

著名世界譯漢

學 法 憲

(下)

著 駒 狄
譯 時 明 張

行 發 館 書 印 務 商

解書
舊書
貴州
中文
第

614
11
3

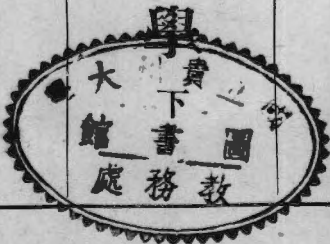
張明時譯
L. Duguit 著

漢譯
界名
著世

憲

法

商務印書館發行



中華民國二十九年五月初版

◆(33378)

☆漢譯世界名著 憲法學 三冊

Traité de Droit Constitutionnel

每部實價國幣貳元捌角

外埠酌加運費匯費

\$6.80

版權所有 翻印必究

原著者 L. Duguit

譯述者 張明時

發行人 王雲五
長沙南正路

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館
各埠

(本書校對者王永榜)

◆H三五六八

徐

第四章 法律主體

第四十二節 法律主體的普遍觀念

法律主體，已經成爲現代法律辭語裏面一個名詞，但是同時牠亦常常可以引起混淆，所以我們亟應將牠的意義準確考定一下。

法律主體 (Le sujet de droit) (或權利主體) 在通常意義之下，指的是所有可以成爲主觀權利享有者的原素，(著者特意採用這個最概括的名詞。) 法律主體問題，即是尋求要成爲一種主觀權利的享有人，應當具備什麼條件，及是否客觀法可以自由規定這些條件，抑或無論客觀法的規定如何，必有幾項條件，在一個原素成爲權利享有人上，乃是必備的天然條件。

如果法律主體一詞，在上述意義以外，沒有其他解釋，那麼，著者爲自身邏輯起見，應當屏斥之於著者著作之外。何以故？因爲著者根本否認主觀權利，那麼，看成主觀權利享有人的法律主體問



題，當然不能對著者發生了。在著者主張之下，所有關於權利主體觀念產生的論戰，皆整個失去對象，而成爲完全無用的廢話。縱今著者仍談到這般學說，有時並予以若干發揮，亦不過因爲他們更形成一種新的證據，而且是一種最好的證據，足以證明主觀權利概念不合任何事實而已。

不過法律主體一詞，並不止上述一個意義，牠還常常用去指示所有隸屬於客觀法律規則下的人們。法律主體，若果如此解釋，——而且亦只能如此解釋，——則法律主體問題，不但設定的極其顯明，而且答案亦非常簡單，蓋客觀法律規則，可以對向的人，只有生於大地上具有能意識的意志的個人故也。我們在第一章裏面，業已說明過，客觀法乃是全部命令或禁止作爲某某事物的規則，全部普遍意義下的命令規則。這種命令規則，當然只能指向能意識的意志，而能意識的意志，只有個體的人，可以具有，至少我們不能肯定大地上除人以外，還有其他東西亦具有能意識的意志。故我們如果想站在可以直接觀察的現實界裏面，我們便應當說除了能意識自己行爲的個人以外，沒有其他法律主體。所有其他說法，都只是一種假定的說法，都應當爲一種唯實的法律學說所排棄。

法律規律，乃是一種目的規律，易言之，即一種決定目的的規律。所謂目的，乃指廣義目的而言，凡意志行爲要在牠後面產生法律效果，必須具有的間接對象及真正目的，全包括在內。故法律規律所實施的對象，只能是能意識牠們決定目的的意志。在我們現有的知識之下，只有個人具有一種能意識目的的意志，所以法律主體，亦只有能意識及支配他行爲的個體人一種。這種說法，立刻遇見了許多非難，這些非難，初看去好像很有力似的，但我們若要迫近觀察一下，則個個全不攻自破。

有人說：有許多人因爲年齡及心理不健全關係，不能意識他們的行爲，然而却均不能逃出法律管轄之外，這般人顯然是一種法律主體，我們如何可以說只有具有能意識的意志的人是法律主體呢？而且這類不能意識行爲的人，我們或可以說他們不是刑法的主體，但他們却確切是私法的主體。因爲他們具有種種財產利益，而這些利益，全係由客觀法所保護，及我們所應當遵重的。可見就是站在客觀法觀點上，他們亦是一種法律主體，亦是一種客觀法的主體。

其次還有人說：有許多追尋合法目的的人類集團，皆曾受客觀法所承認，客觀法不但認許牠

們的利益與牠們追尋的目的，而且並予以保護，這些集團，我們能夠說牠們不是法律主體麼？牠們全都隸屬於客觀法之下，故牠們與個體人一樣，亦全是客觀法的主體。於是他們作一結論說：說只有能意識自己行爲的個體人是客觀法主體，是完全不對的。兒童、愚人、精神病人及團體，即令不是主觀法（即權利）主體，但至少應是客觀法主體，因為許多法律規則，皆直接關係他們，保護他們的利益，或至少可以說係由保護他們利益的目的所決定，與其他許多直接關係能意識的個人的法律規則，係由保護這些個人利益的目的所決定，完全一樣。

由上觀之，似乎說惟有能意識自己行爲的個體人是法律主體，未免太縮小了法律的範圍，似乎法律主體——主觀法主體與客觀法主體——裏面，於能意識的個體人以外，尚應含有因年齡、疾病、不具意識能力的人，以及各種集合原素。集合原素，係取其最廣的意義，包括一切追尋一項客觀法認為正當的目的的社團與財團。

著者殊不能接受這種意見。著者並不否認不能意識的人，例如幼兒與精神病人，皆具有為客觀法所承認及保護的利益；著者亦不否認有許多集合利益，亦曾受有客觀法的承認及保護；但著

者認為我們若因有這種保護，遂推論說兒童，或精神病人，或為一項正當目的而組織的集合原素，享有一種主觀權利，因而隸屬於客觀法管轄之下，則未免太與現實界違反。著者知道很清楚，曾有人因為有些法律，例如格拉蒙法律 (Loi Grammont) 會懲罰虐待禽獸，於是推論說禽獸在某種情形之下，亦是一種法律主體。但是這種說法，乃是絕對站不住的。著者敢信真正配稱為法學家的人，決不敢這樣主張。今幼童，精神病人及團體，情形亦復如是，故說他們是法律主體，亦不是一種比較站得住的說法。

他們不是主觀權利的享有人，這是當然的事，因為著者前已證明過，主觀權利根本是不存在的，就是能意識的個體人本身，亦不是主觀權利主體，何況他們！但是他們亦一樣不是客觀法律主體。有許多客觀法律規則，關係著他們，固然是實事，惟須知所謂關係著他們云者，意義只是說，有些規則會禁止第三人作為危害他們利益的行為而已。故關係不能意識的原素的法律規則，實際所對向的人，乃是第三人，而並不是這些原素。至多這種規則可以實施於負有管理他們利益的個體人，或拿通行的辭語來說，即至多可以實施於代表他們的個體人。這些個體人，因學說的不同，有的

說是他們的代理人，或有的說是他們的機關。這些學說，我們現在無暇討論，我們所要說的，只是保護不具理性的人或團體的法律規則，所對向的，僅係能意識的個體人，第三人，或無能力人及團體的代表一事而已。故直至現在，著者的主張，仍完全沒有動搖，即在法律裏面，除了命令及禁止的規則而外，並沒有其他東西；而這些規則，又只能對向能意識的意志，今世界上具有能意識的意志的，只有神經健全的個體人，試問法律主體，除了這種個體人以外，尙能有其他東西麼？

不過著者如此主張，將要與若干學說相衝突。這些學說，表面上似乎很有基礎，故我們不能不對於牠們，稍微討論一下。

闡明這些學說最善者，當推米述。他認為著者的主張未能充分顧到法律技術。據他之意，作爲法律行爲者，固然永遠是自然人，但須知同一自然人，可以在千萬不同情形下，作爲一項法律行爲。他可以爲他自己作爲之；他還可以以公共官吏的資格爲國家，或縣區，或省區，或公共機關，作爲之；他還可以爲他所管理的社團作爲之；他還可以以代理人的資格，爲其他第三人作爲之。當他不是爲他自己作爲一項法律行爲——例如契約——時，法律效果的實現，亦不是爲他自己，而是爲其

他許多不同的人。「假如我們不求援於人格觀念，不決定誰是契約應歸屬的法律主體。試問我們如何能尋得這些不同的人呢？」

易辭言之，即在米述看去，沒有一種法律效果可以歸屬的法律主體，沒有一種爲這種效果作支柱的法律主體，我們即不能概想法律效果可以產生。故一個人如欲爲一項不是他自己所有的目的，作爲一項法律行爲，必須有一種一定的法律主體爲這項目的的支柱始可。

R. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, I, 1908 p. 48 et 49, édition Trotsbas, 1924.

著者認爲這種說法所表現的，實際仍永遠是那項同一成見，即認爲若沒有一種主觀權利，便不能概想一種法律效果，易言之，即不能概想一種社會保障。若有一種主觀權利，牠便必須有一個主體。同時這種說法復永遠表現那項同一錯誤見解，即認爲個人意志乃是法律效果的有效原因，假如這項效果不是爲當事意志主體而產生，便必須有代表另一個主體的作用存在。因爲當我們爲我們自己的目的而活動時，既有一個行爲效果所附著的主體，那麼，當我們爲我們以外的目的

而活動時，當然亦應該有一個主體纔行。這種見解，著者前面業已證明牠是不對的。爲自己欲願的個體人，不是權利主體，與爲他人欲願是一樣。他的意志表示，並不是一項法律地位產生的有效原因，而僅是牠產生的條件。他爲他自己欲願時如此，他爲他人欲願時亦如此（參閱第三十四節）。

至於要知道他究係爲自己欲願，或爲他人欲願，以及他所欲願的目的究竟是什麼，無論我們遵從著者的學說，說他曾欲願某某項他人的目的，或依照米述的說法，說他以某某法人的代表資格而欲願，事實上皆不感覺有什麼困難。我們只須知道意志表示的詞句，便可以決定這項問題的答案。假如意志表示裏面，並沒有特殊註明，表意人應推定係爲他自己目的活動。作爲一項行爲的目的，常規定在意志表示裏面，牠表示的形式，雖有種種不同，但在實用上決不會使我們看不出來。例如一個市區的市長，或一個社團的理事，作爲一項單純的意志表示，絲毫未曾說明爲什麼目的活動，他們應推定爲他們自己的目的活動。假如他們所作的表示中，曾載明他們係以市長或理事的資格活動，那麼，行爲當然是爲市區或社團而作爲，而行爲後面的地位，亦當然應受保障。市區或社團目的的法律途徑所保障。在這種極簡單的情形之下，假如我們要說市區法人或社團法人乃

一種主觀權利的主體，除了使之複雜難解，及招致無數沒有盡頭的爭論而外，固一無所有也。

故權利主體學說，無論在理論或實用上，皆不具任何用處。現代有許多傑出的學者，如霍理歐如白爾德勒米（Berthelémy）似乎在公共力量權利問題上，皆已放棄了這種學說。但他們以及大部分法學家，對於財產地位問題，卻偏欲堅持牠，我們實有莫名其妙之感也！

第四十三節 法律主體的個體人

神經健全能意識他行爲的個體人，乃是法律主體，而且是惟一的法律主體。並永遠是法律主體。

假如我們承認主觀權利觀念附合現實，無論我們對於主觀權利所作的概念如何，個體人皆永遠是權利主體。例如我們遵從葉林的學說，認主觀權利是社會保障的利益，個體人既具有可以保障及應當保障的個體利益，當然應是一種主觀權利主體。又如我們依照意志原理，將主觀權利概想爲一種被保障的意志能力，個體人既具有能意識的意志，當然亦是一種十足的權利主體。最後假如我們將意志原素與利益原素，配合起來，將主觀權利看成一種可以由一項意志運用的

利益，能意識及能支配他的行為的個體人，同時具有利益，及運用牠的意志兩種原素，當然更不成問題是一種主觀權利的主體了。故無論我們怎麼樣去看主觀權利，能意識自己行為的個體人，永遠是一種權利主體，著者並重複一句說，他永遠是一種十足的主觀權利主體。

尙有進者，無論我們對於個人利益的社會保障，如何解釋，與能意識的個體人是權利主體一層，亦無若何影響。例如我們或是遵從個人主義的說法，說這類利益所以受保障者，專因為牠們係受法律保障的自主個體意志所欲願的緣故，或是依照社會聯立主義的說法，說個人利益所以受保障者，係因為在所有一切人之間，有一種密切的互依關係存在，這種互依關係即構成社會關係本身，社會保障個人利益，同時亦即保障牠自身，結果永遠不外歸於下之一點，即個體人乃是一種能運用被保障利益的意志，因之，亦不容疑地是一種主觀權利主體。

至於能意識的個體人是一種客觀法的主體，法律規則實施於他，並只能實施於他，亦同係顯然之事實。關於此點，我們後面（第四十四節及第四十五節）將再論之。

人既能意識他自己的行為，而實際情形，又好像他可以自由活動，故所有社會規則，經濟規則，

習俗規則，或法律規則，全應對他實施，而且全應專對他實施。關於此點，除了後面我們將再予以較詳細的討論外，現在著者可以肯定說：法律命令可以對向發施的人，只有神經健全的個體人。他是唯一的客觀法主體。同時凡是神經健全的個體人，亦皆是客觀法主體。凡人皆不能逃出社會關係的束縛，因為凡人皆生活於社會上，而且只能生活於社會上。同時凡人類社會皆必然地隸屬於一種社會紀律之下。這種社會紀律形成該社會的客觀法，而實施於所有社會分子中能意識的個體人。只有這類能意識他行爲的個體人，纔是客觀法的主體，因為我們能肯定他具有知識與意志。授予個體人以外的東西一種知識，與意志，這只是些好看的句子與好聽的譬喻而已，並沒有任何其他意義。

不過上面的說法，曾遇見許多非難，引起許多爭論，我們似乎不能不於此稍微討論一下。

有人說有許多法律狀態，雖達到相當進化程度，然而在牠裏面，卻有一部分能充分意識他行爲的人，並不是法律主體。例如凡允許奴隸制的社會，最著者如古代希臘羅馬社會，皆係如此。然而牠們的法律狀態，卻皆已達到了極發展的程度。故通常一般人都是說：奴隸雖然是能意識他行爲

精神健全的個體人，然而卻不是法律主體。

這種說法，無論怎樣普遍，著者認為終不脫是一種不正確的說法。因為說奴隸不是客觀法主體，首先即不確切。所有刑法皆對他實施；故同是一罪，因犯罪人是奴隸及自由人的不同，而處刑亦有差別。此外奴隸還是家族的一部分，隸屬於家長的紀律權之下，易言之，即隸屬於家族客觀法之下，因之，就此點言，他亦是一種法律主體。這種狀態，芮阿爾（Girard）君闡明的非常清楚。他敘述羅馬時代奴隸被視為一種物件之後，復說：「這並不妨害奴隸是一個人，及他與其他私佔財物之間，有一種根本區別存在。因此之故，這種區別，使他與權力下之子女一樣，同屬於 *alieni juris* 階級之內。同時並使我們說他是在家主權之下（*in dominica potestate*），猶如說子女係在家長權之下（*in patria potestate*）一般……奴隸人格的這種結果，自遠古以來，即已為一般人所認許。」

見 Girard, *Droit romain*, 4e edit., 1906 p. 93

假如我們承認主觀權利觀念係實在的，則我們只要承認奴隸是客觀法的主體，同時便不能

不承認他亦是主觀權利的主體。因為我們前面業已說明過（第二章）主觀權利不是客觀法的原則，便是客觀法的結果，假如我們看主觀權利是客觀法的原則，那麼，奴隸之所以受客觀法管轄者，不正是因為他是主觀權利的享有人麼？一般羅馬法學家，特別是我們上面所引述的芮阿爾君，當他們說奴隸具有一種人格，因之遂隸屬於某幾項客觀法規則之下時，所欲表示的，即是這種意思，因為說具有一種人格，因而遂隸屬於客觀法之下，同時亦即等於說他是一種主觀權利的主體。反之，假如說主觀權利乃是由客觀法演生的，那麼，奴隸一經受某項法律規則所保障之後，這項保障便對於他構成一種主觀權利，於是他亦便是一種主觀權利的主體。故當一般羅馬法家，例如芮阿爾說，具有法律規則性質與宗教規則性質的宗教法規，允許奴隸參加家庭教儀，同時亦便是說這些規則承認他具有參加這項教儀的權利，及承認他是一種主觀權利主體。同然，當他們說奴隸對於家長之濫用威權，受有法律的保護，家長非根據一種真正的裁判，不得以重刑懲罰他，同時亦便是說奴隸已經被認為一種主觀權利的享有人。

不過著者在這點上，殊不欲多作討論，因為要直接證明奴隸具有主觀權利主體的性格，乃是

一件不可能的事。理由很簡單，即主觀權利的實在性，根本是不能證明的。所以我們現在在這點上，不必多言，只須說奴隸因為是人，故是一種客觀法主體，受法律所管轄，同時法律並禁止他作為某幾項事物，及允許他作為某幾項事物，或更確切一點說，法律對於凡行動影響到奴隸的人，禁止作為某幾種事物，便够了。

是故凡天然神經健全的人，依定義即是實在的法律主體，而且不能不是法律主體。但是這種說法，現在又與若干學說相抵觸。這般學說，在主要點上，係受沙萊衣 (Salvioli) 的法律作品的感示，在法國學派裏面，頗具有相當信仰，我們可以教牠們作概念主義。適與著者所主張的唯實主義相反。

無論在社會界或自然界裏面，著者認為實在的東西，皆是直接可以觀察考定的東西。所有如此考定的東西，著者皆認牠們是實在的。只有可以觀察到的是實在的，一切可以觀察到的都是實在的。這兩句話，乃是一切科學不可少的定理，我們絕不可走到這以外去。現在我們所觀察到的，乃是人自動地及意識地行動，是一種能意識的及自主的發動機，他走入社會關係裏面以後，必

然地要產生許多社會規則，在一種社會制裁之下，命令他或禁止他作爲某某事物，易言之，即必然地有許多規則存在，違反了牠們，便會引起一種多少具有完備組織的集合反動。在這種情形之下，我們於是說人乃是客觀法主體。所謂客觀法主體云者，意義即說人以社會生物的關係，係隸屬於某些受社會保證並具有組織制裁的社會規則之下而已。著者覺得這種法律主體觀念，不唯非常簡單，十分具體，適合現實，而且亦確切表示有若干客觀實在的東西。

但沙萊衣與他的學派所主張的，適與此相反。他們說：不錯，是有一種法律現實界存在，法學家的職務，便是在考定牠，但法律現實與自然現實，性質完全不同。我們教作的法律現實裏面，含有一種特殊原素，這種原素乃法律現實的根本原素，不存在於自然現實裏面，我們可以教牠作概念原素。換句話說，即構成法律現實的東西，並不是我們由直接觀察考定的東西，而是我們思想所玄想的東西。法律現實，並不是一種好像物理或生理現象的事實，牠是純知識的。法律本身，亦是一種思想概念。故法律現實，亦只是概想社會事物的一定方式，如我們在有些情形之下，對於所承認的一種受社會保障的地位，所作之概想方式，即是一例。我們必須在思想已承認了這類地位之後，方能

說有一種主觀權利及有一種主觀權利的主體存在。故權利主體並不與可以由觀察考定的生物一樣，存在於物質現實界裏面。牠只是一種概念現實，一種疊駕於實在存在的地位上的思想產品。

沙萊衣有一段話，表示這種見解，非常清楚，茲引述於下：他說：「人格乃是一種現實，但卻是一種法律現實，意義係說牠只能遵照某幾項統治牠的抽象觀念而存在。牠與一種純粹自然的生物不同。自然生物的存在，可以獨立於我們對於牠所作的概念以外，法律現實，則含有外界現實與思想概念或知識與學理概念之間的一種關係的意義在內……在自然界事實之間，存在有一種關係，是我們思想所不能管轄的……但當說到法律界的規律時，則建設牠所管轄的關係的，卻是法律意識。這類關係，是我們不能在自然界裏面找到的。牠們是思想創造的。當然思想不是任意創造牠們，思想創造牠們，係在理性與意識的基本原則領導之下，不過無論如何，牠們不能脫是思想自己所創造的東西。自然界就是有機的自然界，皆不能創造本身直接可以與法律發生關係的生物。這種關係，最先是思想的產品……」

demet, L'oeuvre juridique de Saleilles. 沙萊衣的概念主義，毫無疑問，曾影響內尼與米述的著作，而尤以米述的名著：無形人格原理 (Théorie de la personnalité morale) 最甚——此外請參閱達維 (DAVY) 君的一篇批評文章：Personnalité et sujet de droit, Année sociologique XII, 1914, p. 346.

這種說法，若果成立，那麼，自然現實界裏面，便不應有法律主體存在。法律人格與法律主體，乃兩個同意義的東西。法律主體，應是純粹的思想產品。能意識他行爲的個體人，雖然自覺他是一種自主意志，在欲願某事物，並好像能自由活動，但卻不天然是一種法律人格，或法律主體。他必須人類思想攔捉住他，認他爲如此之後，他方能是一種人格或法律主體。法律主體的性格，乃是一種純粹思想概念。但正因如此，而且僅因如此，牠纔成爲了一種法律現實。因此之故，所以就是個體人本身，亦不能直接是一種法律主體。他要成爲法律主體，亦必須經過一種思想概念作用纔行。故個體人是法律主體，亦完全是人類思想對於法律所作的觀念的結果。沙萊衣曾說：『就是我們說到實在人時，他的人格，亦不能表現爲一種自然界事實。最簡單的分析，可以使我們立時看見，牠亦僅是一種思想產品，完全依靠在人類思想對於法律所作的概念上。』依此看來，我們可以說在一切

法律人格裏面，全有一項知識產品的原素存在。假如我們可以教牠是擬制的話，我們可以作一結論說：一切法律人格，即令是對於實在人而言，甚而我們可以說尤其是對於實在人而言，全是一種擬制的人格（見前書第五六八與七五三頁。）

在沙萊衣這部分學說裏面，黑格爾的影響，似乎很重。這位德國哲學家會說：「凡合理的全是實在的，凡實在的亦全是合理的。」沙萊衣學說受感應的思想，實質亦即是這項同一思想。人是法律主體，但這種法律主體性格，乃是一種純粹思想概念。我們雖習而不知牠是一項概念，但此並不妨礙他實際如此。沙萊衣說：最好的證據，就是有許多人並不是法律主體，例如奴隸，而同時又有許多人，不具意志，亦不具意識，然而卻都是法律主體，例如幼童與愚人。

著者業已說明過，說奴隸不是法律主體，是不對的；將來在下節裏面，還要說明，說幼童及愚人是法律主體，亦是不對的。就現在而言，著者認為應當起來堅決反對這種絕對概念主義，因為牠結果將使法律成爲一種純粹的思想作用，一種形式邏輯的建築物。社會事實，與物理及生理事實，性質不同，當然無人能夠反對。實施於物理事實關係的因果律，與加施於生活社會上的人們的法律

規則，經濟規則，道德規則，社會規則等目的律，性質不同，亦當然無人能够置疑。但是所有這些不同，皆不能證明著者常常教作的社會紀律，不是一種與社會本身不能分離的現實。否認這項社會紀律，無異即是否認社會事實。我們知道這項社會紀律，只能實施於能意識他們行爲的個體人，而且實施於所有這類個體人，因爲他們全是社會羣的分子。牠如此實施於社會羣內所有具有能意識的意志的分子，即：假如他們中間有人起而反抗牠，便有一種集合反動，自動產生，來制裁這個反抗的人。這便是我們說凡社會羣中神經健全的人，皆是法律主體，皆隸屬於這個社會羣的客觀法之下的意義。此外並沒有其他解釋。我們說這句話，表示十足一種外界現實，與我們說一塊石頭墜落，具有某種速度，及依據某種規律，絲毫沒有差異。因爲在這兩種情形之下，都顯然有一項思想作用存在，而同時在這兩種情形之下，亦都是表示一種直接可以觀察的現實。

我們可以否認外界的現實，我們可以說唯一現實是思想，不過假如我們業已承認外界現實，說人類思想可以攔捉住牠，及認識牠，那麼，法律現實，便應當完全與物理現實一樣，亦是一種外界現實。對於個體人隸屬於社會紀律下的觀察，具有的實在性與對於一件物體依據某種規律墜落

的觀察，具有的實在性，完全相等。客觀法的主體，隸屬於社會規律之下的能意識的個體人，乃是一種現實，與依據物體墮落規律而墮落的物件，是一種現實，其根據亦沒有絲毫差別。

對於這種極顯明的事實，而猶發生這些爭論者，原因是因為所有想深入研究法律主體的法學家，全不能擺脫那項錯誤的主觀權利觀念。一切困難之來，皆由於他們堅欲維持這項不實在的觀念。傳統的個人主義者說：個人生來即具有種種附著於他人格上的權利，這些權利，因為他是人，故屬於他，及至他加入社會羣以後，方將牠們帶進社會羣裏面來，而保存著。但是有人非難他們，說：具有權利者，並不只自然人一種，團體亦具有權利。個人主義者否認這種說法。就個人主義者的立場言，否認是應當的；至多他們亦不過說團體只能具有國家以無上權力賦予牠們的權利。但這些權利，卻都是國家可以撤回的。因之，牠們固然是法律主體，但這種法律主體，卻是法律以牠的無上權力創造的，易言之，即由於一種法定擬制使然的。不過反對者復回答個人主義者說：假如你們說團體人格是一種法定擬制，那麼，幼童及愚人的人格，亦應當這樣說纔行。因為一切權利，分析到最後，全不外是一種意志能力，幼童及愚人既不具意識，又不具意志，當然亦不能是法律主體了。這項

論據，沒有人再能予以回答。

因此之故，所以沙萊衣及其學派說法律主體永遠是一種擬制。所謂擬制云者，此處係指牠永遠是一種純粹思想產品的意思。牠是一種法律現實，易言之，即牠是一種純粹概念的現實。這不但幼童、愚人、團體等的人格如此。即能意識的個體人的法律人格亦如此。故每逢表現有一種應當受社會保障的地位時，思想便應參預進來，創造一種主觀權利，說這種地位在理性上形成一種主觀權利。思想既創造了一種主觀權利，於是更廣續他的工作前進，創造一種法律主體，以爲這項主觀權利的支柱。

所有這些說法，實際全不過是一種思想作用，易辭言之，即空無一物，而沙萊衣的發揮，結果亦徒充分指明主觀權利與權利主體等概念的空虛而已！

因此，我們復走歸到我們的出發點上，即人類思想永遠想用種種玄學本體，去解釋觀察的事實。牠在受社會保障的地位後面，即在一種行爲規則的社會制裁後面，曾經置放了一種玄學本體，教牠作主觀權利，但他既經玄想了這項第一個本體以後，便應當再創造另一個本體，以爲之支柱，

因此，遂使著者所最常反對的玄學雜物堆，不住地增長起來了！

在這種情形之下，故著者認為我們應當仍採用我們那項簡單而顯明的說法，因為這種說法，乃是具體現實的表現。這項說法是什麼？即：凡能意識他行爲的人，皆應當作為某幾項行爲，及不作為某幾項行爲，假如他違犯了這項規則，便會產生一項多少具有組織的社會反動，來制裁他。根據這種意義，於是我們方說他是法律主體，客觀法的主體，易言之，即在一種社會制裁之下，受他所屬的社會羣的規則所管束的主體。

關於法律主體問題，除我們剛纔引過的米達與沙萊衣的經典著作，及本章中陸續指示的書籍而外，尙可以參閱：Go-royseff, La lutte autour de la notion du sujet de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, p. 381 et s.; Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit, même revue, 1927, p. 5 et s.

第四十四節 幼童與愚人不是法律主體

這個題目，驟使讀者看去，一定認為非常狂妄諄謬，其實這是著者經過長期考慮及研究的結果。著者自信可以證明牠的確實性的。沒有一個法學者，曾經想到說幼童與愚人不是法律主體，至

少可以說，沒有一人說他不是主觀法（即權利）的主體。假如我們將前面會說到的奴隸除開不講，我們可以說在一般法學者看去，沒有一個實在人——無論牠能否意識他的行為及能否支配他的意志——不是法律主體的。所有成文的或習慣的法律，均一致承認幼童及愚人的權利——財產的權利，或精神的權利，可見在他們看去，幼童及愚人是主觀權利主體，殆係無容爭議的了。

一般法學者既認為幼童與愚人是一種主觀權利主體，他們為解釋牠起見，於是不得不發明許多學說。最初他們將主觀權利作成一種這樣的東西，使就是缺乏理性與意志的人，亦可以充當牠的享有人，這便是葉林的利益權利學說（*théorie du droit-intérêt*）其後他們復將權利的行使，與權利的享受，區分為二，說不具理性的人，僅能享受而不能行使。最後他們還作有一項區別，這項區別，與前項區別，性質相差無幾，即權利利益（*Genus*）與與擬制的代表原理相配合的權利支配（*Verfügung*）間的區別是也。總之，幼童與愚人的權利主體性格，既有人肯定，復有人接受。肯定的人說：無論任何原素，不拘有無意志，只要是法學家的思想攆捉住牠，認為是一種權利主體，全可以是權利主體。接受的人說：主觀權利含有兩種構成要素，享受利益的要素，與欲願及活動

的要素，只要這兩種要素之間，有一種代表關係存在，我們便可以將牠們分解開來，置於兩個不同的人身上，例如幼童、愚人與他們的代表之間，便有一種這樣的代表關係存在，前者爲享受利益要素，後者爲活動要素。

這般爭論無盡頭的各種意見，我們不能不首先提到，（關於這般意見，因爲發表牠們的法學家的權威，將來還要加以詳細討論，）牠們本身足以表示，將人——甚至於不具理性的人——是主觀權利主體一事，設定爲不待證的原則，乃一項錯誤舉動。因爲假如事物果真顯然確實，如同牠們所說的一般，似乎絕不會產生了這麼多爭論。通行語雖然多數正確，但此處無論人們怎樣說，顯然有一種特殊有力的成見存在。

不能意識他行爲的人不是客觀法主體。這句話，著者覺得誰亦不能反對。我們不要忽略法律規則乃是一種目的規律，牠們所對向的，是人類的意志，而牠們所包含的，是一項積極的或消極的命令，一種命令只能夠對向一種能意識的意志發施，試問不具理性的人，如何能作這種命令的對象呢？固然，著者曾力事說明法律義務並不能影響意志本身，法律義務只是對於意志活動的一種

限制，所謂對於意志活動的限制，意義僅係說假如他侵犯了法律規則，便要產生一種自動的反動來制裁他罷了。現在我們說不能意識的人不受客觀法的拘束，正是這種意義。因為當他們，例如幼童與愚人，侵犯一項法律規則時，並不產生任何反動來制裁他們，這不是他們不是法律主體一個最好的證據麼？

在尙存留於法律演進原始階段的社會裏面，不具理性的人，無論他對於法律的侵犯如何嚴重，業已沒有任何社會反動產生，去制裁他，在法律發展業已達到高級階段的社會裏面，所有法律或習慣，更無不一致承認，幼童或愚人違反刑法或民法時，沒有任何懲戒的或賠償的法律途徑可以運用。我們只須一讀刑法典的第六四條，即可見一斑。刑法典第六四條規定說：「當犯罪人行動時，係在瘋狂狀態之下，輕重罪均不成立……」至於民事侵權行為與準侵權行為，一般民法學者，亦異口同聲，宣稱這類行為，不能在不具理性人身上，產生責任問題。「在心理錯亂狀態下的人，或因疾病一時失去神經能力的人，或仍未具有理性的幼童，所作爲之非法事實，均不能構成侵權行為或準侵權行為，因之，亦不能在作爲行爲人身上，產生任何責任問題。」

參見Baundry-Lacantnerle, Droit civil, II, p. 428 et; 429 Planiol, Droit civil, II, nos 878 et s.

