

著名世界譯漢

學法憲

(下)

著 駱 狄
譯 時 明 張

行發館書印務商

L. Duguit 著
張明時 譯

漢譯
世界名著

憲

法

學

下

商務印書館發行

中華民國二十七年二月初版

◆(33378)

漢譯世界名著 憲法學 一一册

Traité de Droit Constitutionnel

每部實價國幣貳元捌角

外埠酌加運費匯費

原著者 L. Duguit

譯述者 張明時

發行人 王雲五
長沙南正街

印刷所 商務印書館
長沙南正街

發行所 商務印書館
各埠

徐

(本書校對者王永榜)

第三章 法律行爲

第三十節 普通意志行爲

意志行爲，在法律裏面，佔據首要地位，然而很少法學家曾經嘗試予以分析過。因有這項缺點，於是產生了無數爭論，例如：法國學者關於契約原因哄動一時的爭論，及德國學者在意志行爲究係法律效果的有效原因抑係牠的條件問題上無窮止的論戰皆是。

意志行爲第一個時階（moment）是要履行的行爲概念；並不是一項行爲的概念，而是好幾項要履行或不要履行的行爲概念。心理學家說意志行爲之前，常有一種牠自己的表象作先導，此話非常正確。一項動作，必須主體事前先有這項動作的觀念，並曾經知道他要去作爲，然後方能履行。故決定行爲產生的，乃行爲自身的表象，及對之具有的觀念。這項表象愈清晰，愈有力，行爲的產生亦愈迅速，愈強烈。莫茲雷（Maudsley）君曾界說意志爲一種觀念發動機的活動（activi-

té idéo-motrice)，一種觀念的衝動。這正是意志行爲與反應行爲 (*acte réflexe*) 區別之處，反應行爲乃由一種有意識或無意識的刺激而引起，與行爲本身的表現完全不同。

另一方面，我們知道尚有許多原素，能夠使行爲概念產生。牠們能在主體思想裏面，引起一種認爲欲望及實現某項事物係可能的的觀念，並可以由這種觀念推動意志機構，然牠們與意志機構，初無關係。這些原素，即著者將來教作的衝動動機 (*motif impulsif*)，牠們並不是主體欲望某一項東西的『爲什麼』，牠們是『由什麼』主體思想裏面會產生了那項認爲欲望這項東西或其反面是可能的的觀念。

衝動動機，亦與後面我們將要談到的決定目的不同。決定目的乃是決定主體選擇行爲的表象，衝動動機永遠是一種外部事實。牠固然在有些人身上，可以提起某種觀念，而在另些心理不同人身上，則不能提起，然牠永遠只是一種外界事實，而且還永遠在意志行爲以前。牠在主體身上可以引起那項認爲欲望及實現某種事物是可能的的觀念。衝動動機既不是意志機構裏面的一個原素，所以牠亦不能在行爲價值上具有任何作用。

概念永遠具有一種複雜內容，刪減至最簡單狀態下，牠的內容，亦係由要作爲或不要作爲一項行爲所構成。牠並可以以一連續許多要作爲或不要作爲的事物爲內容。要有意志存在，必須主體意識上能覺察到牠可以選擇作爲這些事物之一，或任何皆不作爲。取心理學家的辭語來說，便是要有欲望，必須同時有自制 (inhibition)，馬辣伯 (Malapert) 說：『必須在行爲將要履行的當兒，我們感覺著行爲可以不履行，或他種行爲可以實現始可。意志是行動能力與停止能力的總和……凡『我欲』全包含有一個『我不欲』。意志在一種意義上永遠是不意志。 (non-volonté) 』

(見 *Psychologie* p. 441, et 442.)

著者作爲此言，不用說對於那項玄學上人能否自由行動問題，並沒有提出任何答案，那是一項純粹玄學問題，此處沒有牠的位置。

在行爲概念之後出現的第二個時階，乃領導至選擇與決定的考慮 (délibération)。李波 (Ribot) 君說的非常正確，他說：『意志便是選擇去動作。』故考慮在意志行爲這種複雜行爲裏面，確係一項基本時階。

不過我們要注意在許多情形之下，考慮時階並不表現。概念與執行之間，沒有任何間隔，主體想到行爲，緊接著便去執行。威廉詹姆士（William James）曾說：『每當一項行動緊隨著這項行爲表象之後，中間不留任何躊躇痕跡時，這裏面便有一種觀念發動機的作用存在……動作緊隨著牠的表象，中間沒有任何抗拒或遲疑的影子，因為這項表象在思想裏面，沒有受到任何其他表現的反對。所以然者，或是因為牠自己單獨佔據了思想，或是因為思想裏面的其他表象全不與牠發生衝突。』

見 William James, Psychologie, traduction française, 2e édit., 1910 P, 56 et 565.

但是有時我們亦可以遇見在意識前面排列有好幾項相互衝突的觀念，相互反對的動作表象。這時候於是有考慮出現。意識在動作之先，須作一番裁判工作，注意力引到對象與目的上面。對象便是我們要作或不要作的東西，目的便是我們爲什麼要作或不要作這件東西。馬辣伯曾說：『意志即是知道原因的活動，易言之，即在這種活動中，我們不但知道所作的是什麼，而且知道爲什麼要作牠……這種考慮，並不是對於一排列印象的單純瞭望，牠需要注意力參加，對於每個可

能答案的兩方面都會次第地予以考察過』（上書第四四五頁。）

我們在後面法律行爲原理裏面，要用到的兩種極重要的原素：對象與目的，便是在行爲的這個人心理時階——考慮——裏面極清晰地顯露出來。意識考察這兩項原素，對象與目的，及意志創造牠自身的目的，亦全是在這項心理時階裏面。

人們可以給予牠們欲望的對象，只能是一種個人活動力的表現。這種活動力或是內部的，或是外部的。前者例如所有意願的注意行爲後者係各器官在外界施行一種作用的動作。我們若將內部活動力置於一旁，即可以看見意志行爲唯一可能的對象，乃係個人器官的本身動作。這便是意志的直接對象。人具有一種精力，但只是一種能在他自己器官上作用的精力。這項精力若由潛蓄的狀態，走到行爲的狀態上，便引起了一種器官的動作，同時便在外界亦引起一種變動。

這種變動，誠然係主體所欲望的，但牠僅只是他意志的間接對象。牠係主體心目中所想要的結果；願主體所能引起的，只是他自己器官的動作，至於這項結果的獲得，乃係由主體以外的一種規律的實施。這項規律，有時候是一種自然的、物理的、或心理的規律，另有些時候則是一種社會的、

經濟的、道德的或法律的規律。是故凡意志行爲全有兩種對象：（一）直接對象，即他直接欲望的身體動作；（二）間接對象，即外界產生的變動。後者並不是主體意志的產品，主體意志只能夠在他自己的器官上活動。

易辭言之，即主體所直接欲望及他所唯一能夠欲望的，乃係他個人活動力的表現，他本身的動作，這便是他欲望的直接對象。但這種動作所以被主體欲望，僅係看作一種手段，預備因之獲得一項由一種規律附著於牠上面的效果。我們雖然對於因果律觀念裏面究含有什麼實在東西，尙不能知道，但是我們可以暫教這項規律作因果律——極普遍意義的因果律。由這種因果律產生的效果，便是間接對象。故間接對象雖係主體所欲望的東西，然卻不是主體意志的產物，牠是意志直接對象執行時自然的與必然的結果，自動地實現於外界的。

我們應當避免將意志間接對象與決定目的（but determinant）相混。目的乃某一定的表象所以被選擇爲行動原則的爲什麼。無數的環境、情感、印象、心理狀態，全可以影響考慮之後的選擇，這便是心理學家教作的動機，他們將牠歸屬於感覺類上者。這些動機在考慮結果上具有影

響，當然是無容爭議的事，不過我們很難準確考定牠們的程度及範圍，牠們是隨著無數的不同環境而變化的。決定目的與這些動機顯然有別，牠係動作內在的一項原素，極密切地聯系在動作之上。牠是我們如此動作所要達到的最後結果。雖然如此，著者再申言之，我們切勿以之與意志間接對象相混。

蓋間接或直接對象，永遠是一種物質的東西，更確切一點說，永遠是一種超心理的東西，例如動作，物體的變更，生理的、經濟的、或法律的變動皆是，反之，決定目的卻純粹係一種心理的東西，牠乃是思想裏面的一種表象，想著實現了意志直接對象之後，便會產生一種狀態，使另一項意志獲得滿足，或容易滿足。這項另一個意志已經產生，或將要產生，在他本人身上，或在另一個主體身上，均不必一定，但必須有這一項意志存在，則是確定的。故決定目的與對象不同，不是主體以外的一個東西，而是主體意識以內的一個東西。牠是一種表象，一種真的或假的信仰。牠不是精力走到行動狀態時所引起的一種物質動作，牠是一種認為如此行動可以產生一種狀態，使另一項欲望獲得實現，或容易獲得實現的思想或信仰。至於這另一項欲望，乃是與前項欲望完全不同的一種欲

望，牠的形成亦會產生或將要產生同一心理程序。

例如一個人因為偷盜而想要殺人，執刀擊殺的動作，係他欲望的直接對象，受害人的死，係他欲望的間接對象，偷盜的可能性，是他欲望的目的。偷盜乃殺人意願行為的決定目的，因為在行凶人思想裏面，會產生了一種表象，認為假如殺人成功，偷盜欲望便很容易實現。又如一個人為報仇而殺人，報仇乃是殺人的決定目的，因為行凶人想像殺人成功，可以使他從前的報仇欲望實現。

至於衝動動機，乃是使主體思想裏面，對於行為履行後的狀態，產生一種預測的表象的種種內部或外界事實，如感覺，情感，以及各種不同的環境皆是。這些動機在決定意志行為的社會價值上，並不發生什麼關係。反之，決定目的則大不相同，牠與對象共同形成意志行為的根本要素。要決定一種行為的社會價值，非先知道牠不可。對象當然不用說亦是行為評價的一個因子，因為牠亦是意志的一個根本要素，不過對於對象的評量，應偏重於間接對象方面，直接對象亦是差不多常常是與行為價值不發生什麼關係的。對於間接對象的意識，便是一般人教作的「意思」(intention)，牠是意願行為的一部分，但牠與決定目的，我們剛纔業已看見，卻顯然不同。

由考慮而後走到決定。此時躊躇的狀態停止，主體擇定了一個固定的方針，這便是實用的選擇，決然對於一方的偏愛，其他各方，皆從此匿跡或消滅。這項選擇，或這項採取的決定，實形成所謂真正的欲願。(volition proprement dite)

心理學家對於這種心理行為的真正性質，尚有爭論。此處不能盡述關於此點的各種不同意見，我們僅將前面曾談到的美國大哲學家威廉詹姆士分析的原素，略述於下：威廉詹姆士教決定為意志的命令 (Irat)，認為係構成行為意願性質精髓的東西。他說當考慮時，有許多關於行動將要產生的種種感覺的影像，所謂貫行的影像 (images kinesthétiques)，接連地表現於主體思想裏面，此後方出現他教作的闡止影像 (image delective) 這項影像是目前的影像，或遼遠的影像，全不關重要，但必須是一個只由牠方能發動意志命令——決定——的最後影像。

說到此處，又遇見玄學上的自由問題。主體是否能夠自由選擇呈現於他前面的各種表象呢？或是他必然地須受他無力超越的原素所決定呢？這些問題的答案，在人世上是不能找到的，因為牠是一項純粹的玄學問題。故我們殊不必於此處去考察牠。我們需要說的，僅為主體意識上感覺

著他在選擇，及情形經過，好像是他自由選擇而已。

最後我們走到意志行爲的最末的一個時階上。這項時階，便是執行。執行永遠只是主體的一種軀體動作；即令執行是一種內部的執行，例如當我們貫注我們考慮過的注意力於一點時，牠仍只是一種軀體活動——神經系的工作——此外並沒有別的東西。若意志的對象乃一種外部的表現，則更顯然只是主體器官的一種活動了。主體自身看作一個發動機，他產生一定數量的精力，而執行不過是這項精力的一部分，朝著某一定的方向發洩而已。這項精力走到行爲上的過程，只能產生一種主體軀體上的動作，此即我們前面教作的意志直接對象。牠只能產生這種東西，只能是這種東西的有效原因。這種內部決定與軀體動作間的關係，我們教牠作因果關係，（這種教法當然是極概括的，我們並不會對於這項因果律概念的意義及重要性，有何主張。）執行決不能存在於間接對象的實現上，間接對象是在主體精力勢力管轄之外的。主體只能在他看作發動力的本身上活動，間接對象的實現，係由於主體以外的一種規律，一種心理的，經濟的，道德的或法律的自然規律實施的結果。由這項觀察，我們將來研究法律行爲時，可以抽繹出一項極端重要的推論。

一般人常說終極結局乃係主體所欲望的，牠構成主體的意思，實際上這句話殊不正確。我們所有可以說的，只是主體在欲望發動一項軀體動作時，知道他如此作去，將要由一種完全獨立於他本身以外的自然規律的實施，產生某種結局而已，我們不能說亦不應說意志係這項結局的真實原因，意志只是一種發動精力，可以在主體軀體的構成部分上，產生一種移動而已。這種移動，乃主體意志的唯一產品。牠是前提現象，後段現象，則是因一項自然規律的實施自動產生的效果。整個執行完成以後，於是產生一種一定的狀態，這項狀態，主體預先已表象於思想裏面，認為可以使他或另一個人實現另一種先前的或將來的欲望，不感困難。這種表象，即意志行爲的決定目的。

關於一般的意志的研究，請參閱：Roustan, *Leçons de psychologie*, p. 508 et s.; Malapert, *Psychologie*, 1909, p. 437 et s.; William James, *Précis de psychologie*, traduction française, 2^e édit., 1910, p. 554 et s.; Lapie, *La logique de la volonté*, 1902; Paulhan, *La volonté*, Höfding, *Le concept de la volonté*, 載 *Revue de la métaphysique et de morale*, janvier, 1907.

第三十一節 意志行爲的法律行爲

法律行爲是一種意志行爲，反之，意志行爲卻不必盡是法律行爲。此外還有些法律效果的產

生，無須乎意志行爲的參加，亦毫無疑意，例如出生，死亡，一項物件意外的與實質的破壞，果實由牠附著的樹木上意外的分離等等，全係後面產生法律效果的非意願事實。不過我們卻不能教牠們作法律行爲，至多我們只能說牠們是些法律事實，雖然這兩個名詞（法律與事實）好像是衝突似的。

我們覺得我們能夠給予法律行爲最簡單同時並最正確的定義，只有下面這項定義，即：『凡附有在當時存在的法律秩序裏面，或在將來某一定時期內存在的法律秩序裏面，產生一種變動的意思的意志行爲，皆爲法律行爲。』

這項定義可以立時使我們看見牠裏面第一個要點，這項要點，即『意思』是也。假如作爲行爲人，於一項行爲履行時，未具有在法律領域內產生一種變動的意思，這項意願行爲，即令在牠後面，法律領域內曾經產生了變動，亦不得稱爲法律行爲。一種刑事的或民事的犯罪，不得稱爲法律行爲，因爲牠雖然是一種意志行爲，然而卻未具有產生一項法律效果的意思。固然有些人曾經討論過假如犯罪人犯罪時，具有引起刑事判罪的意思，這種犯罪行爲，是否一種法律行爲的問題，但

是這只能充作談笑時討論的資料，並不具其他意義。

法律行爲既是一種意志行爲，那麼，所有前節研究的一般意志行爲的要素，當然亦都應該存在於牠裏面。故我們此處要尋求的，僅爲這些要素，如何在法律行爲裏面，表露及配合。不過在未作這項尋求之先，我們首應知道，在法律秩序裏面產生變動一語的確切意義，究竟是什麼。這是一項首要問題，因爲法律行爲既是一項附有產生這類變動意思而欲望的行爲，我們除了能够精確地解答這項問題，決不會了解這項意思的對象，易言之，即法律欲望的間接對象的。

著者用法律秩序一詞，意義係指某一時期內，根據加施於某一社會羣裏面的人們的法律規則，與依附於其上的法律地位而存在的社會狀態。著者作爲此項界說，蓋已預先假定我們業已知道這些規則的性質與基礎，當然不待言矣（參閱本書前兩章）。

凡社會全隸屬於許多規範的及構造的規則之下。這些規則對於人們構成種種積極的或消極的令示，如種種命令或禁止是。而且牠們並全附有一種民衆意識上認爲需要及多少具有組織的社會制裁。這便是那些爲人們創造種種義務的客觀法。義務云者，義意係指假如人們由他們積

極或消極的態度，侵犯了法律規範，他們便會受一種社會制裁所裁制之謂。

這一點我們略爲予以覆述之後，我們便可以說：什麼時候有一項新的規則制定，或什麼時候有一項現存的規則修改，或廢除，一言蔽之，即什麼時候客觀法遇見了一種積極的或消極的變動，那麼，這個時候，在現存的法律秩序上，便算有了變動。至此，我們立時便可以看見第一類附有一項在法律規則裏面產生變動意思的法律行爲是什麼。這類法律行爲，即我們教作的規則行爲（*actus-regularis*）是也。牠們的性質完全是『客觀的』，因爲在牠們後面所產生的變動，專係客觀法領域裏面的變動，毫不連及一個或數個一定個人的地位。

公法裏面的種種法律命令（*réglemens*），特許行爲中的規程條款，私法裏面的社團或公司的章程，勞工集合契約條款，全是規則行爲非常顯明的實例。

此外還有些客觀的法律規則，雖然確切是普遍的與抽象的規定，然而卻不是無分別地適用於社會羣中的所有分子，而僅只適用於處在某一條件之下的人們，僅只適用於那些由一種依照該項規則本身規定而作爲的行爲所決定的人們。所有這種使一個從前法律規範不適用的人，

因履行了牠，而變成法律規範適用的人的行爲，或所有因履行了牠，而爲某一個人產生一種，他從前所沒有的法律身分的行爲，構成第二類法律行爲。在這類行爲之後，現存的法律秩序裏面，亦產生了一種變動，因爲一項法律規則，從前對於一個人不適用，現在變成適用，或倒過來說，一個人的法律身分，從前不存在，現在忽然開始出現故也。這類行爲，就牠們的結果僅在決定某幾項客觀法條款的實施上言，可以說亦是客觀的。不過牠們同時亦多少帶有點主觀性質，因爲牠們所決定的規範的實施，係對於一個一定的主體的實施。這類行爲，著者給予牠們一個業已走入公法學者通用詞語裏面的名字，教牠作條件行爲(acts-conditions)

