, 1910, III, p. 297.

結論

在本書的引言內，我們曾經說：公法與私法同樣的並排演進。其實情是否已經證明；私法上個人意志獨立的原則消滅了，而個人意志當然不能創立法律効力。在公法上我們亦不信於握有權力的個人背後還有什麼集合的主權主體存在，而以個人為他的代表或機關。統治者不過是在一國以內持有主要的權力者，因此他們亦有完成某種社會職務的義務；就是在組織公務，並確保其施行。

因此，所謂公法，殊非規定主權國家與人民關係的規則，而為規定組織與管理公務的規則。法律不是主權國家的命令，而為公務或人羣的準則。行政行為並不能有時視為主權者的行為，有時又視為管理者的行為，而常常是管理性質的行為，由此種行為所發生的爭執問題，在原則上均應受同樣法院的審判，倘若有一個行為，違犯了法律，任何關係人均可以其違法為理由請求撤銷之。

但並不是根據主觀權利爲請求撤銷之理由的。國家責任已經普遍的承認了，惟不是個人過失的責任，而是以公共財庫爲個人對於施行公務上危險的保險責任。至公務之施行，是否合度，則非所問，至於辦理人員的行爲出了公務範圍以外，則由其個人負責。

照此情形，私法與公法，都是以實在與社會的觀念爲根本的。爲什麼說他以實在觀念爲本呢？因爲一方否認了政治現象的背後有所謂似人的主體存在；他方又不認有僅由自己支配而能強人服從的主權意志存在。並且法律制度的全部純以統治者應爲完成的社會職務的事實爲根本。爲什麼說他以社會或客觀觀念爲本呢？因爲近代公法並不是以規定個人主觀權利與國家權利爲職志，但僅爲規定統治者如何完成社會職務。譬如爲一切公法樞紐的越權之訴，是在保障行政行爲的合法，所以不拿侵犯個人權利爲起訴之根據，而以違犯公務之組織與施行之法律爲起訴的根本。

照此看來，公法的演進，是否已經成功？這是當然沒有。社會的演進是非常複雜而永無止境的。實際上法律不過是此種演進的牆塔，我們的前人誤信玄妙，認個人主觀主義的法律制度是一成

不變的。我們不應該再有此種錯誤。其實社會客觀的法律制度，不過是歷史上片刻的作品，故在他的建立成功以後，精明的觀察者，即已見到其崩潰的預兆與新制度的最初要素了。我們的後人，如能較我們更能解脫而不為信德與成見所束縛，這是一定很可欣幸的！

Bordeaux 1913.11.11。

編主五雲王

庫文有萬

種千一集一第

遷變的法公

譯平砥徐 著驥狄

路南河海上

五雲王 人行發

路南河海上

館書印務商 所刷印

埠各及海上

館書印務商 所行發

版初月二十年二十二國民華中

究必印翻權作著有書此

The Complete Library

Edited by

Y. W. WONG

LES TRANSFORMATIONS
DU DROIT PUBLIC

BY L. DUGUIT

TRANSLATED BY SU TI P'ING

PUBLISHED BY Y. W. WONG

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

1933

All Rights Reserved

虹口法院移文
陳公博系內圖書

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4860B

上海圖書館

4476000

