

憲法精義

著(Duguit)驥狄國法

譯(芳祖)協仲梅



譯者序

本書原著者狄厥教授，係已故法國波爾多大學法學院院長，而為二十世紀之公法學大儒。生平著述等身，不朽之憲法著作，亦有二種。其一為憲法叢書，計五巨冊，其第一冊，張明時氏已有譯本，商務印書館出版，名「憲法學」。其又一，即為本書也。氏之法律思想，係以社會為本位，倡社會義務論，認社會連帶關係，為法律之基石。其與 國父中山先生主張「人生以服務為目的」之哲理，不謀而同。狄氏雖自命為實證主義者，實則其法律思想，一以自然法為宗歸，故世人嘗戲呼之為「實證的實證主義者」。(參照中華法學雜誌第三卷第十期拙作「現代法學之趨勢」一文)。曩時負爰巴黎，於攻讀民商法之外，頗嘗瀏覽憲法名著，而於狄氏之書，最為興趣，故余之法律理念，受氏之影響亦至鉅。林戰軍與，隨校西遷，課餘多暇，輒復重溫憲法精美以自遣，且讀且譯，得十數萬言，先付前

譯者序

一



3 1799 3947 9

AG
0911.01

7

憲法精義

二

廣，餘當陸續逐譯，以就正於實達。譯稿曾荷朱問學國庫教授予以校閱，特此誌謝。

民國三十四年元月於中政校

譯者

憲法精義目次

緒論

一、法律與權利·····	一
二、法律的基礎·····	二
三、個人法的學說·····	四
四、個人法的學說之批評·····	七
五、社會法的學說·····	九
六、社會連帶或社會互持·····	一一
七、以社會連帶為基礎的法律·····	一五
八、國家的概念·····	二二

九、國家的起源.....	二一
一〇、神權說.....	二四
一一、民主說.....	二七
一二、君主說的批評.....	二九
一三、國家之自然的形成.....	三三
一四、國家的目的與任務.....	三八
一五、國家之法律上的構成.....	四一
一六、國家受法律的拘束.....	四七
一七、公法.....	五三
一八、公法的分類.....	五七
一九、公法與私法.....	六五

本論

第一章 國家論.....七三

第一節 國家的素要.....七三

二〇、社會連帶主義的國家原理.....七七

二一、民族.....七七

二二、治者與被治者的差別.....八四

二三、治者的意思.....九五

二四、治者之物質上的力量.....一〇三

二五、領土.....一〇五

二六、公務.....一〇七

二七、關於主權之通常的舉動……………二二〇

第二節 國家的任務……………二二八

二八、國家的任務在法律上之意義……………二二八

二九、實質意義的制定法……………二三五

三〇、制定法係具有普遍性的規定……………二四〇

三一、制定法係具有強制性的規定……………二四八

三二、行政任務與行政行為……………二五四

三三、法規的制定不是行政行為……………二六〇

三四、政治行為不是行政行為……………二七〇

三五、審判任務……………二八二

三六、所謂執行任務……………二八七

第三節 國家的機關.....一九一

三七、治者及官吏.....一九一

(A) 通力協作.....一九二

(B) 代表關係.....一九四

(C) 治者及官吏之區別.....二〇〇

三八、關於國家機關之法蘭西的假說.....二〇四

第一款 公民團體.....二一一

三九、公民團體的組織.....二一八

四〇、女子選舉權.....二一九

四一、直接制的政府.....二二四

四二、代表制的政府.....二二六

第二款 國會與元首.....	二四〇
四三、一七九一年憲法中的分權制度.....	二四五
四四、法國現行法上的分權制度.....	二四五
四五、國會及其組織.....	二五五
四六、國會及其議員之產生.....	二六一
四七、比例代表制.....	二六七
四八、職業代表制或公會代表制.....	二八二
四九、君主制政府.....	二八六
五〇、民主制政府.....	二九三
五一、國會與政府的關係.....	二九九

憲法精義

狄歐
梅
作

緒論

(一) 法律與權利

在法語，Droit 這個字，有兩種解說，有時指法律 (Droit objectif) 而言，有時指權利 (Droit subjectif) 而言。權利與法律，當然是互相關聯，可是其間有很大的差別。

法律或法律規範 (Règle de droit)，就是行為的準繩。這種規範，凡屬社會生活的人們，都不能不服從他。在某時空中的某一社會，必認他是合於正義，且足為共同利益的保障，而予以尊重。如果有人違反這種規範，就會引起集體的反應 (Reaction collective)、以對付這違反者。

權利，是一切營社會生活的個人之權力。在個人所追求的目的，與決定其行為意思的動機，在法律上認為正常的時候，她可以保有這權力，致令應有的結果，獲取社會的承



在法學術語中，法律與權利二詞，近今頗見流行。德國的法學家，使用這兩個名詞，已經有相當久長的時期了。這幾年以來，法律與權利兩語，亦在法國的法學著述中，常見援用。有人頗以此為憾事，而且加以訾議，因為他們輕視德國的事物，所以說不應該介紹到法國來。我們並不一定要援用這些名詞，不過我們認為這兩個名詞，頗能說明一種區別，而好久以來，法國的學者，都沒有區別得清楚。

要之，法律與權利兩個名詞，却還便於應用，因此吾人援用他們，是很正當的。

(二) 法律的基礎

為要明白擬定問題，並且要明晰的了解牠，請先假設一個理想的社會。在這社會裏，既沒有政治威權 (Autorite politique)，又沒有成文法律。這樣的社會，會不會有法律？如果是有的，那末這法律的基礎是什麼？

這種社會，一定亦有法律。這不但毫無疑義，並且我們還可以說，非有法律不可。我們很知道，有一學派（最主要的還是在德國），受着Hegel與Jhering二氏的學說之影響，主張法律是國家的產物。自從經過一個有組織的國家，來加以調定之後，或者至少經國家加以認可之後，法律才始能夠存在着。依我們看來，這種見解，應該予以堅決的排斥。除了國家產生法律之外，仍可建樹起法律的基礎。在有國家之前，早已有法律，法律並且超絕於國家的。這簡直是一種定則，不容我們不予以承認。現代人們的心目中，很急迫地感覺着必須要有一種法律規範，牠的威權，能夠使擁有實力的國家，與其國內的人民，都不能不服從牠，其實，我們並不難指明，即便沒有國家，法律也有牠堅強的基礎。牠是先於國家，而且超於國家而存在。唯其如此，國家不得不服從牠。

這個問題，並不是新穎的。自從人類能夠考慮一切社會事件以來，在人們的腦海中，就有了這個疑問。要解決這個問題而發揮的種種學說，固然紛見雜出，說明這問題的形式，及提出結論的著述，亦復汗牛充棟，可是照我們看起來，學說雖則很多，歸納起來，

不外是兩種相反的意向，因而亦可分為兩類：一曰個人法的學說 (Les Doctrines du Droit individuel)；二曰社會法的學說 (Les Doctrines du Droit social)。

(三) 個人法的學說

關於個人法的學說，固然是甚屬紛紜複雜，歸結攏來，却不外下面所述的幾種見解：人自初生入世，即以人的資格，秉有若干權力，若干權利，而這些個人的權利，都是自然的。人生而自由，也就是說，人生而秉有自由發展其體質上，精神上，與道德上種種活動的權利，同時他對於這種種活動所得的收獲，有享受的權利，並且他可以強調一切之人，對於他這種體質上，精神上，與道德上的自由，予以尊重。是故人人對於他人的體質上，精神上，與道德上的活動之自由發展，負有尊重的義務，而這種義務，就是法律——即社會規範——的基礎。

但是，因為情勢所逼迫，要便衆人的個別權利，獲得保障起見，不得不使各人的個別

權利，受有限制。從這裏做出發點，所以個人主義的學說，認為法律的規範，一方是強調個人尊重各人的個別權利，而他方為求衆人的個別權利，獲得保障計，又不能不使各人的個別權利，受有限制。所以有權利才說得到法律，法律的基礎，是建築在權利之上。

個人法的學說，聯想到人類的平等；因為人人都生而秉有同樣權利，並且以後應該保有同樣權利。爲了共同生活的需要，各個人的權利，同應受有制，但衆人所受的制，應該是同樣的。設若其間有所差異，則在同一社會團體的人們，就不復人人享有同樣的權利。實在說起來，平等雖則不是一種權利，但國家必須加以尊重，因爲設或侵害個人的平等，那末牠必然的要侵犯若干人的權利。

還有一層，個人法的學說，更聯想到法律規範，應該在任何時期，任何地域，任何人羣，都是一致的。蓋以法律規範，係以各個人之自然權利爲基礎，而人類這種權利，都是同樣的，非但到處如此，而且就時間上言，過去如此，現在如此，將來亦必永遠如此。各種人羣對於這些權利的存在與其範圍，以及對於由此而生之社會規範的存在與其範圍，有

的是比較了解，有的是不甚清楚，程度上互有差異，因屬無疑，但是自然的，絕對的，與理想的法律，總歸是存在着。各種人類社會，固然有的是與這種法律，相距很遠，有的是頗為接近，但總是一天一天的走近這種法律；在這種前進的過程中，固然有時停止進行，甚至於後退，但其向前進步的趨勢，總是繼續不斷的。是故大地上的人羣，亦必望着這共同的理想，向前邁進。法律家的使命，就是在尋求這法律上的理想，立法者的職務，也就是在實現這理想，與承認這理想。

個人主義學說，經過了長時期的醞釀，直到一七八九年的人權宣言(Declaration des Droits de 1789)始有正確及美滿的規定。人權宣言明定：人們生而自由，都享有同等的權利。任何政治團體的目的，都在保持人們自然的與永不消滅的權利。各人之行使其自然的權利，僅於保障其他社會分子享受同樣權利之限度內，受有限制而已(參照人權宣言第一條第二條及第四條)。

法國的各種法典及法律，強半都受個人主義學說的啓迪。個人主義的學說，雖屬含有

許多不正確的概念，可是勳勞卓著，並促成了極大的進步，尤其是牠首先明白事實，國家權力應受法律限制之說為不謬。

(四)個人法的學說之批評

依我們的見解，個人法的學說，殊難予以接受。這種學說，係取一事為因，基此因以推求其果，完全建設在假定的設想之上。他們認定自然的個人，是孑然孤立，與他人不相關的。依照 Henry Michel 氏的說法：「因為人是尊嚴無比的」，所以凡是一個人，必兼有種種特權，種種權利。可是這究竟不外一種無謂的肯定。良以認自然的個人，是孤立的，生而自由的，與他人不相關的；並且因為他是自然的，孤立的，就會取得種種權利，這明明是一種毫無實際的抽象。照事實講，人生下來，就是集體內的一份子，總是在社會上生存着，而且祇能生在社會裏。談到法律的基礎，一切學說的出發點，當然無疑地必須從自然的人說起，不過自然的人，並不是孤立的自由的，如十八世紀哲學家所稱者，人乃是一個為社會連帶 (Solidarite's sociale) 關係所拘束的個體。是故我們可以肯定的

說，人並不生而自由，都享有同樣的權利；人是生而就為集體中的一份子，唯其如此，所以他對一切為維持及發展共同生活而生之種種義務，都應該履踐。

再者，人人絕對平等的這句話，亦為個人主義學說之當然論據，可是這種論據，與事實相反。人們決不是平等的，在事實上，人與人之間，有很重大的差別，社會愈益文明，人與人的差別，愈見顯著。人與人既有差別，則對於各個人的待遇，自有不同。人在法律上的身分，原來就是顯示人與人相關聯的地位，就各人對於集體而言，個別活動，各有不同，因此各人的身分，也就不能不互相殊異。從可知凡依邏輯方法，而得結論，謂人人都是絕對平等，人人可依數學計算其平等，這當然是違反現實而應予以採棄。

個人法的學說，又承認一種理想的絕對的法律，且認這種法律，在任何時代，任何地域，都是一樣的，並以為人們雖有時違背着這法律，作局部的逆轉，却總會繼續不斷地逐漸接近他。但是這種見解，又可使個人法的學說，復受一次打擊。所謂理想的絕對的法律概念，是違背科學原理的。法律是人類進化的產物，是一種社會現象。這種社會的現象，

固然無疑地與物理的現象有別，但決不是理想的絕對的，此則與物理現象，並無二致。我們很可以說，某種人羣的法律，優越於另一人羣的法律，但這是指相對的比較而言，意在說明某一人羣的法律，在某一時代，較諸另一人羣的法律，頗適於其需要與意向，却並不是說某一法律，較他種法律，更接近於絕對的法律理想。

(五) 社會法的學說

我們可以這樣的說明：凡是社會法的學說，都主張有社會才談得到個人，有法律才談得到權利，有社會規範，才談得到個人的法律。社會法的學說，都承認有一種規範，足以強制一切營社會生活的人們，對之服從，而人們因為有了社會義務（*Obligations Sociales*）才有種種的權利。社會法的學說，認人乃天生而具有社會性的，唯其如此，所以應該受社會規範的支配，這種社會規範，足以強各人對於他人克盡其義務。社會法的學說，復認人之權利，不過是從其義務中產生出來，亦不過是使他自由地充分地履行其社會義務之種種應有的權力而已。

茲之所謂社會法的學說，如果要針對上述之個人主義的學說而言，則稱之爲社會主義的學說 (Doctrines Socialistes)，似屬更爲正確，只是我們不願意使用這個名詞。因爲這名詞太廣泛而同時又太露骨。講到社會主義，便有種種原理與傾向大相逕庭的學說，紛然雜陳，所以倘若稱社會法的學說，爲社會主義的學說，自然流於太廣泛了。又考社會主義一語，尤其是在今日的法國，是專指政黨而言。這個政黨，要用各種不同的方法，或者用改進的手段，或者用革命的手段，以廢除個人的所有權。所以倘若稱社會法的學說，爲社會主義的學說，又則覺得太露骨了。至於我們在下面的敘述中，固亦用社會主義的學說一語，以對抗個人主義的學說，但是在我們的意思，不過認社會主義這個名詞，僅係指一種把法律建樹在社會特性上，以及在人之各種社會義務上的學說罷了。

社會法的學說，近今正在形成的過程中，法律之社會主義的概念，無論在學說上，判例上，甚至在實證法上，到處有代替個人主義的學說之趨勢。不過在這個過渡的時期中，要想用簡捷的方法，把握各公法學家的學說，頗非易事，我們只能努力建樹我們自己關於社會法的學說。

(六) 社會連帶或社會互持

人是營共同生活的，人自始迄今，是營共同生活的，人亦祇能與其他之人，共營社會生活的；人類社會，是原始的事實，是自然的事實，這種事實，決不是人的意欲所形成；凡此皆是不容爭議的。任何人都是人羣的一份子，過去如此，將來亦復如此。但同時各人常依然感覺其自己的個別性。因為知道他是個別的人，所以有他的需要，有他的意向，亦有他的希望。他知道這些需要，非一人之力所能滿足，這些意向，這些希望，只能夠與他人營共同生活，才能夠實現。總之，人人皆有社會的認識，不過因時代之不同，在程度上有些差別而已。也就是說，人都知道他是隸屬於人羣的，而同時亦知道自己的個別性。這並不是循因求果的說法，却的確是一種實驗的觀察。

世界上現在有許多社會的集團，過去亦常有許多社會的集團。參與社會集團的人們，既認識自己的個別性，同時亦知道自己與他人相聯繫的種種拘束。這種拘束是什麼？我們可以用一句話把他指出來。就現時言，這句話也許被人新奇的濫用，許多政治學家，雖

會多少破壞了他的信譽，可是依舊還是最適宜的。我們就是說：人是因為社會連帶（Solidarite sociale,）的種種拘束，而與其他之人互相聯繫的。為要避去「連帶」這個字起見，我們亦可稱之為社會互恃（Interdependance Sociale）。

這個社會連帶，或社會互恃，是不是包括一切人類而言？當然是的。不過這種拘束，還是很弛緩很不確定罷了。現時人類，尚區分為若干大小不等的社會集團，人們還只能夠體會著與其同隸於一集團之人，具有連帶的關係。能不能有一天，人類的連帶關係，吸收了一切地方性的，區域性的，與國家性的連帶關係，使人人自覺是世界上之一公民？我們希望這樣；不過這却只能在遙遠的將來，才能實現，德意志的敗北（譯者按：指第一次歐戰而言），已經是民族原則的勝利，人人已感覺與其所屬的社會集團的各分子，具有連帶關係，這縱使不是僅有的關係，至少是認為首先應有的。這種感覺，可算是於今為甚。

在歷史的過程中，一切社會集團，各具有不同的形式，其中主要的社會形式，是依時代遞變的。例如在游牧部落（Horde），人類營共同生活，却無一定的居處，彼此之間，

爲了共同防禦與共同生存上的需要，便互相結合。在家族組織（Family），除由共同防禦與共同生存而生之連帶關係以外，復加上一重血統的聯繫，與共同的信仰，所以這種集團，較前者更爲完整。市府的集團（City），是由許多同淵源，同習慣，同信仰的家族所組織；而民族（Nation）則係近代文明社會之特有的典型，其組織的因素，甚爲複雜，如法律、政治、語言、宗教、習慣之一致，以及戰爭勝負之休戚與共皆是。

不同各種社會的形式，在過去是怎樣的紛歧，以及在將來有怎樣分歧的可能，且值時代與地域的關係的不同，在同一社會集團，分子間互爲結合的連帶拘束，是怎樣的複雜而著變，我們却相信社會連帶的關係，總會歸結到下述的兩個基本的而且不能再爲減約的要素。在同一社會集團的人們，其相互之間，所以能發生連帶關係的原因，第一、因爲人們有共同的需要，這種需求，只能夠在共同生活之下，才可以獲得滿足；第二、因爲人們又有不同的需要，而其技能又各互異，爲求這種不同的需要之滿足，唯有努力於各種互異的技能之運用與發展，以互相交換其服役。第一種連帶關係，謂之同求連帶（La Solidarité）。

te par Similitude) 第二種，謂之分工連帶 (La Solidarite par Division du travail)。

這兩種的連帶性，因時代與地域的不同，可以演化為無窮盡的差異方式，而且彼此之間，這一個還可優越於那一個，但若就任何一種社會，予以體察，我們便能明瞭，這同求連帶或分工連帶，就是一種維持團結的實力 (Force)。故凡用以團結社會各分子的連帶拘束，愈求得緊密，則社會便愈見強固。此外，我們就觀察所得，還能顯示分工連帶，已隨着進化，而逐漸擴大，至於同求連帶，反退居第二位了。良以技能的各殊，需要的互異，以及希望的不同，人與人之間，增加了更多的差別，其結果，服役的交換，愈見頻繁，愈見複雜，從而社會連帶的拘束，更加強而有力了。

謹按 Durkheim，在其名著社會分工論 (Division du travail Social, 1893) 中，曾首先確定社會連帶之奧妙的性質，並能指出其兩種基本的方式，即同求連帶與分工連帶是已，唯渠稱前者為機械的連帶 (La solidarite Mecanique) 後者為有機的連帶 (L

solidarite Organique)耳。Durkheim氏對於這個問題，曾為深刻的研究，其著作中雖有一二微細的地方，也許不無可以批議之處，但其概括的結論，我們却認為無可爭執。

(七)以社會連帶為基礎的法律

社會連帶之存在，與其性質及範圍，既已確定，那末社會連帶為什麼會成為法律的真實基礎，便容易指出了。人們營社會生活，且只能營社會生活，而社會亦只能藉這種團結各個構成分子的連帶關係，以維持其生存。是故因情勢所逼，自然會產生一種行為的規範，強弱社會的人們，對之服從。這行為的規範，可以概括於下列的公式之中：即凡屬侵害社會連帶——不管是兩種方式中的那一種——的行為，都不許做；反之，凡是實現或發展這兩種機械的或有機的社會連帶的行為，都應該做。一切法律，都可納入於這種公式之下，而實證法之能成為正當的法律必須是實現這原則，或者是發展與運用這原則然後可。

這種行為的規範——法律規範——淵源於社會連帶，亦即以社會連帶為其楷模，並且在我們看起來，行為規範與社會連帶兩者的性質都是一樣。行為規範，亦同時具備們別性

與社會性，與社會連帶、正復相同。法律規範，自其基礎言，是具有社會性的，因為他只能存在於共營社會生活的人羣之中。法律規範，又具有個別性，因為他蘊藏在人們的個別意識（Conscience individuelle）之內。至關於社會意識（Conscience Sociale）的種種假定，我們應該一律排除淨盡。規範亦是有個別性的，因為他只適用於個人，而且祇能適用於各個人。行為規範，僅可預制有意識有思想的人類，自古迄今，我們還不能證明人以外的其他生物，亦有意識與意思。

法律規範，正因為具有個別性，就不能不有差異。這就是說，法律規範，係預制人人，都為社會連帶關係而共同努力，固然人們都有其同樣的法律規範，但是因人們的技能與身分，各有不同，其對於社會連帶的個別努力，當然只能適用各種不同的方式，是故法律規範亦只得就各種不同的義務，以強調各人而為履踐。如此說來，便可指出那遠流行一時的觀念——尤其是某時期內的法國——認個人的平等，為數學上的平等，為何等偽謬。

法律規範，是永久的，而同時又是變動時，任何社會，不能缺少連帶關係。營社會生

社會人類，其一切行爲的規範，都是命令人們對於這個連帶關係，應爲共同的努力。凡百社會關係，都是同求與分工的關係，這在過去如此，現在亦復如此。就這一點言，可知法律規範是永久的，且其一般的內容，亦是不變的。但同時同求連帶與分工連帶，現今所表現的與過去所表現的各種方式，能夠變化無窮，過去已經變化無窮，將來亦必變化無窮，法律規範，在他的適用上，亦與社會連帶的方式一樣，從前已經起了變化，將來亦必有其變化。我們所思維的法律規範却並不是一種理想的，絕對的，而爲人們必須向着她日相近的規範，是一種轉變的，時常更易的規範。法學家的使命，乃在發明何種法律規範，足以正確地適合於某一社會的組織。就此以言，且徵吾人之法律規範的概念，是建築在社會連帶關係之上，與自然法——即所謂理想的絕對的法律——之流行概念，根本不同。

法律既以社會連帶爲基礎，那末權利的概念，自可直接地，邏輯地，推演出來。人人既然都是受法律的強制，共同努力於社會之連帶關係，則人人致力於社會連帶的一切行動，必須有權利去履行，同時在完成其所負的社會使命之際，亦必須有權利去阻止一切外

來的障礙。營社會生活的個人，誠然保有各種權利，但這種權利，決不以其人的資格而取得的特權，這些權利，却無非是種種的權力(Des Pouvoirs)。因為他是社會裏的人，應該履行其義務，並且有權利去克盡其義務，所以把這種種權力，賦與於他。於以知我們的見解，與個人法的概念，相去甚遠。凡強調營社會生活的人們之法律規範，並不以自然的個別的永不消滅的人權為基礎，却因為有一種法律規範，強備各人履行其社會義務的緣故，所以各人便享有種種權利，而這種權利，又是以各人應完成的使命為根據，而受限制。

自由(Liberte)當然是一種權利，但決不是以人的資格，應該享有這樣特權。自由之所以成爲一種權利，是因爲人負有義務，必須在可能範圍內，充分發展其個別活動的緣故。誠以個別活動，乃分工連帶之基本的因素，人固然有自由發展其活動的權利，但只能在其活動，對於社會連帶之實現，有所貢獻時，才有此種權利。自由之真諦，既然如此，可知自由係具有一種不可動搖的基礎，即所謂自由，不過是履行社會義務的自由而已。如後所述，我們可以知道，今日最受人攻擊的自由，例如關於教育的自由，從這個觀點看來

，就會成爲無可指摘的了。

至於所有權（*droit de Propriete*），在我們看來，其自身亦不過是一種權力，賦與事實上處於某種經濟地位的個人，俾得自由履行其從地位而生的社會使命。如有人堅持所有權是人的自然權利，認定各人既有活動的自由，應該有權將其活動之所得，收歸己有，則就邏輯上言勢必演爲共產主義，而承認一切勞動者，都應爲所有人，亦只有勞動者，才能夠成爲所有人。再者認所有權係自然的權利，則將無法解釋事實上各種所有權的存在，亦將無法限制其所有權的行使。個人的所有權應該認爲一個偶然的事實，是社會進化之暫時的產物，而所有人的權利，固屬正當的，但是應該受其所負荷的社會使命之限制，這種社會使命，則因各人所處的特殊地位而有不同。

謹按：以義務爲基礎的法律概念，在五十年以前，*Ameute Comie*於其所著的實踐政治（*Politique Positive*, 1890）一書第一卷第三六一頁上，有一段文章，很值得稱引：「澈底的改造，尤其是在於將權利變成義務。這樣，才能格外地使個別性，服從社會性。

除非認定一切的合法權力，都出於起自然的意志，才有純真的權利之存在。可是過去五百年的玄學上，却因為要反抗這種權力神授的理論，才採用了人權之說。而這種人權，僅具有消極作用，如果要給她一個有機體的功用，那末他們立刻就會現出其反社會性的本質來，而却在永遠擴張着個別性，其實，人各有其義務，並且對於他人有其義務，而沒有一個會享有純粹的權利。人只有履行其義務的權利，除此之外，便無所謂權利（Auguste Comte 在實證主義者的教義問答第十問（Catechisme Positiviste Dixieme entre-ien, edit, Pecaut, P.299—301）上，亦有一段文字，表示過同樣的意見，而所用的辭句，其強毅有力，並不遜於上述的一段。

照着 Auguste Comte 的主張，推論下去，的確可以達到否定權利（Droit subjectif）的地步。這個結論，我們所著的憲法學第一卷（Traite de droit constitutionnel. Tome I. 20 Edit.）中，已經予以詳細的演述，本書是一種概要的讀本，為避免用熟習慣上的混淆起見，依舊援用權利（Droit subjectif）這個名詞，可是還須聲明，我對於憲法

學第一卷中所持的見解，並不稍示讓步。

(八) 國家的概念

爲要把法律的概念與其基礎，較易於確定起見，我們在上面所說的，原是假定一個理想的社會，在這個社會裏，所謂政治威權，沒有絲毫的痕跡存在着，並且我們自信曾經證明過法律的概念，是獨立的，與政治威權，互不相同。但是據社會學家的論述，說有許多社會，雖則沒有留下政治差別(Differentiation politique)的絲毫痕跡，但亦可以見到人類社會，無論是最低賤最野蠻的，或者是最強盛最文明的，很明顯地表現着有許多人，對於其他之人，發布命令，並且在必要時，還要運用物質上的強制(Contrainte Matérielle)，執行其命令，這便是政治差別，歸納到最簡單的要素罷了。這些發布命令的人，就是治者(Gouvernants)，治者對之而發布命令的人，就是被治者(Gouvernés)。在這種社會裏，可以說有一種政治威權(Autorité Politique)，而這個政治威權，隨時隨地，有其精要的特性。

在原始狀態的游牧部落、政教威權、屬於酋長或一羣的元老，在市府組織的團體，屬於家族的族長，而在近代的諸大國家，則屬務複雜而程度不同的全體，這個全體，或者是多數的人，或者是多數的團體，例如諸侯、攝政、國王、皇帝、總統、國會等皆是。政治威權，是一種社會事實，種類雖多，而性質攸同，只有程度上的差異，却沒有性質上的懸殊。

國家 (State) 這個字，就其最廣泛的含義而言，凡一切人類社會，具有一種政治差別者——即如上所述，具有一種治者與被治者的差別之政治威權——，都可稱之為國家。非洲中部，共戴一酋長的各部落，與歐洲各大社會之擁有一高明而複雜的政府機關者。一樣的都是國家。但是我們必須即時說明，國家 (State) 這個字，還須保留着，用以指稱那些政治差別已達某一程度的社會。

(九) 國家的起源

國家的起源這句話，雖則並不十分正確，我們為遵從習慣起見，所以仍舊採用牠。其

實說起來，問題並不在研討國家的起源，這却確是統治權（*Puissance Politique*）是否正當的問題。在一切社會具有治者與被治者之差別的，就會有若干人命令其他之人，而運用物質上的強制方法，強人遵從。因此，人人腦海中，當其熱慮一切社會事件的時候，便引起這樣一個問題：治者以強制執行的手段，行使其命令權力，是否正當？人們是否應該服從這個權力？如果是這個權力是正當的，如果是人們亦應該對之服從的話，那末其理由何在？

自從幾千年以來，人們就討論這個問題，但是解決的途徑，絲毫沒有進步。關於這一點，我們却不必驚異。因為人們決不能證明，何以一個人，以其所有的某種資格，可以正當地享有一種權力，來運用力量，以強迫他人服從其意思。所以問題的解決，是不可能的。蓋祇以行使權力者其人的資格，或祇以這種權力的來源，作為根據，當然不能認此權力為正當，唯有依照這權力所施的事件之性質，才能夠證明其為合理。

對於解釋政治權力之起源的學說，固然是不勝枚舉，但不問其數類是如何繁複，見解

是如何紛歧，却可彙為二種範疇：一曰神權說 (Doctrines Theocratique) 二曰民主說 (Doctrines Democratique)。

(十) 神權說

凡是說有一種超乎人世的威權，常在于預世務，並利用此項見解，以詮釋政治權力，而證明其為正當的各種學說，我們概稱之為神權說。唯這種學說，却有一個不可補救的遺病，就是不合科學，這是為我們所見到的。因為這類學說，都是以一種超自然的力量之干涉，為立論的據點，確是超越科學範圍。不過這些學說，在政治思想史上，曾形成一個重要的原素，故亦頗饒興趣。為避免混淆起見，我們把神權的學說，分為二類，而依 De Varelles-Sommières 的用語，吾人得稱之為超性神權說 (Doctrines du Droit divin Supernaturel) 與天命神權說 (Doctrines du Droit Providentiel)。

超性神權說，認為有一種超越的威權，即所謂上帝者，不特創造一種自命如此的政治

權力，並且還指定一人或數人——例如繼統的王朝——於一定的地域之內，賦與以政治權力。

超性神權說，在十七十八兩世紀的法蘭西，最為盛行。所謂「法國國王之享有王國，乃得之於上帝或上帝之寶劍」這一個的筆調，是當時的老格式。國王或其法學家，常用這種格調，以反對教皇的要求。再者，法國的國王，頗喜援用若干神學家的說法，認加冕大典，是天主教第八種的聖事，亦即上帝以號令衆庶的威權，授與於國王的表徵。在路易十四的御著中，及路易十五的一件諭旨裏，純粹的神權學說，得到最完善的宣揚。路易十四的追憶錄 (*Les Memoires des Louis XIV*) 上有云：國王之保有威權，係替天行道。權力的淵源，出自上帝，而非由於臣民，上帝既授國王以權力，則權力之如何運用，爲國王者只須對上帝負責便可(參照 *Memoire de Louis VI*, Edit. Dreyss, 1860, IIP. 336)。在一七七〇年十二月有名的路易十五勅令的緒言中亦云：朕之克享王位，係得於上帝，故制定法律之權，專屬於朕，既不賴人協贊，亦不必分權授人……。

據 De Varelles-Sommier 氏的見解：在天命神權說，上帝之選定權力主體，並非其本身意思之超性表示，乃由於他領導世務及世人的領導權所決定。照這樣的解釋，天命神權說，固然認權力只能由上帝而來，但保有這權力之人，乃由於人為方法，而接受所權力，而此種人為方法，必須於永在而不顯現的神明指示之下，完成其任務。十九世紀初期，天命神權說，經 Joseph de Maistre 及 Bonald 氏，各為卓絕的解釋，於是在現代思想史中，獲取其重要的地位。

這種神學說，顯係不能解釋任何事件，並且因其確信人世之上，有一種可以覺得而且超乎自然的力量，永久不變地來相干預，具徵這些學說，很明顯地自外於科學的討論。但須注意，這些學說，依我們看來，仍舊不能必然地達到毫無限制的專制政權，此則與常人所深信者，適得其反。超性神權說，當然確認國家元首之秉有權力，直接受之於天，並且國家元首，僅對於神明而負其責，則就邏輯上言，這種學說，當然會把一切足以調和元首權力的其他力量，排除淨盡，那末宗教上的道義規律，足以限制上帝選擇的君主之極權之

一事實，在超性神權說中，我們將無從尋求其解釋。至於說政府可以受人民代表之干預，而限制其活動，以及凡規定治者應負責任之各種人定法律，亦得以存在，則與天命神權之說，却決不致於有所反悖。

如果我們假定有主權(souverainete)或命令權(Pouvoir de Commander)之存在，那末就會聯想到一種人的意思，可以超越於其他之人的意思，而且這個超越性，亦只有用超自然的威權之干涉，以資解釋。關於此點，唯有神權說，最合邏輯，這是應該首肯的。在下述民主說的批評中，將要充分的指明這一點。

(一一)民主說

世人有一個很普通的錯誤，以為民主說，就是自由說(Doctrines Liberales)，這種錯誤，我們應該很小心的予以避免。凡屬認政治權力，係淵源於社會之集體意思，而這個社會又須服從此種政治權力之一切學說，吾人均稱之為民主說。這種學說，蓋以為政治權

力，係其所統治的集體所創建，所以政治權力，自屬正當。Hobbes與J.-J. Rousseau，是民主說中兩位卓絕的代表，他們學說的終極之點，是承認統治權萬能，及無限調地把他人隸屬於統治權之下。

所宜注意者，民主說並不一定聯想到民主政體。關於此點，Rousseau 自己亦曾指明。政治權力源於人民的原理，與任何政體，皆可相容而不背。凡切合社會情勢，而可以用於這社會的政體，便是最優良的政體了。

十九世紀的人們，都優游於兩種政治學說之中，他們相信假若確認一切權力，皆出於民，並且建立一個直接民選的國會，則凡百事物，都可挽救，他們又相信，在宣告民主政體，為民主主義所必需的體制之日，即係建樹自由於不可毀滅的基礎之時。現代史實，却證明這兩種錯誤的思想，並且據現代史看來，凡屬應設法獲取各種嚴重的保障，以阻止政體的專擅行動之自衛動機，却是專為對於人民所組織的政府而發動。蓋唯有人民政府，始有自信為萬能的意向。人民既若要拿民選國會，來反抗君主的專制，那末，自然要有定個

人之不可觸犯的權利，來反抗國會的跋扈。

(一一) 民主說的批評

在現代法蘭西的政治法規中，仍舊保存着民主說的精義。一七八九年至一七九一年的立法，有兩條條文，把民主說，切實地形成一個概要。一七八九年人權宣言第三條載：「任何主權的原理，皆必然地寄在於國民的全體。任何團體，任何個人，非從國民全體，獲得明白的指示，不得行使威權」。又一七九一年憲法第三章第一條載：「主權，不可分割，不可讓與，且永不消滅，主權屬於國民全體，除國民全體以外，任何部份，任何個人，皆不得為主權之行使」。依某種政治學派看起來，這些規定，已成爲不可觸犯的信條，與宗教上神明所啓示的信條一樣，而且確然地永成爲我們政治法規中之現實原則。事雖如此，我們却不認許有任何信條，我們依舊還要評定其價值。吾人不難證明，這些所謂信條，是沒有絲毫的價值，主權在民一語，乃無稽的假定，尤其是一種無神實際的定則。

談到集體的主權，首先就要聯想到這個集體，必具有人格——即具有一種與人不同的意思，亦即具有一種意思，異於構成集體的各個人的意思——。這個却是未曾證明而且又是不能證明的一件事。爲的要想建立一個「公我」(moi commun)的存在，即所謂集體的人。Hobbes與J.-J. Rousseau，以及採用同樣理想的人們，曾假定一種「民約」(Contrat Social)的理論，以自圓其說，可是這不外是一種毫無實用的假定。因爲人們的腦海中，除非認定人們已經共營社會的生活，便不能產生契約的觀念，是故解釋社會之形成，由於契約，乃係一種循環論證，疵累甚多。再者，在一切社會團體的分子之間，即使認爲有默示的契約之存在，却依舊不能因此產生一種普遍而共同的意思，不能因此而產生一個公我。在同一集體的各份子，也許利用民約，以追求一種同樣的事件之完成，但亦不能證明，從這些各個別的意思之集成，就會產生意思，異於相與集成的個別意思。

假定有一個公同意思之存在，仍不能藉以證明這個公同意思，得以正當地強調各個個人對服從。即使認許政治威權，屬於人格化的集體，亦不能證明此種統治權，係屬正當。

有人說，集體的意思，超越於個人的意思；我們却要問：爲什麼如此？意思雖則集體化了，但依然還是人的意思。至於人的意思，可以強弱其他之人的意思，對之服從，這一點，我們却不能證明。或謂法蘭西的大革命，是把國民的神權，代替了國王的神權，這話却一不不錯。蓋以認集體之爲集體的緣故？所以能夠有一種正當的命令權力，這種說法，是玄學上宗教上的肯定，與認許國王的神權，並無二致。

「總之，人人爲全體而犧牲，就是人人不爲任何人而犧牲」。J. J. Rousseau自信可以用這樣的話，解決上述的困難，其實，誰不知道這話，純粹是一種詭辯？蓋所謂公同的意思，無論怎樣矯飾，只能用取決於多數的方法，以表現出來，而這種統治權，即所謂命令權，亦不過是屬於多數之人，這多數之人，強令其他少數之人，服從其意思而已。雖然，假定有一種多數，甚而多至全體中只缺乏一個，依舊未能證明！——這樣一個多數，得正當地保有權利，以強弱其他之人的意思，對之服從。認命令權歸屬於多數之人，也許事實上有其必要，但這樣的命令權，不是一種正當的權利，則可斷言。

國民主權(Souverainete Nationale)的原理，不特未曾證明，亦不能證明，並且這種原理，委實毫無用處。任何人不會比我們更加相信；倘若在一定地域之內，儘可能的範圍，使最大多數之人，參與於政治權力，確係一件優良而公平的事情，並且我們還要認定，社會的進步，旨在提高一般人的文化程度，而使參與政治權力的人數，常在增加上去。要而言之，制定一種有規則的與有組織的選權普及，是一種理想的制度，我們希望任何國家，都臻於這樣的境界。假使按照邏輯上的演繹法，能夠得到一種必然的結論，即所謂選權普及的認定，那末，我們也許可以擁護國民主權的原理，可是這一點不能做到，因為在國民主權的觀念中，所謂主權，並不是全體的個人意思之總和，不過是一個公同的意思，可以容納許多個人的意思，使之溶化在內。Moussetau 在民約論第三卷第一章中說，假定一個國家而由一萬個人所組成，則每一國民，各有萬分之一主權。他這句話，是自相矛盾的。蓋既然承認主權為不可分割，何以復依國民的人數，而割裂為如許之部份；既然認公我是主權的主體，何以又將主權給與國民全體所共有。

選舉上所得之真實性言，在國民主權說，唯有集體的人（*Personne Collective*），才保有主權，而構成集體的各個國民，則不能享有絲毫的主權，所以國民無權參與主權的行使。由此以言，選權普及，並不是從國民主權的原理中，演繹而來，則屬不刊之論。從國民主權的原理中演繹出來的唯一結果，只是必須講求一種最高明的制度，以探索國民的意思，但仍舊是絲毫不能證明這種制度，一定是選權普及。

當一七八九年國民會議（*Assemblée de 1789*），很莊嚴地宣布了主權在民的原則以後，復確認限制選權與兩級選權。國民會議，並未想到這樣的做法，已經破壞了主權在民的原則，具徵上述種種，確是真實不謬。國民參政會（*Convention*），固曾在一七九三年制定而未實行的憲法中，確認一種政治上的選權普及與直接選舉，但復於共和三年的憲法上，一方既確認限制選權與兩級選權，而他方依然在憲法上關於宣布權利部份的第十七條中，毅然決然地聲稱：「主權應屬於國民全體」。共和八年的憲法起草者，既然把選舉權完全廢除，而却仍舊宣言「法國西的大革命，繼續堅守革命發動時所認定的各項原則」（

參照：共和八年霜月二十四日執政宣言。要而言之，所謂國民主權的信條，對於全體國民參與政權這一點，始終沒有給與一個堅固的基礎。

Rousseau 於其民約論第一卷第六章上有云：「人人爲全體而犧牲，就是人人不爲任何人而犧牲」。又於同卷第七章云：「凡有不服從公同意思者，應以整個團體的力量，強迫其服從：這並沒有別的意義，就是要強迫他成爲一個自由的人罷了。」這種詭辯，使許多人的腦經裏，印入一種不祥的錯誤，以爲一旦承認了主權在民的原則，人民便取得了自由，尤其是以爲選權普及與當選之人，可以爲所欲爲，只要是他們的意思，皆可以強人服從。他們可以自作威權；依照 Jurieu 所說的話，「這種威權，可以使其一切行爲，皆爲有效，而不需具備任何理由」，法蘭西的大革命，爲保障個人的幸福，而反抗以國王的神權爲基礎之君主制政體，這自然是天字第一號的正當舉動，可是人們須當心，不要再採用以國民的神權爲基礎之民主專制政體，來替代君主專制。要知道，凡屬防止國民的會議，形成專制的各種保障，必須取得，而且要使這些保障，比之反抗國王專制而取得的，還要

強硬些。於主權在民的原則之下，不公平的事情，照樣能夠發生，這種不公平的事情，從前是國王所命令的，於是國民或其代表所命令的，其結果却是一樣。關於這一點，凡屬擁護國民主權信條的人們，實在太不注意了。