這類法律行爲的實例，在公法與私法裏面，非常之多，我們只須隨便說幾個例，如公務員的任命，非婚生子的認領，婚生子的後認，婚姻，歸化等等，即足以窺見一斑了。

最後還有些行爲履行之後，在主體身上，產生一種特殊的、具體的、個人的、一時的義務。這種義務，並不是由客觀法所創造的，易言之，即並不是由實施客觀法的一項規則，而加施於這個人身上的。這種地位，便是著者從前曾經教作——現在仍保持原有意見繼續教作——的主觀法律地位

(參閱第二十九節。)

這種履行之後產生主觀法律地位的行爲，乃是純粹主觀的行爲。這種行爲的根本性質，是否亦是決定一項法律實施於一個一定個人的條件，抑根本是新生法律地位的有效原因？這項問題，我們將在後面討論，此處我們只須說：當這項行爲履行之後，在一個個人身上，所產生的特殊義務的淵源，可以不在客觀法裏面，而且這項義務範圍，絕對可以說不是由客觀法所規定，便够了。這類行爲，我們極自然地教牠們作主觀行爲 (*actes subjectifs*)。這類主觀行爲的最顯明的實例，便是固有意義下的契約 (見第三十八節)。

是故法律行爲共有三類：(一)規則行爲；(二)條件行爲；(三)主觀行爲。無論對任何一類而言，法律行爲的概念，全是永遠如一，即附有在法律秩序裏面，產生變動的意思的意志行爲是也。著者看不見在上面所陳述的三類情形以外，還能再產生其他東西。這三類情形，著者給予牠們一個公名，教牠們作法律效果。現代有些學者，常常稱牠們作法律現象 (*Phénomènes juridiques*)，著者殊不欲採用這個名詞，因為牠意義很不清楚，著者認爲最好還是保留牠去指示自然界的事

實。

總之，名詞異同，無足輕重，各種法律效果間的區別，亦復不關重要，惟有一點，我們似乎不能不牢記的，即所有這類效果共同的與根本的性質，係存在於在一種集合制裁下，對於一個或數個人，產生一項新義務是也。由此可見所有法律效果，最後永遠返回到當一人作爲或不作爲某一定事物時，所引起的公共意識認爲正當的集合力量的干涉上。故法律效果，實際上永遠是集合強制的運用。在已達到相當文化程度度的社會裏面，牠便是已經組織的社會力的運用，或用一種適宜的辭語來說，便是法律途徑的發動。

結局法律行爲的定義，可以引納於下之一項極簡單的詞語裏面，即：法律行爲，乃一種附有希望假如一人作爲或不作爲某一定事物時，便有一項法律途徑來裁制他的意思的意志行爲。至於這項法律途徑，則是集合意識（這項集合意識，無論表現於慣習或成文法裏面與否）認爲正當的法律途徑，易言之，即客觀法承認的法律途徑。我們應牢記著這項定義。將來我們還要從裏面抽繹出來許多極端重要的推論。這些推論，我們前面業已略微見到，除在後面我們將予以詳細發揮

外，此處我們可以把它們總括地表示在下面一句話內，即：當我們遇見一項法律行為時，無論牠是那類法律行為，給予牠法律效果的，易言之，即使牠能運用法律途徑的，永遠是客觀法。

這項定義還會說明，為什麼我們為明瞭法律途徑，應當首先研究意志行為的各種不同的構成時階。

此外著者還須附加兩項觀察：第一，前面的分析可以使我們看見所有法律行為，無論牠們所依附的法律，是我們習慣教作的公法或私法，所具有的根本性質，全是一樣。公法與私法之間除了關於用以保護行為後面的法律地位的法律途徑，及關於援用行為的無效原因等事以外，沒有任何區別。法律行為原理，在公法與私法裏面，完全是一樣的。牠的要素，在兩種學科裏面，亦是完全一致的。有些人想拿公法與私法相對，說他們是兩種不同的學科，這種說法，不但錯誤，而且非常危險。（參閱第六十四節至第六十六節。）

第二，一般法學家，尤其是一般民法家，在分析法律行為時，曾遇見有許多困難，全係由於一種惡劣詞語而來。他們老愛用原因（cause）這個字，殊不知牠很容易引起無窮混淆。還有些困難，則

係由於他們在分析法律行爲時，老是注目多方行爲，特別是契約，殊不知我們在開始研究時應當先從單方行爲着手，因爲好的研究方法，永遠是應當由簡單而入於複雜故也。因此之故，所以著者不但將原因一字整個地掃去，而且最初先專門研究單方法律行爲。

第三十二節 法律行爲裏面的概念

所有意志行爲的第一個要素是概念，因而所有法律行爲的第一個要素亦是概念。

一種在主體以外的事實，可以使主體思想裏面產生一種觀念的，便是著者曾經與決定目的區別的衝動動機。決定目的，我們將要看見，乃是主體思想裏面的一種表象。覺得假如他作了某件事物，另外一項在他身上或在另一人身上的欲望，便可以實現，這便是他欲望某件事物的『爲什麼』。這便是他欲望某一定法律效果產生的『爲什麼』。由此看來，決定目的實是所有意志行爲根本要素之一。因之亦是所有法律行爲根本要素之一。

衝動動機，乃是在主體思想裏面引起欲望某一定事物或欲望某一定法律效果產生是可能的觀念的事實。著者前面已經指示過衝動動機乃是與意志機構不相干的一個東西，牠存在於

意志行爲以前，及意志行爲以外，因之，牠亦存在於法律行爲以前，及法律行爲以外。牠提示一項觀念，但並不決定欲望。他提示一項觀念，說欲望是可能的，但並不促使欲望的裁決。在這種情形之下，牠對於行爲的法律價值，在原則上，當然不能具有任何作用。

構成衝動動機的事實，可以無窮的紛異變換。牠的特點，在牠永遠是主體以外與意志決議以前的一個東西。牠可以是純粹的物質事實，牠還可以主體以外另一個人的意志行爲，牠甚而可以以是法律行爲。決定目的永遠是另一個欲望的表象，衝動動機則是一種事實的表象，但是這項事實亦可以是一項欲望。所以有時候在某些環境之下，可以遇見衝動動機的事實，同時在主體思想內擔負決定目的職務。此所以有些浮淺的觀察者，有時不免認爲衝動動機，在法律行爲的價值裏面，亦據有一席位。殊不知實際上牠以衝動動機言，並不據有任何位置，不過假如衝動動機是一項意志行爲，而這項意志行爲的表象，曾是決定目的，那麼，牠當然在行爲價值上，具有若干作用，但這並不是以衝動動機的資格，而是以決定目的的資格。

衝動動機，既使主體思想裏面產生一項認爲欲望某一定事物是可能的的觀念，於是主體在

未欲望之前，想像了許多他可以欲望或可以不欲望的不同事物，他並想像到假如他欲望某某事物之後，所要產生的法律效果。此處的概念進程，與一切意志行為的概念進程，絲毫無二，所想像的影像，此處亦與在任何處完全相同，永遠是意志的發動機。影像愈強烈，意志表現亦愈疾速，愈有力。不過我們要知道概念地位的重要性，在各種法律行為裏面，並不相等。

在條件行為裏面，概念的地位，我們還可以說知識的地位，縮減得很小。蓋將要出現的法律地位的幅員，已經事先由客觀法規定，主體思想已不必再去想像這種幅員，而且往往牠亦不向這方面去注意，牠只是單純想像法律所創造的地位的大體，牠知道法律將要實施，無須牠自己詳細明白各種要經過的情形。他的思想並不決定這項地位的幅員，而且亦不能夠決定。知識在此地所參與的，只有很狹隘的一部分。在這類情形之下，法律行為差不多可以縮減至一種實質的動作，例如抽籤，拍賣 (adjudication) 等等。思想此處所表象的，係客觀法事前決定的那項地位。主體知道假如他欲望某一定事物，那項地位便可以帶着法律所規定的幅員產生，不會多，亦不會少，主體思想絕不參與決定地位的幅員，規則的意義與範圍，以及義務的對象等事。

在規則行爲與主觀行爲裏面，則完全不同。這裏知識的地位，決議以前的概念要素，非常重要。我們必須確切地予以考定，許多爭論的產生，全是由於沒有很完備地作過這項分析的錯誤。

在規則行爲裏面，主體於決議之前，皆先準確地表象過一番他欲望的對象及結果。他企圖使法律世界裏面產生一項新規則，因此，他便應當決定這項規則的對象與範圍，規定及擇定規則所實施的人，以及牠實施的條件。意志發動實質行爲，即那項由客觀法將新規則產生依附於其上的軀體動作，但決定規則內容的，則是主體的思想，而不是牠的意志。主體欲望這項規則由法律途徑予以制裁，但這只是他欲望的間接對象，決定規則規定條款的，卻不是他的意志，而是知識。這種知識作用，誠然是客觀法所制裁的新規則依之以爲產生條件的意志行爲所不可少的前提，可是在分析之中，這兩項作用卻分別的很清楚。

我們不要說這種分析只是無意義的瑣細工作，後面我們將會看見這種由心理分析所顯示的區別，可以使我們不感困難地解決許多至今仍引起無數爭論的問題。

心理分析，在主觀行爲裏面，亦指示出來同一區別。這種區別，在實用上，並具有第一等的重要

性。此處要出現的，並不是一項規則，亦不是一種普遍的與永久的地位，而只是一種個體的，特殊的，一時的地位，一個一定的人負有作爲或不作爲某一事物的義務，而這項義務並在一項社會制裁之下。這項義務從前並不存在，而且一次執行之後，亦復立即消滅。這項在目的及在所關係的人上全是特殊的地位的幅員，並非事前由客觀法所決定，而是由欲望那項主觀行爲的個人的思想所決定。關於這點，我們絕不能說是意志參加的結果，主體所欲望的，僅這項地位產生所依附的物質動作。此外他還欲望保障這項地位的法律途徑的產生，這是他欲望的間接對象。但是地位的幅員，卻不是他欲望的對象，而是他思想裏面所形成的表象的對象。牠是主體知識所決定的。主體對於這種地位的幅員，僅具有觀念，然卻不會欲望牠。

這項分析最後達到與規則行爲同一結果上。牠領到的結論，與前面一樣，亦具有第一等的實用重要性。牠可以很容易地解釋如何一種新法律，永遠可以改變保障主觀法律地位的法律途徑。蓋這樣的法律實際所干及的，不過客觀法附著於一種意志行爲上的結果而已。反之，一項新法律卻不能改變主觀地位的幅員，因爲這種幅員，乃係由主體固有知識所決定的，而這種知識，則係在

法律管轄以外，或至少我們可以說牠活動的領域，係在假定上立於法律管轄之外。

撮要言之，主體在欲望以前，先表象他所欲望或否的東西，他欲望的對象，客觀法所賦予牠的效果，以及如若他表現某種意志時產生的法律途徑。對於規則行爲及主觀行爲，主體思想並自己決定規則實施的範圍與地位的幅員。二者皆非意志的產品，而是知識的決定。對於條件行爲，法律地位的幅員，則係事先由客觀法所決定，知識的位置，在此處減削的很小。至於主體本身，雖然有以上種種區別，仍只是一個能意識的人的活動力，實際上永遠具有不可分性一層，則早已說過，無須再重說了。

第三十三節 法律行爲裏面的考慮及決定

我們剛纔所描寫的各種不同的表象，在主體思想裏面，魚貫進行，直至闡制影像呈現，意志命令 (*fiat de volunté*) 產生，決定取定的時候爲止。至此，意志的心理現象，可謂完成，法律行爲裏面的心理進程，與一般意志行爲相同，不過爲明瞭清晰起見，我們似應再重行審查一下法律行爲裏面有什麼較特殊的情形。

主體爲從事他的選擇爲採取他的決議，預先次第考察一下意志行爲的直接對象，與間接對象，此外決定目的，亦在考察之列。惟我們不要將這種決定目的，與直接間接對象相混，亦不要將牠與衝動動機相混。

「對象」——凡欲願行爲，我們前面已經說過，皆有兩種對象，或更好一點說，只有一種對象，因爲間接對象，實際是意思的對象，而不是真正欲願的對象。主體在考慮裏面，提出並對較所有各種他可能欲望的不同對象，及客觀法所附著於其上的各種效果。人類欲望，在法律上，與在其他領域內一樣，除了主體的軀體動作以外，皆不能具有其他對象。此點我們前面討論一般意志行爲時已行說及。人類固有活動力，只能產生這種東西。他是一個自主的精力生產器，但是他只能用這種精力去推動他的固有器官，不能更有所多。假如有一種外界的效果產生，有效原因並不是他的意志。這項效果，係根據一項自然規律而產生的，因爲這種自然規律，曾將牠附著於主體所欲望的一種軀體動作上故也。物理自然界如此，法律界亦如此。客觀法可以附著某幾種效果於這項精力的外部表現之上，易言之，即牠可以在牠上面附著一種運用法律途徑的能力——我們前面業已看

見過一切法律效果全不外一種法律途徑的運用能力。這種法律效果並不是主體意志產生的，主體意志只能產生他本身上的動作。故這種法律效果並不是主體欲望的直接對象，牠乃是一種間接對象。所以謂之間接對象者，不過是說主體知道假如他欲望並履行某一定軀體動作時，客觀法便將在上面附著某幾種結果，或設定某幾種法律途徑而已。所以此處主體在考慮中所要思想的，乃係假如他欲願或作為某項一定軀體行為時，某項法律效果，即將因法律規律或客觀法的實施而產生，猶之某項物質結果，由物理規律的實施而產生一般。

正確地說，我們不應當說主體欲願這項法律效果。不惟如是，我們亦不應當說牠欲願他軀體動作的物質結果。蓋法律結果，與物質結果一樣，都整個地不在主體意志的權力以內。他所能夠的，僅為知道這種結果將要產生。因為他知道假如某一定行為履行之後，自然規律便會在一種軀體動作上，附著某一定效果，或法律規律便會設定某一定法律途徑而已。

此處所說的話，與前面所說的話一樣，我們都不能看牠只是一種無意義的純粹瑣碎分析，因為這項分析，供給了我們一項原則，可以解答一項在學說裏面，尤其是在德國學說裏面，曾引起無

盡爭論的問題。這項問題，在法律學裏面，與在哲學裏面的認識問題頗相類，即問：法律效果的有效原因，究係主體意志抑係客觀法是也。這項問題，這樣說法，當然是很沒有設定好，不過這是歷來相沿的說法，我們只有照樣保存着牠。牠的答案，在我們前面所作之分析之後，非常顯明，因為主體由他的意志所能發動的，只是他本身的軀體動作，法律效果的產生，或法律途徑的設定，全不是他意志所能爲力的，故法律效果的有效原因，絕對不能是意志，因之，那項著名的原理，所謂意志原理 (La théorie de la volonté)，亦遂整個地崩潰了。這些話對於各類法律行爲，全行適用，就是規則行爲與主觀行爲，亦不是例外。因為我們前面業已說明過，就是在這些行爲裏面，規則的範圍與地位的幅員，亦全是知識的作品，而不是意志的產物。

決定目的——主體思想，在考慮裏面，不僅觀察欲願的直接對象與間接對象，並且還注意他可以達到的目的。決定目的乃完全與對象不同的一個意志行爲原素，就是間接對象，我們亦不可與之相混。法律行爲裏面的決定目的，亦即是著者前面曾經說明過的一般行爲裏面的決定目的，即主體思想所接受的一種表象，認爲當法律行爲執行之後，便會對於他或對於另一人，產生一種

一定狀態，可以使另一項從前的或後來的意志，獲得實現，或容易獲得實現是也。例如我借錢賭博，我這項意志行爲的直接對象，乃我所作的情願負還錢義務的表示，間接對象乃企圖產生一項對抗我的法律途徑的意思，至於決定目的，則是我思想裏面呈現的借錢以後我將具有賭博可能性的表象。又如我借錢還債，決定目的，乃係我思想中所作的我將要能夠實現我償還債務意志的表象。這樣的實例，我們可以舉出來很多。不過我們要仔細認清，那項另一個意志，易言之，即牠的實現可能性的表象，構成第一項意志行爲決定目的意志，可以是第一項意志行爲以前的一項意志，例如我爲表示感謝而贈與，我的贈予的目的，即是表象於我思想裏面的將要實現我現在意志以前的一項意志的可能性。

決定目的乃是一般意志行爲的根本原素，沒有人能予以否認，因之，牠是法律意志行爲的一個根本原素，亦是極顯然的事。有些法學家頗反對這種說法，但判例卻常思反抗他們的學說。蓋決定目的，乃一種純粹的心理原素，或者因爲這種原因，故未被許多法學家的不充分的分析所看見。決定目的，不像直接對象，是一種軀體動作，同時亦不像間接對象，是一種由自然規律或客觀法附

著於軀體動作上的實質的或法律的效果他是一種主體思想裏面的表象這項要素具有極大的重要性，因為最顯明的闡止影像 (image dechie)，便是這項未來狀態及牠所供獻的可能性的預先影像。牠在主體思想裏面表象的清晰程度，便是決定意志命令 (fiat de volunté) 或決議的原動力。因此之故，所以牠在考定一項行爲的法律價值及道德價值上，實係次於間接對象第二個根本原素。

決定目的，永遠是主體對於另外一項在他身上或在另一個人身上的意志的可能實現的表象。著者所以再重複這一句的，因為我們永遠需要談到牠，而且這並是法律分析的主要點。假如使意志決定的，係這樣一種表象，那麼，構成決定目的的，顯然係一種外部的意志行爲。如果這項外部意志行爲與法律相違反時，那麼，由牠所決定的意志行爲本身，亦必然地應當違反法律。這便是當評量一項法律行爲價值時，決定目的佔有一席極重要位置所以然的原因。不過決定目的並不是規定價值的唯一要素，一項對象不合法的行爲，無論決定牠的目的如何，永遠是不合法的。不過一項對象合法的行爲，假如決定牠的目的不合法，一樣亦沒有價值。

例如我購買一座房子，預備開設一個不正當的處所，我欲願的對象，是合法的，但決定牠的目的，卻不合法，因為他是實現我本人身上另一項具有違法對象的欲願。又如我借錢賭博，對象是合法的，我追尋的目的却不合法。更如我贈予一個人金錢，使他去犯罪，這種行爲因為牠的目的之故，顯然亦不合法。又如一個公共官吏能免另一個公務員的職，以圖私人報復，或爲使公共事務順利進行，在這兩種情形裏面，對象全是合法的，但就牠的目的而言，在前項情形之下是不合法的，在後項情形之下是合法的。因之，在前項情形之下，行爲不具任何價值，在後項情形之下，行爲卻是一項正規行爲。

決定目的，既是意志行爲的一種根本原素，故無論在公法或私法上，牠在法律行爲裏面，全負有一項極基本的職務。著者將於在第三十八節裏面，討論契約目的時，指出司法判例，雖然在幾個理論學者的反對之下，如何對於這項觀念，曾作出種種極值得注意並極正當的適用。至於在公法裏面，諮詢院曾經由上述分析裏面，抽繹出整個一部推論，而牠那構成行政受理人對抗行政專斷