一般法學者或說這是當然的事。不錯，這是當然的事。不過我們若果承認這層，更假定主觀權利觀念是正確的，那麼，我們便不難證明不具理性的人不是並不能是權利主體了。他們說這種人所以是權利主體，因為他們對於一切侵犯他們精神及物質兩項利益的行為，均受有法律保護，而在近代法律裏面，更受有極有力的保護，這種保護，即構成一種以他為享有人之主觀權利。殊不知著者所否認的，正是此點。這種保障，實際存在，是不錯的，但牠對於幼童及愚人，並不形成一種權利，牠只是許多對向其他一般人所發施的禁令，禁止不得作為任何可以侵害不具理性人物質與精神利益的行為而已。為什麼我們必欲在現實界所有的以外，更要多說一點？此處現實界所有的，僅一種對向一般人所發施的不得侵害幼童及愚人利益的禁令，或易辭言之，一種消極的命令而已。此外沒有絲毫他物。故此處仍是公衆一般能意識他們行為的人，是法律主體，受禁止不得妨害所有不具理性人物質的及精神利益的法律所統治，而不是這般不具理性的人。這種現實情形，已足以保障這般不具理性的人，我們殊無更玄想他是權利主體的必要。因為事實上他們不是權利主

體，與格拉薩法律保障下不得虐待的禽獸，不是權利主體，固絲毫無別也。

無如一般法學者，執意不欲以此種事實的考定爲滿足，偏要說我們應當承認幼童、愚人皆是法律主體，因爲有許多法律行爲，全係以他們的名義而作爲的，而且法律效果的產生，亦好像是他們自己作爲的一樣。他們還說此外並有許多法律途徑，亦可以用他們的名義發動，而所產生的結果，亦與他們自己發動的是一樣。凡此諸端，我們除了承認不具理性人是一種主觀權利享有人以外，都不能予以解釋。所不與一般主觀權利享有人相同者，僅他們的權利，係由具有能意識的意志的人代表行使而已。

這種見解，無論如何普遍，著者終認爲不是一項正確的見解。我們很容易證明牠的錯誤所在。牠的錯誤之來，係由於一般法學家堅欲主張意志學說，羣信在一項法律行爲裏面產生法律效果的，乃是作爲行爲人的意志，而這種法律生產力，正是他們教作的主觀權利。他們的主張既如此，當然結論說：每當在一項法律行爲之後，對於關係這項行爲的當事人之一，生產有某幾種結果時，原固全是因爲這個人是權利主體，或某幾項權利的享有人了。不過這種主張，根本是錯誤的。

我們在第三章第三十四節裏面，業已證明過，說法律效果係由法律行為產生，是不對的，我們應當說一項法律效果係在一項法律行為之後產生。因為個人意志本身，並不能創造法律效果，牠所能够的，只是發表一種意志表示，然後由客觀法在這項表示上面，附著些一定的法律效果罷了。因之，我們若看見有一項法律效果係在一項法律行為之後產生，絕不能因之便說這項行為的當事人具有一項權利。幼童、愚人，可以是一項法律行為的當事人，在這項行為之後，亦可以產生某些關係他們物質與精神利益的結果，但這種現象，絲毫不能證明他們便是主觀權利的享有人。這種現象所能證示的，僅係當由一個能意識的第三人，為不能意識人的物質或精神利益，作為了一項意志表示時，客觀法創造出這些結果罷了。

惟認為法律行為裏面創生法律效果的乃表意人的意志的觀念，盤據於一般人思想裏面，極為根深蒂固，故當在一項法律行為之後，對於一個不能意識的人，產生了一項法律效果時，一般人習常皆說這時候不能意識人的潛伏意志，係由他的監護人的活動意志所代表。一般法學家，對於這種代表觀念，並曾作過很長的發揮，一致認為這是一種擬制物，或拿沙萊衣的話說，即一種構成

純粹概念性現實的法律概念因爲牠與我們由思想作用給予以這種法律形式的一種事實地位相附合故也。

這項代表觀念，曾困礙了著者很久，經過長久努力，方明白牠是一項完全無用的東西。我們應當整個將牠丟開。牠是我們剛纔說過的那項錯誤觀念，即認表現於法律行爲裏面的意志是法律效果產生原因的觀念的產品。蓋根據這項觀念，假如法律行爲所關係的當事人，係一個不具意志人，而法律行爲對於他，復產生若干效果，我們便應當說：實際參加法律行爲的意志，所以產生這項效果，乃係代表不能意識人的意志使然，否則法律效果將不能解釋。這就是他們所以玄想這項表擬制說的原因。

在沙萊衣看去，代表並不是一種擬制，而是一種法律現實，易言之，即一種純粹概念的現實。這種說法，只是掉弄字句，實際殆一無所有。我們知道唯事實具有一種現實性，事實上法律效果的產生原因，絕對不是參加法律行爲人的意志，故玄想這種代表說，及設法爲之解釋，全一點用處沒有。實在情形是：當一個人行使客觀法授予他的職權，作爲一項法律行爲時，假如這項行爲的對象，目

的，均與一個不具理性人的精神或物質利益相附合，於是有若干與這些利益對照的法律效果產生，所以然者，因為這些利益是受法律保護的利益，同時並因為客觀法在這種行為上附著有某些一定的結果。原因豈不簡單的很！何必再去創造這種代表說，說不能意識人的權利，會由一個能夠運用權利及能夠代表他的人，代表他行使呢！如此解釋，全不過是些思想作用罷了！沙萊衣雖很喜歡如此，但牠們的用處，除了使一切東西皆化為複雜混沌而外，固一無所有也。有些法律很進化的國家，常使一個一定的人，長川負責管理一個無行為能力人的利益，在這種情形之下，我們可稱那個長川負責管理無行為能力人利益的人是無行為能力人的法定代表，但此處代表一詞的解釋，僅指的是法律給予那個一定人的長川職權，初不含有承認不能意識人具有一種主觀權利，及像傳統派所說一種潛伏意志，受一種活動意志代表的意義。

以上對於法律行為所說的話，同時亦可以適用於司法訴訟問題。一般人說：不具理性人確切具有種種權利，因為他的法定代表可以為他提起司法訴訟，而且可以用代表的方法，使他的權利獲得裁判的承認，這不是他具有權利的證據嗎？這種說法，著者已預先答覆過了。著者前面早已證

明過，訴訟並不是一種權利的運用；牠與主觀權利完全有別，普遍地說，他只是一種客觀法所發動的法律途徑；發動一項法律途徑，絕不含有主觀權利存在的意義。根據我們這種證明，我們當然絕對不能因為看見不能意識人的法定代表，可以為不能意識人的利益，行使訴權，便行結論說不能意識人是主觀權利的享有人。每逢有一項違反法律——客觀法或主觀法律地位——的行為發生，客觀法在某幾項一定條件俱備之後，便會發動一種法律途徑，來給予某幾種利益。一種保障。實在情形如此，試問這裏面會絲毫含有說享受這些利益的人是一種主觀權利的主體麼？假令更進一步，我們接受薛文達君的主張，承認訴權本身構成一種權利，然而這項權利享有人，又將是實際提起訴訟之人，而不是享受訴訟利益之人，結果亦同等不能證明不能意識人是一種權利主體。不過這種特殊權利的訴權概念，本身亦是一樣錯誤無用（見第二十一節），無論牠的結果如何，我們亦殊無引據牠的可能。實際提起訴訟人，所作的行為，既不是一項權利的運用，亦不是一種特殊的權利，而是一項客觀法實施的條件，在這項條件之下，命令裁判機關出來干涉以便懲制侵犯法律行為及保障一種一定地位的客觀法，得以實施而已。故提起訴訟人，不是任何人的代理人或代

表，他只須在客觀法規定的條件之下，易言之，即在客觀法命令法官假如有人請求即當裁判的條件之下活動便夠了。

由上觀之，充當本節题目的那句話，無論牠表現得如何奇突，可以說業已證明不錯。其實這種證明，只要說幾句話即足。蓋主觀權利，根據許多主張此種學說之人的自認，既只是一種純粹思想創造品，不附合任何事實，故我們所能有的法律主體，只有客觀法主體一種。現在幼童，精神病人一類人，既不具能意識的意志，不能為客觀法的主體，那麼，他們當然不是任何法律或權利的主體了。我們在本節開始之時，曾經說過，關於幼童及精神病人的法律人格問題，會有許多意見發表，茲將研究這項問題的幾個主要學者的意見，略述於下：

純意志學說最著名的代表，我們前面已經看見（第二十五節）是溫德才德。這種純意志學說，每逢有人以不能意識及理解人的法律人格對牠非難時，便感覺非常窘促。蓋非難者說：幼童及愚人具有權利，誰亦不能反對，但假如權利是一種意志能力，一種 *Willensmacht*，這般不具能意識及能理解的意志的人，如何會具有權利呢？著者前曾說過，溫德才德對這項非難，除了說充當

權利實體的意志乃是法律秩序的意志而不真正是權利享有人的意志而外並沒有作其他答覆（見 *Pandekten, 7e édition, 1891, I, p. 87*）可是在這種答覆之下，意志能力的權利學說，不會全部崩潰，所剩下的，只有一種客觀法。蓋根據這種答覆推論下去，幼童、愚人皆將不具有主觀權利，都不是權利主體，所有的，僅一種法律規則，禁止不得侵害他們而已。如此，豈不正是著者所主張的客觀法學說麼？

意志說的最後主張者，復曾給予了這項問題一種解釋。這種解釋，真正說起來，並不是一種解釋。他們說：主觀權利乃是意志的一種品質，無論這項意志在潛伏狀態，或已經走入行動狀態，皆不影響於牠。幼童、愚人亦具有一種意志，這種意志僅是一種潛伏的意志，但卻是一種真實的意志，故雖僅在潛伏狀態，然而卻能夠具有某種品質，或某種特權。這種品質，這些特權，在客觀法保障之下，便構成主觀權利。所以幼童、愚人都可以是權利主體。這是一種純粹形式的解釋，牠引來這項潛伏力（*Potentiel*）概念，以為全部理論的重心，殊不知這項概念，在動熱學上，或有用處，然在受法律規律的人與人的關係裏面，固沒有絲毫作用也。

感應葉林創造他的利益權利說，及領導他堅決排斥意志說的，無疑亦是這項幼童及精神病人法律地位問題。他說：「假如人格與法律能力等於意志能力，試問爲什麼世界所有法律，（我們還沒有看見有例外存在，）對於幼童及精神病人，全不惟承認及保護他們人格的純人道方面，例如身體及生命，而且還給予他們與具有意志能力的人相同的財產能力呢？回答說這是因爲法律尊重他們將來可能的意志能力的緣故，不過是一種無聊而站不住的遁辭耳！」

見 Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulensere, IV, p. 319.

葉林復繼續說：權利只是一種被保障的人類利益。幼童及精神病人，亦均具有利益，需要保障，而且因爲他們所處地位的關係，他們具有的利益，更需要一種特殊有效的保障，所以他們亦具有權利，亦是權利主體。我們不要因爲實際運用這些利益的能意識的人，具有意志，便說真正權利主體是他。葉林說：真正權利所有人，並不是能夠有權欲願的人，而是有權享受利益的人。此處真正權利主體，乃是幼童或精神病人（見同書第三二三頁。）

我們在本書第二十七節業已看見，將來在第四十六節還要看見，米述雖然不承認他的主觀

權利與權利主體概念係採自貝格爾 (Bekker) 但事實上他的思想確實非常與貝格爾的思想相近。在他們看去，主觀權利乃是一種利益，一種好處，一種有利的事實地位，不過同時牠還含有一種可以運用這項利益，實現這項地位的能意識的意志在內。拿貝格爾的話說，卽凡是主觀權利裏面，全有一種 Genus 與一種 Verfügung 這兩項原素，可以俱備於同一人身上，這便是具有能意識意志的個體人。因爲如此，他所以是一種權利主體。反之，不具理性的人，例如幼童、愚人只是享受利益的原素，或利益的享有人，而他的具有理解意志的法定代表，則是活動的原素，或運用利益，設法使這項地位獲得保障的人。在這兩項原素聯合之下，固然多少表現一種複雜情狀，但他卻確切是一種真正的權利主體。至於聯合這兩項原素，使牠們成爲一個雖然複雜卻不失爲單一的權利主體的關係，則是代表原則。代表關係，雖然只是一種思想裏面的純粹概念，然而卻是一項法律現實，因爲牠與一項事實的現實相附合，並構成牠的法律形態故也。沙萊衣因要證明社團的法律主觀性 (subjectivité) 乃是一種現實，而不是一種擬制，曾說：「現在我們知道人格觀念，在適用於社團或財團方面，所含有的觀念化成分，較之牠適用於精神病人，而尤其是適用於幼童，所表現

的觀念化成分，要少的多。假如前者是一種擬制，後者應當是一種雙重的擬制，反之，假如後者是一種了解為法律現實的現實，前者將更是一種這樣的現實了。」

Et Galilées, *La personnalité juridique* p. 574.

在如此將各種解釋幼童與愚人法律人格的學說簡略陳述以後，我們難道還沒有權說牠們全是這種法律人格不存在的最好證明麼？蓋要說明這項人格的存在，只有以下三種途徑：或是我們說權利只是一種利益，但是我們曾經看見，假如主觀權利存在的話，他決不能只是如此；或是我們說權利是一種意志能力，如此，不具理性人，既不具有這項能力，亦將不能是一種權利主體；或是我們接受概念主義的學說，但是這種學說只是一種純粹的虛空，沒有任何價值。沙萊衣本人曾說：假如團體不真正具有法律人格，則幼童與瘋人更不具有法律人格。著者敢接著說：假如幼童與瘋人不是——與不能是——權利主體，他們更不是——及更不能是——客觀法律主體，因為客觀法的命令，只能對向有理解的意志發施。

著者此處所用的社團 (association) 一詞意義非常廣泛，因為著者沒有其他字可用，德文字 Verein 用於此處，或要確切的多，但可惜我們法文裏面沒有一個與牠同等的字存在，因此，著者只得採用社團這個詞。不過應說明一句的，即社團一詞，在此處的意義，非常廣泛，指的是所有一切為一項共同目的而形成的羣，無論牠是在一個不確定的時間，自動形成的羣，或是在一個很準確的時間，由一定數目的個體人，在意識覺察之下，自願組織成功的人羣，全在這個字包括之內。

所謂自動形成的人羣，第一指的是一切政治集團，自團聚於一個首領幼稚權力之下，專事遊獵遠征的原始人羣，以至於具有複雜及優良組織的現代國家，全包括在內；其次復指在一個較大政治集團內部自動形成的種種地方團體，例如城市、村鎮、省、保、甲以及一切宗教團體、職業團體皆是。

最後社團裏面，還包括有一切由一定數目的個體人，因追尋一項一定的共同目的，在一定時間內，所志願組織的人羣。社團一詞的真正意義即係指這類人羣而言。在法國，法律復將這類人羣

區分爲真正的社團與公司（譯者按即我國法律所稱作的營利社團）兩種，以前者指示不以分配利益爲目的的社團，而以後者指示以在社員之間分配利益爲目的的社團。這項區別，並已爲一般學說所接受，不過在著者此處要作的研究裏面，卻無須作這種區別。

對於上述所有這些團體，上自民族的大國家，下迄原始時代的小人羣，上自強有力的社團，資本富厚的工商業公司，下迄幾個社員的小團體，一律全發生一項同一構造的問題，而且一律應當獲得一項同一答案，這項問題，即社團是否一種法律主體是也。

傳統的個人主義思想，曾給予這項問題一種否定的回答。牠不能作其他回答，因爲在個人主義思想裏面，只有人類具有權利，原因是人類是唯一的具有自主意志的生物，根據同一理由，亦只有人類隸屬於法律之下。主觀權利，乃一種意志能力，客觀法是一種意志規則，故無論主觀權利也好，客觀法也好，只有意志主體，纔能是法律或權利主體。因此之故，所以只有個體人是法律主體，集合體的社團，都不天然是亦不能天然是法律主體。不過有一個社團，個人主義認牠是個例外，這個例外的社團，即城市（*city*）或國家。這是因爲受社會契約說影響的緣故。我們知道盧騷主張社

會契約，可以在社會裏面，產生一種公我 (le moi commun) 一種普遍意志 (volonté générale)，他說：「即在訂立契約的當兒，這項結社行爲，於每個當事人人格之外，復產生了一個無形集合體，牠的分子的人數，即等於大會投票的票數，牠由這項同一行爲，獲得牠的統一性，牠的公我，牠的生存，與牠的意志。這個聯合所有個體人造成的公共人，從前名爲城市，現在教作共和國 (république) 或政治集體 (corps politique)，這種政治集體或共和國，在被動的時候，牠的分子稱牠作國家 (Etat)；在主動的時候，牠們教牠作主權者 (souverain) ……」 (見民約論第一卷第二章)

是故在個人主義的學說裏面，國家這個大社團，乃是一個天然的法律主體。牠真正是一個具有意識及意志的人。牠是權利的享有者。牠的權利，總混合於一個公共名稱之下，教作主權。同時牠還可以隸屬於法律規則之下，因爲法律規則乃是規律能意識的意志的規則。不過具有這種性格的社團，只有國家一個，所有其他社團，全不過是許多人的一種集合，不具有與牠的構成分子不同的人格。牠們要具有法人性格，成爲法律主體，必須主權國家，用牠的萬能權力，明白地將這項性格

授予牠們纜行。這種由法律創造的人格，是一種純粹擬制，並不存在，亦不能存在於現實界。這是一種法律技術的產品，這是一種擬制，由之可以使不是實在人的社團好像一個實在人。

簡而言之，這便是最著名的人格擬制學說。這項學說，因在薩維尼（Savigny）勢力之下，在一個很長的時間之內，成爲德法二國幾於全體一致教學的學說。直至現在，法國民法學者之中，還有很多人持此主張。此外這項學說，亦頗與政治權力對於特殊團體向來所持的仇視態度相應，因爲根據這項學說，這些團體全將置於國家任意支配之下。這亦是牠所以自很早迄今仍受有某一部分人信仰的原因。我們要知道，亦唯獨牠在邏輯上與意志能力或意志品質的主觀權利概念相合。有些人雖然嘗想倡道有一種具有真實存在與牠構成分子意志有別的集合意志存在，但這種說法，只是一種純粹的思想作用，並不合乎現實。事實上社團本身並不是一種意志主體。故社團本性上亦不是一種法律主體——無論是客觀法主體，或主觀權利主體，皆係如此。

這是個人主義邏輯的結論；但是有時候因爲社團所代表的利益，與牠所追尋的目的，在社會上具有第一等的重要性，需要社會予以保障，於是即個人主義的學者，亦不得不允許立法者可以

出來干涉，及規定社團雖然不是一種天然法律主體，但應當看待牠如同一種真正的法律主體，使牠成爲一種擬制的法律主體。這項主張，不惟站在個人主義的立場上，非常邏輯，而且同時與主觀權利觀念，亦頗相吻合。不過根據這種主張，推論下去，結果將走到承認國家的專斷，及將人類集合活動隸屬統治者獨斷權力之下。因此，牠在德法二國，皆不能維持。蓋德國自遠古以來，即有許多組織極嚴密的組合存在，而且曾經過長時間的生活及活動；至於法國，大革命時代，雖將所有舊有的組合，消滅無餘，但不久即有一種極大的反動產生，而且最近四十年以來，復表現有一種極度強烈的社團主義運動，這項運動，大戰以後，益復日趨積極。在這種情形之下，這種擬制團體人格說，當然很難維持了。牠不但在德法二國不能維持，即在其他現代國家裏面，亦皆遭受到同一命運。因爲在現代國家裏面，因經濟轉變的關係，產生了許多強大的商業公司，這些公司，集合的社員，動輒以千萬計，牠們的資本，亦往往超越億萬，牠們代表的集合利益，在社會上可以說具有第一等的重要性，社會無論如何，不能不予以切實的保障，這當然亦不是團體人格擬制說所能勝任的。

團體人格擬制說，既因上述原因，不能維持，而另一方面一般人復永遠被一項觀念所統治，認

爲一種利益或一種地位，後面若沒有一種主觀權利存在，這項利益或地位，便不能受到社會的保障。這項觀念，不待言是錯誤的，但同時牠卻是一項牢不可破的觀念。因此之故，於是復有人認爲社團與個體人一樣，不待立法者干預，即天然是一種法律主體——客觀法主體與主觀法（即權利）主體。但欲達到證明這一點，我們只有兩條路可走：或是證明社團真正具有一種固有的意志，與構成分子的意志不同；或是給予主觀權利及法律主體一種新定義，不使法律主體與意志主體二者相齊一。

爲達到證明上面所說的兩種觀念，在德法二國，曾經發揮了不知多少精巧微妙的思想，無數學說，曾經提出，著者殊難在此一一論及，不過所有這些學說，恰巧全可以歸屬於我們上述之兩種觀念之下，即或是遵從季治鎧的說法，主張具有一種社團實在意志存在，不然，便是依據貝格鑿與米述的主張，認爲法律主體可以具有一種複雜的機構，因之，社團經組織之後，亦含有法律主體的所有構成要素。這些要素，即享受利益的要素與欲願的要素是。同時，這項觀念復與本書前節所說的沙萊衣的概念主義相配合。

季治鎧學說的原則，係取自貝斯烈（Beeler）他與貝斯烈一樣，皆認爲團體的法律人格，係古德國法一種自然產品。因爲這種理由，所以季治鎧的學說，常常被人稱作日耳曼法派，以與以薩維尼爲特出代表，稱作羅馬法派的擬制說相對。日耳曼法派學說的進行方法，專依據肯定的方式。在牠看去，團體的活動能力與意志能力，乃是一種在牠們人格裏面及伴同牠們人格俱來的現實。法律承認團體具有人格，所以然者，因爲牠看見團體是一種存在的單一集合意志的支柱。無論在團體裏面，或在個體人身上，季治鎧全認爲有一種意志存在。這種意志是他們外部動作的創造力，這便是法律主觀性（La subjectivité juridique）（按卽法律人格）的基礎。季治鎧曾經很清楚的說：「集合體的活動及意志能力，如同個體人的活動及意志能力一般，全係由法律獲得法律能力的性格，但牠卻不是法律創造的，法律找到牠時，牠業已存在，法律不過承認牠，及對於牠的行動予以界限罷了。」

見 Gierke, Genossenschaftstheorie, 1887, p. 608.

這種學說，其後復受法律機關學說所補充，遂益臻完備。這種法律機關學說，在本書第二卷裏

面還要看見，此處著者僅只說幾句話以作解釋，團體的機關，乃是依據團體內部規則，表示團體意志及行使團體活動能力的個人或一羣人。團體機關並不是團體的代理人，因為代理暗含有兩個人格：被代理的本人人格與代理人人格。此處則僅有一個人格，即已組織的集合體的人格，易言之，即由牠的機關欲願，活動的集合體的人格。集合體沒有牠的機關，不能成爲一種法人。集合體沒有牠們，在法律上不是任何東西，同時這些機關，若專以機關資格而言，亦不具有法律現實，不具有與團體人格不同的人格。

故如此了解及如此組織的社團，乃是一種法律主體。實證法律可以擴展或限制牠的能力，完全與對於個體人一樣，可是牠並不因此而不是一種存在於實證法之先可以強迫實證法尊重牠的權利主體。尙有進者，牠不但是主觀權利主體而已，同時牠還是客觀法律主體。客觀法律規則，直接對牠實施，與對於個體人一樣。如在團體人身上可以直接產生民事責任問題，即是一例。蓋當團體人的機關作爲一項違反法律的行爲時，侵犯法律的，並非以機關資格活動的個體人，而是團體人本身，因之，團體本身應當擔負責任。有人甚至將這項結論，推至極端，說團體人不但負民事責任，

而且負刑事責任，例如一位很有名的法國學者麥斯托（Meistre）君，在他的博士論文裏面，即主張這種學說（見麥斯托君一八九五年巴黎大學論文）。

這種集合體具有實在意志說，以及機關原理，後來復經耶律內克所採用，惟稍微加了一點修正。關於此點，我們在本書第二卷研究國家機關時，將要談到此處且不具論。不過這般不同學說間的紛異，全是細節上的爭執，無關大體，根本觀念，仍大家全是一致。這項根本觀念，季冶鎧曾將牠簡述如下：他說：「團體的意志與活動，乃是團體固有人格的根本作用，這種人格，當牠由法律規定的外部機關表示出來時，可以在法律領域中產生效力」（見 Gierke, Genossenschaftstheorie 第六二四頁）。

參閱：Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen, 1873.

在法國學者裏面，就著者所知，麥斯托君乃是整個接受團體人格實在說的唯一法學家。他曾在他的博士論文：無形人的刑事責任（De la responsabilité pénale des personnes morales）（一九〇〇年巴黎）裏面，發揮他的學說。

他認為牠係根據在幾項司法裁定上。事實上誠然有許多判處集合體，例如市區、商業公司、或鐵路公司罰金的判決書存在，

但這些判決，全係發生於非故意犯罪的情形之下，故此處的罰金，與其說是一種刑罰，到不如說是一種賠償。

例如一九二六年七月十七日最高法院刑事庭的一項判決書曾說：「雖然原則上因為罪刑人格原理，市區乃是一種無形人，不能擔負刑事責任，就是金錢刑事責任，亦復如此，但這項規則之旁，因特殊法律原因，復產生有種種例外存在。」這項判決書所關係的案情，乃一項違反關稅禁令行爲，足見此處罰金所表現的性格，係以賠償性格爲主，（見達羅斯每週彙纂一九二六年第五六五頁。）

此外我們在一九二七年二月十八日最高法院刑事庭的另一判決書裏面，復看見有與一九二六年判決書完全相同的一段話；而且最高法院又接著說：「例如關於違反間接稅法律的事件，即係如此。這種性質的犯罪行爲，全是純粹實質行爲，因之，制裁牠們的罰金，亦不是一種刑罰，而是一種對於國家所救損害的賠償。」（見達羅斯每週彙纂一九二七年第二二五頁。）

以上這般概念，我們殊不必予以討論，這全是些思想作用，此外並沒有什麼東西。誠然假如他們依照沙萊衣的說法，認爲法律現實，只是一種適合於一項一定地位的思想作用，或更確切一點說，只是一種可以使我們適應某些一定地位或某項一定需要的概念，他們可以主張說：團體人格

實在說恰恰適合現代保障目的合法的集合利益的需要。他們還可以說：假如我們承認國家分子的共同意志可以創造一個公我，充作國家集成人格的支柱，我們當然亦可以主張國家外的大小社團全係如此。著者敢大膽地說；假如我們承認中央政治集體，國家，具有實在的法律人格，我們實在沒有理由，可以不承認牠內部形成的次等團體，亦具有實在的法律人格。

不過著者如果必須接受一種主張社團本身即是真正法律主體的學說，著者寧願接受那項最初爲德國貝格爾所倡導，後來復經米述發揮闡明的學說。這項學說，我們在前節討論幼童及愚人法律人格時，已經略微談到過。這項學說，與季冶鎧的學說一樣，骨子裏全承受有沙萊衣概念主義的成分。

這項學說主張考定什麼是法律主體，與考定什麼是無形人，完全是兩回事。要證明一個集體是法律主體，並不須要證明牠具有無形人的構成要素，例如有意識地欲願及活動能力是，我們只要證明牠可以是主觀權利的享有人便夠了。因此之故，所以我們應作的事，是在考定什麼是主觀權利。我們知道據貝格爾與米述之意，主觀權利乃是一種利益，而帶有一種可以運用這種利益

的意志者。總而言之，即在他們看去，主觀權利含有兩項要素：利益與支配能力，此即貝格爾所教作的 *Genuss* 與 *Verfügung*（參閱前面第二十七節與第二十八節）。

因之，凡法律主體（同時亦即權利主體）皆是複合的，含有兩種要素：其一為享受利益的要素；其另一為欲願活動的要素。貝格爾教前者為 *Genüsser*，後者為 *Verfüger*。或我們願意的話，更可以教前者為利益享受人，後者為具有運用利益的意志人。這兩項要素，常遇見齊集於一個能意識行爲的人身上。這個人於是同時在利益的觀點上，與在支配的觀點上全是一個法律主體。他自己既是享受利益人，復是具有防護利益的意志能力人。但是我們亦常常遇見同一權利的這兩項要素分集於兩個不同的支柱上。支配的原素，當然不用說只能是一個能充分意識行爲的個體人，但反之，利益要素，卻不必一定要附著於一個意志主體身上，只要牠代表的目的不為法律所禁止便行。這項利益，只能是一項人類利益，不過任何一項人類利益皆行，即如胎兒、幼童、愚人、集合體等的利益，亦無不可。故權利永遠是一種人類利益，因為法律所保護的，只是人類利益，不過這項利益，卻不必永遠與一個運用牠的意志主體聯合，牠可以與這樣的一個意志主體聯合，但有時牠亦

可以與牠分立。

單是利益享受人，並不是權利主體；單是具有意志人，亦不是權利主體。權利主體，乃是利益享受人與具有意志人二者複合起來的一個東西。無論這兩項資格，係齊集於一人身上，或分在兩人身上，皆係如此。當這兩項資格不齊集於一個具有意志能力的人身上時，權利主體乃兩種不同的原素構成的。但是這兩種原素之間，卻有一種極密切的關係聯著，這種關係，是我們法律意識所了解，同時並是產生權利主體的公共意志或私人意志所創造的一種關係。我們教牠作代表關係 (representation)。

至於米述的學說，無論他本人怎樣說，牠與貝格爾的學說，實質上差別很少。他的學說，整個節述在他的偉著『無形人格原理』書中的一段話裏面。他在這段話裏面說：「所以我們給予主觀權利的定義，是一種法律保障下的一個人或一羣人的利益，而這項保障，則係由於授予一項意志一種力量，使之可以代表或防護這項利益而獲得的。權利享有人，即他的利益獲得這樣保障的個體人或團體人。就是有時代表這項利益的意志，依玄學意義，並不屬於權利享有人本身，亦不要

緊，只要這項意志社會上及實用上可以歸屬於他，法律便應當看成他的真正意志一樣，而且初不因此離開了牠表達社會事實的任務。」

見 Michoud, *Théorie de la personnalité morale* p. 104 et 105.

所以米述與貝格爾一樣，認主觀權利含有兩種原素：其一為利益，其另一為運用這項利益的意志。這兩項原素，可以齊集於一個人身上，在這種情形之下，這個人是權利主體，當然毫無疑意，不過有時牠們亦可以分屬於兩個人身上，在這種情形之下，據米述之意，假如具有運用這項利益的意志之人被看作享受利益人的代表時，權利主體應是享受利益人。是故在貝格爾學說與米述學說之間，唯一不同之點，只是在前者看去，權利主體係由享受利益人 (*Gonissaeur*) 與具有意志人 (*Vertiger*) 二者共同構成的一種複合東西；至於米述，則認為權利主體乃是由具有意志人代表下的享受利益人。這只是一種細節的不同，而且就全體言之，並可以說純粹是形式的。此外米述還極力使他的學說與機關說相適合。這種機關說，我們前面業已略微提過，米述殆取自季治鎧，但這項學說參加之後，不但不能解釋任何東西，反更多添上了一層複雜。

Recht Bekker, Zur Lehre vom Rechtsobjekt, Jahrbücher für die Dogmatik XII, 1873.
p. 1 et s.; Bernatzik, Kritische Studien über die Begriff der juristischen Personen, Archiv des öffentlichen Rechts, V, 1890, p. 169 et s.

費拉拉 (Ferrara) 君對於米述的學說，曾作有極激烈的批評，惟米述的答辯，則似乎殊不充分。費拉拉君謂：米述的學說係全部建立在一種偽巧的邏輯上。他說：權利所保護的，固然不是抽象的意志，而是欲望若干東西時的意志，然由此我們可以得到的結論，亦不過是說權利是一種企圖滿足法律所保障的利益的意志力量而已，殊不得因此而遽謂權利是利益與意志的複合物。而且一方既認利益與意志兩項原素，全是權利定義中的根本原素，另一方復說意志可以屬於權利主體以外的人身上，豈不是根本矛盾麼？因為如此，是不啻又拋棄了意志原素，復返於葉林的利益說裏面去了。

參閱 *Le persone giuridiche* 貝費約兒 (Pasquale Fiore) 所主編的意大利民法論 (*Droit civil italien*) VII, 2^e partie, p. 234 et s.