(十三) 國家自然的形成

凡上所述，具徵任何一種學說，皆是無裨實際。這些學說，都想就政治權力，予以哲學上的辯護，其實，政治權力，不過是一種事實，在其本身，無所謂正當與不正當，政治權力，是社會進化的產物，至於社會進化的方式與要素若何，社會學家應該予以確定與指明，本書雖則不想詳細研究這個社會進化的問題，但我們也可以就此指出其重要的階段，並證明其最爲活潑的因素。

在一切所謂國家的社會團體中，不問其爲最原始與最簡單的，或是最文明與最複雜的，我們總可以見到有一件同樣的事實，就是有些較強的，要想強令他們的意思，使其他的

人，對之服從，他們不但要想如此做，並且亦確能如此做。這些團體中，有的占據一定的地域，而有些不然者；有的曾被其他團體所承認，而亦有不然者；有些具備單純的結構，而亦有以複雜不同的份子相結合者。凡此種種，却都不關重要，只有較強者強人服從其意思的一事實，則到處皆是同樣不變的。這個較為強大的力量，在各種錯綜複雜的態樣之下，表現出來；有時是單純的物質上的實力，有時是道義上宗教上的實力，有時是精神上的力量，而有時最常見的，又是經濟上的力量了。經濟上的力量，固然並不是像馬克思學派之唯物史觀的理論，認為係政治權力的唯一因素，可是其在政治制度史上，曾經担负着第一流的活動，則屬無疑。要之，這種較為強大的力量，自古迄今，幾乎到處都不免為羣衆的實力，以後也許逐漸發展，卒成為有組織的社會團體之實力。

是故在任何地域，任何時期，凡物質上的，宗教上的，經濟上的，道義上的，精神上的，或數量上的較強者，都想強令其他之人，服從他們的意思，並且不但要想如此做，在事實上亦確實如此做到了。大凡清者雖歸是事實上的較強者，這不特在過去都是如此，現

在亦都如此，而且將來亦必如此。治者竭智盡能，總要設法，使這個較強大的實力，成爲正當的力量，但是他們除了造作兩種虛偽的理由以外，別無他法，而專憑着這兩種理由，却誰也不會墮其彀中。他們常自以爲是超性感權所委派到世上來的代表。在宗教信仰頗爲濃厚的時代與地域，這種神權思想曾經有過偉大的勢力；這種思想，頗適於迴護一切殘暴的苛政。但是在宗教信仰較爲冷淡的時期，如今日之法蘭西者，神權的思想，便不足以資解釋。況且我們曾經說過，對於抱着實證精神的人，這種思想，當然沒有討論的價值。於是復想像到一種社會意思的振盪。不問發布命令之元首，爲國王，爲皇帝，爲攝政，爲總統，不問籌劃國事，發號施政的，爲一羣領袖，亦不問爲國會的多數取決或是國民的會議，據云凡此種種，皆不過是集體意思的機關罷了。只有集體意思，才可以強個個人的意思，對之服從，正因爲他是集體的意見，所以能夠如此。吾人已爲證明（參照上述第一段），民主的思想，也如神權思想一般，畢竟是無神實際。所謂國民的神權，並不比國王的神權，較具有實在性。

所謂神權，所謂社會意思，所謂國民主權，一樣的都是些無價值的辭句，一樣的都是些詭辯，無非治者欲藉此以自欺欺人罷了。誠然，在某種時期，這些概念，固曾深入人心，因此之故，所以這些概念，確亦構成社會的事實，而不能不予以體察。不過社會學家深悉這種事實，形成了虛偽的信念，我們應該從這些信念中，探索出來那種簡單而基本的事實。這個簡單而基本的事實，在實證上言，就是有一種治者與被治者的差別；就是有些人可以對其他的人，頒發命令，且以物質上的強制，迫使服從；亦就是這個物質上的強制，為某種社會團體所壟斷；也就是強者的實力，支配着弱者的懦弱。

(一四)國家的目的與任務

政治威權，既然不過是一種事實，那末，人們自從有法律概念的時候為始，也就可以體會到，凡由政治權力而發布的種種命令，只有遵照法律，才能算是正當，而政治權力之能運用物質上的強制，亦只有藉此以保障法律的制裁，才算是正當。這種見解，應該特別

予以提出，且時至今日，尤感重要。對他人發布命令，誰也無此權利，不問是皇帝，是國王，是國會，或者是國民的多數，都不能以其意思，強人服從。他們的行為，只有遵照法律，才能夠強制被治者。因此，人們所常討論的問題，要明白國家的目的是甚麼，或者更爲正確地說，要明白政治權力的目的是甚麼？我們可用下述的方法，予以解決：政治權力，應該以促成法律之實現爲目的，亦即竭盡所能，作成一切足以保障法律威信的行為。國家固以實力爲基礎，但是這種實力，祇有遵照法律而爲運用者，始爲正當。我們雖不贊同 *Sharing* 所謂法律乃運用實力的政策，可是政治權力，乃是受法律支配的實力，則可斷言。

所謂國家的目的，就其本性上言，也就是法律的目的。國家的活動，只有遵照法律，才有所表現，亦只能在法律的範圍以內，始得有所表現，國家的行動，按諸邏輯，應視這種行動，在法律領域內所產生的效能，而爲分類，就其性質言，國家的任務，可別爲下列的三種：即立法任務 (*Fonction législative*)、司法任務 (*Fonction judiciaire*)，及行

職任務) Fonction Administrative) 等。

因執行立法任務，國家應表達法律(Droit Objectif)或法律規範。國家制定法律(Loi)，使治者與被治者，一體遵守，良以制定法，是法律(Droit Objectif)的表現，吾人深知法律(Droit Objectif)可以強弱一切集體的構成分子，不問為治者或被治者，均應受其支配。因執行司法的任務，國家對於違反法律(Droit Objectif)的事件，或關於特定而非永久的法律地位(Situation Juridique subjective)，其存在及範圍有所爭執時，予以裁判。在遇有違反法律(Droit Objectif)的事件，國家依其情形，命其賠償，或予以懲罰，或使其無效；在確認特定而非永久的法律地位之存在及範圍以後，國家使用其一切必要的方法，保障其地位的實現。因實施行政的任務，國家於作成狹義的法律行為——即所謂在法律(Droit objectif)範圍以內，而為干涉——的時候，便創設特定而非永久的法律地位，或者因而作成足以產生法定地位的條件之種種行為，此外，國家亦復執行各種屬於物質方面的事務，以保障公務(services Publics)的效用。

(五) 國家之法律上的構成

綜上所述，我們知道，凡是保有權力的人，應該服從法律，並且受法律的拘束；國家亦復如此。依照德文用語，這就是所謂法治的國家——法治國（Rechtsstaat）。尤其是在人們了解這個法治國概念的時候，在其腦海中，關於國家在法律上的構成，究竟是怎樣的，便會毅然決然地需要解答。這種需要，自然是很正當的，不過在這種情形之下，便發生一種學說，在今日仍為許多人所贊同，而我們可稱之為國家權利主體說（Theorie des *l'Etat sujet de Droit*），或國家法人說（*Theorie de la Personnalité Juridique de l'Etat*）。

國家是一個權利的主體。構成國家人格的諸要素，便是集體，與該集體所寄在的地域，及政府；這個擁有地域的集體，係由政府表達其意思。至於政府本身，是否亦係法人，政府是否係擁有地域的集體之受任人？或就反面說，是否只有一個人格者，即所謂國家

（與其稱為國家，毋寧謂為據有地域具備組織的集體），而政府則係國家之法定機關？這些問題，在目前還沒有甚麼關係。一言以蔽之，在這種學說中，認凡屬國家，都應該是法人，都應該是權利主體，構成國家人格的要素有三；即集體，地域，與政府三者是已。

這個法律上的人格，究竟應該怎樣予以說明？有的說，這不過是一種擬制，藉以解釋國家在法律上的構成，並確定一個統治權的主體（或受託人），而認統治權係一種權利（*Droit subjectif*）。有的說，國家——或者較為妥善些，稱之為集體，因為集體是國家的基本要素——，實實在在是具有意識與意思，吾人稱國家為法人，不過是證明其實在性而已。又有人說，國家的人格，並不出諸擬制，人們亦不能說集體係具有一個形體的人。其實，權利的主權，即所謂法律上的人格，根本不需要一個形體，所謂權利主體，原來就是某種資格，這種資格，係法律所創設，又為法律所特許，就邏輯上言，這種資格，並不限定專授與於自然的人。國家是一個實在的事實。是一個社會團體，亦即是一個集體的單位，這個集體的單位，並不是擬制的。一切集體的單位，亦與自然人一樣，可以享有法律

的人格，堪充作權利的主體。要之，國家是社會的團體，是集體的單位，也就是權利的主體。

無論學者的見解，是如何紛歧，歸結起來，無非認國家是一個法人，自始就是統治權（*Puissance Publique*）的主體。統治權係屬權利（*Droit subjectif*），是一種發布命令，並以強制方法迫令對之服從的權利。照法國公法學家所用的術語，通稱之為主權（*Souveraineté*）。不過如後所述，我們將要知道主權這個名詞，易滋合混，殊屬未妥。

國家既係法人，所以不但是統治權的主體，並且還享有各種財產上的權利。就現代言，關於財產上的各種權利，其數額及範圍，則與日俱增，這當然是因為在人類活動的範圍以內，國家的任務，逐漸擴張的緣故。國家既然是財產上的權利主體，所以同時又是財產上的債務主體。這些權利與負擔，綜合起來，構成了一個財產，而具有財產人格的國家，就是這財產的所有人。至於國庫（*Trésor Fisco*）是否另具一種人格，與統治權主體的國家人格，互有不同？關於這一點，學者間尚有爭論。

——真實的國家論——

國家人格說，具有一種不可救藥的瑕疵，這種學說，以循因求果的玄學上概念，作為立論的據點，師承着毫無價值的中古學院派的哲學，無拾其陳腐不堪的所謂本體論與性能論的概念，藉充其學說之關於法律上構成的基礎，自屬不合科學。國家之法律的構成，應該設法建立，這固然是毫無疑義，但是必須除去一切玄學上的渣滓，這些渣滓，都會棄棄着國家之法律構成的通路。法律的構成，必須是根據已經證實的事實以形成，才有價值，且其價值之高下，應視其與事實相符合之程度以為斷。我們亦可以換句話說，所謂法律的典型，務必能夠用抽象的辭句，表示社會的實在性——社會的實在性，便是行為規範或政治制度的基礎；，才有價值，而其價值之高下，則示其表示社會實在性之程度以為斷。所以國家的法律構成，若不是用抽象的方式，表示各種具體的實在性者，便毫無價值可言。但是國家人格說與主權權利說，關於這種條件，絲毫沒有具備。良以這些學說，皆聯想到國家是一個人格者，與組成國家的個人，顯有區別，並且以為國家的人格，依其本質，

應具有一種超越的意思，可以駕凌乎一切寄在某地域上之個人的或集體的意思之上，這個意思的超越性，便形成了主權權利。凡此種種，都是純粹精神上的概念，缺乏一切實證的現實性。

首先要說的，社會團體，是一種事實，我們決不蔑視牠的實在性，但我們不賦與以一種意識與一種意思，使其與各個人的意識意思，有所差異。在社會團體中，有一種強者與弱者的區別，強者挾其較大的力量，以強調弱者，而取得「治者」之稱號，這亦是一種事實。控調着治者與被治者的社會互恃，與強調治者使其負有一種運用較大實力，以實施法律的義務，這都是實實在在的。治者為表顯法律規範，或為運用法律規範，而制定法規，使人人對之有服從的義務，這是實實在在的，為保障治者或其官吏，按照法律規範而行的單獨行為起見，正當地使用實力；或治者及其官吏，為完成法律規範所賦與的使命起見，正當地使用實力；這都是實實在在的。為完成上述使命而設的種種制度，均具備固有的特性，這亦是實實在在的，至於這種種制度，我們沿用習語，轉稱之為公務（*services pub*

lios)。

總而言之，吾人所創設的國家法律構成，係在可能範圍內，緊緊的跟着實證的實在性，而舉凡屬於玄學上概念的集體人格與主權，一概予以剔除。就純粹實證的見地上言，國家之法律構成，包含六種要素；（一）特定的社會集體；（二）在這集體中，有治者與被治者的差別，（三）治者之所以爲治者，因其獨占着一個較大的實力之故；（四）保障法律規範而制定一切含有普遍性的規條，應該對之服從；（五）正當地使用實力，以實施一切依法執行的行爲；（六）一切制度或公務，均具有旨在保證治者完成其使命的特性，

綜上論述，足徵國家並不是具有人格的集體，而保有發布命令的主權者，國家是一種事實，即所謂在特定的集體之中，有強者與弱者的差別，強者制定法律，實施法律，並組織與統制公務。

我們的學說，是實在的而且實證的。照我們看來，國家不過是一種事實，我們可以說，人格國家 (L'Etat-Personne) 的概念，既可以代替財產國家 (L'Etat-Patrimoine)

的概念，亦可代替人格國家的概念。

是故不必說什麼國家的權力，與國家的義務，只須說治者及其官吏的權力與義務就是了。爲沿用習語，而且爲便利起見，我們亦將常用國家 (Etat) 這個字，但是不用說的了。在我們的原意，這個字並非指所謂集體的主權的人格，因爲這個人格，不過是一種幻想，我們却是指事實上保有實力的若干實在之人而言。

(一八) 國家受法律的拘束

我們既認定國家亦如個人，也是權利的主體，那末，就應該承認國家亦要受法律的拘束。國家不但是僅僅保有權利，並且還須受法律 (Droit Objectif) 或法律規範的束縛。總之，依照德文的用語，所謂國家，是法治的國家，亦即所謂法治國 (Rechtsstaat)。

所謂國家受法律的拘束，就是說國家以立法者的資格，爲法律所強韌，而應該制定某種法律 (Loi) 或不應制定某種法律 (Loi)。也就是說，國家制定了一種法律之後，只要

這個制定法 (Loi) 繼續存在着，國家本身應該為這種制定法所束縛；換言之，這種制定法，國家固然得加以修改或廢止，但只要其存在一日，國家便應該對之服從，其情形與國民之服從法律，並無二致；國家的行政人員，司法官吏，以及立法者本身，都應該援用制定法，並且僅能在制定法所指定的範圍以內，有所作為。此之謂守法原則 (Principe de l'écriture)。

我們既然說，國家為法律所強制，應該制定某種法律，或不應該制定某種法律，那末，國家這種義務，應該怎樣解釋？再者，因為有一種超越國家先於國家的不成文法律之存在，國家之法律上的限制，其根據又何在？

在承認個人自然權利的學說中，國家之法律上的限制，頗易理會。凡是一個人，皆因其具有人的資格，便乘有種種自然權利，這種權利，先於社會而存在，亦先於國家而存在，可以強制國家，對之尊重，而國家不得制定任何足以侵害此種權利之法律。蓋國家之所以為國家，其目的端在保障這種權利而已（參照一七八九年人權宣言第二條及一七九三

年宣言第一條)。是否應該更進一步說，國家爲法律所強制，應該制定法律，以保護這權利之完全實現，換句話說，承認個人自然權利的學說，是否認國家所負荷者，不僅是這種消極的義務，並且還有種種積極的義務？關於這個問題，容俟以後討論（參照本書第七段）

在實施刚性憲法的國家，尤其是頒布權利宣言，採取權利保障的國家，如法蘭西及北美合衆國者，關於國家應該負擔不應制定某種法律的義務，固然確已明白規定了，但是無論權利宣言，或者憲法，是如何的莊嚴，如何的明示，這種義務，並不是宣言或憲法所創設，宣言或憲法不過把這種義務，加以認定而已。總之。無論怎樣說法，在這些國家，通常的立法者，不得制定任何與權利宣言或者憲法相抵觸的法律，則可斷言。一七九一年憲法第一章第三節載：「關於本章所制定或爲憲法所保障的各種自然權利及私權，立法機關，不得制定任何法律，加以侵害或阻礙其行使。」不過即使沒有這些宣言與憲法，依照個人法的學說，任何國家，仍舊不得制定關於侵害個人自然權利的法律，惟有在必要時，爲

保障各人的權利起見，才能夠以法律限制個人的權利而已。

在我們的學說中，國家立法權限之法律上的限制，也是很容易理會。不過這種限制，只適用於握有權力的個人，却並不適用於所謂有人格的國家，這種限制，一樣的是很嚴格，並且還因為適用於握有權力的個人，所以特別的嚴格。治者負有法律上的義務，這些義務，乃建立於社會互恃的原則之上，此則與一切之人，並無二致；治者亦與個人一樣，都應該運用其固有的技能，為社會連帶關係，盡其服役的責任。就治者的定義上言，所謂治者，必保有某種社會內所有的最大實力，所以治者為法律規範所強制，應該運用其所能支配的最大力量，以實現社會的連帶關係。是故治者為求獲取這個結果起見，應該制定各種必要的法律。再用反證的方法來說，治者便不應該制定與社會連帶關係之發展相抵觸的種種法律。由此可見法律不特強制治者負擔消極的義務，而且亦強制其負擔各種積極的義務。

國家既已制定法律，那末，在制定法的存在期內，國家就應該予以尊重。國家固亦得

加以修正或廢止，但是只要制定法存在着，國家便不能不於這種制定法所規定的範圍以內，而為強制行為，或行政行為，或司法行為。準此以言，這亦是法治國之謂。就同一意義而論，國家亦是其自己所有的法院的當事人。國家可以充訴訟事件的當事人之一造，國家可以受自己所任命的司法官之裁判，國家亦應該就其對於自己所宣告的判決，予以執行，而與普通之人之受執行的情形無以異。至於國家怎樣受其自己所制定的法律之拘束，關於這一點，將留待以下解釋。

從前的法學家，認國王可以除斥制定法的拘束（*Leges solutus*）。這就是說，國王對於某種特別事件，可以避免制定法的適用（參照：Donat氏著公法論第一卷第二章第二節第六段及第一三段，第一〇頁及第一一頁，一七一三年巴黎出版）。自從法蘭西大革命以後，人們才始了解，而且認定，凡執行行政任務或司法任務的國家機關，對於執行立法任務的國家機關所制定之法律，在其有效期內，應該予以適用，其實，這種認定，乃個人自然權利說，在邏輯上之必然的結論。在個人自然權利說，認制定法之所以為法律，並不是

出於國家的意思，但是國家既已制定爲法律，則此權制定法，即應認爲以保護個人的權利，爲其目的。個人的權利，不特足以強令人人對之服從，即國家亦應予以尊重；是故國家之所以尊重制定法，實因爲國家負有尊重個人權利的義務之所致也。一切侵害制定法的舉動，應視爲對於個人權利之侵犯，因此之故，自應予以明確禁止。立法者的責任，就在於如何調整統治權力，務使其侵害制定法的危機，減至最低限度，並且遇有統治權力侵害制定法之情事，務使予以嚴厲的鎮壓。只要制定法存在着，任何國家的機關，都不得加以侵犯，即專以制定法律爲職責的機關，亦復如是。

雖然，即使不接受個人權利的學說，而贊同吾人所曾努力說明的社會連帶說，其在邏輯上所得到的結論，亦復相同。蓋制定法所具有的強制力，並不是淵源於治者的意思，乃是這種制定法，適合於社會連帶關係的緣故。所以制定法之嚴厲地強制治者對之服從，其情形與強制國民無異，因爲不問是治者或國民，都一樣的受這個基於社會連帶關係的法律規範之拘束，遇有國家的任何機關，或者更正確地說，遇有以某種資格秉有政治權力的個

人，即所謂治者或其官吏，侵犯制定法的時候，就應該視為侵犯了基於社會連帶關係的法律(Droit Objectif)。要知道制定法之所以保有強制力，正因其係表達法律(Droit Objectif)的緣故。而且在社會連帶的學說上，治者還須設法調整，務使侵犯制定法的危機，減至最低限度，並且遇有官吏侵犯制定法的情事，應該予以嚴厲的鎮壓。

(一七)公法

以上所述，已經把公法的基礎，樹立起來，並已確定了公法的範圍。凡屬適用於國家的法律規範，並且依照我們的學說，凡屬適用於治者及其官吏相互間的關係及其與人民的關係之一切法律規範，均稱之為公法。總之，所謂公法，就是國家的法律(Droit Objectif de l'Etat)，亦即律儒所謂國家法(Staatsrecht)。至於國家或治者，怎樣受法律的拘束，以及為甚麼要受法律的拘束，我們在上文已經論述矣。

公法亦遵從關於一般法律的形成立律與進化律。公法是先已蘊蓄於各個人的意識中，逐

漸向外發射。其發射於外者，最初則為習慣。在我們所創設的概念中，習慣不是法律的一種方式，乃是認定法律的一種方式。Davis與Fuchs的學派，認習慣係人民的意識所創造，我們却殊不以為然。法律祇能夠在某一社會中，自行形成，自行發展；法律固然是規定其營社會生活的人們，相互間的關係，但究竟是個人的意識所創造，不過認定法律，與實施法律，則係社會的而非個人的罷了。習慣誠係一種未臻完善的認定方式，却到是最先發見的認定方式。某種動作，經人歷久奉行以後，則每遇同樣情況，這種動作，便成為人們遵循的常規，亦即所謂習慣的規範（*Regle Coutumière*）。並不是習慣能夠使常規成為法律規範，乃是一種法律規範，藉習慣以表現於外部而已。

習慣於種種方式中，自行表現出來。在私人關係，習慣常借助於當事人所訂立的契約，而為表現。尤其是在所謂典型條款及法院的判例中所表現者，為最著稱。這些條款與判例，當然不能創設法律，而是一種認定習慣之最切實最簡明的方法。至於發現公法的習慣，則常見之於各項決議，各項宣言，以及治者與其官吏所歷久遵循的種種實務之中。畢

例言之，英國憲法的大部分，都祇由國會的習慣所認定，這種習慣的本身，原來產生於統治權力歷久遵循的實務之中。在法國的憲法，習慣固然僅佔一個次要的地位，但是如本書以後所述，亦可見到習慣的範圍，却依然是相當廣大。在公法的一部分，即所謂行政法之中，法規之由習慣所認定者，佔其大多數，而構成習慣之主要的因數，則為判例，尤其是法國行政法院（*Conseil d'Etat*）的判例。

在一般法律的進化中，現代的社會，可算是已經達到了一個階段，即所謂法律之表現，頗有賴於國家之制定實證法（*Loi Positive*）。我們曾經說過，國家之主要的任務，在於按照預定的體裁，或以命令的程式，或以公佈的程式，藉以認定法律規範，而同時尚須釐訂詳細的規定（即所謂施行法），以保證其實施。總之，公法亦和私法一樣，其表現的方法，在近世之最為重要者，首推成文的實證法。現時的法律（*Droit Objectif*），雖半是成文法，無論公法與私法，都是如此。

雖然，成文的實證法，決不是法律的全部，既不是公法的全部，亦不是私法的全部，

除採取立法途徑，以表顯法律之外，習慣仍舊繼續執行其重要的任務，並且有許多習慣的規範，還依然駕凌乎制定的法規之上。因此在成文法律與習慣法規之間，起了相反而相成的作用；關於此點，我們在這裏祇能略為指出，而不予以深論。成文的法律，固常能較為精確地表顯某種已為習慣所認定的規範，可是有時成文法上的若干規定，也許在制定之時，不能正確地適合於預料的情況，於是便引起了一種實務上的建立，這種實務，經過反覆採用，便復產生一種法律規範，而可認其為當初立法者所預定的。

——制定的憲法與普通的制定法——

在現代許多國家，所謂公法，大抵係由兩種制定法所認定，一曰制定的憲法，二曰普通的制定法。制定的憲法，係指廣義的一切規定政治機構的制定法，及吾人現時所討論的制定法二者而言，為避免混淆起見，我們對於現時所討論的制定法，特稱之為剛性憲法（Lois Constitutionnelles Rigides）。法、美、及其他許多國家，都是採用剛性憲法，而英國則祇有上述之第一種的制定法。實則制定的憲法，與普通的制定法，二者之間，僅有

形式上的區別而已。無非是說，某種法律的制定，必須依照特定形式，經過特殊機關的制定，而嗣後不能由普通的立法者，予以修正或廢止罷了。這種制定的憲法，通常對於國家一般的義務，以及政治的機構，都沒有規定。考這種制定法的特徵，專在於制定的機關，係具有特點，至於其對象若何，則無關重要。關於剛性憲法與普通的制定法，二者有怎樣的區別，我們將在下面，從長討論（參照本書第一三〇段至第一三三段）。

（一八）公法的分類

如前所述，公法或由習慣所認定，或由成文的制定的憲法及普通的制定法所認定，所以這些公法，自然地會分成若干部門，而各部門之間，亦無疑地必定互有關涉，不過為要把一切公法的規範，予以分門別類，吾人不能不先就此項規範，加以辨別。

首先要提起的，即為涉外公法，或稱國際公法，亦稱萬民法（*Droit public externe*, *Droit international*, *Droit des Gens*），凡適用於若干國家相互間的關係之一切法

律規範，均屬之。人們常將其區分為國際公法與國際私法之二大類，實則此種區別，不能存在；所謂國際私法，實即公法，蓋因為若干國家，就其本國立法所規定關於國民或其國內居民的私人關係，在國與國之間，皆可發生爭執，所謂國際私法，即包含若干適用於此項爭執的規範而已。國際公法，不屬於我們所討論的範圍以內。

與涉外公法相對立者，為國內公法，凡適用於某一國家的法律規範，均屬之。國內公法的第一部分，係包括一切適用於國家本身的規範，此項規範，規定國家應負的義務與應有的權力，以及國家內部的組織。關於國內公法的研究，應先設想國家尚未與其他之人，發生關涉，從而研討一切適用於國家內部生活的規範，或者更正確地說，就是研討一切逆用於治者相互之間及治者與其官吏之間的規範。這個國內公法的第一部分，其範圍非常廣泛。一則國為時至近世，已經達到了法治國家的正確概念，深知欲詳密而嚴格地確定國家之權利與義務，所應努力的主要目的，便在藉法律以限制國家；再則因為近代國家的任務，既日益繁重，而其內部的組織，亦日益複雜；有此二因，所以國內公法的範圍，亦進而

擴大。關於這個國內公法的第一部分，人們常稱之為憲法（*Droit Constitutionnel*）。但此則係指憲法一詞之最廣義言，而非指狹義的所謂剛性憲法。法語上憲法一詞，意義全混，殊屬未妥，固已如吾人所述矣，不過這個名詞，頗漸見流行，我們為從俗起見，故仍沿用此語，以為本書之命名，但須注意，本書是專在研究如上所述的國內公法之第一部分。

凡適用於治者相互間及治者與其官吏間之一切規範，既已確定，自應進而研究一切適用於治者及其官吏對外活動的種種規範。關於這個國內公法的第二部分，我們亦深知其頗為廣泛，而且因為治者應保證其活動及與其活動相適應的公共事務之必須完成，於是治者的活動範圍，從而日見擴充。人們都知道，為適應戰時的需要，國家的活動，已經達到了驚人的發展。

關於國家的活動範圍之陸續擴張，在歐戰以前，頗有人加以警議而表示遺憾，而亦有人深表贊同而予以鼓勵，因此對於這問題的爭論，一時頗為激烈，可是到了現在，雙方的

論辯，已經失却了對象，因為國家的活動之擴大，已成為一種無從反對的事實，不容你不承認，而且亦必須認定有如此的一種事實。國家的活動範圍，既已擴張，結果便增加了無數的法律規範。現代的人類，幾於無時不與治者及其官吏，相與接觸。從這種繼續不斷的相與接觸中，便產生了無數的法律規範；這些規範中，有的是成文的，有的是習慣的，公法的第二部分，即由這種種規範所構成。現代的各種法制與判例，尤其是法國的判例，往往很詳細地參與這部分，因為個人與國家，不斷的相與接觸之後，很容易釀成國家跋扈的危險，自然感覺到有設法預防的必要。

這部分的公法，範圍至廣，必須予以詳細的分別。依據國家的行政與司法兩種任務，為劃分的標準，我們認為是最合適輯的分類方法。至關於國家之強制任務，其實如我們下面所述的，並不是具有法律上特殊的性質，不過國家運用實力，以保障行政行為或司法行為之執行罷了，所以不必專為強調任務，另立一部分的公法。關於行政任務的實施，則有行政法（*Droit Administratif*），凡適用關於行政行為的効力，及公共事務的作用之一

切規範，均屬之。就現時言，這部分的公法，實至關重要。因其在各種社會生活的領域，如工會，教育，勞資關係等等，國家必須經常的而且敏捷的出而干涉，干涉之道，就是利用行政行為。國家為完成其使命起見，常需要鉅額資本，這種資本的籌措與管理，亦唯有利用行政行為。時至今日，人們一致承認國家對於國內的貧苦殘廢與衰老之人，負有救濟與保護的義務，而且一九〇五年七月十四日的法律，亦曾規定了這項義務，那末，國家亦唯有利用行政行為，藉以履行其責任。因為行政法的範圍，是這樣的廣泛，所以習慣上常將其分成若干部門，即如財政法，工業法等是，我們並且希望，關於公共救濟的立法，不久可以出現。一九〇五年八月一日法令規定，大學法科，應添授工業法及財政法，一九二二年八月二日的法令，更明定財務立法一學科，為法科學生必試之科目，自屬正當。

公法之最後一部分，即係適應於司法的任務，而包括一切關於實施司法任務的規範在內。唯在法國，因為關於司法的任務，其組織特殊，並且因為行政官吏，對於司法事件的受理權限，頗為廣泛，所以一部分關於審判法，即所謂行政訴訟法，亦屬於行政法的範疇。

• 在其他的許多國家，情形亦復相同。雖然，我們若把審判法(Droit Juridictionnel)視為公法中的另一部門，則敢信為最合邏輯。不過「審判法」這個名詞，還沒有人採用過，此中理由，最易了解，就是實際上這部份的公法所包括的規範，大抵在國家因審理民刑事件，予以適用，而作為干涉的手段，並且又因為這些規範，構成近代立法上之兩大分枝，即所謂訴訟法(Droit de la Procédure)及刑法(Droit Criminel)是已。關於這兩種法律，其研究的目的，與教授的目的，雖各有不同，但就邏輯上言，却都應屬於公法範疇。

(一九)公法與私法

與公法相對立者，是為私法，凡適用於私人關係之成文規範或習慣規範，均屬之。這種公法與私法的區別，自古已然。羅馬的法學家，已有為此種分類者(參照：Digen L.1.32. Digeste, De Justitia et Jure, 1.1. Institutes. 1.4)。

法國各大學法學院，鑒於法學科目之目見增多，因而採用上述的分類原則，將博士班

分爲公法系與私法系。

近今有一種學說，或者說是一種趨勢，頗爲人們所信任，我們要使讀者特予注意。這種趨勢，要想建立一個絕對的分野，使公法與私法之間，鴻溝劃然，並且認定凡屬於私人相互間的關係之一切概念，說或以之應用於治者與其官吏相互間，或治者及其官吏與私人之間，那便不會相宜了。這種思想的出發點，以爲私法是一切適用於彼此平等的私人間之規範，若藉此以確定公法上的關係，自屬無由援用，良以公法上的關係，產生於兩個不平等的人格者，即一方爲國家或其他公法人，而他方則爲私人，一方得對於他方，行使其優越的權利，亦即駕凌乎他方的實力之上之權利。

像這樣的區別公法與私法，我們不能贊同。我們否認國家人格與國家主權，我們不能理解，在所謂具有主權的集體人格，與該集體人格對之得強使服從其意思的人民間，彼此所發生的關係，會另有一種規範，足資適用。我們贊同 Seydel 的見解，認主權的概念，與法律規範可以限制主權的概念，兩者不能並立。唯關於這一點，我們並不欲有所深論。

就吾人所見，治者亦與其他之人一樣，都是圓顛方踵的個人，治者之應受社會連帶的拘束，亦與其他之人無殊，所以治者亦應該如一切社會的構成份子，必須服從以社會連帶為基礎的法律規範，並無二致。在治者與被治者的關係中，以及在被治者相互間的關係上，祇有一種法律規範，並且亦祇能夠有一種法律規範，而且是永遠一樣的；就是所謂共同努力於社會連帶關係而已。由此以言，具徵公法與私法，皆係建樹於同一基礎之上也。

縱使認法律規範的基礎，不是建立於社會連帶的關係之上，而是建樹於個人主義的概念之上，但其結論，亦復相同。在個人主義的概念中，成文的或習慣的法律規範，一樣的可以強制治者與人民，對之服從，因為這些法律規範，都是旨在保護個人的權利，從可知公法的規範與私法的規範，皆係建立於同一原則之上，則屬無疑。

祇有承認國家可以創設法律，才能夠認公法與私法，具有不同的基礎。倘若如此，那末我們只得認私法的基礎，是國家對於人民所發的命令，而公法的唯一基礎，則係國家以自己的意思，對於自己的權力加以限制。這樣一來，公法與私法，固然可以建立於兩個不

同的基礎之上，但是這種學說，應該予以排斥，因為牠不能建樹一種嚴正的模範，足以使國家必須受法律的限羈。

人們常云，研究公法所應具的精神，與研究私法所應具的精神，並不一樣。其實，我們不能了解，這些話究竟是指什麼而言的。我們相信，所謂研究法律應具的精神，無非是正義的精神。研究私法之須具備此種精神，固為任何人所深信，然則，難道研究公法，就應該另用一種精神嗎？此則為吾人所不敢置信者。

或謂研究公法的方法，與研究私法的方法，並不相同。關於這種議論，我們以為恰如上面所述者，同樣的不能使人了解。法律是一種社會的科學，社會科學的研究，端賴於觀察的方法，不過觀察方法，尚須採用一種有力的原素，即所謂演繹法的假定，以資補充而已。古典派論理學，早已指示了這方法，認為可以適用於當時所謂倫理學與政治學，即今日所謂社會科學之研究，名稱雖改易，而內容則使同。研究一切的社會科學，只有一個方法，研究公法然，研究私法，亦莫不然。關於私法與公法的研究，如果採用兩種不同的方

法，則必有一優一步。

又有人說，公的法律行為之性質，與私法的法律行為之性質，迥不相同。在法律行為由於國家的官吏所作成時，則便因為所表達的意思，具有特性，所以法律行為，即因此而亦具有特殊的性質。尤其是在單獨的行為，則所謂威權上的行為或統治權上的行為，最能顯示其特殊性，在這種行為之中，法律地位，特由於公法人的優越意思而產生，並且這種單獨行為，在私法上，不但無從比擬，而亦不能比擬。人們復謂，行為的特性，在國家所作成的契約上，一樣的可以看得出來；這種契約，會成為公法的契約；不能對之適用私法的規範。法國行政法院的若干判例，及德儒Laband與O. Mayer二氏，常述及關於公法上的契約。

這種見解，我們必須毅然地予以擯斥。法律行為之性質若何，固然尚待釋明，但是我們不能理解，為什麼因作成該行為之人有不同，致其性質，互相殊異，法律行為，係一種意思的表示，意思一經表示，就會發生法律上的效力，這正因為意思表示，係在測定法所

設定的範圍以內，並且合於調定法的目的故也。凡屬法律行爲，總是具有這種特性。至於契約，亦必保有其契約的特質。在我們聽到談論公法上契約的時候，我們只能夠相信這是一種微妙的巧辯，藉以解釋公法人之應享有司法上的或非司法上的種種特權而已。

話雖如此，我們仍舊保存古典派的分類法，區別爲公法及私法兩大類，不過我們以爲這種區別，其實祇有關於法律的調裁上，可以存在於已。吾人所認定的，固然僅有這一點，而論其區別的實益，則仍屬甚鉅。就國家的定義言，國家乃獨佔着某特定地域內的一切強調權力，因此，凡適用於國家以外之一切之人的法律，國家才可以保證其獲得調裁，而且亦應該保證其獲得調裁。至於公法，乃國家本身的法律，而專適用於國家也。

以上所述，尙不能使人理解公法怎樣對於國家，可以發生直接調裁的方式。一切公法上的規定，固能課國家以種種的義務，但是不能運用強調力，使這些規定，獲得直接的調裁，因爲國家本身就是強調力的保有人，國家不能對於自己實施強調力，由此推論，可知如上所述之廣義的憲法，其一切規定，皆無由取得直接調裁的方式，但須注意，這並不

是說憲法上的規範，不具有真實的法律規範之性質，關於這一點，我們與一般人的見解，頗有不同。某種規範之所以成爲法律規範，並不一定具有受強制力直接制裁的可能性，在違反規範時，即會引起社會的反動者，這種規範，便是法律規範。

Jhering 自己亦曾說過，一種法律規範，只要能夠使其受心理上的強制制裁，便可以成立（參照：法律目的論第一卷第三六八頁）。這種制裁的方式，當然可以適用於憲法的規範，憲法的規範，旨在確定國家的義務，並規定國家的內務組織者也。憲法規範，雖則不能爲強制力所直接制裁，但僥倖不失爲規範的性質。唯因其不能爲強制力所直接制裁的緣故，所以吾人應該設法，使握有統治權力的人，所釀成之違反憲法的危險，減至最低限度。政體技術，在這方面所想到的種種方法，例如權力或任務的劃分，高級法院之設立，凡此等等，吾人將詳述於後，不過無論這些方法如何巧妙，畢竟不能夠保證憲法之確實的制裁。人們常謂只有依賴實施憲法的人之忠誠信實，憲法才能維持其尊嚴，其說自屬有理。

關於行政上的公法規範，亦與憲法規範一樣，具有一種特殊的性質，這種特殊性質的來源，就是由於保證法律地位的實現之所採的各種方法，具有特殊性的緣故。假若有一種法律地位，牽涉到國家所負擔的義務，那末，這個主動的一造，對於國家，便無由利用強制執行的途徑，而只能夠靠着國家的協助，始可實施強制執行，可是國家不能對於自己，運用其物質上的強制。因此，產生一種規範，這種規範，一方係表示法律上的意義，而他方又為一種確然的事實，就是說：「任何人不能對於國家，實施強制執行。」人們想盡了各種方法，用以解釋這個規範。例如說，國家必係忠實可靠，且常有清償能力，用不着對他採取強制執行的辦法；又有說，私人不能採用強制執行的辦法，以對抗國家，致公共事務的效能，因而蒙受障礙。這樣的解釋，當然都是確當，不過還有一種主要的原因，就是國家既然獨佔了強制力，那末，這種強制力自然不能用以對抗本身，而因有這個事實，所以法律地位，獲取一種特殊性質。

反之，假定認國家担任一種主動的任務，那末，國家亦必因其性質的特異，而取得一

種特殊的地位。在某種法律關係上，享有利益的私人，欲藉實力，以資執行，則必須求助於國家；又如對於這種法律關係的存在及範圍，有所爭執時，亦必須嚴格地經過國家司法上的裁判，認定其繁爭的法律關係之存在及範圍以後，才能夠運用實力而為執行，國家在某種法律地位上享有利益者，則同時為實現其法律地位起見，又係物質上的實力之保有人，於此情形，國家得毋庸顧及被動的一造之異議，可以任意地進行運用其強制力。國家是強制力的保有人，所以國家又有預先執行的特權。國家之目的，端在實施法律，在國家主張某種於其有利的法律地位，係屬存在時，則其就此項利益，預先執行，自不能不認為完全正當，Hauriou氏稱之為先取利益（*Be'ne'fice' du Pre'alable*），洵屬允洽。至於利害關係人，對於國家所作成的行為，保有申訴的權利，以及對於國家官吏之冒昧的執行，得以請求賠償，皆係當然之理，不待言也。

要而言之，公法與私法的區別，自屬合理。但是對於這種區別，不能予以其所不應有的價值。研究公法與私法，應採取同樣的精神，與同一的方法。關於公法上的制定法，真

關於私法上的調定法，都是建立在同一的基礎之上。公法上的法律行為，與私法上的法律行為，均係由於同樣的要素所構成，所以畢竟具有同一的性質。不過公法上的調裁，與私法上的調裁，不能站在同樣的條件之下；公法上的地位之實現，與私法上的法律地位之實現，其情形各殊，公法與私法的不同，即在於此，而亦以此點為最重要。

憲法精義

本論

第一章

國家論

第一節

國家的要素

(二十) 社會連帶主義的國家原理

認國家係具有主權的集體人格之說，迄今雖尙占優勢，然而我們却不能予以贊同。這種學說，是以毫無價值的玄學上之概念，爲其立論的據點：既認爲所謂集體的人格，係具有意識與意思，又以爲主權，亦即所謂發布無條件的命令之權力，係屬於這個集體的意思。就法國各種權利宣言，革命時期的各種憲法，以及一八四八年的憲法上所表現者而言，這個認國家係具有主權的集體人格說，依舊還是法國公法學之基石，可是事實勝於條文，無論制定法是怎樣的莊嚴，法律總是含蓄在社會的實在性裏面，而非寓於制定法的形式之中，現在我們要專一的利用各種由於社會實在性所供給的資料，藉以探討國家之法律上的