建設起來的。關於此點我們在本書第二卷與第三卷中，更將予以特殊的研究。

由上面所說的去。我們可以看出如何決定目的，不僅與直接對象區別得很清楚，即是與一般人最易與之相混的間接對象，亦不一樣。間接對象乃主體在法律秩序裏面希圖看見的變動，決定目的則是他希圖這項變動實現的『爲什麼』。間接對象乃是一種法律效果，決定目的則是一種欲願的表象。這兩種東西是整個不同的。

決定目的亦完全與衝動動機不同。衝動動機，我們前面已經看見過，乃意志行爲以前的一種事實。牠可以提示欲願觀念，但却與意志的決定無關，因此，衝動動機，在法律行爲上，是沒有什麼影響的。有些法學者說原因在法律行爲的效值上不具任何作用，他們教作的原因，實際就是衝動動機。不過著者前已言過，有時會遇見衝動動機是一項意志行爲，而同時這項意志行爲的實現可能性，亦即是在主體思想裏面構成決定目的的表象的對象，簡言之，即有時會遇見衝動動機與決定目的混合爲一。在這種情形之下，於是一般人說衝動動機在法律行爲的效值上具有影響。此話殊不正確。蓋此時衝動動機所以能據有一席地位者，是因爲牠與決定目的混合爲一。故實際在法律

行爲效值上發生作用的，與在所有意志行爲裏面相同，仍只是決定目的，而不是衝動動機。

諮詢院曾採取了整個一連續判決，宣佈許多關係公務員退職的決定無效，理由是這些決定與事實不合，根據於一種臆造的關係人的請求上。這項臆造的請求，無疑是一項衝動動機，但同時採取決定的機關首領思想裏面所作的表象，認爲採取了這項決定，可以給予這項請求一種滿足，卻是一種決定目的。今事實上這項請求既不曾提出，於是決定缺乏了決定目的，因之，亦不具任何法律價值。這項決定應當宣佈無效，並不是因爲援引的衝動動機不存在，而是因爲牠沒有決定目的。這種意思，亦即是諮詢院在裁判決書裏面所要表示的意思。牠在判決書裏面說：內政部長認爲退職決定，係根據關係人的請求而採取的，是他的決定所根據的，乃一種不正確的物質事實，因之，給予了這項決定一項不存在的原因。』

請參閱諮詢院以下三項判決書，這三項判決書，措辭完全相同。一九二二年一月二十日特烈風事件，載彙纂第六五頁；

一九二三年三月二十三日字郎沙爾事件，載彙纂第三零二頁；一九二六年一月二十二日勒佛郎事件，載一九二六年西勒

彙纂第三部第二五頁，並附有霍理歐(Hauriou)一篇長評註——這項問題將在本書第二卷與第三卷裏面特錄予以

研究。此外請參閱：Jéze, *Théorie générale des motifs déterminants* § Princes généraux du droit

administratif, 2e edit., III, p. 210 et s.; Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, Revue du droit public, 1923, p. 163 et s. (有單行本), R'glade, Le prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir 載 Revue du droit public, 1925, p. 413 et s. (有單行本) Duguit, Le motif impulsif et le but déterminant dans l'acte juridique public 載 Revue de la théorie du droit I 1926-1927 p. 227 et s. (Brno)

霍理歐君在上述的評註中，曾發揮了一種原理，著者殊不敢贊同。他作有一項他教作的決定事實與決定動機間的區別，據他的意見，決定事實，即諮詢院教作的法律原因。將法律行為劃入某一範疇裏面去的，就是這種決定事實，或法律原因。在霍理歐看去，似乎法律原因觀念，與法律範疇觀念，頗有關係。當決定事實援引錯誤時，建設於這項事實上的行為，便亦不再具有法律原因，因為牠已不再屬於與錯誤事實同時援引錯誤的法律範疇裏面。由此觀之，足見在霍理歐思想裏面，一項法律行為，必須歸入一種法律規定的範疇裏面。方為有效。至如決定動機，據霍氏之意，係一種主觀的動機。假如決定事實或原因存在，行為與牠的法律範疇，極為附合，但決定動機卻不合法時，

可以發生迂權控訴，反之，當決定事實不存在時，則發生越權控訴。

我們知道根據羅馬法，一項協約，除非歸屬於法律所規定的範疇裏面，不能構成一項契約（*contrat*）。霍理歐氏這項法律範疇原理，雖然不敢說是返復法律形式主義的幻想，至少可以說是一種趨向於類似於羅馬法的剛性法律體系的企圖。這位教授的思想的係如此，我們可以在他研究末尾的一段話裏面看得很清楚。他說：『拿破崙法典一三四條所設定的意志自主原則（*le principe de l'autonomie de la volonté*），因由一種審慎的自由主義解釋的結果，似乎將所有各種範疇，盡沈沒於汪洋無際的協約領域裏面，因之，遂亦將客觀的法律原因在實用上的利益，整個摧毀無餘。』

所有法律原因，實際就是羅馬法的民法原因（*causa civilis*）。這是一項業已不合任何實在的絕對陳腐概念，在鼎盛的二十世紀，是不容許我們再想恢復牠的。

傳統的意志自主學說，完全蔑視決定目的在法律行為中的功用，顧如此，在牠本身卻是很邏輯的。牠主張意志本身的力量，即是法律效果的創造者，固然意志不能使一項直接對象或間接

對象全不合法的行爲有效，但既承認人是自主的，牠的意志在法律世界裏面具有創造力量，則所有由牠發出，執行並不違反法律的行爲，當然都應當受社會的保護，而不能計及引起牠的内部表象爲何了。故在這種學說之下，我爲什麼欲願一項東西的目的，無論合法不合法，殊不關重要，只要我欲願的東西本身合法，則我的意志行爲，便算合法，便應當受到保護。

這乃是意志自主說的邏輯結果，同時亦卽是一般不能超脫這項學說控制的民法學者，仍主張說原因原理在法律行爲裏面，不佔任何地位的原因。蓋在他們看去，原因就是決定目的故也。雖然這種主張，早已爲最高法院、高級法院及諮詢院的全部判例所否認，惟他們則至今仍視同敝帚千金，不忍釋手也。

參閱本書第三十八頁。

第三十四節 法律行爲的執行——意志表示

內心決定，可以具有道德價值，然卻不能具有社會價值，或法律價值。社會規則不適用於內心事實，僅適用於外部事實，僅適用於主體由之與他人發生關係的事實。客觀法乃是一部社會規則。

所以牠亦只能夠實施於意志的外部表現。內心決定，真正的欲願現象，不能產生任何法律結果。這是極重要的一點，同時這並是我們上面所作的心理分析必然的與邏輯的推論。

惟前節所說的意志自主學說，至今在法學界裏面，仍極受人信任。法國大多數的民法學者，全是傳述這種學說。他們說法律所保護的，乃係意志本身，當意志表現於外部時，我們所應當考慮的，亦應是內部的意志，易言之，即應是主體曾經真正欲願的東西，而不是這項外部的表象。法國民法典一一五六條規定說：『在所有協約裏面，應當尋求什麼是訂約當事人的共同意思，而不應僅止於文句的辭義，』顯然亦是受這項觀念的感示而然。

這樣的一種概念，顯然係發源於個人主義學說。個人主義認為人類意志，根據本性，即在法律領域裏面，具有一種創造力量。因為人類本性上即具有種種權利，易言之，即具有一種法律能力。因此，故在這項學說裏面，產生法律效果的，當然僅應係人類意志本身。我們應當說意志本身乃是法律地位的有效原因，我們知道意志唯一存在的地方，乃是內心的欲願行為，主體考慮以後所採取的內心決定，因之，我們要想考定一項行為後面的法律地位的幅員，我們應先考定內心意志的幅

員。

不過假如我們能夠證明——著者認爲我們前面業已證明（第十九節）——個人主義概念，在邏輯上，實用上，與社會上，皆不能成立，本身根本矛盾，實用上將產生許多不可允許的結果，同時並不能對於國家建立一種堅固的限制，那麼，我們便應當說所有人類內心所欲願而不會發表於外部的東西，在法律觀點上看去，都如同未行存在一樣，都是空無一物。這些意志，應當由執行的行爲發表到外部來，然後客觀法方能依據牠自己所規定的條件，在這種執行行爲上，附著些結果。內心意志行爲，永遠具有同一性質，但意志藉以表現於外部的行爲，則必須具備客觀法所規定及法律地位產生所不可少的種種條件。

內心欲願的執行，無論關於法律行爲，或關於普通意志行爲，我們已經證明過都只能是主體的軀體動作。當這種軀體動作履行以後，如同時並附有希圖產生一項法律效果的意思，法律效果是否產生，則專係由客觀法所決定。故使法律效果產生的，並不是主體的意思。殺人凶犯，懷有致人於死的意思，而執刀擊殺，我們不能說死的原因，乃殺人凶犯的意思。死的產生，乃一種根據因果關

係將死附著於擊殺動作上的自然規律實施的結果；同然，法律途徑的發動，亦是由於一種依據同樣因果關係，將這項法律途徑的發動，附著於一項意志外部表現上的法律規律實施的結果。而且主體對於作了某某實質行為後將會產生的法律效果的詳細內容，亦無須乎知道，他只須知道這項法律效果將要產生便夠了。他只須在作為行為時，知道在這項行為後面將要產生效果便夠了。這種效果並非他意志行為的目的，我們業已說明過，法律效果的產生，並不是欲願的目的，而是牠的間接對象。

欲願執行行為，只能是主體的軀體動作，既如上述，故當這項欲願行為，是一種法律行為時，這種軀體動作，可以僅是一種簡單的移動動作，例如移交 (*tradition*) —— 此字係用其最普通的意義，指示所有由一個人對於另一人交付一項實質物件的動作，例如支付 (*paiement*) 等類行為是。有時候牠還可以是對於他人物件的守護，或實質的管理。更有時候意思表示，還須依據客觀法所規定的一種莊嚴形式 (*forme solennelle*)，法律效果，必須在規定的形式採用以後，方能產生。這一類法律行為的標本式樣，當推羅馬時代的要約 (*stipulation*)，當要約人說 *Spondeo*

及允諾人回答說：Spondeo 時，實際上形成契約雙方欲願直接對象的唯一東西，甚而可以說他們所能夠直接欲願的唯一東西，就是這幾句規定的例語。這些例語，乃是他們希圖產生一種法律效果，即一個成爲債權人，一個成爲債務人的意思的顯示。故真正說起來，這種法律地位的造成，並不是他們所欲願的東西，他們不能夠欲願牠，因爲意志所能夠創造的，只是一種軀體動作。他們所能夠欲願的，只是那項客觀法設立以爲這項法律地位產生條件的莊嚴例語。他們知道這項地位將因客觀法的實施而產生，他們並懷有希圖牠產生的意思，但至多這只是他們意志的間接對象，而不是牠的直接對象。

在現代法律裏面，莊嚴例語已不再存在，但有時法律要求將意思至少須依一定規則表示在一種書面執據 (acte écrit) 裏面。我們若加以分析，亦可以看見羅馬要約裏面的同一區別。主體實際所欲願的，只是該項書面執據的草訂，不過他知道假如這項執據草訂以後，某一定法律效果，即會依客觀法的實施而產生，同時他並懷有希圖這些法律效果產生的意思。這些法律效果，可以說是他意志的間接對象，然而卻不是牠的產品。

在現代法律裏面，最爲習見之事，是內心欲願的執行，係極簡單地依附於欲願間接對象的表示，或意思表示上。這種表示，不拘任何形式，口頭，書面，甚而簡單的手勢均可。在現代法律裏面，法律意志的向外表現，可以說差不多永遠是一種單純的表示。因此，『意志表示』(déclaration de volonté)一辭，幾成爲指示法律行爲本身的通用辭語。如此，似乎我們不能不在此處將牠少微考察一下。

我們說『意志表示』，其實要正確點說，我們應當說『意思表示』(déclaration de l'intention)，蓋實際上主體所欲願的，係作一項意思表示，他僅只欲願這個東西，而且他亦只能欲願這個東西。他直接地欲願牠，知道牠是一項使他達到創造所期望的法律地位的方法，因爲他知道客觀法會將這種法律地位的產生，附著於這項表示上。至於這項表示的內容，則係由構成表示人意思的意志間接對象所構成。一切情形，與意志表現放入一種莊嚴形式，例如要約形式裏面時，絲毫無二。主體直接所欲願及所能欲願的，只有一個東西，即說道要約的式語，或作爲一種任何形式的表示是也。不過他們說道這種式語，作爲這種表示時，知道在這項條件之下，客觀法將會於一

種一定的法律地位產生罷了。

在個人主義思想裏面，這種表示，僅佔極端次要的地位，因為根據個人主義思想，法律地位的形成直接的及有效的原因，乃個人內心意志。我們前面已經證明，這種思想是不能成立的，內心意志，不是一種社會行爲，因之，牠在法律世界裏面，不能具有任何反響。一種未曾發表於外部的意志，從法律觀點上看去，乃是空無一物。不過在另一方面，我們若說產生法律效果的，乃意志——莊嚴的或不莊嚴的——表示，也是同等錯誤。意志表示，永遠只是一種實質事實，一種物體移動，一種軀體動作，因之，牠絕不能由牠本身，在法律秩序裏面，創生變動，不過牠可以是而且實際亦是法律效果根據客觀法產生所依傍的條件。總之，主體所欲願的，只是一種意志表示，這種意志表示，乃是法律效果依照客觀法產生的條件，然而卻不是牠的有效原因。

這段話可以使我們回答一般仍忠事個人主義學說者的非難。他們說假如爲使有一種法律地位產生，必須有一種意志表示，那麼，每次只要有意志表示，法律效果即應產生，甚且即令這項表示，與真實意志不相符合，亦不發生影響。如此，豈不是又返回到存在於初民時代與現代社會絕不

相合的物質主義與形式主義去了麼？

這項非難，實犯有一項確定的錯誤。蓋產生法律效果的，並不是主體意志，而是客觀法。但客觀法除了當主體思想裏面懷有^{有意}思想，望法律效果追隨某一定外部行爲而產生之外，決不將法律效果附著於該項行爲上。就是在羅馬法裏面，除非說道要約式語的當事人，說道該項式語時，知道債權與債務將要產生，並懷有^{想望}如此的意思，法律效果亦不隨這項式語之後出現。羅馬法學家，固不少主張在說了要約式語而沒有相對照的同意時，要約仍歸無效也。〔參閱蓋尤斯（Gaius）第三章第一零二節。〕

客觀法雖然只將法律效果，附著於具有^{想望}牠產生的意思的意志表示上，可是這項法律效果的產生，卻亦只能在牠由表示式語顯示或隱示的範圍以內。當意志表示是一項莊嚴的例語，當然一點疑義也無有，不過即令牠是一種不具任何規定式語的表示，答案亦是一樣。蓋內心意志絕不能改變法律秩序，表示裏面所不會含有的東西，雖然曾經主體欲願，然仍只是內心欲願的對象，因之，就法律觀點上去看，並不存在。這些東西是否在表示人的意思裏面，殊不關重要，只要牠們沒

有包含在表示裏面，他便無權去證明他曾經實在欲願過牠們，及說與之相附合的效果應產生。此外我們還須附加一句話，即在表示之後，如果沒有明白的保留，所有根據法律或慣習附著於這項表示上面的法律效果，全數皆將產生，不必表示人一一知道。這種結果，在認意思是整個法律地位有效原因的意志原理裏面，是不可解釋的，反之，如據前面我們所作的分析以觀，則不啻是當然應該如此，蓋意志並不創生法律地位，法律地位乃客觀法附著某一定效果於意志表示上的結果，因之，假如意思表示人沒有說別的話，他當然理應推定為具有想望所有由法律或慣習附著於這種表示上的效果全數實現的意思，他知道不知道這些效果究竟是什麼，固無大關係也。

如上所述，我們是否可以反過來說，法律效果，永遠是依照所表示的東西，或所有曾表示的東西而產生，表示人絕對無權證明他的真實意思，因為某項原因，不與表示恰相附合，表示所含有的東西，並不在他思想裏面，因而亦不應當產生相對照的法律效果呢？當然是不可以的。因為要使表示是法律地位產生的條件，牠必須是一種意思的表示始可，法律效果，只能在意思存在的範圍內實現。當意思較表示為廣時，法律效果固然只能在表示界限內實現，因為在法律上，意思只能在牠

業經表示的範圍內存在。但反面我們卻不能說，蓋表示必須在牠與意思附合的限度內，方能形成法律地位產生的條件，因之，所有沒有相對照的意思的表示，當然是不能產生效果的。

這項答案，雖然是邏輯上公道上必然地答案，然而卻遇見了許多批評，而尤以在德國為甚。他們責備牠不合實用，開惡意 (*mauvaise foi*) 方便之門，便利訴訟，使不大忠實的債務者，可以援引心理的限制，以為口辭，而這種心理的限制，證據非常難找，因而可以使訴訟長期遷延不決。他們還說牠可以使惡意的被告人，很容易援引一項可以消滅同意及構成同意瑕疵的臆造錯誤，因而得在某一點上撤回他真實意思。德國民法曾引起無盡爭論的第一一六條，似乎含有採取這項辦法的意思，牠規定說：『一項意志表示，不因表示人祕密保留說不欲願所表示之事而無效，但相對人知道這項保留者，表示為無效。』

第三十五節 法律能力

直至現在，著者研究法律行為皆係就牠是意志行為的一點上而研究之。著者曾分析牠所含有的內心的與外部的各種行動，並曾以抽象的方式，考察過牠所由發出的主體。但在實際社會上，

人們所具有的了解能力，及欲願的清晰程度，並不一致，客觀法常干預進來，規定何人可以常態地作爲法律行爲，何人不能作爲。有時候他並將某些人的行爲能力，隸屬於他人的准許或同意的條件下。某人能單獨作爲一項附有一切法律結果的行爲，我們說它具有完整的法律能力。某人必須在特定的准許之下，始能行動，我們說他具有一種限制能力。所以法律能力，乃是作爲一項法律行爲的能力。在公法辭語裏面，我們比較常用職權 (competence) 一辭。這個詞有時意義比較廣些，但就狹義而言，職權與能力二字，所表示的，乃同一事物。能力這個詞，究竟作何解釋，我們似乎應當將牠考察一下。

乍觀之，我們似乎應當將牠看作一種主觀權利。我們在第二章內，已經說過，主觀權利，假如存在，只能是一種意志能力，現在此處恰是一種頭一號的意志能力，故在從前所考察的情形裏面，即令沒有主觀權利存在，此處卻似乎無可否認的有一個了。德國人所教作的行爲能力 (Verpflichtung) 不是無容疑義的一種主觀權利麼。

在認主觀權利觀念的法學者——我們並可以說幾乎全體法學者——裏面，著者所知道的，

只有董 (Thon) 君與他所引證的溫格爾君 (Unger) 曾明白地說：有效的作爲一項法律行爲的能力，本身上並不形成一種主觀權利。董君曾說：『獲得權利的權利，是不存在的。我們所有的，僅爲法律所設定的獲得能力。法律秩序在一個人的某項行爲上，附著有某一定的結果，由之而賦予這個人一項法律性質的能力 (Können) —— 一種由他的行爲可以實現國家命令實施所依傍的條件的能力。故此地並沒有真正權利存在，所有的，只是法律秩序在一個人天然的 Können 某一定的行使上，附著了一項法律效果而已。』

參見 Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, p. 283.