米述回答說：意志確實是權利的一種根本原素，但牠只是一種次要原素，主要原素，乃是利益，

這便是意志所以能夠屬於權利享有人以外之人的原因。

著者實不大明白次要原素如何同時又能是根本原素！今姑置此不論，著者認爲米述的回答仍不見佳。因爲根據他的說法，似乎權利享有人永遠應是享受權利利益具有意志或不具意志的個人或一羣人，但事實上我們常常遇見找不着這類人的時候，例如在財團法人 (La fondation) 情形之下，即係如此。故與其接受米述的說法，到不如遵從貝格爾的說法，說權利享有人，乃意志主體與享受利益原素二者共同構成的複合體，比較穩妥。

總而言之，在上述的各種不同學說看去，一切社團，只要有一種負責運用團體利益的意志，或拿米述的話說，只要有一種代表社團的意志存在，全確切是一種實在的權利主體。故在他們看去，團體是一種實在的法律主體，而不是由擬制得來的。牠是一種法人，一種法律上的人，而不是一種玄學意義的無形人。不過這般學說所遭遇着的最難解決的困難，即對於享受利益人與具有意志人中間的關係，易言之，即米述所說之代表關係的解釋。解釋這項關係，非常困難，甚而簡直可以說是不可能的。因爲貝格爾與米述二人，全認爲實際活動人的意志，乃是關係團體利益的行爲後面

所產生的法律效果的有效原因。貝格爾似乎很想認國家萬能的決議，爲這項關係的創造者，以便由之使 Genisser 與 Verfüger 兩項原素構成一個單一的權利主體。至於米述對於代表關係的解釋，更爲巧妙，他說：承認一個團體合法，不但是承認牠所追尋的利益值得保護，同時亦是默認牠具有法律人格，不過欲達到這層，有兩項條件是不可少的，這兩項條件，恰與主觀權利裏面所含有的兩項原素相對應，即（一）與個人利益不同的利益，及（二）能夠發表代表及防護這項利益的團體意志的組織是也。

因此，我們最後得到的結果，永遠不出下項觀察：即所以有這些非常機巧的學說造成者，全是他們不能明瞭，利益無須如米述所言，「尊至主觀權利的高位」亦可以獲得社會保障的緣故。利益既可以無須「尊至主觀權利的高位」獲得社會保障，爲什麼我們不直接了當地說所有具有意志能力的個體人，作爲一項目的合法的行爲時，即令這項目的不屬於他本人，或甚至是一項與他個人利益不同的集合目的，行爲亦可以成爲法律上有效行爲呢？爲什麼一定要說他係因代表關係，行使以團體爲享有人的權利呢？爲什麼要用這種壯嚴的式語說團體利益已尊至主觀權利

的高位了呢？爲什麼不乾脆地說爲一項客觀法認爲合法的團體目的而作爲的行爲，社會全應予以保障呢？爲什麼要引來主觀權利，權利主體，代表，這些純粹思想概念呢？這些東西，除了徒使情形複雜化以外，無有一點用處，爲什麼不能將牠們丟開呢？除了這些問題我們不能了解外，我們到很願承認貝格爾與米述二人的學說，確實煞費了一番匠心。

貝格爾與米述的學說，相差很少，前面我們已經說明，可是米述本人卻不肯承認。在他看去，貝格爾與卜林石 (Brinz) 一樣，亦是一個所謂目的財產 (patrimoine-but) 說，或無主體權利 (droits sans sujet) 說的主張者。米述這種看法，無疑是錯的。世上沒有人——連卜林石在內——曾經主張有無主體權利存在的，因爲如此主張，未免太不通了。主張說有許多被法律保障的地位存在，牠們並不構成主觀權利，因之，亦無所謂權利主體存在，這到是有的，例如著者本人的主張，即係如此。然此是根本否認權利，因而亦連帶否認權利主體，並非謂有無主體的權利存在。至於貝格爾的學說，根本又與此不同，我們只須一看他文章的題目：Zur Lehre vom Rechts-subjekt (權利主體說) 便可以知道他這篇文章仍係將主觀權利觀念維持於前層，同時牠的

目的，並係在考定什麼是權利的真正性質。

季冶鎧米述與貝格爾之外，霍理歐亦曾發揮過一種團體法律人格學說，惟行文措辭，更充滿了神祕性。茲節錄他一段話於下：他說：「人格化的戲劇有兩幕：第一幕是客觀個性的構成，這種個性，乃是一種社會傀儡，他已具有各種器官及內部平衡，惟仍缺少一種主觀靈光，因為依前後次序言，肉體總是走在前面的；第二幕是主觀實體的籌備與產生。」故最後無形人格是：「一種能同時以無形人資格，並以取得財產能力資格，在團體分子公共意志裏面，希圖實現的觀念。」

參閱 Hauriou, Principes du droit public 2e édit., p. 41, 87 et 107; Hauriou, La théorie de l'institution, La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925, p. 3 et s. 這篇文章的副題目，書爲：「社會生機論」(Essai de vitalisme social) 著者認爲這種說法，只是玩弄筆調，對於闡明問題，毫無作用，因為我們不懂得什麼是生機主義，而尤其不懂得什麼是社會生機主義！

著者自覺對於霍理歐那兩段富有神祕性的話，所能了解的，約略如次：即霍理歐氏以爲應保護的合法利益，有時是個人利益，有時亦可以是團體利益，有個人地位，同時亦有團體地位，爲保障牠們起見，於是有主觀權利產生，既有主觀權利產生，則我們便不能不與之創造一個主體，以便充

作牠的支柱，於是又有法律人格或權利主體的概念出現。這項概念，對於個人利益很容易形成，因為個人很容易表現為一種法律人格，至對於集合性利益或地位，這種概念的形成，則比較稍難，但結果牠終於形成了。不但如此，牠並逐漸向前推展。一切有組織的制度，全有傾向取得主觀人格的趨勢。這種主觀人格，與自然界的現實附合與否，殊無關重要，牠是一種法律現實，因為制度如沒有一種主觀人格，我們便不能有法律的交往（commerce juridique）或法律關係等生活。

著者覺得霍理歐與沙萊衣一樣，思想全是受一種法律概念主義所統治。這種概念主義，著者殊難接受。著者認為牠充作文學或譬喻的對象是可以的，但在科學及法律上，則不具絲毫價值。

第四十六節 社團不是法律主體

許多有思想的人，都不願接受前節所敘述的學說。因為這般學說，全是純粹的概念主義。牠們認為法律人格概念是一種現實，所以然者，因為牠與一種應當保障的地位或集合利益相符合。這是牠們所依據的根本思想。牠們自認為是一種唯實主義，其實完全建築在概念上。這種純粹概念的唯實主義，當然免不了有人起來反對。反對牠們是對的，因為無論是遵從季冶鐙的說法，說社團

本身天然是一種具有意志及意識的人，或依照貝格爾及米述的說法，說每逢有一個享受利益的元素被一個欲願的元素代表時，便有一個權利主體存在，全不外是一種思想作用，絕不能滿足一種真正唯實主義的法律學說。在這種情形之下，我們當然須要另求其他途徑，不過我們在未求其他途徑之先，有一個先決條件，即首先應當擺脫主觀權利及權利主體等觀念，不然，決找不到滿意結果。蓋主觀權利觀念，依照孔德的話說，乃是一種錯誤不合理的觀念，因之，假如我們堅欲創造一種主觀權利主體，結果當然亦必走到錯誤不合理的路上。利益說的創導者葉林，亦即因為不明了這點，結果終致慘遭失敗。

葉林既認主觀權利是一種法律保障的利益，所以他說一般人所認為以團體為享有人的權利，實際享受其利益的人，仍專是團體分子。他說：「構成法人財產權利的受益者，乃是團體的個別分子，這並不是偶然的現象，這根本是團體關係的目的。團體的個別分子，乃是法律利益的最後受益人。」依據葉林的學說，權利主體，就是法律保障下的利益受益人，所以在他看去，團體並不是權利主體，權利主體，乃是各個個別分子。關於這點，葉林曾明白地表示過，他說：「真正權利主體，並不

是法人本身，而是牠們的個別分子，法人，不過是牠們分子藉以表現他們與外界間的法律關係的一種特殊方式罷了。」

見 Ihering, *Esprit du droit romain*, traduction Meulensere, IV, p.341.

但是葉林一方雖然宣言團體個別分子乃是團體權利的真正主體，另一方卻仍未排除法人觀念不用，他仍教團體爲法人。這樣，他顯然陷入矛盾之中，蓋我們在下面兩條路裏面，只有一條路可走：或是我們說團體分子乃是團體權利的主體，那麼，我們便不能再說團體具有法律人格；或是我們說團體是一種法人，那麼，他便應當是團體權利的主體，我們便不能再說真正權利主體是團體的個體分子。這位大法學家想兼跨兩條路，結果竟走入一個不通行的死巷子裏去了！所以他最後不能不承認團體雖然實際不是團體權利的主體，但事物進行，卻好像牠是團體權利的主體一般。蓋假如團體權利的主體真是團體分子，而不是團體，則事物進行，將大異其面目，團體分子，應當分別各自活動，他人與團體利益有爭執時，亦當分別向各個分子理論。然而事實適與此相反，一方保障團體利益的法律途徑，既係爲團體本身設定，只有代表團體的人們能夠發動，而他方對抗團

體利益的法律途徑，亦是在對抗團體本身或代表牠的人，而不是對抗牠的分子。

葉林亦會很清楚看見這項矛盾。他給予我們的解釋，僅爲因爲實用的關係，故我們將多數權利主體，當作一種單一的權利主體看待。他解釋這種情形，有一段話，很值得我們將牠引在下面，因爲許多信仰他的學者，皆曾受有這段話很深的影響。他說：「因爲實用的關係，公共利益，應當不由團體的個別分子去追尋，而應當由表現於一種偽造的單一人格裏面的團體全體分子去追尋，如此，當然與私法的尋常形式，相去甚遠，因爲依據私法的尋常形式，每一部分權利，皆有一部分訴權與之對應故也。但同時我們亦不可完全蔑視這項法律式語底下所掩藏的關係的目的，與牠的真實意義，拒絕團體個別分子得享有任何權利。如果如此作去，便亦超過了應有的界限。我們所以力斥意志說者，即職是之故。法人本身並不能享有任何東西，牠沒有目的，亦沒有利益，所以牠亦不能夠具有權利。因爲權利必須在牠達到最後用途，易言之，即必須牠能爲具有權利人利用，方有存在的可能。團體分子，因爲聯係他們的關係的性質之故，既不得個別的支配公共財產，而適合會章的多數決議，復可以拘束全體，故社員的個體權利，即就本質而言，亦當然與普通權利，相去甚遠，然牠

仍是一種社員權利，固絲毫無疑問也。」（見葉林同上書第三四〇頁至三四二頁。）

換句話說，即在葉林看去，個別的社員乃是團體權利的真正享有人，但外表事物的進行，卻好像他們不是權利享有人似的。故在實用上，團體權利的享有人，根據這些權利而活動的人，以及他人與團體發生交涉時所對向的人，全是團體本身，而不是個別的社員。在這種情形之下，所以實證法應出來予以規定，使這些複數的社員權利，看成一種單數的團體權利。這種說法，不啻與說實證法應出來創造一種擬制，完全相等。故葉林的學說，結果可以說與薩維尼的學說，毫無區別。薩維尼與他的學派說世上並沒有團體人存在，只有團體目的存在，客觀法為使團體目的獲得法律保障，方用擬制方法，創造出一種團體人格來。現在葉林說團體權利實際是不存在的，團體不能是主觀權利的享有人，只有個人可以是主觀權利的享有人，可是客觀法因為實用的關係，用牠的萬能權力，規定說這些團體分子的權利，應看待為團體本身的權利。兩種學說不是完全相同嗎？

這兩種學說，都是一種擬制說。若就擬制而談擬制，著者寧愛薩維尼的學說，固然葉林可以做沙萊衣，說這並不是一種擬制，這是法律學裏面的一種概念，牠是一種現實，因為牠與一種應當

保障的地位或一種需要相附合。但薩維尼與他的學派亦一樣可以如此說。不過他們沒有如此說。他們比較謙卑些，或可以說他們比較欠聰明些。法律概念主義，乃比較晚近的產品，雖然牠的主張者自身並不覺得，其實全部皆係來自黑格爾的法律哲學。

由上看來，足見我們如果仍欲維持主觀權利觀念，對於集合活動，集合利益的保障，那怕不能找到權利主體。偏欲拿主觀權利去解釋，結果沒有不墜入於矛盾及不聯貫之中的。

法國現代傳述葉林學說的學者，頗不乏人，最著者例如，兩位巴黎大學的名教授：普拉紐爾與白爾德勒密 (Berthelémy) 前者極力攻擊團體法律人格說，他說這都是些虛擬的生物，許多人構成的可怕幻影，使我們聯想到那般熱心的虛靈主義者由他們自己人格裏面巧創出來的上天星體，其實在法人名稱之下，不過是些與個人財產分立不隸屬於個人財產制度之下的集合財產而已。

參照 Planiol, Droit civil, I n° 675 et 676.

白爾德勒密亦係主張一種相似的學說，他並援引普拉紐爾的權威，以為依據，他說：「我們雖

然各個都是集合方式下的財產所有人，但事物進行，法律規則的實施，都好像我們共同造成了一個單一的無形人一般。擬制只是一種使我們對於管理這項特殊狀態的法律規則的進行，獲得較簡單解釋的方法……故約而言之，無形人格亦只是一種解釋集合財產的方法而已。」

參閱 Berthélemy, *Droit administratif*, 10e édité, 1928, p. 2.

賈畢當與葛蘭 (A. Colin) 二君，曾對於這種看法，作過一種很透澈的批評。他們很正確地指出說團體分子是團體權利，特殊是以團體財物為對象的財產權利的主體，是不對的，因為團體分子並不享受這些財物使用的利益。他們同時還說將團體權利，專看作財產權利，亦是一項錯誤，因為有許多團體權利，並不帶財產性質，例如團體紀律權，易言之，即團體製定加施於牠全體分子的刑事法規的權利，即是這類權利很好的一個榜樣，因之，我們絕不能拿集合財產觀念來解牠們。故葛蘭賈畢當說的很對，他說：「公共財物並不是整個社團，牠們只是達到社團目的的方法，社團所代表的利益，其間有些很可以具有純粹道德與知識的性質，我們不能將牠們綜合於集合財產裏面，關於這些利益，唯獨社團本身是真正防護人及真正代表者。」

我們將來還要看見葉林、普拉紐爾、白爾德勒密等人的學說，絕對不能解釋財團的存在。此更足證明他們的學說是站不住的。此外萬赫威 (Van der Heuvel) 與華賴猗 (Vareilles-Somnière) 二君，亦曾發揮了一種相類似的學說。他們認為通常以為屬於無形人的權利，實際皆是社員的權利，社員乃是真正的社團產業所有人，不過這些權利行使時，卻隸屬於一種特殊制度之下，與普通個人權利不同。這種特殊制度，我們可以教牠作人格化制度 (le régime personifiant) 故在社團與第三人所發生的關係上，一切情形的進行，都好像所有社員只形成一個單一的社團財產所有人一般。華賴猗君說實際上社團既不是擬制的人，亦不是實在的人，因為在社團裏面，除了社員以外，並沒有其他的人存在。在這種情狀之下，我們亦可以教牠作擬制，不過有一個條件，就是此處擬制的意義，我們要明白清楚。他說：「擬制的用處，是在把捉住一種事物狀態，而予以極雅緻地簡述，使複雜狀態的描寫，得以盡量簡單化；是在成爲一種優良的陳述與概想方法；是在能給予科學及教學幫助。」

著者不大懂得這段話的意義。著者固很能知道什麼是優良的陳述方法，但卻不明白什麼是優良的概想方法！概想只有真偽，並沒有什麼優良的或惡劣的方法。假如馮如華賴猗君所言，社團無形人格概念，違反現實，那麼，牠便是一種偽的概念，著者殊不明瞭一種自己知道是偽的東西，同時還可以承認牠是一種優良的概想方法！著者更不明瞭社團人格既不存在，反而因承認牠之後，可以促進科學的進步！

參閱 Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902, p. 225; Van der Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, 2e édit., Bruxelles, 1884.

德國莫勒 (Meurer) 亦曾主張這種學說，並曾作有詳盡而有力的發揮。他說：「在團體法制度之下，團體中的多數單位，被法律看待爲一個單一體，因之，雖然實際不必是一個與多數單位不同的單一體，但法律上卻可以當牠如此。這種根據另一東西的形狀來看待一個東西的方法，便是擬制的主要方法。故此地擬制，並不是設定一種不存在的東西存在，反之，此處我們所能看見的，仍只是現實的多數個體，不過因爲他們共同追尋的目的的利益，我們使牠們完全依照一個個體的

人或單一體的形態活動罷了。」

參閱 Meurer, Die juristischen Personen, 1901, p. 19.

著者對於這般學說，所以敘述的略微詳細的：第一，著者曾經說過，因為主張牠們的學者，全是一時的權威；其次，是要指明牠們如何最後全走到否認社團法律人格及社團主觀權利的路上。有些學說，例如前節我們所說的季冶鎧米述等的學說，說社團具有一種法律應保障的地位，但一種地位，若不形成一種主觀權利，決不能獲得法律保障，故我們應當肯定社團具有主觀權利及他是權利主體。這種說法，雖站不住，但本身尙合邏輯，至如我們一方既說團體不具有權利，只有社員具有權利，而另一方復說我們應當看待社員的權利好像是團體的權利一般，這是誰亦不能了解的。著者認為這種說法根本犯有前後不聯貫的毛病，我們要是遵守邏輯，應當採取下面兩條路的一條：假如這般權利應看待為社團的權利，那麼，牠們便應當是社團本身的權利；不然，我們若說社團本身並不存在，不能具有權利，那麼，便不要說應看待這些權利為社團的權利。

老實說，這般學說，最後自然必然要走到與我們一樣完全消滅社團主觀權利觀念的路上，

同時亦即是走到完全消滅主觀權利觀念，而代以目的觀念的路上。我們應當說沒有團體權利存在，只有團體追尋的目的存在，假如這項目的合法，牠便應當受客觀法的保護。我們所有可說的話，如此而已，豈不簡單的很！何必另外更想多說。另外多說，姑不說有無不聯貫之害，然至少必陷入擬制之中。這樣明易的一宗事情，而一世紀以來，竟能在上面發生了這麼多討論與論戰，誠使人難以索解也！

然而一般人聽了著者的話後，羣相驚呼，說照你這樣說法，不是創造些無主體的權利，無主體的財產麼？這豈止是不可能，甚而可以說簡直是瘋狂！著者敢回答說：著者並不會創造無主體的權利，因為著者根本否認權利。主觀權利根本是不存在的東西，團體權利更不用說。一定數量的人，聯合起來。共同追尋一項目的，同時並將一定數量的財產，用於追尋這項目的上。所謂團體，不過如是。著者教牠作普遍意義的社團，我們在上面（第四十節）曾經看見，在社團組織之時，即有一種新團體的客觀法產生，這種客觀法，對於社團的目的，以及一切關係這項目的的規則，皆會極準確地予以規定。因此，所有法律行為，假如一方具有適合一般客觀法的對象，另一方復係由社團所追尋

的目的——這項目的當然假定係合法的——所決定，都可以說具備了法律行為應有的有效條件，同時亦便有一種法律途徑設定，來保障這項法律行為。

實際情形如此，爲什麼要說社團具有主觀權利，事物的進行，好像牠具有主觀權利，或好像牠是權利主體呢？如此主張的人說：因爲這樣說法，比較方便，這並不是擬制，這只是一種抽象或概念，雖不與自然現實附合，然而卻係一種技術方法，由之可以保證一種法律應當保障的地位實現而已。他們覺得這樣可以使事物簡易化。著者見解，恰與此相反。著者認爲這種說法，不獨毫無用處，而且使事物特別入於煩難。無如一般人——尤以法律學者爲甚——很難擺脫那項牢不可破喜以玄學實體解釋事實的思想，因而認爲若不將這些集合目的造成權利，團體造成權利主體，易言之，即若不玄想出來這些不存在的東西，便對於這些集合目的的保障，與法律途徑的設定，不能得到解釋。不過他們在我們上面最後陳述及討論的學說裏面，業已達到將擬制減低至最低限度，是否著者還可以給予牠最後一擊，使之完全並永遠從法學上消滅呢？

著者於結束此章之前，還有一句話說，即這類法人擬制說，無論擬制達何程度，傳統式的擬制

也好，沙萊衣華賴猗式的擬制也好，對於社團自由，全是極端危險。牠們授予懷有專制傾向的立法者，一種倚據。蓋傾向專制的立法者，見社團實際上既不具有法律能力，自然宣示說牠們的承認，以及其他集合利益的承認，全只能由法律的自由決定產生。故擬制無論是在創造一個團體人，或僅在將事實上多數的東西比擬於一個單一體，立法者永遠可以說惟他自己可以創造這種團體人或這種單一體，及說他可以隨時毀滅牠們，蓋趙孟之所貴，趙孟固能賤之也。

我們只須回憶幾項歷史事實，便知以上所言爲不誣。一七八九年的國民會議，在很莊嚴地宣佈財產權不可侵犯原則的後幾天，忽頒佈一項命令（一七八九年十一月二日的命令）將教士財產收歸國有。當時給予這項決議的法律根據，即是說個人財產所以不可侵犯，因爲牠屬於實在的自然人，但是集體及團體財產卻不能如此，因爲集體及團體，都是純粹的法律產品。報告人杜雷（Thouret）曾說：「個人與集體在這點上權利大不相同。個人係存在於法律之前，他們有些權利係由自然界取來的，皆係不受時效影響的權利，財產權即是這類權利之一種。反之，一切集體全是根據法律而存在的，牠們的權利，當然皆惟法律是賴，故法律可以改變之或消滅之」（見Monti-

一九〇一年七月一日的法律與一九〇四年七月七日的法律掠奪宗教團體的財產，亦係根據這項同一觀念。

不但法人擬制說的結果如此，就是前節我們所說的貝格爾與米述的學說，亦未能逃避這項譴責。蓋據他們的意見，團體人格要想成立，必須意志原素可以看為享受利益原素的代表始可。如此，我們豈不亦可以說惟獨立立法者纔可以用他的萬能力量創造這項代表關係麼？不但如此，我們不還可以說趙孟之所貴，趙孟能賤之，凡他創造的東西，他都可以任意毀滅之麼？惟對於著者本人的學說，則這種譴責絕對不能成立。因為著者所主張之目的規律乃統制一切社會生活的偉大規律，目的可以強迫立法者承認，而無須要求他創造一種技術方法去代表牠。至如所有我們所排斥的學說，所取的形式雖不同，但結果沒有不求援於實證立法者的。在著者學說之外，只有一派學說不求援於立法者，即季冶鎧所主張的法人實在說是也。然這種學說，在實證科學上，又是顯然站不住的。故最後仍是著者的學說，既非常簡明，且惟一合乎觀察的事實，可以說是唯一的與真正的惟

實主義學說。

著者的學說，可以約述如次：即每逢有若干人，聯合起來，追尋一項合法目的時，凡對於爲這項目的而作爲的行爲，皆應設定一項法律途徑，以便與以法律保障。爲解釋這層，我們毫無假定社團是享有權利的法人或權利主體的必要，只須知道一切對象目的皆合法的行爲皆應受社會保障，及法律效果並不是行爲主體意志所創造，而是客觀法所創造，意志行爲不過是客觀實施的條件便夠了。

一般人常稱貝格爾與卜林石爲目的財產說的創造者，而說著者的學說，不過是他們學說的發揮。關於貝格爾，著者業已指明，這種說法是不對的。至於卜林石，有人曾引述過他幾段極艱澁的話，由這幾段話看去，似乎這位學者主張有些情形之下，雖然沒有實在人充當財產業的主體，但這些財產卻可以存在，成爲權利的實體。

Er Brinz, Pandekten, 3e édit., I, p. 222 et III, p. 453.

著者此處所研究的法律主體問題，完全係站在一般的觀點上，至於國家人格問題，將在本書

第二卷裏予以特殊的研究。

第四十七節 財團

著者所以對於財團特闢一章，略予以較詳細地闡明者，因為沒有其他法律行爲，對於通行的主觀權利觀念裏面所有一切無用，矯作及錯誤地方，更較牠證明的清楚。現在我們首先要問：財團設立行爲，究應作何解釋？

財團設立行爲，乃是一種捐助一定數量財富於一種確定的合法目的的意志行爲。這種性質的行爲，作爲以後，將發生兩項問題：1°這項行爲依理是否應當在法律上有效？2°假定這項行爲有效，怎樣予以保障？及這項財富對目的的使用如何進行？

第一項問題——財團設立行爲專就本身而言是否依理在法律上有效？若根據傳統的主觀權利學說，我們應當予以否定的回答。因為假如在捐助行爲發生之時，沒有一個法律主體預先存在，來接受這項捐助及充當牠的支柱，這種捐助財產於一種確定的目的的行爲是不可能的。一種法律行爲固可以產生法律效果，但這些效果，拿米述的話來說，必須歸屬於一個法人身上，否則我

們決不能概想法律效果的存在。所以假如一種目的未行在捐助行為以前預先人格化，造成一種法律主體，在法律上，我們便不能捐助財富於這項目的。因之，財團設立行為本身根本是一種不存在的行為 (acte inexistant)。

這便是傳統的個人主義民法學派通常傳述的意見。卜德里 (Baudry-Lacantinerie) 君在他的已成為經典的著作民法精義 (Précis de droit civil) 裏面曾說：對於要設立的事業所作的遺贈根據一般意見是無效的。因為民法典第九〇六條規定：受遺贈人在遺囑人死亡時至少應是一個已懷胎的胎兒，這項事業在遺囑人死亡時尚未成為法人，牠只能在將來受宣佈為公益事業以後方成為法人，此時牠應當比擬為一種尚未成胎的人，因而不能充當有效的受遺贈人（見第三卷第二版第五九〇頁。）

這項答案，當然是與法人學說配合的主觀主義學說應有的答案，蓋假如捐助財富於一項目的必須當這項目的化成法人之後方能得到法律保障，法律行為非牠的效果可以歸屬於一個人身上時不能成立，團體人非經過一種法律的擬制不能產生，那麼，設立財團人的意志當然是無效

的，而設立財團行爲本身亦當然根本是一項不存在的法律行爲了。無論何種學說，只要牠主張法律人格，答案沒有不走到此同一路上的。

譬如先就葉林莫勒普拉紐爾白爾德勒密等人的學說說吧。如若我們遵從他們的學說，認爲法律主體係法律看待爲一個單一體的多數受益人，我們亦一樣不能明瞭財團設立行爲何以能够法律上自始 (*ab initio*) 有效。假如財團業已成立，我們或者可以說那些享受財團利益的人是法律主體，然在他尙未成立之前，這些人是不存在的，所以我們亦看不見法律主體在那裏。例如我贈與一億佛郎創設一個醫院，我們決不能說接受這項贈與的法律主體，乃是悠遠不定的將來在這個尙未成立的醫院中醫病的或然病人。又如我贈與一億佛郎創立一座博物院，我們亦不能說受這項財團利益的權利主體乃是將來來博物院參觀的或然觀衆。

更就另一方面言，在這派學說裏面，法律主體乃是法律決定看待爲構成一個單一人的多數受益人。故法律人格乃是根據法律決定而存在的，這仍是一種擬制。這種擬制或許較傳統學說裏面的擬制要狹窄一點，但終不脫是一種擬制。在財團設立行爲產生時，法律尙不會出來干預，是這

時候擬制尙未經法律造成。故此處與傳統學說一樣，都不能有一種法律人格存在，來承受這項設立行爲或充當這項行爲的支柱。

根據貝格爾及米述的學說，結果亦是一樣。他們說權利主體永遠是由兩個原素構成的：一個是受益的原素，另一個是欲願的原素。能意識的人，俱備這兩個原素。牠們有時亦可以分立，但只要意志原素能够依據客觀法表現爲利益原素的代表，牠們亦可以只形成一個單一的權利主體。他們並說在財團裏面我們亦可以找著這兩項原素。米述曾說：「財團如同社團，亦係以一種人類集羣爲牠們的實體。對財團而言，這項集羣乃是受益人的集羣，易言之，即財團供給利益的人所形成的集羣。主觀權利第一個及最主要的性格，所謂法律保障的利益，即存在於他們身上。至於第二個性格，所謂行使權利不可少的意志，則存在於管理財團的機關裏面……」（見米述前書第一卷第一八五頁。）

是故根據在這派學說，在財團裏面，必須受益人的利益受一個負責管理牠的機關代表之後，方能有權利主體存在。但當財團設立行爲產生時，這項機關還沒有成立，因爲牠非在財團組織以

後不能出世。故在此時期以前是沒有權利主體存在的。因之，當財團設立行爲產生時，易言之，即捐助一項財物於一種確定的目的時，亦沒有權利主體來接受這項行爲。我們知道米述曾屢次申說，一切法律行爲皆應當歸屬於一個權利主體身上。著者認爲這句話的意義，係說法律行爲的效果非附著於一個權利主體身上，即不能概想。若然，我們當然亦不能了解何以財團設立行爲能產生效果，因爲當這項行爲作爲時，尚沒有權利主體來接受之故也。所以在邏輯上，根據米述貝格爾的學說，完全與根據傳統的法律擬制學說，或莫勒普拉紐爾白爾德勒密華賴等人的學說一樣，這種財團設立行爲永遠應當無效。

不惟如此，即在貝斯勒季冶鎧齊特爾曼等日耳曼派學說裏面，財團設立行爲的法律性格，亦一樣不能概想。我們即令根據他們的學說對於社團可以說有一種集合意志存在，因爲此處我們還可以勉強說社團的分子既係受一項公共目的所決定，故由他們個體意志的聯合可以產生一種團體意志來。這項意志即是社團本身的意志。我們對於社團即令可以如此說，但對於財團則絕對不可，因爲此處我們看不見意志化合造成財團人格的個體分子在那裏。季冶鎧與齊特爾曼雖

會竭力去解釋財團的意志人格，但結果亦不過徒勞。在他們二人看去，似乎構成財團法律人格實體的意志就是規定財團目的的設立人的意志，他們認為這項意志可以離開牠的主體，成爲一種獨立的東西，牠的主體死後，只要財團存在，牠仍可以存在。

這當然是一種單純的思想作用，不與半點現實相附合，不過著者爲推理便利起見，暫時接受這項純粹玄想的概念。著者認爲即令如此，這派學說，亦仍與前面各派學說一樣。不能解釋財團設立行爲自始具有的法律價值。蓋我們即令承認財團設立人意志的一個原素，可以由他身上分離開來，成爲財團的法律支柱，然要辦到由此方法使財團成爲一個法律主體，至少財團必須業已成立始可。但在財團設立行爲作爲之時，財團還沒有成立，一種意志原素，還沒有從設立人身上脫離下來，所以這時候仍然是沒有權利主體來接受這項財團設立行爲。因爲財團人格既非在設立人的意志業已表現於外界的時候不能存在，那麼，在牠方表現之時，當然不能有財團法人來接受這些捐助的財物了。所以財團設立行爲是無效的。由此看來，財團人格實在說與以上所陳述的其他學說一樣，亦不能解釋財團設立行爲的效值。所以然者，亦係因爲他不能擺脫權利主體的緣故。假

如爲使財團設立行爲有效，必須有一個法律主體來接受牠，現在這個權利主體，既必須在財團成立以後方能存在，財團設立行爲當然因之成爲一種不存在的行爲了。

根據各派學說的結論，雖然如此，但事實上我們對於所有目的合法的財團設立行爲皆必須予以法律上的效力及社會上的保障，蓋財團設立自由使我們不得不爾。無論何項意志捐助一定數量財富於一項目的，只要我們不能反對這項目的的社會價值與合法性，牠便應當有效，捐助行爲便應當實現及得到社會的保障，否則在道理上是站不住的。法學者們的詭論絕不能掩沒了這項大道理。社會的法律意識亦決不容許如此作去。因此之故，所以最守舊的法學者現在亦不能不承認這種道理，不過有時他們對於這種情形所作的解釋非常可笑，例如說：「民事受孕的胎兒，易言之，即贈與人或遺贈人思想中概想的人，應比擬於自然受孕的胎兒」（見 Baudry-Lacantinerie, *Droit civil* 11^e édit., III, p. 591）。

這種說法，當然只能看作一種笑話，殊不值得注意。所以我們最好還是拋開所有這些煩瑣的矯作，公開地乾脆地說：當一項根據客觀法具有能力的意志表示捐助一定數量財富於一項合法