構成，至於一切玄學上的概念，應予排斥。

在國家之法律上的構成中，第一個社會性的要素，當然是集體（Collective）。談到國家這個事實，就會聯想到有一個人類的社會，亦即所謂社會的團結之存在，而在今日已經達到某種文明程度的地域內，各種社會團結中之最普通的形式，當然是民族（Nation）。我們不否認民族的實在性，我們從來沒有否認民族的實在性，我們所否認者，祇在於所謂具有意識與意思的民族人格之存在而已。如果人們要說民族是國家的要素，那末，這並不是說民族是國家的人形（這種說法，是純粹的中古學院派的見解），却是指民族是國家之精神上與社會上的境域而言，就此境域，便發生國家之一事實。

國家之第二要素，便是我們所謂治者與被治者的差別（Differentiation entre les *Vernants et Gouvernés*）。在一個社會的團結中，一切之人，可分為兩類，有一類的人，比之另一類的人，保持着較大的實力，在事實上，這一類的人，憑藉其較大的實力，得以強令那一類的人，服從其意思，所以我們可將其歸結為兩個簡單的成分。第一類的人，

就是治者 (Governants)，第二類的人，就是被治者 (Governed's)。這種較大的實力，可以作成各種變化無窮的不同方式。在原始的社會，牠便是物質上的實力，或者是以宗教的信仰為基礎之精神上的力量。在現代最複雜的社會，這種實力，其自身就極為複雜。往往是夾雜在同一社會中，而為各種不同的外觀所掩蔽，可是實力總歸存在着，而且只有由於各種社會實力所組成的政府，才算是真正強健的政府。邏輯上的規律，使我們不得不運用抽象的辨證法，而使治者與被治者這兩種精義，互相對稱。可是這却是正當的，因為這不過是兩種無可爭議的實在性，藉抽象的辭句，予以表顯而已。

凡是治者，都是些具有意思的個人。然則，這種意思，當其發表於外部時，是否具有有一種特別的性質？換言之，這種意思，是否有一種特殊的本性？對於這個問題，古典派的法權說，常予以肯定的答覆。但是這種學說，是站不住的，因為其所肯定者，無非是說有些人的意思，係有超越的本性，駕凌乎他人的意思之上，這明明是表現一種玄學上的肯定，就實證科學言，洵屬無從接受。是故，主權的概念或統治權的概念，都應該予以擯棄。

。治者的意思，乃國家之一要素，固屬無疑，可是這並不是因為這種意思，具有特權，可以發布命令，強制被治者對之服從。這個道理，本來是很簡單，就是因為治者保有較大的實力，只是治者的意思，係合乎法律，便得正當地運用這個較大的實力，以強制其意思之實行。

由此而言，我們就會見到，整個國家的基本要素，即係這個較大的實力。這個實力，固然有時是物質上的，有時是精神上的，可是即使是精神上的實力，亦必藉強制力以資顯現，只在治者於事實上得以強制方法迫令被治者服從其意思，才會有治者與被治者的差別，亦只有在這個條件之下，才會有治者與被治者的差別，是故，只有在這個條件之下，才會有國家。

但是治者的意思，與其強制力，就其目的而言，應有一種限制，這種限制，即在依照法律規範而組織並統制的一切公務之上。除此以外，尚有一種領土上的限制。因為文明的社會，只能在特定的領土上而有所設施，是故在研究國家的要素中，公務與領土二者，

應占一席之地。

(二一) 民族

我們曾經略為指出（參照本書第六段），在各種人類的社會，達到了一定的文明程度以後，隨時代的推移，就會表顯出三種主要的方式，即所謂家族組織，市廛集團，及民族是已。現代的民族，便是各種政治的集團之普通方式，其自身即係許多市廛集團的聚合體，亦猶市廛集團之為若干家族組織的聚合體一樣。但須聲明，這種現代民族的概念，其定性較實在性為濃厚，就事實言，現代的諸民族，都是些複雜萬狀的社會結構，並且由於各種的要素所組成，而這種種要素，自有待於吾人闡明其原委者。各種民族，皆由古代社會遞變而來，都曾經過封建社會的階段。至於這個封建制度，曾經統御了整個歐洲，垂數百年之久，而且在我們的思想上，以及我們現代的種種制度上，都曾受其深遠的影響，雖感染於無形，却固結而難化。封建社會的各種要素，在於種種不同的原因之下，相與凝結

，相與組成，這種種不同的原因，我們固不欲予以研討，而封建社會的各種要素，依地域的情形，或遲或早，總會產生了現代的民族，則屬無疑。

於茲有一問題，關於民族的聯繫之產生與維持，其主要因素，究竟是什麼？人們常說，這是政治威權的公同關係，種族與語言的公同關係，以及宗教信仰的公同關係。這種種不同的因素，固然或者是同時地，或者是分別地影響到民族聯繫的產生與維持，可是沒有加一種因素，得專靠着自己單獨的力量，造成了民族的連帶關係。關於這一點。有許多的事實，可予以充分的證明。

不過政治威權的公同關係，法律的公同關係，語言宗教的公同關係，以及種種天然的界限，僅係次要的因素，若論民族統一的基本要素，尚須於各種習俗，各種需要，與各種希望的公同關係中，予以探討。語云，在整個人類之中，死者的創造力，較生者為尤大。民族亦然，民族的形成，恃乎死者的力量，也較生者為尤甚。對於戰爭的回憶，對於得勝凱旋的回憶，尤其是同罹於敗北的悲慘之回憶，在人人之心坎中，都會造成而且堅定一種

民族連帶的意識。我們只要提起一件事，便會知道：百年戰爭，以及百年戰爭所遺留於法蘭西人意識中之永矢勿忘的回憶，是形成民族情感最活潑的原因之一。在一切國家，歷史遺傳下來的共同思想與言行，確乎占據重要的地位，所以Fobius說，民族是一種歷史的形成，洵屬不刊之論。

對於各種現時的共同希望與需要，對於同一民族的人們，在宇宙間，應該作共同活動的感覺；以及對於共同的思想，共同的精神上與物質上的資源，必須加意保衛，凡此種種，均足以維持民族的凝精力，且能使其繼續增進，迄無已時，歐戰中所發生的各種事故，都是上述種種之顯明的例證。

再者，凡屬同一民族的構成分子，彼此之間，以受着分工連帶的種種拘束，而相與結合為尤甚。又因其構成分子，素相接近之故，相互間更其能夠很便易地，時常交換其各種不同的技能所作成之一切服役，這乃是自然的趨勢。

民族固然是政治集體之一種現代的普遍的方式，可是民族結合，並不排除舊有的家族

組織與市府集團等社會方式之存續。民族的構成分子，同時亦可為家族或市廛之一員，但是不管人們表示遺憾與否，究竟不能不承認，在現代的民族結合之下，素來認為社會集團的家族組織，却正在分崩離析之中，而現代的鄉里閭閻，因為種種無待研究的理由，確已無力在民族內部，建立各種堅強凝固的小團體。

但是同時，有許多其他集團，代之而起。各種職業團體（Corporations, *Professionnelles*），把人們圈聚在一種嶄新的社會階層之內。在現代的民族內部，尤其是在法蘭西民族內部，凡屬基于職業的，工商業的共同利益上，或基于科學的工作，或基于藝術上文學上與其他事物上的共同關係，以及基于互助的約定上而形成的團體組織，在最近三十年來，是一種最為顯著的社會事實，不容有所爭辯。立法者不能忽視這種事實，而且他們所制定的法律，例如一八八四年關於同業公會（*Syndicats Professionnels*）的法律，一八九八年關於團體互助（*Societe de Secours mutuels*）的法律，一九〇一年關於普通社團（*Associations en General*）的法律，以及因結社運動的創議而制定的一九二〇年三月

十二日關於同業公會的新法律等等，都是跟着這種事實而來，並且加以鼓勵，予以指導，而給與一種特別顯著的表現。

民族結合，確是一件現實的事情，我們從來沒有就此有所爭執。這種現實性，包含在遲滯的或者互恃的拘束之中，這個互恃的拘束，在一種特殊緊密的狀態之下，使令同一民族的構成份子，互相結合起來。但是我們不能言過其實，超越了實證觀察的範圍，陷于玄學上的設想與肯定之中。這就是說，我們毫無遲疑地對於有些學說，應該予以排除，因為這種學說，都承認有所謂民族的意識與意思，因而肯定民族具有一種人格，與其構成份子的個人，顯然不同，並且說這個人格者的意思，便是民族主權（*Souverainete nationale*），民族主權的本身，便是政治力量，也就是命令各個人的權力。

我們不能因看見在民族之中，有大多數的個人，于同一時間，作同樣的思維之一情形，便承認這種種思維的寄在者，係一個特殊的本質，即所謂民族意識，或民族靈魂也者。實證的心理學，已經斷然地拋擲了個人靈魂的概念，而以之歸入于宗教的信仰範圍之內，

我們實在不能了解，在政治上怎樣可以維持集體靈魂的概念。

要之，民族不過是一個簡單的精神上與社會上的境域，在此境域之中，發生了國家這個現象，也就是發生了治者與被治者的差別而已。祇有在這種意義上，我們可以說民族是現代國家之一要素。現代文明的人羣，大抵都已形成了民族，而在這種民族結合中，完成了治者與被治者的區別。治者的行動，就一般而言，及于民族構成分子的全體。因為在民族內部，完成了自然的差別，其結果必致全體的民族分子，或為治者，或為被治者。而且最常見的，便是治者的行動，常視其所能對之實施的人們之國籍而決定。我們所常用的民族這個名詞，既不是國家之主體的要素（*Element subjectif*），也不是國家之客體的要素（*Element objectif*），質言之，民族不是政治權力的主體，也不是政治權力的客體，就人的關係而言，民族不過是政治權力行使的界限而已。在國際關係上，關於國籍的種種問題，所以占據着重要的地位，其故即在于此，而這種問題，都須依照國際公法的規範，予以解決。

話雖如此，可是治者個人行動的範圍，與民族之間，不必兩相符合，明白了這一點，便可證明有些學說，認民族是國家人格之寄在體，全係向壁虛造。同樣的治者，往往對於二個以上的集體，行使其權力，而這二個以上的集體，又都是在固定的狀態之下，各保有其民族的特徵，甚至互相敵對，專靠着治者有所作為，使其不得不服從其力量，以維持相互間的聯繫。一九一八年以前的奧大利帝國，就是對於這種情形，貢獻一個顯著的實例。奧大利的君主政體，統治着許多不同而敵對的民族，有Slovaks的捷克人，有奧大利本國的日耳曼人，有匈牙利的瑪寄亞人，又有Croatie與Bosnie之斯拉夫人。三百年以來，奧吉利的政府，曾以其威權駕馭愛爾蘭民族，而愛爾蘭的民族自治，則無人得加以否認。

再者，治者的權力，運用於許多並非其民族之真正的構成分子，亦屬習見之事。吾人深知政府之行使威權，固隨地而異，但無論何處，必須加以承認。政府對於一切的個人，都可以行使其威權，凡是寄在於其領土之內，縱非其國之人民，亦不能不受其支配。有許多個人很可以認其為某一國的人民，而且事實上確是其國的人民，但並不是這一國家的

民族構成分子。試就法蘭西的情形，加以考察，便知道法國各殖民地的土著，雖則都是法蘭西的人民，却並不是法蘭西的公民，誠以依照殖民立法所規定的若干特殊法令，公民的資格，對於各殖民地的土著，並未予以明示的認許。從可知有許多多的個人，雖則是受關於法蘭西的統治權之下，但決不是包括在構成法蘭西民族的份子以內。至若保護國的居民，明明不是法蘭西人，可是在各種不同的程度之下，總是受着法蘭西的權力之支配。

參考文獻：關於民族之意義，及何種團體，在今日可稱為民族諸點，可參照 Durkheim

Souvenir et liberte, 1922. P. 15 ets,

(三二) 治者與被治者的差別

在民族內部，產生了一種強者與弱者的差別，而這種差別的事實，便形成了國家。我們在本書第十三章中，曾經指出這個演進的一般趨向。關於這一點，在此處固無庸複述，不過於現代國家中，這種差別所具有之複雜的特性，頗有提敘的價值。強者與弱者的差

別之一現象，就其性質上言，與在原始社會所產生者，並無二致，殆屬無疑，唯是現代國家中，強者與弱者的差別，其現象則顯係甚爲複雜。就這方面看來，一切歷史上的原素，都負着重重要的任務。同是在現代國家之中，這個較爲強者的力量，嘗歸屬於各種不同的原素，這些原素，往往不能兩立，却又嘗能互相均衡。至於我們所謂強者，是指有些人而言：這些人於各種不同的態樣之下，保持着某種社會的實力，而這種社會實力，也就是治者的力量。

一九〇五年以前，俄羅斯給我們表現出一種很簡單的政治差別之典型。國家的元首，以一身而兼攬民事，軍事，與宗教三大權，尤其是因爲保有宗教上的威勢，可以強令全體臣民，服從其權力，而大多數的臣民，亦承認其有此威勢。祇有元首，拱稱治者，祇有元首，始能總攬一切實力。元首以外的人們，都是被治者。洎乎一九〇五年，滿洲一役敗北之後，於是有一種民衆的力量，在非常強烈的情況之下，表現出來。設立了一個民選會議，或稱之爲諮政院（Duma），用以構成政府的一部份，這個諮政院，在某種限度之下足

以使皇帝整頓權力，得到平衡。

一九一七年三月十五日，俄皇尼古拉第二被迫讓位。一時都以為能夠建立一個代議制的共和政體，用以代替皇室的政府。但自一九一七年十一月以來，有一羣激烈的份子，所謂布爾雪維克黨徒者，攫取了政權。藉着建樹共產制度的口號，毀壞了整個俄羅斯，並且釀成全國大飢饉，使俄國人民，備受殘忍的苛政者，其六載之久。

雖然，在一九〇五年以前，俄羅斯所表現的政治差別之典型，總不外是君主專制政體。這個君主專制政體，事實上是一種簡單的政府方式，於這種方式中，政治差別，便在於總攬全權的個人，與夫其他一切都是被治者之間，產生出來。

在德意志各邦，治與者被治者的差別，我們認為係由類似上述俄羅斯的情形，演進而來，似較為正確。君主專制政體，曾維持着悠久的歲月，後來在複雜的原因所支配之下，顯現了若干新生的原素，就政治的演進上言，這些新原素，頗占着一點地位。例如在百魯士邦，往往有許多貴族制的原素，質言之，有采邑的貴族，保持着治者的實刀。但在各

實力的原素之中，最重要的，還是民主的原素。這就是說，被治者靠着本身地推動，企圖參與政治的權力，而又因被治者人數的衆多，使人不能不服從其權力。

可是世界大戰，顯示出德意志人民，對於他們的皇帝以及皇帝左右的人們，是怎樣地迷戀蒙昧，使吾人得以很正當地說，民主的要素，在德國還沒有成爲一種統治的實力。即在今日，亦並沒有絲毫變異。德皇威廉第二，於一九一八年十一月九日，被迫讓位；一切王侯的執統，亦咸遭顛覆；民主政體，替代了帝國政府；這個共和政體，固係依據一九一九年八月十一日的魏瑪憲法而組成的；可是德意志還滯留於君主政體的實際中。一切重大的任務，依然都是帝國時代的舊人所執掌。大工業的巨頭，今日都是政府的老板，復辟的朕兆，已見端倪，祇要他們覺得復辟于己有利，君主政體，依然可以復活。

在英吉利，治者與被治者的差別，形成了異常複雜的現象。自從十三世紀以來，便有三種不同的原素，平分着治者的實力。這三種原素，第一是國王，第二是貴族，第三是平民。這三者溶合在一個完善的政府機關，即所謂巴利門（Parliament）是。依照英吉利的

習慣法，巴利門便包括這三種原素。英國的國王，尚擁有很大的實力，這是由于許多的原因所致，並且還有其歷史上的沿革，而在今日，龐大的不列顛帝國之得能統一，國王是一個最有力量的因素。在世界大戰中，不列顛的統一，曾在一種驚奇的力量之下，令人得到實證。一九一八年普選所產生的下議院，確具有超越的實力，但是下院的力量，一方既受國王力量的牽制，而他方又受着代表貴族原素的上議院之制衡，殆無疑義。上議院的權力，雖被一九一一年八月十八日的 Parliament Act 減削多多，可是這種平衡的局面，誰也不能否認。

瑞典，挪威，丹麥，比利時，西班牙與意大利的政府組織，就大體言，亦頗複雜，和英國相似。國家有一世襲的元首，保持着相當的實力，此外復有一民選的國會。唯因其選舉範圍，各有不同，故國會的威權，嘗視其所代表的實力為轉移。

自一八一四年以迄一八四八年，法蘭西都是實行同樣的政治制度，我們可稱之為「革命的君主政體」。至若稱之為君主立憲政體，或君主議會政體，却是不甚允當。蓋君主立

憲政體一詞，頗為淆混，而君主議會政體，則係指特殊的政府方式而言，關於這個方式，容後論述。對於各種政府之由君主與議會相組成者，有人稱之為混合政府（*Gouvernements mixtes*），這名詞却最易解釋，因為事實上，統治的力量，是君主的，貴族的，平民的各種原素之組成物。

所要注意者，在今日的法蘭西，治者與被治者的差別，究竟是怎樣地表現出來？在本書第十三段中，我們曾經指示出十九世紀政治差別的情形。直到一八四八年為止，君主的原素，在資產階級所保持的優勢政治力量之旁，依然還保存着一種實質在在的權力，而一八四一年至一八四八年法國政府之所以為「開明君主政體」，其故即在於此。自一八四八年事變以後，從前算是社會實力的君主政體，便消聲滅跡於無形，永遠不復回頭了。不僅是民衆無復相信歷代相沿的君主政體所代表的政治權力，而且在世界大戰以前，人民對於這種君主政體，還切實表示畏懼。

共和政體的法蘭西，拯救了全世界，使其不致為德意志的霸道所征服；共和政體的法

蘭西，在戰勝日耳曼權力的同盟國中，佔據着優越的地位；所以共和政體，確是法蘭西政體之既定方式，世界上倘有既定的事物，那末法蘭西的政府方式，便是其中之一種。

在今日的法蘭西，統治的實力，究竟寄託在那些原素上？對於這一問題，最流行的答語，都認為統治的實力，寄託在選權普及之上。這個答案，固屬不錯，但是尙欠正確。誠然，自一八四八年以來，似乎法國的一切統治實力，都集中於選民團體之數字上的大多數，這就是說；都集中於民族構成份子中成年男子之數字上大多數的個人。就理論上言，這是確實的，但是就實際上言，並不如此。

再者，爲了種種原因（這些原因，我們現時尙無研究之必要），許多選民，對於政事都不感覺興趣，不願參加選舉，所以按事實而言，所謂有了代表的選舉人之大多數，並不真正是選民團體的大多數。法國的選民團體，大約包括一千一百萬人，依照一九〇五年五月的選舉，選出衆議院議員的選票總數，祇有五百十五萬九千票。足見法國政府之優越的機關，所謂衆議院者，就實際而論，不過是選民團體的少數人所產生而已。一九〇六年五

月的選舉，其數字更屬具有一種象徵，行使選權者計五百二十萬九千票，而棄權者，則爲六百三十八萬三千票。一九一〇年四五兩月所選出的衆議院議員，祇能代表五百三十萬的選民，還有百分之五十五的法蘭西選民並沒有選出他們的代表。一九一四年四月二十六日及五月九日的衆議員選舉，當選的議員，祇能夠代表四百八十四萬四千二百另六票，而登記的選民人數，則爲一千一百二十六萬六千另九十八人，其中有六百四十二萬一千八百九十二人，尙未選出代表，其結果，全體的議員，僅足代表選民團體百分之四十二・二五而已。

一九一九年十一月十六日的選舉，棄權的數字，達百分之三十，雖則一九一九年七月十二日法律，改訂爲比例代表制，而棄權的人數，並不亞於以前幾次的選舉。不過依照 Bonnet 氏在一九二三年三月二十八日衆議院所報告的數字，一九二三年所選出的議員五百八十六人，在法國本部，除 Alsace, Lorraine 外，足以代表投票的選民百分之七十，代表登記的選民百分之五十二。

本

抑有言者，自四載之久，統治的權力，事實上都操在衆議院的多數議員之手，換句話說，就是操在少數選民的代表之過半數之手，亦即係屬於全國很小的少數人之團體而已。其實這個少數，都是因大家通常信其係代表多數選民，才能夠使其意思，迫令全國服從。是故，究極言之，法國政治的權力，不過是寄在於一種「多數選民，應占優勢」的信仰之上，有了這種信仰，我們才願意承認（至少在理論上），政治的權力，係屬於數字上的多數選民。

許多因素，錯綜交織，所以使這個數字的多數，不能充分地表現出來。

我們不能不承認，有產階級的經濟權力，對於數字的多數之自由地與自然地表示，具有一種抗衡的力量。這種力量，恆入黨與資產之間，得其均衡，並且使小資產原素，取得優越的保證。在法國參眾兩院的組成上，小資產原素，表現得極其明顯。不過我們如果把一切勞動而占有相當資本的人們，統歸納在小資產原素之內，那末，我們亦不敢斷定，這一個小資產原素，並不是代表選民團體之數字上的多數。在法國近代史上，普選制度，最能

自由地表現出來，而小資產原素之表現於普選的成績，則可算是首屈一指。此就一八八八年別憲會議的選舉，一八七一年國民大會的選舉，一八八八年至一八八九年 *MOULINIER* 將軍政治活動的時候，在各省區中，尤其是巴黎的選舉，以及世界大戰後一九一九年的選舉中，都可以窺見其一斑。

依上述的種種考核，情形果然如此，但是撮要言之，我們仍舊可以說，在今日的法蘭西，統治力的原素，還是選民團體的數字上之多數。可是若有人質問：統治力的原素，是否祇有這一個？對於這個問題，我們必予以否定的答覆。蓋在選民團體的數字上多數之一原素外，尚有另一原素，正在醞釀着。這種原素所取得的地位，逐日擴大，並且在最近的將來，一定會獲取一個特有的代表機關。這就是各種職業的團體。職業團體的組織，係由於公會運動 (*Mouvement Syndicaliste*) 所產生。關於這一點，我們在本書第二十一段中，曾經提及所謂公會運動，就是各種不同的社會階級各自組織起來，受治於特定的法律機構，以保衛其階級的利益，並且利用合意作成的團體協約，以調和一切分歧的利害關係。

本

■

九三

是故在現代的法蘭西，有兩種統治實力：其一，為成年男性個人之數字上的多數；其二，則係各種同業公會（Syndicats Professionnels）。法國關於政治方面的第三種憲法，似尚未就這兩種統治力量，給予以均等的代表制，不過事實勝於人事，在不久的將來，必定會組成一種較為優良的個人代表制，與另外一種職業利益的代表制或公會代表制。

我們不必再就這種不同的緣由，予以進一步的研討，要而言之，治者與被治者的政治差別，在今日是在三種普遍的方式中，表現出來。第一種，而且最簡單的一種方式，便是君主專制政體。在此種政體，統治的實力，概集中于一人之手。一九〇五年以前的俄羅斯，即係君主專制政體之現代的典型。第二種方式，是與第一種全然相反，即所謂共和政體是已。在共和的政體，統治力量，寄在于相當廣大的許多團體。我們可以取法蘭西為例。在這個典型之中；統治力量，寄在于成年男子的數字上之多數，以及職業的團體之上。最後的一種，是混合的方式。在混合式的政體中，統治權力，為單獨的個人及相當廣大的團體所分有，而這種廣大的團體，有時係民主的，有時係貴族的。這種的配合，英吉利給

我們以一完善的例示。

(二三) 治者的意思

不問政治差別，是掩蔽在那一種方式之下，却總會有這樣一個事實：就是在某一國家裏面，單獨的個人，或者多數的個人，保持着統治的力量。我們稱這些個人，叫做治者。至于治者是單獨的個人，或者是多數之人，則無關緊要。舊時的學者，稱治者為首領（Prince），從前用這個名詞，頗為適當，但在今日，却不免覺得含糊。所宜重視者，我們對於治者的意思之本身，須下一番研討的工夫。至于治者如果是多數的話，這個意思，是怎樣分配于治者之間，以及這個意思，是怎樣的表達出來，均可暫置不問。

于茲有一重要之點，必須指出者，就是治者的意思，亦是人的意思，與被治者的意思，並無二致，所以治者的意思，並不在被治者意思之外，別具有不同的性質。在國家主權說，認治者是國家意思的代表或機關；國家的意思，是集體的意思，又因為是集體意思的

緣故，所以便視為超越于個人的意思。照這樣說法，治者係以國家主權的名義，而行使其統治權。人格國家，是主權的主體（主權係權利），而治者就是行使這個主權的。治者的意思，便是統治權力。

但是我們在如上所述的幾段中，已經知道，所謂集體的意思，是一種無稽的假定，並且這個假定，又是無法自圓其說的。誠以所謂個別的意思之總和，會形成一個集體的意思，而這一意思，會與所由組成的個別意思，迥不相同，這種說法，在科學的見地上，是無可迴護的。是故既沒有集體的人，亦不能夠有集體的人，而以治者為其代表或機關者。祇有治者個人之意思，除此之外，別無他物了。在一國家之內，其國會或元首，表示他的意思時，我們不應該說，而且亦不能夠說，他們是表達國家的意思，所謂國家的意思，不過是一種設想而已。我們亦不要進一步說，他們是表達民族的意思，這仍舊是一種擬制罷了。國會或元首，乃表示他們固有的意思，這才是事實，這才是實在。各種的制定法，各種的條例，都是制定此等法例的議員們之意思表示，亦就是公布此等法例之法國大總統的意

思表示。一切的行政行為或司法行為，都是作成此等行為之行政官吏或司法官員個人意思的表達。

能夠把這一點澈底了解，那末，便會知道統治權的概念，不復存在了。我們以後就可看到，有些學者對於主權與統治權所下的區別。但是就實際上言，這種區別，不過是次要的事情，而這兩個名詞，也許是字異而義同。主權與統治權，都祇是指示某人保有發給命令于其他之人的權利。Imperium 這個字，在羅馬的術語上，具有一種明確的意義，其沿革上的含義，是指命令權而言。講到命令，必須聯想到有一種意思存在着，足以強制另一意思，對之服從，而此一意思，具有超越于另一意思的性質。因此，凡講到某人保有統治權者，就是說這個人能夠作成命令，以強制其他之人，對其服從，而其所保有的意思，本來即具有超越于他人的意思之性質。

因為治者亦不過與其他之人，同樣的是人，而且因為治者既不是集體人格的代表，又不是集體人格的機關，——這個集體人格，本來是沒有的——，所以治者不能夠作成命令

，亦並不享有統治權。所謂統治權，是出諸虛誕的。是一個毫無價值的概念，在公法學整個實證的結構上，應該把牠排除淨盡。我們已經知道，因為否認國家人格，與否認國家意思之結果，必然地會把統治權的概念，同樣予以否認。對於這些名詞，無庸有所畏懼，必須明明白白地肯定說，統治權是一件沒有實際的東西，統治權這個名詞，僅僅為一些保有權力的人所使用，認為是適當的方法，足以強行其權力，這個權力，原來不過是一種事實上的實力，却自信其為權利上的力量。

還有一事，尚須注意。我們雖則否認統治權，却絲毫不宣揚無政府主義。關於這一點，必須深切了解，並且還須駁斥學術界對於我們已經表示過的批議，以及將來可得而為的批議。Hauriou在其所著公法學原理（*Principes de Droit Public, Ire Edit, 1910*，P.79）上，稱我們為「教席上的無政府主義者」。按無政府各主義，係主張在社會上無須有政府的組織，亦不必有治者與被治者之分。祇要各個人或各種團體，都相平等，而且自由地發展其個別的活動，便算了事。例如 Max Stirner, Bakounine, Proudhon 等學說

，都是這樣主張的。這樣的學說，是建立在循因求果的概念之中，與國家主權說與統治權說，一樣的是逾越科學範圍。我們時時回顧到一種簡單的事實之證明，就是承認政府之爲物，是在整個社會中，強者與弱者間，自然產生出來的差別之結果。否認這個事實，就是否認眼見的實證。真正的無政府主義，就會反對各種眼見的事實。

我們的學說，與無政府主義，全然相反。我們主張統治的力量，是存在的，並且不能夠不存在。不過我們否認統治的力量，是一種權利而已。我們承認保有此統治力量者，係保有一種事實上的力量，而不是保有權利上的力量。所謂治者不享有統治權云云，是說治者沒有權利作成命令，並且認他們的種種意思表示，不能僅因其爲治者的意思，強令被治者對之服從。

治者的意思表示，祇有在其依照法律規範而作成者，才有價值。關於法律規範的一點，在本書第七段中，我們已明釋其基礎。祇有法律規範，可以強令同一社會的全體構成份子，對之服從。蓋因爲法律規範，是這個社會的骨幹故也。此種思想。將在以後的各節中

，詳予闡述，現在所要說明者，依我們的見解，制定法並不具有國會所頒發的命令之性質，亦並不因其為國會所制定的，所以有強行的性質。九百位議員所組成的國會，不能夠對我發布命令，唯有制定法是法律規範的表示或其運用，才能夠強迫國民對之服從。治者的義務就在於怎樣調整立法機關，使其集合一切的担保，以保證其不致逾越這個使命。司法上的裁判，唯有依照法律，實施法律規範，或證明特定而非永久的法律地位（*Diraction juridique Subjective*）之確係存在，才有價值。至於行政行為，亦並非因其係治者及其官吏所作成之故，會具有一種固有的特性，祇有具備一切正常的與普通的法律行為要件時，行政行為，才能有其效力。是故所謂行政的主權特性（*Caractere Realien do L'administration*），是不存在的。

以上所述，是純粹客觀的公法概念，我們可以說，現在已不復是主觀的公法學，公法學已逐漸形成客觀的學問了。治者的意思表示，不復是主權人格者權利的行使，因為這種人格，這種權利，都是不存在的。在治者的意思表示，適合於社會規範，或者法律（*Dro*

it Objective) 而作成者，而且亦祇能夠這樣者，才有社會的價值。

以下所述，都係先行肯定統治權的概念已不復存在，而後作成種種推論。近今之倡公法學的變革論者，其言頗具理由。此種變革，實在迅速而澈底，凡不於此加以體察者，則非盲於目，即盲於心。這種變革，係從整個地撤開統治權的概念以着手。我們試就公務的組織上，治者與其堂司公務管理的官員之關係上，尤其是就國家責任之漸次擴大的趨勢上——這項責任，在關於一切公務進行之固定的判例上，曾予以承認，而一九一四年十二月二十六日及一九一九三月三十一日關於戰事賠償的各種法律，亦復如此——，以觀察這個變遷，便可知其具有教殊的意義。其詳可參照下述第八十九段。

學者間有謂我們的見解係採取德儒的學說者。Isimⁱⁿ於其所著憲法學 (Droit Constitutionnel, 7^e Edit. 1921. I. P. 43) 上，批評着：「至所謂法律規範，尤其是所謂特定而非永久的法律地位，都是德國人的設想，頗難以濶輸法蘭西人的胸海中」。

對於這種批評，我們是堅決的反對，我們關於公法上的見解，恰與德儒的學說，適得

其反。余所著國家法律及實證法 (*L'Etat, le Droit Objectif et la loi Positive*, 1901) 一書，係反駁 Jelline 的公權論 (*System Der subjektiven Offentlichen Rechte* 1892) 而作的。德儒關於公法的見解，根本是主觀的，他們認統治權係以人格國家為主體的一種權利。我們的主張，根本是客觀的。我們否認所謂權利主體的國家人格，否認有所謂權利的統治權。我們祇承認國家是一種事實上的力量，這種力量的目的，及其範圍，都應該受法律 (*Droit objectif*) 或法律規範之決定。就這兩方面皆有見地的學者，却並不發生誤解。如 Maurion 所言：「德國的學說，強烈的肯定，整個公法，都是主觀的。而狄驥 (*Ducuit*) 亦以另一強烈的肯定，予以答覆曰：整個公法，都是客觀的。狄驥是得力於他的愛自由愛憲法的精神，而德儒關於統治權 (*Herrschaft*) 的見解，根本上是一種行政上的與反自由的學說 (見 *Revue Generale De Droit*, numero Juillet aout 1914, P. 336) 。

Davy 對於我們的學說，在哲學評論 (*Revue Philosophique De Mars avril 1920*) 上，曾有所論列。其言曰：「Esmein 曾經寫了不少的評論……，就中對於狄驥 (*Ducuit*)

所下的一種認為最關重要的批評，就是說，否認主權之結果，必釀成暴力政治，關於這一點，我們不易了解」。其實，我相信曾經指出過（並可參閱本書下述各節），祇有我的學說，對於國家須受法律的限制之一點，能夠予以堅固的基礎。

（二四） 治者之物質上的力量

就上面定義言，治者係總攬全國較大的權力於其掌握之中，此項較大的權力，或者是精神上的，或者係物質上的。在治者曾建立豐功偉績，或在其人格上，具有特殊的威勢，或其統治的力量，係基於一種信仰，這種信仰，為真為偽，固不必問，但係普遍而誠摯的，固屬無疑，例如相信人世間的帝王，係受命於天，又如近今相信民族主權的荒謬之說，皆是使治者成為最強者的原因，而這種力量，即係精神上的力量。

但是治者之所以為真正的治者，必須能夠在事實上運用一種物質上的實力，亦即所謂強制力（*Puissance de Contrainte*）是已。我們曾經說過，茲且不嫌重複地再說一次：治

者與被治者的差別，不僅僅是物質上的強者與弱者之分，這種差別，是異常複雜，而且表現在各種分歧不可究詰的方式之中。但是無論如何，必須有一單獨的個人，或者衆多個人的團體，在事實上能夠運用強制力，才可以稱為真正的治者。運用強制力的可能性，也許是治者秉有精神上的特性之原因，這却無關重要，總之，如果這種強制力，事實上不歸屬於治者，則便無所謂國家，亦無所謂治者。

就這一點言，被治者的意思，與治者的意思，其間確有一種事實上的區別。治者的意思，就其本性或性質上言，都與被治者的意思一樣，治者的意思，並不具備固有而較高的力量。不過這種意思，能夠支配一種物質上的力量，亦即所謂強制力，使治者爲了保證其意思表示之實行，可以直接予以運用。

國家之基本的要素，即係實力。國家首先要有物質上足以強人服從的實力。在某一地域上，必有一人，或某一羣人的團體，於此地域內，能夠支配一種超越的物質上的力量，才真正地算是一個國家。

Jhering 在權利目的論 (Der Zweck im Recht, P. 311) 上寫着：「沒有物質上的權力 (Macht)，那末國家便宣告了死刑……國家而無物質上的強制力，那就是自相矛盾了」。

Treitschke 亦曾作了一句有名的成語：「國家就是權力」 (Der Staat ist Macht)。II 氏之論，固確具理由，可是他們的學說，依舊包含着一种不可救藥的瑕疵，因此所以令人殊難愜意。他們以為這種強制力，是漫無限制的，或者至少是不受治者所應服從的法律規範之限制。Treitschke 認實力能夠創造法律。而依 Jhering 的見解，則以法律係一種實力的政策。這就是說，假若治者願意他們的實力，受法律所節制，那便是一種政策上的關係，為的使人較易於對之服從。這種鄙陋的學說，驅使着德意志，甘冒歷史上的大不韙，使整個文明的寰宇，羣起而攻之。國家固然就是實力，但是還有一種超越實力的法律規範，必須服從，違背着這種法律規範，實力才能夠正當地強制施行。是故法律失却了實力，則懦怯而無能，實力不遵從法律，則殘忍而粗野。

(二五) 領土

本 論

治者與被治者之形成，是以民族爲其圍地，所以治者與被治者的分別，必須有一定的領土，作爲界限。因此，就現代各國的構成而言，領土的地位，頗爲明顯。領土對於治者行動上的效力，會給與以一種物質上的限制。但是領土的意義，即在於此，亦祇有如此，除此之外，別無意義了。

在國家的構成上，領土不是一種必備的要素。人們很可以想得到，即在逐水草而居的社會之中，政治差別，亦會發生，就國家一詞的普通意義而言，這種社會，也是國家。不過現代文明的社會，都占有一定的地域，而治者的行動，則僅及於一定的地域之內。爲了實際上的需要，國際公法，曾就領土的劃分，制定了種種原則，俾各國政府，得於其領土上，有所行動。

領土是地球的一部份，在這一部份上，政府可以行使其強制力，且得編制及推行各種公務。外國政府，不得反對治者在領土上之自由實施其統治的活動，否則，即係違反國際法上之原則。這就是所謂不干涉主義(Principle de Non-intervention)。關於領土一事，

有了這樣的簡明概念，則一切有關國際關係的種種事實，便易於解釋了。

因此，我們又要揭示所謂領土是國家的主體要素（Element Subjectif）之說。依照這種學說的見解，領土亦是國家人格本身之一要素。國家的人格，既不存在，則領土當然不是這個人格的要素。認領土係人格國家的要素之說，必定會歸結到種種不能接受，而且與事實上所有國際關係相違反之結果。這種學說，雖則有許多不可思議的微妙，但是我們無從與其相調協。

（二六）公務

在國家的內部，在國家所占有的領土境限之內，總攬實力而與被治者有別的治者，必須運用此項實力，藉以組織並統制各種公務的推行。公務是國家的要素之一種。這裏，我們要指出我們所能解釋的國家概念之最高點，並且還可以用下述概括的幾句話，予以說明：國家並不是發布命令的權力，亦即所謂主權，——有些人固然是這樣主張，或者相信從

前確曾如此——。國家乃是治者所組織所統轄的一切公務之合作。公務的概念，至關重要，而且全部現代公法學，都以此為中心，故自有予以闡明之必要。

治者亦與其他之人一樣，都是些具有五官四肢的人，其應受社會互恃或社會連帶的拘束所控制，亦與其他之人，並無二致。根據社會連帶或社會互恃而生的規範，——亦即吾人所謂社會紀律——強逼治者所應負擔的各種義務，他們都不能不予以完成。對於有害社會連帶的兩種方式中任何一種的事情，社會紀律，都強逼治者，不得有所作為。治者不得違反同求的連帶關係。質言之，治者不得以任何恣態，作成某些事件，這種事件，雖則某一階級，或少數之人，或一單獨的個人，固屬有利，而就全體之人的共同需要之滿足而言，則有相當的障礙。又，治者的作為，亦不得違反分工的連帶關係。因為分工連帶的方式，是個人活動之得以自由發展的基本因素。所以凡屬可以阻遏個人活動之自由地與充分地活動者，不問其情形若何，治者皆不得有所作為。

不過，治者亦與普通之人一樣，亦有其客觀的實踐的義務，這種義務，亦基於同樣的

原則，而受同樣的限制。普通之人，固必須運用其本身的技能，以實現前種社會連帶的方式，而就另一方面言，凡按照此項目的而進行的事情，他亦得依法以遂其所願。換句話說，個人的意思行爲，爲此項目的所決定者，都應該受法律之保護。治者亦應運用其本身的技能，致力於國家的連帶關係。在治者的意思表示，爲連帶關係的目的而決定者，自然可以使一切人，對之服從。治者的意思表示，得依各種不同的方式而作成，關於此點，下面將有論述，茲所應注意者，我們須牢記，治者的權力，以能克盡義務，爲其唯一的基礎；治者的活動，亦與社會紀律強其負擔的義務，互相牽連。不問治者是何種之人，社會紀律，皆必強令運用其所總攬的較大之實力，以實現兩種方式的社會連帶關係。

由此而言，公務的概念，便可明瞭：所謂公務，就是治者所規劃，所保障，所統制而完成的一切活動。蓋欲求社會互恃的關係，實現與發展，這種活動的完成，乃屬必要而不可或缺者，並且這種活動，祇有運用統制力量的干涉，才能獲得完全的保障。

有人說，上述的公務概念，過於浮泛，並沒有釋明什麼叫做公務。我們並不否認，上

述的概念，固不足以解決一切的困難，不過我們可以斷言，凡上所述，乃屬根本的見解。因爲治者之爲治者的緣故，應該負擔一種義務，我們的意見，便全部都寄託在這種概念之中。如果贊同我們理論的出發點，即所謂社會互恃者，那末上述的見解，則屬無可爭議的了。而這種見解，倘若爲人所贊同，則又必然地會歸結到我們所闡述的公務概念。實言之。所謂公務，就是某種的活動，治者應該挾其獨攬的實力，對於這種活動，予以干預，而以保障其完成。治者的干預，旨在對於這種活動，予以管理，予以組織，予以統制，對於一切反抗其實施的行爲，予以鎮壓，對於一切適合其目的的行爲，予以核准。而同時治者的權力，亦祇限于這種公務的活動，一切治者的行爲，如果在公務的目的以外，有所追求的，則毫無價值之可言。公務是政府權力的基礎，又是政府權力的界限所在。我們的學說，便結束在這一點之上。

在我們的學說裏面，找不到所謂集體人格；在我們的學說之上，更找不到所謂統治權，或者主權。我們祇承認有許多之人在某一社會的境域之中，在某一領土的團體裏面，保

持着一種實力，行使着各種任務，並且還有這些人，得憑藉其較大的力量，以保障其任務之完成，所以便責令這些人必須完成其任務。是故即使有所謂統治權，則此項統治權，也不過是一種義務，一種職責，而決不是一種權利。