反之溫德才德、葉林、耶律內克，以及整個德國學派，全認這種有效地作爲一項法律行爲的能力，係一種主觀權利。在第二十五節裏面，我們曾經說過，據溫德才德之意，行爲能力 (pouvoir de Verfügung) (即作爲一項法律行爲的能力) 構成主觀權利的第二類，他並且說我們不能說牠不是一種意志能力。在耶律內克看去，這項法律能力，根本是一種主觀權利，無論我們認牠爲一種 Dürfen (實力) 或一種 Können (能力) 全係如此，因爲 Dürfen 是能够在天然自由願

域內欲願一種法律效果的力量，Können 是可以使國家承認一項法律行爲的效果，及予以制裁的意志能力。

參閱 Jellinek, System der subjektiven Rechte, 1892, p. 44 et suivant.

至於大部分的法國法學者，至少民法學者，假如我們要向他們問：財產所有人出售他的所有物，是否行使他的財產權？某人訂立一項契約，是否行使他的契約自由權？債權人出賣他的債權，是否行使他的債權？公務員作爲一項他職權內的行爲，是否以代理人或器官的資格，行使一項以國家或公共法人爲享有人的權利？他們必定要大爲驚詫，回答我們說：當然無疑問是的。殊不知事實並非如此。事實上此地絲毫主觀權利沒有，縱使我們承認主觀權利觀念附合事實，此地亦不能有主觀權利存在。

由我們在第二十一節至第二十四節裏面的分析看去，我們看見，主觀權利只能了解爲在社會制裁之下的一種支配其他意志的意志能力，一種意志推動社會力量去保障某一定地位及予以制裁的能力，若然，則我們要問：那個有效地作爲一項法律行爲的人，是否在這點上，成爲一項主

觀權利享有人實際不啻等於問：當一項假定有效的法律行為作爲以後，創造新法律地位的，是否作爲行爲人的意志？我們知道，前幾節裏面，對於普通方面的意志行爲，及特殊方面的法律行爲的分析，業已證明意志不能是主體外產生的效果的有效原因。意志乃是一種自然的精力，牠能够引起主體一種軀體動作，但除此以外，牠決不能產生其他任何東西。牠是主體一種軀體動作的產生者，例如表示、移交、或其他實質行爲；然如此而止。至於因此項軀體動作附有想望法律效果產生的意思，於是附著某一定法律效果於其上的，乃客觀法，而非主體的意志。

法國法律學，根據最能代表牠的人的自認，可以說至今仍受法律個人主義思想所統治。他們尊奉意志自主，個人意志實力等謬誤原則爲經典，以與同等謬誤的國家主權原則相對。他們既然以人類意志自主爲出發點，既認客觀法係由這項自主性所演生，易言之即認客觀法的干預，僅係爲認許這項自主性，保障牠，及給予牠的表現一種制裁力，那麼，在他們看去，法律效果，當然係意志的產品。因此，在個人主義思想裏面，有效地作爲一項法律行爲的能力，當然根本應是一項主觀權利。因爲主觀權利，根本在定義上，即是一種創造法律效果及強使法律尊重這項效果的能力故也。

不過這種個人主義思想，著者已經好幾次——特別是在第十九節裏面——證明牠是一項站不住的學說，所以我們不能說意志在法律行為裏面，具有創造的作用。創造作用，只能由客觀法裏面演生出來。這句話可以給予我們許多結果，這些結果，將在本書後面說明之。

當法律行為之後形成的地位，乃是一種幅員由客觀法決定的地位，易言之，即著者前曾教作的客觀地位——關於這種地位，我們在第四十一節內，還要予以專門討論——時，著者前面所提出的答案，顯然是一項不移之理。蓋在這類情形裏面，表示人的意志，在決定地位的幅員上，不具任何功用。法律行為，此地顯然只是一項決定法律對於一個或數個一定的人實施的條件而已。但假如在法律行為之後所產生的法律地位，乃是著者教作的主觀地位，牠的產生，係表意人具有想望牠產生的意思所引起的，對於這種地位，我們亦可以依照前面所說的話，同樣的說麼？我們知道此種地位的幅員，並不是由法律規定的，而是由法律行為規定的，易言之，即規定這種地位的範圍及方式的，全是法律行為，我們不應當遵從溫德（Windt）的話說，我們應當認為一種效果的原因的，就是決定效果的範圍及方式的原素麼？若然，則是意志雖然不是客觀法律地位有效的原因，但

確切是所有主觀法律地位的有效原因了。

這段推理，表面上表現有相當力量，固不容爭議，但著者認為實際仍不見正確。我們不要忘記，所有法律地位的根本要素，乃是法律途徑的運用，易言之，即當這項地位受侵犯時，那項推動社會強制的力量。我們絕不能概想一種個體意志，是可以發動社會強制的。只有客觀法可以如此作為個人意志是無能為力的。依照董若的話說，此地蓋係一種推動法律命令制裁力的問題。法律規範說：假如你出於個人志願，作為一項意志表示，或其他實質行為，同時並懷有思想，想望某一定的法律地位產生，此外假如你再能滿足某些關於行為目的及對象的條件，那麼，便有一項受社會保障的地位產生，同時並有種種法律途徑為牠而設定。這種社會保障，乃一切法律地位的根本要素，我們可以說個人意志能够以牠固有的力量創造牠麼？

固然法律地位的幅員範圍、甚而方式，全係由表意人所規定的，但我們前面已經在第三十三節裏面指明過，真正說起來，這並不是一種意志行為，而是一種知識行為，一種概念，而不是一種意欲。而且對於一項法律地位的幅員，作一種有意識的並回思過的規定，絕不能認為具有創造這項

地位裏面任何原素的作用。主觀地位根性，完全係存在於運用強制的可能上。牠與他種地位不同之點，僅係義務對象，『供給』的範圍及方式，皆係由表意人知識行爲所規定的一端，但規定這些事物，並不得謂爲在法律領域裏面創造了什麼新的東西。法律領域裏面新的原素，只有給予新地位制裁力的法律途徑的設定。所以就在主觀行爲情形之下，我們亦不能說表意人的意志是行爲後面所產生的法律地位的有效原因，表意人的意志，既不是行爲後面法律地位的有效原因，那麼，當他作爲這項行爲時，我們當然亦不能說他在行使一項以他爲享有人的主觀權利了。

著者於此，應當立時再附加一句，即這項理論上的結論，與一般人關於考定新法律適用範圍問題，所給予的答案，非常吻合。這項問題的答案，我們在二十九節裏面業已提到，將來在本書第二卷第二章裏面，還須予以詳細地研究。牠差不多可以說是法學界全體一致的意見。蓋法學界已差不多全體一致認爲，一項新法律，永遠可以積極或消極地改變在牠公佈以前所產生的客觀法律地位的幅員，至於主觀行爲，新法律不能改變表意人所規定的地位地位的幅員與方式，但是却可以改變，甚而可以廢除所有以前給予牠制裁力的法律途徑，牠可以創造種種法律效果的中斷，變易管

轄權，作為種種牠認為必需的變動。我們知道這些原素，全是法律地位的真正構成原素，然而法律無論什麼時候，全可以修改牠們，或廢除牠們，所以然者，因為牠是牠們的唯一創造者故也。

第三十六節 法律行為的對象與目的

所有法律行為裏面，全有一個直接對象，一個間接對象，與一個目的。我們業已看見，行為的法律與道德價值，全係由這兩種原素——一個物質的一個心理的——所決定的。法律行為要想成為法律地位形成的條件，對象與目的，亦必須自身能具備若干條件。規定這些條件的，當然仍是客觀法。意志行為的直接對象，永遠係由主體軀體動作所構成的實質行為，例如移交，及我們最常見的口頭的或書面的表示。當直接對象為移交時，牠並與間接對象，分別得非常清楚。此外我們還可以設想其他類似的物質行為，不過無論何種物質行為，本身上都絕對不能違反法律。我們直接欲願這些物質行為，固然是因為看牠成一種手段，預備由牠達到產生一種法律地位，或造成一種具有某一定供給的債務，但這種直接對象，如不合法，則即令牠後面所造成的債務的對象合法，法律地位亦不產生。故欲使法律地位產生，直接對象與間接對象，全須合法始可。

著者與幾位德國法學者，因欲在一種具體的形式之下，表明上面所說的話的意義，曾設下一項假定——這當然是一項事實上不會有的假定——說，假如有人懷有想望爲自己產生一項賠償損失義務的意思，而作爲一項損害他人的行爲時，這項行爲，不得謂爲合法的法律行爲，因爲損害他人的事實，永遠是不合法的行爲，因之，本身永遠是客觀法所禁止的欲願對象。

當客觀法對於一項法律行爲的完成，要求必須履行一定的形式時，直接對象，乃是那項莊嚴的表示。假如這項莊嚴的表示未經履行，則即令間接對象，即意思對象，十分合法，亦不能有有效的法律行爲存在。反過來說，假如這項表示具有法律所規定的莊嚴形式，但間接對象卻不合法，法律行爲一樣亦是含有瑕疵，因爲他的間接對象不合乎客觀法的規定。當客觀法不要求意志表示具有任何莊嚴形式時，直接對象與間接對象，易言之，即意欲對象與意思對象，常行混合不分。

在法律行爲是一種規則行爲 (acte-régulé) 情形之下，行爲的對象，即所規定的普遍義務的對象。在條件行爲 (acte-condition) 情形之下，行爲對象，仍然是法律所規定的義務的對象，與前不同的，僅爲這種義務，乃係對作爲行爲人與公衆間的關係而言罷了。在主觀行爲情形之下，行爲

對象，乃是表意人作表示時所想望產生的具體特殊義務的對象。故欲解答法律行為是否合法問題，我們應當先考察行為後面的法律地位產生之後所履行的供給（即義務對象）是否合法。假如這項供給違反法律，法律行為的對象亦違反法律，因而，行為本身亦違反法律。故此地意思表示，與法律行為是混而為一的。或至少我們可以只說意思表示，因為意思表示本身是意志的直接對象，牠的職務，專在於將這項同一意志的間接對象，即意思對象，表現於外。

因此之故，所以在近代辭語裏面，意志表示 (*déclaration de volonté*) 一辭，頗有漸漸用去指示法律行為的趨勢。意志表示的對象與目的，幾乎成了一般人的口頭禪。如果我們真能明了清楚，意志表示並不是意志行為，僅是內心意欲的執行，及主體為使法律效果依照客觀法的規定產生所欲願的手段，則上項辭語，亦並不表現什麼不方便的地方。

同然，當一般人說意志表示的目的時，我們亦應當明了清楚，這只是一種接近真理的辭語。我們在第三十節與第三十三節裏面，業已說明過，法律行為的決定目的，乃主體對於將因這項行為後面的法律地位的產生，而具有實現可能性的另一項意志行為，——這項意志行為，可以是未來

的，或過去的，並可以是他自己的，或他人的，——所作的表象。目的完全與對象不同，就是與間接對象亦不同。間接對象乃是一種法律地位的產生，不過尋常對於一個人作為一項支付，或移交，或意志表示時，常說他作為這些行為，係因為要達到他那項想望一種法律地位產生的目的，如此，法律地位，不啻成了意志行為的目的。這種說法，實因為未能對於意志行為充分分析所致。許多談到法典一一三一條及一一三三條時，關於契約原因所犯的錯誤，全係由此而來。例如很多學者說：原因觀念，不關重要，因為原因不是不存在，便是與對象相混，即是由於這項錯誤觀念領導的結果。關於契約原因，著者將於第三十二節裏面，專門研究之。

決定目的，決不是法律行為的直接或間接對象，因為牠僅是一種思想表象，作為行為人的思想，對於可能實現另一項由他或另一人發出的意志，所作的想像，這項想像，決定主體的意欲，因此，假如所表象的另一項將來或過去的意志的對象不合法，由牠的表象所決定的意欲，當然亦不合法。我們決不能夠在法律上欲願一項法律地位產生，以便另一項侵犯法律的行為具有實現的可能。所有由不合法目的所決定的法律行為，本身亦不合法。不過我們切勿說行為價值，專係由目的

單獨決定。一項因對象不合法的行爲，無論決定牠的目的爲何，原則上永遠亦是不合法的。但是一項對象合法的行爲，假如決定牠的目的不合法，本身亦是不合法。目的在近代法律裏面的重要性，每天皆有增大的趨勢。

我借錢賭博，我收受所借的錢，我並具有成爲負還錢義務的債務人的意思。這項法律行爲的直接對象，乃錢的收受；間接對象，乃歸還義務的產生；目的則是我在思想裏面對於收到錢以後便可以賭博所作的表象。我以重利貸錢於人，爲使借錢人得藉以賭博，或使他得因金錢的幫助作爲任何一項非法行動。此地法律行爲的直接對象，乃借錢人所作的金錢移交；間接對象，乃歸還義務的產生；目的則是我對於借錢人因爲能夠作爲一項非法事物將來可以付給我重利所作的表象。

由上面這兩個例看來，所以我們不應當說目的亦是意志的對象，法律行爲的對象。目的乃是另一個意志的對象。這個意志，與構成法律行爲的意志，完全不同，而且可以由另一個主體發出一個公共官吏，爲私人報復，免去一個下級公務員的職，使他不能享受他的薪金及其他附著於公務員資格上的利益。假如我們單看行爲的直接與間接對象，行爲是一項常規的行爲，但就牠的決定

目的而言，則不容爭議是一項不合法行爲，這便是整個現代迂權 (détournement de pouvoir) 原理的基礎。蓋迂權原理，實際不過是目的在法律行爲裏面所負的職務——很久不爲人所察覺的職務——的一項結果，初非法國公法所獨有，所不同者，牠在法國諮詢院的判例裏面，得到有許多構造性的方法，無論任何處都沒有牠們這樣完備這樣有力罷了。

若根據將意志自主放在前層，主張客觀法僅在認許及保護人類意志本身，意志自主可以對抗國家主權的原理，則目的在法律行爲裏面的這項職務，將成爲不可了解的東西。客觀法誠然不能保障一項直接與間接對象全違反法律的法律行爲，因爲客觀法雖然保障意志本身，但意志表現乃是一種物質事實，牠決不能保障一項不合法的物質事實；客觀法決不能認許一項承諾觸犯殺人罪或竊盜罪的行爲，不過人類人格既認爲是自主的，那麼，所有發自牠的欲願行爲，只要執行並不表現於違反法律的物質行爲裏面，無論引起這項欲願的內心表象爲何，均應受法律保護。意志並不是因爲牠所追尋的目的的緣故而受保護，牠是『在本身上』及『爲本身』(en soi et pour soi) 而受保護，因爲牠是一種人類意志。我借錢，或貸錢與人，內心意欲，係藉一項極端合法

的行爲，如若干金錢的給付或收受，表現於外，只要這層辦到，即令我借錢或貸錢予人的目的，係在企圖實現一件不合法的事物，亦沒有多大關係，行爲仍須受法律認許及保護。一個公共官吏，作爲一項對象在他職權內的行爲，不管決定他的動機如何，行爲永遠有效，沒有任何法律途徑，可以用去對抗他。故迂權原理，在傳統派法學者看去，乃是一種極奇突的東西；就是最高法院，對於牠，亦只具有一種極模糊的觀念。

總之，無論如何，能力，直接與間接對象，決定目的，乃是法律行爲的三項要素。著者覺得對於牠們三個如何互相配合，業已略有說明。假如因爲某種原因，三者中的一個，致與客觀法相衝突時，法律行爲便染有瑕疵。這項瑕疵的本性如何？及牠將有什麼結果？我們可否說這項瑕疵，將對於某些人，產生一種主觀權利？凡此種種，皆是現代法律裏面最感困難的問題，很不容易找到一個普遍的解答原則，雖然如此，著者將要嘗試著去找一找，但在未著手去找以前，我們須要先考定一下跟隨法律行爲後面產生的法律地位的性質，尤其是裁判行爲的性質，因之，行爲無效問題，遂不得不延至本書第二卷裏面去研究。

第三十七節 單方的法律行爲與多方的法律行爲

著者直至現在所分析的，全是法律行爲的本身，著者假定法律行爲各項不同時階的完成，全在一個單獨的主體身上，拿通行的辭語來講，即著者所觀察的法律行爲，乃單方的法律行爲。事實上常常遇見具有這種簡單性質的法律行爲存在，但同時亦常有表現一種非常複雜性質的法律行爲存在。這種法律行爲，乃是兩個或數個意志參加合作的產品，牠是多方的。法律行爲。什麼時候法律行爲是單方的？什麼時候是多方的？在什麼情形之下，要想一種法律地位產生，只要有一種單方的行爲即足，及在什麼情形之下，必須要有一種多方的行爲方可？這些問題，我們全不能在此地討論，牠們全依靠在一個社會裏面的客觀法的情狀上。我們從前業已說過，法律行爲之後，在法律領域裏面所引起的變動，真正說起來，並不是以意志行爲爲牠的有效原因。法律行爲，實際上僅是一種使法律效果依照客觀法產生的條件。所以決定在什麼情形之下，法律效果的產生條件，應是一項單方行爲，及在什麼情形之下，應是一項多方行爲，亦只有客觀法可以擔負這項任務。但客觀法關於上項情形的決定，是因各個社會及社會裏面法律演進所達到的各個階段而不同的。故我

們不能在原則上說法律行爲應是單方的，或多方的。關於這點，並沒有原則存在，而且亦不能有原則存在。依照隸屬於大演進律下的客觀法內容的不同，法律地位有時出現於單方的行爲之後，有時又出現於多方的行爲之後。

然而在久居統治思想地位的個人主義思想裏面，羣認爲只有多方行爲，可以使法律地位產生。尙不止此，他們所說的多方行爲，且實際只是多方行爲中的一項特殊類別——契約。契約的構成要素，具有很顯明的特性，我們稍後即可以看見，絕不能包括一般多方行爲。個人主義者，認爲只有這種特殊的多方行爲，契約，可以使法律地位產生。他們差不多尊奉這種說法爲一種經典。專就他們本身看去，這種說法，實與他們個人主義的根本原則，非常諧合。蓋個人主義主張人類的自主性，易言之，即主張人類出世以來，即具有一種享有種種權利的人格。他是以他本身自由意志作基礎及界限的一種法律活動範圍的主體。因之，這種法律活動範圍，除非由一項自由意志行爲，不能予以改變。牠除非由這種意志行爲，不能作積極的或消極的變動。另一方面，個人主義復認爲法律地位，只是兩個意志主體間的關係，一個是主觀義務的負擔者，一個是主觀權利的享有者。一項法

律效果的產生，永遠必在兩個自主意志主體的法律活動範圍裏面招起一種變動，一個裏面是正的變動，另一個裏面是負的變動。在這種前題之下，如果要想一種法律地位能夠產生，當然必須在兩個主體之間，有一種意志合作，易言之，即必須有一種多方行爲，一種契約了。

個人主義還說，除非有國家主權的決議參預其間，不能更有其他產生法律地位的途徑。國家根性上享有一種主權權力，可以由牠的單方意志行爲，改變人民的法律活動範圍及牠自己的活動範圍。各種公共力量行爲，全是單方的。牠們雖然是單方的，然而產生法律效果。所以然者，因為牠們是公共權力行爲。而且只因爲如此。國家由牠的主權權力，當某幾種條件俱備之後，還可以在一個特定人身上，創造特殊的義務，並可以爲另些人的利益，產生主觀權利。不過這項權力，絕對屬於國家。在公共力量行爲及由法律明文所創造的法律地位等情形之外，仍只有多方行爲——契約——可以使法律領域裏面產生變動。

這項概念，至今在法國整個民法學說裏面，仍居統治地位，而尤以在普拉紐爾 (Planiol) 的名著民法論 (Traité de droit civil) 裏面更獲有一種特別清顯的表現。茲將他關於這點的全

段話引述於下。普拉紐爾說：『真正說起來，所有義務全發源於兩個源淵：契約與法律。在契約裏面，當事人的意志，造成義務，牠是義務的創造力量，同時並是義務幅員與對象的決定者。立法者在此地的干預，僅在給予當事人一項訴權，以便保障他們的作品，及由『禁止』與『無效』等方法，在他們自由上，設定若干限制，藉以監督他們而已。契約以外義務的產生，只能以國家法律爲原因。此處債務者的義務，並非由債務者欲願而來的，他連在這方面着想都沒有。而且縱令他曾欲願這項義務，他的意志亦不能拘束他，因爲依據我們的假定，他是孤立的，不與債權者的意志相對應故也。』所以此地義務，如果存在，完全是因爲立法者欲願如此的緣故。』

見 Planiol, *Traité de droit civil*, II, n. 807.