目的時，這便是一項法律上有效的行爲，同時亦便是一種地位產生的條件。這種地位，應當由一種法律途徑保障之。這項財富應當用於牠的目的上，而這種使用，亦應當獲得法律的承認與保障。這是有有效的法律行爲應有的結果，用不著要知道有否一個權利主體來接受牠。蓋這項捐助行爲既是一項具有合法對象同時並係受一項合法目的所決定的意志行爲，依理在常態之下，應當構成一種受社會保障的地位產生的條件。這種地位即我們教作的財團。牠是自然形成的，無須更去尋找牠後面有否權利主體存在。

至於實證法律與判例，則完全與一般民法學者相反，牠們曾承認許多財團設立行爲的法律價值，宣佈這些捐助財富於一項合法目的的行爲爲有效，但是牠們全是絕對找不着任何法人或權利主體來接受牠們的。

好幾種法國法律皆曾經規定有對於不存在主體所作的贈與及遺贈等事。這些贈與及遺贈實際不是別的東西，亦即對於一項法律保障的目的所作的捐助行爲而已。我們不要說這是實證法律最高決定的結果，並不能對於必須有一種權利主體存在以爲一切法律行爲或法律效果所

依附的支柱一事作任何反證。須知如果依法律及道理，捐助財物行爲若沒有一個實在的或擬制的權利主體來接受，牠便不能成爲有效。那麼，無論實證法律如何萬能，亦不能使之有效的。而且著者所言之及的實證法律於明白表示這些捐贈係對於不具法律人格的原素而作的之後，皆不會創造一種擬制人格來接受牠們。

關於這類法律的實例，我們最先可以舉一九〇一年二月四日的法律。該法律第一條規定說：「凡對於不具法律人格的國家公務而作的贈與及遺贈，應由大總統的命令批准之。」這不是十足的一種沒有承受人的財產處置麼？我們很難說其他的話，因爲根據法律的明文規定，這項捐贈係對於一種不具法律人格的公務而作的。主觀主義的學說解釋這項法文，說這項捐贈實際乃是對於國家法人而作的，不過附有一種擔負，即使之將捐贈的財物使用於該受益的公務是也。這種解釋等於沒有解釋，因爲即令如此，這項擔負亦需要一個承諾享受牠的積極主體，這個主體，當然仍不能出該受益的公務，而該受益的公務則無論在捐贈行爲履行以前或以後，均不具有法律人格也。而且事實上如此贈與或遺贈的財物大都係用去購買國家公債而註明將利息付給受益的

公務者，假如國家乃承受主體的話，豈不是自己對自己給付，一身同時是債務人又是債權人了麼？著者想這就是根據主觀主義學說亦顯然是說不通的。誠然前三十年左右，諮詢院評事李雍(Ly-on)君在他所作的文章：事實會計 (La Comptabilité de fait) [載白格 (Béquet) 所編纂的 (Répertoire de droit administratif) 裏面，曾主張過國家所有公務全各自具有一種獨立的法律人格，這種學說雖然有李雍君的權威及辯才，但現在不幸已爲一般人士一致所摒棄矣！其次，一八八四年四月五日的地方自治法第三條第三款，亦曾說到對於一縣裏面尙不成爲具有法律人格的區段狀態的小村落或小區所作的捐贈，並承認這類捐贈行爲爲有效。這不又是一種沒有受贈人的贈與，沒有受遺贈人的遺贈，沒有歸屬人的歸屬，一種單純目的的設立，或更確切一點說，一種單純對於某一定目的的財物捐助麼？卜德里君說：「這種法律上受孕的胎兒，易言之，即贈與人思想裏面概想的人，應比擬於自然受孕的胎兒，捐贈即係對於他作的，」即係指這項法律條文而言。

近十年以來，還有許多公法財團的設立，我們亦找不到接受財物的權利主體在那裏。因爲捐

助行爲產生之時尙沒有一個依據設立人所欲願的目的負責管理財物的機關存在。這種情形，當實施一九〇五年十月九日政教分離法修正後的第九條時，常常可以遇見。我們知道這項法律的第九條，因天主教教徒不肯組織教儀團體，經一九〇八年四月十三日的法律修正後，規定說：若沒有教儀團體，教會財產，應歸屬於所在區域內的慈善機關。但當時有許多自治縣，全不曾設有慈善機關或救濟院等類組織。如此是在這些自治縣裏面，教會財產將歸屬於一種尙不存在或將來存在的慈善機關。這豈不又是對於一種不依附於任何權利主體的目的所作的捐助行爲麼？這類的實例非常之多，除以上數項法律外，尙有一九一〇年三月二十二日及三十日兩項命令亦全可以歸於這類實例之列，茲以篇幅所限，暫不詳述。

至於司法判例，雖受個人主義與民法學派的思想浸潤甚深，然而亦不能不屈服於事實之前，承認專屬建立一項目的（拿德國的詞語來說，即 *Zwecksetzung* 是也）的財產處置爲有效，易辭言之，即承認捐贈之時絕對找不着承受主體專係對於一項目的的捐助財物行爲爲有效。

在這點上最值得注意的司法判決爲一九〇二年五月十二日最高法院的判決。這項判決維持孟北里野 (Montpellier) 高級法院的判決，承認一位遺囑人委任他的普遍的受遺贈人 (*Legataires universels*)，用他的財產十分之九創辦一所老人救濟院的遺囑爲有效。當時有很多人認爲這是對於一個遺囑人死亡時尚不存在的機關，或用民法學者的話，對於一個不定的人所作的捐贈行爲，因之，應是一項無效的行爲，因爲沒有任何權利主體來承受牠。這種說法，假如在四十年以前，一定爲最高法院所採取，但一九〇二年的判決則恰恰與之相反。牠承認這項捐贈行爲有效，牠的根據是：「這項財產處置行爲僅係在組織一種慈善事業，這種慈善事業，不惟本身合法，而且可以成爲一種公益機關，但在未認許牠爲公益機關之先，牠亦可以以私人制度的資格而存在。」

見一九〇五年西勒彙纂第一部第一三七頁附有總檢察長卜都安 (Bandorin) 的案語與雷維余爾曼 (Lévy-Ulmann) 君的評註。

與上項判決相近者，尙有一九〇〇年五月一日巴黎高級法院關於鞏毅兒學院 (L'Académie-

mie de Goncourt) 事件的判決。茲將這項判決書中的最重要一段理由列下：牠說：「查遺囑人之意固然係想使他的財產歸屬於他所要創立的會社，而這項會社因在他死亡之時不具有法定存在，當然是一種無能力人，不能由之承受這項財產，但復查將來這項會社若依法律產生時，牠可以由受遺贈人手中接受這項財產，而不由遺囑人手中接受這項財產云云……」由這項判決理由的措辭牽強及不確切，很足看見法官思想裏面舊概念的遺跡。但事實強於學理，具有強迫人的威力，故結果一般法官皆不得不違背他們自己的成見，承認真正的財團設立行爲的效值，易言之，即沒有權利主體接受專係對於一項目的的財物捐助行爲的效值。

見一九〇五年西勒案第二部第七八頁——並參閱立法研究會對於所採取的法律草案的討論。這項討論雖很長，但極富有興味，載一九〇八年立法研究會會刊。這項草案，後復經公共救濟高級評議會 (Le conseil supérieur de l'assistance publique) 在一九一九年的第二次常會裏面，根據白爾德勒密君的報告，略加修正之後，全部採取。

第二項問題——財團設立行爲假如有效，財團本身將如何組織？及已組織的財團，是否一種權利主體或法人？財富對於目的的使用，如何予以保障？這便是著者所設定的第二項問題。

假如我們認為財富對於目的的使用非財團成爲一種權利主體或法人不能獲得保障，那麼，我們便很難說財團不藉國家權力的干涉而可以自身活動。我們在前幾節裏面曾經指明過無論依據何種承認團體法律人格的學說，我們若不求援於公共權力含有專斷性的干涉，皆很難解釋財團法人的形成。根據法人擬制說當然不成問題，即根據將多數受益人看作財團單一人格的學說，其結果亦復如是。

至如根據貝格爾及米述的學說，社團的社員固可以組織一種代表他們的機關，或更確切一點說，代表集合利益的機關，因而可以由社員本身的作用，爲社團造出權利主體不可少的意志原素，至對於財團而言，當財團設立人會自己規定代表財團的機關時，貝格爾米述等的學說亦可以勉強應用，然當財團設立人在此點上未作有任何表示時（這是常事），若不求援於國家的干涉——而這種干涉必然地具有專斷性——我們便不能了解代表機關如何可以形成了。貝格爾米述等的學說如此，季冶鎧齊特爾曼等日耳曼學派的學說，亦是一樣。

一般立法例亦頗有走到此路上者。例如德國民法典即係如此。一般人常說德國民法係承認

財團設立自由者，其實此話與實際情形完全相反。德國民法雖然承認財團設立行為本身（*Setzung*）的效值，但對於財團的運用及組織卻要求必須有公共權力的干涉始可。德國民法典第八〇條規定說：『若要設立一項具有法律能力的財團，於設立行為之外，還應獲得財團將來所在邦的贊許。如財團住所不設在聯邦中的任何一邦之內，則應有聯邦上議院（*Bundesrath*）的贊許。』又如前面曾提到的立法研究會一九〇八年所議定，其後一九〇九年復經公共救濟高級評議會所採取的草案，亦曾將財團的活動隸屬於行政權力贊許之下，不過這項草案曾對於行政方面專斷的決議設定了若干保障，這亦是事實（第五條至第九條）。

請看這種權利主體的財團原理結果走到什麼樣的權力專斷路上！假如我們能夠排除權利主體觀念，則一切都變成簡單的了。一項具有能力的意志作了一項財團設立行為，捐助了一定數量財物於一種合法目的，例如救濟貧苦，設立醫院，救濟院或博物院等等，這項行為是有效的，我們對於如此設立的事業應當予以組織及管理。假如設立人規定了組織規則及管理方式，我們便應當實施他的意志，無須公共權力的特許。公共權力的干涉僅在使這些組織與管理依照設立人的

意志進行而已。負責擔任這項管理的人所作的法律行爲，若與財團設立目的的相合，便應當有效。理由與我們前面討論社團時所說的一樣，勿須再解釋矣。

假如設立人沒有規定財團應行組織及管理的方式，公共權力便應當出來干預，牠並且不能不出來干預，不過牠的干預並不在一任己意授予財團一種法律人格或拒絕之。這種法律人格是用不着的。牠的干預係受客觀法所命令不得不爾，目的在保證一種地位的實現。所以然者，因爲這種地位乃是在一項對象目的全適合客觀法的意志行爲之後而產生的正規地位。各個實證立法全制定有牠認爲最好的技術方法，以謀保證財團的組織與進行。這種地位本身根本應當獲得保障，絲毫用不著我們玄想任何學說來給予牠一種權利主體。

據著者的揣想，法國立法者受事實的推盪，在最近的將來，必會承認財團設立的完全自由及接受（至少默示的）著者上面所說的辦法的。著者前曾說過，最近公共救濟高級評議會所採取的草案對於行政方面不合理的拒絕特許已制定有若干保障。此外還有一項重要的法律更在這方向前邁了很堅決的一步。這項法律即一九二〇年三月十二日關於擴大職業組合法律能力的

法律是也。該法律的第五條規定說：「職業組合享有法律人格，具有出庭訴訟及不必特許有償或無償取得動產及不動產的權利。」這是法國法律給予一個團體一種不必經過特許無償取得財產的能力的第一次。法律既然授給這項能力與一八八四年法律下的職業組合社團，牠當然亦沒有理由不授給這項能力與一九〇一年法律下的其他社團。這誠然不是財團自由，然這既是社團無償取得財產的完全自由，不足以充作一般財團自由的前驅麼？

第四十八節 結論

由上看來，我們在本章開始所說的那句話；只有並只能有客觀法律主體，唯有能意識他行爲的個體人可以是法律主體，至此可以說完全證明了。蓋法律乃是全部禁止或命令作爲某某事物的規則，禁止與命令只能對向能意識的意志發施，因之，亦只能對向能意識他行爲的個體人發施。所有其他主張，必領至無窮的爭論及我們上面略述其大概的各種偽巧的造作上。故我們說法律主體或法人時，意思很簡單，僅係說能意識他行爲的人在他與他人之間的關係上係隸屬於具有組織的社會制裁及形成他所屬社會羣的客觀法的種種規則之下而已。

至於主觀權利主體，世上是沒有的，因為主觀權利根本是一種不實在的觀念。為創造一種主觀權利原理而造出的種種不可思議的瑣碎理論適足以證明這項觀念的空虛，而且許多討論主觀權利問題最為透澈的學者並會自己作有種種招認，皆使著者可以援引來充作著者所主張的否認答案的論據的。

我們曾經看見沙萊衣曾數次宣言法律人格觀念所對應的並不是一種自然現實，而是一種法律現實。或一種與需要保障的地位相適合的單純思想概念，而且在他看去，所有這些權利主體學說全不具若何重要性。他說：「在學說上我們所以分道揚鑣的，似乎全由於幾項牢固不去的誤會。只要我們大家在用字上能夠互相了解，這些誤會就可以消失了。這便是我打算要作的工作。我想不遠總有一天所有這些學說上的爭論全將由法律學裏面掃除淨盡的。這時候我們只須在實證法領域裏面實現那些因思想、風俗、公正觀念等的演進而要求的事實答案，不必再受純粹理論的糾擾了。」（見沙萊衣前書第六六三頁。）換句話說，即在沙萊衣看去，所有這些關於法律人格的學說全不重要，每逢我們見有一種因社會需要及正義要求不能不予以保障的地位時，這項

保障便應由客觀法承認及組織起來，於是我們便說有一種具有權利的法人存在。這是一種純粹形式的詞語，並沒有別的東西。由此看來，沙萊衣的主張，除了他仍維持無形人、法人、權利主體以及他教作的概念的法律現實以外，實看不出與著者的主張有什麼不同的地方。

德莫格君曾說：『我們覺得權利主體觀念至少是一個很方便的名詞……權利主體原理實具有極大的重要性，牠關係一種法律技術的基礎，蓋法律學將所有牠的規則體系全行建築在人格的基礎上，一切社會關係全可以分析為權利關係，而一切權利又皆附著於看作主體的人身上故也。』

參閱 Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 322.

著者引述德莫格君的這段話，並無意於此處予以討論，例如他說：『一切社會關係全可以分析為權利關係，』即大有討論的餘地。著者引述這段話，不過欲標出他說權利主體觀念乃是充當法律技術基礎的一種方便名詞這項自認而已。這話的意義，顯然是說法律人格本身並不存在，牠僅是實證立法者為法律技術所創造的一種方法，以便給予某些因社會需要及正義情感應當受

社會保障的地位一種保障罷了。

不過如果我們依照沙萊衣及德莫格的說法說法律人格不是現實，僅是一種單純的技術方法，於是問題又將變爲是否我們對於這些地位非依據主觀權利及權利主體等觀念即不能予以社會保障的問題。但是我們要了解及實現一種地位的保障，絲毫無須援引這兩項觀念，因爲社會保障永遠表現於一項法律途徑裏面，而法律途徑並不需要有任何主觀權利存在以爲牠的支柱，則著者又早已證明過矣。

尙有進者，現在一般人因事實所迫，莫不承認有些地位不必有主觀權利，法律人格，權利主體等觀念參加，亦曾獲得法律承認及社會保障。例如公法界兩位最有權威的大師：霍理歐及白爾德勒密即如此主張。他們說每逢有涉及公共力量的地位時，即沒有主觀權利及權利主體等觀念存在，這些觀念的參加僅在談到財產關係或法律交往的時候。白爾德勒密曾說：「無形人格觀念是與權力行爲不相干的……行政方面所履行的權力行爲不含有法律人格存在及謂這些行爲僅

係以牠的名義而作爲的意義」（見 Berthélemy, Droit administratif, 10^e édit., 1913, p

而霍理歐亦說「法律人格主觀的使用在實用上僅限於我們取以與我們存在方式及組織相對而教作關係生活的生活上。每逢我們從國家與他人發生的關係上去概想國家時，使用法律人格觀念到很有用處，但當我們從國家內部組織去觀察國家時，則這種觀念一點用處沒有。牠是一種法律技術方法，可以由對於各個人所固有的東西的一種綜合，使團體與他人之間的關係生活趨於容易而已……但在全部行政法領域裏面，行政方面係採取一種權力的態度，對向牠的臣民說話，以便規定各種客觀的法律地位，同時，牠並發佈種種可以對抗他們及具有執行力的決定。故在這項領域裏面，國家主觀人格是否應當擔負一項任務，乃是一宗極有疑問的事。」

見 Hauriou, *Droit public*, 2^e édit., 1916, p. 61 et p. 67. 在一九一九年版的 *Traité de droit administratif* 裏面霍理歐曾承認統治權力的自主性，見第一三六頁。

假如我們對於有些地位雖沒有主觀權利及權利主體等觀念的參加亦承認牠們的法律性格，爲什麼不對於所有地位皆如此呢？蓋兩條路之中只能有其一：或是說無論何時皆有一種主觀

權利及一種權利主體存在，不然，即無論何時牠們皆不存在。芮尼有一段話說的很對，著者可以援引於此以爲著者的主張張目。他說：「至於無形人格原理……單就牠的完全矯作的性格而言，已足以證明牠並不是由客觀需要加施於我們的麼？尤其是我們若一回想牠負使命給予以新形態的地位在沒有發明法律人格化以前業已被認爲法律地位，這種情形不更看得清楚麼？見牠會引起種種形色的困難，而差不多沒有一個可以得到解決，我們不禁非常懷疑這項制度能在實證法學的進步上作若干有效的供獻也。」

見 *Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif 2e édition, 1919, p. 137.* 我們還應當一讀該書中芮尼對於濫用概念所作的很正當的批評。此外並希參閱本書第三節關於芮尼學說客觀主義性格所說的話。

德意二國，有很多第一流的法學家，亦皆恰恰走到上面所說的同一結論上。何爾德(Holder)在他所著的自然人與法人裏面，曾好幾次宣示在他看去無形人概念所表現的，僅只一種技術方法，一種譬喻。秉德爾(Binder)則走的更遠，他差不多完全否認權利主體觀念。他說：「一般學說

最大的錯誤，在永遠總是將權利主體問題設定在一種物質形式之下，看權利主體爲一種權利享有人 (Träger)，因之，不啻將主體與客體看爲物質界必然存在的兩個東西，看爲一個享有一個的兩個不同東西。殊不知事實上並非如此。主體並不必然地是一個實在人，一切法律關係皆是一種交往關係。權利主體觀念既係由法律關係規定而來，故法律主體本身亦不外是一種交往關係。假如我要想制定一種分析的判斷來表示這項權利主體觀念時，我們可以看見這項觀念不能與主觀權利觀念有什麼根本的區別，因爲權利主體是不能離開主體權利而存在的。故我們對於權利主體所能得到的定義只能如此，即所謂成爲權利主體者，即走入我們教作主觀法（權利）的法律所規定的交往關係裏面是也。」

參照 Holder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, p. 206; Karl Raif, *Grundlagen einer Körperschaftslehre*, Leipzig, 1915; Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit* edit., 1909, pp. 48, 49 et 50.

此外著者在本書第四節還會說明過葛而生如何亦否認權利主體的存在，而且態度非常激

烈，因為根據他的學說，法人、團體人，或甚至個人，都只是一種法律規範的複合狀態。著者不再討論這項思想，不過著者有權將牠保留於此，以作法律界裏面一種普遍新傾向的證據。

最後還有意大利的一位大法學家費拉拉君，亦曾主張法律人格無論對於個人或團體全是一種法律秩序的產品，而不是一種自然界的事實。法律人格適用於個人，所以然者，並非因為他是一項意志或一種利益中心，而是因為法律只是人與人間關係的規律，故人在法律生活裏面乃是一種根本單位。其次，這項規律還實施於社團或財團等集合體。在這些團體分子極端變幻不定的狀態上承認團體本身具有一種單一的主觀性，這乃是一種為達到社團或財團目的最適宜的方法。不過如此構成的法人只是一種法律形式，並不是一個自行存在的人。這只是某些人類集體現象由客觀法取得的一種規律方式或一種統一方法而已。至於法律的功用，費拉拉說此處與他處一樣，皆永遠是規範的。

參閱：Ferrara, *Le persone giuridiche*, 見費約兒 (Paquale Fiore) 所主編的意大利民法論第七

著者所以將這些學者的學說引列於上者，蓋欲藉以指明著者否認權利主體並不如一般所想像的奇突，因為這種否認實依據種種形式含蘊於許多現代最具權威的學者的結論裏面。不過他們不敢爽直說出罷了。著者作爲此言並毫無懷疑他們誠實心之意，特謂他們所以如此，蓋係因受幽遠的傳習浸染太深，一時不能超脫淨盡耳。

固然，霍理歐氏曾說他所創造的實證原理「曾將法律人格說裏面非常天然的性質暴露無遺，可以使所有一般藉辭法律人格只是一種技術產品蓄意使之降落地位而不顧如何遺害法律體系前途的人，稍知有所反省。」但霍理歐氏所謂他的實證原理神祕性實超過於法律性。著者前面業已對於牠的主要原素略加說明，惟不會予以討論，此處著者仍不欲予以討論，所以然者，著者敢率爾直言，因為牠非常飄忽，捉不住牠的真義所在故也。雖然如此，著者有一句話要問，即：如果法律主觀性乃一切法律體系所不可少的東西，爲什麼霍理歐氏曾數次宣言牠是在統治領域或權力領域以外的呢？難道說在他看去統治，權力等領域不受法律管轄麼？這當然無疑問不是的。統治權力等領域既可以不借重法律人格原理而受法律的管轄，爲什麼爲使財產管理或法律交往

領域隸屬於法律之下，便非建立一種法律人格說不可呢？

是故主觀權利，我們任何地方均找不著，權利主體，我們更找不著。或有人說這種技術的人格制乃是保證目的永續性，使一項意志可以產生適合這項目的的法律效果所不可少的東西，因為法律效果決不能懸空存在。著者敢回答說：法律效果並不會懸空存在，因為一切法律效果全不外是一種法律途徑的發動，法律途徑並非意志的產品，有何懸空之謂？因之，受集合目的決定而表現的個體意志，亦不需要假定為代表一種目的化身的人格，因為牠的表現並不能創造法律效果，牠只是產生一種適合客觀法的地位的條件而已。

更就另一方面言，所有法律人格原理假如主張說法律人格只是一種單純的法律技術方法，（我們若將季治鎧與其門徒以及霍理歐的學說除外，差不多可以說所有學說全是如此，）無論他們自己如何狡辯，結果根據邏輯必然會承認這項人格非依據國家立法者專斷性的決定不能存在。國家立法者不但可以規律牠們的行動，而且可以隨意創造及消除牠。這種專制性的學說，豈是我們所能接受的！而況在法國我們深嘗受過牠的富有危險性的結果呢？

總之，所有這些學說，無論牠們怎麼樣。終不外建設在種種擬制上，特飭以好名詞教作技術方法罷了！我們絕不願接受這些擬制的東西，第一，因為我們只願意並只能夠接受可以直接觀察的現實，其次，因為再沒有東西更較擬制危險，更較牠容易給予國家專斷行爲一種掩飾之具。邊沁有一段話說得非常好，茲引述於下以爲本章的結論，他說：「我界說擬制物乃是一種確定知道是錯誤，但卻按照真實一樣去推理的事實。我們不要將人類的命運寄托於一種擬制物上！我們不要在沙堆及爛泥上建樹起社會的暴君制來！這些玩具讓給小孩子去玩罷，我們大人應當說真實與合理的話。」

見 Bentham, *Traité des législations civile et pénale*, édition française, 1840, I, p. 120.

第五章 國家問題

第四十九節 國家如何產生

直至現在，我們僅係就社會羣的本身考察，毫未計及牠內部可以產生的區分。我們曾經觀察到，在一切社會裏面，人們全必然地隸屬於某些行為規則之下；他們並覺察到可以合理地用集合強制給予這種規則以制裁。這些規則的全部即構成客觀法。牠們是固著於人類社會裏面的，只要有人類社會存在，牠們便亦行存在。牠們與社會內部產生的區分完全不發生關係；即令我們假設有一種內部不具任何區分的社會存在，牠裏面仍然免不了有一種客觀法。因為只要有社會羣存在，牠便應當存在，社會觀念裏面，根本即含有法律觀念在內。我們絕不能概想一種沒有法律的社會羣，因為假如一個社會沒有支配牠分子的法律規則，這個社會羣亦必同時消滅。最重要的社會互依關係乃是法律關係，當著者說客觀法的基礎是社會聯立關係，意義亦即係指此。

不過根據社會學者的話，雖然可以說有不表現任何區分痕跡的人類社會羣存在，可是，現存的大多數社會，無論是最微小的，最野蠻的，或最強大的，最文明的，內部全有一種區分，可以直接接觸觀察者的眼簾。這種區分，即通常教作的政治區分。我們在這些社會羣裏面看見有數目多少不定的一羣人事實上處在一種特殊地位裏面，可以用實質的強制方法，將他們的意志加施於其他分子身上。易言之，即他們好像在命令其他的人的模樣，必要時他們還可以使用實質力量強行執行他們的命令。這就是通常教作的政治區分分析後的最簡單原素。那些好像在命令他人並能夠強制他人服從他們意志的人，就是統治者。那些好像受他們命令與強制的人，就是被治者。因此，我們可以說差不多所有人類社會，無論是大的、小的、文明的、或野蠻的，裏面全有一種統治者與被治者間的區分存在，而我們所教作的政治力量（*puissance politique*），分析到最後，亦即這種區分而已。

這種政治力量，無論在什麼地方，本身上永遠具有這種最初步的同一性格，牠無論在原始游牧人羣裏面屬於一個首領或一羣年長者手中，或在城市國家裏面為牧師或家長所有，或在現代

大國家裏面爲若干具有相當優良組織的人羣或個人，例如國會，內閣，委員會，國王，皇帝，大宰官，攝政，總統等所握有，牠永遠是一項同一社會事實，程度上容有區別，性質上則永無二致。

我們若採用國家一詞最普遍的意義，則每逢一個社會裏面有一種政治區分存在，無論這種區分如何幼稚或如何複雜及發展，我們都可以說在這個社會裏面業已有國家存在。國家一詞有時指的是統治者或政治權力，有時則係指內部具有這種統治者與被治者間的區分因而具有一種政治權力的社會本身。所以有時我們說國家就是劊子手的斧頭，保安隊的大刀。這句話雖然是句笑話，但我們若將劊子手的斧頭，保安隊的大刀看作強制力量的標記，這句話卻是非常正確的，良以國家依定義即是這種強制力量構成的故也。故無論在任何地方，我們若看見有強制力量存在，我們便可以說，而且並應當說這裏已經有一個國家存在了。

但根據現代的用語，國家一詞一般皆專用以指示政治區分已經達到某種發展及複化程度的社會。這種狹義的國家，我們固然很可以引用，不過這並不能否認著者上面闡明的事實。故在所有的社會裏面，我們若看見有一個或一羣具有加施強制力量於他人身上的人存在，我們便應

當說這裏已有一種政治權力或國家存在。我們無論怎樣去找，結果決找不着游牧羣首領的權力與現代由國家元首、部長及國會聯合組成的政府的權力之間有什麼根性上的區別。我們再說一次，這只有程度的不同，而沒有性質的差異，在這兩種情形之下，社會事實實質上完全是相等的。

要有國家存在，這項強制力量還應當是一種不能抵抗的力量。著者作爲此言，意謂這項強制力量，非在社會羣內部遇不見能反對牠及阻止牠以強力實現牠意志的對抗力量，不能成爲國家權力。假如有這樣一種對抗力量存在，而且至一個相當時期能够抵抗已行建立的力量，這項已行建立的力量便失去了國家權力的資格。假如這兩種力量能够彼此相等相消，那麼，這種狀態存在一日，一日便沒有國家，而只有一種原始字義的無政府狀態。這種無政府狀態，直亘續至有一種不可抵抗的力量形成時方始終止。

當然此處著者並未探討這項強制力量的正當性及牠是否隸屬於法律規則之下，受法律規則限制。著者亦未研究這項力量的淵源究是什麼，著者此處所說的，僅係就這項力量實際是什麼而言及就著者在差不多各個人類社會裏面所觀察到的這項力量而言。著者將牠看作一種考定



的事實。牠的確切性，著者覺得是不能反對的。正因為著者僅限於描寫及考定一種單純的事實，所以一切對於著者給予國家的定義所作的批評，全成爲無的放矢了。

有些人主張我們應依照我們觀察國家時所依據的各種不同觀點，例如：政治，經濟，法律等觀點，給予國家種種不同的定義。耶律內克即區分國家法律的觀念與社會的觀念兩種。賽德勒 (Siedler) 亦在界說國家爲一種社會現象之外，復界說國家爲一種法律概念。至於葛而生，我們在前四節裏面業已看見他的全部著作完全係受那項認爲國家在法律上與在社會學及經濟上乃截然兩個不同之物的思想所統治。在他看去，國家在法律上屬於梭梭 (Solten) 世界，在社會學及經濟上則屬於賽因 (Sein) 世界。在法律上國家是一種規範體系或一種規範體系統一性的表現，在社會學及經濟上則是一種事實。

艾斯曼說國家乃是一個民族的法律人格化。霍理歐認爲這項定義是對的，不過尙嫌不大完備，應當說國家是「爲創設民政制度，民族裏面各種原素實現了政治，經濟及法律的集權以後的民族的人格化。」

霍理歐在上述書的同一地方復批評著者不該藉辭以所有政治制度裏面全有幾種相同的形像，例如統治者與被治者的區分存在，便將牠們一律放在同一地位上。他並說：「這種方法是乾枯的，因為他阻止我們去作根據所有好科學方法應作的區別。」著者殊不能接受這項批評。著者並不會將所有政治制度全置放在同一地位，因為此處著者並不在考察各種國家可以採取的形狀。若就此點言，無論霍理歐氏如何說，著者固未將封建侯國與現代各大民主共和國混為一談也。著者此處僅說在一切社會裏面，或差不多一切社會裏面，我們全可以觀察到一種同一的現象——強者與弱者間的區分，這般強者，著者教他們作統治者，他們事實上可以執行強制力量。著者並說這種事實，我們可以用傳統詞語稱牠作國家事實，而這種強制力量，無論是在一九二七年由法蘭西共和國的機關行使，或是由十二世紀的封建諸侯行使，骨子裏全屬於同一性質的力量，因為他只是一種事實，當時社會裏面一種最大力量的事實。

這種力量的事實因時間地域的不同所表現的形狀亦各異，在現代大國家裏面，牠可以具有

某幾項特殊的性格，使牠表現一種外形爲古代國家所不見者。牠可以與法律規則相遇而發生如何考定法律規則對於握持這項最大力量者的作用問題。站在這項觀點上，我們可以給予國家一種特殊定義，我們可以談論國家的法律性格，或討論法治國家是什麼。我們還可以站在經濟觀點上討論國家，易言之，即討論國家在經濟界裏面能够及應當擔負的任務是什麼。此外我們仍應當探討這項力量事實如何出現於牠所存在的社會裏面及決定牠的社會原素都有些什麼。這項探討實一般社會學法學者的責任，本書的目的亦正是在作這項研究。然凡此種種固皆無礙於政治力量或國家存在的事實，易言之，即有一種強制力量能以不可抵抗的形式加施於社會羣分子的事實乃一項永遠如一不可縮減的事實也。

一般人曾頻頻援引蔡時凱 (Treitschke) 那句「國家即是力量」的話，而竭力抨擊之。抨擊之是對的，因爲蔡時凱說這句話用意並不是在考定一項社會事實，而是在建立一項行動原則。

德國政府的行動受他這句話的影響殆不在小。這是一種對內促成絕對主義對外鼓動侵略政策的原則，平聲之固理所當然。不過我們若將牠當作一句考定事實的話來看，則這位德國大公法家

這項國家最根本首要的性格，葉林在一段話裏面表現的很清楚，很值得我們將他引敘於此，不過我們要聲明一句，即這位德國法學家的這段話固然是對的，但他想附着於這句話上的種種推論，我們卻認爲大有討論的餘地。葉林說：「國家的性格係在成爲一種超越領土內一切意志之上的力量。爲使有國家存在，這項力量應當是一種實質力量，易言之，即事實上超越領土內一切其他力量之上的力量。國家一切其他條件全歸屬於這項條件之下。這項條件未完成以前，其他條件全不能成熟。因爲要完成牠們，國家必須先行存在，而國家則非在這項力量問題解決以後不能存在也。沒有實質力量乃是國家致命的罪惡，這項罪惡是沒有方法解除的，社會不但不寬宥牠，而且亦不能承受牠。一個不具實質強制力量的國家本身根本形成一種矛盾。國家力量最暴虐的使用，人民皆能忍受。他們曾承受過阿蒂拉（Atilia）的皮鞭，羅馬凱撒的瘋狂，他們常常將暴君尊崇爲英雄，只要他們在這些暴君壓迫之下可以醉飽。他們曾經忍受這種賽似暴風的人類力量擊破牠前面的一切，而忘記他們自己便是第一個受害人。故暴君主義就是在瘋狂狀態亦不失是一種國

家形態，然而無政府，易言之，即沒有強制力量的狀態卻不是一種國家形態。」

見 Thering, *Der Zweck im Recht*, I, 1880, p. 311.