但是使治者負擔必須完成的義務之種種活動，究竟是什麼？對於這個問題，我們不能夠給以確定的答覆。因為這些活動，都是變化靡常，積進不已的事情，而且其演進的普通方式，究屬若何，同樣的難以確定。所敢斷言者。文明發達，則活動的數類，——這些活動，都是公務的寄託物——便會增加，從而公務的數類，亦同樣的增加起來，這是很合邏輯的。所謂文明，就是各種的需要，在數類上日見增加，而滿足此項需要所需的時間，反較為縮短。因此，文明日益進步，治者的干涉，當然日益頻繁，蓋因治者的干涉，才能夠實現文明。

就現時各種文明社會，加以考察，要列舉各種不同的活動，足以為公務的支柱者，並非難事。於茲尚有一事必須注意。講到公務的特質，並不必聯想到應由治者及其官吏獨攬

一切的意思。有些活動，很可以由常人自由舉辦，不過倘若由治者及其官吏所舉辦，則便成爲公務了。教育事業與救濟事業，對於我們剛才所說的，是兩種很切實的例示，平常之人，亦可舉辦教育，尤其是在法國，大部份的救濟事業，都是由於私人所倡議。至若教育事業與救濟事業，爲治者所舉辦，則應屬公務範圍，自無疑義。要之，沒有一件社會的活動，非通常之人，所能舉辦，我們不能贊同有些學者如 Barthelemy 氏，所主張的區別。Barthelemy 以爲有些事務，是不能認爲係常人所能完成的；而有些事務，國家固可爲全部的或一部的完成，而常人亦得以舉辦。這種區別，是毫無穩固的基礎。

不過有些活動的完成，自古以來，就需要治者担任。而這種活動的完成，也就是治者與被治者的差別之一基本的因素。此即整個集體，對於外禍之防禦是已。最爲習見的，就是在這種防禦上，往往由團體中之一人或數人，以竟成其事功，而這一人或數人，即因此而保持其統治上的優越性。從國家起源的本身上看來，作戰一事，早已成了公務。即就今言，軍政亦是最爲繁複而且係現代國家負擔最重的公務之一。大家知道，在一九一八年

歐洲大戰中，軍務發展到真正驚人的程度。

警察的事務，也很早就形成了公務。我們沿用這個名詞，其普通的意義，是指所謂警察，其目的係在社會團體的內部，及其所占領的地域之上，維持秩序，和平與安寧。最後，還有第三種的事務，可作為上述二者的補充與條件，即所謂司法事務是已。司法事務，很早就是一種公務，其目的在鎮壓一切違反法律規範的行為；宣判罪刑；廢止法律關係；對於特定而非永久的法律地位之範圍及其存在，有所爭執時，予以確認；此外，並為上述各種事件所為之裁判，以實力保障其執行。

人們歷來會相信，而現時仍復有人相信，統治的活動，應該以上述三種事務為限。祇要國家的活動，事實上差不多歸結到這三種事務的完成，那末，國家便能夠表現其為權力之支持者，並且亦祇能如此而已。而應於此等事務的種種目的，唯有以命令及禁令，才會達到，並且才能夠達到。學者間有主張權力上的事務 (Services D'autorite) 與管理上的事務 (Services de Gestion) 之區分者，在他們基本的觀點上，認警察作戰及司法諸事，

係權力上的事務，並且謂權力上的行為，就是一切為這種事務而為的行為。按實際言，這種見解，毫無是處。因為國家如果在其他的事務上，不是權力的國家（État-puissance），那末為什麼對於上述諸事務，會成為權力的國家呢？我們曾經說過。國家不能成為發布命令的權力，國家決不是如此的，即在作戰，司法，及警察諸事務，亦並不較其他事務，別具有命令權力的性質。

所謂其他事務，就現時言，數類至為繁夥。就中有許多是技術的事務，這些事務，通常都是靠着單純的物質上的運用，以資實行。並且還要認清，在這種事務上，統治權或者命令權的概念，毫不發生作用（雖然有人作這樣的主張）。是故國家所經營的事務數類之日增，對於推翻往昔權力國家的概念，與有力焉。治者不復是發布命令的集體人格之機關，治者乃是集體事務管理人（Gerants d'affaires de la collective）。把這些結論歸納起來，就會產生下述的概念。

首先要知道公務數類之增加，並不一定會因此增加了國家的權力。這正因為國家不是

權力的緣故。所謂事務之成爲公務，或必須成爲公務云云，乃是指這種事務，係由治者所組織，並且於治者的統制之下，而爲推行而言。但這並不是說，担任事務的人員，與供給事務所用的資財，必係置諸治者之直接的統屬關係之下。公務數類之增加，卻會形成分權制(Decentralisation)，且大有愈分愈細之勢。

這種分權制，得在許多不同的方式之下，產生出來，關於此點，我們祇予以指出，却並不在此處詳細的研究。在各種分權制之中，有所謂地方分權制(Decentralisation Regionale)；有所謂財產分權制(Decentralisation Patrimoniale)，即係劃出獨立的財產，以充特種公務之用；有所謂公務專家分權制(Decentralisation Fonctionnelle)，即係由公務技術人員負擔管理之責任；又有所謂特許制(Concession)，即係事務之經營，由私人舉辦，而歸治者監督。所宜注意者，特許私辦的公務，仍不失爲公務之性質。

現代法律前趨勢，都着重于分權的意義，這是無可爭議的，此乃由于上述兩重動態的結果所致：即技術事務之日見增加，與國家主權的信仰之已形消失是已。許多公務，如救

濟事業之類，幸悉已劃歸地方舉辦。還有許多公務，會將以獨立的財產，撥充辦理，並由技術專家，主持其事。一九一一年七月十三日財政法律第四十一條第六十九條，已經為國有鐵道事業，在這種意義上為便宜的改革。一九二三年六月三十日財政法律第六十九條至第八十三條對於郵政電報電話事業，曾給予以極為廣大的獨立自主之權。

體式最為新穎，而同時又是最為進步的公權制，很顯然地就是我們所謂公務專家分權制。這種制度，最初適用於高等教育的公務，就是各大學的創設，由大學教授，于高級當局的監督之下，自行管理校務。在最近的將來，這個制度，一定會推行而及于其他各種的技術公務。依上示的法律規定，關於國有鐵道事業，及郵電事業，已適用這種制度。

再者，治者不是統治權的主體，所以治者對於管理公務的人員，並沒有一種優往普公法學上所給與他們的漫無一制之威權，公務人員，應該保有，而且漸次保有一種穩定的地位，藉以擺脫了治者的擅專。為他們自身的利益計，以及為事務的利益計，都應該為他們編定一種所謂保障的條例(Statute)。

至於治者爲保障事務的推行，而所需的資財，其應受法律之保護，則爲我們所極具了解，却並不必應許有所謂國家財產人格的擬制(*Fiction de la Personnalité Patrimoniale de l'Etat*)。有些學者如 Berthelemy 固然駁斥國家權力人格之說，可是反而承認國家財產的人格，並且還相信，倘若不設想有一種以人格國家爲權利人的所有權之存在，則對於充公務用的財產之須受保護，便無由解釋的了（參照：氏著 *Droit Administratif*, 10e-Edit., 1923, P., 41 etc.）。

如果在國家之爲非財產的活動時，所謂人格的國家，不過是一種無價值的擬制，那末便無從了解，爲什麼在國家爲財產上的活動時，這所謂人格的國家，就會具有實在性。法蘭西的法學家，常受這種思想所支配，僉以爲資財之充某一目的而爲使用者，祇有承認所有權 (*Droit Subjectif de Propriete*) 的觀念，才能夠受着保護。殊不知所謂所有權者，乃是羅馬人所設想的一種法律構成，對於資財之充個人利益而爲使用者，社會予以保護而已。要想把這種法律構成的方法，適用於爲集體利益的目的而爲使用的資財之上，則不特

絲毫得不到什麼，並且惹起種種無法解決的困難與一無好處的玄妙。就法律上與社會上關係而言，國家的財產，應受保護，乃是因為這種財產，係為全部的公務而為使用的緣故。所謂財產之受保護云者，無非說凡行爲之由治者或其官吏所作成，而與財產有關，並且具備公務上之目的者，便會發生法律上的效力，行爲不適合這個目的者，便無價值；至於第三人的行爲，違反此項目的時，即應予以制止。

有些財產，不是充全部公務之用，如上面所講的，乃係使用於特種公務者。於此情形，亦不必設想，這種公務，會成爲一個人格者，並且對於這些財產，享受所有權。這些財產，都是充特種公務之用，對於這樣的用途，法律仍舊照常保護。在其行爲適於此項目的者，予以核准，行爲違反此項目的者，予以廢止或抑止之。

抑有言者，公務必須爲衆人的利益而建立，而進行。倘若因公務非正常的推行之結果，致私人蒙受特殊的損害者，則應使此項充公務用之財產，負損害賠償之責。損害之發生，由於一種沒有財產的公務者，應便充一切公務用之全部財產，負責賠償。損害之發生，

由於一種有財產的公務者，應使充有關公務用之獨立財產，負擔損害賠償的責任。這樣的辦法，才算正當。

這就是略略地說明國家責任主義 (Principe de la Responsabilite de L'etat) 是已。這種責任，對於一切的公務，都須負擔。其間並沒有權力的公務與管理的公務之別。行政法院之極其果敢的判例，曾駁斥這種區別，並確認國家責任的一般原則。我們頗為詫異，Barthelemy竟還倡議「行政上的權力行為，不負責任」的原則（見上開氏著第八六頁）。

• 關於司法事務，法國的法律，固然還沒有達到充分地運用這個賠償責任，但這是因為有若干成見，尚屬殘存之所致，少歷歲月以後，這些成見，大概便可消除。至於論及國家責任，而牽連到為集體利益而推行公務的見解之際，我們必須避免一切的論爭。這些論爭，都對於一般的集體人格，以及國家能否作成有過失的事情，發生疑問。其實徒滋紛擾，毫無意義也。

所謂過失，祇有具備意識之人，才會做得。公務不會完善推行的原因，必定是由於天

災不可抗力，或者是因為公務人員的過失所致。人們却說這是國家的過失或說是公務的過失。然而這些都是假借的詞句，若按其本義言，輒覺得幼稚可笑。照實在講，這是公務人員的過失，唯一的問題，祇在於要研究過失所釀成的結果，應該由公家的財產負責，抑或由公務員的財產負責。他們曾經說過，原則上應該由公家的財產負責，而在例外的情形，亦可使公務員的財產，負其責任者。

(二七) 關於主權之通常的學說

為要完成我們的學說之建立與維護，最好是把關於主權之通常的學說，一為闡述，並指出其一切虛偽的，矛盾的情形，與種種因此項學說而引起的無窮盡之爭論。

在法蘭西尚占優勢的學說之中，認為主權是國家的命令權力，又是民族的意思。在民族組成了國家的時候，主權便成為國家的命令權力，亦即成為發有無條件的命令之權利，足以命令一切寄在其領土上的人們。

Esmelin對於主權之通常的學說，解釋得很好。他于其所著憲法學（*Droit Constitutionnel*, 7e Edit., Publique Par Nezdard, 1921, p.1）上有言：「國家是民族之法律上的擬制人格；他是政治威權的主體，又是政治威權的支柱。民族之法律上的構成，就是因為在人類社會中，有了一個超越個人意思的威權之存在。這個威權，對於其所統治的種種關係，當然不復承認另有一種較其更高的或者與其相抗衡的權力之存在。此即所謂主權（*Souverainete*）是已。主權有兩方面：一為對內主權（*Souverainete Interieure*），亦即對於一切構成國家的公民，及一切寄居于國土上的人們，發布命令的權利；二為對外主權（*Souverainete exterieure*），亦即代表國家，並且于與其他國家所作成的關係中，使本國受其拘束的權利。」

像這樣解釋的主權，法國各種憲法及權利宣言，于其皆援用的條文中，亦多講到。例如一七八九年權利宣言第三條；一七九一年憲法第三章緒言第一條；一七九三年權利宣言第二三條及第二五條；一七九三年憲法第七條；共和三年權利宣言第一七條及第一八條；

共和三年憲法第二條；一八四八年憲法第一條及第一八條，均可參照。

在這種意義之下的主權，得別爲三種要素。即主權（1）是意思的權力，（2）是命令的權力，（3）又是獨立的命令權力。

（1）主權是意思的權力

據法蘭西學者的見解，原始的主權，屬於集體，亦即屬於民族。這就是說，在民族組成國家之前，民族已經是一個具有意思的人格者，而這個意思，乃是最高無上的。在民族組成了國家的時候，雖則就意思的本體言，還寄託于民族的身上，可是因爲一種不會說明理由的怪事，這個民族的意思，却會轉移到國家來了。或者亦可以更爲簡略的說，民族與國家，並無區別，國家就是寄託于一定地域上之有組織的民族，至于主權，便是民族國家（*Etat-nation*）的意思。主權之于人格的國家，恰如意思之于人格的個人。

既認主權是國家意思之力，則其結果，依同樣的概念，主權當然就是權利（*Droit Su-bjectif*），國家便是這權利的主體。無論人們怎樣地解釋，總不能不把權利（*Droit Subj*

active) 的概念，引伸到意思之力的概念上去（參照本書第一段）。不同人們所承認的權利之基礎，是怎樣的，總不外乎祇有實在能夠遂其所欲並依所欲而表達的意思，得能強迫其他的意思，對之服從者，才可以說這是一個享有權利的人。主權顯示給我們看的，確有這種特徵，是故主權，就是以國家為主體的權利。

(2) 主權是命令的權力

國家具有意思之力，且又能強人服從其意思。凡屬權利主體，在法律範圍的限制之內，有所欲願者，都享有這種意思的力量。一切個體的人，或集體的人，在其欲運用法律上的意思之力時，皆得以其意思，強令他人的意思，對之服從。國家不特有此力量，且其力量，還較此為甚。國家具有一種強令他人服從其意思的所謂命令意思之權力。凡屬國家的意思表示，都具有命令的特性，這種意思的表示，便是命令。

國家的意思，超越一切在其領土上的其他意思。這就是命令的意思，並且還是法律上的權力。國家的意思，依其性質而言，是超越于在其領土上之其他一切個人或集體的意思

這個主權的概念，亦即命令權的概念，在適用上會引起許多無從解決的困難。倘若如人們所說，國家的意思，依其性質，係一種權力，係一種主權，這種特性，是決不能失的；國家至少在其領土上，得以統治權的名義，予以干涉。一切行為，都是統治權上的行為，也就是單獨行為而包括一種強制力的命令者。那末，這是絕對地與事實相反。國家並不是專行使統治權的，有許多行為，並不都是具有命令的性質。祇要指出國家依照國內法律所訂立的若干契約為例，便足以資證明，如果說國家在定義上就是權力，那末國家為什麼會受契約拘束，在這種情形，難道就不是統治權嗎？

這個問題固然亦逃不了公法學家的注意，但是他們努力以求解決的方法，却是徒勞而無功的了。

(3) 主權是獨立的命令權力

有些學者，認主權係屬於國家的權利，並且亦祇有屬諸國家，藉以作成普遍的或特別的命令，而毫不受拘束，毫不受調劑。凡國家所發布的命令，不問其所干涉的範圍若何，

亦不問其內容怎樣，總是有其法律上的價值。關於這一點，我們須首先認識清楚。

德儒 Seydel，于其所著國家學原理（Grundzüge einer Allgemeinen Staatslehre, I 378）上，一再提到（參照第一四頁），沒有一種權利，是在統治者之上，亦沒有一種權利，堪與統治者並立，一切權利之享有，皆出于統治者（Herrscher）所賜與。人們常說，統治權也許受事實上的限制，受政治上的限制，或者受道德上的限制，但是絕對不受法律上的限制。這是很明顯的，因為國家的權力，是最高無上。此外還可參照 Saripolos, L' election proportionnelle, I. P. 276, 尤其是 Carre de Malberg, Contribution a la Theorie Generale de L'etat, I. 1921, P. 57.

我們曾經予以很正當的觀察，知道這種見解，是把主權與專制，混為一談。即在主權說之理論，亦有許多關係，是不受國家權力所支配的。國家的權力，有時在法律上不能干涉到某種範圍，可是並不因為有這種範圍的存在，國家的權力，便不是最高的權力。至于這種範圍，應該怎樣確定，此際尚非討論這個範圍的時候。或者如人們所承認的，這種範

圍，就是個人的自然的權利之範圍，國家僅得于某種範圍之內，加以侵犯或限制；或者如我們所主張的，這個不受國家行動可左右的範圍，係決定于社會連帶的原則；無論怎樣解釋，都不關重要。最基本的事情，却在于必須了解，即使承認國家主權之說，仍舊還有一個自外於國家行動的範圍之存在，並且還要知道，所謂主權是獨立的意思權力，却不是說主權是無限制的意思權力，國家的主權，是一種權利，亦與一切權利一樣，祇能夠在某種法律上的限制範圍以內，而為行使。所以必須假定國家，亦有其行動的範圍。既有了這種假定，便得確定其獨立性之所在，這個獨立性，可使國家享有命令權，而此項命令權，也就是主權。

像法國自治縣（Commune）那麼一個集體，學說上都認為毫無疑義地享有命令權力，並且在事實上，亦有使其命令強人服從的實力，但是在發布命令時，並不常係由其本身的意思，予以決定，這種集體，不是最高的集體，亦即不是國家。祇有以集體自己的意思，可為專擅的決定者，——換句話說，在可以發布命令的限制範圍之內，其所發布的命令

，並非係受較其更高的意思所誘致，而專一的因其所欲發布而為發布者，——這種集體，才是最高的，才是一個國家。因此便可以說，主權係具有一種積極的特性，與一種消極的特性。所謂積極的特性，乃指主權之具有命令權力的意思而言；所謂消極的特性，乃指主權是一種決不受其他意思所命令的意思而言。

依照這樣的主權概念通常可得四種結果。(1)主權是單一的，就是說，在同一領土之上，祇能有一個主權，而同一之人，亦祇能受一個主權所支配；(2)主權是不可分的，就是說，在一國之內，任何個人，任何團體，任何一部人民，任何地方區域，都不能自命為享有一部分或大或小的主權；(3)主權是不可讓與的，這是因為主權就是國家的人格，而秉有一種發布命令的意思，至於人格，自屬不得讓與；(4)主權是永不消滅的，此中理由，與不可讓與之情形同(參照：一七九一年憲法第三章第一條)。

上述的四種結果，任何一種，都是與事實相反的。

第二節 國家的任務

(二八) 國家的任務在法律上之意義

我們之使用國家的任務一詞，是因爲這個名詞不特便利而且已爲一般人所採用。但在我們的國家論——社會連帶主義的國家原理——裏面，這個名詞，顯然地不甚正確。應該謂爲治者之法律上的活動 (*Activite juridique des Gouvernants*)，而不能稱之爲國家的任務。可是祇要了解其意義，名詞是無關重要的。

講到國家的任務，總是指國家在整個民族之社會的經濟的及精神的生活中，加以干涉者而言。有些人主張國家這種干涉，務須縮小至最低制度；他們以爲國家對外以保障民族與領土的安全爲限，對內以保障個人的安全爲限，而不得以任何態樣，干涉經濟的關係，以及個人種種精神上與道德上的生活；治者的活動，應該縮限於三種事務，即軍政，警察

及司法是已。這些人都是放任主義下「聽其作息，任其往來」(Laissez faire, Laissez passer) 的信徒，不過這種人已日見減少了。反之，有些人主張，國家所負的使命，其為廣泛，簡直無從以呆板的規律，予以確定。這種使命，變易靡常，且在今日，大有順自然之勢，日見擴大的趨向。他們以為國家保障人類的各種進步，因此，國家欲履踐與完成這項使命，祇有積極地干涉個人的經濟關係，干涉勞資的關係，祇有親自管理民族之物質的，精神的與智力上的利益；始克奏效。

我們固不擬討論這個問題，不過必須承認，在任何現代國家，國家活動之範圍增加，乃是一種普遍的趨勢。對於這件事，也許有人表示惋惜，也許有人甚為欣慰，却絲毫不能有所影響。這是一種無法避免，與無可否認的事實，而在本書第二十六段，當敘述公務之日益擴張的時候，我們曾特別予以指出。

講到國家的任務，我們是祇着限於國家之各種法律上的任務。所謂法律上的任務，乃指表顯在法律範圍以內的任務而言。不過這個定義，未免過於浮泛，自有予以闡明的必要

＊

。因此，我們又須回顧到法律(Droit Objectif)與權利(Droit Subjectif)這兩件事情。無論是法律或權利，都少不了關涉到人類的意志。法律是強令意志對之服從的規範，而權利則為意志的力量。是故講到國家之法律上的任務，就會聯想着治者的意思表示，對於他人的意思所發生之作用。凡研究國家之法律上的任務，並不是研究治者，就社會的，智力的，精神的，經濟的各方面所努力的結果，吾人所應研究的，却在於研討治者為追求某種目的，而為意思表示時，此項意思表示，在一般的意思上，會發生怎樣的效力。

我們必須把握住這一點，並且還須了解，要把國家之法律上的各種任務，分門別類，亦無庸顧及其所追求的目的，究為何者。治者為要達到某項目的，必先有所思維，這種意思行為(Acte de Volonte)，在法律上便會發生效力，換言之，就是在其他的意思上，產生丁效果。意思行為，能夠創設法律，認定法律，變更法律，或附之以條件。意思行為，能夠創設特定而非永久的地位(Situation Subjective)，而亦得予以變更，廢止或認定。這就是法律上的任務。我們祇須就治者的行為，在意思上所產生的作用，或者就這些行為，

在法律或權利範圍以內的效力着眼，藉以決定國家之法律上的任務之種種方式。而不必顧及其他了。

依照權威的學說，現時都把國家的任務，分為三大類別：即（A）立法任務（Fonction législative）（B）行政任務（Fonction Administrative）及（C）審判任務（Fonction Jurisdictionnelle）是已。不過人們對於每一種任務所下的定義，各有不同。茲姑就我們對於這三種任務所具的見解，略為敘述，而於各種分歧差池的定義，暫不予以研討與批評。依吾人的見解，國家之立法的任務，在申明法律，或運用法律；國家之行政的任務，在於創設特定而非永久的法律地位（Situation de Droit subjectif），或者作成個別的行爲，對於法律地位的產生，附以條件；國家之審判的任務，在於遇有違反法律規範或侵害法律地位，或就此有所爭執時，就該規範或地位之存在及範圍，予以確認，並作成必要的處置，以保障人人對於此項規範或地位，加以尊重。

就這些簡明的定義以觀，足見我們是就國家的任務之本身，加以體察，全不問實際上

負擔完成此項任務之責者，係團體或係個人，或者如人們所說，是機關或是機關所委任的官吏，再用近今流行的術語來講，我們之研究國家的任務，是純粹地站在實質的觀點上（Devue Matériel），亦即是說，我們的研究，旨在釋明此項任務之內在的性質，而毫不顧慮到所謂機關，或負有完成任務的官吏，究竟具有何種特性。可是許多學者却與我們相反，他們站在形式的觀點上（Devue Formel），而以機關或負有完成任務的官吏之特性為標準，以判定國家任務的意義。

然而這並不是說形式的觀點，無關重要。凡行為所易惹起的訴權（Recours）。往往必須依照形式的觀點，予以決定，而不以實質的觀點為準繩。

人們往往對於實質的觀點與形式的觀點混為一談，即立法者自身有時亦犯了這種毛病。例如審判任務（Fonction Jurisdictionnelle）與司法任務（Fonction Judiciaire）、二者時常分辨不清。在大多數的國家，其公務員中，有以司法為專職者，此種公務員所完成的任務，謂之司法任務，這就是依形式的觀點而言的。司法官能作成許多審判行為（Actes

juridictionnels)，固屬無疑，但是他們也能夠作成並不具有審判特性的行爲。反之，有許多審判行爲，常是司法官以外的機關或其官吏所作成的。所以我們爲求正確及避免混淆起見，特稱之爲審判任務，而不曰司法任務。

若干法蘭西的學者，嘗以國家有兩種基本的任務，一曰立法任務(Fonction Legislative)、二曰執行任務(Fonction Executive)。有的把行政任務與審判任務(他們稱之爲司法任務)，納入於執行任務的範疇，有的認審判任務，係國家之第三種任務，與執行任務，應有區別。在某些時期，法國的立法者，也許承認執行任務的存在，可是關於這一點，條文的規定，却極不明確。

在法國各種憲法上都用執行權(Pouvoir Executif)的名詞，而從沒有用執行任務(Officium Executive)一語，這是我們所敢深信的。權(Pouvoir)之一字，在制憲者的原意，是指爲某一機關所保有的主權之一部而言。因爲憲法既創立一種保有執行權的機關，或者更明顯地說，憲法既創立一個執行權，所以我們便敢斷言有一種所謂執行的任務，但

是這依舊是把實質觀點與形式觀點，混為一談。

此外，還有所謂政府任務(Fonction Gouvernementale)與法規任務(Fonction Réglementaire)，亦須加以觀察。這兩種任務，據說有時會顯示其任務上的特性。關於這兩種任務的行爲，有時是立法行爲，有時是行政行爲，而有時則為毫無法律性質的行爲。實質觀點與形式觀點混淆不清，乃是舛誤所由產生的真正原因，這都是易於指明的。例如人們眼見制定法律與制定法規的兩種行爲，係由於不同的機關所作成的，便要在法律(Loi)與法規(Règlement)二者之間，設一區別，其實這種區別，不能存在。而所謂政府任務一詞，亦不過因國家各種重要機關之中，有一名為政府，故人們即以政府二字，冠諸任務之上耳。

關於國家之法律上的任務，要詳細研究，可參考余所著 *Traite de Droit Constitutionnel*, 2e Edit., 1923, P. 132 Et S.: Hauriou, *Precis de Droit Constitutionnel*, 1923, P. 366 Et S. Carrede 關於國家的任務之研究，會為冗長的發揮，不過他對於實質的

觀點與形式的觀點，時時混淆不清（見氏著 *Malbare, Contribution a la Theorie Generale de l'Etat*, I, 1921, P. 294 Et S.）。

（二九）實質意義的制定法

上述關於形式的觀點與實質的觀點這個區別，自應適用於法律的概念之上。

就形式的觀點言，凡依照國家憲法的規定，具有立法特性的機關，所產生的一切決議，都稱為制定法（*Loi*）。在法國，依照一八七五年的憲法，這個機關，便是國會。國會尚需要總統的協助。總統有時可以提出法律案，並公布法律，而至少關於法律的公布，必須由總統參與其事。是故形式上的制定法，就是一切的條款之由國會所決議，而為總統所公布者是已。而且亦祇能由國會所決議而為總統所公布者，才算是形式上的制定法（參照一八七五年二月二十五日憲法第一第一段；一八七五年七月十六日憲法第七條）。

就實質的觀點言，凡行為本身的內在性，具有法律特徵者，都是制定法（*Loi*），至

於作成這種行爲的人員或團體，却與制定法並無互爲依存的關係。這就是依照行爲固有的性質，以定其爲立法行爲是也。立法行爲，有時也許就是形式上的制定法，但也許不是的，而且立法行爲，不即係制定法的情形，十居八九。是故要釋明立法的任務是什麼，祇須釋明實質的立法行爲之特性，便爲已足。

實質的制定法與形式的制定法之間，予以這樣的區別，是最合理的，並且這種區別，在今日爲一般人所認許。不過此項區別，能否適合於法國實證的憲法條文，則尙屬問題。

一七八九年權利宣言的起草者，既以制定法係「共同的意思之表示」（第六條），似乎僅認制定法祇具有形式上的意義。一七九一年憲法第三篇第三章第三節第六條載：「國王所裁可的法令……具有法律的效力，並得稱之爲法律（Loi）。此種規定，固亦僅表示形式意義的法律概念，但是第三篇第一章第一節第一條之規定，既認立法會議有「提出法律案及頒布法律」之權，復認該會議保有其他爲憲法所特別規定的職權，並明言這種職權，與立法有別。那末依照該條的規定，可知所謂制定法，並不都是立法機關的決議，而一

七九一年的憲條起草者，似乎了解實質的法律概念。至於一七六九年的國民會議，則頗似對於法律之真正的概念，祇有一種飄搖不定的思想而已。

一七九三年的權利宣言，固亦認制定法係「共同的意思之表示」，但該項宣言，又復規定：「法律祇能命令關於社會有利而且係正直的事情，使其作為，而亦祇能夠禁止關於社會有害的事情，使其不作爲」（第四條）。這便是以法律的內容，解釋法律，並且予了一個實質意義的法律定義。但是一七九三年的憲法，却適得其反，對於法律一詞，祇予以純粹形式的意義。此項憲法，把法律（Lois）與教令（Décrets），加以區別。教令是由立法機關頒布的，但關於法律，則立法機關祇能提出法律案。立法機關所提出的法律案，於提出後四十日，在過半數的道區內，未經每一道區的初級會議（Assemblée primaire）十分一議員表示異議者，即成爲法律。倘有異議，則立法機關，應召集各初級會議以「是」或「否」兩種方式，就法律案表示其贊同或拒絕（參照一七九三年憲法第五三條至六〇條，此項條文，與第一〇條及第一九條，互有關聯）。第五十四條，列舉有關可充

法律標之事項，就中有許多依該條的規定，認為係具有行政性質。可知不過是法律之純粹形式的概念而已。共和三年憲法，亦僅僅下了一個形式上的定義：「法律乃是由於多數國民或其代表所表示的共同意思。五百人參政會的決議，經元老院同意者，便得稱之為法律」（參照共和三年權利宣言第六條及憲法第五二條）。

至於現行有效的一八七五年諸憲法，祇有一種含糊不清的規定。一八七五年二月二十五日法律第一條載：「立法權由參議院及衆議院行使之」。依該條之規定，一八七五年立法者的意思，是首先確認國會二元制。而就這個條文看來，縱使認為有涉及法律（Loi）的概念，而這種概念，亦屬具有很多的缺點罷了。該條究竟是說凡屬兩院的決議，不問其內容若何，都是法律，抑或是說實質意義的法律，必須由兩院的決議產生出來？關於這個問題，頗難以斷言。

是故，法學家可不受任何法蘭西現行法的條文所拘束，得以自由地倡議關於立法任務之合理的學說。

就實質的觀點言，凡國家表達法律規定（*Regle de droit objectif*），或創設各種法規，或樹立各種制度，藉以保證法律規範的實施之行為，都是制定法（*Loi*）。立法，當然是國家的任務，這種任務，即在制定各種如上所言的法律。種種實質的制定法，也許很簡單地，就是在某一時期所認許的法律規範之表現，也許是包括許多的規定，藉以保證這種法律規範的適用。要之，實質的制定法，總是以法律規範為其基礎。國家所制定的種種法規，不問其旨在表達法律規範，或在於實施法律規範，依其本身而論，都與法律規範，並無二致。是故就廣義言，所謂實質的制定法，就是一切由國家所發動而含有一種法律規範的行為。

很顯明的，假若我們能夠證明法律規範的基本特質，係表現於實質的制定法中，而且應該表現於實質的制定法中，那末我們的理論，就可以建立起來了。所謂法律規範的兩種基本特質，即普遍性與強制性（*La generalite et le Caractere imperatif*）是已。所以現在祇要證明凡屬實質的制定法，都具有而且不能不具有這兩種特質，凡屬實質的制定法，

都不能不是強制的法規，那便是成功了。

(三〇) 制定法係具有普遍性的規定

我們可以說，制定法係包含着一種規定，不因適用於某一預見或預先決定的事項之後，即歸消滅。這種規定，却在適用之後，依然存在，祇要不會廢止掉，對於該規定可預見的一切同樣事項，將來都可援用。所以在事實上也許祇援用過一次，但是他的普遍性，仍舊存在。至若個別的规定則異是。個別的规定，係就特定的事件而創立，一經適用於這種事件以後，則因創立規定時所具有之特殊而具體的目的，已經到達，當然即歸消滅。制定法的規定，係具有普遍性的，適用於一種或數種特定事件之後，依然存積。正因其有普遍性，故其結果，就會成爲抽象的。抽象云者，乃指在制定法制定當時，並不具有對人對事的考慮而言。

關於個別而具體的規定，與普遍而抽象的規定，其間區別，可以用兩個簡單的例子，

予以說明。例如對國家效勞，卓著功勳的某一國民，國家決定頒給勳章者，這便是個別而具體的規定。這種規定，專對着特定的事項與特定之人而設。一經適用後，因所欲追求的目的，已經達到，彷彿薪盡火熄，當然即歸消滅。反之，例如國家決定，凡犯有某種行為者，應處以某種刑罰，這便是普遍而抽象的規定。在創立這個法規的時候，國家並未着眼於某某之人，於某一時間，正處於某種特定的具體的地位，不過為社會利益着想，特以抽象的方法，為之規定而已。這種規定，雖則經過了一度的援用，却仍然保有完全的力。祇要不被廢止掉，每遇一種事實發生，具備該規定所預定的各種條件者，便隨時可以適用。

普遍而抽象的規定，係實質意義的制定法，至於個別而具體的規定，固非係實質意義的制定法，但若出諸立法機關所制定，則成爲一種形式意義的制定法了。就實質的觀點言，個別而具體的規定，依其情形，也許有時爲行政行爲，有時爲審判行爲。

我們可以舉出三個關於形式制定法的著名的例子，換言之，這些都祇是具有法律形式

的行爲，而絲毫不有體法律之實質的特性，以其皆係個別的行爲故也。這三個例子之中，有兩個是一九〇六年七月十三日的二種法律。其第一種法律規定：退伍的陸軍中校 *Leguait*，着仍在軍隊服務並晉任少將；第二種法律規定：砲兵隊長 *Dreyfus*，着晉任騎兵隊長，一八八〇年三月十日法律第三條，無庸適用。第三個例子，便是一九〇七年七月九日的法律。這個法律，係提前遣回屬於一九〇三年徵調之軍人。其第三條載：「步兵第十七團的軍士，其非係一九〇七年六月二十一日清晨至正午迭次徵召所集合者，不得享受第一條所定之權利。這二種法律，都是個別の規定，而且有乖於法規的普遍性，都不是實質意義的制定法。在通過這種法律的時候，國會確係逾越權限，可是對於這樣的越權，是無法伸訴的（關於 *Piquart* 及 *Dreyfus* 兩種法律，可參照 *Delpech*，在公法評論（*Revue du Droit public*, 906, P.507）上所著的論文。關於一九〇七年七月九日的法律，可參照 *Barthelemy*，在公法評論（*Revue de droit public*, 90, P.42. 所著的論文）。

普遍性，所以成爲制定法之基本的特質，依我們看來，是因其具有理論上與歷史上的

兩重基礎。

(1) 理論上的基礎

人們對於法律的概念，都認為有一種邏輯上的結論，這種結論，便是法律的普遍性。治者之所以申明法律規範，其最主要的使命，即在保證法律（*Droit*）的實施，這種法律規範，就是社會的紀律，社會紀律，係以營社會生活的人們之互恃關係，為其基礎的。至於實證的制定法則，又為這種法律規範的表現。是故制定法必須具有與其同樣的特性，與其同樣的價值。法律規範之適用於個人的，固然具有個別性，但是法律規範，本導源於社會的本身，當然具有社會性，既然是社會的，一定亦是普遍的，法律規範，決不僅僅適應於特殊的事項，如果規範而祇適應於特殊的事項，那便會毫無價值可言，法律規範，是社會生活之一要素，所以必須具備與社會生活本身相一致的內容。換言之，法律規範，就是營社會生活的人們之行為準繩，因其可以適用於一物之人，並且可以適用於一切關於社會生活的情形，所以會具有普遍性的。所謂制定法，不過是國家表達出來的法律規範，而

這個法律規範，決不能夠因經過了一度由國家表達的程序，便會變易其特性。他雖則經過一度表達以後，形成了制定法，但在實質上，他仍舊是原來的法律規範，換言之，依然是普遍的規範。

(2) 歷史上的基礎

就另一方面言，制定法之所以存在，完全靠着他的普遍性，依歷史言，立法任務之所由構成，正因為制定法含有普遍的規範之意義，才需要立法。立法任務，原由適應社會的某種需要而來，其唯一的與確然的理由，正在於制定法係普遍性規範故也。

依據社會學的原理，現時頗可證明，就國家之法律上的任務言，立法任務，在國家發展史上，係最為晚出。歷來所謂政治威權，即使在文明已達到相當階段的人羣之內，也不過是以個人的行爲，有所表示，藉以作成如吾人今日所謂之行政行爲及審判行爲者。自來國家的元首，有時專憑一己的意思，有時因臣民爭訟，求其判斷，而作成某某事件，而都運用其物質上的力量，以保障其意思之必爲人所服從。唯有在人們通曉文字，並利用物質

上的方法，以保存成文的法規以後，才能夠施行實證的制定法，可是僅僅施行實證的制定法，尚爲未足，還須把法律之爲社會規範的意識，深深地印入各人的腦海中才行。成文法律，是把人類集體所蘊藏的法律意識，深深地向外界放射出來。這種現象，經歷過一個單純習慣的時期。習慣確是一種表達法律的方法，這個方法，固屬未甚完善，但係實實在在的，法律意識的表達，除利用成文法律之外，還繼續依賴習慣以維持；不過到了人們了解國家的立法任務以後，成文立法，便占了優越的地位。

時代邁進到某一階段，人們知道，爲了對抗國家的專擅行爲，成文法的固定性，普遍性和抽象性，已經構成了個人之最有力的防身武器，到了這個時候，人們已有了一「合法性」(Legalite)的概念，人們知道；政治威權的持有者，應該受普遍性的法則所拘束，這種法則，係以抽象的方法作成，而無關於特定之事，與特定之人；政治威權的持有者，祇有依照制定法所包含的普遍法則，才能夠採取某種個人的決定，到了這個時候，人們既然了解這種制度，於是便豁然大悟，對於治者的一切威權，都有可以防備之道，因爲這是很

顯然的：此種限制治者行爲之普遍而抽象的法規，可以說却了許多因個人決定所招致的跋扈專恣之危險，這種個人決定，大抵皆由於怨恨，榮寵，或仇視等原因所驅使。

古代希臘，常致力於這種「合法性」的探討，人們嘗辯論古代希臘的自由；可是有時亦說，在希臘的市府制度下，人民爲市府所吞滅，在這兩相矛盾的言詞之間，究竟孰爲真實，確是一個問題。現代所謂自由，係指個人所得享受的某種地位而言。自由，是國家權力，受了某種限制所產生的結果，但是這種自由的意義，決非古代之人所能了解的。古代之人，亦決不知道，爲了個人的利益，會可以把國家——或市府——的權力，加以限制，但是他們明白，國家祇能夠施行普遍性的法規，以覆斂一切，而不能採取個人的行爲。換言之，應該由法律來制裁一切，至若政府所作出的個別決定，不遵照法律——亦即保爲全體人民所制定的普通法則——而爲者，便是專政。——自由的概念，古代之人，却十分清楚，倘有人逾越法律，以作成種種個人的決定者，則其人即係專制者，反之，市府並執政者，若依照全體人民（治者與被治者）所預行制定的普通法則。所謂法律也者，出而

干預一切，那末這樣的市府。便是自由的市府，Hermann（見氏著：Lehrbuch des Juristischen echtsalterthumer P, 20, Edition Thalim, 1884），對於這種觀念，說得最清楚：「就其對國家而言，希臘人的自由，頗爲簡單，他們感覺得祇要每一公民，在法律的威權之前，一律平等，便無所仰賴於任何權力了」。

這種思想，固然亦留傳到我們，但中間會經過了無數的障礙，與許多的逆轉。話雖這樣說，時至今日，這種思想，已是虎虎有生氣，現代人類的意識，當然是較爲進步，毫無疑義；大家都承認國家的權力，應該予以一制，甚至國家依照普遍性的制定法而行使的權力，也應該加以限制，縱使有了制定法，國家亦不能爲所欲爲，而且法律一經制定後，任何國家的機關或其官吏，都不能違反法律，而有所決定。制定法也許有不便於民，或未盡公正的，但既經成爲普遍而抽象的法則，這種不便不正的危險，一定會減至最小的限度，然則制定法之所以爲保護社會的法律，其理由當於法律之普遍性中求之。

要之，無論就理論上言，就歷史上言，或者就社會上言，我們認爲普遍性，是制定法

的基本特質。

(三二) 制定法係有強制性的規定

依照上述的定義而言，我們知道通常所謂制定法，皆係強制的或禁止的法則，這就是說，制定法是某種事件之作爲的命令，或不作爲的禁令，一言以蔽之，即係積極的或消極的命令是已。

有許多的法律，其強制性表現得非常明顯，這是無可爭議的事實。首先要指出的，便是刑事的法規。刑事法規，根本上即係具有禁止性的法律。此外，在現代的社會，還有若干法律，均係課個人或團體以各種負擔，或各種給付，這類的法律，亦將與日俱增，此又是無可爭議的事實。這種情形，都是人類認識了在同一民族構成分子，相互之間，賴以聯繫的種種密切，帶約束，而產生的結果，並且這種認識，在現代的社會，是愈來愈清楚，任何徵稅的法律，不問其以何種方式制定，都是強制的法規。於此，我們可以提到有些對

於特定之人，課以特種義務的法律，其數類目見繁多，例如勞工法規，勞動危險法規，勞工養老法規等皆是。此外還有許多關於救濟的法律，這種法律，亦是對個人，尤其對團體，課以負擔。例如需人救濟的兒童之扶養，（一九〇四年六月二十七日法律）醫藥的施捨（一八九三年七月十五日法律），衰老殘廢的義務救助（一九〇五年七月十四日法律），勞動者的養老金（一九一〇年四月五日法律），孕婦及丁口繁多的家庭之救濟（一九一三年六月十七日及七月十四日三十日法律）皆是。以上列舉的，不過是幾個很顯著的例子罷了。