這種學說，乃現代民法上據有統治地位的學說，殆無容爭議，不過在判例與學說裏面，漸表現有若干試探的傾向，企圖在有些情形之下，或甚而在法律沒有規定的情形之下，承認義務可以由債務者意志的單方行爲造成。例如關於『爲他人要約』(stipulation pour autrui) 事件的判例，好像認許在第三人，即要約係爲他的利益而作爲者，於接受要約之前，甚而在他知道要約之

前，便有一項債權存在。又如若干種歸入無因管理（*gestion d'affaire*）裏面的事件，亦是這一類的例。凡此我們除非說牠們是上項企圖的表現而外，很難作其他解釋。

· 普拉紐爾關於此點的發揮，見 *Traité de droit civil*, II, ——關於學說方面，參閱：Werns, *De la volonté unilatérale*, 1891; Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Vienne, 1874; Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, thèse Bordeaux, 1912; Id., *La notion de quasi-contrat*, *Revue critique*, 1915, p. 272; Maury, *Essai sur le rôle de la notion de l'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920; Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit* 1926, p. 35, note 1, ——關於贊同契約，參閱：G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1825, p. 57 et suiv.; Dereux, *Les contrats d'adhésion*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503.

我們殊不願討論這項問題，因為討論起來，恐怕走的太遠。不過我們覺得現代私法裏面，有若干直至現在認為契約的行爲，實際上只是單方行爲，因之，對於牠們，我們絕不應當適用關於一般契約的公有法律。例如我們教作贊同契約（*contrat d'adhésion*）的行爲，即是這類行爲裏面的一種。贊同契約，實際上只是一種單方行爲，牠是一個人藉以自願地隸屬於一種已存的客觀法之

下的行爲，我們加於契約一詞前面的那個『贊同』形容詞，已足以證明牠不是一種真正契約，及在牠上面適用一般契約原理，是錯誤的。

另外還有一句格言，亦是被一般法國學者很久奉爲經典的。他們說每逢有數個意志表示一致時，便有一項契約行爲存在。他們還說在公法領域裏面，單方行爲，所以能產生法律效果者，是因爲牠發自一個享有公共力量的法人的緣故。但當公共力量不表現於前層時，那麼，就是在公法領域裏面，亦只有契約，可以產生法律效果，而且在公法領域裏面，與在私法領域裏面相同，亦是每逢有數個意志一致時，便有一種契約行爲存在。

但迄今二十五五年左右，思想及事實上，忽發生了兩項平行的演進。蓋思想事實，互爲影響，向來如此。一般人不禁自問：公共力量，在法律上的價值，究竟是什麼？我們知道這種公共力量觀念的存在，因受羅馬時代思想的影響，自從許多世紀以來，全認爲是一種不可缺少及不可動搖的定則，但現在發爲是問以後，不禁感覺到這項觀念，與從前我們認爲如此的其他觀念一樣，全不是我們所想像的東西。我們要想明瞭發自統治者及他的官吏的單方行爲如何能夠使法律效果產生，並不

需要承認這項公共力量定理。這些單方行爲，所以能產生法律效果的，是因爲牠們對象及目的皆與社會羣裏面的客觀法相適合的緣故。我們初不必設下一種最高命令權（Imperium）的假定，然後牠們所從出的創造力量，方能得到一個圓滿的解釋，在公法領域裏面，法律效果，既能在適合客觀法的單方行爲之後產生，依理類推，在私法領域裏面，又何爲而不然？於是一般人復向私法方面去尋求，是否在普通人相互關係裏面，亦有許多直至現在認爲契約的行爲，實際上只是單方行爲，因之，對於牠們，亦不應適用關於契約的普通規定。

另一方面，在國內或國際公法裏面，皆曾發現了許多情形，在這些情形裏面，全有意志一致的現象，然而我們却感覺得很清楚，牠們都不是契約。例如在有些國家裏面，法律的產生，係根據於兩院或國會與國家元首的意志一致，但我們絕不能說這種法律，乃兩院或國會與國家元首間所訂契約的結果。同然，我們亦不能說一個委員制的機關採取決議時，委員意志的一致，是一種契約。最後還有些行爲，或者可以說是協約行爲，例如公務的特許經營，官吏的任命等，但如果我們能審慎的將牠們考察一下，立時可以看見我們若要依照經典的及傳統的標準式樣，認牠們是契約，亦是

大大走錯了路。

由上面所作的觀察，特殊是在公法領域裏面所作的觀察的結果，於是一般法學家，自然而然走向私法裏面去。檢察是否在這裏面，亦有些雖有意志一致的現象，然而卻不能說牠們是傳統意義的契約的情形存在。他們因事實所迫，不能承認這種情形是有的。但是因為傳統習慣，在他們思想裏面，根深蒂固，他們在某一個時期之內，至少在法國，仍不知道擺脫這種契約觀念。他們對於所有發現有意志一致現象的情形，仍堅欲維持這個詞語，遇有困難不通的地方，僅在契約一字頭上，附加種種形容詞，而不知道牠們本身的矛盾，他們至今仍說贊同契約，集合契約等名詞，這些名詞，皆含有一種內部的矛盾，我們稍後可以見之。

無論傳統派法學者如何反對，但事實與思想，仍繼續前進不已。現在似已不能不承認在私法領域裏面，與在公法領域裏面相同，全有很多情形存在，在牠們裏面，雖然有意志一致的現象，但是我們卻不應該，亦不能夠說牠們是契約了。不過專得到這樣一種消極結果，尚不算夠，應當還建立一種積極的答案纔行。這項事情，大不容易，困難最大的來源，係因為一般人總想將所有有意志一

致而不是契約的情形，全數歸屬於一種公共範疇裏面的緣故。

假如我們作爲一種較爲深進的分析時，我們可以看見，有些情形裏面的意志一致，雖然真正說起來並不是一種單方行爲，但卻是許多單方意志表示的總和。這類情形，我們應當將牠們區別清楚，不要與其他情形相混。僅對於牠們，我們可以用集合行爲（acte collectif）一辭來表示。集合行爲，在德文教作 *Gesamttakt*，指示一種許多單方行爲的總和，非常恰當。

此外還有些情形，在牠們裏面，真正有幾個意志相合的現象，真有一種多方行爲，或我們願意說的話，一種協約存在，然而我們仍不能說牠們是契約。於是此處又有一種特殊性質的法律行爲出現，牠既不是契約，亦不是單方行爲，耶律內克及許多德國法學家，教牠作 *Vereinbarung*。法文的譯文是 *union*（聯合）。聯合雖然是一種字面的翻譯，然已無其他較好名詞，著者提議暫接受之。

由上看來，多方行爲共有三種不同的類別：契約、聯合及集合行爲，契約性質十分確定，與集合行爲及聯合，皆截然有別，聯合是一種協約，但卻不是一種契約。集合行爲不是一種協約，而是一種

許多相合的單方意志表示的總和。

自從二十五年以來，這項問題曾在德國及意大利引起很多著述，但在法國，研究者卻很少。

就著者所知，在德國學者之中，首先指出認股份公司或社團的組織行為爲契約，乃一項自踵迄頂的錯誤的，當是季治鐸（Gierke）他說：『（社團或股份公司的）設立行為，並不是一種契約，而是一種單方的集合行為。這種行為，在個人法裏面，尙找不到相類似的東西。公司契約（或社會契約）觀念，對於公司的設立，猶之對於國家或教會的組織一樣，全是一項不正確的觀念，不但不能作公法裏面組合團體的基礎，亦不能作私法裏面組合團體的基礎。』

見 Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, 1887 p. 133 與小註（c）。

耶律內克亦曾指明過，在公法裏面，有許多行為裏面，皆有意志一致存在，然而卻都不是契約。在他看去，所有這些行為，全是多方行為，但同時卻具有一項永遠不變的固有特殊性格，使牠們同時與單方行為及契約皆有區別。耶律內克的錯誤，在他不知道這種雖具有意志一致而不是契約的行為有兩種：即聯合與集合行為是。在他看去，所有這類行為，全是一種聯合。他說：『聯合乃是在

由數個個體意志行爲，產生一種單一的及法律上有根據的意志表示。至於那些個體意志，或是自主人的意志，或是發自集合體的器官，全都可以。反之，契約乃是數個人中間爲執行及收受給付而形成的同意。聯合乃是達到一項公共目的的意志聯合，契約則是爲滿足相反利益，或至少不調合的利益意志聯合。』

見 Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, p. 193 et 194.

特里帕爾 (Triepel) 在一八九九年，亦曾發揮並精細鑒定過契約與聯合間的區別。他對於契約的特殊要素，曾作有一項極正確的分析。著者在下面一節裏面討論契約時，便是根據他的意見，可惜他亦與耶津內克一樣，不知道區別契約以外的意志一致的各種不同假定，他將牠們全部歸屬於聯合裏面，他並看聯合乃所有實證國際法的基礎。

見 Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899.

關於德國學者在這一點上的著述，我們在格萊茲曼 (Gleitsmann)的論文 *Vereinbarung und Gesamttakt* 裏面，可以找到一個很完備的參考書目。

這項問題，在意大利，研究者很多，最著者，例如：Borsari, *Fatto amministrativo complesso*, Studi senesi,

XX, 1902; Donato-Donati; *Atto compenso*, *Archivio juridico*, XII, 1903; Brondi, *Atto compenso nel diritto publico* 載紀念奚泊爾(Schiepper)的 *Studi juridici*.

在法國這項問題，研究者尙少，不過可以參閱的，亦有幾部書，如：Bézin, *Exposé des doctrines allemandes et italiennes sur l'acte complexe*, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289 et s.; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 159 et s.; Deroux, *Etude sur les diverses conceptions actuelles du contrat*, *Revue critique*, 1901, p. 513, et 1902, p. 105; *Réglade De la nature juridique de l'acte d'association*, thèse Bordeaux, 1920,

霍理歐關於這項問題，曾建立了整個一部原理，茲將其要點陳述如下：他首先很清楚的指出，有許多情形裏面，均有意志一致的現象，然而卻都不能說是一種契約。他用爲他原理出發點的，即在近代代議制國家裏面法律產生的方式。在這些國家裏面，法律產生係由於國家元首與兩院意志一致的結果，然而我們卻不能說在國家元首與兩院之間，有一項契約存在。據霍理歐之意，在這些情形，及在與此相類的情形之下，事實經過殆係如此：即最先有一種簡單的法律行爲，這種法律行爲的標準式樣，即具有執行力的決定。這項行爲，一經執行或開始執行之後，便離開牠的主體，

而成爲一種法律事實。第二項意志行爲，乃是一項贊同這項法律事實的行爲，其後若更有第三第四意志行爲，皆依此類推。霍理歐說：『我們賴有這種行爲內容與行爲執行狀的分解，及成爲一項程序的執行形式的彈性，於是得由一類法律行爲，走到另一類法律行爲上去。第一類行爲，乃一種簡單的行爲，牠的標準式樣，即是可執行的決定（*décision exécutoire*）。在這種行爲裏面，所有一切東西，皆屬於意志的實力。行爲的統一性，係由內部意志創造力本身的統一性而得來的。我們由這種簡單行爲，領導至一種複雜行爲上，或轉換一句話說，領導至一種法律的動作（*l'opération juridique*）上。這項動作裏面，含有一項法律結果，次第傳遞於當事人的手中，而執行形式的統一性，則係由純粹外部的一種社會禮節或程序而實現的。』

每逢有意志一致而不是契約時，據霍理歐之意，其實在經過，皆係如此。這都是些程序作用所構成的複雜法律行爲。霍理歐解釋這些行爲與契約的區別如下：他說：『在這些行爲裏面，有同意的現象，因爲這些次第相承的行爲，都是些決定。但是卻沒有同意的主觀化合，因爲每個決定，與以前各項決定遇合，表示贊同牠們時，這些決定，已經不是在行爲的狀態裏面，而是在一種事實的狀

態裏面。牠們所含有的，不是一種化合的意志，而僅是一種充實的意志，因為牠們業已實現過了。故此處並不是對於一項同一主觀行爲的意志一致，而是新同意因加入一種同一程序，對於舊同意的合體，而這種程序，則是一項客觀的法律行爲。』

見 Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., 1916, p. 136 et s., 143, 146.

霍理歐的文章，極類似柏格森的文章，常喜用許多幽晦及想像的辭語。假如我們能將他這些辭語置之一旁，他的學說可以撮要如下：即契約是一種單一的法律行爲，因為牠是兩個意志調和並列，及化合而成之單一法律計畫。反之，有時法律效果的產生，係由於許多連續的意志表示，而每個表示，全是牠後面跟着的那個表示的有效條件；因此地法律效果乃是許多連續而不相調和的單方意志表示的總和的產品。

霍理歐的主張，實具有充分理由。不過著者覺得尚有幾點待討論的地方。第一，他對於契約的分析，顯然極不充分。著者將於下節試行指出契約的構成要素實際是什麼，根本使牠成爲一種主觀行爲的是什麼，以及如何每個參加契約的意志，各具有不同的對象及不同的目的。第二，霍理歐

所根據的出發點，著者覺得亦是一個錯誤的出發點。他的全部原理，建設在創造的意志，或 *Willensmacht* 定理上，主張法律行為主體的意志，是法律效果的有效原因。他曾經好幾次說到『意志的實力』及『創造的意志』等等（第一四三頁）。殊不知表現於法律行為裏面的人類意志，並不具創造力量，並不是行為後面法律效果的有效原因（參閱本書第三十四與第三十五節）。最後霍理歐還好像忽略了著者教作聯合，德國學者教作 *Vereinbarung* 的法律行為，易言之，即那些裏面含有意志調合，拿霍理歐的話來講，即含有意志的化合，然而仍不是真正契約的行為。著者希望這種行為與契約的區別能夠在下節裏面很精確地表現出來。

第三十八節 契約

確切地考定契約究竟是什麼，著者覺得乃是全部問題的首要點。法律裏面許多困難，皆產生於用字的不當，一詞一次採用之後，我們即應當永遠用同詞表示同一東西，用不同詞表示不同的東西，因之，我們對於契約，亦應當用牠去指示某一特殊種類的多方行為，而且永遠應指示這類行為。我們應當考定這一類多方行為的性格是什麼，除非見這些性格俱備時，我們不用契約一詞去

指示牠們。關於這層，雖然爭論很多，然而卻不是一件很難的事。我們不要忘記契約乃是羅馬法的產品，後來方傳到現代民法裏面，牠的性質，正對照一種極端主觀主義及個人主義的法律體系。

羅馬法的契約概念，整個實質化在要約 (stipulation) 形式裏面。這種要約形式，可以說是一種模子，所有契約全可以裝在裏面。蓋尤斯 (Gaius) 與保羅 (Paul) 關於要約的文字，大家都是知道的。蓋尤斯說：『用對話訂立的債務關係，係由我們向另一人要約，使之給予我們或爲我們作爲若干事物的一句問話，及一句回答所構成……這種債務關係的成立，係由於下面兩句話，即：你允許給予麼？我允許。』 (Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari ferive nobis stipulamur... Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione velut: dari spondes? spondeo.) (L. 1. § 7, Digeste, De obligationibus et actionibus XLIV 7, Institutes. II §51) 保羅說『產自對話的債務關係，當下面之條件，在當事人之間實現時，即當我問你：你允許麼？你回答說：我允許時，這種債務關係，便完成了，自此而後，債務關係便產生了。』 (Verborum obligatio constat, si intercontrahentes id agatur:

si ego tibi dixerero, spondes? et tu responderis, spondeo, nascitur obligatio) (L. 3, § 2, Digeste, De obligationibus et actionibus, XLIV, 7.)