我們專表示構成國家的事實，可以說再不能較這段話更顯明了。現在我們應當開始討論這項事實所引起的法律問題。第一個在人類意識裏面應當發生的問題即是問：這項強制力量是否對於握有他的人構成一種主觀權利？假如我們承認牠具有這種性格，另一項問題便將繼起，即這項主觀權利的來源是什麼？尚不止此，還有第三個問題，即這項強制力量如果是一種主觀權利，誰是他的主體？及這項主觀權利是否有一種限制？這三項問題，自許多世紀以來，我們即在討論，但至今尚沒有解決，此即最著名的主權來源，主權享有人及主權限制三項問題是也。

第五十節 公共權力是否一種主觀權利

這項問題對於一般法學者好像是不會發生似的，因為在他們看去，強制力量決不能逃出於法律管轄之外，但要使牠走入法律管轄之下，當然必須牠是一種主觀權利始可。故在他們看去，強

制力雖亦是一種主觀權利，但不成問題的，我們所應當考慮的，是它的來源，享有人及範圍而已。若

種主觀權利上。雖然曾經遇見許多反對的論調，但著者始終堅認爲這種企圖業已成功。著者本書之作，正在更進一步指明如何著者的主張乃是惟一合乎現實的思想，如何惟有牠可以清除那些不能解決的許多困難問題，而最重要者尤在指明如何還惟有他可以給予法律加於國家的限制一種堅固基礎。

這種強制力量，自從我們知道對牠思維以來，即表現爲一種正當的力量。我們很早便知道牠對於社會羣的生活及發展是有用的，沒有牠社會羣便會解體，或被他人所吞併。因爲牠是有用的，於是推論說牠是正當的，認爲社會羣的個體分子皆負有服從牠的義務。他們若拒絕服從牠時，握有力量者可以用他的力量迫令他們服從，而且如此作去並不失爲正當。這是事實上表現的情形；但我們曾經屢次說過，人類思想有一種天然的傾向，喜以臆想的及看不見的玄學本體解釋看得見的東西。根據這種傾向，於是一般人解釋上述情形說統治者所以能够用力量迫令被治者服從他們的意志而不失爲正當者，係因爲有一種公共力量的主觀權利存在，因爲在這項力量後面，還

有一項能力 (Pouvoir) 存在，牠的生命與存在，全是由這項能力得來的。故自從人們開始知用法學者的腦筋考慮這項問題以來，全說公共力量是一項權利，然而始終不曾確定過這項權利的享有人是誰。著者所以說自從人們開始用法學者的腦筋研究這項問題以來者，蓋因沒有這種腦筋的希臘人向不曾說過公共力量是主觀權利的話。著者不相信我們在亞里士多德全部政治論 (Politique) 裏面能找着一段話，可以使我們由之推論說在這位大哲學家思想裏面公共力量是一種主觀權利的。

反之，羅馬人則似乎曾將命令權 (imperium) 造成一種主觀權利。總之，舊王國時代的法律顧問 (Iegiales)，看命令權概念是一種主觀權利，係向羅馬法裏面去尋找而來，殆顯然不成問題。他們將命令權概念依照着財產權 (dominium) 概念建造起來。他們曾給予牠一種極堅固的體構。這項概念所以至今仍存留於一般人思想裏面，必須用去九牛二虎之力方能使之消滅者，職是故也。

後面還有一種能力一種權利存在這種能力或這種權利即所謂發布無條件命令的能力或權利是也。有時他們復界說這種能力是一種永遠只受自己決定的意志能力。更有時他們復說這種能力是一種自己規定牠行動領域的能力，由這些定義，我們可以看得很清楚他們賦予這項權利的根本性格是什麼，即：一種發布命令同時並能自行規定命令範圍及運用不可抵抗的強制力量以執行之的能力是也。

這項發布無條件命令的意志能力有許多不同的名稱，從前並曾經過長久的討論，想在這些名稱所指的事物之間作出種種區別。最簡單的名稱是政治權力 (*pouvoir politique*)。其次我們還可以拿已成現代用語的 *imperium* 稱呼他。此外德國人還有一個極合適的名稱，統治權 (*Herrschaft*) 亦是指牠的。

最後還有一個名詞具有特殊幸運，亦是指示牠的。這個名詞曾經引起無數無盡頭的爭論。直至現在仍未有艾。這個名詞即主權 (*souveraineté*) 是也。主權指的是政治權力本身抑僅指某一種政治權力？抑二者皆不是，而僅指的是某某種政治權力的一種固有性格呢？主權是一種真正的

權利，抑是握有政治權力人的意志呢？一般人所說的民族意志主權是否即是這種意思呢？著者作公法研究，迄今已四十年，深信所有這些關於主權意義及範圍的討論全不啻是純粹廢話。主權，政治權力或統治權力等詞全係同義的名詞。不惟如此，就是公共力量一詞，我們亦可以用於這種意義之下，不過我們最好還是保留這個名詞專用去指示正當運用的強制力量。因為政治權力，統治權力或主權，假如真係一種主觀權利，公共力量可以說是這項主觀權利的運用，至於政治權力，統治權力及主權三詞，則完全係用在同一意義之下的。

公共力量在如此了解之下是否即係一種主觀權利的表現，而我們只須去考定牠的基礎與享有人便够了呢？著者在前數章裏面既力事闡明主觀權利觀念乃是一項不實在觀念，在實證科學裏面絕無牠立足之地，當然著者不能同意說政治力量後面有一種權利存在了。蓋無論我們給予牠一個什麼名詞，牠終不外是一種主觀權利故也。著者認為我們決不能因有某些人可以正當地對於另些人行使一種強制力量的事實，我們便說前者對於後者有一種支配權利。我們曾經看

見過權利只能是一種意志能力，一種可以支配另一種意志的能力，但此處我們之不能證明一個

蓋假如主權乃是一種主觀權利，牠應是一種非由高等權力所授予的原始權利，所以然者，良以主權以上不能再有超越於牠的權力故也。因之，我們不能證明國家主權是一種權利，猶之我們不能證明個人自主性是一種權利一般。權利非有一種高等意志參預不能得到解釋。假如主權真是一種超越個人意志的意志，牠到可以授予個人權利，然主權本身要想成爲一種權利，則必須更有一個超越主權的意志存在方可。然而我們知道依照主權定義，世上是不能有一個超越主權的意志存在的。所以主權除非乞援於一種超人世意志的決定，決不能成爲一種權利。但如此，是又復返到與一切科學研究完全不相干的神學概念上去了！

這便是所以很多世紀以來在主權來源問題上產生無數爭論的原因。這項問題根本是不能解決的，因爲牠是實證科學上根本不能設定的一項問題。

由此觀之，足見主權只是一種單純事實而不是一種權利，乃極其顯著的了。然而著者的這種主張卻遇見了許多非難。這些非難，我們在本書後面全將看見，此處且不具論，不過有兩種非難，似

乎現在便應略徵討論一下。

著者努力想成爲一個十足的唯實主義者，摒絕一切玄學觀念，認爲維持主權觀念乃維持一項玄學觀念，故堅決主張應排除之於法學之外，乃霍理歐氏反責備著者不是一個真正的唯實主義者，原因正是因爲著者不知政治力量是一種事實而否認之。他說：「有人或許要問政治權力的事實是否有一種客觀的存在，例如狄驥君好像假定政治權力必然的須是國家法人的主觀意志似的，然我們很可以肯定說政治權力或社會整個體對於其部分的政治反動乃是客觀的事實，而且據我們前面的證明，權力亦絕不可與實質力量混爲一談，因此，狄驥君以法律玄學爲口辭，將這些事實一掃而空，殊不見得牠是一個唯實主義者也」（見 *Droit administratif* 9^e édition, 1919, p. 28）。

此處似乎我們應當解釋一下。著者固努力不使忽略了任何事實，但有時很可以有若干事實沒有看見。如果有這種情形，著者極願承認錯誤。然著者對於說公共力量後面有一種主觀權利存

無論我們給予這項權利的主體是誰，殊無關輕重也。霍理歐說政治權力與力量不同而且亦是一種事實，什麼事實？「社會整個體對於其部分的反動」（見第二八頁）或「專持影響活動不必消費於執行上的資本力量」（見第二四頁）看成一種專持影響活動的資本力量的權力當然是一種事實，著者向來不會忽視過，更不會否認過。蓋由統治者握有一種不可抵抗的強制力量，我們若不服從他們的命令，他們便可以運用這項力量強令我們服從的事實，結果常常可以使他們不必運用強制力量而得到服從，這乃是很顯然的事實，無人可以置疑。但這種事實正是一種力量事實——力量所引致的恐懼事實——的表現，絕不能由之證明在這種事實上存在的強制力量後面有一種主觀權利存在，而這種強制力量僅是牠的行使也。霍理歐不能證明這一點，初不較其他法國或外國公法學者高明，雖然他曾用去兩頁很燦爛的篇幅，可是著者卻不能找着絲毫可以使人捉持住的思想。

霍理歐一九二三年的憲法精義 (Précis de droit constitutionnel) 雖將國家權力設定為先天原理，然亦未能證明牠是一種主觀權利。他在這部書裏面僅說：「將這樣重要的一項經典

原理一筆鈎銷，何等危險！將一種公法體系建設在否認權力上。何等類似行險僥倖的博賭行爲（第六頁小註(1)）他復說：「這種自命爲唯實主義的學說實際所表現的非常乾枯，結果將正領至一種虛空原理上」（第七頁小註(1)）

著者敢回答霍理歐曰：否認概想爲國家權利的權力，不但不是一種行險僥倖的博賭行爲；而且日日走入事實及一般思想裏面，使牠們皆了解惟有如此作去始能對於國家行動建立一種實證的限制。另一方面，唯實主義的法律規則學說亦不但不乾枯，而且只有根據牠及否認國家主權方能將真正的國際公法樹立起來（參閱本書第六十七節。）

另一項非難，是艾斯曼的批評，著者不瞞讀者說，著者對於他這項批評非常感動。他說：「否認主權權利只有一項很明顯的結果，即承認力量統御，力量具有單獨創造政府的權力是也；即以事實代法律是也。」

著者取國答著者的看法適與艾斯曼的看法相反著者認為惟一可以將公法建設在一種堅固基礎上及給予國家力量一種真正法律限制的方法即在排除主權權利觀念。蓋主權權利或者不是任何東西，不然，便是最高命令權，易言之，即制定無條件命令的權利，或一種只受自己決定的意志的權利。若主權權利果係如此，試問我們若不將牠根本消滅如何能够給予牠一種限制呢？艾斯曼本人似乎亦不能不承認這一點。他於說罷國家主權應受個人權利嚴厲限制之後，接着便拒絕承認個人有抵抗暴政的權利。他不但拒絕個人有攻擊的抵抗（*résistance agressive*）權利與防守的抵抗（*résistance défensive*）權利，而且否認他們有消極的抵抗（*résistance passive*）權利。他於說到一七八九年與一七九三年的人權宣言曾宣佈抵抗暴政權利乃其他人權的結果時曾說：「這全是屬於過去的錯誤，就是職業組合權利亦沒有這樣危險」（見艾斯曼前書第一〇八頁。）

艾斯曼認為否認國家的主權權利將領到力量的萬能上，惟有承認主權權利方能避免這種結果。他忘記了主張國家主權的最特出理論家全都是些德國法學者，他們正是想由這種學說給

予國家萬能一種法律基礎，使他的對內無限制的權力與對外窮兵黷武的大慾全有所根據，如何能說主權觀念可以避免力量萬能的結果呢？

然而艾斯曼以爲著者學說係一種日耳曼產品，直接受德國學說感示而來。著者極力反對這種說法。著者學說不但不是德國學說的產品，反而是牠們的反面。著者第一次陳述著者學說的著作，即一九〇一年刊行的國家客觀法實證法 (*L'Etat, le droit objectif, et la loi positive*) 正是爲反應耶律內克一八九二年出版的公主觀權利體系 (*System der öffentlichen subjektiven Rechte*) 而寫的。德國公法學說乃是絕對的主觀主義，牠將公共力量造成一種主觀權利，而認國家係牠的享有人。至於著者的學說，則是根本的客觀主義。著者否認概想爲主觀權利的公共力量，著者否認概想爲權利主體的國家人格，著者只承認國家具有一種事實力量，牠的對象與範圍全係由客觀法規定的，而且著者認爲我們只有由這條路方能達到將國家受法律的限制一事建立在一種堅固基石上。

著者學說與德國學說截然不同，真正留心的學者沒有會弄錯的。例如霍理歐曾說：「對於德國學說這項強烈的肯定：整個公法全是主觀的，狄驥君答以另一種強烈的肯定：整個公法全是客觀的，狄驥的力量係由自由及憲法等情感汲取而來，至於德國統治權（Herrschaft）觀念則根本是行政的與反自由的。」達維君在上面我們曾經提到的他對於著者學說所作之研究裏面亦曾說：「艾斯曼對於狄驥所作的批評，多數皆具有一部分理由，但其中有他認為最嚴重的一項，說否認主權將領導至力量統御上，則我們殊不能了解也。」

參見 Hauriou, *Revue générale de droit juhn-aodt*, 1914, p. 376; Davy, *Revue philosophique, mars-avril 1920*; Id., *Le droit, l'idéalisme et l'expérience* (一九二二年版第九三頁第二小註及自第八八頁至第九三頁全節。達維君在這一節裏面，曾對於如何反之乃主觀學說方可以領導至國家萬能上作有很清晰的說明。

在這幾位學者如此明晰的表示之下，著者不欲再多說了。總之，艾斯曼之批評實無觸於著者毫末也。

因此，著者不但仍繼續否認看成主觀權利的政治權力，而且這種信念隨日益堅，主權既依定義是一種命令力量的權利，故否認這種政治權力亦即否認主權。此外還有一項理由使著者更不能不維持這種否認者，即我們對於這項權利何由產生不能解釋，易言之，即對於主權來源問題不能解決是也。這項問題，許多世紀以前即已有人開始討論，然直至現在不曾得到一個滿意答案。著者認為這項問題永遠討論下去亦是沒有結果的，因為牠與自由意志 (libre-arbitre) 問題完全一樣，皆是不能解決的問題故也。

第五十一節 主權來源問題

這項問題即探討如何解釋有些人有權用力量強迫另一些人服從他們意志的問題。這項問題無論出以何種形式，我們教牠作國家來源問題也好，主權來源問題也好，或政治權力基礎問題也好，內容永遠不外上句話所說的東西，所要解釋的永遠係何以一個人羣裏面有些人可以合理地強迫其他的人服從他們的意志，可以合理地運用一種不可抵抗的強制力量及決定在什麼情形之下他們可以運用這項力量，及何以一個社會裏面有些意志能合理地具有只受自己決定的

特權及對於他人發施無條件命令的權力。

著者前曾說過許多世紀即有人討論這項問題，但至今牠的答案並沒有前進一步。理由是牠根本是一項不能解決的問題。蓋要解決這項問題，我們必須證明有些人世的意志根性上超越於其他意志始可。我們在通常談話裏面儘可以說某人命令某人，但我們若稍加思索，即知這種說法是不通的，因為要命令 (commandement, ordre) 存在，必須命令意志本性上超越於受命令的意志始可，但這種超越性，就人類意志對人類意志而言，是不能存在的。我們沒有任何理由可以說一個人類意志係超越於另一個人類意志，即令這項意志，是一個集合意志，（假令我們承認有人類集合意志存在的話，）我們亦一樣沒有任何理由可以說牠是超越於個體的人類意志。

因此之故，所以一般人為邏輯驅使自然而然謀求援於一種超越人類的意志，說牠將一種命令力量授予了某些人，以為這些人命令他人之根據。下節我們要說的神權說，無論何派全是為適應這項邏輯的與自然的觀念而來的。這些神權說，其方式雖有種種的不同，然一律具有一項同一性，即由超自然力量的參加來解釋主權是也。

這些學說，當然不具任何科學性質，著者且不願予以討論，不過我們卻應當承認牠是惟一合邏輯的，蓋國家主權想由人世方法得到解釋，乃係絕對不可能的事。我們後來可以看見這便是所有一切想由人世方法解釋主權的民權說不可醫治的缺點，同時亦最足證明乾脆否認政治主權的學說，如我們所主張的學說，確係合乎真理的學說。

因爲不求援於超自然力量不能解釋國家主權，所以一般與實證宗教信仰完全不相干的哲學學說爲給予國家主權力量以合理根據起見皆走到將國家本身神聖化的路上。牠們不說國家權力係由神直接賦予的，但將國家本身造成神體，使牠可以強施牠的意志於其他意志身上。例如黑格爾關於國家神聖性的學說即是如此。他說：「國家是上帝在世上的行動。」又說：「國家乃世界上能意識牠自己的精神，牠造成人世上的轉化，易言之，即造成人世上的神。構成國家對於個人所具有的無限權力基礎的，即是國家裏面的這個神。個人的精神生活，只有在國家神裏面方能得到完滿的實現。這項神聖性格屬於一切國家。國家可以好，可以壞，可以組織的很好，亦可以組織的不好，皆沒有若何關係，只要有國家存在，牠身上便永遠帶有神聖的原素。國家無論惡劣腐化至何

地步，牠永遠是一個國家，牠永遠保有牠生命的極積原素，牠永遠是道德觀念的現實，牠永遠是神聖的。」

Dr. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, VIII des *Œuvres complètes*, 1833, p. 319
et 320.

在康德著作裏面亦表現有同一思想，而且其精審程度亦不下於黑格爾。康德認為一個臣民若於探究國內現行統治權力的原始來源之後，意欲抵抗這項權力的命令，這項權力所制定的法律有充分權利懲罰牠或處之於死及放逐之於法律之外。而且於表示這項意見之後，復說：「一項法律如此神聖不可侵犯，在實用上稍微對之懷疑已構成一種犯罪行為，當然更不用說片刻停止牠的效力了。這樣的法律不像是由人來的，而應是由某種最高的與不會錯誤的立法者創造的。這便是「所有權力來自上帝」的那項格言的意義。牠所表示的，並非社會組織的歷史基礎，而是理性實用原則的觀念，即無論現行立法權力的來源若何，我們皆應服從之的觀念是也。因此，所以又有一項格言說：國家裏面的主人對於他的臣民只有權利而沒有義務。」

見 Kant, *Doctrine du droit*, traduction Barni, 1853, p. 177 et 178. ——雖然如此，但一般人仍堅謂

康德是一個主張與國家主權對抗的個人自主性的哲學家！

我們在葛而生所著 *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* 一九二二年版第二一九頁以下，可以找到一個關於德國學說很完備的陳述。這些學說大都相當奇怪，他們肯定國家的神聖化，將超法律的國家觀念與超世界的上帝觀念相比（第二五二頁），並主張說超越的上帝化身爲人，以便與人類發生關係，同然，超法律的國家，亦自己化成一種法治國，以便隸屬於法律之下（第二二七頁）。

以人世方法不能解釋國家主權並可以使我們了解純粹民權說何以在某一個時期內亦含有宗教神話性質。我們知道民權說雖然有種種不同形態，但皆可以歸納於認政治主權屬於牠對向行使的集合體的觀念上。鐸克維爾（Tocqueville）曾在他的名著舊朝與大革命（*L'Ancien Régime et la Révolution*）裏面將其最值得注意的一章題爲：『何以政治革命的大革命會做照宗教革命的樣子進行？』他舉出了好幾項理由解釋這個問題，最重要的一項便是說當時創造革命的人將民族主權原則看成一種宗教經典。常有人說大革命將人民的神權替代了帝王的神權，這話是非常正確的。大革命宣佈民族主權時所具有的宗教信心與帝制熱心者之肯定君主主

權的信心完全一樣，民族主權 (la souveraineté nationale) 成功了一種宗教神話，牠所以在世界上會發生一種奇異的影響者，亦皆由於牠這項性格的結果。迨至大戰暴發之際，這種對於民族主權神話的信心顯然已達到即要完全消滅的時期。大戰之後，有人或許要懷疑牠經過此次重大事變之後又將死灰復燃，但著者則絕不信其能如此。

大戰之後，一般人頗想將由各種條約調整的國際關係依附於一種民族原則 (principe de nationalité) 上。但這項原則與民族主權原則完全不同。前項原則所稱之民族實際僅係指一羣因言語相同被認為同源流的人民而已。不過另一方面，協約國最高理事會復會將民主原則奉為不可侵犯的原則，認為非由民選會議產生的政府，不得為合法成立的政府。此種舉動，固好像是在實現民族主權原則似的，但同時我們亦可以懷疑此處或許只是國際關係間的一種實用規則，藉以決定何種新政治團體應為已存各國所承認而已。著者在本書前版裏面曾說：「協約各國將來為事實推進或許不能不與未經國民投票成立之事實政府相交涉。」這項預言現在業已實現。例如布爾希維克政府雖然僅僅係由一種暴力行為所組成，而且根本否認民族主權原則。然而英法二

國皆已在法律上 (de jure) 與事實上 (de facto) 承認了牠。當著者執筆寫此段時 (一九二七年五月八日) 蘇維埃社會主義共和國 的代表業已正式出席於國際聯盟所主持的國際經濟會議，沒有一人曾經想到反對他們，說他們係代表一種沒有經過國民授權的政府。

總之，這些問題全是國際政治上非常煩複的問題，無論牠們的解決途徑如何，皆不能影響著者本節中所說的話，即人們向來早已注意到主權來源問題是不能由人世方法解決的，於是為解決這項問題計，或求援於一種高等力量，或將主權本身神聖化，由第一種觀念，於是產生了種種神權說。而民族主權經典，則係由第二項觀念而來。這種民族主權經典宛如一種真正的宗教經典亦有他的信徒及殉教者。

第五十二節 神權說

所有一切由超人世力量作人世干預來解釋政治權力及給予政治權力以根據的學說，著者統稱之為神權說。我們由這項界說已可以看見牠們個個都有一項不可救藥的缺點，即牠們全是不科學的，蓋牠們全假定有一種超自然力量的干預故也。不過這些學說雖不科學，到頗值得我們

注意牠們實形成政治思想史裏面一個極重要的原素。今爲避免混淆起見，我們應將牠們分爲兩組：著者取華賴猗 (Vareilles-Sommières) 君的話，教他們爲超自然神權說 (doctrine du droit divin surnaturel) 與神意神權說 (doctrine du droit divin providentiel)。

超自然神權說——這派學說主張說一種高等力量，上帝，不僅創造了政治權力本身，而且指定某人或某人，例如某一皇室，應在某一國家裏面握有政治權力。

這種學說，常被人認爲係天主教神學者的傳統學說，這實是一項錯誤。天主教神學者雖然根據使徒的話：『Omnis potestas a Deo』主張說權力本身來自上帝，但他們認爲某一時期某國內具有具體性格的權力乃係人類的創造品，故在他們看去，具體的政治權力係來自人民，而不是來自上帝的。

聖鐸馬 (Saint Thomas) 在他的龍巴德彼得格言註釋 (Commentaire des Sentences de Pierre Lombard) 裏面曾說：權力裏面含有三項原素：(1) 原則，(2) 方式，(3) 使用。權力原則係來自萬能創造者，上帝，權力的方式及使用，則係來自人類，而權力之人類淵源，乃是人

民 (people) 或大眾 (multitude) 此外聖鐸馬在神學大全 (Somme théologique) 裏面一方面說：「財產權及主權均生自人法」 (dominium et prelatio introducta sunt ex jure humano) 另一方面復說：「整理公共福利之權應屬於民衆全體或代替他們活動的人，制定法律之權亦係屬於民衆或負責撫育民衆的公務人，所以然者，因為此地與在其他事物裏面一樣，爲一項目的而處理一切之權皆應屬於此項目的所屬之人故也。」

見 Saint-Thomas, Commentaires des Sentences de Pierre Lombard, Liv. II, distinc. 44, question I, art. 2; Somme théologique (édition Vivès) 2e partie de la 2e partie, question 10, art. 10, VII, p. 341; Première partie de la 2e partie, question 96, art. 4, VI p. 380 et 381 — 在後面這段書裏面，聖鐸馬說：「人民制定的實證法，有公正的，亦有不公正的。當他們是公正的時候，他們根據聖經所載：國王由我而統御，立法者由我而制定公正的誥令一語，可以因他們所從出的永久法具有拘束人民良知的力量……至於加施臣民以不公正負擔的苛虐法律，超越了上帝授予權力的界限，人民若果可以反抗他們而不牽動更大的禍害或惡例時，殊無必須服從牠們的義務。」我們在本書第三卷研究反抗暴政問題時還可以看到聖鐸馬的這項學說。參閱 De Regimine principis, livre I, chap. V, traduction Rognet, édit., de la Gazette française, 1926, p.

由上面這幾段文字看去，聖鐸馬的思想可以看得很清楚，即權力的根性權力本身（*pouvoir en soi* (*forma prelatiōnis*)）係由上帝而來，但事實上的權力與牠的變幻不定的形態，則係人法（*droit humain*）裏面的東西，由人民所產生，唯有人民自身可以為他們自己的目的組織之，這便是天主教一般大神學家傳統的學說。

我們於十六世紀之末與十七世紀之初，在柏辣明（*Bellarmin*）與蘇亞雷（*Suares*）的著作裏面，亦可以找到這種思想。柏辣明說：「注意權力的直接主體係民衆全體，蓋權力雖是神法裏面的東西，但神法並未將這項權力授予任何特殊的人，牠將牠授予了民衆全體。再者，實證法既行取消，我們殊無理由在一羣大家平等的人裏面說某人應當統治另一人，所以權力係屬於民衆的。最後人類社會應是一個十分完善的共和國，所以牠應當具有保存牠自己及懲制破壞和平者的力量。」

蘇亞雷亦說權力間接來自上帝而直接則來自人民，「權力依事物的本性係直接存在於社會之中，所以要想使牠合法地傳於某些人或一個君主手裏，人民的同意是不可少的。」

參閱 Bellarmin, *De membris ecclesiae*, liv. III, *De laïcis*, chap. VI, édit. Vivès, 1870, III, p. 11; Suarez, *De legibus*, liv. III, chap. II, §2, Naples, 1852, I, p. 169. 參閱 Liv. III, chap. III, §§5 et 6 et chap. IV, §1, p. 165 et 168.

關於天主教神學家解釋權力來源的學說請參考 Mannus, *La République et la politique de l'Eglise*, édition 1902; Féret, *Le pouvoir civil devant l'enseignement catholique*, édition 1902; Marius Denis, *Le droit divin et la souveraineté populaire*, édition 1906; Le Fur, *La souveraineté et le droit public*, Revue du droit public, 1908, p. 412 et suivant; Zeiler, *L'idée de l'Etat dans Saint Thomas d'Aquin*, édition 1910; A. Malagola, *La théorie politique de S. Thomas d'Aquin*, 1912, Montagne, *Etudes sur l'origine de la société*, 1900 de Cepeda, *Eléments de droit naturel*, 2e édit., traduit de l'espagnol par Duclair, 1890; Mgr d'Hulst, *La morale du citoyen*, conférences de Notre-Dame, 1895; chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898; Id, *Le rôle social de l'Eglise*, 1921, particulièrement aux pages 98 et s. le chapitre intitulé: *L' Eglise et les pouvoirs publics*; P. Coulet, *L' Eglise et le problème politique*, 1922.

教皇雷雅十三(Léon XIII)的各種教令裏面亦含有整個一部關於權力來源的學說。他的

雷羅 (Dietrich) (一八八一年六月二十九日) 裏面有一段話，很值得我們引述於此，因為這段話似乎與聖鐸馬柏辣明蘇亞雷等人的學說相衝突。牠指示說在雷羅十三看去，人民雖然可以指定統治者，然授予統治者權力的，卻不是他們。這項權力係直接由上帝授予的。雷羅十三說：「現代有很多人，步武前世紀一般自命為哲學家的人們的後塵，宣稱一切力量皆係來自人民，因之，在社會裏面行使權力的人們，全不是行使他們自己的權力，而是行使一種由人民委任的權力。這項權力是人民可以隨時撤回的。天主教徒的感覺則完全與此相反。他們認為命令權力係來自上帝，牠由上帝演生，猶之由牠自然的與必然的原則中演生一般……我們此地應注意主持治理公共事物的人在某些情形之下很可以由民衆的意志與判斷選舉，而不與天主教教義相齟齬。但這項選舉只是在指定統治者，並不能授予他統治權力，選舉不能委任權力，牠僅在指定接受權力的人而已。」

雷羅十三為要說明統治權力係直接由上帝授予握有權力的人們，於同論旨稍後復說：「此地還有另一項很重要的考慮。管理公共事物的人們應當能夠要求人民的服從及能夠使拒絕服

從成爲罪惡。但世上沒有一個人是在他身上或由他本身即具有拘束他同類人自由良知所應有的力量的。惟獨上帝以宇宙創造者及立法者資格具有這項力量。故行使這項力量的人們需要由上帝承受這項力量及以上上帝的名義行使之。」

這段話不好像與前面所陳述的聖鐸馬柏辣明蘇亞雷等人的學說，易言之，即蘇亞雷簡約爲：「權力直接來自上帝，間接來自人民。」一語的學說相衝突麼？不過雷雍十三在一八九二年關於擁護共和國問題致法國各紅衣主教書中又好像撤回了他 *Diturnum* 諭旨裏面的話，而主張聖鐸馬與蘇亞雷等人的學說。他在這封書裏面說：「我希望大家考慮一下，政治權力雖然係來自上帝，但我們絕不能因此便說這種神的委任必須直接牽動權力傳授的方式或牠所表現的一時形狀及爲牠主體的人。我們只須看這些方式在各國裏面的變換不一，已顯然可見牠們來源的人世性格了。」

在教皇雷雍十三的各項關於政治學說的教令中間我們特別應讀以下各項教皇諭旨：*Diturnum*, 20, juin

Encyclopédie aux évêques de France, 16 février 1892; Lettre encyclopédique aux cardinaux français, 3 mai 1892.

在最後兩項教令裏面教皇雷雅十三曾以極懇切的態度勸令法國的天主教徒忠誠接受共和政體。

所有雷雅十三的教令全依日期順序載在巴黎白牙街 (Rue Bayard) 第五號門牌所刊行的 *Lettres apostoliques de Léon XIII* 裏面。此書關於各項教令皆載有臘丁文及法文兩種文字，共七卷，我們前面引述的兩段 *Diturnum* 諭令見第一卷第一四三頁，致法國各紅衣主教書見第三卷第一二五頁。

關於教皇雷雅十三的政治學說請參閱：Turmann, *Le développement du catholicisme social depuis l'encyclique Rerum novarum*, 2^e édition 1911; Thillet, *Les idées politiques de Léon XIII*, thèse Bordeaux, édition 1914; P. Tischleder, *Die Staatslehre Leo XIII*, édition 1925; ehénon, *Le rôle social de l'Eglise*, 1921, p.97 et s.