除了毫無疑義的強制法規以外，還有許多法律，初看起來，彷彿是不具有強制性的。這些法律，都不是選對人民而定，却是對着治者本身——如果認國家係人格者，便對着國家——而制定的。治者或國家，既不能對於自身發布命令，那末，這些法律，怎樣亦會含有命令性質？在法國，有許多法律，都是屬於這一類的。例如各種權利宣言，以及依據權利宣言而產生的種種憲法皆是。關於組織上的法規，與權限上的法規，這些法規，似乎亦

祇是對於國家或其官吏，有所規定，而不直接及於人民，所以上述的問題，也可發生。這個問題，最後還可適用於有些法律，不過是補充當事人的意思，因此亦有人稱之爲補充法規 (Lois Supplétives)。在這種法規中，主要的都是些民事法規，依民法第六條的規定，祇要不害及公共秩序與善良風俗，當事人得以特約，廢止這種民事法規的適用。

老實說，依我們的見解，制定法並不含有一種命令，使較低的意思，服從較高的意思，制定法並不是在上的立法者所爲的決定，強迫其人民務必服從，制定法之所以具有強制性，祇因爲制定法是表達一種原來具有強制性的規範，或者是因爲制定法具有保障強制性規範之實施的目的，於以建立制度，確定權限，設置禁令，課定義務的緣故。

我們對於制定法的強制性，再亦找不出其他的基礎來，在今日誰也不會再相信，治者之制定法律，是由於超自然的威權，授與以權力之所致的。人們更其不復相信，有所謂民族的意志，而以立法會議，國會，或國民大會，爲其機關，這個所謂民族意思，不過是一種擬制而已（參照本書第二十二段）。要之，就實在言，制定法是治者所制成的，在法國

，係以國會議員之半數，用表決方法，制定法律，復經國家元首，予以公布。國會議員與元首，一樣的是人，與其他之人，並無二致。無論如何，他們是不會享有發布命令的權力的，治者所制定的法律，祇有是合乎法律規範，並且以保障其實施為目的者，才能具有強制的力量。

倘承認國家係具有人格，並認法律係國家所制定的命令，那末便不能夠承認各種權利宣言，各種憲法，各種關於組織上的法律，以及關於權限上的法律，會具有制定法的特性，因為人們不能夠臆想，國家對於自身而可以發布命令者。

依照我們所給與制定法的基礎而言，一定會產生這樣的一種結論，就是倘若制定法違反了法律規範，便沒有強人對之服從的餘地，這是很明顯的事情，我們對於這個結論，絲毫不願放棄，並且唯有這樣，才是一種高貴的保障，足以對抗立法者的專恣跋扈。假使人深信立法者不是發布命令的主宰，而僅係社會團體之一員，因其事實上的地位關係，特授與以制定法規的使命；假使人人了解，立法者所訂定的法規，必須合乎一種最高的法則

，始有強制的力量；那末立法者才會小心翼翼，竭其心智，以制定各種法律。

學者間頗有批評我們，說是簡直跑上了無政府主義的路上去。Hansen於其所著憲法學一九〇六年第四版第四〇頁上有言：「如果否認了主權，那末既沒有法律，亦沒有政府，這便是無政府主義的妄想，即或不然，亦不過以法律僅僅是那些事實上存在民族中各階級間之不同的力量，相與調和的結果而已。」在一九〇六年以後再版的憲法學上，固然不復見有這一段的記載，但是我們相信，終氏之一生，這一段文章，確係表現出這位教授的卓見。此項反對的見解，與我們不相關涉，我們的制定法之概念，決不是無政府主義的。其實，無政府主義，根本上便是個人主義的，我們的學說，根本上就是社會主義的，因為我們的學說，係整個建樹在共營社會生活的人們之互恃關係之上，亦即是建樹在吾人所謂社會紀律之上，我們關於制定法的理論，就其本身言，也是具有社會性的，良以這個理論，強制着治者，祇能就其信為毫無疑義的法律特性上，以制定成文法規。誠然，法律的真實性，固不能如數學上的程式，那樣明白的表現出來，可是在某一時候，有些法律規範，確

係深入於社會份子的意識上，其印象的透澈與普遍，較諸科學上的真實性，並無多讓，一切成文的法規，凡屬其目的，在保障這些法律規範之實施，而作成者，必定會獲得社會上幾近一致的同意。

抑有言者，凡是講到抵抗制定法的適用，大概都是指以暴力抵抗法律之適用而言，自來神學家，都把所謂抵抗，分作消極的防禦的，與攻擊的三種，並且認為祇有把抵抗作為最後的救濟方法，才是正當的。不過依我們的見解，在民族社會的內部，一切社會的團體，莫不努力以求其自身的完整，尤其是在法國這種團體，利用公會的組織，可以形成一種有力而和平的抵抗，以拒絕種種制定法的壓迫。據 Esmein 的見解：「如果在各種社團，各種團體，各種階級之上，不會有一種權力，可得而駕御之，那末必定要回復到與封建時代的無政府狀態相類似的程度，而勝利的取得，不復是人類理智的啓示，而祇是暴力而已，所以欲求個人權利之獲得充分維護，與法治精神之得以貫徹，唯有承認一種較高的權力——不但較高於個人，而且較高於團體的權力——才會有真正的保障」(見氏著憲法學一

九二二年 Meard 發行之第七版第四九頁)。

說到封建時代的無政府狀態，却是行將形成的一種事實，世上沒有一種社會組織，能夠比十三世紀的封建社會，更為完備，所以我們絲毫不怕回復到一種與封建制度一樣的社會制度，而建立在階級，排列與階級的等別之上者。我們願願相信，假使能夠回復到這樣的一個制度，則個人對於暴力的抵抗，較諸在大革命時代所產生的那種社會制度之下，一定受着更為有利的保護。因為在大改革時代所產生的制度之下，人人散漫孤立，懦怯無能，任由少數人所播弄，而這些人都把他們的萬能力量，建立在一種主權在民的擬制之上，而羣衆畢竟盲目隨從，如 Esmein 所說法律係由於智理的啓示云云，大概亦祇有國民參政會 (Convention) 所制定的種種嚴酷法規，拿破崙的專制法律，與第三共和國所制定的各種強盜式的法律，堪當此語。

(三二) 行政任務與行政行為

我們應該從純粹實質的觀點——換言之，應該從行政行為之內在的法律性質觀察，而無庸顧及作成該行為之機關或其官吏之特質——以釋明行政任務的特性，與上述關於立法任務的詮釋，出於同一的態度。

就形式的觀點言，行政任務，係包括一切機關，或其人員所作成的行為而言。這些機關與人員，均係依國家法律之規定，而具有行政特性者。誠然，這種形式上的概念，頗為適宜，因為在實際上要作成一種法律上的分析，殊為困難，祇有利用這種概念，可以避免許多困難，不過這種概念，正因其為形式上的，所以便不免於矯揉造作，而與事實的實在性，不相符合。我們曾經說過，有時候某種機關，或其人員，雖則了無疑義地係具有行政特性，却是能夠作成許多不折不扣的審判行為，或立法行為，反之，有些不具有行政特性的機關，往往偏會作成真正的行政行為，例如國會與法院皆是。如果有一種學說，既然離開了作成某一行為的機關或人員所具的特質，又不專以行為的內在性，作為審定的準據，那麼這種學說，委係不完備，而且是矯揉造作的。

雖然，所宜注意者，形式上的觀點，並不是沒有實際的價值，對於某種行爲，要請救濟時，能否受理，就大體上說，祇有依照作成該行爲的機關或人員所具有之特性，以資解決。有時某種行爲，固然具備行政性質，但是無從爲伸訴，因爲這種行爲，係由於某一機關——例如國會——所作成，而按照這個國家的制定法，却不允許對於該機關所爲的一切決定，得爲伸訴。反之，有些行爲，雖則依其性質，不是行政行爲，但是因係行政當局所作成，便可以爲行政上的救濟，不過這些問題，於任務的原則上，毫不相關。

我們曾經利用立法行爲的內在特性，及其在法律上的反射作用，以釋明立法任務的性質，所以一樣的亦可借助於這種要素，以釋明行政任務的性質。靠着立法的任務，國家既可以參與法律的領域 (Le Domaine de Droit objectif)，那麼便可以推知，國家亦得依其行政的任務，而參與另一法律上的領域。國家的制定法，乃國家藉以表達抽象的法則，而無庸顧及某一事或某一人。但國家之作成行政行爲，諒不是這樣的，行政行爲之作成，須要着眼於特殊的地位，國家應該與特定之人，發生關係，對於這一點，我們必須切實了

解。還有一層，制定法是普遍性的法則，適用於一種不特定的事件之總體，而行政行為，則係個別的行爲，與制定法適屬相反，這亦是我們所應知道的。

如果我們認定，行政行為，係治者或其官吏所作成的法律行為——固有意義的法律行為——那末把行政行為立法行為，互相對照而得的種種結論，便極易於解釋。就狹義言，所謂法律行為，即係依照法律而作成的意思表示，因而產生一種權利的地位，或者對於法律的地位之產生，附以條件，是故，所謂行政任務的概念，依我們的見解，約如下述：行政任務，就是國家可以藉此以作成法律行為的任務。茲之所謂作成法律行為，亦即係表示一種意思，其效力足以產生權利的地位，或對於法律的地位，附以條件。要之，行政行為，一定是個別而具體的行爲，而立法行為，則係普遍而抽象的規定。立法行為，是法律規範的典型，行政行為，是法律地位的創設，或者是法律地位的條件。

這個行政行為的定義，頗需要詳細的闡述，但爲篇幅所限，祇得從略。其詳可參照余所著 *Traite de Droit Constitutionnel*, I, 1921, P. 211 et S., II, 1923, P. 228 et S. 附圖

本

附圖

言之，因意思表示而產生的法律地位，是一種客觀的地位，或法定的地位，在意思表示上，要尋求此項地位的效力原因，委係不可能，此項地位，係制定法所創設，意思表示，不過是一種條件，制定法之適用於某一特定之人，却必須遵守這種條件。舉例言之，我們不能夠說，公務員之所以保有職權，係由於任命之所致，公務員的職權，係出於制定法所賦與，任命不過是一種條件，藉以把關於公共任務的制定法，適用於受任命之人，像這一類的行爲，所以稱之爲條件行爲（*Actes-conditions*）者，其故即在於此（參照：Jeze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 2e edit., 1904 I, 23-31）。

行政行爲，既然是法律行爲，則一切關也法律行爲的原理，都應該予以適用。於茲有一事必須了解，法律行爲，就其定義上言，即係意思表示，意思一經表示之後，祇要合於法律（*Droit Objectif*），就會發生一種法律的效力，在現代國家的法治制度，與立法階段之上，所謂法律（*Droit objectif*），差不多與制定法（*Loi*）混而爲一，所以行政行爲，祇有在制定法所指定的範圍以內，才能夠有效地作成，因此，行政任務的範圍，亦須於立

法上予以決定。國家行政 (État Administrateur)，僅得於國家立法 (État Législatif) 所決定的情形以內，及其所決定的條件之下，有所作為。至於國家行政，爲什麼要國家自己所制定的法律之拘束？這個疑問，與一般所謂國家應該服從法律的問題，互有關係，而同時又是有關公法學上之基本問題。在本書第十六段中，對於這些問題，曾有所論列，而於本書第二篇，將更予以闡述。

還有一事，必須注意的，一切爲保障公務推行而作爲的物質上之動作，其數類固極繁曠，但皆應歸入於行政任務之內。這些動作，雖則不具有法律的特性，却總是不能自外於行政法的範疇，並且與行政任務，互有關聯。這一點，對於我們上文所下的定義，却絲毫沒有抵觸。此項物質上的動作，實在時常會牽連到其所準備或所實施的法律上之行政行爲。而且因於是物質上的行爲，很可以惹起行政官署或行政官吏的責任問題，所以必須受法律的制裁。

(三三) 法規的制定不是行政行為

爲要證實行政任務，具有上述的特性起見，尚有一事，必須指出：就是有許多行爲，雖則列入行政行爲的範疇，但並不具有行政行爲的特性，不過要證明這一點，祇能夠拿各種行爲本身所具有的特性，予以推論，而不得把作成此項行爲的機關或人員的性質，或把可以受理某種伸訴或把某種伸訴之有無受理性，作爲論據。不然者，即係陷於形式的觀察。

一般的見解，固然都以制定法規的行爲，屬於行政行爲的範疇，但是就實質的觀點言，在理論上祇能認其係立法行爲，關於這一點，自有予以證明之必要。爲便於詮釋起見，最好是先把若干重要的事件加以檢討，在現行的法國法律，對於這些事體，都已制定了各種法規。所謂法規（Règlement）乃係國會以外的機關所制定，而具有普遍性的一類規定，或者亦可以說，法規係具有普遍性的規定，唯其制定的形式，則與立法的形式不同。

——所謂立法的形式，即係經過國會的決議，與總統的公布，關於這個定義，是一般所贊同的。至於國會以外的機關，為什麼可以制定普遍性的法規？這個問題，是與形式的觀點，互有關係，而非茲之所欲研討者。現時所要研究的，却是這樣的一個問題：以各種法規的內在特性為標準，應該將此項法規，歸入於實質意義的立法行為呢，或是應該歸入於實質意義的行政行為？

我們知道，有些法規，是法國的總統制成的，用以補充制定法之不備，或就其適用上，予以詳細的規定。總統之制定這種法規，有時係基於國會之授權——關於此點，在現行各種制定法上，最為習見——有時則出諸總統自己的意思，總統之享有這種權力，乃為現時一般所承認的，國家的元首，究竟基於何種資格，得能作成此項行為，現時對於這個問題，暫無庸解答，我們祇須就其行為的內容，先予以檢討罷了。依我們的見解，這些行為的內容，根本上皆是立法上的事情，則屬毫無疑義。這些行為所包括的規定，亦可在制定法之中，占一席之地，而人們也必給與以實質上的立法特性，並且這些規定，既列在法規以

內，亦決不會喪失掉立法的特質。

對於總統之得以制定立法性的規定，應該是怎樣解釋？學者間於此爭論頗烈。有些認為係出諸國會的委任，有些則以在這種情形之下，而作成的法規，便併入制定法之內，打成一片，這些無關緊要，此處尙不是討論這個問題的地方，我們祇要認定，這樣制定的法規，決不能視為係行政行為便得。

還有一層，國家元首，對於某種事件，依法律的明文規定，有權可以制定法規者，其就此所制定的法規，亦不得視為係行政行為，這種權限，是不是憲法上的權限，這個問題，此處也無暇討論。祇有一事，必須予以證明，就是這樣作成的法規，都是立法的事件，絲毫不具有行政行為的特性（參照本書第一二一段及第一二二段）。

（一）關於警察的法規

法國的總統，在事實上固已制定了一般警察法規，但總統在憲法的立場上，是否具有這種權力，這個問題，我們不欲在這裏加以研討，所可斷言者，像這樣的法規，事實是有

的。例如一九一四年七月二十四日關於國內航路的警察與使用的教令，一九二二年十二月二十一日關於交通警察的教令，即所謂道路法典（Code de la Route）皆是。

警察的概念，頗為廣泛，但是不問人們所下關於警察的定義，是怎樣差池不一，對於下述的一點，總是衆議僉同：警察是政廳方面的一種行爲，這個行爲，以預防的方式，對於私人活動之自由發展，予以限制。

爲了戒備起見，對於特定人的自由，而予以限制者，在這種情形之下，其所作成的決定，當然是真正的行政行爲，而無可爭執的。例如巴黎警察總監，或各道的縣長，爲禁演某一戲劇，而作成的決定，又如主管官署，爲衛生或安甯起見，命令特定之人，爲某種作爲，而作成的決定，諸如關於命令宰殺已罹傳染病的畜類，拆卸在公路旁邊行將塌圯的危牆，以及對於有害衛生的房屋，命其應即遷居而加以修繕等等皆是（參照一九〇八年六月二十一日及一九〇二年二月十五日法律）。再者，在現代國家的法治制度之下，像這樣的警察決定，只能夠就普遍性的規範所規定之事項，才可以出而干涉，這樣普遍性的規範，

便是制定法，並且對於負有作成此項個別的決定之責的官吏，必明定其權限，關於這一層，亦可斷言的。

關於爲戒備起見，加諸私人自由上之種種限制，誠然係出於普遍而抽象的規定所生之結果，都是構成了永久性的法則，如上一九一四年三月二十四日關於國內航路警察的教令，及一九二二年十二月三十一日關於普遍性的交通警察的教令上之規定者，不問人們對於制定法所下的定義是怎樣，我們總不能不認此項規定，係具有實質意義的制定法。這種規定，也許是爲保障公共秩序，安甯，和平，及公共衛生而制成，可是這一點，却絲毫不能夠變更行爲之內在的特性，實在說起來，一切的制定法，都是爲公序，安甯，及和平而制定的，如果，這樣的法規，係屬行政行爲，那末便沒有理由，否認一切的制定法不是行政行爲。

(2) 關於組織的法規

在任何國家，尤其是在法蘭西，人們會看到許多由國家元首所制定的法規，這些法規

，都是以組織公務之推行，爲其目的，並且自從一八八二年十二月二十九日頒行財政的法律——其第十六條，規定關於各部對內的組織——以來，這類的法規，尤其是紛見雜出。人們於是爭相誇誇，以爲這些雖都是普遍性的規定，但決不能認爲係具有實質意義的制定法之特性。他們以爲這些關於組織公務的法規，其係行政行爲乃屬無可爭執的，因爲這種法規，僅僅適用於公務員，而不適用於一般的私人，且其效力，亦唯局限於國家之對內的組織而已。

這種議論，不能夠動搖我們的信念。如果以國家對內組織的規定，否認其具有實質上的制定法之特性，那末，就邏輯上言，不能不認一切關於國家組織的法律，都不具有實質意義的法律特質。然若把這些祇限於組織公務，並且訂明在法規上的規定，轉而記載在形式意義的法律之中，——這是很常見的事情——，那末便不會有人對其實質意義的法律特性，再行懷疑。可是倘使認其以前並不具有這種特性，則在形式轉變之後，亦必不能具有也。

還有一層，我們不能像 Landau 所說的，關於組織的法規，「既不逸出行政機構的範圍，而又與一般私人，不相關涉」。這種法規，固然以規定公務之對內組織，為其基本標的，但總是多少有些關涉到私人之處。祇要把重要的幾種關於組織的法規，加以涉獵，便確信我言之不謬。例如關於公民教育的若干法規，對於一般要項（不問在何種方式之下）受教育的民衆，難道毫不相涉麼？又如許多關於軍政上的法規，對於年在二十歲以上四十五歲以下，負有服兵役義務（除若干極少數的例外之外）的法國人民，難道沒有干係麼？又如各部規定關於司、科、室的工作分配之法規，對於應赴某處接洽的利害關係人，較之對於經辦某事之部員，豈不更有關係麼？有些學者——這些學者，是我們所要攻擊的——，當其遇到了某種組織，例如部的組織，一方係受着調定法的拘束，而同時又須受法規的支配，於此情形，在我們是依據實在的狀況，予以解釋，而在這些學者，便覺得解釋上頗為棘手。像這種關於部的組織之法律與法規，其內容既確係一致，那末如果要照邏輯上講，勢必是說這種法律與法規，都是行政行為。可是人們又不敢主張不是實質意義的調定法

，然則此項法規，既具有同樣的內容，就實質的觀點上言，也一定是「一種立法行為」。

但是有一事必須注意，所謂就實質的觀點上言，總統所制定的法規，都是立法行為，這句話，並不是說，這些法規，亦與形式的制定法一樣，是無從設法伸訴的。凡國家元首依其行政職權，所制定的一切法規，即使其中有關於行政官署之組織者，在現時大概都允許人民得提出違法之異議（*Exception D'illégalité*），並得為越權之救濟（*Recours aux Extraordinaire Pouvoir*）（參照第二一段及第一一二段）。

（3）關於行政機關或行政官吏所制定的法規

除國家元首之外，還有許多機關及官吏，亦得制定法規，並且現時已經制定了不少的法規了。而這些機關或官吏，係具有行政機關與行政官吏的特性。

國務院的各鄰部長，其所得行使關於制定法規的權限，至為廣泛。依照經常的習慣，各鄰部長，得就總統所頒布的教令，以部令（*Arrêtés Réglementaires*），制定施行細則，並得就各該部所轄的部務，以部令定其組織。至此項部令，不能逾越法定的限度，並不

得變更法令所規定的組織，則不待言。除此之外，國務院的部長，亦得依特別法的規定，享有制定法規之特權者，例如農林部長，依照一八七八年六月十五日法律，得制定關於防止葡萄蟲的法規，依照一八九八年六月二十一日法律，得制定關於鄉村警察的法規。又如內政部部长，依照一九〇二年二月十五日法律，得制定關於公共衛生的法規。

各道道尹 (Prefet) 及各縣縣長 (Maire)，關於警察事件，得以制定法規的權限，至為廣泛 (參照一八八四年四月五日法律第九一條第九五條及第九九條，一八九八年六月二十一日法律及一九〇二年二月十五日法律)；道參議會 (Conseil General)，對於若干屬於道區之事務，亦得制定法規 (參照一八七一年八月十日法律，及一九〇五年七月十四日法律關於衰老殘廢事件)。縣參議會 (Conseil Municipal) 對於警察及關卡之組織，亦有制定法規之權 (參照一八八四年四月五日法律第一〇二條第一〇三條及第一四〇條)。凡屬這類的法規，都具有實質意義的立法行為之特性。其理由已具如上所述矣。蓋以這種法規，不過其所規定的對象，雖非若總統所得規定者之廣，而言其特性，則並不差毫釐。道尹

或縣長所制定的警察法規，亦是一種普遍性的規定，用以限制個人活動之自由發展，自必具有制定法之一切內在的特質。至關於組織的法規，其由部長或道參議會縣參議會制定者，都係普遍性的規定，其效力及於一般之人，故亦係實質意義的立法行為。

雖然，行政機關，或行政官吏所制定的法規，就形式的觀點言，都係行政行為，乃屬不可爭之事實，一切行政上的救濟方法，不問其為訴訟的或非訴訟的，凡對於機關或官吏所作出的個別行為，——即固有意義的行政行為——，法律許其為主張者，亦得就其制定法規的行為，而有所主張。

不過，既然如此，人們或者會說，上述的積極研討，殆屬毫無實益的。事情却決不是這樣。就實質的觀點言，是認制定法規的行為，係屬立法行為，在實際上乃至為重要。假使以制定法規的行為，依其本質，即係行政行為，並且把這種行為的作成，歸入行政人員通常的權限之內，那末行政人員既有權處理特定事件，則依同一的理由，且無庸經法律之明定，此項人員，當然可以作成個別的行為，又可作成關於制定法規的行為。例如享有一

般警察權力的公務員，可以作成警察上的個別行為，及制定法規的行為。反之，設若警員我們的主張，認定法規不具有行政行為的性質，對於法規之制定，不屬於行政人員通常的權限之內，那末，行政人員對於某種事件，即使有合法的管轄權，但是祇能夠在法律有明文授與以制定法規之權者，該項人員，才得作成有關制定法規的行為。警察官吏，非經過特別的授權，不能夠制定警察法規。管理事務的公務員，非經法律授與以特權，不能夠制定關於組織的法規。

(三四) 政治行為不是行政行為

于茲有一事是時常混淆不清，而為吾人所必須避免者。吾們往往聽到有所謂政治行為（Actes Politiques）者，其言即係指統治當局，對於政治目的上所為之一切行為而言。又嘗聞有謂某種行為，其內在的性質，雖不失為行為之特性，但若行為之作成，係出於政治之目的者，則此種行為，便會成為政治行為。人們且復主張，行政行為之依政治目的

而作成，改變為政治行為以後，即使作成這種行為的機關，其平時所作成的行為，在原則上，都可藉伸訴方法，予以攻擊，但是對於這種政治行為，則不能夠依照通常法律，聲請為司法上的救濟。

在這種見解之下，所謂政治的目的，究竟是指什麼而言？就真實而高尚的意義說，所謂政治，就是牧民之道（*La politique est l'art de gouverner les peuples*）。行為的目的，在於使政府依照政治之道以牧民者，那末這種行為，便是由於政治的目的而決定。不過在一般人所謂政治目的，却並不是作這樣的解釋。通常所謂政治，都是指獲取權位，與保持權位的手段而言，故通常所謂政治行為，或所謂依政治目的而作成的行為，大抵是說，在位者欲保持其權力，或排除某種對於地位有礙的人或事，而作為而命令的行為。換句話說，政治行為，就是政府為保障其本身的安全，而作為而命令的行為。是以這一類的行為，亦往往稱之為政府行為（*Actes de Gouvernement*）。

有一種見解，曾一時為許多人所贊同，這種見解，認為就行為之內在的性質言，這種

行爲，固然是行政行爲，但若爲一種真正的政治目的而作成者，都便會成爲政治行爲，或政府行爲，却不能再視爲行政行爲，並且從此失掉一切所具有的救濟方法了。可是這種見解，在現時幾完全爲人所放棄。要知道行政行爲，決不會因政府當局，有何懷抱，而變異其性質。行政行爲，具有確定的本性，這種本性，與其目的無關，決不因所以作成該行爲的目的之特殊，而有所變更。我們曾經說過，就一般情形言，目的的概念，與國家任務之法律上的決定，及此項任務中所包含的行爲之法律上的決定，全然無關也。

權限爭議法院 (Tribunal des Conflicts) 一八八〇年十二月四日五月十三日十七日及二十日各判例 (見一八八一 *Sirey* 書局判例彙編第三冊第八五頁以下)，中央議政院 (Conseil D'Etat) 一八八七年三月二十日關於 *Princes d'Orleans et prince Murat* 事件判例 (見一八八九 *Sirey* 書局判例彙編第三冊第九頁)，權限爭議法院一八八九年三月二十五日判例 (見一八九一年 *Sirey* 書局判例彙編第三冊第三二頁)，均可參考。唯自歐戰以後 (譯者按：此係指第一次歐戰而言)，中央議政院，似又回歸於那種關於政府行爲的不

辯學案。一九一八年一月四日，中央議政院關於 *O. R. G.* 事件之判例，認定在戒嚴時期內，依據部令，禁錮比利時人民於特種拘留場所者，對於此項部令，不得請求爲任何訴訟上之救濟（一九一八年判例彙編第一頁，一九一八年公法評論第二一二頁）。*et cetera* 就此作一評註，謂「一切法律上的原理，已被犧牲，而法蘭西法治的精神，却並不因之加強」。其言至爲允當。

講到政治行爲，我們所以倡議認爲不是行政行爲者，正因爲看到有許多行爲，與政治機構之運用，及其相互間的關係，發生了聯繫，並且與政治機構相互間的作用，也有了關涉的緣故。

我們知道，在現代國家的政治組織中，尤其如法蘭西者，政府是各種機關的集合體，具有一個複雜的結構，包括着兩個基本的機關，即所謂國會及政府本身。這兩個機關，應該互爲制衡，互爲均衡，因此在彼此之間，便發生了相互作用。而公共自由 (*libertes Publiques*) 之獲得保障，即在於這兩個機關之能夠互爲制限。這個制限，當然會牽連到彼此

相互間的種種關係，並且牽連到二者因互為制限的緣故，而作成的種種行爲。凡此種種，實在都是些有關國家內部生活的行爲。這都是由於實施憲法而產生的直接結果，然則，對於此種行爲之不能以訴訟方法，爭論於法庭之前，自爲吾人所易了解。這種行爲，固然不是行政當局，以任何名義而作成的，但亦不能自外於合法的範圍。不過既不是出諸行政當局之所爲，則其法律上的制裁，自然不能依照一切爲行政當局所作成的行爲而創設之法律途徑，以求其救濟之道，是可知越權訴訟，這個救濟方法之所以不能適用於政治行爲者，其真實的理由，卽在於此。不過除此點之外，亦不必援用上述的那種概念，以迴護關於政府行爲的舊說。

像下述種種，都是政治行爲的例示，却並不因其爲政治行爲，便會含有行政行爲的性質。凡國會用以控制政府的手段，例如決議關於信任或不信任政府的提案，組織審查委員會，要求政府發表某種文件，或請求政府應採某種準備。又如依照一八七五年二月二十五日憲法第一條的規定，由兩院組織國民會議，選舉法國總統等皆是。

就另一方面言，政治行為中，亦有許多係法國總統，以政治機關的資格，而作成的。總統利用這類行為，以實施憲法上許其對於國會而為的行為；例如以教令召集選舉，選出參眾兩院的議員；以教令命國會延期集會或閉會（參照一八七五年七月十六日憲法第一條及第二條）；總統經參議院之同意，以教令解散眾議院（參照一八七五年二月二十五日憲法第五條）。這種行為，都不具有行政行為的特性。並且不是以行政當局的資格而為之者。

此外如頒佈特赦令，宣布戒嚴令以及一切外交行為，均屬於證明其為同樣的政治行為。

（1）特赦

關於特赦行為之法律上性質若何，惹起了許多紛歧的見解。有兩個問題，人們時常混淆不清，自應予以仔細的區別。關於特赦行為內在的法律上特性是什麼，這是第一個問題，在總統為特赦時，究竟基於何種資格，這是第二個問題。第二個問題，與第一個完全不

同。

就實質的觀點言，特赦行爲，是條件行爲（*Acte-condition*），因爲這種行爲，係以變更受刑人之法律地位爲條件。根據這個定義，我們可以斷言，就實質觀點言，特赦令是行政行爲。

第二個問題，是與第一個問題，完全不同。若問總統究竟基於何種資格，以頒佈特赦令，則毫無異議地可以說，並不是基於行政機關的資格，却是確確實實地參與了審判的範圍以內了。頒佈特赦的教令，係對於地位之發生，附以條件，這樣地位的發生，直接影響到受刑人的自由，而依照現代法學上最確定的原理，這樣的地位之發生，只有審判機關，才有權使其成立。再者，在總統行使特赦權時，頗難認其係以政治機關的資格而爲之者。在現代的法學上，政治機關，對於直接影響個人權利的地位之發生，無權附以條件。關於這一點，政治機關之無此權限，正與行政機關一樣。只有審判機關，才有權管轄及此。

話雖如此，我們却不能不承認，國家元首之行使特赦權，係出於政治機關的資格，斯

則憲法以明文授與總統以此項權力者也（參照一八七五年二月二十五日法律第三條第二段）。不過憲法以什麼以這種特權，授與總統，以及爲什麼違反着支配現代法律的三種分立原則，認國家的元首，對於審判已經確定的法律地位，會享有變更的權限？凡此種種，皆有待於說明。

爲了道德上的與社會上的崇高利益，爲了人道關係（此中理由，嘗爲人們所闡述，在無庸復贅），不能不對於我們法學上之普遍的原則，予以嚴重的違反，並且現代的法律，都繼續維持着國家元首之關於特赦事件的特權；至於法國古代的君主之保有此項特權者，則皆引用「一切審判，源於國王」這句話，作爲根據。

總統以政治機關的資格，下令特赦時，對於這種特赦敕令，決不能夠援用越權救濟的方法，予以攻擊。關於此點，可參照一八九三年六月三十日中央諮政院對於 *Case* 事件之裁判（見一八九三年判例彙編第五四四頁。又 *Case* 書局一八九五年判例彙編第三冊第四一頁，附有 *Haurion* 之評註）。

(2) 大赦

依照一八七五年二月二十五日憲法第三條第二段的規定，法國的總統，固然有特赦之權，但頒佈大赦，必須以法律爲之。那末大赦的特性，究竟是怎樣的？關於大赦的法律，究竟爲形式的制定法，抑或是實質的制定法？這都不無疑問。

我們知道，大赦有溯及既往的效力，對於某種行爲，刑法認爲犯罪，並應受處罰者，經大赦之後，即不受刑罰了，並且行爲人若已受刑之宣告者，亦因大赦而完全免除其刑。大赦如果是依普遍的方法而作成的（差不多總是這樣），則就實質的觀點言，當然是一種立法行爲，了無疑義。如果大赦是爲特定之人而作成的，那便是因各別的原因，而違反制定法，我們認爲國會自身，不能對於制定法爲個別的違反。可知個別的大赦，是一種專擅的行爲，不能夠算是國家經常的法律任務之一。

(3) 宣告戒嚴

自從一八七八年四月三日的法律頒行以來，祇有在極端例外的情形，法國總統，才能

以教令宣告戒嚴。就原則上說，非於國會延會期中，政府無權為戒嚴之宣告。政府宣告戒嚴以後，兩院應於宣告後二日內，即行集議，以決定戒嚴或解嚴。在衆議院解散期內，總統只能於對外宣戰時，並且只能在已受敵人威脅的領土內，為戒嚴之宣告，於此情形，總統應在最短期間內，召集選舉，並召開國會。

就此以觀，在實際上，法國總統，只能夠暫時的，而且有待國會批准的條件之下，才得宣告戒嚴。是故我們可以說，總統宣告戒嚴時，依照法律，應受國會之直接而緊急的控制，從而一切訴訟上的救濟方法，都係無益而且不可能。蓋這種國會之直接而緊急的控制，應視為係給與國民以十分充足的保障，自無庸另求救濟方法；再者，訴訟上的救濟一經開始，必須授與法院以審查國會的決議之權，而在法國的制度上，任何法院，皆無此項權限，所以即欲以訴訟的救濟，而事亦有所不能者。可是要問，假使政府不願及國會的決議，而一味維持着戒嚴，則又將何如？倘若如此，那當然與政府一般的違反國會決議事件，同其形情。法院的裁判，即令是廢棄了政府的決定，但事態却絲毫不因之而有所變動。政

府既已違法，而復擁有軍事上的實力，當然可以強人服從其意思。不過這種情形，乃係改變，逾越了法律的範圍了。

戒嚴的宣告，固然無從為訴訟上的救濟，但是在戒嚴時，軍事當局所作成的各種行為，自可依其行政上或司法上的特性，按普通法規的規定，而為伸訴，並且依其情形，這種行為，亦可使軍事人員，個人負其責任。凡此種種，都是不待言的。

關於這一點，一八七三年七月二十八日權限爭議法院，有名的 *Pellotir* 判例（見 *Sirey* 書局一八七四年判例彙編第二冊第二八頁），及一八七五年十二月二十四日中央諮政院 *Memorial des Vosges* 的判例，均可參考。在歐戰期內（譯者按係指第一項歐戰而言），中央諮政院，曾迭次承認，對於戒嚴時軍事當局所為之決定，許其請求救濟，關於此點，可參考一九一五年八月六日中央諮政院判例（一九一五年判例彙編第二七五頁）及一九一五年公法評論（*Revue de Droit public*）第七〇〇頁。

在一九一四年戰爭爆發之際，適在國會閉會期內，一九一四年八月二日教令，宣告法

國八十六道，Belfort特區及Algerie的三道，一律戒嚴。一九一四年八月五日法律載稱：「一九一四年八月二日以教令宣告之戒嚴，……在戰爭期內，應予維持。嗣後即經國務會議之通過，亦得以教令宣告解嚴，並得於解嚴後，復在全部或局部領土內，再行戒嚴。」當時戒嚴態度，直到了一九一九年十月十二日的教令頒行時，才被撤銷。不過事實上，戒嚴的嚴厲性，在此期內，頗減削了不少。

(4) 外交行爲

外交行爲的性質，究竟是怎樣的，能否將其列入行政行爲的數類之內，這都是所要解決的問題。凡行爲之涉及國家的國際關係者，皆稱之爲外交行爲。

國家的外交活動，都靠着談判，文件往還，以及對於外交使節所發的訓令等等，而表現出來的。這些動作，固然很明顯地都是外交行爲，但是此項行爲，絲毫不發生法律上的效力。

有許多外交行爲，其具有法律上的特性，乃係無可爭議之事實。外交宣言，如宣告

戰爭，宣告中立等等，及外交會議，即屬此類。

這一類行為的法律特性，究竟是怎樣的？我們可以確切地說，這都是些行政行為。因為此類行為，可以歸入於我們所下行政行為的普通定義之內；這都是些意思表示，旨在創設具體的法律地位。不過這些行為的作成，常夾雜着許多特殊的條件。緣此而生的法律地位，常不能表顯一切真正的法律地位之特性。我們認為把外交行為，另立一類，必較為得體，而不必將其列入於行政行為的範疇。

(三五) 審判任務

這裏，我們稱審判任務(Fonction Jurisdictionnelle)，而不稱司法任務(Fonction Juridicative)。雖則司法任務一語，也許仍可通用，但是依我們的見解，這個字很不妥當，並且會引起嚴重的含混。司法(Judiciaire)二字，應該保留着專為某一種政府機關而用，這稱機關，在法國西或其他許多現代的國家，都是與行政機關有別。司法任務，是司法機關

所執行的任務，亦即是形式觀點上的任務。

司法機關，端在執行審判任務，固無疑義，但是並不執行一切的審判任務。在法國行政機關，亦會作成許多審判行為，而有些依其性質，都是行政行為。可是司法機關，也可做得。所以應該專就實質的觀點，——也就是說，無庸顧及執行任務的機關或其人員的特性——，確定其特性，然後認其為審判任務，而非司法任務，方為正辦。

因為人們時嘗把形式觀點與實質觀點，混淆不清，所以發生了許多困難。抑且審判任務，顯現出極其複雜的特性，而這種特性，與國家之其他的兩種任務，又不屬於同等的程度，可是唯其具有這種複雜的特性，才能夠解釋，為什麼審判任務，會在相當的時期以後，始與行政任務，兩相分離。為什麼在若干方面，這兩種任務的分界綫，是相當的游移不定。

現代法治國的概念，首先要仰賴審判任務的實施，藉以產生各種的效果。依照這種概念，我們承認，第一，在人民向國家聲訴時，國家應該受理其事件；其次，國家居於法官

的地位時，應該嚴格地受其所制定的法律之拘束；最後，國家以法官的資格，作成審判上的決定時，國家應受其束縛。

一切的審判行爲，都以請求權 (Petition) 之存在爲前提。要作成一種審判決定，必須有某一意思，主張某一事件——或者是一種行爲，或者是一種姿態，或者是一種地位——，違反了法律，並且提出一個法律上的問題。所以只有在國家人員出而解決法律問題時，才會有一種審判行爲，如果在參與其事時，國家人員，追求另一目的，或者其所給與法律問題的解決，係一種手段而非一種目的，都便無所謂審判行爲了。

在法官解決其所受理的法律問題時，他的任務，還沒有終了。他尚須作成一種法律行爲，其目的在於保障其所下解決方案之實行。但是在此有一特殊之點，就是這種行爲之應該怎樣決定，在邏輯上，必須以所下法律問題的解決方案爲其準繩，換句話說，某種解決方案，既爲法官所認定，則法官便不能不爲某一法律行爲，並且不能不爲某一目的及在某一方面，而爲此行爲。法官所作成的決定，是智慧的行爲，同時又是意思行爲，並且在邏

輯上，行爲的決定，必爲解決法律問題的方案所左右。

要之，審判行爲，包含着三種要素：（1）向法官提出一個法律問題，法官應該予以解決；（2）法官對於法律問題，應該給與一個解決方案，而這方案，必具有合法的真實之力量；（3）法官依據這個解決方案，取其邏輯上所有必要的結論，而作成一個法律行爲，以保障其地位。

明白這一點，便容易見到，審判任務，在一方面，既能保持余剛才所解釋的幾種普通特性，在他方面，更可在兩種不同的設想上，表現出來。

對於某種特定而非永久的法律地位（*Situa-tion Juridique Subjective*）之存在及其範圍，發生問題時，審判任務，即應參預於其間，法官依照法律上與事實上的要素，以證明這種地位，究係存在或不存在。在證明其存在時，則並須確定其範圍，且下了一個決定，這個決定，就是其認證上邏輯的結論。此外，還要在直接或間接的強制制裁之下，令其實現這個地位，我們可以說，在此第一種設想中，有一種關於地位的審判（*Jurisdiction sub-*

jective) 存在着。

其次如果問題是關涉於法律 (Droit Objectif) 或制定法 (Loi) 之是否已有所違反，——這種違反，或者是由於要創設一種法律地位，而作成公的或私的行為，或者是由於一種非法律上的行為——，審判任務，亦即應出而參與其間。倘若國家當局，證明確有違反之事實，則須依照邏輯上應有的結論，下一個決定：依其情形，或為撤銷之決定，或為責令賠償之決定，或為懲罰之決定，並且遇有必要時，還須運用強制力，以保障此項決定之執行。我們可以說，在這第二種設想中，有一種法律的審判 (Jurisdiction Objective) 存在着。

對法官所提出的問題，係就某種事實，某種行為之完成，有所爭執，而這些事實與行為，又都係法律為某一特定之人的利益，而使其產生法律地位的必要條件；並且法官亦只能對於該特定之人所主張的地位，予以承認或否認者，這也是一種法律的審判，總之，凡關於地位上的問題，皆屬於法律審判的範圍。

(三六) 所謂執行任務

許多學者。現時還在主張，有一種所謂執行任務，也是國家法律上的任務之一，與立法任務相對立；有些學者，把執行任務，細分為三種，曰普通執行任務，曰行政任務，曰司法任務；而有些則認為這三種不同任務，應該同時並立，即立法，執行，與司法是已。