在這兩段話裏面，我們可以看見有兩個表現於外部的意志，若依現代的辭語來說，即有兩個意志表示，接觸一處。兩個人在意識覺察之下，意志相合，並發生關係：一人表示要約，易言之，即表示願成爲另一人的債權人；另一人表示承諾，易言之，即表示願成爲要約人的債務人。前者所以欲願成爲後者的債權人者，因爲他揣想後者想要成爲他的債務人。後者所以欲願成爲債務人者，亦是因爲他知道前者想成爲他的債權人。兩個意志彼此相合，可是牠們所具有的對象，及受決定的目的，卻全不相同。因此，在他兩個之間，遂形成了一種非常確定的法律關係，他兩個所居的地位，及所有的利益，全係相反的性質，一個負有對於另一個履行一項給付的義務，另一個則享有要求履行這項給付的能力。

凡法律行爲，必須能夠放入這個要約模子裏面去的，我們方能稱牠是契約。這句話的意義係說，凡法律行爲，無論我們假定牠的條款如何複雜，必須能夠走入這個一項或數項要約的範疇裏

面去，簡言之，即必須有兩個人欲願一種債權人與債務人的關係時，方算是契約。不具這些條件的，都是契約以外的東西，牠們或者可以是一種協約，然而卻不是契約。

這種羅馬時代的契約概念，因中世紀與十六世紀的羅馬法學者，及十七世紀與十八世紀的法國大法學家，尤其是波基耶（Pothier）的中介，而傳授於現代法律。所有歐洲及美洲各國的法典裏面，全可以找到牠的踪跡。

波基耶界說契約爲當事雙方相互間或單獨一方對於另一方允諾給予若干東西的協約。

Pothier, *Traité des obligations*, art. 1^{er}, §1 édit, Dupin, I. p. 4.

拿破崙法典裏面的定義，與前項定義相差不多，牠說：『契約乃是一個或數個人，對於一個或數個人，負義務給予，或作爲暨不作爲若干事物的協約。』（見第一一零一條。）德國民法典並沒有正式作過契約定義，但我們從許多不同的條文中，可以看得很清楚，牠亦是保存着那項羅馬法傳統契約觀念，沒有絲毫更動。牠可以使我們注意的：第一，牠僅在談到債務的設定，消滅或讓與時，方引用契約（Vertrag）一詞，當談到物權的設定或讓與時，牠用物權契約（Erlingung）一詞，而

不用契約；第二，牠在第一五一條裏面說：『契約以提議的接受爲完成。』稍後，牠在三零五條中復說：『在當事人中間，用法律行爲設定一項債務關係，及改變其內容時，須以契約行之。』由此看來，足見德國民法，亦認爲必須有一項爲產生債務關係的提議存在，且已爲對方接受，易言之，即必須在提議人與接受人之間，發生了一種債權人與債權人的關係時，方有契約存在。

同一概念，尙製定在新大陸的各種法典裏面。著者僅舉三部法典，以概其餘。阿根廷共和國民法典，係於一八六八年至一八七零年，由阿根廷著名法學家，維勒沙士菲爾德（Dalmatio Velez-Sasfield）草訂的，對於傳統契約概念，亦作有一項極明顯的陳述，這項陳述係載在題爲『由契約產生的債務』的題目之下，足見該法典亦認爲契約的目的，在於當事者之間，產生一項債務，該法典復謂：假如僅單獨一方對於另一方負有義務，契約是單方的；假如有相互的義務存在，則契約是雙方的。合意由當事者一方的提議，與另一方的接受而成立。（見阿根廷民法典第一一七一第一一七二與第一一七八諸條。）

路易西亞納洲的民法典，關於契約的定義，係完全逐字照抄拿破崙法典的（第一七六一條）。

喬治亞州 (Georgie) 民法典的契約定義，亦差不多一樣。牠說：『契約乃是兩個或兩個以上的當事人爲作爲或不作爲若干特定事物的同意。』(A contract is agreement two or more parties for the doing or not doing of some specified thing) (第二七一四條。)

上述各法典裏面的契約觀念，同時亦即是所有各國民法學者給予我們的契約觀念。我們殊不必將這些羣趨於一點的定義，一一引述一遍，我們僅將永遠可以稱得起經典著作的奧卜黎與赫羅 (Aubry et Rau) 二君的民法論裏面的一段話，鈔錄於下，以見一斑。奧卜黎與赫羅說：『協約乃兩個或數個人對於一項法律利益的合意；以造成債務爲對象的協約，特殊稱爲契約。協約是類，契約是別。』

Er Aubry et Rau, Cours de droit civil français 4e édit., IV, p. 283.

簡約言之，契約乃是一種性格非常確定的法律行爲，牠係由兩項含有預先合意的意志表示構成，每個意志表示皆具有一個不同的對象，每個意志表示並皆具有一種不同的目的，因爲每個意志表示全係由另一個意志表示所決定的。就全體看，行爲的對象，係一種聯合兩個具有債權者

與債務者關係的人或聯合兩羣具有如此關係的人的地位的產生。在由契約所產生的地位裏面，永遠有兩人或兩羣人，但同時亦永遠只有兩個人或兩羣人。當有兩羣人的時候，所有同一羣裏面的人，對於另一羣裏面的人，皆處於同一地位之中，每個人或每羣人，對於另一個人或另一羣人，皆處在不同地位之中，並具有不同的利益。一方是債權人，另一方是債務人；一方欲願成爲債權人，而另一方則欲願成爲債務人。

總之，契約可以說是兩個人中間的一種合意，牠的對象，在爲一個人的利益，在另一個人身上，產生一項債務，前者成爲債權人，而後者則成爲債務人。

故契約觀念，與債務或義務觀念，密切地混在一處。固然債務還可以由契約以外的原因產生，固然契約是原因，債務是效果，但不以產生債務爲對象的行爲，不是契約，亦是無可爭議的事。拿破崙法典及許多學者，所以將有關於契約及債務的條款，全集合於同一題目：『契約與債務』之下。原因亦卽在此。這當然是一項不妥當的方法，然牠有牠歷史的原因，並足以顯示契約觀念與債務觀念二者間不可分解的密切關係。

這一層既行成立，我們便可以看見，我們還可以有許多不是契約的意志一致。當遇有數個意志表示，具有同一對象及目的，而不是具有不同對象，及彼此互爲目的時，行爲便不是契約。或雖然有一項協約存在，但協約的對象，却不在產生一種具有債權人與債務人關係的地位，行爲亦不是契約。

這些意志一致的行爲，既不是契約，是什麼東西呢？著者將來將試行說明之。其實這一點殊不關重要，最根本的，是在我們要認定牠們不是契約。假如我們一定要維持契約觀念，將關於契約的規則，適用於牠們，我們便走錯了路，結果將領導至極嚴重的誤會上去。

契約裏面的對象與目的——關於考定契約裏面對象與目的一層，曾引起極長久極熱烈的爭論，爲此而寫的著作，不知多少，但一團黑雲，不但未曾減輕，反而益增濃厚。據著者之意，所以然的原因，蓋由於一般人不知道在契約裏面，每個當事人皆作有兩種完全不同的意志行爲，而這兩種行爲，復各有各的對象，各有各的目的。每個當事人，一方想訂立一種契約，另一方復想在契約之中，負一種相當職務。所以我們要明白契約，應當先考定第一項意志行爲，即訂立契約的意志行爲的

對象與目的，其次再考定每一個當事人。關於他想要在契約中擔負的職務所發出的意志行爲的對象與目的。因爲一般人不會作有這項區別，於是在所謂契約原因上，產生了許多爭論。這種契約原因，他們有時候又教作債務原因，拿破崙法典更教牠作『債務裏面的合法原因』(cause licite dans l'obligation)，實際一點意義亦無有。原因一辭，同時含有有效或生產原因，及最後原因或目的二義，最易引起混淆，困難發生，多由於此。蓋假如他們當初能知道避免此詞不用，他們勢須以目的一詞代之，如此，或會知道向前述的方向探求，亦未可知。

依邏輯的要求，我們雖然似乎應先研究契約的對象與目的，然後再研究關於每個當事人想在契約裏面擔負的職務的意志行爲的對象與目的，但著者却擬取其適相反的程序，先從後項意志行爲的對象與目的論起。著者說每個當事人，因爲前面已經說明過，在契約裏面，有截然不同的兩項意志行爲存在，每項意志行爲，發自一個當事人，而且各有各的對象與目的。著者並曾說過，在這兩項意志行爲的對象與目的之間，發生有一種特殊關係。這兩種意志行爲，與牠們中間的關係，我們只須考察一下單務契約與雙務契約的兩種標準式樣——借貸與買賣，便可以見之。

在借貸裏面，我們應當次第考察貸與人的職務，與借用人的職務。貸與人所欲願的，係交付借用物，成爲債權人，以便由之使借用人欲願成爲債務人。交付物件，是他欲願的直接對象；成爲債權人，是間接對象；『以便由之使借用人欲願成爲債務人』是貸與人欲願在契約裏面擔負貸與入職務的意志的決定目的。此就貸與人方面而言如此，至於在借用人方面，他所欲願的，則是將他願負還返義務的意思，表白出來，以便貸與人交付他借用物。情願負還返義務的表示，是牠的欲願的直接對象；還返義務，是間接對象；收受所借的物件，是他欲願在契約裏面負借用人職務的意志的決定目的。

由此看來，我們可以依從經典民法學家的學說說借貸契約裏面的原因乃是借用物的交付。不過如此說去，我們應當將原因的意義看成決定目的，而同時尙須記着，交付借用物專是借用人願負返還義務的意志的決定目的，而不是貸與人願成爲債權人的意志的決定目的，而尤其是願意訂立契約的意志的決定目的。經典派學說的錯誤，在牠在借貸契約裏面，專只注意借用人的義務。例如民法典（第一一零八條與一一三一條）即僅說到債務原因與債務裏面的原因而止，意

思好像是說：僅只債務產生有原因。他們忘記假如原因即是目的的話——而且牠亦不能是別的東西——所有一切意志行爲皆必然地須具有一項決定目的，無論是企圖產生一項債務的意志行爲，或企圖產生一項債權的意志行爲，皆不能是例外。此外經典派學說還忽略了以訂立契約爲對象的意志行爲，例如這項實例中的訂立借貸契約的意志行爲。這項意志行爲，完全與關係每個當事人在契約中應負的職務的意志行爲不同，忽略了這項意志行爲，在實際情形的分析上，亦殊不得謂爲完全。

現在我們再取雙務契約，買賣，分析一下，我們亦可以看見同一區別。我欲願訂立一種買賣契約，這是第一項意志行爲，第二項意志行爲，係在這項買賣裏面，我欲願充當出賣人，易言之，卽我欲願表示我願當出賣人，同時並想望由此表示，成爲交付物件的債務人，以便使買受人對於我成爲交付價金的債務人。願當出賣人的意志表示，是這項意志行爲的直接對象；想望成爲交付物件的債務人的意思，是間接對象；『以便使買受人對於我成爲交付價金的債務人』是出賣人意志行爲的決定目的。假如我們從買受人方面去看，情形亦是一樣。直接對象，是願當買受人的表示；間接

對象，是想望成爲交付價金債務人的意思；決定目的，是想使出賣人成爲交付物件債務人的思想。經典派學說說：在雙務契約裏面，當事人一方的債務對象，即是另一方的債務原因，就此處觀之，亦確係真理，惟他們的錯誤，仍與從前一樣，即不該維持『原因』一詞，而置『目的』一詞不用，殊不知惟獨目的一詞，可以免去種種混淆。此處他們到懂得考定每個當事人意志行爲的目的，因爲每個人全負有義務，惟他們對於訂立這項契約的意志行爲的目的，則仍與前面對於單務契約一樣，不知道亦應在尋求之列。

反之，判例到會明瞭這項區別，或更確一點說，判例曾作了這項區別。牠作爲這項區別，或者出於不自覺察，亦未可知。不過我們須知，判例並未負有從事法律分析的責任，故覺察與否，殊無關輕重。判例因受實用及公正等理由所壓迫，曾經許多次因契約當事人的決定目的違反法律，宣佈契約無效。牠所援引以爲牠決議根據的，係民法典第一一零八條與第一二三一條，宣佈在非法原因上成立的債務爲無效等條文。於是大部分民法學者，聞之大譁，說民法典所指的，僅係債務的原因，而不是契約的決定目的，判例援據的條文，並不能適用於這些事件。他們這種說法，假如僅站在純

粹註釋派的觀點上去看，確係很有理由，不過判例亦很有理由，因為牠受實用的需要所驅使，不能不採用這些，甚合於法律行為理論分析的解決辦法。當契約當事人之一，欲願這項契約，係受一種非法目的所決定時，這項契約當然具有瑕疵，蓋目的在評定任何意志行為的道德或社會價值上。皆佔有極重要位置。契約行為，自亦不能逃出例外。有些學說，根據不知什麼與此毫無關係的歷史前例，或根據拿破崙法典條文的狹義解釋，主張說決定當事人訂立契約的動機，不在法律管理之內。這種學說，我們絕對不能接受。每個欲訂立一項契約的當事人，皆受一項目所決定，這項目的，實係他意志行為裏面的一個要素，蓋對象與目的，乃一切意志行為的兩個根本要素，我們對於任何一個，皆不能忽略過去，否則所得到的答案，不但傷害社會利益，而且亦戕損正義情感。故我們認為判例的作法是對的，不過我們希望牠從此放棄『原因』這個不幸的名詞，而專用目的一詞。

再者，一般民法學家，還不知道區別著者在第三十節及第三十二節裏面教作的衝動動機與決定目的。衝動動機僅提示欲願思想；決定目的則是意志決議的決定者。衝動動機，當然在契約價值上，不具任何作用；但決定目的，易言之，即契約當事人對於他欲願契約之後，便可以使另一項在

他自己身上或在另一人身上的欲願，具有實現的可能的表象，卻大非其比。衝動動機，對於行爲，殊不重要；決定契約訂立的目的，卻具有極大重要性。

各級法院，似乎皆極能了解這層。因契約當事人之一，受非法目的所決定，而宣告契約無效的判例，所籠罩的範圍，非常廣，而尤以關於各種無償行爲 (*actes à titre gratuit*) 爲甚。在遇有這些行爲時，牠們知道用極靈巧與極美妙的解釋，排開由民法典第九零零條所能產生的種種困難。

所有這項判例下的裁定，此地勢不能盡數陳述，著者僅擇舉其最明顯的數項於下：最初是一八九五年四月一日請求庭的判決，其節略如下：「當一項金錢借貸，在當事人雙方公同志願之下，以購得一所妓院 (*maison de tolérance*) 爲原因，借用人所訂的債務爲無效。(見一八九六年西勒彙纂第一部第二八九頁。) 判牘註釋者，阿白爾特君對於這項判決，非常驚異，並毅然宣佈最高法院錯誤。(同上書註釋一第二八九頁。) 殊不知最高法院所作的，正是在賦予決定目的在現代法律概念裏而應具有的價值。自一八九五年以後，最高法院復曾數次肯定牠這種判例。無論對於有償契約，或無償契約，皆永遠如此。例如牠在一九零五年七月十七日判決說參加一項不道德與不合法的協約 (此處指一所妓院 (*maison de tolérance*)) 的當事人，雖然爲實行這項合同，票據業已副署，並業已交易，不得向法院請求約定價金的支付，亦

不得請求已行支付之物的歸還。(見一九零九年西勒彙纂第一部第一八八頁。)較閱一九零三年一月帝國法院(德國)所採取的一項同一主張的判決。按帝國法院判決說：「該項含有爲開設及經營一所妓院(maison de tolérance)而成立的金錢借貸及用品供給的買賣契約，因具有一項非法目的，應認爲無效。」(見一九零五年西勒彙纂第四部第一五頁。)最高法院復曾判決因欲賭博爲自己或爲他人求得金錢而成立的借貸契約無效，因爲這種契約的目的根據民法典第一九六五條不合法。例如：根據一八九二年七月四日的判決書，有人在賭博場中貸借博資與博徒，認爲故意促成法律所不贊成的非法行爲，因之不得享有因借貸而發生的訴權。(見一八九二年的西勒彙纂第一部第五一三頁，並附有推事勒帕勒基耶(Lepelletier)君的審查報告。)這種解決辦法，當然不爲一般經典民法家所贊許，例如卜德里(Baudry-Lacantinerie)君即曾說：「貸與博徒，使之可以賭博的借貸契約，果沒有效力麼？有人曾經主張這類借貸具有一項非法原因，應認爲無效，這種看法，若根據我們對於原因與動機間區別的意見，是應當駁斥的。」(見民法論第三版第二卷第七四三頁。)雖然遇有這種批評，但最高法院迄今仍維持牠的判例，不爲少動。(參閱一九零七年七月三十一日確認波爾多高級法院判決的最高法院判決書，見一九一一年西勒彙纂第一部第六二二頁。)

關於無償行爲，我們更有一種極固定的判例。每逢有受一項不合法或不道德的目的所決定的無償行爲，判例皆宣佈牠爲無效，不過牠仍維持最易引起混淆的原因一詞，未免是白玉之玷。另一方面，我們知道民法典第九零零條，至今仍保持一項過渡時期的臨時非常規定，認爲無償行爲裏面不可能的，及違反法律與善良風俗的條件，均作爲不存在。這項規定，當然與現代社會不合。判例復很知道常常利用決定目的觀念，阻止這項規定實施。此處當然不能將所有許多肯定這項判例

的判決書，逐一敘述，著者僅報告兩件最具有意義且為時最近的判決書，以作實例。第一件係一九一一年三月十五日訴願庭的判決書。這項判決書的案情，係關係一個實業家與一個中介人間所訂立的一項協約。根據這項協約，實業家允許付給中介人一筆款項，使他將這筆款項，用經手費的名義，轉給某外國政府裏面公務員，希圖使這些公務員給予他的工業種種便利。訴願庭判認這項合同具有一項非法原因，因而當事人皆不能根據該項協約，享有任何訴權。（一九一一年西勒棠案第一部第四七頁。）並參閱一九一二年四月三日最高法院民事庭判決書（見一九一二年西勒棠案第一部第三八三頁）。第二件實例，係一九一四年五月四日最高法院訴願庭的判決書。這項判決書係為確認阿雷昂（Orléans）高級法院的一項判決書而發佈的。案情係關係一項遺贈，蓋阿雷昂高級法院，曾判決一項遺贈為無效，理由是這項遺贈係受一種不道德的目的所決定。原來受贈者曾使他的妻子，委身於遺贈人，並使之與遺贈人同居，故遺贈人作為此項遺贈，以報酬之。最高法院訴願庭認為這項理由可以成立，因確認阿雷昂高級法院的判決。關於因目的不道德或不合法而撤消一項行為，從前很久，皆要求這種不道德與不合法的證據，必須含在行為本身的內在因素裏面方可。現在判例在這一點上，較前大為寬大。就上面所述的最後一個判例看去，似乎最高法院業已認許判定事實的法官，可以在外在環境，及原因事實裏面，尋求決定目的不道德性與不合法性，並認許這些證據，可以在法官自由評量之下，用一切方法建立之。

關於這種目的問題的法學著述，尙相當豐富，不過法國民法學家，欲保持那個不善的詞語，原因，不肯丟手，以致引起各種混淆。除普通民法論以外，可參閱 Artur, La cause, thèse Paris, 1878; Brisson, La cause, thèse Bordeaux, 1879; Timbal, La cause, thèse Toulouse, 1892; Seféiriadis, La cause, thèse Paris, 1896; Carn,

Essai d'une définition de la cause, Revue critique, 1886, p. 44; Bartin, Théorie des conditions impossibles et illicites, 1887; Tarbouriech, De la cause dans les libéralités, 1894; Pierre Louis-Lucas, Volonté et cause, thèse Dijon, 1918; Savelier, Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français, thèse Poitiers, 1916, p. 339 et s.; J. Hamel, La notion de cause dans les libéralités, thèse Paris, 1920; P. Colin, Théorie de la cause des obligations conventionnelles thèse Paris, 1896; Dubrenil, Des mobiles dans les contrats, thèse Lyon 1908; Demogue, 1911年十二月五日法國最高法院判決書下註釋(見一九一三年西勒德彙集第一部第四九七頁) Maury, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, thèse Toulouse, 2 vol., 1920; Capitant De la cause des obligations, 1923, 2^e édit., 1926; Demogue, Traité des obligations en général Sources des obligations, II, 1923, chap. 14. De l'objet et de la cause, p. 525 et s.; Bonnecase, Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie, II, 1925, p. 672 et s.