隨龍 (Chénon) 在上面所舉之書第一一頁第一小註裏面極力想證明前面所引的教皇諭旨 *Diturnum* 裏面的那段話並不含有著者所賦予牠的意義。他說雷雅十三的思想並不會反對神學家的一貫學說，即謂政治權力本身雖猶之一切物件係上帝所造，但將權力授予事實握有權力的人則不是上帝而是民衆的學說。因之，在隨龍君看去，著者所說的 *Diturnum* 諭旨與致法國各紅衣主教書之間的矛盾亦不存在。但隨龍作爲此言，並沒有充足理由。他僅說這項學說乃許多世紀以來教會所公認的意見，而主張牠的人又有很多如此著名的神學家，教皇雷雅十三絕不能不經任何駁

詢亦不感到需要即遽然將他廢棄的。雖然如此，但隨龍卻不能不承認這種說法不但非著者一人之私言，而且教皇皮十世 (Pie X) 對於 *Diuturnum* 諭旨的這段話，亦曾抱有同一見解（見下段）。

教皇皮十世在他一九一〇年八月二十五日駁斥西雍 (Le Sillon) 的諭札裏面所持的主張完全與聖鐸馬柏辣明蘇亞雷等人的學說相反。他不但說權力本身來自上帝，並謂授予權力與握有權力人的，亦是上帝。人民只能負指定這類人的責任，並不能授予權力，因為權力非他們的所有物故也。這可以說是對於民主原則一種明白的駁斥。皮十世曾援引雷雍十三的威權及他在 *Diuturnum* 諭旨裏面所說的一段話，以為他的這種主張的根據，在這種情形之下，故著者覺得一般天主教作者很難再說這不是雷雍十三的學說，而強說他的主張即係前面所陳述的神學家的意見了。而且皮十世諭札中的這段話關於他自己的思想與他所認為雷雍十三的思想說的非常明顯，不容我們發生絲毫疑義。茲將牠引錄於下：他說：「西雍最初將公共權力置放於人民身上，然後方由之傳授予統治者，而這種傳授只是一種委任關係，權力的根本仍繼續存在於人民身上。

我們知道雷雍十三在他的諭旨 *Diuturnum* "De principat politico" 裏面曾對於這種學

係由上帝而來，但他先將牠放在人民身上，以致牠的委任關係由下而上行……我們知道委任的性質是由上而下的，故這種由下而上的委任關係，除了本身不合理以外，而且雷雍十三並會早已駁斥過這種以耶教學說與哲學主義（philosophisme）的錯誤相遷就的企圖了（下接前引雷雍十三那段話的後一部）……假如人民果是權力的握有者，權力將成了什麼東西？權力將成了一种幻影，一種神話了！世上將不再有真正的法律，亦不再有服從。關於這一層，西雍亦會承認，因為牠曾以人類高尚性的名義要求政治的經濟的與知識的三重解放故也。」

參照 Actes de Pie X, Paris, 5, Rue Bayard, V, p. 128. — 參照 Encyclique Nostis et vobis cum de Pie IX, 8 décembre 1849, Lettres apostoliques de Pie IX, Paris, p. 161.

這種超自然神權說，尤以在法國十六七世紀時最盛，牠最初表現於一句古語裏面，即謂：「法蘭西國王的王國僅係由上帝與他的寶劍得來」一語是也。這句古語，乃係當時國王與他的法律顧問用來對抗教廷的。其次，法國國王還喜歡援引登極典禮（cérémonie du sacre）有些神學

家認為這是第八種降福儀式 (huitième sacrement) 乃一種藉以辨別上帝授予國王命令權力的外部標記。最後純粹神權說最完備的表現則係在路易十四的幾種著作與路易十五的一項法令裏面。路易十四在他的回憶錄裏面說國王握有的權力乃是一種上帝的委任，權力的來源係上帝，而非人民，國王唯獨對於上帝負行使權力的責任。至於路易十五，則在他最有名的一七七〇年十二月飭令裏面說有下面的一段話：他說：「我們的王冠僅係受自上帝。制定法律之權……僅單獨屬於我們，上面既無有依附者，旁側亦無有分享者……」

見 Mémoires de Louis XIV, édit. Dreyfus, 1860, II p. 236.

此外希基業 (Hitier) 君復將威廉第二一八九七年九月在哥卜稜茲 (Coblentz) 所作

的演講詞裏面的一段話與上述路易十四等的話相比，牠們中間確實有相同之處，希基業君以之相比，可謂恰當。威廉第二在這段話裏面說：「威廉第一曾指示我們一個寶藏，並曾使之大放光芒，我們亟應如神聖似的保存着牠。這項寶藏維何？即上帝寵錫我們的王國是也。這個王國載有牠的沉重義務，牠的勞苦，牠的不能延宕的工作，此外還有牠對於上帝而負的重大責任。這項責任，係僅

對於上帝一人而言，無論任何大臣，任何議會，任何人民，均不能爲君主免除的。」其後一九一〇年四月二十六日，威廉第二在可尼西斯白格 (Koenigsberg) 宴席上的獻爵詞裏面，復表示有此同一思想。他說：「朕皇祖考即在此地，本其固有權利，重加普魯士王冠於其頭上，其一再昭示吾人，此冠之來，僅係由上帝之寵錫，而非由國會、國民會議或國民總投票所給予，爲狀至明確也。是故朕皇祖考嘗以天遣專使自視，本此資格履行其人君之義務。其後朕皇祖考御此王冠，奮其威武，出征四宇，復於四十年前爭得今日之帝冠於手。朕承大業，亦當自視爲上帝特遣之使臣，追尋國家昌盛及和平發展之大道，勇往直前，無論今人意見如何，絕不顧慮，不過爲達到此目的計，國人一切合作，固朕所願望者也。」這段話與路易十五飭令緒言裏面那段話的相似，不活躍於紙上麼？這段話在德國當時會引起很大的感動，在某機關方面並且發生不少劇烈的抗議。數日之後，威廉第二在馬里因堡 (Marienbourg) 所作之講演裏面，又好像大有對於可尼西斯白格獻爵詞的涵義加以解釋及減輕其色彩的意思。

參閱：Hitler, Les doctrines de l'absolutisme, édition, 1903, p. 26.——關於威廉第二在可尼西斯白格

的講演詞以及他在德國所引起的感動一層，請閱：一九一〇年八月二十五二十八二十九各日與九月一日的時報（Le Temps）。

一九七四年八月三日的誑言（Le mensonge du 3 août 1914）一書的作者復在該書的第三八五頁載有威廉第二一九一六年十月手書的一張宣言的摹本。該宣言開首數行曾說：『國王之權既屬於神權，故只應對上帝一人負責，他只應站在這項觀點上，決定他的道路及他的行動。』此亦可以與前段話對看。

一般人常常認為鮑濡崖在他所著之 *La politique tirée de l'écriture sainte* 與 *Le cinquième avertissement sur les lettres du ministre Juriou* 一文裏面，是一個十足的超自然神權說的神學者。此話殊不十分正確。固然我們在這兩種著作裏面可以找着下面這樣的話：例如說：『上帝建立人君，以為他的宰輔，使他們代他治理萬民……人君係以上帝宰輔與下界佐軍的資格而活動的。』固然在 *Le cinquième avertissement* 裏面，鮑濡崖曾極力攻擊茹里約（*Juriou*）權力來自人民的學說，但我們要知道鮑濡崖對於人民主權觀念並未完全排棄，亦給予

牠有相當地位，例如他說：「不久人君或由人民的同意或由武力而建立了。」又說：「王國形式之外，尚有其他政治形式，歷史告訴我們有很多共和國存在，中間有些是由全體人民治理的。」最後他還說：「這些帝國，最初無論如何強暴，不公正，苛虐，但久之，因時間及「人民同意」的關係，可以變為合法的國家。」

見 Bossuet, *La politique tirée de l'Écriture Sainte*, Liv. III, art. 2, 1^{re} proposition; Liv. III, art. 1^{er}, 4^e et 6^e propositions. *Cinquième avertissement aux protestants sur les lettres du ministre Jurieu*, intitulé : *Le fondement des empires renversé par ce ministre*, Œuvres de Bossuet, édition Didot, 1852, IV, p. 404 — 關於茹里約與鮑潘崙二人間之論戰，請參閱 R. Lureau, *Les doctrines politiques de Jurieu*, thèse Bordeaux, 1904; Rébelliau, *Bossuet, historien du protestantisme* 1891.

神意神權說——華頓猗君曾說：「在這些學說裏面，上帝決定權力主體，並非由於他的意志一種超自然的表現，而是由於神意領導下的事變及人類意志的表現。」由此觀之，在這種神權說裏面，權力固仍來自上帝一人，但握有權力的人接受這項權力，卻係用一種人世方法。不過這種人

世方法係在常在的上帝暗中領導之下而已。這種學說與聖鐸馬柏辣明蘇亞雷等人所主張之學說酷相類似，同時亦即教皇雷雍十三在他一八九二年致法國各紅衣主教書中好像贊成的學說。神意神權說，在十九世紀之初，有兩個極著名的闡揚者：其一為麥斯托（Joseph de Maistre），其另一為鮑納德（Bonald）。這項學說所以在現代思想史裏面應佔一重要位置者，亦即是因為有他們兩個代表的原因。

麥斯托曾說：「若沒有「超自然的力量」的干預，我們對於政府的創立及永續均不能予以解釋，這種干預表現於組織政府的民族統一性裏面；這種干預復表現於許多意志同趨於一個目的而不自知的事實裏面，此指示很清楚這般意志全都不過是爲人所用的人；這種干預尤其是表現於利用無數我們教作的意外環境，甚至於我們的瘋狂及我們的罪惡，以維持秩序，有時並建立秩序的奇異行動裏面。」

見 Joseph de Maistre, Soirées de Saint-Petersbourg, 3e entretien, édition Paris, 1872, I, p. 207 此外請對看 Considérations sur la France, chap. VI, Paris, 1886, p. 81.

鮑納德的學說與麥斯托的學說相差無幾，牠完全包含在下之一段話裏面，他說：「說權力是正當的，意義並非說行使牠的人係由一極顯然發自上帝的命令所委任的，而是因為他係根據社會秩序的根本與自然規律構成的，而社會秩序的創造者，則是上帝故也。鮑濡崖曾說所有反抗這些法律的行為皆根本無效，而違犯這些法律的人亦必由種種事變不可抗拒的力量迫令他返回這些法律上去的。」

見 Ronald, *Législation primitive, Discours préliminaire*, 5e édité., 1857, p. 41 此外參閱 Mon-
inif, Ronald, Paris, 1917.

以上所述各種學說，神意神權說也好，超自然神權說也好，顯然對於事實皆不會作任何解釋。而且兩派學說，既同建設在信仰一種超自然能意識的力量作下界的干預上，當然是走出了科學討論之外。不過我們須注意這些學說並不如普通我們所想像者然，必然地會走到絕對主義上。超自然神權說認國家元首的權力係直接受自上帝，僅對於上帝一人負責，結果邏輯上當然必至摒斥一切抵禦的權力。在這種學說裏面，可以予上帝所選拔的人君的萬能權力以限制的，只有那些

宗教的道德的規律而已。超自然神權說雖然似乎必然地走到絕對主義路上，但神意神權說卻絕非完全與受法律及人民代表限制的政府不能相容。一個國家裏面所有業已建立的政府，無論牠的形式何若，王國也好，帝國也好，共和國也好，苟牠能保持和平與秩序，全是神意神權說所接受的。雷雍十三曾明白作過此種教訓，他說：「所以當一國之內已有一個業已組織而且開始工作之權力存在時，公共利益便立時與這項權力發生連系關係。因為這項理由，故我們應當接受這項權力，無論牠原有形狀及產生方式如何。我們所以向法國天主教徒說：「接受你們的共和國，尊重之，認牠係代表上帝的權力而服從之！」亦即係根據這種理由及在這種意義之下而然的」（見前書第三卷第一二五頁。）

教皇貝魯瓦 (Benoit) 第十五的主張亦復顯然如是，他於一九一九年十二月十八日致里士朋主教白洛 (Mendes Bello) 書中曾說：「教會當然不能依附於黨派之下，為政黨服務，牠應當不管政治組織如何，勸導信徒服從現存的權力，蓋此種權力，實負有管理公共福利的責任，而此公共福利固無疑是社會裏面次於上帝之最高法律也。我們值得記念的前雷雍十三關於此點

在他一八九二年二月十六日的諭札 *Au millieu des sollicitudes* 裏面說明的很清楚。其次，他在同年五月三日的致法國各紅衣主教書中復說：「耶蘇教徒有忠誠服從事實建立的權力的義務。我們希望你們的信徒遵守這項教訓與教會的習慣！按教會的習慣，係永遠與一切政府維持友誼關係。不論牠們的政體如何的，而且最近牠已與葡萄牙共和國恢復其友好關係了。」

參照 *Actes de Benoît XV, édition, 5, rue Bayard, Paris, II, p. 109*

第五十三節 民權說

我們萬勿認爲民權主義一定是自由主義，這樣看法。乃是一項非常普遍的錯誤，我們務須注意避免之。

「民權」說乃是所有一切將政治權力的來源，放於社會集合意志裏面，認爲政治權力之所以合法專因爲牠係由牠管理下的集合體所建立的學說。而這種學說在牠兩個最著名的代表霍卜士盧騷的思想裏面最後皆走到政治力量萬能及個人整個地與無限制地屈服的路上。

此外我們還須注意民權說並不一定主張民主政體。盧騷本人曾說政權來自人民的學說可

以與一切政體相調合，最能適合於其實施的社會情形的政體即最好的政體。十九世紀殆生活於兩種領導的政治思想之下：第一，認為我們只要肯定所有權力出自人民的原則及創立一個由人民直接選舉的國會，則一切皆入於坦途；第二，認為我們若宣佈共和政體乃民主政治的必要形式，則自由便建設在一種不可摧毀的基礎上。其後事實經過完全證明這是兩項錯誤。我們最應設下種種有效保障以便防止牠流入專斷的政府，便是人民政府，因為惟有這種政府最易傾向於自信為萬能故也。席瑟龍（Cicero）很早業已說過這層，他說：「人民是不屬於我的……除非在他們自己同意的時候。這種契約因為是單一的，故所表現的暴虐性格特別大」（*Mihi populus non est... nisi qui consensu juris continetur; sed est tam tyrannus iste conventus quam si esset unus*）（*De Republica*, liv. III, chap. XXXVIII）

世上熱烈動人的歷史皆莫過於民權說的歷史。人類思想在給予政治權力一種純粹實證的根據及保障個人生活，知識，宗教等自由以抵抗政治專斷上的努力，無論何處全不如在民權說中看得清楚，蓋民權說雖然有時曾經走到絕對主義的結論上，但在牠發生之始及推廣之中，牠的主

要目的固皆係在對於暴君政治設定一種樊籬也。本節因篇幅所限只能對於這部悠久的歷史各主要階段略說幾個字。

上古不會發生過政治權力來源問題，希臘羅馬時代的任何政治著作家，無論是柏拉圖亞里士多德波里卜（Polybe）或席瑟龍全不會發過政治權力是否正當及牠的來源在何處的疑問。他們看政治權力乃一種必然的事實，他們所從事的，僅在討論政府實用上的條件，或最多像柏拉圖一樣考定一種理想城市的計畫而已，知設定這項政治權力來源問題並會依據方法嘗試予以解答的，當歸功於中世紀的神學家。十二與十三世紀的神學乃一切思想的寄托處，有了牠方有人起來反抗暴力及質問：這種力量究有何種根據可以支配人民？

我們前面業已看見經院神學如何解決這項問題的大旨，牠說權力本身係來自上帝，但具體的權力則係來自人民，人民實具有為他們自己的目的整理權力的權利。根據這種理論得到的結果是：假如握有權力人不本着人民的目的行使權力，他便是一個暴君，人民便可以傾覆之。聖鐸馬說：「暴君政府是不公正的，因為牠所圖謀的不是公共福利，而是統治者個人的福利……此所以

爲反抗這類政府而煽動之擾亂不得謂之叛變……而真正叛徒勿寧指的是暴君。』

著者前面曾引有聖鐸馬的神學大全裏面一段話，這段話說：「加施人民以不公正負擔的苛虐法律，超越了上帝授予的權利界限，人民若果可以反抗牠們而不牽動更大的禍害或惡例時，殊無必須服從牠們的義務……」

我們假如一讀 *De regimine principis* 裏面的一章，我們甚且懷疑聖鐸馬在某些情形之下承認誅暴君爲正當。他在該書中會說：「如果暴君制因牠的過度殘虐行爲成爲不能忍受的時候，依照有些人的意見，有勇氣的人民可以誅殺之……但是這種行爲殊不與使徒的教訓相附合……所以允許某幾個人自動地誅除暴君，並不十分合乎正理。攻擊暴君虐政的應是公共權力……蓋一切人民既皆有權爲自己建立君主，他們當然亦可以傾覆之而不失爲正當。」

見 *Saint Thomas, Somme théologique, 1^{re} partie de la 2^e partie, Question 98, art. 4, édit. Viva, VI, p. 380; De regimine principis, liv. I, chap. VI, trad. Chaudé Roguet, édit. de la Gazette française 1926, p. 39 et s.*

而且當時並已產生了一種君主與人民間的契約思想，認爲這項契約對於當事雙方施加有相互義務，假如一方不履行他的義務，契約卽爲解除，於是人民亦便可以撤回違犯契約者君主的權力。

參見 Chénou, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898, p. 9, 10 et s.; Id., *Le rôle social de l'Eglise*, édition 1921, p. 97 et s.

人民主權觀念不僅在理論上肯定於一般神學者的著述裏面，而且在實用上亦曾爲法國的
各次三級會議 (*états généraux*) 所宣佈。國王約翰一三五五年至一三五六年的三級會議業
已肯定說政治權力發自人民。一世紀以後，一四八四年，當查理第七未成年時代在都爾所開的三
級會議裏面，民主觀念更非常明確地表示於著名的菲立浦鮑特 (*Philippe Pot*) 演詞之中。他
說：「當國王不具治理能力的時候，誰是法國有權規定事物。如何進行的權力呢？這種責任當然不
能歸屬於一個親王或諸多親王所組成的會議，而應歸屬於授予權力的人民。」

見 *Journal de Jehan de Masselin, Documents inédits sur l'histoire de France*; 1836, p. 18.
參見 Picot, *Histoire des états généraux*.

民主思想至十六世紀達到了完滿發展的境域。當時新教與舊教的學者依照他們時代的利
益輪流更遞主張這種學說，而且皆具有同等的信念。新教作者，當尙在希望王權保護之時，雖係王

權的擁護者，但自聖巴爾德密事件以後，則一變而對於王權作猛烈攻擊。當時會產生了許多新教思想的著作，這些著作的作者，我們通常稱他們作「仇王派」(Monarchomagues)。他們在這些著作裏面不但極力主張權力來自人民的學說，及對於人民與君主間訂結之契約的條件作有很詳盡的描述，並且很莊嚴地肯定人民有傾覆違犯契約條款的君主的權利。

在這些著作中間，我們應當列於最前層的著作有：Hofmann 的 *Franco-Gallia* 與題為 *Hubert Lanquet* 但後人認為實際係 *Duplessis-Mornay* 所作的 *Vindiciae contra tyrannos*。其次 *Les mémoires de l'Etat de France sous le règne de Charles IX* 係一種匿名叢書(一五七六)內收有許多新教思想的著作，例如最有名的 *La Boetie* 的 *Contre un* 即其中的一種。我們應當特別參閱：*Vindiciae contra tyrannos*, Edimbourg, 1579, p. 85; *La Boetie*, *Le contre un ou La servitude volontaire*, édition Bonnefond —— 阿曼哥博士 (Dr Armaingaud) 曾持論謂孟德真 (Montaigne) 對於 *Contre un* 的最後刊行，與有關係，並說是他將 *Contre un* 造成一本攻擊亨利第三新教思想的小冊子(見 *Revue politique et parlementaire* nos mars et avril 1906)這種主張會引起了一場論戰，阿曼哥博士曾將他關於這項問題富有異見的許多文章集成一書出版，題為：*Montaigne pamphlétaire, l'énigme du Contre un*, Paris, 1910。

此外參閱：*Donnergue*, *Etudes sur Calvin et le Calvinisme*; *Beyerhaus*, *Staatsanschauung Cal-*

vins édition 1910; Lufrau, Doctrines politiques chez les écrivains protestants de la seconde moitié du XVII^e siècle, 1900; Méaly, Les doctrines politiques des protestants, édition 1905; Treumann, Die Monarchomachen; Esmein, Histoire du droit français, 8^e édition, p. 345 et s.; G. Weil, Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion, 1893; Gierke Deutsche Genossenschaftsrecht, III; Id, Die publicistische Lehre des Mittelalter, publié séparément trad. française de J. de Pange, avec introduction de Maitland; Id, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien; de Lagarde, L'esprit politique de la Réforme, 1928.

迨亨利第三被弑之後，新教徒復將他們的民權學說放棄而擁護國王，蓋國王係彼教中人故也。但舊教大同盟(Ligue)的公法學者卻又一變而成爲最激烈的民權說的護道者。最能表現這項思想狀態特性的著作，當推聖貝魯瓦牧師卜瑟爾(Boucher)的 *De justa abdicatione Henrici tertii*。他在這部書裏面，主張說一切權力皆來自人民，人民立君，並不以此而失去他們的權力，當人君違犯契約條款時，人民若廢除他，不特可以，而且應當。最後他並闡述一種誅戮暴君

的學說，以爲克勒蒙（Jacques Clément）弒亨利第三辯護。

關於以上所有各點，請參閱：Labitte, La démocratie chez les prédicateurs de la Ligue, 2e édit., 1865.

這些學說，初在舊教大同盟方面，不過係一種鬪爭的武器而已，其後在馬里納（Mariana）一六〇三年出版的名著：De rege et regis institutione, 1603裏面，始成爲一種經過考慮思想的學理闡述。這部書將誅戮暴君（tyrannieide）造成一種極完備的學說。

參閱 Orot, Mariana, 1905, particulièrement p. 32 et 112.

我們在前節業已說過在十六七世紀之交，柏辣明蘇亞雷等曾主張權力來自人民並謂君主與人民之間會有一種契約或一種服從協約存在。但蘇亞雷認爲人民可以由這項契約將全部權力讓渡於君主手中，他說：「權力雖然是人類社會的天然財產，然牠並不「固定」於社會手中不動，因社會的同意，牠可以離開社會轉移於另一個人。」

參閱 Suarès, De Legibus, liv. III, chap. III n° 9, Naples, 1852, I, p. 167.

因此，當十六世紀與十七世紀之時，統治一般思想的問題，即這項人民主權讓予性問題，在所有認政治權力來源係民衆集合體的人們（無論他們出以何種方式）的思想裏面，這項問題皆表現於最前層，不過我們切勿謂主張主權不可讓予性的人結論必然會走到自由主義上去。主張主權不可讓予性最力的莫過於茹里約與盧騷，然而將個人隸屬於集合意志無限權力之下最完全的，亦莫過於他們二人。

在十七世紀，霍卜士與茹里約可以說是民權說兩個典型代表，他二人全都結果走到絕對主義的路上，一個走到君主絕對主義路上，另一個則走到人民絕對主義路上。這兩條路價值是相等的，易言之，即一個壞似一個是也。

霍卜士將國家建設在分子的同意上。不過在他看去，單是多數意志如此趨向於一種同一目的，不足以保持和平及永久的國防，要達到這種目的，尚須全體意志造成一個單一的意志始可。這種說法可以說已經是盧騷的「公我」或公共意志了。霍卜士復說：「必須每個人皆將他的意志隸屬於另一個人，一個單一人或一個議會的意志之下，使凡這個人，在公共和平所必要的東西上

所欲願的皆看作全體人或每個人的意志，然後方能有這種單一的意志存在。在一切國家裏面，這個人或這個議會握有最高命令權（*summum imperium*）。這項最高命令權係由每個公民如此將他們的全部力量及權力轉移於這個人或這個議會而來的。因此，這項權力應當是一種沒有限制的權力。」

見 Hobbes, *De cive, et spécialement chap. V et VI.*

一般人常常以茹里約與霍卜士相對，認為他們二人是相反的，這實是一項錯誤。茹里約的政治思想，無論一般人怎樣說，決不是自由主義。茹里約在他所著的 *Lettres pastorales*（一六八八年版）與 *Soupirs de la France esclave*（一六九〇年版）二書中曾予以長而冗地陳述的思想，可以簡約如下：一切政治社會全必然地有一種君主與人民間締結的契約，服從契約（*pacte de sujétion*）或主權契約（*pacte de souveraineté*）為之基礎，但人民對於濫用權力的君主永遠有撤回這項權力之權。人民可以自由評定君主是否違犯契約，他們什麼時候願意推翻他，便可以推翻他，因為「社會裏面必須有一種權力存在，牠的行爲的效力是不必一定要有理

由爲之根據的而這種權力除了人民以外不能寄托於其他任何處所也。」

參閱 Jurieu, X VIIIe lettre pastorale, 3e édit. des Lettres pastorales, Rotterdam 1638, p.

418——參閱 Bosquet, Ve avertissement, spécialement le paragraphe intitulé: Principes de la politique de M. Jurieu et leur absurdité——參閱 R. Lureau, Les doctrines politiques de Jurieu, thèse Bordeaux, 1904.

洛克(Locke)亦係以隸屬政治權下的人民同意解釋政治權力,他說:「無論何人自自然然態走入社會裏面,皆應視爲已將原來進入社會之目的所需要的全部權力交付於社會大多數分子手中。」不過我們同時並須注意洛克另一方面對於政治權力應受人們進入社會後仍保有的天然權利所限制亦曾作有極明晰的肯定。他說:「人民永遠可以根據這些權利對抗政治權力,但可以對抗君主的權力,抑且可以對抗由人民選出之立法者的權力。」吾人進入社會的理由在保存我們固有的財物,我們所以選擇某些人而授以立法權的目的,係在獲有法律及命令,以便保障及保存一切屬於整個社會所有的東西……所以假如「立法」權力違犯了社會這項基本規

則，而……企圖自己或使他人^在人民的生命，自由與財物上具有絕對權力……牠便立時將人民授予牠的權力整個喪失，因為牠自己建立的目的直接與人民授予牠權力時所企向的目的相反故也……」我們此處可以看見那些先於國家高於國家同時並能限制立法權力的天然個人權利觀念，後來全部「人權宣言」(La déclaration des droits de l'homme)所表現的，亦便是這種觀念。

參閱：Locke, Le gouvernement civil, édition française, 1691, chap. VII §5, p. 126; chap. XVIII, §§ 13 et 14, p. 284 et 285.

至如盧騷，則不過將許多世紀以來業已造成的思想，表現於一種美麗的但有時不免誇張的文章裏面而已。一般人對於民約論作者思想的來源問題曾費去不少爭論，其實殊不值得如此，因為他所作的，不過將久為大眾所知的學說集合起來作一簡述罷了。

關於民約論 (Le contrat social) 所根據的政治學說的歷史，可特殊參閱：Gierke, Johannes Althusius

und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 2e édit., 1902.

便換得生命財產的安全，同時由這種契約並產生了一種精神的集合體，一種「公我」(moi commun)，一種普遍意志。這種公我便是主權者，這種主權的普遍意志是不可分的與不可讓予的；因為牠是不可讓予的，故牠不能由他人代表，他應當自行制定法律，或至多由立法者籌備草案，但必須經人民同意，然後始能成爲真正的法律。人民應當建立一個政府，但在政府及人民之間並沒有契約存在，政府不過是公共意志的雇員。政府可以隨國家的不同是民主的，貴族的或君主的。主權者的權力是絕對的，沒有任何爲個人利益加於牠的限制存在，「蓋主權者既係由構成他的個人造成的，絕不能具有與這些個人相反的利益，因之，臣民對於主權權力絲毫用不上保障，因爲身體決不會想侵害牠的肢體。而且我們以後還可以看見牠決不能侵害任何個人，故主權者一經如此，同時亦便永遠是應當如此。」此外盧騷還說：「尙有進者，這種讓予是沒有保留的，聯合是在可能範圍之內沒有再完備的，沒有一個社員可以再要求任何東西，因爲我們知道在個人與公衆之上，沒有更高的公共長官存在可以裁判他們中間的爭議，假如個人尙保留有若干項權利，則一旦有

爭執勢時，必各個人皆成爲他自己的法官，若然，不久又必將冀圖成爲一切事物的法官，如是是又恢復了從前的自然狀態，而團體亦必然地不是成爲壓制的團體，便成爲無用的團體了。」

見 J. J. Rousseau, *Contrat social*, liv. I, chap. VI et VII.