法國現行的法律，是否承認有所謂執行任務？對於這個問題，人們往往作肯定的答覆。法國關於公法學與私法學的參考書籍，常把立法任務，與執行任務，予以劃分，可是執行任務 (Fonction Executive) 這個名詞，在憲法上，在行政法上，在有關政治的法律上，從來沒有用過一次，在這些法律中，我們所習見的，不過是執行權 (Pouvoir Executif) 一語而已。認任務與權限係屬義同字異者，則不免於誤謬。

在一七九一年憲法起草者的原意，所謂權限 (pouvoirs) 也者，既非任務之意，又非機關之謂，乃是指各種構成主權的要素而言。所謂執行權，就是主權，不過表現在執行方

而罷了（參照下述第四三段）。所謂任務，就是指國家的意思表示而言，而這種表示，在法律上會發生某種效果。具徵在法蘭西的憲法上及其他關於政治的法律中，找不到絲毫的憑據，足以認定法國現行法律，承認有執行任務的存在。這些憲法與各種法律，固然都提及執行權一語，却並沒有談到執行任務，而且在一七九一年各種法律所用的術語——不過是沿用憲法上的名詞——中，權限與任務兩詞，顯有差別。

但是既有了執行權，人們當然會聯想到應有一種執行任務，並且還想設法確定這個執行任務的範圍。他們復主張有一種真正的執行任務，既非行政任務，又非審判任務，不過包括着行政任務，也許有時亦包括着審判任務——當時之人，多稱為司法任務——而已。

這裏，又是把形式觀點與實質觀點，混淆不清了，而形式的觀點，却毫無理由地壘占了上風，因為人們認定主權應分為立法權與執行權二者，而且創設一個立法機關與一個執行機關，更鋪張揚厲地，稱之為立法權限與執行權限，既然有了立法任務，以配合立法權限，便要想創設一種執行任務，以配合執行權限，於是對於執行任務，就下了這樣的一個

定義：凡屬於執行權限以內之作爲，都是執行任務，這個，當然是屬於純粹形式上的定義。

一八七五年二月二十五日憲法第三條第一款規定：「總統應保障並監督法律之施行。」這是否係承認執行任務，實一疑問。一八七五年憲法起草者的原意何居，固難悉揣，不過我們相信該條並非承認另有一種特殊的任務，叫做執行任務，則可斷言。該條係以普通的詞句，列舉若干專屬於總統的職權，而這種職權的行使，則一以行爲出之，至這種行爲，就實質的觀點言，均具有立法行爲，或行政行爲的特質。

舉例言之，總統依據該條所授與的權限，以制定種種關於制定法的補充法規，及其他關於公務組織規程。我們在第三十三段中，已經證明，這些法規，就實質的觀點言，都是立法行爲。

依照上開的憲法條文，政府亦得作成種種行爲，旨在領導行政機關與司法機關，藉以保障法律之實施，與公務之推行，有時係不具有法律特性的命令或訓令，有時像我們所說

過的，係實質觀點上的立法行為，有時則為行政行為上的個別決定。

在一八七五年二月二十五日憲法第三條，又規定總統得任命文武官吏。須知道公務員的任用，其為純粹的行政行為，則屬無疑。

至於該條認總統有統帥國家武力之權，那當然是指總統對於軍事長官，有發布命令及訓令的權限而言，這些命令及訓令，却是法律行為。除此之外，還包括一種作成個別決定的權限，而個別決定的作成，乃係行政行為也。

還有一點，我們在第三十四段中已經說過，總統依據憲法的授權，行使特赦權時，就實質的觀點言，純係一種行政行為。

我們試將憲法所授予政府的各種職權，逐一研討，或者即依照人們所沿用而很有講病的說法，所謂執行權，拿來研究一下，我們找不着一種不是以立法行為或行政行為——就內在的觀點言——的方法，表達出來的。是故我們可以說，所謂具有真正特質的執行任務，乃屬烏有之事。

第三節 國家的機關

(三七) 治者及官吏

我們使用國家的機關 (Les Organes de l'Etat) 這個名詞，爲的是習慣上都用這句話，而且頗爲便利。不過在我們的國家之實證的觀念上，這名詞並不合乎實際，因爲國家既不是自然人，又不是法人，無論就生物學上講，或者就法律學上講，牠沒有而且亦不能有所謂國家的機關。祇不過有若干個人或若干個人的集體，在那裏行使各種不同的國家任務而已。這些個人，表示着他們自己的意思，却並不是表示所謂集體人格的意思，而個人乃係其機關者。是故決不能就所謂集體人格 (亦即所謂國家) 與若干自然人 (亦即在公法學的範疇內，表示意思，行使職務的個人) 之間的關係上，會建立起一種法理來。

雖然，因沒有集體人格的這回事，固不能在這方面的關係上，建立起一種法理來，

但是在現代的許多大國中，確有種種個人團體，掌握權力，且已漸漸組成一種機構，這種機構，係受着法律規範的支配，關於這一點，自應釋明其原則。這種原則，在文明程度相近似的一切現代國家，差不多都是一樣的，而且這種原則，與下列的三種基本概念，互相牽連：通力合作，一也；代表關係，二也；治者與官吏之互有區別，三也。

(A) 通力協作

在本書第二十二段，我們曾經指出，在一切現代國家之中，治者與被治者的區別，大概是具有這樣的一種意義：就是統治權力，係屬諸構成國家集體的成年男子之大多數，這一個大多數，有時是自己總攬統治權力，有時則將其分配于貴族的或君主的原素。在這些不同的原素之間，自然而然地會形成一種均衡的局面。若干關於組織的規範，便漸漸地建立起來，藉以保障各種不同原素之共同參與，以行使政治權力。許多實證的憲法，都向着這個目的而努力。不過人們開始就做錯了。因為要實現這個均衡制度，祇知道把所謂權力，

予以劃分，而把每一種權力，各自封鎖在一個不同的領域以內。殊不知這樣做法，是不可能的。因為如此做去，勢必使彼此之間，互相衝突，傾軋殊甚，以致每一種權力，各得一時占了優勝。

不在乎劃分權力，却要在一種密切的協作之下，把各種的權力，集合起來，在這種協作中，各種權力，祇能因其機構之不同，而以一種不同的態度，互相參與。這才是唯一的方法，足以保障統治實力之均衡。

有一種法嗣，使某一國家的政治權力之一切原素，最足以用通力協作的方法，以保極均衡狀態，這種法嗣，通常均稱之為議會制度。這個制度，突然地在英國產生，藉以保障國內政治權力之三大原素——即君主原素，貴族原素及平民原素——，得以通力協作，並維持均衡。人們願意把這個嗣反，移植在大陸上來，却時常予以改變，尤其是在法蘭西，因為議會制度，在英吉利固有其必然構成的情勢，而在法蘭西，却並沒有這種情形。

凡屬在民族的境域中，構成了一種社會原素，總會取得政治權力，並且組成代表關係

本

論

。反之，凡是不能代表一種具有實力的社會原素之政治機關，便是駢枝的機關，毫無功用，在下面將即指出，在現時的法國，總統的特質，究竟是怎樣的，並且還要說明，我們法蘭西，必然地會向着同業公會的這條路上走去，蓋因其重要性逐漸增加，一定在政治上可以取得代表的權限了。

再者，一切社會的政治的力量，亦與一切自然的力量一樣，其自身會在不知不覺之中，造成了均衡局勢，我們有時自問，是不是政治的技術，較少干預，事件的進行，反較順利，因為一旦干預舛誤，均衡的局勢，反從而破裂，或使之不能從速形成，卒致衆人俱蒙莫大的損害。不過這並不是說，任何憲章，都無制定之必要，這是說憲章的拘束，應減至最低限度，有許多擾亂不安的原因，全靠着一種高明的憲章，能予以排除，或將其減少。

(B) 代表關係

把代表關係，歸結到各種簡單的原素上來，則所謂代表者，乃是這樣的一種情形：在

這種情形中，一或一以上的個人，以另一或一以上的個人之在事實上保有最大的實力（即統治實力）者的名義，以行使國家的任務，於某一特定的社會，在事實上保有全部或一部的統治實力者，吾人稱之為總攬實力的治者（*Gouvernants Primaires*）。統治的實力，既為一人所獨攬，那末這個代表的現象，便無從發生，這是顯而易見的，因為他自己可以行使一切的國家任務故也。但是如果統治的實力，屬於若干集體，則集體却不能躬自行使國家的任務。例如在許多國家，都有強盛的貴族存在着，尤其是在民主的國家，大多數的個人掌握着權力，而國家的任務，強半不能由這些龐大的集體，自為執行，並且人們亦可以說，這些集體即使有時亦可親自執行任務（例如立法的任務），但其成績甚壞。所以在這種條件之下，有一種情形，自然會形成的——這種情形，人們稱之為政治代表制，不過這個名稱，未甚切當，——在這個情形上，一或一以上的個人，以總攬實力之名義，而行使國家的任務。

法蘭西學者，對於代表關係的學說之疵謬，便在於創設兩個集體人格的這一點，所謂

兩個集體，乃完全出於虛擬，即其一，為被代表原素的人格，其二，為代表原素的人格，認為二者之間，會有一種委任人之於受任人的關係存在着，並且以為在政治的代表關係上，會有一種特定而非永久的地位在，可是人們無論怎樣的努力，總無從使之合於委任的原理。凡贊成機關說的學者，固然能夠避免這種批評，但是他們又復建立起一種虛擬之說，完全自外於事實。

如果要建立一種關於代表之堅定的學理，祇有這些事實，是必須予以留意的。這個學理，便不能不是一種實證的法律論（*Theorie de Droit Objectif*）。我們可以說，這個學理，應該設法建立一種規範，藉以決定代表與被代表者之活動的分際。這個決不能夠是權利論，所謂權利論就是一種承認在這兩個原素間，會有着權利聯繫的學說；因為要這樣做，必須承認牠們有一種人格關係，而這個人格關係，他們並不具有，而且亦不能夠具有。法律論的構成之基礎，却是代表與被代表之連帶關係，亦即互特關係之一事實，這種連帶關係，也保有與一般社會連帶之同樣的兩種特質。就同求連帶方面言，代表與被代表者，

都具有共同的需要，與同一的希望，因為他們都想維持並且增益其所享有的政治實力。就分工連帶方面言，代表與被代表者，都是被任務與服役之相互性所拘束；被代表者，供給着足以產生與維持統治實力的要素；代表者亦祇有靠着被代表者，才能夠使被治者服從其意思。再者，在被代表者不能夠行使國家的任務，或者僅能為不完全的行使時，則祇有代表者，才能夠行使之。總而言之，所謂服役的交換，就是指被代表者供給着最大的實力，而代表者行使着國家的任務而言。

凡是有連帶關係的所在，例如社會的組織，便馬上會形成一種法律，這個法律，就是以連帶關係為基礎為準繩。在所謂政治的代表制，並沒有契約的關係或特定而非永久的法律地位之存在，祇有一種特殊的社會團體存在着，而這個團體，亦與一切的社會團體同，關聯到一種法律。凡是參與這個團體的人們，都負有客觀的義務並保有客觀的權力，這種義務與權力，都與法律規範有關，社會團體，係法律規範之基礎，法律規範，則旨在維持社會團體，並使之發展。代表與被代表者，皆基於代表關係之一事實，而各處於普遍而永

久的法律地位 (Situation juridique objective) 。是故代表關係，的確是一種法律上的制度。

依照上述的概念，產生了若干結論，分述之如下：

(一) 代表關係之確實的組織，應該由被代表者直接參與，以設置一個或一個以上的代表者。這種直接的參與，唯有賴選舉以實行，而選舉之組織，必須以最大的可能，保證足以代表一切組成被代表原素的個人。無疑地，我們很想到有一種不經過選舉的代表制；例如有些國家的貴族代表，係由君主就貴族中選定若干人，但是像這樣的代表組織，總是不甚完善的。

就代表的性質言，祇有選舉的方法與代表組織，最相切合；祇有選舉制度，足以保證代表一切組成被代表集體的個人。以下本書第四七段所說的比例代表制，即與這種概念，互相關聯。

(二) 被代表者的地位與代表者的地位，或者亦可以說，選民的地位與議員的地位，都

是客觀的或法定的地位。無論是選民也罷，議員也罷，都不享有所謂權利。他們是社團的社員，祇有完成一種任務的義務，這種義務，是這個社團本身的連帶關係強令其担任的；選民有選舉議員的義務，議員有完成其任務的義務，這種義務，則因其係代表機關的一分子而所應負擔的。有這個客觀的義務在，則不問在選民或者議員的那一方面，都會瞭然地聯想到有一種完成義務的權力。就被代表者說，我們在這裏所詮釋的概念，當可以作成這樣的一句話，就是：選舉係一種任務也。這句話雖係切當，但含義過狹。選民的地位，亦與議員的地位一樣，都是一種普遍而永久的法律地位。關於此點，當在以下申述其結論。

(三)代表在執行其任務時，應儘其可能，迎合其所代表的原素之意向。這並不是說代表係被代表者的受任人，這是說，代表關係，乃根據於聯合代表與被代表者兩個團體的同一求連帶，如果這兩個團體之間，不能溝通意見，則向求連帶，便無法維持。從可知像 *Ein, Labard* 等諸家的學說，認議員與其選民毫不相統屬者，是怎樣的虛妄之談。

這種統屬的關係，實際是存在着，並且非常緊密。凡屬否認這種統屬關係的學說，都

是虛妄的。政治的技術，便在乎組成種種的程序，以安定而正當的方法，保證着這種關係，現時所發見之最佳的程序，則如代表會議之屢屢更新，直接的複決制度，或以解散國會為手段的複決制度，這種以解散國會為手段的複決制度，係允許選舉團體，選出原來的議員，或者選出新的議員，藉以表示對於其代表所持的態度之意見。Esmein 認複決制度，不合於代表制的政府之真實的性質，我們却不能贊同這種意見，我們認為凡屬一切制度，猶如複決制，其目的在保護代表與被代表者間之連帶關係者，都與代表制的政府之性質相適應。

(C) 治者及官吏之區別

在現代之政治社會所求於有力者之服務，甚為繁曠，並且因為各種需要之複雜，及時見增加之故，這些事務亦與日俱增，就物質方面言，總攬權力的治者，以及代表制的治者，決不能對其所應負擔的事務，一一親處理。是故必須設置若干之人，使其在治者的權力之下，或者監督之下，完成某種治者所應負擔的任務。這些個人，依一般的通稱，我們

稱之爲治者的官吏。

如上所言，卽足以顯示官吏與治者兩相對分的重要差別。治者在事實上保有最大的實力，我們並不說，治者是統治權的主體，因爲我們否認有所謂統治權的存在。治者在事實上，確係自己保有着統治實力，治者的意思，本身就是個人的意思，既不是國家的意思（國家不會有意思的）。也不是民族的意思（民族亦復無有意思的），不過治者的意思乃是直接憑藉着其所保有的最大實力罷了。

反之，官吏之本身，並不享有一種固有的實力。官吏一語，卽足以說明這一點；官吏的設置，端在完成治者自己所決定的某種任務，而在法治制度之下，這種決定，大抵根據普遍的規範，或者是依照治者所制定的法律。官吏祇有一種權限，也就是說，在法律所指定之限度以內，具有一種意思之力。依照這個權力規律，各種不同的任務，卽由官吏分別担任。而一旦官吏破壞這個規範時，則卽可由治者出而干預，予以鎮制，以及階級的規律之設定，都是爲着個人利益而設的實責保障，藉此以反抗專恣跋扈。還有一事可以附帶說

明，就是審判上的申訴，常足以使官吏違法作成的一切行爲，罹於無效，並且可以使其自身負擔責任。

治者自己亦應服從最高的法律規範，就理論上言，治者亦不能夠違反這種規範。不過這種規範之於治者，却還欠缺有效的制裁方法。既無從爲階級上的制裁，又無從爲審判上的制裁。人們未能發見在各種不同的政府機關之間，會有一種階級的關係存在着。誠然，在某一國家之內，可有許多有組織的統治實力存在着，各種政府的機關，相互之間，應受通力協作的限制，但是這些機關，無從形成階級的關係，因爲就其定義上言，這些機關，係共同保有一種最大的實力者。再者，人們固然想得到一種法院的組織，對於一切治者的行爲之違反法律者，有權使之罹於無效，但是這種法院的裁判，祇有在治者願意爲執行時，才能夠順利進行，因爲治者總攬一切關於執行上所必需的物質上之力量故也。

在治者與官吏的地位間，既有了這個事實上的差別，所以現代的法律，都把國家的任務，於治者與官吏之間，分別予以配置，祇有這樣分配，才會給予個人以莫大的保障，用

能反抗專恣跋扈。現代的公法，都漸漸地有着這樣的一種傾向，就是祇承認直接的治者或代表的治者，僅僅得爲立法任務之行使，及爲公共事務之監督，就定義上言，制定法係普遍的規範，有時乃申明法律的原則，有時則爲推動法律之實行，在制定法律之際，治者與被治者，並不會發生直接的關係，治者祇能夠指定若干界限，在這些界限之內，個人與官吏，均能任意活動；而制定法的普遍性，亦足以保護個人以對抗政府的專橫。

反之，行政與審判的任務之行使，會聯想到或者對於特定之人加以干涉，或者產生特定而非永久的法律地位，或者對於人身或財產上，能夠予以直接的執行。這些任務，則由官吏掌司之。被治者的保障，即在乎制定法對於官吏的權限之決定。正如一七九三年權利宣言所云（第二四條）：「如果公共任務的界限，不以制定法予以明確的規定，則所謂社會的保障，便無從存在」。此外，在組成一切官吏的階級關係，及宣告無效或確認責任的審判救濟上，亦可發見關於個人的保護。審判的救濟，能夠發生有效的制裁，足以反抗一切官吏所作成的違法行爲。最後被治者還可因治者對於官吏所能行使及所應行使的最高監

督權，而又獲得一重保障。

法蘭西的法律，很清楚地在我們所說明的這個意義上，逐步前進。國會，固然是特出的政府實力之代表機關，却祇能夠行使立法任務及各種最高監督的任務。公法上給予國會的以作成行政的或審判的行爲之權限，乃屬罕見的例外情形；至於國會若逸出制定法的範圍，而作成了個別的行爲者，對於這個行爲，也許還沒有組成一種有效力的申訴，但其行爲仍不免是違反法律的。法國大總統，可以作成許多的行政行爲，但大總統已漸次喪失其爲治者的特性，而僅僅具有一種官吏的特質而已；對於大總統所作成的大部分行爲，亦可請求爲審判上的救濟。

(三八) 關於國家機關之法蘭西的學說

凡理論家，立法者，或法學家，其主張國家係有組織有主權的民族之化身者，都遭遇着一個頗爲嚴重的問題。依他們看起見，國家的機關，都是些個人或個人的團體，而爲國

家行使其有意識的活動。因此，惹起了這樣的一個問題：在家人人格及為國家行使其活動的集體或個人人格之間，究竟會有怎樣的一種法律關係？關於這一點，法國的各種憲法，都持着這樣的一種理論，這種理論，係以委任關係（Mandat）與代表關係（Représentation）的兩種相連繫的概念為基礎。人們要借助於私法上的理論，以適用於政治關係之上。人們將會看見，這是如何的矯揉造作，與怎樣的自相矛盾。

整個理論的出發點，端在於承認國家主權的支持者之一要素，這個要素，幫助着國家的形成，但是與國家有別，牠乃是主權的主體。這個要素，即所謂民族是已。主權，也就是民族意思。而民族亦必須表示其意思。這個表示意思的任務，將會依據制定法的規定，屬諸構成民族分子的若干個人，這一羣的個人，組成了公民的團體，即通常所謂選民團體是。因為在現代諸國家，這些個人的任務，最普遍的，是選舉民族的代表；但是公民團體，也能夠有作成種種決定的任務。

這個團體，可大可小，有些包括一切能夠有意識地表示其意思的個人，有些則僅僅包

括若干認爲具有特種能力的個人；人數雖有多有少，其性質則並無差異。按實言之，這個團體，決不是國家的機關；亦不是民族的機關，牠就是民族的代表，民族即藉此以表示其意思；牠又是民族主權直接的喉舌。雖然「機關」一語，一則字面上却還相宜，二則我們對於這個字，既不附以社會學上或法律學上的特殊意義，又因爲公民團體係直接而最高的機關（Organe Direct Suprême）。在有些實行完全代表制的國家，如今日的法國與一七九一年的法國者，直接而最高的機關，止在選拔若干個人，或若干團體，而由這些個人或團體，以直接而最高的機關之名義，表示國家的主權意思。我們就此觀察，可知在這樣的制度之下，牠亦是直接而最高的機關，因爲在實際上，一切的國家機關，都是由此而產生的。

主權得由民族自己直接地行使，此際依一般的意義，人們稱之爲直接政府（Gouvernement Direct）。在這樣的情形，便無所謂代表機關，依照盧騷（J.-J. Rousseau）的用語，則祇能稱之爲使用人（Commissis）。民族的使用人，便是官吏，官吏的職責，在於保

護民族所直接表示的意思之實行。官吏不會表示民族的意思，官吏不是民族的代表；他們僅是民族的受僱人（*Pro-Roses*）而已（參照民約論第三卷第一章）。

可是在一七九一年，人們宣稱，法蘭西的憲法，係採代表制（第三章緒言第二條），即在今日，法國的政治制度，也還是一個代表制。是故代表與官吏，不能不加以區別，在理論上與實際上，這都係根本上區別之點。就理論上言，這種區別，無可爭議地與實際相適應，而祇須略略予以修正，即足以爲事實之正確表現（參照本書第三七段）。至就實際上言，則這種區別，乃是法國整個公法上的關鍵所在。

代表或代表的機關，都是代替民族，表示意思，代表的意思，彷彿是直接淵源於民族的。代表的概念，係以委任的概念爲基礎；民族靠着選民團體，表示其意思；不過選民團體，雖則是主權之直接最高的機關，却並不自行使主權；牠有着一個或一個以上的受任人；受任人所代表的意思，事實上是他們自己的意思，但在法律上，因爲代表的關係，所以這個意思，彷彿是直接淵源於民族的。所以代表的意思，與民族自己的意思，具有同樣

的力量，與種種的特性。至於講到代表的機關，則所謂代表者，並不具有一種與民族意思不同的意思在，凡代表所發的言論，與所下的命令，就是民族所發的言論，與所下的命令。依照一七九一年的憲法所規定（第三章緒言第二條），民族的代表，就是國王與立法團體。在下面我們還可以知道，司法官吏，也具有代表的特性。

按照代表概念之邏輯上的結論，代表的意見，既然就是民族自身的意思，當然不能再受一種較自己為高的意思之控制。

官吏服從代表機關的權力與監督；官吏不具有任何代表關係的特性，這就是說，官吏並不表示着民族的意思。雖然，這並不是說，官吏祇能夠作成執行上的物質行為；他們也可以作成法律行為，不過僅得就民族意思——這意思係由代表機關所表示的——所指定的範圍以內，而作成法律行為，官吏的意思，不是民族的意思；無論事實上或法律上，這都是官吏自己的意思，當官吏的意思，於特定的範圍內為活動時，制定法則給與以一種權力，足以創造某種法律上的效力而已。

官吏的意思，既然不是民族的意思，而且應受代表機關的控制與監督，那末，官吏當然亦可受其他官吏的控制與監督。因此，便產生官吏之階級的制度，受上級官吏在審判上的控制，與權限的劃分。

在法國的各種憲法上，代表與官吏的區別，表顯得很確切，即如一七九一年憲法第三章弁言第二條載：「一切權力，都祇能淵源於民族，而民族則祇能由其代表，行使權力。法國的憲法，係採代表制；民族的代表，就是國王與立法團體」，同法第三章第四節第三款第二條載：「行政人員，不具有任何代表的特性，行政人員都係人民選任的官吏，其任期有限制，他們在國王的監督與權力之下，以執行行政的任務」。

關於國家機關之法蘭西的學說，約之得有如下的三點：

- (a.) 有一個直接而最高的機關，藉以表示民族自己的意思，民族是原始主權的支柱
- (b.) 按照時代的不同，會有一或一以上的代表機關，代表機關，都是民族的受任人

，代表機關的意思，便是民族的意思。

(c.) 有許多國家的官吏，不具有代表的性質，他們所表示的意思，在事實上與法律上，都是他們自己的意思，官吏得以國家的名義，有效地作成法律行為，或者合法地作成物質上執行的行為，不過要具備這樣的一個條件，就是他們應該在制定法給與他們的權限範圍以內，並且必須按照制定法之所給與他們這個權限的目的，以參與政事。

依照通常所用的術語，這種理論，都稱之為代表委任說 (Theorie du Mandat Repräsentatif)。無疑地，在一八七五年的法國各種成文憲法上，這種學說，固未見諸明文，不過人們仍可斷言，這依然是法國公法學的基石。大家知道，凡爾賽的國民會議，因急於要完成一種折衷的工作，所以不願申述各種普通的理論。而祇僅僅建立若干關於機關的必要規定。在上文曾經援引着若干代表委任說所依附的條文，並且還可以說，這個學說，是法蘭西習慣憲法上所原有的。再者，凡爾賽的國民會議，曾經通過了兩條條文，這兩條條文，與這些原則是完全符合的。其一，係一八七三年十一月二十日的所謂七年任期政權法

(La Loi du Sapekat)、這個法律規定着，「執政權授與於……」云云；其二，一八七五年十一月三十日法律的第十三條，係禁止命令式的委任，其內容係仿照一七九一年及一八四八年憲法中所規定的類似條文，予以轉載，而這些條文，都是代表委任制的結論。代表委任，乃係具有人格的民族，以其權力，授與於其所選任的會議之謂也。

第一款 公民團體

(三九) 公民團體的組織

所謂公民團體的組織，是指相當廣大的集體而言。這個集體，包含着許多民族的分子，或以直接的方法，或以代表的方法，參與政治權力。按照各種的事實，及歷史的進化之結果，每一國家，可以決定那些個人，是構成公民團體的民族分子。國家可以把一切的政治權力，集中於一人的身上，而不必有一個限制極狹的公民團體。一九〇五年以前的俄羅斯，便是這般的。自從近年以來，凡是所謂文明的國家，於各種或大或小的範圍以內，都

承認民族分子的政治能力。差不多到處皆建立起普選的制度，就是說，在這個制度，公民團體，係由成年的男性或男女兩性，而未經褫奪公權者所組織。法國自從一八四八年以來，即採用普選制度。而並世的國家，現時亦什九實行這個制度（參照本書第八三段）。

在有些國家，公民團體，直接參與政治任務，或者至少參與諸種特定的政治任務，如立法任務與審判任務是。而在其他大多數的國家，公民團體，祇僅行使選舉任務。選舉出一個代表的團體，有時並選舉國家元首，並若干行政團體。是故，公民團體，通常均稱之曰選民團體。

人們若否認有所謂民族人格與民族主權之存在，一如吾人之所主張者，則早就知道，關於民族構成份子的地位這一點上，決不發生任何困難問題，民族的構成分子，不能夠享有一種參加公民團體的權利，這是很明顯的。各種實證的立法，均在其進化歷程的功用上，而從事於選民團體的組織，選民團體的份子，都處於一種法律地位或客觀地位。誠然，光榮而燦爛的進步，與社會連帶之日見親切，致使並世各國，都達到了擴展選舉權的這一

步。這是應該期望的，但這却不是法律問題，而是事實問題。

反之在這些像法蘭西的國家，以民族主權的原則，爲其公法之基礎者（參照一七八九年權利宣言第三條），會發生這樣的一個問題，就是說，這個原則，是否會聯想到一切民族的份子，除去無能力者及寡廉鮮恥者以外，都有權以參與公民團體？立法者基於他種原因，把有些個人，擯斥於公民團體之外，是否係違反民族主權的原則？

依照民族主權的原則，在邏輯上並不一定會承認，一切民族分子，各自有權參與於統治權力。蓋在真正的民族主權說，民族團體，便另是一個人格者，與其所由組成的個人，自有區別。主權的主體，是民族，不是個人；從而各個人不能分享主權；各個人自無權以參與政治權力。立法者應該決定若干最有利的條件，務使民族意思，得以顯現，並且應該選拔若干之人，認爲最有才智，足以表達民族的意思者。這些人得稱之爲選民；而選舉則係一種任務，這種任務，由於憲法所創設，而旨在顯現民族的意思。這樣解釋，才真正是民族主權的原則在邏輯上所得之結論。

但是像這樣的一個結論，不足以滿足民主政治的傾向，瀰漫了整個十九世紀，自從一八四八年以來，在法蘭西及其他各國，直接平等的普選制度，都由於這種傾向而建立起來。因此，法國實證的立法，及法蘭西與其他各國關於選舉性質之探討，不免發生疑惑。

一七八九年的國民會議，當其遵守盧騷的學說，宣布民族主權的信條時——這個信條，較盧騷的學說，更為邏輯——，却並不以為這件事，必定會聯想到全體民族分子，都積極地參與統治權力。人們祇注意於「一個」民族的意思（一個民族是與一個自然人一樣），而並不考察到選民的意思；選民不過是負起顯現民族意思的任務而已。一切民族分子，並不享有所謂選舉的權利，制憲的立法者，有權得以決定種種條件，而個人必須具備這些條件，方能行使其選舉的任務。

在國民參政會，盧騷的理想，得到勝利，全體公民之享有選舉權，認為係民族主權原則之必然的結論，國民參政會所通過之齊靈庭派的權利宣言（*Declaration des Droits*

(Giardine) 第二七條載稱：「主權必須寄寓於全體人民，每一公民，均有一平等的權利，以共同參與於主權之行使」。在一七九三年山岳派的憲法（Constitution Montagnarde）上，亦有同樣的決定。選舉是一種權利，也祇是一種權利，而且與公民的權利，併而為一；凡生在法國，並在法國有住所的人，年在二十一歲以上者，均係公民。公民都係選民，且享有參與立法上的複決制的權利（一七九三年憲法第四第七第八及第十一條）。但是國民參政會，不承認女子的選舉權。就國民參政會的本身言，這是不合邏輯的。

大家知道，一七九三年的憲法，雖則曾經國民執政會的通過，與人民的批准，但從來沒有適用過。在制定共和三年的憲法時，國民參政會，復恢復了一七九一年的制度。不過在思想方面，頗有些游移不定。照着共和三年憲法第八條及第十七條字義解釋，好像凡係公民，都是選舉人，凡不是選舉人的，都不是公民。但是按實言之，確係抄襲着一七九一年的制度。一切的法國人，皆係公民；不過選舉係一種任務，公民於某種特殊的條件之下，才始授與以此項任務。

一八四八年三月五日臨時政府的教令，確認直接普及與平等的選舉權。一八四八年憲法（第一第十八第二十三第二十四及第二十五條），即以此為憲法上的原則；而一八四九年三月十五日法律，復予以組織與規定。這種種法律，作成了一切關於選舉立法的出發點，迄今尙屬有效。唯是在這種選舉的立法中，所謂選舉的特性，究竟是怎樣的？依余所信，這還是與一七九一年一樣的，是一種權利，同時又是一種任務。祇要披讀一八四八年的種種思想，種種原則，種種理論，與種種陳述，胥大同而小異，在大革命的初期，承認一切的法蘭西人，都享有公民權；選舉應該在極端寬泛的條件下行之，這却與一七八九年至一七九一年的情形有別。但是選舉並不能認為係一種權利，而附屬於一切具有法蘭西人民資格的一事實之上，而且亦不能毫無差別，以授與於一切之人。選舉權不授與於女子；一八四八年憲法第二十八條規定，選舉法得訂定若干條款，此項條款，可以剝奪法蘭西人民的選舉權與被選舉權，從可知選舉並不是附屬於為法蘭西人民之一資格上的權利；選舉却是一種使命，依照制定法，以授與於法國公民。後來頒布的各种法律（一八五二年二月二

日代法律教令，一八七五年十一月三十日及一九一九年七月十二日的諸法律），從沒有與這個概念相抵觸。

依上所述，我們可以得着這樣的一個結論。在法蘭西的概念上，既然完全採取人格民族的學說，則所謂選舉人者，一方是權利的主體，而同時又授與以一種任務，選舉權一方是權利，同時又是任務。所謂權利，係承認公民資格的權利，如果公民資格上復附具了他項資格（這項資格，係依實證法之規定，得爲選舉者），則這種權利，並享有選舉的權力。所謂任務，亦是授與於某一個人之具有公民資格者的權力，藉以完成一種公共的職責，這種職責，即所謂選舉是。

選舉既係任務，從而便獲得一個主要的結論，就是選舉人負有爲選舉的義務，其情形與一切公務員之必須完成其所負的任務同。不過在法國，選舉的義務，尙不受實證法的制裁。但是可以說，這種義務，早已存在於人類的意識中，人類這種意識，在最近的將來，必定會被實證法所確認。

一八七五年八月二日法律（第十八條），認參議員之選舉，為強制選舉制。一八九三年比利時修正憲法第八十六條第二項及一九二一年修正憲法第四十八條第三項，確認選舉的義務之選舉法第二二〇條至第二二三條，亦有規定。

一九一二年二月十日阿根廷法律（第六條）規定，除選舉八年在七十歲以上者外，原則上選舉係義務之事。

法國參議院，曾核議各種有關義務選舉的提案。此項提案，尤其是 Pauciat 氏的一案（一九一三年十二月十一日會議），經討論後，付特別委員會審查。一九一九年選出的參議院，曾核議 Joseph Barthelemy 及 Baroty 氏的提案，這個提案，主張一切的選舉，都應採強行制。普選委員會，曾採取此次提案，Joseph Barthelemy 氏的報告，曾於一九二二年七月七日提交於委員會（參照一九二二年政府公報第二三一七頁關於國會的文件及一九一三年 Revue du droit public 一〇一頁）。

(四〇) 女子選舉權

現時實行普選制度的國家中，祇有拉丁國家，如法蘭西，西班牙，意大利及拉丁美洲諸國，不承認女子有選舉權。英吉利，德意志，奧大利，北美合衆國，澳大利亞，紐西蘭，都允許女子，在與男子同樣的條件下，行使各種政治上的權利。

就政治的觀點言，拉丁國家，迄今尙不許女子參政，實毫無邏輯上的理由，足以認定其爲正當。不許女子參政，祇能夠說是保守舊時社會的情景，在舊時社會，女子專負治理家政的任務，認爲應該置身於公共生活的事件之外。這是基督教所採取的羅馬思想。

不許女子參政，與今日社會的道德上與經濟上情況，不復相合。誠然，Hobbes 有云：「拒絕女子參政，並不是苛暴專恣。這是根據自然的法則，兩性之間，根本上就應該分工，這種法則，由來已久，縱或不是始於有人類之始，但亦必與社會的文明，同時發生。欲要給女子以政治上的選舉權，則與強女子負擔兵役，同樣的缺少理由」(參照氏著：

Droit Constitutionnel, 7e edit. 1921, P. 364)。

我們並不否認兩性間的分工關係；分工是必然的，Bismarck 很可以說，其由來之久，係始於有人類之始。但是分工祇能夠做到這樣的一步：就是人們不能夠授與男子或女子，以基於其性的本質所難能完成的任務。是故，若以女子之物理上與精神上的組織，足使其無行使政治任務之可能，則不能不予以證明。然而這種證明，乃屬絕不可能之事。在女子株守在家園，絲毫不與政治發生聯繫的時代，大家當然祇知道女子無政治的能力。而時至今日，則情形不復如此。女子已與經濟及公共生活，發生密切的關係，並且日見加增，而尤以世界大戰（譯者按：係指第一次歐戰而言）以後為最甚，這種情形，無論人們願意不願意，總是如此的。女子在作坊，在工廠，在大商店，在櫃台前，在其他一切的公務上，從事工作。可以說，在國家經濟的生活上，沒有一種輪機的旋轉，是不有婦女們的合作。在歐戰期間，婦女們担任着公務的推行，與經濟生活的持續。再者，婦女們也完了稅；她們即使沒有執干戈以衛社稷，但是能夠生育子女，以繁衍民族。是故，就這件事言，實在沒

有絲毫的理由，足以橫斥女子於政治生活之外。

再者，有一種變革，正在完成，尤其是在法國，這種變革，將會必然地引導婦女參與政治的任務。公會運動的進展，在最近的將來，必將準備一種同業公會的政治代表制，亦即所謂公會代表制。將會與個人代表制，相與並立。女子也和男子一樣，將會自行組織同業公會。倘若立法者為情勢所迫，不能不制定一種公會代表制，則必不能不使婦女公會的
代表，亦來參加。

由此以言，所謂女子無政治能力的原因，已漸消失。我們認為現代社會的進化，使女子之得以參與政治任務，乃係普遍的，深刻的而且無從反抗的一件事。

在歐陸，除法，意，西班牙以外，其他各國，都已允許女子享有政治權利。

芬蘭自一九〇六年七月二十一日法律施行以後，女子即有選舉權及被選舉權。

在那威，一九〇七年六月十四日法律，給與女子以政治上的選舉權，唯其條件，則與

男子之享有選舉權者，稍有不爾。

一九一五年六月四日的丹麥憲法，男子與女子，享有同樣的選舉權。

一九一九年八月十一日德意志憲法，允許男女兩性，於同一條旨之下，享有選舉及被選舉之權（第十七條第二十二條及第一〇九條）。一九二〇年十月一日奧大利聯邦憲法亦同（第七條及第二十六條一項）。

一九二二年三月十七日波蘭憲法，認全體公民，年滿二十一歲者，不分性別，均享有選舉權。

一九二〇年二月二十九日捷克的法律（第八條至第十五條）規定，不問為選舉權或被選舉權，在兩性之間，均無絲毫之差別。

一九一八年二月六日英國的人民代表法，創設一種單純的普選制度，廢止複投票制，並且允許女子有選舉權，嗣復獲取被選舉之權。其實，一九二〇年的法律，曾經決定，「關於兩性上一切不合理的事情，統予廢除」。今日英國的女子，在下議院已占有議席了。

在比利時，婦女已取得關於市政的選舉權：一九二一年修正憲法第四七〇條載：「對

定法，得於與男子享有選舉權之同樣條件之下，授與女子以選舉權」。在最近的將來，也許比利時的國會，要運用這個權力。

一九一九年五月十五日盧森堡憲法，明定兩性的政治平等。

北美合衆國的許多邦政府，老早就允許女子享有選舉權與被選舉權。在今日，這已成爲憲法上的規範了。的確，在一九一九年二月，華盛頓的國會，通過了一條法律：「不因性別的關係，而剝奪任何人的選舉權」。這條法律，已經四分之三的邦政府，予以批准，而成爲第十九次的聯邦憲法的修正案。

澳大利亞洲的各邦，除Victoria一邦外，均給與女子以選舉及被選舉之權。紐西蘭的婦女，享有選舉權，唯不有被選舉權。

就上列各種簡單的敘述以觀，便很可顯示，法蘭西雖則是選舉普及的創始者，但關於女子政治能力之確證，是頗爲落後。其真實而深切的理由，就在於固執着羅馬人與基督教徒之對於婦女所負使命的成見，這種固執的態度，在法蘭西比任何國家爲甚。至於次要的

原因，亦有予以一言之必要。法國的女子，就大體上講，真正是真淑拘謹的，就不希冀，也不要求享有政治能力。至於那些咆哮叫罵，非此不可者，則又似多是些搗亂分子，既沒有威權，有時並且還不修行徑。所以有些先進的政黨，都對於選政改革，頗懷敵意，深恐改革的結果，會使政治的集會中，將混入一種政治上的反動原素。此事雖不敢斷言，却亦不能否認。

在法國祇有若干法規，係吸收女子公民權的思想的，即如一八九七年十二月七日法律，認女子在公證書據及身份證上，有爲證人的權利；一八九八年一月二十三日及一九〇八年二月九日法律，都給與經商的女子，以關於商事法院及商會的選舉權，但被選舉權，則尙未取得；一九〇〇年十二月一日法律，准許女子得爲宣誓，並執行律師職務；一九〇八年七月十七日法律第五條，認女子對於工作詢問處，有選舉及被選舉之權；一九〇七年三月二十七日法律第五條及第六條（一九〇八年十二月十五日法律，曾予以修正），認女子對於勞資仲裁所，有選舉權及被選舉權。但有一事，可以注意，即婦女之行使上列各種特

權者，其人數尙極稀少。此外尙有一九一七年三月二十日法律，把民法上若干條文，加以修正，認女子享有監護權；一九一九年七月二十五日法律，認女子同業公會，有權參與道區及府區職業教育局的選舉。

自一九〇六年以來，法國參眾兩院，曾討論各種關於承認女子選舉權的提案，其中有些是主張一切的選舉，均應允許女子參加，有些是主張女子僅得參與於行政上與市政上的選舉。一九一九年五月二十日，衆議院經 Viviani 及 Briand 二氏的參加辯論，以三二九票對九五票的多數，通過了這樣的一個法案：「凡嗣定法及法規之關於一切選舉會的選舉權與被選舉權者，均適用於全體法蘭西的公民，而不復有兩性上的差別」。該案經移付於參議院之後，於一九二二年十一月二十一日，根據 Alexandre Berard 氏的報告，以二十二票的多數，予以否決（參照 Flandin 與 Barthelamy 氏，在衆議院的報告，Alexandre Berard 氏在參議院的報告）。