第三十八節 a 幾項意見的考察

據上所述，足見判例與學說，關於企想擺脫從前民法學者的那項腐蝕的民法原因（Causa civilis）概念，及抉發並認許決定目的在所有法律行為——特別是契約——的價值形成裏面，具

有根本功用，皆有相當努力。然而賈畢當 (Capitant) 君，在他關於債務原因極有價值的著作裏面，竟好像完全不知有這回事者然。著者不能不說這是一件值得驚異並值得憾惜的事。

專就他著作的題目（債務原因）看去，已足以看出賈畢當君沒有認清問題。問題並不在考定臆說的債務原因，而在考定一切充作法律行爲根本基礎的意志行爲的決定目的。在有幾段話裏面，例如在第十二頁及以下各頁裏面，賈畢當好像亦曾約略看見此點，其所以不能達到清顯精確的程度的，都是原於他堅欲採用『原因』一辭的緣故。他曾極思區別原因與決定動機，他說：『動機乃是一項不在創造債務的意志行爲以內的心理因子，因而亦不是同意的構成要素，至於原因，則是這項意志行爲的構成部分，因而亦是契約的構成部分。』（第十二頁。）

賈畢當君教作的動機，即是著者教作的衝動動機，他所不曾看見的，是衝動動機並非一種心理因子，而是主體外的一種事實。牠僅在主體思想裏面，提示欲願某事物爲可能的觀念而止，因此，故不在意志行爲以內。再者，賈畢當教同意或契約爲一項意志行爲，亦不大確當。因爲在任何同意或契約裏面，皆有兩項意志行爲，每個當事人各有一項意志行爲故也。此外賈畢當亦未曾說明

爲什麼他所教作的動機，是一項不在創造債務的意志行爲以內的心理因子。

在第十三頁裏面，賈畢當好像是窺見了真正問題所在，因爲他在說到原因的時候，曾說：『原因或指向的目的。』不過他立時又加了一句，說：『債務者的指向目的。』此話好像說在他看去，只有債務者具有指向目的，債權者是不具有的。殊不知債權者亦曾作爲一項意志行爲，必然地亦應受一項目的所決定也。

賈畢當有一項觀察，到極正確，他說：『所有志願債務裏面，易言之，即所有由債務人志願事實而產生的債務裏面，全有原因存在。』這句話的意義，係說無論何處，只要有一項意志表示存在，同時並附有一項企望產生法律效果的意思，指向目的（他誤教作原因）便佔有一席位，法學者便應當考定牠。但他在第十四頁裏面，又說：『若我們如同有些學者一樣，說契約原因，亦同等是一項錯誤。說這種話，顯然有若干誤會在，蓋言契約原因，實不具任何意義，所有可成爲問題的，僅當事人所負債務的原因一端而已。』

然而著者卻不能不說，實際有若干誤會的人，乃是賈畢當君，債務原因，纔不具任何意義。蓋我

們知道，賈畢當君說過原因就是所有作爲一項創造債務的法律行爲人的指向目的，誠如此，我們便不能說債務原因，因爲若如此說，無異說債務的指向目的，豈不是沒有意義的話麼？我們應當說契約目的，或法律行爲的目的，因爲這樣說法，方係指決定當事人作爲一項契約，或任何其他法律行爲的目的。

最後賈畢當還很羨慕立法者心理學上的識見，因爲他在拿破崙法典第一一零八條裏面，知道區別同意與原因。著者頗不敢贊同這種羨慕，同意與原因，誠然不是一物，但須知原因既只能是意志行爲的決定目的，（這層賈畢當本人亦承認）而同意本身，亦不外一項意志行爲，那麼，原因應是同意的一項根本要素，殊不可與同意並列而區分之也。

請比較對閱李白爾特（Ripert）在我們好幾次提到的著作：『民事債務裏面的道德規則』裏面，對於賈畢當君的批評。（見該書一九二六年版第五八頁以下。）

德莫格（Demogue）君在他的偉著『債論』（Traité des obligations）第二卷，關於債的淵源部分的第五二六頁第二小註裏面，曾說：『他將要發揮的思想，應與狄驥君的思想，比較對着，因

爲狄驥君對於法律行爲目的，亦曾談論很多。』在同卷第五四一頁第一小註裏面，復說：『參閱狄驥君關於法律行爲目的的思想，見「公法變遷」第一五七頁以下。』

德莫格君在他關於契約對象與原因所作的詳盡發揮裏面，曾說明很清楚一般民法學者堅欲教作的原因，實際乃是一切意志表示皆具有的決定目的，同時他並指出判例曾經授予牠所具有的重要性，最後他對於這種判例，復給予了我們一個很詳細的分析。著者見此同調，深引爲榮幸，可惜他尙沒有注意到一九二零年刊行，易言之，即在他著作出版前三年的本書前一版，否則著者學說與他的學說以及判例相合之處，更要使他覺得完備了。

波納加斯(Bonaccase)在他所著卜德里民法論補篇的第二卷裏面，曾對於判例及學說在債務原因上的主張，作過一項很長的分析。分析之後，他將判例作一簡述如下：他說：『原因乃是法律行爲的當事人，在這項行爲以外，並利用這項行爲，想要達到的普遍利益或私人利益的目的。』假如這句話真是判例的簡述，我們便須承認牠所根據的原則，與著者對於意志行爲的法律行爲及由兩個意志行爲組成的契約深入分析之後，所得到的觀念，絲毫無異了。

有許多民法學者，對於原因的性格及職務，尙作有有償行爲與無償行爲的區別。例如莫里君關於此點，曾說：『在贈與裏面，原因永遠是贈與者願負義務的決定動機……至於在有償契約裏面，原因乃是所欲願的等價經濟物。』

著者根據前面的發揮，覺得如此以有償行爲與無償行爲相對，殊不確當。無論在何種行爲裏面，原因全是而全只能是決定行爲主體欲願的目的。固然在有償契約裏面，決定當事人欲願受拘束的目的，乃是對於他訂約以後將要獲得的等價經濟物所作的表象，在無償行爲裏面，決定贈與人意志的目的並不是對於收受一種等價的經濟物所作的表象，而是對於他種事物例如應履行的感謝義務或應實現的慈善事業等等所作的表象，但在所有情形之下，無論在有償契約裏面也好，或在無償行爲裏面也好，主體意志永遠受一項目的所決定，則是毫無疑義的。這項目的就是一般人誤教作的原因。原因卽是此，而且亦只能是此。故意願債務的原因並不是等價物，而是自願拘束者對於牠所作的表象。等價物本身除了可以建立一項標準，藉以區別無償行爲與有償行爲而外，並沒有什麼重要性。

由此觀之，著者覺得上面我們對於普遍方面的法律行為及特殊方面的契約裏面的目的所作的分析並不因此而有所搖動。這種主觀的決定目的原因原理與客觀的等價物原因原理之間，並沒有衝突存在。就是莫里君本人，亦曾說這種『衝突』並不是基本的。

參閱 Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, I, p. 281, 242 et 243.

一般民法學家在原四原理上所寫作的論文，篇幅很長，惟多欠明析，最好拿去與幾個公法學者關於法律行為裏面的決定目的問題所作的著作對看，前者應當能在後者的著作上獲得很有用的感示，因為法律行為，無論我們在公法上或在私法上去考察牠，全永遠只是一件東西故也。茲將這幾個公法學者的著述列後：Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, *Revue du droit public* (有單行本) Jéze, *Théorie générale des motifs déterminants, Principes généraux du droit administratif* 3e édit., III, p. 21 et s.; Reglade, *Le prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité, en matière de recours pour excès de pouvoir*, *Revue de droit public*, 1925, p. 413 et s. (有單行本) Hauriou, 哥麥爾 (Gomel) 事件判決書下的評註 (見一九一七年西勒彙纂第三部第二五頁) 與勒佛郎 (Lefranc) 案件判決書下的評註 (見一九二六年西勒彙纂第三部第二二五頁) ——參閱第三三節末著者對於管理

歐氏在後項評註裏面所發揮的法律範疇原理的意見。

第三十九節 多數單方表示的總和或集合行爲

近代實用上的需要，大規模工商業的發展，大規模海陸運輸，企業與殖民地的形成，戰前業已活動，戰後更趨積極的組合與社團運動，凡此種種，皆係使股份公司及他種社團的數目不住增大的原因。這些法律下的組織體，在法國詞語中，雖具有種種不同的名稱，但骨子裏面，全具有同一根本性格，牠們全係由於許多旨趨相同的意志表示而組成的。各意志主體之間，通常或不相識，或相識甚淺，總之，他們不曾彼此作過交涉。他們取出一定數量的財富或活動力以爲公有，企圖達到一項合法的目的，而且所有這些東西，皆依照在公司或社團形成之際所產生的一種規則進行。這種規則，係所有參加人所接受的，含有實質的法律的一切性格，這便是我們教作的章程。

法國法因歷史環境的關係，將公司及社團，依據一項純粹外部的標準，截然劃開，稱公攤一定財富或活動力，企圖達到增加社員財富的營利目的的組織爲公司，而稱公攤一定財富或活動力，企圖爲社員利益，或爲社團外其他人利益，達到一項非營利目的的組織爲社團，在後項情形之下，

社團裏面摻有一項財團原素，（參閱第四十七節。）這些社團，追尋的目的，究竟應是什麼，殊不關重要，只要是一項非營利的目的即足，惟應當合法，自不待言。一九零一年七月一日的法律的第一至第三條對於公司與社團間的區別及社團成立的條件規定得很清楚。

一般人常說隱名公司及社團，皆是一種契約，大部分商法著者，亦皆將公司列入契約數內，認為在這點上，與集名公司（société en nom collectif）沒有區別。一九零一年法律，於第一條下宣稱社團是一種協約以後，接着復說牠們的效力應依適用於契約及債務的普遍原則規定。此外牠的標題並教作『結社契約法』。於此可見立法者與學者皆認公司與社團是一種契約，這實是一項明顯的錯誤。蓋股份公司及社團，正表現兩個有意志一致而不是契約或協約的法律組織的突出榜樣。這種法律組織裏面所有的，僅係許多幅湊於一點的單方意志表示，在這些意志表示之後，有一項客觀的規則形成，這項規則，乃新團體的一種真正的實質法律，無論任何人，苟能俱備章程所規定的條件，並願意接受及服從這項團體法律，都可以由一種意志表示，事後加入這個新團體裏面去，要指明這種法律組織——股分公司與社團——不是契約，我們必須將籌備時期與組

織時期，分開來看。

籌備時期，是具有組織團體觀念的人，對於創辦團體進行的方式，他們各個人間的關係，團體組織成功之後，每個人允許在團體中擔負的職務，以及他們應向團體攤出的金錢性質或勞力性質的股份等等，從事協商的時期。在這個時期之內，在團體發起人之間，有真正的契約形成，乃無可爭議的事。蓋關於上項協商而成立的協約及合同，皆係相互認識人間的協約與合同，他們不但於事前經過共同磋商的手續，而且彼此之間皆相互負有義務。凡契約定義的要素，此處無一不備，因而由之產生的法律地位，亦專是一項特性極端顯明的主觀地位。

這類契約，亦可以包含種種為他人要約的條款，惟這些要約條款，必須能構成自己所訂契約的條件方為有效。牠們的範圍，除了若干小節上不同以外，亦完全與大多數現代國家判例所賦予牠們的範圍無二。

不過上面所說的這些行為，無論如何準確，如何詳細，俱不是團體——股份公司或社團——的組織行為。一日若僅有這類行為存在，一日便仍未有這項具有特殊性格的法律組織產生，而且

這類契約行爲甚至常常依據當事人的意思，以所計畫之團體組織爲牠們效力的停止條件。解除條件；此更足以證明牠們係在這項組織以前並與牠完全不同了。

這類協約訂立之後，於是團體的發起人，易言之，即團體創辦人，便開始向公衆作社員的徵集，同時，亦便有若干數目的人，從四方不同之處來應徵，依規定的地點與時間集合一處。發起人事先製定一項章程草案，易言之，即許多規則或普遍性的條款草案。這些規則所要規定的根本要點，約有四項：第一，待成立的團體的目的；第二，牠的名稱；第三，牠的會址；第四，管理機關的組織。此外社員每年應攤的社費，亦常在規定之列。章程草案，經過長時間或短時間討論之後，於是投票通過。至此社團即告組織成立，而所有投票贊成整個章程的人，亦便成爲新社團全體首批社員了。

在上述情形之下，有意志一致是不容爭議的，有多數協合的表示亦是毫無疑意的，但是要說有一種契約，則著者殊難承認。因爲第一、投票贊成章程的各項意志彼此之間並沒有絲毫接觸。牠們中間並不曾有一個人對於另一人作爲一項提議而由後者接受之之事。來此應召的人，彼此之間均不相識，毫未往來交涉，企圖產生一種使一人對另一人受拘束的法律關係。沒有任何一個人

或一羣人對於另一人或另一羣人站在一種對抗的或衝突的地位上。所有一切人全處於同一地位。他們的意志表示皆係由同一目的所決定，同時並皆具有同一對象。他們投票贊成章程，並不是交換同意，以便在他們中間產生一種債權人與債務人的關係。他們間的任何一人並不是因為另一人有欲願當債權人的意思遂欲願對他受拘束。反之，所有這般人所欲願的全係同一東西，即根據他們投票贊成的章程組織一個社團是也。所有這些意志表示亦全係由一項同一目的所決定，這項目的即他們投票贊成的章程所給予社團的目的是也。

在社團組織成立之後，我們在社員之間曾看見有一種債權人與債務人的個體關係，而這種關係當債務一經履行完畢便立時消滅了麼？著者回答說：沒有。任何社員對於另一社員均不立於一種債權人的地位，因而亦不具有任何保障他這項地位的訴權，此處我們所看見的，乃係一種受社團章程所規律的永久地位。而這項社團章程乃係團體的一種真正法律，不僅實施於社團內部的社員與機關，而且並實施於與社團發生關係的第三人。

社員，就其是社團份子而言，章程可以說即是牠們的永久法律。牠可以在他們身上加些種種

義務，最普遍的一種義務，便是繳納會金。就此點言，社員或者可以說是社團的債務人，社團可以說是他的債權人。但是這種存在於社團與社員間的債權人與債務人的法律地位，並不是在章程票決之前由一項社團與社員訂立的契約而產生的，因為在這個時期，社團尚沒有成立。社員是社團的債務人。乃係根據一種法律。他們所處地位宛如負納稅債務的納稅人的地位。債的數目，可以不管他們的意志如何，由法律自由增減。會金的數目，可以遵照章程由社員的大多數自由增加，而少數社員雖然反對卻不能不負擔已決定增加的數目，猶之納稅人不能不負擔由法律所決定的賦稅增加一般。假如這項債務關係產生於一種契約，情形決不能如此。故此處決不是一種契約債務關係。不過社員於繳納本年所增加之會金以後，可以退出社團，這到也是實事。

章程實施於全體社員，牠可以置他們於一種真正的刑法——紀律法——之下，牠可以制定真正的懲罰，並可以指定社團的一個機關如同真正的法院一樣判處這些懲罰。社員因為是社團份子，絕不得作為任何直接間接可以侵害社團目的連累社團活動力玷污社團名譽的行為。所有這類行為全構成觸犯紀律行為，章程可以列出這類行為來，而處以懲罰，例如科以罰金之類是甚。

而可以引用社團最嚴重的懲罰，開除社籍。這些情形，許多公司裏面，全係如此。團體紀律實是支配團體分子的一種真正刑法。這種結果可以說不知領導我們去契約如何遼遠。因為契約只是一種確定的法律行為，除了能在兩個利益相反的法律主體之間產生一種債權人與債務人的關係以外，什麼其他東西一概不能產生也。

此外章程復實施於社團外的第三人，所有以社團名義與第三人所作的行為，皆受章程所管理。第三人可以援引這項章程的規定，同時這項章程亦可以用去對抗第三人。我們知道社團各機關的行為能力，或更好一點說，牠們的職權，全係由章程規定的。假如這些機關超越了牠們的權力，行為將成爲無效。這種無效，不但第三人可以援引，同時亦可以援引去對抗他的。

我們還知道章程規定社團的目的，牠的機關只能在與這項目的相適合之下活動，所有一切違反這項目的的行為，亦全屬無效。這種無效的基礎，亦是存在於社團章程裏面，故亦可以被第三人援引，或援引去對抗第三人的。

假如社團是一種契約，試問我們可以概想與第三人訂立的契約效力須受前時第三人未會

參加的另一項契約所決定麼？當然絕對不能。因為如此，將與契約觀念根本衝突。我們亦勿說這是一種爲他人要約，因爲此處並非關係我們爲一個第三人利益創生的債權，而是關係將來與第三人訂立的契約須受牠管理的規則。由此觀之，我們對於組織社團及票決章程，如若必欲維持契約觀念，結果無異在由之產生的法律地位上散佈一團不透光的烏雲。反之，假如我們知道票決章程，乃是一種客觀法——新團體的法律——的設立，而沒有絲毫契約性質，則所有一切，皆豁然自明矣。

不過至此又要發生著者前曾說過的一項問題，即：這種意志的一致既不是契約，是否可以構成一種具有特殊性質的法律行爲，同時與契約行爲及單方行爲全不相同呢？是否可以構成那種前面已經說過德國人教作 Vereinbarung 及著者提議教作聯合的行爲呢？

著者不相信可以如此。著者認爲這裏只是些單方意志表示的總和，中間初無任何關聯。法律承認這些單方意志表示的總和有效，因爲牠們係受一項共同的目的所決定，同時並因爲這項目的本身亦尙合法。在契約裏面，亦有兩個單方意志表示，但牠們中間卻有一種特殊互依關係存在，