由上面寥寥幾段引敘盧騷的話看去，已足以看見有些人主張說人權宣言係受民約論的感示（參閱 P. Janet, *Histoire de la science politique*, II p. 456, 3e édit.; Tchernoff, *Montesquieu et J. J. Rousseau* 1903, p. 4）是何等錯誤了！他們恰站在相反的兩極端，盧騷乃耶哥兵（jacobin）主義的父親，企圖使個人整個爲國家所吸收的絕對主義的父親。

參閱 l'édition du "Contrat social" par Dreyfus-Brissac, Paris, 1891, Espinas, *La philosophie sociale au XVIIIe siècle*, 1900; E. Faguet, *Etudes sur le XVIIIe siècle*, p. 392; Liepman, *Die Rechtsphilosophie des J.-J. Rousseau*, 1898; Rod, *L'affaire J.-J. Rousseau*, 1906; Jules Lemaitre, *J.-J. Rousseau*, 1907; Bonnard, *Les idées politiques de J.-J. Rousseau*, *Revue du droit public*, 1907, p. 785; G. del Vecchio, *Sur la teoria del contratto sociale*, 1906; H. Rodet, *Le Contrat social et les idées politiques de J.-J. Rousseau*, édit., 1909; Duguit, *J.-J. Rousseau*, Kant et Hegel, *Revue du droit public* 1918, (有單行本)

我們應當將馬補蒙 (Mauv) 的學說與盧騷的學說對看，馬補蒙在大革命時代的影響是很大的。馬補蒙最重要的著

作有 De la législation ou principe des lois; Les entretiens de Phocion; Des droits et devoirs du citoyen. Gélinaud, Les doctrines sociales et politiques de Mably, thèse Bordeaux, 1908; Michoud, Les théories sociales et politiques de Mably, Grenoble, édition 1902

第五十四節 民權說的批評

民權說不僅是一種學說而已，牠的實體，業已走入近代法國的政治立法裏面。一七八九年至一七九一年的立法裏面有兩條法文，曾經出以簡略的方式將這種學說表示的非常清楚。其一曰：「整個主權原則根本寄托於全民族身上，任何集體，任何個人，皆不得行使非由全民族明白發生出之權力」（一七八九年人權宣言第三條。）其另一曰：「主權是單一的，不可分的，不可讓予的，及不受時效影響的，牠屬於全民族，任何部分人民或任何個人皆不得僭據主權的行使」（一七九一年憲法第三章第一條。）

這些條文，在有些政治學派看去，不啻業已成爲一種不可侵犯的經典，等於啓示的宗教信條，而且牠們亦確切向來即構成我們政治法的實證原則。雖然如此，但著者是不承認任何經典的，故

不能不對於這種學說的真實價值予以考察。不幸一經考察之後，我們不難立時發現牠的價值實等於零，而所謂民族主權經典不但是是一種不兌現的假定，而且並是一種無用的定則。

茲先就團體主權而言，團體主權含有團體具有一種人格與意志與構成個體的人格與意志不同的意義在內，但我們知道這是未經證明而且亦不能證明的。霍卜士與盧騷，以及其他一切抱同一思想的人，爲主張有一種公我與一種團體人存在，莫不求援於一種社會契約的假定，殊不知這乃是一個無用的假定，我們業已指明過以契約解釋社會乃是一種循環謬論 (Cercle vicieux)，蓋契約觀念必在人類已經生活於社會裏面之後方能出現於人類思想中故也。而且即令在社會羣的各分子中間有一種默示的契約存在，然亦不能推論由之可以產生一種普遍的與公共的意志或一種公我。蓋此不過同一團體的分子由社會契約欲願一項同一事物而已，毫不足證明會由這種意志的一致產生了一種與個體意志不同的團體意志。

更進一步言，即令這種公共意志存在，我們仍絲毫不能由此證明這種意志可以合理的支配一般個人，蓋我們即令承認政治力量屬於人格化的團體，亦毫未由此證明這種力量是正當的。他

們說團體意志高於個人意志，我們要問爲什麼社會羣意志即便成爲集合的，然仍不外是一種人類意志，一種人類意志如何能支配另一種人類意志，是無人能予以證明的。有人說大革命將人民神權代替了國王神權，這話實具有若干理由，良以主張團體具有合理的命令權力，因爲牠是團體，乃一種玄學性或宗教性的主張，與國王神權的主張固毫無區別也。

盧騷曾說：「每個人委身於大家，結果並未委身於任何人。」他以為如此可以解決了上說的困難，其實誰看不出這完全是一種詭辯！蓋實際上無論我們如何作，這種普遍意志永遠只能由一種多數的方法表現，故實際公共力量或命令權力乃屬於一種多數，結果是這種多數強行加施他們的意志於另一部分少數，試問：誰曾證明及誰能證明一種多數（即令這種多數爲全體少一）可以合理的具有強行加施他的意志於他人的權力呢？一種多數所具有的命令力量可以是一種事實的需要，然而不得謂爲一種合理的權力。

盧騷並不是沒有預見這種反對論，他說：「有人或問：如何一個人可以被迫去遵從不是他自己的意志而同時仍不失爲自由？如何反對者一方服從於非他同意的法律之下而另一方仍不失

爲自由？」他復回答說：「這項問題沒有設定妥當，所有法律全係由公民同意的，就是違乎他意志的法律，甚而就是當他侵犯其他法律時懲罰他的法律，亦是他同意的。國家所有分子的常住意志乃是普遍意志，由這種意志，他們方成爲公民及獲得自由。當我們在人民大會裏面提議一項法律時，詢問他們的，並不是他們是否贊同或拒絕這項法律，而是問這項法律是否與普遍意志相附合，同時亦即是問是否與他們的意志相附合，蓋普遍意志即他們的真正意志也。每個人投票之時將他的意見寫於票上，計算票數之後，我們可以獲得普遍意志的表示。故當與我的意見相反的意见佔勝時，此所證明者，並無別的東西，僅謂我自己錯了，我所認爲的普遍意志不是普遍意志罷了。」

〔見民約論 (Contrat social) 第四書第二章。〕詭辯至此可以說超過了限度！盧騷爲欲辯護他的主張以至於不能不說出這種話來，益足以證實他主張的虛空矣！

著者覺得上面這些觀察並已將艾斯曼想藉以證明民族主權原則確係真理的理論預先駁斥無餘。艾斯曼曾說：「民族主權不僅建設在理性及個人權利上，牠同時並是一種不可反對與不

能不承認的事實，唯一正確與恰適的法律解釋：服從只能由輿論的歸從獲得，承認民族主權，

同時並國體之事實之一也。

同時並繼續之尊重之即給予輿論……一種法律價值一種合法權力是也」這項理論殊不能使我們悅服。當然在每個國家裏面在一定時期之內皆有若干共同觀念存在，造成我們教作的輿論，執政的人愈能依從輿論活動，愈容易獲得人民服從，但此毫不能證明有一種藉武斷規定的選民多數表示於外的具有主權的民族意志存在，僅謂執政的人有遵從輿論活動的義務而已。今創造一種不具價值不具現實性的玄學本體，而猶藉辭為輿論造一法律構造，豈不謬哉！

上面所引述的一段話，載在艾斯曼生前及故後刊行的各版 *Elements de droit constitutionnel* 裏面在 1
九二七年經 *Mezard* 校正的最後一版，見於第一卷第三一七頁。

其次，民族主權不但未經證明及不能證明，而且亦毫無用處。著者對於一個國家裏面應當盡量使最大多數的人參預政治力量較任何人信仰為深，著者認為人類進化首先在提高一般文化程度，使參加政治力量的人數日益加長。一言蔽之，即經國家規定的有組織的普選乃是著者企願所有國家向之前進的理想。因此，假如普選是人民主權原則邏輯上必然的結果，那麼，一般人為這項原則辯護，著者尙能瞭解，但事實上並非如此，蓋根據這種思想，民族主權並不是個體意志的總

和，牠是一種普遍意志，個人意志不會融化消失於其中。故當盧騷說：「見民約論 (Contrat social)」第三書第一章「假如國家係由一萬個公民所構成，每個公民皆握有萬分之一的主權權力時，他自己已處於矛盾之中，因為牠既說主權是不可分的，而又將牠依照公民的人數剖分為許多份數，既說公我是主權的享有人，而又將牠當作公有財產，授給公民的總和，這不是自相矛盾何哉！」

邏輯上應有的實情是：在民族主權說裏面握有主權的人乃是一種團體人，至於個體的公民則一星點主權亦不能握有，他們沒有任何參加主權行使的權利。因之，普選並不能在邏輯上由民族主權原則演生出來，由之產生的惟一結果，只是我們應當有一種最能表達普遍意志的制度而已，但普選並不見得即是這種制度也。

因此之故，所以一七八九年的國民會議，在建立二級的限制選舉制時，並不會片刻覺得牠違反了牠所莊嚴宣佈的民族主權原則，就是國約會議 (La Convention) 本身，在不曾實施的一七九三年憲法裏面建立了直接普遍的政治選舉制以後，復於共和第三年 (an III) 的憲法裏面將二級的限制選舉制恢復，但同時牠在人權宣言的第十七條裏面仍很有力地宣佈：「主權根

本寄存在公民全體」共和第八年憲法的制定者將人民選舉權整個廢除然亦未妨礙牠宣佈說：「大革命仍固定在牠發動時的原則上面」（見共和第八年霜月二十四日的總裁宣言。）由此觀之，可見人民主權經典就是對於使全體人民參加政治力量一事，亦不能給予我們一種堅固的基礎。

盧騷說：「每個人委身於大家，結果未委身於任何人」（見第一書第六章。）又說：「誰要拒絕服從普遍意志，將被全體強制他服從，這並無其他意義，只是說強迫他自由而已」（見第一書第七章。）這種詭辯，曾使很多人思想裏面皆貫入了一種危險的錯誤觀念，認為人民一日能宣佈國民主權原則，使普遍選舉及被選人可以作為一切，及強施他們的意志而不管其內容如何，易言之，即他們能形成茹里約所說的「那種行為效力不需要理由為之根據」的權力，他們便獲得了自由。我們應當矯正他們說：這種觀念是不合乎事實的，大革命的活動，為保障個人抵抗建設在國王神權說上的君主絕對主義，是再正當沒有的，不過我們務須小心，勿使建設在人民人權說上的民主絕對主義代替了牠。我們要知道對於人民大會的專制我們亦一樣應當有種種防止牠的

保障，這些保障或許應當較防禦君主專制的保障更要有力一點，亦未可知。一件不公正的事情永遠是一件不公正的事情，無論牠出自人民或人民代表的命令，或出自君主的命令，其不能改變牠的性質，是一樣的，但是在人民主權原則之下，我們極容易忘記了這一層。

而且這種對於人民主權的批評並非一種新穎的東西，十九世紀兩位思想最淵深的學者：聖西蒙與孔德早已發表過這種意見了。

聖西蒙 (Saint Simon) 曾說：「由人民意志產生的主權一詞，除用以對抗由神聖恩惠產生的主權而外，不具任何意義……這兩種互依的經典只能有一種互依的存在。牠們是反對封建政治原則的宗教改革以後發生於整個西歐的長期玄學戰爭的殘餘。神父教士的玄學推動了法律學者的玄學來與牠鬭爭，不過這種鬭爭現在業已完結了。」

參閱 Saint-Simon, Du régime industriel, 1^{re} lecture au roi, Œuvres complètes, édition

Dentu, 1869 v, p. 210 et 211.

孔德表示的意見與此完全相類，他說：「我執筆從事哲學寫作，迄今已三十多年，但無時不認

爲人民主權乃是一種苛虐的玄祕，平等乃是一種無恥的欺騙……一言蔽之，這種法律（實證政治法律）排斥神學專制或國王神權說與排斥玄學專制或人民主權說實具有同一效力也。」

參閱 Auguste Comte, *Système de politique positive*, édit. 1895, IV, appendice p. 102.

及至現代，有若干政黨簡直明目張膽攻擊人民主權原則。這種攻擊在大戰期間雖然暫時中斷，但戰後復行捲土重來，其猛烈更爲歷來所未見。這種現象，若僅出於一個政黨所爲，如法蘭西行動黨（L'Action française）然，我們絕不欲予以論述，但牠並不僅如此。牠係與一種職業組合運動平行而產生的。而這種職業組合運動有時雖不免帶有暴動及革命陰謀成分在內，然實質係由一種大戰時略現停頓狀態現時更加速進展的社會轉變的深處發出，則是誰亦不能漠視的。故我們對之絕不能等閒視之而不予以注意。著者在本書第二卷詳細研究現代國家的原素及性格時還要談到這點，著者將說明現代國家如何漸漸不成爲一種命令的民族主權，而成爲一種社會上握有最大力量者管理下的公務聯合，社會上握有最大力量者此時已不再享有命令權利，僅負有義務，保證這些公務作生產的與不間歇的進行而已。著者並將試行指明政治人員與立法者的

技術，即在如何創造一種代表制，使之能夠代表國內這些羣趨於組織為政治力量的各種經濟力量，總之，職業組合運動有時固可以走入歧途，表現出革命的傾向，將牠們的代表者捲入於真正的罪惡裏面，但著者始終堅認為牠係一種深遠而不可抗拒的運動，其目的，著者於一九〇八年即已說過，即在給予各種社會階級一種確定體構，不久的將來，牠必將達到使我們現有政治組織作一次重大的轉變也。

艾斯曼責備著者，說著者公開發受了職業組合主義，他說：「這種主義並不新穎，但對於政治社會的威懾卻非常之大，將來無論在事實上或法律上必將國家摧毀無餘。」艾斯曼並引徵了蒲魯東很多話，意圖證明蒲魯東乃是我們教作的職業組合主義的創造者。

參照 Esmelin, *Éléments de droit constitutionnel*, édition Nézard, 1927, p. 57.

著者向不會反對艾斯曼這段話，但著者的意見卻與他相反。絕不認為這可以構成職業組合主義不良的證據。在著者看去，職業組合主義不是一個政黨，亦不是一種學說，牠乃是一種範圍很廣的事實，牠同時是專制與耶各兵（*Jacobin*）國家消滅的原因，又是牠消滅的結果，艾斯曼認

爲社會平衡必須有人格化的民族主權方能存在在此以外只有無政府與野蠻狀態然著者認爲這種看法實沒有絲毫科學價值。

全部問題惟在看事實上民族主權究竟是一種現實，抑是一種單純思想概念；對於民族主權的信仰究竟還是一種社會力量，抑業已與神權說的信仰一般壽終正寢；及各社會階級是否正在從事自動組織，自動造成一種確定的法律體構及自動整列起來。若事實上民族主權信仰業已消滅，各社會階級業已自動地組織起來（我們相信觀察業已證明事實的係如此），那麼，我們所有對於這種信仰及建設於其上的國家形式的消滅所灑的熱淚殊無補於毫末。不惟如此，而且我們要想達到一種有用的結果，勢非順着正在進行的演進方向走去不可，演進的力量較我們人的力量是要大得多的！

不過另一方面，著者亦深信一般鼓動者及革命者，藉辭促進職業組合主義的正式落成鼓動罷工，欲使國家入於絕途，非但遠不能走進職業組合運動的方向裏面促其實現，結果且將使他們自命爲主張這種運動的人陷於窮困死亡之境。著者在一九〇八年時業已說過下面一段話，著者

說：「職業組合運動實際並不是一種無產階級想要擊碎資產階級攫得生產領導及生產工具的戰爭，牠並非如一般革命的職業組合主義理論家所說乃工人階級有了自覺意識，想消滅資產階級，將權力財產盡集中於他們自己手中的舉動；牠乃是一種更廣大，更豐裕，著者還可以說更人道的運動。牠並不是一種社會分化及戰爭的工具，反之，著者認為牠乃是一種很有力的和平及聯合工具。牠並不是工人階級單獨的轉變，牠實伸展至所有一切社會階層裏面，企圖將牠們整列成一個極諧調的合作體……至於這種職業組合運動如何與國家轉變相調整，我們亦不難予以說明，在現在一般青年還能看見的將來，一定在政黨的比例代表制一旁，還要有一種利益的職業代表制，易言之，即一種代表組織成職業組合及職業組合聯合的各社會階級的代表制組織起來。一般主張國民主權及多數法 (loi du nombre) 的人自然要竭力反對這項改革，例如艾斯曼君即曾宣稱國民主權原則邏輯上排斥我們教作的利益代表制……但事實終較人力為強，反對亦是無如之何的。」

關於民族主權問題請參閱 Guy Grand, *Le procès de la démocratie*, 1912, 在這本書裏面我們可以找到對於各種與民族主權原則相反的學說一個很完備的陳述。Gaudau, *La fausse démocratie*, 1913; Gardelle, *La démocratie, Mouvement socialiste*, 1912, II p. 321 et 1913, I, p. 13 Sergio Panunzio, *Syndicalisme et souveraineté*, même Revue, 1913, II, p. 59; Lysis, *La démocratie nouvelle*, édition 1917; Berthélemy, *Le fondement de l'autorité politique*, *Revue du droit public*, 1915, p. 682; Maxime Leroy, *Pour gouverner*, édit. 1918, Harold J. Laski, *Authority in the modern state*, Yale University press, 1919; Study in the problem of sovereignty, Yale University press 1917; Jéze, *Le dogme de la volonté nationale et la technique politique*, *Revue du droit public* 1927, p. 165 et suiv., Lautéaud et Poudoux, *La représentation professionnelle*, 1927.

第五十五節 主權主體問題

假如公共力量是一種權力，假如在牠後面有一種主觀權利的實體存在，那麼，我們便須考定這項權利的主體，這是不可少的，否則我們想為國家建立的全部法律構造皆將崩潰無餘了。因此，對於國家又產生前時在一般觀點上所研究的法律主體問題，並且更帶有種種特殊的困難。

假如法律主權問題在一般觀點上是不能解決的，那麼，專對於國家而言，牠當然亦是一樣，不能解決，甚而我們還可以說更不能解決。蓋我們關於一般的主觀權利的性質尚可以斤斤爭辯，牠究竟根本是一種保障下的利益或一種意志能力，或同時是利益又是意志能力，或更進一步在最後情形之下究竟利益是主要原素或意志能力是主要原素藉這種瑣細爭辯的幫助，我們可以建立種種機巧的權利主體學說，企圖證明可以有不具意志的權利主體存在。然對於國家而言，這些機巧學說似乎全不能用了。看成權利的主權只能夠界說為一種意志能力，而且向來即係如此界說。有人甚而說主權本身即是一種意志。當然較準確點說，我們應當說牠是一種具有可以頒佈無條件命令的意志的權利或能力，或一種具有永遠只受自身決定的意志的權利，總之，這樣一種權利的主體只能是一種意志主體。

是故我們無論如何，必須找到一個具有能意識的意志的東西，然後方能將牠造成主權權利的實體或支柱。這並非一件易事，甚而可以說是完全不可能的，蓋所有為此目的而提出的學說全屬有不能越過的理論非難，結果皆走到不能允許的推論上。故現在關於此層，我們在學說上所看

見的可以說真正是空無一物。

爲要解決這項主權權利主體問題，一般人曾經提出了三種概念，並曾嘗試次第予以實施。最初他們說主權權利主體乃是事實上握有力量的人或一羣人，例如帝王、國會等等，此卽一般理論家用一個單一名詞教作的君主 (prince)，或著者教作的統治者，或德國學說教作的 Herrscher。舊產業國家說卽係建立在這項觀念之上。這種學說，近代有幾位德公法家，復想予以更新，又替牠換了個名稱，稱牠作統治者學說 (La doctrine du Herrscher)。這種學說最後必走到統治者的絕對主義上，故現在業已完全破產了。

其次，大革命繼盧騷之後曾創造了一種民族主權原理。這種原理，我們可以教牠作法國學說。牠現在仍是我們實證法的基礎。牠係直接由產業國家概念而來的。昔時認爲屬於國王的主權權利，現在則被宣稱屬於人格化的民族，故民族代替了昔時國王的地位。主權卽是民族的意志；而同時主權亦是一種權利，因爲民族意志依據根性卽是一種不遇見相競意志的命令權力故也。不過民族並不親身行使牠享有的主權權利，牠將這項權利的行使委任於若干個人或若干集體，使他

們以牠的名義代牠行使。這種學說曾遇到許多不可逾越的理論上的反對及實用上的困難，然而牠直至現在仍行存在，不過所謂存在云者，僅在習慣及例語中而已，非在事實中也。

最後，在十九世紀末期與二十世紀初期，德國法學者復建立了一種學說。這種學說與法國學說截然不同。根據他們的意見，主權的原始享有人並非民族，而是國家本身。他們將國家設定爲一種單一的及不可分的整個體。依據黑格爾的話說，牠是在牠本身（en soi）及爲牠本身（pour soi）而存在的。這種國家乃是主權的原始享有人。國家有三種不可分的要素：即民族，土地與政府，民族只是三要素之一，惟國家自身纔是主權權利的主體。我們可以稱這種學說爲德國學說，因爲牠在大戰開始之前，已爲德國公法學者全體一致所接受，而且無疑意地是造成大戰發動時德國國民心理的因子之一，因之，並可以說牠是大戰間接原因之一。

第五十六節 產業國家說

公共力量觀念與歐美各國直迄現在生活於其上的其他多數法律觀念一樣，全係羅馬人的產物。固然羅馬人並不知道主權這個名詞，因爲主權一詞係在中世出現的，但是最高命令權利的

觀念易言之卽一種由本身及僅因爲牠是力量而可以強施於人的力量觀念，卻很早卽很清晰地存在於羅馬人思想裏面。羅馬人乃是一個法律學者的民族，故在羅馬王國初期，他們卽曾給予了這項觀念一種法律構造，說公共力量乃是一種權利，羅馬人民乃是這項權利的享有人，但他們可以將牠委任於一個人行使，他們曾以 *lex regia* 將牠轉移於羅馬君主。這項公共力量包含兩種根本性能：*imperium* 與 *potestas* 我們可以簡稱牠爲 *imperium*，然實際人民固具有以 *lex regia* 委任於君主的 *potestas* 與 *imperium* 二種也。烏爾平 (Ulpian) 說：「國之元首所欲行者，與國君頒佈之法律有同等效力，此種權力乃公民共同授予他的」(見 I, pr. Digeste I, 4)。

其後因事物的自然演進，於是一般人復承認羅馬皇帝具有 *imperium* 與 *potestas*，認爲這種東西構成一種權利，而羅馬皇帝因其皇帝的資格實係此項權利的享有人。故 *imperium* 至此已不成人民委任皇帝行使的一種權利，而成爲皇帝自己固有的一種權利。這種演進至第三世紀末期狄約克勒檢 (Diocletien) 帝與君士但丁 (Constantin) 帝朝，底於大成，故第六

世紀優士丁尼帝法學階梯 (Institutes de Justinien) 雖然仍談到 *Lex regia*，但此僅係過去的回憶，及對於前述烏爾平那段話的拙劣抄襲而已，事實上羅馬皇帝以他自己固有意志制定法律，早已成爲定論，蓋一般人早已認爲羅馬皇帝所以能制定法律，係因爲他是公共力量權利 (*imperium* 與 *potestas*)，易言之，即可以強施他的意志於其他意志的權利享有人，而他的意志所以能強施於其他意志，則因爲係他的意志，因爲他的意志具有一種一定的品質，可以使之強迫其他一切人服從之故也。

封建時代，這種 *imperium* 觀念亦未完全消滅。自西羅馬帝國在野蠻人的南侵之下崩潰，及查理曼 (*Charlemagne*) 大帝曇花一現的復興之後，歐洲社會漸趨組織爲一種契約的制度，封建領主已不是一個根據一種高等權利，一種 *imperium* 發佈命令的君主，而是一個契約的當事人，他要求他的臣屬 (*vassal*) 執行若干種義務，完全係以契約當事人的資格要求他們履行因報償領主本身締結的義務而負擔的義務而已。故在此時代之各項文字裏面，我們已找不到 *imperium* 一字的踪跡。但我們卻時常遇見另外一個指示相互契約義務極具特性的字，這個

字便是 *Concordia* 蓋相互契約義務殆當時聯合社會上一切人強者與弱者 *Potentiores* 與 *humiliores* 的關係也。雖然如此，然而 *imperium* 觀念並未完全消滅，在德國牠仍為德意志皇帝維持着，在法國牠亦仍為法國國王維持着。法國國王在封建社會裏面永遠仍看為大裁判官，就是當王室衰微至極度的時候，一般人思想裏面，仍認為「國王負有以正義保證和平的責任，」這雖是一種義務，同時卻亦給予了國王一種權力。

這種以正義保證和平的義務與權力實構成 *imperium* 觀念復興的主要原素。後來法國王室的法律顧問 (*Legistes*) 即主要根據這種義務與權力觀念，復加以一種羅馬思想與封建制度極工巧的配合，為法國國王重新造出一種昔日屬於羅馬皇帝的 *imperium* 來，認為國王個人乃這項 *imperium* 權利的享有人，這項權利乃國王的財產。國王 *imperium* 的法律構造，可謂完全由個人的 *dominium* 摹拓而來，*dominium* 是財產主對於財物的一種絕對權利，同然 *imperium* 亦是國王對於他的王國的一種絕對權利，*dominium* 可以由生前讓予或死後繼承而轉移，同然，*imperium* 亦可以由契約轉讓或承繼人繼承。因此，遂造成我們教作的

產業國家概念。這項概念，在某一時代，曾為全歐洲的統治概念，而即在後代的法律裏面，亦留有不少痕跡。

茲將舊帝制時代幾位闡明這種產業公共力量觀念最清楚的法學家的幾段話引錄於下：

最初羅瓦若 (Loyseau) 於十七世紀之初即在他的官職論 (Traité des offices) 裏面說：「國王乃十足的一個官員，充分握有整個公共力量的行使；他同時亦是一個十足的領主，充分享有整個公共力量的財產權，大地上之一切國王很早皆已因時效取得主權力量的財產權了。」

羅瓦若在他的領主論 (Traité des Seigneuries) 裏面復曾提到這項思想，並曾予以極精確的說明。他說領主制在一般的意義上說，乃係成為財產的力量。力量為領主制與官職所公有，然財產則係區別領主與官職的東西。就官職而言，力量僅係因職務或行使而有，並非如領主的力量一般乃一種財產也。』其後羅瓦若復曾區別領主制為公領主制 (la seigneurie publique) 與私領主制 (la seigneurie privée) 二種。他說：「公領主制所以稱為公的，係因為牠不但關係命令及公共權力，並且含有之，只能由公共法人 (personne publique) 行使的緣故，公領主制教

作 *imperium potestas, dominatio* 我們又教牠作統治 (*domination*) 或真正的領主制。』
由上可見 *imperium* 雖然是一種領主制，但同時亦是一種財產，因為一切領主制依定義全是一種財產。不過羅瓦若又曾作有一種公領主制與私領主制的區別，說：『隸屬於私領主制下的人係奴隸，而隸屬於公領主制之下的人則係臣民。』這亦是我們所應當注意的。

參閱 *Loyseau, Œuvres complètes, Paris, 1640, Traité des offices, liv. II, chap. II, n° 21 et 28, p. 187 et 188, Traité des seigneuries, chap. I, n° 5, 27, 28 et 29, p. 6 et a.*

其後這項原理復爲杜馬 (*Domat*) 採納，他將牠撮要敘述於一句極簡潔有力的話裏面，他說：『主權者威權的力量，在國內最初所寄托及由之然後散佈於全集體的第一個地方，即主權者本身是也。』

見 *Domat, Œuvres, Paris 1713, Le droit public, tit. IV sect. I, n° 3, p. 21.*

這種以國王爲享有人產業權利的公共力量，自十六世紀末期以後，復被人稱爲主權 (*bon-veraineté*)。最初主權一詞並非指的國王權力的本身，牠僅係指某幾種領主制，最著者例如國王

領主制的一種特殊性格。有兩個拉丁字 *superanus* 與 *supremitas*，主權一詞好像是從牠們演生出來的，全係指一切不受其他領主管轄的領主性格而言。但自十六世紀初期以後，此詞即僅適用於國王領主制，而不能用於其他領主制矣。不久之後，此詞的意義又行改變，牠不再指示國王領主制的性格，而指示這項領主制本身，易言之，即指示以國王個人作享有人的權力本身。布丹 (Bodin) 在十六世紀下半期似乎係應用這個名詞於此種意義下的第一人，他界說主權為：「一個國家絕對的與永久的力量；」他說主權諸多標記之中，「第一個最根本的標記，乃是一般的頒給一切人法律及特殊的頒給每個人法律的權力，而此並勿須再有較主權本身更高或同等或低下的權力的同意。」

見 Bodin. *Les six livres de la République*, liv. I. chap. VII, et XI, édit. française, Lyon,

1593.

這業已是近代主權的意義了，易言之，即一種只受自身決定上面及旁邊皆不遇競爭意志的意志能力是也。賴步雷 (Lebret) 在他的經典著作國王主權論 (*De la souveraineté du roi*)

裏面，最初會在原始封建意義之下引用主權一詞，但不久他便放棄了這項觀點，最後他與布丹一樣，皆認為主權乃以國王為享有人的全部權力。

因此，在十七世紀與十八世紀時，主權已確實被概想為一種命令權利，國王乃這種權利的享有人。這是一種與財產權具有同一性格的權利，國王係牠的享有人，猶之他是其他一切財產權利的享有人一樣。故主權是一種財產，牠是一種單一的不可分的財產，而且因為若干特殊原因，牠具有不可讓予性。牠與一切財產權一樣是絕對的，一七七零年的飭令並宣佈沒有任何根據所謂根本法(*lois fondamentales*)的限制存在。國王主權特殊表現於法律之中，因為法律乃國王意志直接的表現。

一七八九年至一七九一年的立憲者復採取了這種前王國時代法學家所製造的主權權利觀念，但他們將牠連同牠所有的性格及性能由國王身上剝奪下來，整個給予了看成一個法人的民族。由此，民族與昔時的國王一樣，成功了這項權利的享有人。他們如此作為，實有兩重利益：蓋一方既可承續帝制的傳習，而另一方復可以用憲法肯定一般哲學家，特別是盧騷，所教導的民主原

則故也。

但產業國家說亦因此而歸於消滅。牠向來不會走入美洲去，而歐洲各國自大革命以後亦漸全將牠放棄了。惟在十九世紀之末，德國有幾位法學家曾作過很奇怪的嘗試，想再使這項學說復活。在這幾位德國法學者中間有一位並是法學界的權威，雖然如此，但這種嘗試即在德國亦曾遇見了很多激烈的批評。

德國法學家爲復興君主產業權利的主權學說曾用去極大力氣，最值得我們注意的，當推巴維埃人余德爾 (Seydol) 君。余德爾君在一八七三年曾出版有一部小書，題爲：國家學大綱 (Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre) 他在該書的緒言裏面宣稱惟實主義 (Realisme) 乃現代十足的標記。我們應當將牠導入法律科學裏面，猶之應將牠導入所有其他科學裏面一樣，他並說我們應當仿傑葉林在他的法之鬭爭 (Der Kampf im Recht) 裏面所爲，走到法律唯實主義上去。但要辦到這層，有很多事要作，有很多由悖謬的法律觀念主義產生的錯誤應當掃除出去。種種層出不窮的擬制，我們應當將牠們宣佈出來而加以摒斥。一般人想將牠造成交量權利或

Herrschaft 的主體的國家人格即這些擬制中之一種。實際上國家並不是權利主體，公共力量權利只能有一個享有人，君主或統治者。國家並不是一種命令權利的享有人，國家不過是一種事實的東西，要有國家存在，有兩項原素是邏輯上不可少的：（一）土地與人民；（二）一種統御他們的最高意志。國家並不是命令意志，國家與這項意志有別，統治者（Herrscher）的意志係對國家而發的。

所以在余德爾看去，人民與土地乃最高命令權力的客體，這種命令權力乃握有牠的一個人或數個人的一種主觀權利，這些人古時教作君主，他則教他們作 Herrscher。國家沒有意志，國家不是一種權利主體，余德爾說：「法人國家概念，與有機體國家概念一樣謬誤與一樣站不住，牠們兩個同有一個不能解除的缺點，因為牠們將哲學造成一種科學原則，將只是一種影像或一種單純比喻的東西造成法律故也。」

著者完全接受余德爾學說的整個消極部分，著者認為他說國家人格乃一種影像，一種擬制，不能夠在這樣脆弱的基礎上建造一種法律體系各點，皆非常有理，但是著者卻不能贊同他將命

令力量造成一種主觀權力，及將君主造成這項權利的享有人，著者不能接受這種學說，理由仍是前面所說的一般理由，即無論是公共力量權利或私人權利，皆係不存在的東西是也。此外還有一個理由，亦使著者不能贊同這項學說的積極部分的，即牠邏輯地必然領至無限制的君主絕對主義上，前帝制時代的國王絕對主義雖是一種歷史產品，但同時亦是產業國家說的邏輯結果，余德爾的這項新產業國家說更將領至最完備的絕對主義上，著者且懷疑這或許即是暗中感示牠所以創造此種學說的思想。茲將余德爾書中一段話的逐字譯文引敘於下，這段話可以說是他全部思想撮要，他說：『統治(Herrschaft)不過是國家力量的事實，法律所由產生的事實，法律不是先於國家的，而且是發源於國家裏面的。故法律不是別的東西，即命令意志用以命令已成國家的人羣的全部決定而已。因此，法律淵源乃是統治者(Herrscher)的意志。所以說沒有無 Herrscher 的法律，亦沒有 Herrscher 之上或 Herrscher 之側的法律，只有由 Herrscher 制定的法律，乃是一項顛撲不破的真理。』

這一段話至少總算很清晰的一段話，牠的意義及結果是毫無可以懷疑的地方的，牠是對於

整個公法一種絕對的否認然而牠同時卻亦是所有將公共力量看成統治者主觀權利的學說極邏輯的結果，由此益足使我們看見唯有拒絕公共力量具有主觀權利性格，根本排斥主權觀念，方能在法律上為公共力量建立一種限制。

見 *Beydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873. ——余德爾的學說可以與彭哈克 (*Bornhak*) 的學說比較對看，彭哈克著有：*Preussisches Staatsrecht*, I, 1888; *Allgemeine Staatslehre*, 1896. ——季治繼 (*Gierke*) 對於余德爾所作之有力批評，亦應一讀，見 *Gierke, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaften*, 1874, p. 153 et a.