一九二三年七月十二日 Louis Marin 氏，曾獲得諸位贊成女權運動的同事之同意，向參議院秘書處，提出一新的法案，主張授與婦女以選舉權及被選舉之權。

(四一) 直接制政府

就純粹實際的觀點以體察，便知道公民團體，不過是若干民族分子之持有統治的實力者。其統治的實力之持有，也許是因為他們係最大的多數，也許是因為他們係富有最大的財力，一言以蔽之，他們是社會的強者。各國公民團體的範圍，有大有小；而且既稱為公民團體，則國家的政體愈民主化者，其團體的範圍愈擴張，而制定法所定關於參與團體的條件，亦愈見廣泛。但是不問公民團體的範圍是怎樣，在我們實證的概念中，總不能夠發見有所謂人格化的民族，而能自為意思之表示者，也不會見有民族意思的機關，或民族的代表團體。就我們看來，凡關於這些概念，都一無價值。我們之於公民團體，祇能察見其實在的情形：這就是說，我們看見一個屬於同一民族的人合團體，在事實上，行使着一種特定的政治權力。

如上所述（參照本書第三八段），在法蘭西的學說，認公民團體，並不是民族之代表

的團體；這就是民族的本身，組織起來以表示其意思；牠直接地表示民族之最高的意思。

由此以言，人們便會想到兩種的政府制度。公民團體，自身行使各種不同的國家任務者，則這種政府的方式，依照因襲的用語，稱之爲直接制政府（Gouvernement Direct）。反之，公民團體，得設置一人或數人，或者設置一個人合團體，或數個人合團體，做公民團體的代表，並且以其名義，行使國家的任務者，這種的政府方式，則稱之爲代表制政府（Gouvernement Par Représentation ou Gouvernement Représentatif）。

所謂直接制政府，就其全體的關係言，一定會聯想到，公民團體，係自己行使一切的國家任務，即所謂立法任務，行政任務與審判任務皆是。不過有一種任務，差不多是絕對地不能行使，此即所謂行政任務是。公民團體，要想自己作成一切關於行政任務的行爲，以及實施那種與行政任務之實現有關的繼續性行動，在物質上乃屬不可能之事。

盧騷自己雖則是直接制政府的信徒，但也說過，一個絕對民主的政府——就是說，在這樣的一個政府，所有公共的任務，都由公民團體自爲行使——是不可能的。「祇有神鬼

的民衆，才能夠組織全民的政府」（見民約論第三編第四章）。

在古代的許多市廛，頗有認真地實行直接制政府者，其行政任務與大部分的審判任務，是由人民所設置的官吏行使之。刑事審判任務，在羅馬，對於某種犯罪的審判，係由人民直接行使，這種辦法，且行之很久。至於公民團體之最能直接行使的任務，便可算是立法任務了。大家知道，在希臘羅馬的市廛，法律案之由人民大會直接投票，乃是制定法律之經常的與普通的方式。在羅馬 *Auguste* 和 *Tibere* 皇帝時代，還有許多法律，是出於民會（*Les Comices*）的投票而制定的。

在現代國家，法律案之由人民大會直接投票者，就一般言，因幅員之廣袤，與人口之繁庶，在事實上係屬不可能。此所以不得不設法建立一個代表制的政府。

雖然，歐洲尚有若干小國，在今日還是由人民大會，實行直接投票的方法，以通過法案。這就是瑞士 *NUri*, *Oberwald*, *Nidawald*, *Glaris*, *Appenzwell Rhodog* 及 *外 Arpen-zwell Rhodog* 等六州。人民大會 (*Landgemeinde*)，在一定時期，於公共地點，自行集會

，以通過法案，任命官吏，並決議一切有關公共利益的問題。這便是十足的直接制政府。這種政制，可上溯於Hobbes所敘述的日耳曼市府之組織，是一個繼續不絕，從未間斷的舊風習。

但是在現今時代，這樣組織的直接制政府，總是稀有的例外。反之，在某一時期的法蘭西，及現時的其他國家，大都採用了略式的直接制政府，這種略式的直接制政府，也有稱之為半代表制政府(Gouvernement semi Représentatif)者，最重要的，即在於複決制(Referendum)。法律案雖經國會討論，並予以通過，但是仍須直接諮詢公民團體，經其批准後，才有法律的效力，而足以強固國民對之服從。複決制與國民總投票制(Plébiscite)其間有很清楚的區別。複決制，只形成了直接制政府的一部分，國民總投票制，却依舊是建立一個代表制的政府。所謂國民總投票，乃係一種行為，人民藉此以授與主權於某一人，有時並令其負擔制憲的義務。一八五一年十二月二十日的投票，是使Louis Napoleon親王，就十二月二日所宣布的五大基本原則，制定憲法，這是國民總投票，而非複

決制也。

人民否決制 (Veto) 與複決制，雖則權相近似，但二者亦應有區別。在人民否決制，法律已經國會通過，且已發生效力，但是在依憲法所定的一定期間內，並且依照憲法所定而得行使的提議程序，人民得就是否反對該項法律之施行，而受直接的諮詢。人民否決制，相當於所謂任意複決制 (Referendum Facultatif)。

有時人民亦援用所謂諮詢複決制 (Referendum Consultatif) 之一詞者。在諮詢複決制，並不是已經制定的法律，復須經人民的批准，而是在制定法律之前，把立法的原則，先取決於人民，俾國會有所遵循，立法原則，一經決定，則對於將來制定的法律，愈有力量。

有些國家，例如瑞士，確認人民的創制權；法律案之由一定的人數簽名提出者，立法團體必須予以接受，並且應該就人民所創制的法案，進行辯論。

法國的國民參政會，不惟承認憲法應經人民同意，並且以為普通的法律之制定，亦須

由人民參與其事，這都是受着盧騷學說的影响。所謂齊隆庭派憲法（*Constitution Girondine*）起草委員會，固深知一切法律，如要都須經人民的同意，乃屬不可能之事，不過該委員會提出一種相當複雜的制度，就大體上說，係承認一種創制權與人民否決權。（參照齊隆庭派憲法草案第八條，題爲「人民對於民族代表的行爲之監察與請願權」（參照 *Duquit et Monnier, Les Constitutions de La France* p.55 及 *Concorde* 的報告書，見 *Moniteur* 公報第十五版，四五六頁以下）。

大家知道，齊隆庭派憲法草案，因爲起草者下了台，便亦從而未嘗通過。一七九三年山岳派的憲法（*Constitution Montagnarde*），亦欲保證人民之得以參與法律的制定，把教令（*Decrets*）與法律（*Lois*）予以區別。認立法團體，可以制定教令，並提出法律案（第五三條）；憲法中列舉着許多事件，認爲某些事件，是法律的對象，而某些事件，則爲教令的對象（第五四條五五條）。法律係由立法團體所提出，而經人民通過。這便是原則。不過一七九三年的憲法，與其說是採取真正的複決制，毋寧說是實行一種人民否決制

• 立法團體所提出的法律案，經交付各縣後，逾四十日，在半數以上的市區中，如果每道區沒有十分一的初級會議聲明異議時，該項法案，視為已經通過，即成為法律。倘為異議，則立法團體，應召集全體初級會議，就法律案原文，予以表決（第五八條至第六〇條）。一七三九年憲法，關於憲法之修正，亦授與人民以一種特定的創制權：「在半數以上的道區中，每一道區，如有合法組成之十分一初級會議，請求修改憲章者，立法團體，應召集全體初級會議，以決定應否召開國民大會」（第一一五條）。可是一七九三年的憲法，從來沒有適用過，這是大家知道的。

自茲厥後，在法蘭西任何憲法事件，都不復實行複決制。

一八五二年憲法第六條及一八七〇年憲法第十三條，均規定法國總統（後來改為國王）對於人民負其責任，總統有權以國事訴諸國民」。唯此項責任的範圍，及陳訴於國民的方式，均未有明定，而拿破崙第三，亦從未陳訴過。

一八一七年的會議，完全受着代表制政府的理想之支配，從不曾想到其所通過的憲法

，要經過所謂複決。但是 *Madison* 氏，循着一貫的革命思想，也曾向會議中提出複決制的案子（一八七五年一月二十五日會議，國民會議年報第三十六卷第三三八頁）。

北美合衆國可說是制憲之採用複決制的鼻祖，但是原始組織聯邦的十三州中，祇有兩州——*Massachusetts*（1778—1780）與 *New-Hampshire*（1797-1784），以其憲法交由人民表決。但是可以說，在今日美洲合衆國的諸邦，都承認着一種原則，就是關於憲法事件，人民應該受直接地諮詢。就大體上言，美洲諸邦，均奉行這個原則。在全部憲法，為修正時，關於修正的原則，應先諮詢民意；原則經人民決定後，即由國民會議，從事修改，而修改的草案，應經人民複決。在憲法之為一部的修正時（即美國人所謂 *Amendments*），則由立法機關，單獨行之，但必須諮詢民意，而經其核准。

瑞士及其各州的憲法，對於人民的複決權與創制權，均予以廣泛的地位。一八〇二年五月二十日瑞士憲法，係由名流會議提出，而經人民通過。依照一八七四年聯邦憲法的規定，憲法的制定或修正都應該取得人民的同意，並且關於憲法事件，人民尚有相當的創制

權。在聯邦立法機關的參眾兩院，對於修正的原則，有所爭執時，則人民得任意予以決定。再者，自一八九一年以後，憲法的修正，得以人民之創制途徑行之，凡有五萬瑞士公民之享有選舉權者，即得為修正憲法的請求。此項請求，得依提案的方式行之，此項提案，記載着一般的條款，或者草成一個法案的方式，以資提出。如參眾兩院，採取此項提案，則即予以通過，而提交國民複決；倘若兩院予以拒絕，則局都修改憲法的問題，應由人民以投票的方法解決之；如投票的結果，贊成為憲法之修正者，則聯邦會議，應該依照人民的表決，着手修正（一八九一年修正瑞士憲法第一一八條，第一一九條及第一二九條）。除憲法外，他種聯邦法律，其複決為任意的；不過倘或有公民三萬人，或八個州，聯合請求者，則此項法律，仍應付人民表決（一八七四年瑞士憲法第八九條及一八七四年六月十七日聯邦法律）。至於在各州，複決制，乃係普通法也。

在法國，依照現行的一八七五年憲法，國會能否根據憲章，認其所通過的法律案，應該付諸人民複決，這却是一個問題。

一九〇一年三月二十日，衆議院對於 Onno Hornano 氏的「關於結社自由的法律，應該交付人民爲複決」的提案，認爲其先決的問題，即屬違憲，而予以否決（一九〇一年七月一日法律）。

我們以爲這個提案，確係違憲，國會如果以之付諸複決，以求人民的批准，則自屬違背憲法，無疑地，一八七五年的憲法，固然沒有以明文禁止複決制，但憲法上規定（一八七五年二月二十五日憲法第一條第一項）：「立法權，由兩院——衆議院及參議院——行使之」。假使法律案將由人民批准，則國會必將認爲立法權係由國會及公民團體所行使，這簡直是違反一八七五年二月二十五日憲法第一條第一項的明文。

但是就反面言，我們認爲參衆兩院中的任何一院，尤其是國會，得命爲諮詢的複決，這就是說，得決定以某種法案的原則，諮詢於選民團體，而兩院對於議案的通過，在法律上仍保有其自由。然則，立法權屬於兩院的原則，依舊絕無破壞。

可是衆議院對於有關任意複決的提案，總認爲其先決問題，係屬違法，而透經予以否

決。最後的一次，在於一九二四年一月三十日，衆議院將Fugliesi Contini氏的提案否決掉，這個提案，主張關於過半數選舉制的維持，與比例代表制的建立之一問題，應付諸選民表示其爲「是」或「非」的意見。

(四二) 代表制的政府

在大部分的現代國家，團體都遴選若干人員以行使國家的任務。依照近今所用的辭句，這種政府，是代表制的政府。

就一般的觀點言，在一切代表的關係，凡屬意思的各種表示，都認爲係與另一意思所爲的表示，具有同樣的價值，並且會產生同樣的效果。在私人的關係上，受着實際的需要之影響，徐徐地形成了一種代表關係的法理。法律行爲之由代表作成者，會與被代表者之作成該項行爲，產生了同樣的法律效果。這種代表關係之發生，或者是根據於委任關係，事務管理，或由於法定機關的特定組成；或者代表關係，係由於法律所創設。通常，代表

對於被代表者，都要負一種特定的責任；這種責任，却並不基於代表關係的本身，而是因為代表與被代表者之間，有一種契約的，或者法定的法律關係存在着。

在現代政治的關係上，所謂代表的概念，撮其大要，可以作這樣的說明：意思表示之由於某些個人或某些個人的團體者，與由於公民團體直接所表示者，具有同樣的力量，並產生同樣的效果。但是在私人的關係上，人們於代表關係的背後，既探討着一種法定的法律關係，或者如委任，和事務管理等契約的法律關係，於是在公的關係上，人們也尋求一種法律關係，即所謂特定而非永久的法律地位是。我們在上面曾經指出（參照本書第三七段），人們走錯了路線了，應該祇要找着一個社會連帶的事實便得，由於這個事實，便會產生了普遍而永久的地位。關於這一層，我們不復重敘矣。

法國於一七八九年及一七九一年，形成了一個關於政治上代表關係的法理，這種法理，在現時法蘭西的公法學上，尚保有其權威，而應該加以說明的。所謂代表關係的問題，不僅僅有關於由選舉而產生的各種政治會議，即非由選舉而產生的各種會議，及其他選舉

出來的國家元首，或由於繼承而來的元首，都與本問題有關。不過其間最特殊而且最主要的，則都着眼於由選舉而產生的各種政治會議，在法蘭西的現行法上，基於委任的觀念，形成了一種有關代表制的法理，而這種法理，乃直接淵源於人格民族的觀念。

依照這種學說，民族是一個人格者，也就是主權的主體；民族委託另一個人格者，即所謂國會，使其以民族的名義，行使主權。這便有一個真實的委任關係存在着；委任關係的兩個主體，一方係民族，就是委任人，他方則為國會，就是受任人。這個委任關係的效力，就會發生一種代表關係，從而由國會發動的意思表示，就與民族所發動的意思表示一樣，而且會發生同一的效果。主權並不是分屬於民族的各份子，亦不屬於國會議員所由選出的各個不同的區域；進一步言，主權亦不分屬於國會議員。乃是整個國會，形成了一個法人，接受委任，而以整個民族的名義，以行使其主權。

這個關於代表關係的學說，通常稱之為代表委任說（Theorie demandat represent. art. II）。他會聯想到，國會議員，不是其選區的受任人，選區之所由劃分，不過是因爲全

國不能夠祇有一個選舉會的緣故。如果國會議員，係其選區的受任人，並且受其選區所給與他的種種命令之拘束，那末選區將會以其意思，強制整個集體，使其服從，其實，議員是負責表示集體的意見的。是故，某一選區對於某一議員，而發給的命令，應該無效；國會議員，並不受選舉人所豫行作成的空白罷免狀之拘束。所謂強制委任制（Mandat impose），自屬不許。

上述種種關於代表委任說所得的結論，在法國憲法及其他政治性的法律之若干條文上，都有所申明。一七九一年憲法第三章第一節三款規定：「各道區所選出的代表，並不是各該道區的代表，却是全民族的代表，各該道區，不得對於他們，以任何事件相委託」。一八四八年憲法第三十四條及第三十五條，亦有同樣的規定。一八七五年十一月三十日法律（此項法律，乃關於衆議院的組織，係依據一八七五年二月二十五日憲法第一條而制定者）第十五條載：「強制委任制，應屬無效。就這個法條以觀，想見一八七五年的立法者，乃係採取我的上敘關於代表關係的學說。一九一九年七月十二日法律（此項法律，係

修正國會議員選舉的方式，固然不復有像這樣的明文，但該第十三條的規定之依然有效，則可斷言。

第二款 國會與元首

(四三) 一七九一年憲法中的分權制度

在民族主權說中，有許多問題，自然會發生，而這些問題，於公法學上，尙保持着相當的分量。就道理上講，所謂民族意思，能否由多數代表機關爲之表達，或者祇能夠由單一的機關而爲之？如果民族意思，應由多數機關爲表達，那末，這樣是否較諸由單一機關爲之表達者，更爲妥善？如果有多數的機關存在着，則主權能否而且應否分割爲若干要素，而由每一機關，各自代表其一，不相侵犯？或者就反面說，主權是不是可分的，而且主權是不是應該由各個不同的代表機關，協同行使，那末，應否對於每一代表機關，各給予

一種不同的方式，藉以參預這個主權的行使，而於其相互之間，建立了一種任務區分的制度？最後還有一個問題，主權既係不可分，並且應由各個代表機關，協同行使，那末，能否而且應否把行政任務與審判任務，用兩種範疇不同的官吏，分司其事？

上列的各種問題，當然是互有相似之處，可是彼此之間，大有區別。人們對於權力分立這個名詞，有所誤解，這便是大錯而特錯，人們有時要想確認權力分立的原則，或者要想否認這個原則，藉此作為唯一的方法，以解決上列種種問題，這也是一錯。要之人們對於權力分立與任務區分兩個問題，混為一談，其實這兩個問題，是完全不同的。

在一七九一年的憲法上，所謂權力（*Les Pouvoirs*），既不是任務，又不是指機關而言。講到任務的概念，當然會聯想到一種活動的表顯，而且各種任務，彼此之間，祇能視其活動的對外形式，予以區別，是故權力並不是任務。依照一七九一年的憲法規定，在當時制憲者的意思，咸認有各種不同的權力存在着，而且相互間的區別，端在於靜的方面，在於國家之對內關係，却無須設想有一種國家的活動之對外表顯，作為區別的準繩。他們

以爲權力，都是國家的意思之要素，這種意思，是國家自己所保有的，而各種權力集合起來，便構成了主權，權力亦不是指機關而言。所謂機關，都是些個人或個人的團體，藉以行使主權之某一特定的要素，或者行使整個的主權。在各種機關之中，國會是代表達最高的立法意思；國王，係國家的元首，是代行表達最高的執行意思；至於法院，則係代表最高的司法意思。若把民族之最高意思，予以分析，則一切的權力，都係民族意思之基本要素。民族的意思，是最高無上的，所以構成民族意思的每一要素，亦都是最高無上的；每一主權的要素，都有一個機關，爲之代表，而每一機關，各行使其不同的任務。總而言之，所謂權力，是由主權所分析出來的一個要素，配合於一個機關，這個機關，則行使着相當於其權力的任務。主權係不可分的，每一權力，都是最高的，雖則有許多最高的權力在，而主權還是整個的，主權總祇有一個。

上述的權力概念，很明瞭地表現在一七九一年的憲法之中，同法第三章緒言上有云：「一切權力，都淵源於民族。民族祇能依據委任方式，以行使種種權力」（第二條）。我

們不能說，一切任務，都淵源於民族。所謂淵源於民族者，乃是主權。該第二條的條文，應該有這樣的一種意義：就是主權既淵源於民族，則一切構成主權的要素，自亦淵源於民族。是故，講到權力的授與，在當時制憲者的意思，無非是說：國會，國王及法院，每一機關，各保有主權的幾種要素中之一種。

一七八九年宣言第十六條及一七九一年憲法所規定的權力分立一詞，係直接根據上述關於權力的概念而得之結果。這並不是孟德斯鳩（Montesquieu）的分權制度，也不是英國憲法上的所謂分權制度。一切權力都是不可分主權之要素，因此，每一代表主權之某一要素的機關，在自己領域之內，是最高無上的；國會應該保有一切的立法權限，但僅以此為限，國王應該保有一切的執行權限，但亦以此為限，法院應該保有一切的司法權限，但亦祇能夠保有司法權限；這三種機關中的每一機關，應該互相隔離，各自獨立，應該局限於其所代表的民族意思之領域以內，而不得對於其他機關，實施任何行動。但上述的種種結論，在我們看來，是絕對地與一七八九年國民會議所宣示的主權單一而不可分的原則，

互相矛盾。

在法國的現行法上，亦確認分權制度，這固爲吾人所樂爲贊許，但今日所謂分權制度，却與一七九一憲法上的分權制度，毫不相似。今日所謂分權制度，是指代表機關的通力協作，與任務之分担而言。權力分立 (*Separation des Pouvoir*) 這個名詞，在一七九一年的法制上及在現行的法制上，固然是絕對不同的兩件事，但是一般的學者，如果歡喜採用這個名詞，以描寫前後的兩種法制，在我們看來，也並不會有什麼毛病。不過如此做法，人們將會見到，在公法學的原理上，不容易弄得清楚。

依照上面所述，大家知道，一七八九年的國民會議，把權力區分為三種，而以司法爲第三種權力，與其他兩種權力，獨立而平等（一七九一年憲法第三章緒言第五條；第三章第四節第三款第三條及第五節第一條與第三條）。可是，蓋之所謂司法，並不是指行使一切有關審判的任務而言。大家知道，國民會議（參照一七九〇年九月七日及一七九一年五月十五日法律），授權行政官員，使其對於許許多多的訟爭事件，都有判決之權。因此之

故，我們要問，爲什麼一七八九年的國民會議，於毅然確認司法權之劃分與獨立以後，於宣示行政官員「不得包攬司法……」以後，却偏要允許行政官自身，得保有廣泛的審判權限。其實，祇要我們承認，一七八九年的國民會議，確係了解孟德斯鳩對於司法權的態樣，那末上列的問題，便很簡單而且很合邏輯的了，孟德斯鳩認司法權，「係有兩私法上事件的執行權力」，「國家的元首，有了這種權力，可以懲治罪犯，或者判決一切私人相互間所惹起的糾紛」（法意第十一卷第六節）。像這樣的解釋司法權，絲毫沒有違反邏輯，非但沒有違反邏輯，並且還可否認司法權之得以干預一切非係私人間所惹起的糾紛，而關於這種糾紛，應認行政官自身，可以設法解決。

（四四）法國現行法上的分權制度

一八七五年的憲法上，沒有一條條文，類似於一七九一年，共和三年及一八四八年各種憲法上的規定，用以申明權力分立的原則。關於這一點，絲毫無庸驚異。誰也知道，一八七五年的國民會議，諱言種種普遍的原則，當時爲情勢所迫，祇願就民主政體的作用，

制定若干不可或缺的規章，在當時大多數人的腦海中，這個民主政體的壽命，不會很長的。但是人們要問，那時候的國民會議，有沒有見到，所謂像一七九一年那樣的分權制度，是一種永遠存在的原則？

有人說，一八七五年的凡爾賽國民會議，對於政治事件，有着很深刻的經驗，因而曾有一時，要想採取玄學的理論，作為其所欲主張的政治立法之基石，即所謂把主權分析為若干不同的權力，每一權力，都是最高無上的，再把各種權力歸合起來，則依舊成為單一而不可分的主權。可是如果承認，國民會議曾經有過這樣的一個概念，那就該明明白白地說出來，而接諸各種制定法與會議中的一切討論，却無從是認有這件事。當其在一八七一年法律（此項法律，係宣告一八七一年一月二十八日及二月三日之樞密十五位司法官的公權的教令為無效），提及權力分立的時候，當其以一八七三年十一月二十日及一八七五年二月二十五日的法律，授與總統以執行權力，授與參眾兩院以立法權力的時候，國民會議並未制定任何條文，足使我們不得不承認，三權中之每一權力，即係主權上所分析出來的

每一要素。

雖然，即使認分權制度的普遍原則，是法國憲法學上的一種規範，而在我們要確定這權制度的意義與價值的時侯，也不會受任何關於規定原則的條文之拘束。今日所謂分權制度，是指這樣的一種規範而言，就是說，依照這種規範，應該有若干代表民族主權的機關存在着，這些機關，應該為密切永久的通力協作，彼此之間，應該相互活動，行政人員與司法人員，亦應有所分別，尤其對於司法人員，儘其可能，應該使其超然獨立，關於上列種種情形，我們不難予以證明。總之，整個現代法蘭西公法學，我們整個政治生活，都是否認各權不同的機關之完全孤立，相反地，牠們必須為密切的溝通。這個却與一七九一的觀念，正相反對。

大家都說，國會係保有立法權力。如果照這句話的字面解釋，應該是指整個主權的一部分，係由人民付託於國會而言。可是所謂部分的主權，在理論上是無從想像的，而即在事實上，亦無由發生。人民概不願意授與國會以部分的代表權限，而國會亦不願受此部分

本

論

二四七

的委任。所謂國會具有代表的特性，就是說，國會係為主權的人民而設。在一切國家活動的範圍之內，國會的確是這樣的，並不僅僅在於行使立法的任務。不過國會祇能參就憲法所特定的態樣之下，以參預國家的任務之行使罷了。國會對於一切的国家任務，常與國家的元首，通力協作，不過其所能協作者，僅限於特定的態樣而已。在要測定一種普通規範的時候，原則上應由國會予以決定，國會自己亦可提案而制定一種決議，使國家的元首，不能不予以接受（一八七五年七月十六日憲法第七條）。在有些普通的規範，由國家的元首，予以測定，國會祇能夠加以監督，或者予以間接的否決，國會常邀請國家元首報告其所制定的規章之內容，以定其否決權的行使。關於公務之一般的理論，國會亦非漠不相關，不過祇能夠向政府為請求，而對之行使監督權而已。

人們都說，國家的元首，保有執行權力。這種說法，也無有不可。其實，元首亦參預一切的国家活動，不過其參預的態樣，則與國會不同。為要建立一種普遍的規範，在習慣上與原則上，元首常提出法案，而於制定之後，復予以公布；元首得要求覆議，國會不能

予以拒絕，唯國會若維持原議，元首則負有公布該項制定法的義務；但是倘若不予公布，則此項法律，尙不能逕予援用（一八七五年七月十六日憲法第七條）。此外還有許多普通性的規定，所謂法規也者，元首在國會的監督之下，並且除掉國會可以行使間接的否決權以外，都可自行制定。

是故，國會與政府（這種政府，因有元首在，特擬制其爲人格者）這兩個機關，彼此之間，常必互爲行動，在實現國家之普遍的活動時，常以最關切的態樣，通力協作，不過因其機構的各殊，而其協作的方式，自有不同。於這種情形之下，如果大家便稱之爲立法權與執行權的分立，那末我們很願意這樣說，而且有了這樣的了解，也就夠了。可是我們將會承認一七九一年的法制，與上述的見解，相去遠甚，一七九一年的法制，認每一機關，包容主權之每一各別的要素，而且各個機關，於其自己的權限之內，應該是獨立而最高的。因此，我們相信，爲避免混淆起見，應該使用機關的通力協作一詞，以代替所謂分權制度。

但是所謂分權制度，並不能專作這樣的解釋。在許多的學者看起來，還有第三種權力在，即所謂司法權是。在法學界，這是一個老舊的問題，現在就是要研究，有沒有一種司法權力，或者是祇有一種司法機關，再者，行政訴訟，應受分權制度的支配，或者不應該受其支配？

依我們的見解，與立法權及執行權有別的行政權限，在分權制度上，既不成為一個問題，那末同樣地，所謂司法權，也不復會成爲一個問題的了。如果要證明司法權是與執行權有別的第三種權力，那末就應該先證明有一種關於審判的任務在，而這種任務，乃異於其他的國家任務，而尤其是與執行的任務有別的，且其掌司司法任務的人員，應該保有充分的獨立性（參照上列 Artur, P. 69）

這是不能證明的。在要證明如上述情形的時候，人們祇能夠證明審判權（Justice）係構成了第三種權力而已。無疑地，審判任務，是與立法任務，執行任務，及行政任務，俱有區別。我們承認，在職官員之不得任意罷免，確足以保障審判權的超然獨立。雖然，凡

此種種，都不能夠證明會有一個自主的司法權存在着，或者會可以有這樣的一個權力存在着，因於凡此種種，在國家行政上，固然有其必要，但不能因此便想作成一種自主的權力

卷

要想證明審判權係一種自主的權力，那末必須證明其為國家主權所分析出來的一種要素，而寄寓於某一代表機關才行。但是，這樣的證明是不可能的，因為要把主權分成若干分數，在其本身，即係不可能。這是一種玄學上的概念，毫沒有真實的價值。這個概念，曾有一時，成為法蘭西實證法上的規範，即如一七九一年及共和三年的憲法，都曾明白宣告，審判權是主權的一部分，而這一部分的主權，便授與於法官；一八四八年的憲法，也許是這樣的。然而在今日，沒有一條條文，係確認這種概念，所以這個概念；實屬不能認許，蓋其本身便含有武斷的弊病，並且與所謂主權之單一而不可分的意義，互相矛盾。

我們並不像大多數的學者——他們固然也排斥自主的司法權之概念——，確認司法權係附屬於執行權之上。上面曾經說過，在我們看來，立法權尙且不能存在，更無所謂執行

權。這裏，祇有許多司法官吏與行政官吏，係受政府的監督，而政府本身，又復受國會的監督。政府之任命司法官吏，與任命行政官吏無以異；政府應該保證司法事務之妥為管理。在許多重要的司法機關之旁，政府一樣地配置若干專門人員，即所謂檢察官者，以政府的名義，執行職務。

或謂有一事頗足以證明審判權委係一種自主的權力：是在司法官所作成的行為後面，隱藏着一種最高而自主的權力，與其他的權力，自有不同，蓋司法官所為的裁判，足以使一切之人，對其服從，即政府與國會，亦不能不服從其裁判。可是依我們看來，這件事也不能夠有所證明。當行政官吏，以國家的名義，訂立一項契約的當兒，他們的行為，也可加強制政府、國會及一切之人，對其服從，沒有一個機關，能就國家因契約效力而應負擔的種種義務，予以解除。司法官所為的裁判，其所以足使國會與政府俱須對之服從者，此中理由，頗易證明。祇要想到審判任務之真實的特性，也就夠了；蓋審判任務，端在證明某一事件，於法有所違反，並依照邏輯，抽演出種種附着於法律本身上的結論，或者證明

權利之存在及其內容，並促其實現。是故，按實言之，並不是審判上所作的決定，足使國家、政府，及國會，對之服從，這乃是制定法本身，或權利本身，其存在與內容，業經認定，因而不得不對之服從。審判上的決定，其對於國家之亦有強制力者，乃係「法治國」概念之合理而簡單的結論，蓋遇有法律與權利，蒙受侵害，或發生爭執的事件，經官吏（此項官吏，經制定法以明文規定，授與以審認法律與權利之權限者）予以證明者，則國家應受此項法律與權利之拘束。

——結論——

綜上論述，我們便可解答本書第四十三段開頭所列的種種問題了，這些問題都與分權制度，混淆不清，認分權制度是一種單獨的錯雜的，而且非常地難以領悟的問題。我們知道，在所謂民族主權的學說上，民族的意思，係由多數機關代為表達，民族的意思之由多數機關代為表達，確較僅有單一機關為代表者，妥善多多，因為這種多數的機關，都是自

爲限制，而且互相制衡。但是代表機關，雖有多數，主權却不能分割而爲若干要素，並且不能藉「權力」一語，把主權之部分的要素，授與每一代表機關，即欲予以分割，主權總還是單一而不可分的。主權是具有人格的民族意思；人格是不可分的；意思既淵源於人格，故意思亦屬不可分。所謂權力有三，每一權力，都是最高無上的，此種概念，乃係玄學上的概念，其神秘性，頗似於基督教上所謂三位一體也者，這種概念，曾誘引一七八九年國民會議的諸公，起了種種妄想，可是在實證的公法學之構成上，委係無從允許。代表機關，雖有多數，但對於國家之一切普遍的活動，不能不通力協作，至各機關之參預活動的方式，互有差異，則不待言。關於此點，各國皆用憲法予以規定，通常所謂分權制度，用語雖未能適當，却就是指各機關參預國家之普遍活動的差別態樣而言。

再者，在並世各大國中，都有許多與私人相接觸的官吏存在着，而這些官吏，俱受代表機關的監督和激勵。這種官吏，大抵分爲兩大範疇：其一，爲行政官員，其二，爲司法官員。前一類的，負有一切行政任務，而亦祇負行政任務，後一類的，負有審判任務，這

樣的區分，頗合邏輯。在法蘭西，因歷史上的影響，與實際上的理由，以及種種固結的習慣，還沒有把一切任務，統分配於兩種範疇不同的官吏之手，在行政官吏執行任務時，如牽涉到行政行為的決定，則此項審判任務，便屬於行政人員，這種司法人員，與行政人員的分立，有時亦稱之為分權制度。是故用語的不切實，便是許多混淆與錯誤的原因；大家應該很簡單的說，這是司法與行政兩大類的劃分便得了。

(四五) 國會及其組織

國會 (Parliament) 一語，現時是專用之於政治的辭令中，係指有些需要討論的會議而言，這些會議，通常其主要的使命，在於通過法律與預算，有時並監督國務員。這個字的字源，出於拉丁語 *Parlamentum*，自十五世紀以降，在英吉利，便用以指稱兩個與國王共同行使最高權力的會議。法蘭西很早便以此字用之於一切的會議，但是在十五世紀以後，則專以此語，用之於最高的審判機關，其最古者，即係由宮廷劃分出來的巴黎最高法院

(Parlement de Paris)，祇因該院有權把國王所頒佈的勅令，予以登記，所以便欲置身於政治舞台，而採用與英吉利國會相似的名稱，且復引彼以為先例。法國所有包含法院性質的「國會」，在一七九〇年概行廢止，時至十九世紀，在歐陸與英國，Parlement一詞，已成爲共通的術語，專用以指稱一切政治上的會議了。

現時各國的國會，就大體上言，都是一種相當複雜的機構。國會大抵皆係由於一個內容或大或小的選舉團體，以直接或間接的選舉方法，選舉出來的；大家知道，這樣選出來的國會，是民族代表的特出機關。但是人們亦很可以想到，有一種國會，並非由於選舉而組成的，即如有些是由於元首全部或一部之任命，或者其全部或一部，係由於嘗有某種身分之人所組成的。

——兩院制問題——

今日大多數的國家，其國會俱由兩院組成，有時兩院中僅有一院，係民選的；所最常見者，則爲兩院皆由選舉而產生，不過其選舉的方式，各有不同耳。有時兩院都有同樣的

權力，有時則其權力互異。這都無甚重要，其重要而普遍的事實，乃在於就同一國會之內，兩院共同存在之一點，此即通常所謂國會二元性 (Dualite du parlement) 是已。

凡制度之表現着這樣的一種普遍而永久的特性者，其適應於真實的需要，乃屬不可爭之事實。兩院制之存在，足以互為制限，因而對於國會之越權僭竊的行徑，得有一種嚴肅而必要的保障。孟德斯鳩在論述英吉利憲法的時候，說得很對：「立法團體，係由兩部分而組成，各本其性能，以牽制他方」(法意第十一篇第六章)。單一的民選議會之專恣跋扈，其苛暴並不下於世襲的君王。各種憲法，本來都是為保障個人之足以對抗王室的專恣而制定，從而在一國之中，必授與民選國會，以最高的權力。但是選舉制度，並不足以充分保障國會不致於逾越其權限。所以又須尋求一種較為妥善的手段，儘其可能，足以避免國會的專恣，兩院制便因而建立起來了。在兩院制之下，關於法案與預算通過，兩院須求一致，而且互為限制。在法蘭西國民參政會 (Convention)，便是一個例子，足以證明一院制的專恣跋扈，我們無從設想，有人敢援此以贊成國會的一院制也。

雖然，二元性的制度，隨時會遇到各種不同的異議，與堅持反對的敵手。

首先就會發生從主權本性上所抽出來的反對論。彼以為主權是民族的意思；民族的意思，在其本質上，係單一而不可分；自不能在其代表關係中，予以分割，故若把他授與於兩個代表機關，則必與其本性相矛盾。

兩院制的存在，並不與主權之單一性及不可分性相牴牾。如果承認主權就是民族的意思，那當然不能分割，而且其各種不同的要素，亦不能分別而由各個相異的機關為代表；所謂權力分立，就其用語之精確的意義言，有如一七八九年至一七九一年的人們所了解者（一七八八年的人，也許是這樣的），在邏輯上是不可能的，但是兩院制的創設，却絲毫沒有聯想到代表關係上所謂主權之分析，這是與所謂分權制度，完全不同。其實，雖則有兩院的並存，國會仍祇有一個。結構固然複雜，就其本質言，國會也祇有一個委任關係，也祇給與於一個機關而已。集議員而成國會，固矣；却不能說，代表關係，係按照國會有多少議員，便分配於這多少議員之手；所以人們更不能因為國會的議員，分別集合於兩院

，便說是代表關係，分割而爲二。在創設兩院制的當兒，人們並沒有於民族中，區分出二個意思；人們僅於單一的代表機關，給與這樣一種內部的結構，這種結構，似足使其於實行任務時，更爲有效。

贊成國會一院制的人們，現時都承認，學理上的理論，沒有多大的價值，轉而着重於實際上的理由了。據他們的觀察，國會分爲兩院，最足使相互間發生磨擦，這種磨擦，減弱了國會的力量，使其不足以對付富有投機性的執行權，抑且許多有利國計民生的改革事業，往往因而遲緩，並阻礙政府的行動。

對於這種論證，事實自己會給以答覆的。一八四八年憲法所規定的國會一院制，並不足以致阻一八五一年十二月二日的政變，其間距憲法的實施，爲時不及三載。而一八七五年的憲法，從建立國會的兩院制，可是迄今四十有二年，其條上沒有一個字，曾有一次被違反過。在這數十年間，也許各種權力中，曾有一種，作過分的膨大，致害及另一種權力，但這個並不一定是執行權力。至於說到兩院之間，互相傾軋的危險，其情形之嚴重，

足以釀成無政府狀態者，這純粹是一種妄想。最常見的，兩院之間，發見衝突時，皆由雙方互相讓步，藉調解的方法，以解決其糾紛，這種調解制度，却是合乎具有節制性的政府之本意。無疑地，在調解的情形，若純粹從邏輯上觀察，始終是不能滿意的，但祇要自由被尊重，國事得能善為處理，也就夠了。再者，調解倘無結果，還有一種合法的方法，足以解決國會的糾紛，這種合法的方法，在機警的立法者，決不會在憲法上脫漏了記載的（一八四八年的立法者，曾犯了一個大錯，把這事忘了），這就是解散了兩院中的一院，或者一併予以解散：即所謂訴諸最高的選民團體，求其裁判糾紛，國家一切的團體，都應服從其判決，不得復有所異議是也。

倘若了解一個社會或一個民族，不僅僅由於許多個人所組成，而且亦由於若干個人的團體——這些團體，都構成了社會的要素，而與個人有別，即如鄉邑團體，家族團體，工會，農會，實業商業的社團，以及科學或宗教的結合都是——而組成的，便知道關於兩院制的組織，係一種較為完善的制度。了如果大家願意說，國會是一國之真實的代表機關，

那末就非由兩院組成不可，就中，其一係特殊地代表着個人（即衆議院），其又一，則特殊地代表着社會團體，至關於後者的組織，其制度互有不同，每一國家得各以其政治技術，予以決定。此點，可參照本書第四十八段，關於職業代表制問題的敘述。是故，兩院制是一種使全國國民，依民主辦法，一體得以參加的方式；國會包括着國內一切組織要素；是一個切切實實的代表機關。

（四六）國會及其議員之產生

在有些國家中，國會兩院中的一院，其議員係屬世襲或者由元首任命的，而且在並置各國中，兩院中的一院，尤其在大多數的國家中，國會的兩院，都係由選舉而產生的。我們曾經說過（參照本書第三〇段及第四〇段），差不多一切如現代的國家，皆採取普選制度。所以在本段，我們祇在證明，選舉——限制的或普及的——是怎樣為一般的參與（而且應該參與）於代表機關所謂國會者，其議員之產生。

(1) 直接選舉或間接選舉

第一個問題，就在於要了解，選舉應該直接呢或者間接，應該是兩級呢，或者多級。大多數的國家，現時至少對於下議院，都實行直接選制。

因共三年憲法的施行，在五總裁執政（Le Directoire）時期，就其所實施的兩級選舉的經驗看來，這種投票的方式，確係無法贊同。可以說，在那個時期，兩級選舉例的施行，受各種外在的情勢之影響，完全陷於虛偽，並且還可以說，這種選舉的經驗，並不是在正常的條件之下得到的，這確是實話。不過兩級的選舉制，也並不違反民主的原則。我們相信，要解決這個問題，不能採絕對的態樣，而應依照環境與一國的風俗人情，尤其要看文化程度，與政治智識。毫無疑義地，間接選舉，可以保證賢良的選拔，緩和競選的熱烈，並且避免種種操切而不加思考的誘引。是故在教育尙未普及，政治閱歷尙未發達的國家，建立兩級選制，確是機警之事。

在法蘭西，這問題是怎樣決定？大家不能否認，在法國，這個問題還沒有完全無結果

。因字面的異常濫用，致使選權普及與直接選舉，以及選權限制與兩級選舉諸名詞，都成字異義同的文字。誰若說建立兩級選舉制，便識其意在企圖廢止選權普及。我們相信，在法蘭西教育是相當的普及，政治閱歷也相當的發達，全國公民，頗能夠為直接的選舉。況且兩級選舉制之適用於參議員的選舉，在參議院中，亦並不產生很大的選拔賢良之結果，其智力的水準，毋甯是較低於衆院。老實說，參議院的選舉法，不過是一種虛有其表的兩級選舉制，所謂選舉參議員的選舉權，並不是給與專為這種作用特別選出來的選舉人，却是給與若干因選舉而產生的行政會議的人員，或其代表。