當事人一方的意志係受另一方意志所決定。在聯合或 *Vereinbarung* 裏面，我們在下章裏面可以看見，兩個單方意志行爲之間亦仍有一種密切的互依關係存在，牠們造成一種意志的諧合。至於在社團組織行爲，易言之，即票決章程的行爲裏面，在各投票人之間實際上並沒有任何意志的諧合。在他們意志之間並沒有任何互依關係。此處我們所見的，僅係許多意志的相同與相伴，許多人同時欲願一件同一東西，並受一項同一目的所決定而已。故此處我們所見的，僅係多數單方意志表示，僅係一種具有確定性格的事實地位。這種多數，這種相同與相伴，並不能改變牠們的性。集合行爲 (*Gesamttakt*) 一詞，表示這種地位，非常恰當。在這些意志表示之後，我們看見同時呈現兩種東西：一種新法律規則，即社團的法律是也；其另一是一種客觀的法律地位，即社團法律給予社員的法律地位是也。因此，集合行爲實同時具有規則行爲及條件行爲兩重性格，惟規則行爲性格顯然係較佔優勢的性格。

諮詢院曾極明白地承認各社團章程具有客觀法性格，牠於一九一八年三月二十二日，根據越權原理，判決撤消一位省長的決議，因爲這位省長曾經準許一個職業行會訂借一筆款項，從事一項牠章程所規定的目的以外的工程（一元一

八年西勒彙纂第三零五頁。於此可見社團的章程即是一種法律，違反了牠將使違反他的行政行爲成爲無效，可以引起權控訴請求撤消。

季治鐙 (Gierke) 的學說——以季治鐙教授在法學上的聲名，我們似乎不能將他關於社團組織行爲的學說放過不談。他認爲所有組合團體（組合團體乃取其極普遍的意義，與德文的 Verein 或 Verband 相符）的組織行爲，皆具有一種特殊性格，與契約及單方行爲，各不相同。

據季治鐙教授之意，組合團體的組織行爲，不僅是多數單方意志表示的總和。這種行爲，固然係由許多單方意志表示所構成，但此外還有其他東西。蓋在純單方意志表示之下，各個意志全是孤立的，中間沒有絲毫關聯，反之，當一個團體形成之時，所有意志皆羣趨於一個公同事業上，並彼此化合於一種共同生活裏面，當然不僅是純單方意志表示的總和可比。不過這種行爲，亦不是契約。契約乃是一種意志行爲。牠將兩個相反的意志聯合一起，惟同時牠們兩個仍各保持各自的自主性未動，而且牠們在契約後面所產生的地位裏面，所擔負的職務，亦完全相反。反之，此處社員的意

志，卻不是彼此相反的意志，牠們同趨於一個目的——社團目的——牠們同欲願一宗事物——社團的組織與進行。故牠們不但不彼此相反，而且恰相聯合，不惟如此，牠們在社團的目的上，甚而還企圖彼此化合，消失於一個單一的新意志裏面，這個單一的新意志即社團意志是也。

季治鎧曾說：『一個團體的創設行爲，並不是一種契約，而是一種單方的集合行爲。這種行爲，在個人法裏面，尚找不到相類似的東西。公司契約（或社會契約）觀念，對於團體的創設，猶之對於國家及教會的組織一樣，全是一項不正確的觀念，不但在公法裏面不能允許，即在私法裏面亦復如是。在團體的創設裏面，我們所看見的，乃是形成中的集合體意志自行發展，成體，企圖最後依據組織行爲堅強地樹立起來。故團體組織自最初的概念以至最後完成應當看成一個單一行爲。所有無數個體行爲全應看爲集合行爲裏面的不自主原素，牠們全係受一個單一的中心力量所推動的。因此，這項集合行爲已經是一種組合行爲，蓋形成中的集合體必須表現成一個單位方能組織成一個單位。』

著者在這點上，殊難遵從季治鏡的學說。我們知道季治鏡教授，乃是團體人格說的護法者。此處我們尚不到討論這項著名問題的時候，不過著者可以說這種純粹玄學性的概念應當從所有真正科學的法律學說裏面排斥出去。這種概念與主觀權利概念相同，亦是經院學派實體觀念的殘餘，絕對沒有任何價值，著者曾經屢次申說我們應該一勞永逸從此將法律學由牠裏面解脫出來。

季治鏡在消極方面所說的話：『團體組織行為不是契約，』完全是一句根據事實的話，著者認為業已證明。惟我們絕不應走的太遠，肯定觀察考定不到的東西。現在我們事實上所見的，只是一羣一定數目的個人投票決定一種章程，共同追尋一項合法目的，這既不是契約，亦不是聯合，而只是許多單方的表示，可以由之在一個追尋法律認為合法目的的團體裏面產生一種客觀法而已。故社員大會採取章程的投票行為與任何一種討論會議的投票行為絲毫沒有區別，我們所能看見的，都只是些同趨於一點的單方意志，並沒有任何諧合的意志。我們固然很可以說大會的意志，但須知這種說法，只是一種單純的譬喻，並不是事實。事實上所有的，只是構成這項大會的諸多

個體意志。當這些意志，因情形的不同，有時全體一致，有時或依大多數的意見，採取了某項決議時，於是因客觀法的實施而產生某一定法律效果。實在情形，如是而已。假如我們此外還要看見更多的東西，假如我們要說有一種大會意志或甚至一種將產生或已產生的團體意志形成。假如我們如霍理歐然，說什麼充實的意志，及新同意對舊同意的合體等話，或如季治鎧然，說什麼集合體意志自行成體等話，那麼，便變成純粹舞弄詞語，與現實完全不合了。

第四十節 聯合

凡契約全是一種協約，但有許多協約卻不是契約，就是這些不是契約的協約，有幾位德國學者教牠們作 *Vereinbarungen* 而著者則提議教牠們作聯合 (*union*) 在聯合裏面，我們看見兩個或兩個以上的人，最初進而交涉，其後在某一點上彼此合意。但在這種意志相合之後所產生的，並不是一種主觀的法律地位或一種債權人與債務人間一時的與個體的特殊關係，而是一種永久的規則或一種客觀的法律地位或一種身分 (*status*) 我們不能說牠是契約，因為行為外，表固然是契約，但行為的實質則否。所以然者，蓋契約根據牠的定義乃是一種主觀的行為，在牠後

面應產生一種主觀的法律地位，而此處我們所有的，則是一種規則行爲或條件行爲，有時或是一種兼有規則行爲條件行爲兩重性格的行爲。再者，我們曾經看見在契約裏面，因為當事雙方所負職務的不同，及所處地位的相反，因而我們在每個當事人身上皆應區別兩種不同的意志行爲：一種即以訂立契約爲對象的意志行爲，其另一則是以每個當事人企望在契約裏面擔負的職務爲對象的意志行爲。但在我們現在所談的合同裏面，情形則適相反。正因為牠是一種規則或一種法定地位產生的條件，故不應有作爲協約的意志與在協約裏面擔負職務的意志的區別存在。兩個當事人全係欲願同一東西。他們意志的目的或可以不同，但對象則永遠不能有兩樣。他們的直接對象永遠同是接受協約的表示，他們的間接對象亦永遠同是以協約充作實施條件的規則或客觀與法定地位或身分的產生。

爲明瞭這項分析所具的意義起見，我們似乎應返回到著者前面研究各種不同的法律行爲及說明規則行爲，條件行爲等客觀行爲與主觀行爲的不同時所說的話上去（見第三十一節）。此外假如我們能明瞭聯合行爲不是契約，在牠後面產生的係一種規則或身分，我們同時亦即明

瞭在牠後面產生的法律效果如何可以直接干及協約以外的人。這是真正契約所不能辦到的。在公法及私法裏面，曾經發生許多困難，都是因爲不明瞭此點的緣故。假如我們能早知從事聯合及契約的區別，並知道有好多情形，不充分的觀察，認爲只是契約的，實際並不是契約而是聯合，則所有那些困難，早已掃數避免了。

著者當然不能於此處將所有公法與私法上不是契約只是聯合的協約，詳細予以研究，茲僅舉數項最特出的實例於下：

在私法裏面，婚姻乃是這類聯合行爲一種非常顯明的實例。看婚姻是一種契約絕對是一項錯誤。牠是一種協約固然不錯，但須知這種協約乃是充作一種客觀的法定地位如已婚人的法定地位或已婚人的身分（status）產生條件的合同。在這項合同後面產生的地位，具有永久性質，及普遍結果，不但可以實施於婚姻當事人，夫妻，而且可以實施於其他一切人。牠的效果及範圍，全是由法律規定的。我們不時見有一種推理的方式，說婚姻是一種契約，因之，若後來又有一種自由同意的新契約締結，在邏輯上說，後者是可以撤消前者的。故法律若不允許同意離婚，便不免於諄諄

不合理。這種推理方式，由我們上面所說的話看去，一望而知是錯誤的。法律誠然可以允許同意離婚，但若不允許同意離婚，亦初無若何諄諄不合理之處。蓋婚姻並不是一種產生契約關係的契約，而是一種構成一項法定地位產生條件的協約。牠後面所產生的既是一種法定地位，法律當然可以隨意決定在什麼條件之下這項法定地位方可以改變或取消。故法律若規定夫妻雙方同意不足成爲消滅婚姻法定地位的條件，固絲毫沒有不合邏輯的地方。

此外還有一項法律行爲常發現於現代社會裏面，亦是聯合行爲一個極明顯極重要的實例。這項行爲便是我們不正當教作勞工集合契約的行爲。這項行爲我們應當教牠作勞工集合協約，法國一九一九年三月二十五日的法律，業已採用了這個名詞。契約與集合二詞根本是衝突的；而我們通常以此二詞指示的行爲，既不是契約，亦不是勞工契約。這項行爲裏面有意志的一致，固誰亦不能反對，甚而說有一種合同或一種協約，亦一樣不能反對，然而卻不能說牠是一種契約。

這項勞工集合協約，乃是代表顧主利益的人與代表勞工利益的人之間的一種協定，通常大都係爲使罷工停止或預防罷工而發生的，內容在規定該項職業裏面的工人訂結的義務關係應

根據的種種條件，例如：關於工資最低限度，工作時間，工作分配等等。換句話說，即一般人通常教作的勞工契約，就是規定一種普遍性規則，一種法律，以爲以後該項職業裏面訂結個體勞工契約時依據的原則的協約。

我們當然不能否認在這種情形之下有一種協約存在。因爲這些顧主利益的代表與工人利益的代表不但曾經事前接觸過，而且作過交涉。最常見的是：由他們職業組合的機關代表他們進行交涉。這些代表協商之後，在公同合意之下，決定集合協約的條款。故我們不能說牠不是一項協約。不過這項協約，無論我們在牠本身上考察，或從牠後面的法律效果上考察，均不能說牠是一種契約。

蓋在契約裏面，每個當事人，不獨欲願的東西各不相同，同時他們受決定的目的亦不相同。一方欲願成爲債權人，企圖使另一方欲願成爲債務人；另一方則欲願成爲債務人，企圖使前者欲願成爲債權人。至於在勞工集合協約裏面則不然，雙方當事人所欲願的，同是一個東西，即產生一項普遍性的規則，一種真正的法律，以規定此後該職業裏面的工作條件是已。此外雙方當事人還係

同受一個目的所決定，即解決雇主與雇員間已興起或要興起的爭端，盡力避免將來爭端的產生，及建立一種規定此後個人工作契約如何訂結的法律是已。

至於說到勞工集合協約後面的法律地位，我們無論以任何名義，亦皆不能看牠是一種債權人與債務人的地位，或一個應當執行一項給付的人與一個可以要求這項給付的人間的一種債務關係。我們所看見的，僅一種普遍而永久的規則，著者更重複一句說，即一種真正實質意義的法律，此後屬於該項職業的雇主與雇員間的所有契約關係，皆應根據牠去訂結，若有違反集合協約規定的義務關係，任何一方皆可以要求解除之。

就是傳統派的法學者，因事實所迫，亦不能不承認勞工集合協約不能在訂約兩團體之間產生真正義務。苟有義務產生，僅係在個體的雇主與雇員身上。因為他們此後若訂結個體工作契約，必須遵守集合協約的普遍規定。但一至要解釋這種臆造的契約何以能對於完全立在契約以外的人產生義務，他們便不免感覺着棘手了！

此處與在許多其他根據傳統學說不能解釋的假定中一樣，他們仍求援於爲他人要約、代理、

或無因管理諸觀念，企圖由之得到若干解釋，但結果皆成徒勞。我們知道爲他人要約，係約定契約當事一方對於一個第三者執行一種給付，然在集合協約裏面則絕非如此，此處並沒有人要約對於協約以外的一個人執行一項給付，僅約定此後訂結的契約應隸屬於某一項規則之下包含某一定的條款罷了。著者覺得這與爲他人要約顯然絕不相同。

我們亦不能援用代理 (mandat) 或無因管理 (gestion d'affaire) 等觀念來作解釋。這兩項觀念的意義係指一個人受另一人委託或自動爲另一人作爲一項一定的法律行爲。此處並沒有這種情形。此處所看見的，乃是代表集合利益的兩羣人，他們約定從此以後個體契約應當遵從協約中製定的法律締結，保證相當數目的工資，及要求一定量數的工作時間而止。這裏面誰是代理人，誰是被代理人，誰是管理人，誰是牠的事務被管理的本人，以及什麼是代理人或管理人以本人名義而作的行爲，我們都看不見。他們會遍處尋找，而結果皆空費了一場氣力！

假如我們能够整個消滅代理及無因管理等觀念，同時並能承認此處只是一種普遍性的規則，一種因兩團體間的諒解而設定的實質意義的法律，當兩個團體的分子在他中間訂結契約時。

牠可以對於他們實施，如此，則一切都變成很明顯的了。前節我們曾看見在一個組織正進行中的團體裏面產生一種實施於牠分子的內部法律，現在我們遇見的則係一種社會際法律，或我們可以說一種縮形國際法的產生。因為這項法律係對兩個不同團體的分子訂結契約關係等實施的。這項法律，一日不受另一項新集合協約修改或廢除，便永遠可以實施於所有兩團體的分子。就是當合同成立時他們尚未加入團體，亦一樣受這項法律的支配。著者個人並認為任何一個當事團體的分子均不能以退出的方法逃避這項法律的適用。

不過要使勞工協約充分具有這項性格，使牠能够真正創造兩個職業團體間的社會際法律，我們應先組織廣大的職業組合，使之能盡量包括該職業中的工人與雇主，然後由這些職業組合再使這兩個團體具有一種完備的與牢固的組織。不幸職業組合主義，在晚近二十年來，尤其是在大戰以後，雖然曾獲得長足的進步，但職業的組織，則直迄現在，仍未達到相當完備的發展程度，故不能使勞工集合協約真正成爲兩個職業團體間的堅固的與嚴肅的法律。此外還有一宗不幸的事，即大戰之後，有許多職業利益以外的原素亦摻入到組合活動裏面，因而使牠們不免染有若干

政治的有時甚至革命的色彩，以致與牠們原來職業目的相乖戾。因此之故，所以勞工集合契約的真正性格晦暗不章，而發生上述各種紛異的爭論。即一九一九年三月二十五日的法律所以不免是一種早熟之法律而具有許多缺陷及不完備的地方者，亦大都原因於此。

我們此處對於這項一九一九年三月二十五日的法律，當然談不到與之作一註釋，不過亦不妨少說幾句話。這項法律在初讀會的時候即顯然可以看出不會將我們前面所發揮的思想完全實現。牠的起草人雖然窺見了一部分真理，但可惜僅窺見而止，並未能推演出來牠應有的推論。他們到感覺着集合協約不是一種契約，不能像契約一樣產生個體特殊義務。他們亦知道集合協約所創造的乃是一種真正的法律，一種規定後來將要締結的契約的法律。然而他們終因受民法傳統學說浸潤太深，不肯拋棄契約觀念，仍說由集合契約產生的個體義務，並認這些義務加施於契約當事人，與真正的契約義務無異。同時他們復不住地援引代理觀念，好像職業裏面的分子曾經明示地或默示地給予了協約簽訂者一種什麼時候全可以撤回的代理權，協約非根據這項明示或默示的代理權不能產生任何效果似的。因為法律起草人思想如此浮蕩不定，將兩種相反觀念，

雜湊在一起，故結果使國會通過了一項極不受歡迎的法律，實施去非常困難，對於關係人，與其說有用，到不如說增加他們的麻煩。所幸者在現代職業關係的領域裏面，法律的形成具有一種極有力的自動性，或者慣習不久即將超過這項生而腐廢的法律或取而代之，亦未可知也。

一九一九年三月二十五日的法律浮蕩不確定的性格可以在牠第一條條文中看見。在該條第一節之下，立法者給予勞工集合協約的定義，除用關於工作條件的契約一語而外，到還相當正確。惟在這項定義之後，他又說：『勞工集合協約，規定當事各方對於另一方的義務關係，例如：受合同拘束人將來在他們中間或與第三人因欲作為該項合同內所規定的一類工作訂結個體工作契約或夥隊工作契約時應履行的種種條件。』這種說法，顯然是不對的。蓋勞工集合協約，並不產生當事一方對於另一方的義務關係。雇主團體對於雇員團體，並不成為負有履行一項給付的債務人。另一方面，雇員團體對於雇主團體亦復如是。實事如此，殆毫無疑義。最好的證據，是立法者本身，當列舉該項義務關係的實例時，僅指示說：『例如將來訂結個體工作契約或夥隊工作契約時，應履行的種種條件。』著者誠不能明了將來應當載入個體工作契約裏面的條件如何能够構成

使集合協約的參加人相互負擔一項給付義務的義務關係。

該項法律的第二條亦是同等難解。該條規定說：『如無相反規定，受勞工集合協約拘束的人在他與第三人的關係上亦應遵守所約定的工作條件。』我們知道參加勞工集合協約兩團體的分子應當在他們以後訂結的個體契約裏面載入集合協約所規定的條件，例如工資條件，這乃是勞工集合協約根本性格的結果。立法者作爲此言，似乎已經承認勞工集合協約的真正規則行爲性格，但是他同時又說有『如無相反規定』一句話，那麼，假如有相反規定，勞工集合協約所規定的條件將僅能適用於參加這項合同的人，如此，是這項行爲已不成了勞工集合契約，而成爲許多個體的雇主與雇員之間所締結的許多個體工作契約了。

假如我們更繼續分析這項法律下去，我們在每項條文之下，皆可以遇見這類矛盾。

一九一九年與一九二零年，適當大戰之後，乃勞工重新組織時期，各方皆表現一種不定狀態，勞工集合協約訂結非常之多。其中最值得注意的，當推冶金工業及電機製造聯合會與金屬工人聯合會間所訂結的勞工集合協約。我們如果將牠檢閱一下，便可以看見牠確是冶金工業裏面一