(2) 連記投票與單記投票

無論怎樣的一種選舉團體，顯然地不能夠組成爲一個單一的選舉會。在許多大國，選民人數在千萬以上，有如法蘭西者，要組織單一的選舉會，在物質上爲不可能。因此，不得不把全體分爲若干選舉區，由每一選舉區，選出一定數額的議員。這個物質上的需要，便惹起一個連記投票的問題，而久經爭論頗烈。全國應否劃分爲一定數額的小選區，而每

區祇能選出議員一人？或者，選舉區的範圍，不妨較廣，每區選出定額的議員，每一選舉人，可在選票上，就其自己所屬的選區內，可得選舉的議員名額，儘數記載？

在法蘭西，這個問題，最爲重要，而關於衆議院的選舉，現時尙發生這種問題，有許多規定連記投票的法律，都以道區爲選舉劃分的基礎，因而此項問題，實稱之爲道區投票與州區投票的問題。無疑地，此二種投票的方式中，其較合於法蘭西政治的代表關係之理論者，則爲連記投票式。所謂法蘭西的概念，係整個置重於這樣的一種思想，就是認國民的委任，並不由選區給與於該區所選出的議員，而是由整個民族，給與國會本身以委任的，國會議員，並不是選區的代表，而是整個民族的代表也（一七九一年憲法第三篇第一章第三節第七條）。是故選舉區，不過是因物質上不能把全體選民集合在單一的選舉會，而有其必要罷了。若把全國劃分爲若干較大的選區，則必愈與真實性相接近。理想中的至善之事，本來是不會有的，不過選舉區愈少則愈大，而問題的解決，則愈接近於理想。在這種種事實的試驗，證明了一切由學理上所引申出來的結論，委係證實。我們不願

說，連記投票，不會露出絲毫的弊害，不過在我們看來，他的弊害，較州區投票，顯然是少得多多。州區投票的各主要缺點，都擺在大家的眼前。第一件事，便是助長選舉的舞弊，當選的候選人，往往——即使不是常時——盡量地對選民應許了一切，自己則設法獲取，或者大家推測其要想獲取種種優待，種種位置，種種榮譽，甚至於乘坐火車的便利等等，最起碼的，也往往是浪費金錢，求獲當選。一談到州區投票，便有許多關於人的問題，鄉土的問題，都會瀰漫乎公共利益的問題之上。我並不以為連記投票式，便會很愉快地把所有選舉的弊害，全部消除，不過無疑地，採用連記投票式，這種弊端，會較難發生，並且會強制其減少。再者祇要採用了連記投票式，選舉便可循着整個的程序以進行，而能夠完全不受國家的政治方位所羈絆。

還有一層，州區投票式，在中央集權的國家如法蘭西者，最足以顯露嚴重弊害。在這種集權的國家，任你怎樣說，政府的行動，總可以左右選舉。選區愈小，政府的行動，便愈容易而有效，在每一區內，政府有牠的選舉官吏，即所謂州長（*Sou-prefet*）者，運用

他的才智，便可使其所喜悅的候選人，因而獲選。

可以說，在法蘭西，關於連記投票與單記投票的問題，自一八七五年至一九一九年，都曾上了國會的議事日程。一八七五年十一月三十日法律所建立的州區投票式，在一八八五年，曾代以連記投票式，迨一八八九年，正當Bonaparte主義發動的時候，立刻又重建州區的單記投票式。但是在戰事爆發的前夕，各政黨傑出的人物，都毅然地要求廢止單記投票式，回復共和而民主的傳統上之連記投票式。誠然，在戰爭期內，國會自有着其他的顧慮，但停戰協定，一經簽字，這個問題，復在國會及全國民眾面前，從新發生。

經過了參眾兩院熱烈地討論之後，通過了一九一九年七月十二日的法律，這個法律，是名符其實地叫做：「修正眾議院議員選舉法，并採比例代表制，建立連記投票式」。關於這個法律所規定的事項，當在本書第八十八段，予以詳細論述。

倘若相信，因有這個法律建立了連記投票式的一事實，州區投票所產生的種種惡習，便有一天會統行消除，那確然地是一種幻想。雖則是經過了戰爭，經過了改革，選舉人依

舊還是爲個人的利益所支配，較之爲國家的公益所指導者爲甚。這是民主政治的附骨之疽，非常地難以消除。雖然，這個法律，亦是一種偉大的進步，我們希望這種進步，確然地有所收穫，使國家因此能夠靠着這個有力的工具，以排除州區投票所能發生的弊端。

(3) 全部的改選與一部分的改選

我們認定國會全部的改選，是最爲可愛的事。祇有全部改選，才能保護代表要素與被代表要素之間的意見，互爲溝通，而且在所謂民族主權說上，亦祇有這樣，才能保護國家意思之完全的表示。

(四七) 比例代表制

所謂比例代表制 (Representation proportionnelle)，一般係指這樣的一種制度而言——其實這是不甚確當的——，就是在每一選區內，對於各政黨，依其黨員之一定的人數，保證其可占定額的議席，其席數則視各黨之數字上的重要性而定。

比例代表制一語，并不十分確當，因為這句話，會聯想到國會議員於這種制度中，會成為政黨所選舉的代表了。可是採用這個制度，并不聯想到接受任何關於政治代表關係的特殊理論，既無所謂強制委任說，亦無所謂委任代表說，又無所謂議員機關說，而這個制度，對於上列任何一說，都易於適合的。是故我們應該更為切實地說，這是比例選舉制（Election proportionnelle）。

有一事尚須聲明，所謂比例選舉，切不可誤解為這是在各政黨的議席數額與其數字上的重要性，有一種嚴密確實的比例制，這是事實上的不可能，所謂比例，不過僅僅是概然性的比例。

一九一九年以前，在法蘭西，並且還在許多國家中所實行的選舉制度，採用近乎法文的名稱，但非常確當，即稱之為「多數制」（Systeme Majoritaire）是已。全國的人口，形成了代表關係之單一的基礎者，則多數制的法律，強度有其適用。祇有在選舉區內獲得數字上的多數之候選人，才會當選，至於對方的競選人，所獲得少數的票數，其少數的

程度，無論怎樣的高，均可不問。所以這制度若為邏輯上的適用，就可釀成這樣的結果，就是在國會內，祇有這些就全體選民人數中，獲得較半數多一個的當選人存在着，其他較半數少一個的選民，便沒有代表了。

有些學者，認為這才是一個良好的選舉制度，祇有這個制度，才合乎民族主權的原則與代表制之真實的概念。即如 *Smeyn* 氏有言：「多數制的法律，是許多最易接受的簡單思想中之一種，這個法律，顯示出這樣的一種特質，就是並不預先對於任何人予以便利，而把一切的選民，都置在同一的行列之上」（見氏著：*Droit Constitutionnel* 7e edit, 1921, I, P. 309）。這位淵博的學者又復說：「丁口應該是代表制的唯一基礎；其他一切的分配，都會使實行多數制法律的民族主權，失其本性」（見同上第三一六頁）。

正因為多數制的法律，是「一種簡單的思想」，所以會免不了嚴厲的批評。要之，多數制的法律，可以釀成民族中的一部分之人，受其他部分所抑制，而在這種口實之下，這一部分，應該較他部分多得若干票數。為想滅弱因這樣結果所產生的不公平之事，所以說

本

論

二六八

法把選舉設置在比例代表制的原則之上，務使每一政黨，在國會中，均有約略相當於其數字上的實力之代表數額。這似乎較合公平之道。可是，這個制度，曾經遇到許多學理上與實際上的反對之論。

據Engain氏的見解（見同上第三三〇頁），除非承認主權可分割以授與於個人，除非把代表權看作是各個人的專屬權利，則所謂比例代表制之說，洵屬無從維持的。

相反地，我們却易於證明比例代表制，乃完全可與主權單一而不可分的原則，及法國西的代表委任制之概念相並立。因為大家承認有所謂最高的民族意思在，有所謂人格民族在，這個人格民族，會給與一種代表委任，於為其表示欲願的人格國會者，是故在政治技巧上所惹起問題，便是如何設置一種選舉方式，足以在國會中，儘其可能，切實地表達人格國家的意思罷了。然則，若堅持在純粹多數制下所選出的國會，其表達民族的意思，會較國內各政黨均有其代表的國會，更為確切，這到使人不易明瞭了。如果民族自身要直接表示其意思，那末這個民族，將會是由於各個不同的政黨組成的民族了。並不是民族要

願欲些什麼，這乃是其代表，其受任人，亦即所謂國會，代其要想些什麼罷了。所以國會必須由於若干與民族相同的要素所組成，而國內所有的諸政黨，必須在國會中，均占有議席才行。

依據同樣的理由，我們還好進一步辯護比例代表制，因為如果祇計算到個人的意思，如果認個人的意思，完全在數字上是平等，那末我們顯然祇能計算這些個人意思之上，和給與數字的多數者以最高權力之上，求取一種決定，但是如果有一種學說，確認在這些個人的意思之後，還有一種集體的意思在，而應該就這個集體意思，確定其內容者，——這話原來是略欠實證的——，則祇有比例制，才能獲得到這樣的結果。

是故比例代表制，匪特不與民族主權原則及代表委仕制相抵觸，抑且牠是唯一的選舉制度，足以使其臻於妥善。再者，祇有比例選舉制，才能減削現時多數制下所存在的不公平情況，採用這種多數制，便可釀成祇有較半數多一個的公民，生活在政治生涯之中。其餘的公民，彷彿是闕無一人，都似乎受了褻奪公權的狀態，正所謂「較半數多一個者是自

本

也

二七

由的，也可以說，是最高的。至於其他的半數，便是奴隸，好像火葬後的屍灰，封藏時代的「農奴」。

以上所述，可參考 Charles Benoist 氏的報告。此項報告，係以普及選舉委員會的名義為之。該會就各種有關建立比例選舉制的法律案，負審查之責（見政府公報一九一五年衆議院常會記錄第四七二頁）。

比利時一八九九年十二月二十九日法律，已採取比例代表制，自該法實施以後，各政黨均感滿意。一九二一年修正憲法時，該法仍予維持，僅有若干細節，略加改正而已。

比例代表制，也被許多瑞士的州政府所採取了。即如一八九一年的 Neuchâtel 與 Tessin 一八九二年的 Genève 一八九四年的 Zug, Soleure 及 Fribourg 一八九五年的 Berne。一九〇五年的 Bale，一九〇七年的 Schwyz 一九〇八年的 Valais 是。一九一九年八月十一日，瑞士人民，批准了一條憲法的規定，嗣後國民參政院的選舉，應該採比例制。

一九〇八年以後，丹麥關於縣議會的選舉，即採比例代表制；一九一五年六月四日新

憲法，關於國會的選舉，一部分適用比例代表制。

一九二二年二月十日阿根廷選舉法，採限制投票式，因而在某種程度上，足以保障少數者，亦有其代表。

一九一九年九月十日的意大利法律，仿效比利時的除數選舉制，創設了比例制。但在本書屬稿時，意大利又準備回復多數制。大概比例制的經驗，還不曾有所成功。

一九一九年十一月的德意志憲法，申明了比例代表制的原則。而一九二〇年四月二十七日法律，便予以實施。德意志的制度，顯視着兩項特點：（1）國會議員的名額，視投票者的多寡而定，以代替前此之預先拿人口多寡與選民人數的標準；投票者的人數愈大，國會的議席愈多；（2）採名單積累制；選舉第一級名單的選票，不獲實益時，則以之轉入於第二級的名單之上。

一九二〇年十月一日奧大利聯邦憲法，也採用比例代表制的原則。

自從比利時建立了比例代表制以後，在法國有一種至為活潑的輿論，表示着同情於這

種改革，在大戰的前夕（譯者按：此係指第一次歐戰言），反對黨的代表，尤其是 Charles Benoist 及 Cochin 諸氏，都堅決要求改革選制。

衆議院曾兩次通過關於建立比例代表制的法律草案——第一次係在一九二二年七月十日第三次大會，經當時國務總理 Poincaré 氏爲有力的參預，以三三九票對二一七票，通過這個草案。而該比例代表制的原則，於一九一三年十一月十八日，爲參議院所否決，同年九月十日，參議院通過一個草案，建立一種不採比例代表制的連記投票式。第二次係在一九一三年十一月十八日，其時 Barthou 氏任國務總理，衆議院以三三三票對二二五票，通過了採用比例代表制的選舉改革案。而此案又被一九一四年三月十日參議院的大會所否決。

一九一四年四月至五月間，舉行國會選舉，改革選制的問題，便擺在選民的面前。在選舉結束之後，很難知悉選舉團體，對於這事究竟有怎樣的意見。後來，一九一四年七月二日，根據 Charles Benoist 氏的提案，衆議院通過如下的決議：「國會爲求以比例代表

制改革選政之實行，應即解散，由普及選舉委員會，在最短期間內，處理關於改革黨之決定。但是一九一四年七月十日，普及選舉委員會，以二十票對十三票，將比例代表制草案第一條，予以否決，當時報告者，係Cochin, Poincaré。衆議院旋於七月十三日解散，而八月三日下午六時四十五分，德意志即對法宣戰。

大戰結束以後，大家知道，連記投票式，不能不實行，但是如果爲單純的實施，則少數或將會全部被排除，因而認連記投票式，於特定的部分參酌比例制，自屬公平。再就另一方面看，爲迎合民主而革命的傳統關係，以及在衆議院內構成政府的力量，不能不給與國內的多數者，以一種獎勵，有這兩重有待商決的事情在，所以便試行着一九一四年七月十二日的法律。我們不能否認，這種嘗試是相當的成功，而幾經詳加修正，由此而產生的選舉立法，便值得稱許，值得擁護。

在本書第八十八段，我們將會對於一九一四年七月十二日的法律，予以詮釋。而現在對於其各種重要的規定，亦有予以指示之必要。

國會的選舉，依道區用連記投票式行之，其議員的名額，則視人口的多寡而有差。在每一道區應選出之議員人數在八名以上者，則該道區應劃分為若干選舉區，而每一選舉區，至少須選出議員三名。這種選舉區的劃分，祇能依法律定之，在所供給的議席之限度內，祇有獲得絕對多數的候選人，才能當選。關於這一部分，是採多數原則的。

獲得絕對多數的候選人，如果少於選舉區內應選出的議員數額，那末比例制，便應用之於選舉的商數 (Quotient electoral)，此點容於下面說明。每一名單所得到的議席，等於其平均數，除以選舉商數所得的數字。

議席可以歸屬於絕對多數，而且事實上往往是歸屬於絕對多數，其情形與商數之適用同。而每一選區，有的議席，未必是全部可以獲得，同樣地，應供給的一個議席，或數個議席，皆歸屬於獲得平均數最高的名單，這也是給與多數原則以一種獎勵。

一切議席，既這樣的依商數方法或依平均數最多的方法，分配於各名單，所以在每一名單中，議席都是給與於獲得選票最多的候選人，在得票同數時，則給與於年長者。再者

，每一候選人所得的票數，必須超過其所屬名單所得選票平均數的半數。如果獲得這個票數最低限的候選人名額，少於所應供給的議席數額者，則對於未曾足額的議席，應着手重行投票。

在票數少於登記選民的半數，或任何名單，都得不到選舉的商數，那末沒有一個候選人，可以當選，於此，亦須重行投票。在第二次投票中，倘若任何名單，都得不到選舉的商數者，則以得票最多的候選人為當選。

關於國會討論有關比例代表制的詳細史料，可參照 Dugut et Monier. *Les Constitutions de La France*. Ge Edit. 1915. *Notices Historiques*, p. CXXXVII Et S.

為要實際上實行比例代表制，曾建議過許許多多的制度。我們祇須提出兩種最好的，予以說明便夠了：其一，為選舉商數制 (*Systeme du Quotient electoral*)，其二，為公除數制 (*Systeme de Diviseur Commun*)，亦稱給氏制 (*Systeme d'Hoult*)，或比利時制。

(1) 選舉商數制

這是法國衆議院，在一九一二年及一九一三年，於其所通過的草案中，及一九一九年七月十二日法律所採用的。不過這個制度，祇能夠在獲得絕對多數的候選人，少於所供給的議席時，有其作用（參照上述及本書第八八段）。

假定在某一選舉區，應選出議員六名，而有投票者三萬人時，則我們須先求得其選舉商數，即以應選出之議員，除選民總數， $\frac{30,000}{6} = 5,000$ 。因而，其選舉商數係 5,000。每一名單，所得的席數，等於其候選人所得選票的平均數，除以選舉所得的數字。

假定三張名單，每一名單所得選票的平均數，有為 15,000，有為 10,000，有為 5,000 者，則第一張名單，可獲得 $\frac{15,000}{5,000}$ ，即當選的候選人有三名。其第二張名單，有 $\frac{10,000}{5,000}$ ，即當選的候選人有二名；其第三，有 $\frac{5,000}{5,000}$ ，即當選者，有一名，這是很明顯的，於每一名單中，在適用選舉商數制所指定的限度內，凡名單上的候選人，得票最多者，即屬當選

這個很簡單的制度，顯示着重大的利益，就是絲毫沒有改易了選舉人之向來為投票的習慣——從前是怎樣的，以後還是怎樣——，至於就名單為投票，也是選舉人所願意的變更。但是這個制度，亦有一種很大的不便，就是在每一名單所得票數，不能以選舉商數除盡時（這事差不多隨時可以遇到的），則其賸下來的——或者更切實地說，其應供給的議席——頗難以有所歸屬。

舉例言之，假定在上示的設題中，第一張名單祇得4,000票，第二張祇得3,000票，第三張祇得7,000票。則第一張名單，為14,000，即二席還賸下來4,000，第二張名單，為9,000，即一席還賸下來4,000，第三張為7,000，即一席還多2,000。因此，在六席中祇得有四席；而所應該供給者，還有兩席。那末這兩席應該給誰？

最簡單的制度，是把這兩席給與這樣的候選人；就是這些候選人，不問其屬於那一張名單，除了依選舉商數的適用，已經當選的候選人之外，他們是得票最多的。

可是，這並不是一九一三年十一月十八日衆議院所採取的制度。爲要解決這種空額，席歸屬之困難，國會在長時間中，總是自相矛盾着。人們曾經創制過一種極其複雜的所謂「道區或聯道親密制」(Apparentement départemental ou interdépartemental)，這全然是改革制的反對者，對於主張比例代表制的所安排之詭計。

大家知道，一九一九年七月一日的法律，把這些空額的議席，授與於善選的候選人之得票最多而屬於平均數最大的名單者。

(2) 公除數制或喬氏制

一八一九年以來，比利時即實行這個制度，對於解決議席空額的問題，有很大的便利。其原則即如下述者：

假定在某一選舉區，應選出議員五名，而行使選權者，有47000人，共有四張名單，其所得的票數，爲24.000, 11.000, 9.000及3.000。因爲有四張名單，所以便把這些數字，各各以一，二，三，四除之，其得數如左：

以一除之：爲24,000,11,000,9,000,8,000。

以二除之：爲12,000,5,500,4,500,1,500。

以三除之：爲8,000.....

以四除之：爲6,000.....

把上面所得的商數，或其數字上之最大者，依照所選出的議員名額取出五個，即如下列：24,000,12,000,11,000,9,000,8000。這個8000，便是公除數，或選舉除數。

每一名單應有的當選人，等於以8,000除牠所得的票數之數字，以8,000除第一張名單所得的票數24,000牠可得三名議員，以8,000除第二張名單所得的票數11,000，及第三張名單所得的票數9,000，則第二第三兩張名單，各得議員一名。至第四張名單所得的票數6,000，無從以8,000除，故在任何候選人，都不能當選（參照Joseph Barthelémy, L'Organisation du Suffrage et L'expérience Belge, 1912）

(四八) 職業代表制或公會代表制

比例代表制的建立，並不算是一種滿意的選制改革。根據這種制度而選舉出來的國會，祇能夠代表個人，至多亦不過代表具有政治的社會的黨派組織之個人團體。可是，不僅僅只有個人及構成民族的黨派在；此外尚有其他種種要素，都是社會組織的堅強構造物，這些就是以利益及勞作之公同關係為其基礎的團體，即所謂職業團體是。——我們使用這個名詞，係就其最廣義而言。如果願意接近於所謂一切政治代表制都應該設法實施的理想，如果願意在國會中，保證一切有關民族生活的要素，都有其代表，那末，便不能不在依比例由個人就各政黨的數字上力量所選出的議會之外，更設置一個由職業團體所選舉的會議。

也和比例代表制一樣，職業代表制，並不與法國的政治代表制及民族主權的理論相抵觸。而因 *Anscombe* 氏，却持反對之說，其言曰：「民族主權的原則，在邏輯上應該排除所謂

利益團體的代表制……。如果，這些團體，都有其獨特的代表，那就不能不認其每一團體，皆保有主權的一部分，而無庸顧及其分子的人數及整個民族人口數字的比例了」（見一九二一年第七版第一卷第三一二頁）。

照我們看來，這似乎有了一個顯著的錯誤在。就法蘭西的代表說，把她的各種簡單要素，歸結起來，不外是這樣的：有一個普通的意思在，即所謂民族的意思，而與個人的意思有別；這個意思是最高的；盡其可能，應保證其為正確的表示。這個意思——如果是有的話——的標的，在於保證一切民族之基本份子，皆得以維持。可是，這些要素，不僅僅祇是個人，團體亦在其內。是故民族意思的代行表達，祇有在這樣的條件之下，才會有所保證，就是在代表集體中，能使一切民族之基礎要素，不問為個人為團體，均應預備。是故，談不到職業代表制，會與民族主權的信條相矛盾，正相反地，她却是民族主權信條之邏輯上的結論，一個國會，祇有在包括兩種其所由構成的要素之條件之下，才算是國家的代表者：這兩種要素，其一，為個別要素，其二，為集體要素。

Esmein氏以爲職業代表制，在實際上，會發見嚴重危險，因爲這個制度，將使個別利益，優越於一般利益。其言曰：「這個將會予利益與實力鬥爭以便利，這種利益與實力，在已往是極端地受了理性之束縛」。

我們應該回答，這樣的危險，在嚴重的人口代表制之下，其可怕的程度，還要增加多，在法國戰前，於州區單記投票制之下所經歷的例示，是不能不承認的證據，至於如我們所了解的職業代表制，並不是代表小團體的利益，而確是各種不同的工業上，職業上實力的代表，這種實力，徧布全國，在民族生活中，可算是第一流的要素——這是不容否認的。創制一種善於保證足以代表這些巨大社會實力的選舉制度，乃立法者分內之事。我們無法置信，這種代表制會使地域的與個人的利益，超越於一般利益之上。凡屬排斥這樣代表制者，都是於不知不覺中，被純粹的個人學說所支配，祇看見有個人與國家，把孤立無能的個人，放置在萬能的國家面前，或者毋甯說，是放置在全能而專制的數字上多數者之前。

在並世各國，尤其是在法蘭西，所颯起的同業公會的偉大運動，不管人們願意不願意，在將來正準備着職業代表，這個，必然地是公會代表制。我們曾經論述過（參照本書第二二段），這個運動，在各種不同的社會階級中，怎樣地會成爲一個確定的法律構成，在所謂社會階級，就是指在社會的分工現象中，因需要之一致，而相與結合的個人團體而言。於此，有一種偉大的社會實力，這個實力，正在感覺着自信心，並有所組織。

可是有人說，這是蔑視了公會運動的真實特性，所謂公會運動，是一種反國家的，尤其是反國會的運動，因而公會運動，絲毫沒有準備着於國會內佔有公會代表，而且公會運動，是屬於經濟的與社會的秩序，並不屬於政治秩序。

我們對於此點，可以這樣的答覆；在經濟及社會的實力，與政治的實力之間，並不是而且亦不能夠互相對立的，退一步言，即使有這種對立存在着，也不過是暫時的而且不正常的，我們曾經證明過（參照本書第二二段）。祇有足以代表一種社會要素的，才算是活潑的有生機的政治結構，至於一切粘着而堅強的社會要素，都會因此成爲一種政治實力，

可自爲直接行使，或由其代表機關代爲行使者。所以，在公會主義，形成一種民族構成的重大要素的時候，牠因此便是一種政治力量，而且代表機關，自然會組織起來。

以上可參考余所著：La représentation syndicale au parlement, Revue politique et parlementaire 一九一一年七月號有抽印本。Marc Sangnier 於一九二〇年五月二十一日在衆議院演說詞。法國有二種制定法，對於團體的選舉，都適用職業代表的原則，不過這兩種法律，却並不具有任何政治的特質。其一，係一九〇七年三月二十七日關於仲裁所選舉法，其二，係一九〇八年二月十九日關於商會選舉法。

(四九) 君主的政府

這裏，我們援用「政府」(Gouvernement)這個字，是指一般所謂「執行權」而言。政府一語，頗足以引起許多混淆，好像這個字，也有時是相當於立法權的。所謂政府，原來在兩種不同的意義中，皆可使用。我們曾經用政府兩字，指稱國家的指導機關之總體。但

是，這裏所謂「政府」，在觀點上，是專指這樣的一個機關而言；就是這個機關，在現代政治術語中，係與配置於其旁，而站在國家最高峯的國會相對立，並須受其監督；又，這個機關，特殊地在公共事務之管理上，負担着一個活潑的任務。所謂政府，並不常常是一種權力。一若其真實的字義所表示者，也許政府決不是這樣的，無論如何，即使係一種權力，其權力亦必漸漸減弱。再者，講到執行權這句話，頗會聯想到，政府係保有一切通常所謂執行的職權，而亦只保有這些職權；可是這却並不正確，因為政府並不總攬一切所謂執行的任務，而有些確然不是執行的任務，政府亦保有的了。要之，談起執行權與立法權，便會轉到分權原則之存在，意義及其內容上去了。關於這一點，我們已經解釋過（參照本書第四三段及第四四段）。

政府的構成，即所謂政府的特性，頗為變易不定，但是其通常的形態，大概即如下所述：有一個充任一切屬於政府的職權之主持者，他有着若干襄贊協助的人，亦即稱為國務員的僚屬是。他們的政治任務，是不甚一定的，而且政府若是議會制，則他們的任務，

尤爲重要。所以，在最通常的情形，政府必有一個總其成的機構；足以使政府成爲人格化的高級人員，便是國家的元首。至於政府的機構，採集合制的，則較爲罕見，只有法國在五種執政的時期，與今日之瑞士，是這樣的。

在若干歐陸國家，使政府人格化的元首，都是繼續世襲的。照繼續世襲這句話而言，這些政府，皆係君主政體的。其實，在君主政體與民主政體之間，我們祇能夠見到有這樣一種可能的差別：在政府的形態中，有一個世襲的元首者，這種政體，便是君主政體；在政府的形態中，沒有所謂元首，或者沒有世襲的元首，那便是民主政體。

君主政體，可爲專制的，開明的，限制的。

專制君主政體與開明君主政體，有這樣的一個共同之點：就是國家的君主，總攬一切權力，其權限概不受配置于其旁的另一機關，即所謂因國會之存在而有所限制。關於專制君主政體，與開明君主政體的區別，孟德斯鳩，曾爲盡善盡美的指示。他所稱君主政體（Monarchie）這個字，就是我們所謂開明的君主政體。其言曰：「所謂君主政體，就是這

樣的一種政體；在這個政體中，祇有一個人，治理政事，但須依照所制定所建立的法律以爲治，而在專制的君主政體，政事固亦僅由一人治理，但庶政之進行，全憑其意思及其偏見，而不受制定法與規範之拘束的（見法憲第二卷第一章）。是故，在開明的君主政體，法律固由君主制定，但君主須受其自己所制定的法律之拘束。在專制君主政體，則國家的元首，得任意發布命令，而不受任何普遍的規範之拘束也。

有一事必須聲明，講到君主政體，有所謂開明與專制者，乃因爲在歷史上，這都是曾經很平常地表現過許多特徵的君主政體。但是一切的政府，是民主政體也罷，君主政體也罷，都可以成爲專制的或開明的。凡是一個政府，由一人組成或由數人組成，其發布命令，而不受預行建立的制定法所限制者，都是專制的；凡是一個政府，雖祇有單一的政權機關，總攬一切權力，但自以爲應受其所謂預行制定的普通規範之限制者，都是開明的。

不開明的淵源何自，君主政體，皆可以爲專制或開明的。開明的君主之顯現，嘗有以爲係由神明躬親授與以權力者，俄羅斯的皇帝，在一八〇九年十月至一九〇六的改朝以前

本

論

，即係開明的君主，同時又是正教的教皇，十七十八世紀法蘭西國王，認爲其開明的權力之所自來，即在於替天行道（參照本書第一〇段）。可是，主權淵源於人民的原則，也並不一定排斥開明君主政體，與專制君主政體。專制政治的辯護者，沒有比英儒 Hobbes 更爲邏輯而堅定的了，他是認社會公約及淵源於人民的主權之存在，但是他認祇有在各人完全付與其自然的獨立性於個人或者于個人之條件下，才會組成一可能的政治社會。盧騷固承認主權之不可讓與性，但亦完成了多數者之專制性，而多數者之專制性，並不優於國王之專制。

——限制的君主政體——

現代君主政體，都是限制的君主政體，在君主之旁，而與君主分享國家的指導權力者，復另有一個機關在，即經常所謂國會是，而國會至少有一部分，是由於範圍或大或小的選舉權所選舉出來的。

在本書第二十二段，我們曾經證明，限制的君主政體，亦如一切混合的或相成的政體一樣，係在某一國家內，有二或二以上社會的或統治的實力之共存的結果，這種種的實力，自為政府組織，自行分享政治威權，而彼此之間，自相制衡，這對於現代之機構複雜的社會，是一種自然的事實，已具有長久的歷史了。限制的君主政體，在若干現代國家中，是把共存於這些國家的統治力量，集合起來，納之於一種有繼續性的通力合作上的政治形態。

如果撇開種種的擬制與假設，如果亦都像我們祇承認一切事實，如果祇看到在治者間，不過祇有些個人或個人團體，表示着自己的意思，在其意思係依照法律而為表示時，能夠借助於其所支配的社會實力，以強弱其意思之必為人所服從者，那末，限制君主政體，並不會惹起任何的困難情事。例如制定法，便是君主與國會的意思之一致的結果。關於這一點，我們看不出有絲毫困難，亦不必干涉這種意思與意思相一致的概念，勉強將其作成一個單一的意思，這個牽引吾們入於假設與擬制上去了。這裏不過是有許多個別的事

思在，這些意思都互為條件的，而除此以外，並無其他了。

但是相反地，像有些學者，都承認單一而不可分的主權，係屬於一個權利主體的原則的，那書面便遇到一個無從解決的問題，即所謂混合政府的问题是。

如果君主認為其權利，係先於人民的權利而存在，以為其保有因繼體世襲而得的權利，是仰承遺命或神明降祚者，那末我們便無從了解，君主之權利，怎樣會可以受民族意思之代表機關所限制。國王當然很可以讓與其某些自由或某些保障，同樣地亦可准許為民選的議會之集合，可是這種稱准許，是靠不住的，隨時得以由君主的意思，予以撤回。

依照單一不可分而又不可讓與的民族主權之原則言，則我們祇能夠從君主政體上，作成一個簡單而隨時得由人民的意思予以撤回的「委任」——照十八世紀的字義說——，才足以創造一種限羈君主政體的法理。可是這樣的法律概念，顯然不合於事實的實在性。在現代一切的君主政體，即使是最寬大的，國王總認為是主權一部分的持有者，或者更為正確地說，國王是行使主權的協作者，可亦不能不承認其為統治權或社會實力之另一要素的

人格化，這個社會實力，在此種國家中，於所謂民族主權的力量之旁，足以確知其行動。

據Eisenstein氏之見解（見氏著 *Prolet Constitutionnel 1921*, p. 301 Et 3），在君主政體，與民族主權的原則之間，一切調和，都係不可能。是以就這個淵博的學者看來，如英吉利，西班牙，意大利，比利時的政治制度，委係不合常理而且是自相矛盾的。

（五〇） 民主的政府

在某種政府，無論其主持者爲一人，或其主持者形成一個集團，却總不是世襲的，且祇能保有一種終身的或有期的權力者，這種政府，便是民主的政府。國事的治理，究委諸一人，或由一個集團爲之，這都無關重要，祇要不是世襲的，便係民主政治，若國事之治理，屬於若干世襲之人之團體者，依我們的見解，這便不是民主的政府了。像這樣的政府，並不是不可能的；但據吾人之所知，歷史却還沒有提供這樣的指示。倘把一切非世襲的權力，都集中一人之手，或集團之手，那便是開明的或專制的民主政體。

在民主政體組織的原則中，有兩種趨勢，分配於現代的民主國之間。

照第一種趨勢——這種趨勢，是直接發動於盧騷的——看來，民主政體，不過是一種「委任」(Commission)，一種「職司」(Emploi)。組成政府的個人或多數個人，並不具有民族之代表的特性；他們不過是執行的官吏，是國會的雇員，祇有國會，是代表民族意思的；他們應該為國會之計算，而為其一切的行爲，並且應該對國會負責；他們必須整個的服從國會而不能以任何行動，加之於國會之上。一七九三年的憲法很想實行這一概念(第六五條)。

反之，在另一概念，認組成政府的個人或許多人，是確保民族主權的代表者，與國會無異；他們構成了一個機關，其行動與國會等，無論承認主權是由這兩個機關分享(這是分權原則的剛性學說)也罷，或者認為是兩個機關，通力協作，以行使主權，而因為機關的互異，各以一種不同的態樣，而參預其行使也罷，總是如此的。政府可以(而亦也許應該)受國會的監督，但是就其自己一方面言，亦可實施一種行動於國會之上；自由的保障

，正是由於兩個機關爲這種相互的行動而發生之結果。

我們並不了解，有一政府機關之存在，具有代表的特質，配置於民選的國會之旁，而與其通力協作，共同爲國家的活動者，就會侵害到民主而共和的種種原則。相反地，我們却相信，有這樣的政府機關之存在，到便於適用這些原則及保障這些原則。國民參政會，原係一個單一的會議，而總攬立法與指導之權限者，但其殘忍的專恣跋扈，在我們看來，足夠領教了。

可是我們願承認，怎樣確定執行的代表機關之組織與其產生的方式，委係一個難以解決的問題，如果以一個單獨之人，由於普選的方法而產生，從而組成之者，那祇怕像法蘭西這樣的國家，政治與行政，均採集權制，君主政體主義的積習又甚深，而且還有獨裁的危險，政府的元首，頗有希冀成爲「狄克塘多」，而亦可能會達到其願望。一八一一年十二月一日的政變是Louis-Napoleon親王一手作成的，他是由於直接而普及的選舉制度所選出來的法蘭西共和國的總統。這一件事，頗足以證明像這樣的恐懼，並不是杞人憂天。

本 論

如果國家的元首，由限制的選擇所選出，則彼必無權無方，足以濫凌乎由普選而產生的國會之上。現時法國大總統的選舉方式，就是漸次減削其活動之主要的原由。如果以政府付託於一個集體之手，則將有破壞統一的危險，而且使國家陷於極端的擾亂。共和八年的五總統執政時期——在這個時期內，政府的權力，操之於五總裁之手——顯示出一串的政策事實，與種種齟齬衝突，就中其主要的原由，便是政府的大擾亂，確係由於政府之為集體的組織之所致。

一八七五年的憲法，規定法國的總統，可使政府人格化，且復確具國家元首的特性。在事實上，就種權方面看來，今日法國總統，大家都視為不過是一員官吏，但是依照一八七九年的法律，法國的大總統，確係具有代表的特性，而且其所人格化的政府，在國會之旁，委係第二個代表機關，關於此點，却易於證明。

在一八七三年五月二十四日，因為Broglie公爵的質問，與國民會議的決議，Thiers被迫下野，Mac-Mahon上將，便當選為法國大總統，在擁護 Chambord 伯爵復辟運動失敗

之後，即通過一八七三年十一月二十日所謂「七年任期政權法」(Loi du Septennat)，其第一條載：「執行權授與於Mac-Mahon上將，其期限為七年，自本法頒行之日起算；執行權，以法國大總統之名義，並在現行之條件下，未經憲法予以修改前，繼續行使之」。這位新任大總統，並不是和Thiers一樣，對議會負擔政治上的責任，因為他的任期，是確定的為七年的了。那就是就這位上將的一身，創設了一種立憲的君主政體。既然不能成立確定的君主政體；所以當時國民會議，便創設一種臨時的君主政體。可是特地為Thiers而測定的。一八七三年三月十三日法律(Loi des Trente)上，却並沒有這一套的語句；這些語句，更不能夠聯想到Mac-Mahon上將，要對議員負責的，蓋亦因為人們之給與他的權力，限定是七年的了。總統就成爲七年任期的憲法上之國王，憲法上的國王，既認爲有代表的特性，那末這些特性，亦應給與於法蘭西的大總統。

經過了長久日月的變動，才通過了一八七五年二月二十五日法律，該法很含蓄地承認法國總統，具有一八七三年十一月二十日法律所給予於他的特性。Mac-Mahon上將，不

過是不確定的那一套朱來總統之首任者而已。Wallon氏的修正案——這修正案，後來成爲一八七五年二月二十五日憲法的第二條——固然規定了總統的產生方式，却並沒有確定其法律上的特性。這種特性，仍舊應該依照一八七三年十一月二十日法律的規定。一八七五年的新憲法，並不像七年任期政權法起草者之所要求，僅僅於要組織一個總統任期七年的共和國；這個新憲法，還要使共和國有一確定的政府；新憲法組織了政府，但並未變更像十一月二十日法律所規定的法國大總統之特性。

是故，按照一八七五年憲法之規定，法國的總統，是使政府人格化的國家元首；兼有執行權力；他並不祇是國會的官吏；也和國會一樣，他是一個代表機關。不過，事實上有下列所述（本書五三段）的種種原因在，於這種原因之下，法國的總統，毋寧說是一員平常的官吏，一位國會的平常雇員而已，而政府也不復是代表的機關，不過祇是行政的當局罷了。

(五一) 國會與政府的關係

因為行使政府的任務之個人或多數個人，不過祇是國會的官吏或雇員，所以他們之與國會的關係的問題，並不惹起任何的困難。他們不能實施任何行動於國會之上；即如他們不能使國會延期集議，亦不能解散國會，他們對於其一切行為，都應向國會負責；國會應該隨時可以使其引退；他們不過是國會的意志之執行者而已。這樣的制度，會達到一切權力，俱集中於國會之手的那一步，自屬無可爭議。以上所述，便是一七九三年山岳派憲法起草者的理想，而現時急進派的思想，亦復如是。

可是事實上，那些執掌政府任務的人們，並不被認為國會的普通雇員，從而關於政府與國會的關係之一問題，便非常難以解決。而問題的解決，却同時又顯露出特殊的重要。如果祇有一個政治機關，獨攬一切的權力，那必然會獨斷專橫，殘民以逞，所以自然有兩個政治機關的必要。但若這兩個機關的關係，沒有很精巧的規定好，那末種種的衝突，種

種的改變，甚至於革命，都有爆發之虞；人類的經驗，早已證明了這一點。

大家可以想到，政府的領袖，都認為其享有獨特的權力，在事實上與法律上，都具有民族意思之代表者的特性，唯其有這個獨特的權力與代表的特性，所以會獨攬一切權力，不過必須承認國會的選舉，以限制其立法的權限，制定法祇能夠經國會與元首的同意，始得予以制定。這樣的制度，毫無爭議地會使國會完全隸屬於國家的元首，而且依照元首的性質和情勢，差不多可以與開明君主政體的制度，等量齊觀。民選國會的出現，不問其權力受了怎樣的限制，總是為被治者的利益，建設一種保障，就這種保障上，却決不能忽視其重要性，而往往這樣體制，藉着事物的實力，曾經誘致確實的議會制度之建立。

反之，如果認國會與政府這兩個機關，都享有同等的權力，此中理由，或者是因其各係淵源於百有不同的是兩種要素，而此項要素，事實上各保有其平等的實力；或者是因為人們認此二者，都係民族意思的代表機關，那末牠們的關係，應該怎樣規定才是。

在權力分立的原則上，首先可以找到問題的解決方法：大家都說，國會是立法的代表

機關，而政府是執行的代表機關。這便是一七九一年憲法的起草者，信爲在英吉利及孟德
斯鳩所著的法意上，所能發見的制度。他們要想把這個制度，建立於法國；我們知道，爲
了要這樣做，無論是有怎樣的矛盾及釀成怎樣的結果，俱在所不問（參照上述第四三段
），共和三年及一八四八年；人們要想回歸到這種制度，但是不復有所成功。

憲法精義

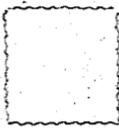
1011

中華民國三十四年一月（渝初版）
中華民國三十五年九月（京初版）

憲法精義 (Manuel de Droit Constitutionnel)

每冊定價國幣 元

有著作權



不許翻印

(外埠酌加郵費匯費包裝費)

原著者 Leon Duguit

翻譯者 梅仲協 (祖芳)

印刷者 上海印劇所

地址：南京珠江路四三〇號

發行者 讀者之友社

地址：南京相府營十二號

分售處 國內各大書局

重慶市圖書雜誌審查處審查證字第〇〇四七號

4728/11