第五十七節 法國學說

這派學說，乃國家法律構造 (*construction juridique de l'Etat*) 的一種模範，假如我們承認了牠的出發點，則牠所有一切推論的嚴整，大有強迫我們不能不接受牠之勢，頗能使我們思想感覺愉快，但不幸牠的出發點是錯謬的，因之，所有一切推論亦皆根本站不住了！

這種學說的出發點係取自盧騷。所有社會，因社會契約的關係，本身上皆具有一種意識，一種「公我」或一種意志；牠們全是玄學意義下的人。我們前面業已提到『民約論』裏面載有這種

說法的那段很有名的話；但我們現在仍須要再說一遍，因為牠非常重要，所有現代承認國家人格的學說，無論在法國或德國，全係由牠演生出來的。盧騷曾說「所以我們若果將社會契約裏面不屬於牠根性的東西排開，我們看見牠可以縮減在下面幾句話裏面：我們中間的每個人共同將他們的身體及所有他們的力量全副置於普遍意志最高領導之下，同時我們仍接受每個分子作為整個體不可分的部分。在這個當兒，這種結社行為於每個當事人特殊個人之外，復產生了一種無形集合體，牠的份子的人數，即等於大會投票的票數，牠由這項行為，獲得牠的統一，牠的「公我」，牠的生活與牠的意志。」（見 *Contrat social*, liv. I, chap. VI.）

是故集合體是一個人；如若我們假定有一種民族集合體存在（至於民族是什麼我們以後再去考定），這種集合體亦即是一個人，牠的人格係社會契約的產品，因為由社會契約，產生了一種公我，一種意志，而這種公我，這種意志，正是一切人格的構成要素故也。民族乃是一個實在人；牠的人格並不是一種擬制，亦不是一種抽象，而是一種實證的現實，一種人的實在，與構成牠的個人人格是不同的。民族具有一種單一的與集合的意識與一種單一的集合的與普遍的意志，而這些

亦是與個人意識及個人意志不同的。

這種普遍意志可以強行加施於個人，所以然者，正因為牠是普遍意志。普遍意志既可以強行加施於個人，所以牠乃是一種主權意志。民族人即主權的享有人，因為這種主權的關係，故沒有一個法律是『政治集體不能觸犯的；但牠不能將牠自身的一部分讓予他人，牠不能自行隸屬於任何另一個主權者之下。』而且『誰要拒絕服從普遍意志，應被全集體強制他服從』（見 *Contrat social*, liv. I, chap. VII）。

故主權即是普遍意志，或我們說普遍意志具有主權，因為牠是普遍意志，其意義亦是一樣。主權與普遍意志殆係兩個絕對不可分的原素，因之，主權若被割讓於人，普遍意志亦便同時消滅。所以主權是不可讓予的。而且主權既是一種意志，因而猶之一切意志，還是不可分的。故主權根據牠的性質及定義，是不可讓予及不可分的。『根據主權是不可讓予的同一理由，牠還是不可分的，因為意志或是普遍的，或不是普遍的，或是人民全體的，或只是部分的，在前項情形之下，表示的意志是一種主權行為，可以制定法律，在後項情形之下，牠只是一項特殊的意志，一種官吏的行為，或

至多一種飭命(décret)而已」(見 *Contrat social*, liv. II, chap. II)

這項享有主權的民族人格原則，或較簡單點說，這項單一的及不可分的民族主權原則，已整個地探入大革命時代的各憲法條文之中。我們只須稍一回憶一七八九、一七九一、一七九三以及共和第三年的各項憲法及人權宣言裏面極著名的幾段文字，便可以看見這種情形了。例如：「整個主權原則，根本寄存於全民族身上，任何集體，任何個人，皆不得行使非由全民族明白發出之權力」(見一七八九年憲法第三條)；又如：「主權是單一的，不可分的，不可讓予的及不受時效限制的，牠屬於全民族，任何一部分人民或任何個人皆不得僭據主權的行使。」

見一七九一年憲法第三章第一條，參閱：一七九三年憲法第七條，共和第三年憲法第二條，一八四八年憲法第十八條。

據盧騷之意，主權不可讓予性的邏輯結果乃是主權的不可委任性。在他看去，主權者——人民——決不能委任代表而不真正將主權割讓的。他說：「所以我說主權既是普遍意志的行使，故絕對不能讓予。主權者只是一種集合人，只能够由牠自身代表，蓋權力雖很可以轉讓於人，但意志則不可也」(見 *Contrat social*, liv. III, chap. I.)

因之唯有人民可以制定法律因爲法律乃是普遍意志的直接表現人民可以建立一個政府但政府並不具民族主權代表的性格。『政府是建立在臣民與主權者之間藉以傳達他們相互關係的中介體，負有執行法律及維護政治及民事自由的責任』（見 *Contrat social*, liv. III, chap. I）。在這點上，大革命時代的各項憲法並不會遵從盧騷的學說。牠們認爲主權雖然是不可讓予的，但可以委任，委任並不聯帶讓予，因爲主權的受委任者係對於人民主權者負責，他們永遠應向人民報告他們的委任職務的。

一七九一年的憲法關於此點載有一項非常顯明的條文，牠規定說：『民族雖爲一切權力所從出的惟一淵源，然只能由委任（*delegation*）方法行使這些權力』（第三章第二條。）這種委任關係同時連帶產生了一種代表關係，代表云者，意義即謂在這種委任關係之下，受人民委任者將代替人民欲願，代替他們表示意志，因而亦即代替他們表示主權意志，同時並謂實際決議者雖是代表而不是人民本身，但是事物的經過卻應完全如同人民本身曾經說話一般。

巴納物（*Barnave*）在一七九一年八月十日會說：『在秩序及憲法功用的限制以內，代表與

單純的公務員的區別，即：前者在某種情形之下負有代替民族欲願的責任；至於後者則僅只負有代表民族活動的責任而已。』至於要知道那個機關是代表機關，又是另一問題，而且實際亦只是一項次要問題。其他更如：只有一個代表機關呢？或有數個代表機關呢？整個的主權是否可以同時委任於數個機關呢？抑或主權可以分解為數個原素，將每個原素分別委任於一個機關，而同時仍不因此失去他實體的單一性呢？所有這些問題，自一七八九年至一七九一年，甚至一七九一年以後，曾作過無窮討論的資料，然此處殊無使我們注意的必要。惟分權問題 (La question de la séparation des pouvoirs) 著者當於第二卷中研究之。

撮要言之，根據表示於大革命時代及一八四八年的各種憲法裏面的法國學說，民族乃是主權的原始。享有人。民族乃是一個人，具有人格應具的各項性能，例如意識與意志是。民族人實際是與國家不同的，牠先於國家而存在；國家只能存在於民族存在的地方，至於民族則就是在國家已不存在或尚未存在之時仍能存在。國家的出現僅在民族業已組織了一個或數個代表機關，委任了一個人或一個集合體，或同時委任二者，使他們發表及表示他的意志的時候。故在主權原始享

有人——民族——與代表之間，實有一種代理契約存在。這種代理權並不是某某選舉區給予代表的，而是整個民族給予他們的，這種代理關係並在代表身上產生報告職務的義務及責任。故國家就是由責任代理人代表具有主權的民族。通常我們說國家是主權的享有人，若爲說話便利計，不妨如此說，但這並不絕對正確，主權享有人乃是民族法人。主權係由牠自身及原始即行存在的，並含有不可割讓性，就是在民族尙沒有委任代表或業已停止再有代表的時候，牠亦仍行存在。國家只能在民族代表建立以後方行存在，故國家可以因這些代表消滅而消滅，但民族只要一仍仍是一個民族，則永遠不失爲主權者。

這便是法國學說的撮要，著者在本節之首，曾經說過牠推論的嚴整，很可以使思想愉快，牠的聲譽曾振及全世界，即在今日，牠仍實施有一種很大的作用。就學說而言，著者決不否認牠實具有第一等的重要性，否認此層，不啻否認昭然的事實。大戰之後，許多民族要求解放，及要求確認牠們有權行使牠們的主權及委任代表成爲國家，即係標榜這種學說。大戰期間，因精神文明及法律的戰勝，於是使波蘭人、捷克人及南斯拉夫人皆得以脫離異族羈絆，成爲具有主權的民族並設立代

表而成爲國家，亦這項民族學說之功也。

然而所有以上種種，均絲毫不能證明這項認人格化民族爲主權享有人的學說是正確的。主權民族法人 (nation-personne) 的學說，與其他一切主張集合體具有與構成分子不同人格的學說一樣，全都是不能證明的。著者作爲此言，並非說民族不是一種現實，我們剛剛經過的史事以及現在我們仍生活其中的史事，很清楚地昭示我們民族裏面實含有若干非常實在的東西，然牠們並未證明亦不能證明民族曾具有可以成爲權利主體的人格。要承認這一層，除非我們作一種宗教信仰行爲方可，然此絕非著者所願爲也。

另一方面，一般德國公法學者對於這種主張異於國家的民族乃主權享有人的法國學說亦曾作有極激烈的批評，而且這些批評確實皆係建立於法律邏輯觀點上的。

他們最初說：我們即令承認因代理而產生之代表關係，但要達到使之實現，必須在代理權授予之時有兩個法人存在始可，其一爲授予代理權人，其另一爲接受代理權人，當主權的委任係授予一個個人時，我們尙可以勉強說這兩個人格皆行存在，但當代理權係授予一個會議時，我們便

不能如此說了。蓋這種會議只能在牠組織以後方行存在。只有在這個時候牠才可以接受代理權。因爲牠只有在這個時候方成爲一個可以接受委任的人故也。但根據這種法國代理學說，代理權係在選舉時候授予國民會議的，殊不知在這時候牠尙未存在。如此，代理不啻是授予了一個當時尙不存在的代理人。所以委任行爲對於一個會議是不產生效果的，因爲這個會議在委任行爲發生之時尙未存在也。

其次德國公法學者還曾劇烈地批評法國學說的民族乃原始主權享有人原理，說這種原理在國家裏面建立一種二元論，阻止給予國家一種真正的法律構造。蓋根據這種原理，國家裏面將有兩個法人存在：一方面有民族，另一方面還有他的代表。這兩個法人全是具有主權的法人。如此將產生一種極端煩複的狀態，使所有真正的公法原理皆陷於不可能之境。這種煩複狀態之產生，係由於在這種情形之下我們一方面既須考定民族與牠的代表間所產生的關係，另一方面復須考定臣民與民族間的關係以及民族各代表間的關係。他們說所有這些東西將造成一種我們不能走出的真正迷魂陣，結果將使所有公法原理盡陷於不可能之境。

此外還有一種思想有意識無意識地領導大部分德國公法家批評法國學說，即這種學說歸根到底實對於限制統治者的萬能權力供獻了一種堅固基礎。蓋在這種學說之下，統治者只是民族的代理人，他的權力不但有期限限制，而且永遠須對民族負責，另一方面，這種學說還給予一切民族要求一個很有利的立場，此層現代史事昭示我們非常清楚。凡此種種，皆德國公法學者所不能接受的。因此，他們用盡他們的辯證氣力，去攻擊這種法國學說。著者認為他們批評的消極部分，實是設在許多謹嚴的論據上，但是當他們想樹立一種積極的法律構造來代替他們所推倒的學說時，他們亦完全失敗了，而他們所主張的學說較之法國學說可以批評的地方更多。關於此點，我們將在下章評判之。

霍理歐曾嘗試建立一種關於民族主權代表與國家人格的新原理，但這項原理，除了浮泛混沌以外，尚不如一七八九年立憲者所建立的原理具有一種堅強的體構。所以假如我們真要接受民族主權原則的話，最好我們還是主張一七八九年的人們所制定的構造，霍理歐並未作有很好的修正也。

見 Hauriou, *Etudes constitutionnelles, la souveraineté nationale*, Recueil de l'Académie de

légalisation de Toulouse, 1912 (第冊行本) Id., Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 197 et

關於主張民族主權與代表原理的法國學說，特別應參閱：Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, I, 1920, p. 2 et suiv.; II, 1923, p. 167 et suiv.——馬爾伯(Carré de Malberg)曾給予法國學說一種撮要的，說的很正當，他說：「大革命宣佈主權，易言之，即表示國家特性的權力根本存在於全民族身上，無異默示地在法國法的基礎上確認了那項認為以國家為主體的權力與權利實際都只是民族本身的權力與權利的觀念。因之，國家並不是一種立於民族之前對抗民族的法律主體。不過我們應當承認民族與國家是齊一的，齊一云者，即謂後者只能是前者的人格化是也。」（見前書第一三頁）。

此外參閱：Merriam, *History of the theory of Sovereignty since Rousseau*, thèse Columbia, New-York, 1900.

第五十八節 德國學說

法國學說主張說民族人乃公共力量權利或主權的主體，但牠自己卻不行使這項權利，而將牠委任於牠的代表，統治者，代牠行使。德國學說並不作這種民族與其代表間之區別，牠認為主權原始的及惟一的享有人即是國家。德國學說，如同一般哲學家所說的一樣，設定國家，使國家在不可分的單一性之下成爲主權或公共力量權利的享有人，不過這種單一的與不可分的國家乃由

三種原素所組成，這三種原素便是：土地、民族、政府，牠們三個通力合作造成國家的人格。國家雖然具有這種複合體構，但仍是單一的與不可分的。牠是一個權利主體，而牠的權利即公共力量或 Herrschaft 是也。

他們說如此國家便表現在一種單一的與簡單的法律構造裏面，蓋在這種學說之下，只有一個單獨的國家法人存在，所產生的關係，亦只有發佈命令的國家人與隸屬於其下的法律主體間的關係一種。至於統治者，並不是國家代表，而是國家的機關。他們以機關言是不具有人格的。故在他們與國家人之間無任何法律關係存在，猶之個體人與其感覺機關之間不能有法律關係存在一般。國家若沒有牠的機關不是任何東西，而充當國家機關的個人，除了成功國家一部分以外，亦不能成爲國家的機關。故結果國家可以說是一種固定於一塊土地上及組織成政府的民族組合體。牠是一種統一的但同時是復合的權利主體。牠自身存在於宇宙之間而具有命令權力或 Herrschaft。命令權力乃一種主觀權利，而國家則根本依定義乃此種主觀權利的主體。

這種學說，在大戰未發動之前，除了細節上有若干爭論而外，差不多爲德國所有公法學者全

體一致所主張牠的創始人係德國公法學家蓋爾伯 (Gerber) 蓋爾伯並可以說是德國第一個開始打算創造一種法律的國家原理的法學家。他的著作：『德意志國家法大綱』 (Grundzüge des deutschen Staatsrechts) 第一版刊行於一八六五年，第三版亦即最後一版，刊行於一八八零年。蓋爾伯這部書的名譽在德國傳佈非常之廣，當該書出版之時，一般人所教學的學說仍係產業國家概念，認公共力量乃君主的一種財產權利。蓋爾伯則極力反對這種概念，他設定國家為一種與君主不同的法人，他說國家乃是命令力量的享有人，國家是一種有組織的法人，君主甚至民族皆不過牠的機關而已。

蓋爾伯在德國公法原理上的影響非常之大，因之，我們似乎應當將牠書中最具特性的一段話全部引錄於下。我們在這段話裏面可以看見黑格爾的直接影響，不過此處乃一位法學者所表現的黑格爾而已。蓋爾伯說：『民族在國家裏面獲得牠集團生活的法律秩序 (ordonnancement)。民族，與一切精神的 (sittlich) 單位一樣，在國家裏面得到牠的承認與牠的法律觀念。民族在國家裏面尋求並覓得保障及滿足牠集合利益最根本的方法。民族在國家裏面獲得一種組織，

使牠可以爲公共福利運用牠全副道德力量。國家是一個民族集團生活的法律形態，這種法律形態，屬於人類精神秩序原始的與初步的式樣。由法律觀點觀察國家，可以使我們首先看見民族在國家裏面得到牠的集合的或法律的意識及牠的意志能力。易辭言之，即民族在國家裏面得到牠的法律人格。故國家就保障及表現所有在精神方面企圖實現公共福利的各種力量而言，乃是法律秩序中最高的法律人格，牠的意志能力獲得法律所能給予的最富裕的領域。國家意志力量即命令力量，牠教作國家力量 (puissance étatique) 』

Dr Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts 3e édition, 1880, p. 1-3.

著者在本節之首，業已說過這項認爲國家乃命令力量唯一享有人的觀念差不多是四十年來德國一般公法學者全體一致的意見。但牠最完備最精確的表現地方，則爲耶律內克教授極廣泛及極值得注意的著作。耶律內克將這種主張國家人格係公共力量享有人的學說幾乎發揮到了極點，從來不會有人超過了他。牠的學說可以撮要敘述於下：

他說國家乃一種自身存在的東西，他所以存在，因爲牠存在。國家雖然是一種佔據一定地域

的民族組合團體，而民族雖為個人所組成，但國家卻與民族、個人、土地皆不相同。耶律內克說：「國家，就法律組合團體言，乃是佔據一定土地，享有原始命令力量（Herrschenmacht）的民族組合團體；或依現在通用的話說，國家乃是一種握有原始命令力量的地域組合團體。」

國家法人所握有的命令力量乃一種主觀權利。耶律內克依照德國通行的詞語教他作 Herrschaft。這是一種不可抗拒的力量（unwiderstehliche）。國家制定無條件命令，牠可以充量行使強制。『Herrschen』的意義，即無條件命令，及能夠充量行使強制之謂。永遠只受自己決定的意志力量，即是國家力量（Staatsgewalt），而主權的意義，亦正是如此。』故主權實是國家力量的一種性格。據耶律內克之意，國家力量並不永遠具有這種性格，但往往很多是具有這種性格的。這項主權的公共力量既是國家永遠只受自己意志決定的權利，故國家可以一任己意規定牠的行動範圍以及隸屬牠之下的個人的行動範圍。牠可以由牠自己的意志創造客觀法，任何其他意志皆不能領導牠及監督牠。

惟假如國家本身是這項無條件法律力量的享有人，那麼，似乎即不能再對於國家權力規定

法律的限制了。因此，我們在第十六節中，將看見德國學說如何遇見一項不能解決的問題。

參閱 Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 167 et p. 188 et suiv.: 2^e édit., 1905, p. 168 et p. 290 et suiv. 參閱 Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1^{re} édit., 1892, 2^e édit., 1905——此外並參閱 Rehm, *Staatsrecht*, 1899; G. Meyer, *Staatsrecht*, 1899; Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, 1900-1903; Hatschek, *Allgemeine Staatsrecht*, édit. 1908——我們在荷蘭克拉卜 (Krabbe) 教授的著作: *Die Lehre der Rechtssouveränität*, édition 1906, p. 197 et s. 可以找到一篇關於這項問題 很具興致的批評陳述。

意大利學說在這點上，大部全係跟着德國學說走的，可參閱 Orlando 所主編的 *Traité de droit public* 此外也應一讀 Carmelo Caristia, *Dubbi ed incertezze del diritto publico moderno*, *Rivista di diritto publico*, 31 août 1914, 1^{re} partie p. 348.

艾斯曼在他的 *Éléments de droit constitutionnel* 的各版裏面皆界說國家爲「民族的法律人格化，他是政治權力的主體及支柱。」他復說：「這種權力自然在他所管理的關係上不承認有高等的或競爭的力量存在，這種權力便數作主權」(一九二七年第八版第一卷第一頁。)這項定義無論與德國學說或法國學說皆能適合。艾斯曼好像不會看見這兩種學說之間有很深的鴻溝存在似的。

認爲統治者本身是公共力量權利享有人的學說，現在差不多已被一般人士一致摒棄了，在第五十六節裏面，我們曾經說過產業國家概念直至十八世紀之末，仍是歐洲各國國內法與國際法上的統治概念，在一八一五年維也納條約的許多條文中，我們仍可以看見牠的影子。至十九世紀中間，牠可以說已差不多完全消滅，惟有些地方，則直至大戰時期，仍留有牠的遺跡存在。迨至一九一九年六月二十八日的凡爾賽和約出現，這項概念始完全宣佈壽終正寢。至於就國內法而言，在法國自一七八九年以後，這項產業國家概念即已完全絕跡，惟在德國及奧匈帝國的實證公法裏面，則仍有不少地方維持之，但現在亦已爲一九一八年中歐各國戰敗時發生的革命掃除盡淨了。

最近五十年中站在科學觀點上主張這種產業國家概念的學者非常之少，其中最著名者，著者在第五十六節業已說過，爲巴維埃法學家余德爾，但他的學說就是在德國亦差不多是一種孤立的學說。這種學說足以領導至無保留地承認握政權者的權力萬能上。雖然德國法學者無論公

開承認與否大都具有給予君主絕對主義一種法律基礎的傾向，然余德爾的學說終太覺直率了一點。大家都明瞭若主張這種學說，對於他們所要辯護的東西，與其說有利，無寧說有害。蓋誠欲在法律上建立一種統治者萬能主義，必須有一種較為和柔的學說，至少必須表面上可以滿足不容反對及不可抗拒的現代企圖使國家權力受法律限制的傾向始可，像余德爾這樣直率的主張統治者萬能的學說是不適用的。因此之故，余德爾的學說在德國曾受到很劇烈的批評。在牠出世之時以及出世以後幾乎沒有一個應和者。

季冶鎧在一八七四年時即曾在杜丙根 (Tübingen) 雜誌 (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaften, 1874, p. 153 et s.) 上發表了一篇很有力而極值得我們注意的文章，攻擊余德爾的這種自命為唯實主義的學說。這篇文章題為：「公法基礎與公法新原理」 (Les fondements du droit public et les nouvelles théories du droit public)。季冶鎧在這篇文章裏面爭求法律對抗國家的力量，有時措辭極為漂亮，他所發揮的學說，大有一種天然人權說的氣概，惟語句間稍嫌模糊不清耳。關於這點，我們將於第六十節裏面見之。

國的統治學說。這種學說，現在雖然遇見了許多與牠不能相容的事實，同時並發現有葛而生學派的規範主義學說，（關於這項學說的要旨，著者在本書第四節裏面已略有敘述，）然而在國內的與國際的各種實證公法裏面似乎仍保存有一種極優越的勢力。

這種學說，我們可以教牠作玄學國家說，因為牠將公共力量造成一種主觀權利，而一切主觀權利全是一種玄學概念故也。另一方面，牠復給予這種臆造的主觀權利一種臆造的法人國家，充當牠的主體，我們知道，法人國家亦是一種由人類玄想中產生的玄學本體，故就此點言，我們亦可以教牠作一種玄學學說。我們從前曾經說過德國學說的出發點與法國學說的出發點截然不同，前者設定國家自身是一個法人，並是主權權利的原始享有者，至於後者，則認為民族乃是主權權利的原始享有者，其後始將牠委任於由組織民族主權而產生的一個或數個代表機關——國家——行使。不過這兩派學說的出發點，雖然不同；牠們在純粹實用觀點上，例如在對於防禦國家專斷所可能採取的保障上的適用，雖然亦有相當差別；但牠們理論上的直接結論卻完全一致。牠們

兩派全一致認爲單一的不可分的法人，國家，乃是單一的及不可分的主權享有人，國家是一種固定於一塊土地上具有組織的民族組合團體，這種團體法人的國家方是主權權利的享有人。

我們假令承認公共力量，主權，真是一種主觀權利，這些學說是否解決了權利主體問題呢？著者敢回答說：絲毫沒有解決；不惟如此，牠們反加增了許多困難。

第一，牠們會同樣遭遇到著者研究一般權利主體問題時所提到的一切不可能性；我們曾經看見想將一種集合原素或甚至一個不具能意識意志的個人作成權利主體乃係不可能的事，除了先天的肯定團體具有一種能意識及有組織的人格，說實證立法者整個創造了一種擬制，規定複數的東西應看作單一的東西，或使一種意志原素作爲不具意志的利益原素的代表。

凡主張說所有團體——國家團體與其他團體一般——僅因爲牠們是一種團體，便是一種實在人，便具有意志與意識，全都是一種先天的玄學說法，在實證科學裏面是不能允許的。而且此點在本書第二卷裏面還要論到，著者殊不願於此時予以討論，故暫置而不言。但除此種主張以外，

其他任何學說無論是傳統的擬制學說或米述的學說或看待複數爲單數的學說均不能對於國家適用。蓋根據這些學說，要實現構成人格的要素，必須國家干預始可，但我們知道國家在未成爲法人以前，是不能够干預的，因爲必在國家成了法人以後，纔有一種享有公共力量的國家存在。故我們要想有法人存在，必首先使國家成爲法人始可，但根據這種學說，國家要成爲法人，亦必須這項人格要素由國家創造方行，試問國家尙未存在，何以能創造這項要素呢？所以國家人格是沒有的，此殆係一種不能走出的循環繆論。

米述對於這一點會看得很清楚，他並曾打算避免之，不幸終未成功。最初他自己曾攻擊經典派的法人擬制說，他說由國家發出之法律當然不能給予國家法律人格，因爲要想制定法律國家必須業已預先具有法律人格方可。他說：「創制國家的，並不是法律，屬於國家的優越權不是法律授予牠的，因之，人格亦不是法律授予牠的，人格根本是國家自然的結果」（見前書第一卷第二七頁）。

然著者又可以向米述說：你說國家人只能由代表牠的機關活動，但須知建立這些機關及牠

們的代表性格的仍是國家，而這層亦非在國家業已有了代表牠的機關以後不能辦到，換句話說，即代表關係亦同等係一種擬制，國家必須業已存在，必須業已創造了由機關代表的擬制，方能創造牠，這豈不亦是墮入於一種循環繆論中了麼！米述回答著者說：這種非難是站不住的；機關乃是無形人的主要部分，並不是由牠創造的，機關係與牠同時由社會力量創造的。社會力量產生了無形人，同時便亦規定了牠內部的組織（見前書第一卷第一三六頁。）

著者更回答他這段話說：假如無形人連同代表牠的機關全是自動地在牠產生之時產生的，那麼，這樣的無形人將成功一種自然人或一種團體人，一言蔽之，即將成功季治鎧與牠的學派所主張的自然的團體人了。如此，米述的全部原理皆將變為無用，我們只須遵從季治鎧的說法，說國家猶之其他一切團體，乃一種天然地具有與個人意識意志不同的意識意志的自然人便够了。蓋此處是沒有中間地方的：或是一切團體，國家在內，（國家雖是最有力的團體，但亦是一種真正的團體，）天然均是一種能意識及有意志的人或權利主體，或是牠們全不天然是一種人，在後項情形之下，牠們亦便永遠不能成爲一個人，因爲牠們不能在未存在以前賦予牠自己人格故也。

其次即令我們承認國家天然是一個享有主權的人，我們仍要遇見許多邏輯上與事實上不可超越的困難。

蓋假如國家是一種具有主權的人，牠應當永遠具有這項性格。他們說主權是一種永遠只受自己決定的意志的性格，那麼，國家既是主權者，牠的意志，便應當永遠具有這種性格而且亦只能具有這項性格。所以國家的行動應當永遠是主權者的行動。國際關係除外，國家與另一個人中間所發生的法律關係亦應當永遠有兩個不平等中間的關係，一方是主權者，另一方是非主權者，一方是高等命令者，另一方是低等服從者。但我們知道事實上並非如此。事實上誰亦不能否認有許多法律關係，國家在裏面並不表現為主權者。很多國家與一個平民間所成立的法律關係，全毫無疑義的是一種平等人間的關係，而且在近代國家裏面，這類關係的數目逐日增加。一個依定義及性質是根本具有主權的人，今竟有時可以失去了這項性格，行動完全與私人無異，試問我們對於這種現象如何予以解釋呢？同理，翻轉過來，一個天然屬於私人性質的人如何有時可以成爲一種公共法人，亦是一樣不能解釋。主張玄學的國家說者很了解這種非難的力量。於是論戰開始，而

結果由法學者向來富於玄想的思想中，復發明了許多學說。

最早的學說爲將國家區分爲兩個人格的學說，一個人格係公共力量人格，另一個人格係產業人格，或金庫人格，或簡言金庫（*Trésor*）。這種學說，在德國曾具有很大信用，而且歷時很久。在法國牠雖然沒有明白制定於法文之中，及與以詳細發揮，但直至最近，仍有很多法學者，而特殊是民法家，皆受有牠的感示，亦是不容反對的事。這種學說，似乎根據在羅馬法的文字上，但一般人早已看見牠與國家單一性絕對不能相容，牠在國家裏面建立一種不可允許的二元主義。而且另一方面，復有很多純粹產業性的國家行爲裏面亦仍表現有公共力量成分，因之，將國家產業人格與國家公共力量人格對立，亦很有不妥當的地方。

米述曾起而反對這種二元論，他反對的很正當，他說：「公共力量國家與私法上無形人國家實構成一個單一的法律主體。假如我們要將牠們武斷地分開，或是分裂爲兩個人格，或是將人格觀念限制於這兩種表現之一種上，易言之，即私法的表現上——其實結果與前項辦法亦是一樣

——我們最後皆將走到許多不能允許的結論上。例如我們將要說公共力量國家對於私法人國

家人格的兩種面目區別開來的舉動，在某些觀點上，不是毫無益處，然我們若不維持那項認為所有國家行為應視為一個單一人格的行為，只能有機關的不同及表現的不同的觀念，我們決不能獲得一種滿意的法律原理（前書第一卷第二七一頁及第二七六頁。）

在德國，哈柴克（Hatcheck）亦會很清楚地指明這種金庫國家概念將逐漸歸於消滅，而且事實上現在已差不多完全為德國人所摒棄，這並不足驚異，蓋這項概念性質上帶有限制國家力量的成分，故為德國一般公法學者所不取。假如我們肯定國家主權人格的不可分性與單一性，則一般法學者給予他們國家絕對主義一種法律基礎的外形，比較更要容易。因為如此，無論國家作為一項什麼行為，產業，或命令行為，主權永遠得盡量的表現故也。德國一般公法學者放棄金庫觀念尤其值得我們注意的，即德國民法典有好幾項條文似乎曾經承認國家的金庫人格，而該法典第八五條尤規定的特別清楚，牠說：第三一條關於社團責任的規定得依類推適用於國家金庫。

關於討論金庫國家問題的德國學說，可參閱：Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im bürgerlichen Gesetzbuch, 1898.

今姑不言二重面目的人格觀念業已爲人所摒棄，然卽令牠仍行存在，而我們的問題仍依然如故，顯然不是牠所能解決的。牠只是一種浮泛的式語，而對於國家若根據性質是一種主權意志，應無論作爲什麼行爲，永遠皆是這種意志一層，並未予以絲毫影響。著者絕對不能了解如何這種根據性質具有主權的意志，可以有時顯露一種公共力量的面目，而有時則又顯露一種私人的面目！

因此之故，所以有些學者主張說國家人格只對於白爾德勒密所說的管理行爲 (la Gestion)，或如霍理歐所說的法律交往行爲 (le commerce juridique) 存在。固然霍理歐給予國家人格的領域，比較白爾德勒密要廣些，然而亦將牠縮減了很多。我們在第五十五節裏面，曾經說過這種讓步是非常危害整個國家人格原理的。霍理歐在他一九一零年出版的公法原則 (Principes

de droit public) 裏面曾說：『我們接受國家法律人格說；但同時我們認爲這個人格化的原理

領域是有限制的。易言之，即在有些情形之下，我們利於將國家看成一種人，但在另些情形之下，我們又利於僅看牠是一個民族裏面受統治權力所抵衡的種種狀態的總和」（第一一零頁至第一一四頁與第六三九頁以下）。

米述認為這種限制殊不合理。雖然如此，霍理歐在他一九一六年出版的公法原則第二版裏面，似乎仍維持這種學說。他說：「在法律人格本身上，我們應當區別兩種原素：其一為政治制度的客觀個性（*individualité objective*），一切組織的現象皆附着於這項原素上面；其另一為主觀人格，一切關係現象全附著於這項原素上面」（見第四五頁）。不過這種限制，在霍理歐的行政法精義（*Précis de droit administratif*）的最後各版裏面已不復見。他在這部書裏面，曾給予無形人一個定義，這項定義，同時亦可以適用於國家。茲引錄於下。他說：「無形人根本是一種組織為組合體的集合企業。這種企業，因社員原素佔有牠內部機關的意志能力與技能資本，同時獲得牠固有感覺及內部自由，而成為一種法律主體。」

見 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 9^e édition, 1919, p. 124; 10^e édition,

1921, p. 81.

無論以上各種說法如何，更無論他們主張這種國家主權人格學說如何巧妙，這種學說不僅遇見著者前面所說的諸種矛盾，而且還有許多事實狀態，假如我們仍維持這種學說，雖有種種微妙理論，皆絕對不能予以解釋，例如我們將來要較詳細研究的地方分權及聯邦制，無論如何說，即永遠與國家單一的不可分的主權人格概念處在絕對矛盾之中。

蓋假如公共力量看成一種以集合體為享有人的權利，在地方分權制度之下，某些地方團體亦必將認為主權裏面某幾項特權的享有人。法國的自治縣 (la commune) 即是這種分權的地方團體一個極顯明的實例。這種自治縣，實享有真正的公共力量權利，例如警察權，制定及征收賦稅權以及徵用財產權等等皆是。這不是與單一的及不可分的主權人格國家概念絕對相衝突麼？有人或說這是主權者，國家，將牠主權的一部讓予地方團體而然，這種讓予，牠無論何時皆可以撤回的。不過即令如此，在特許讓予期間，亦將在一個民族國家的領土上，國家之旁仍有另一個公共力量法人存在，具有若干種主權性的特權，形成主權的國家人格的一片段，這不是仍然與主權

人格的不可分性與單一性很顯明地衝突麼爲解釋這種衝突，又有人說分權團體並不真正是主權特權享有人，他們所握有的，僅係主權的行使，主權的實體固仍然附着於國家單一的及不可分的人格上絲毫未動。這種說法亦只是一種純粹字面的理論，實際地方團體並不能自身行使這般主權的特權，如此，假如國家仍然是那些好像已讓予地方團體的特權享有人，則行使這些特權的地方官吏將都成爲國家官吏，而不是地方團體官吏，所謂分權也者豈不又將完全失去了一般學說給予牠的意義了麼？

至於政治的聯邦主義更根本是國家單一的與不可分的主權人格的一種否認。但有些學者受民族主權人格經典的麻醉甚深，連這種衝突全不會看見，例如艾斯曼即其中的一個。他對於聯邦主義僅說：「聯邦國家雖然適合一種真正統一民族，但主權卻分裂爲許多片段。牠是許多特殊國家組織成的一種復合體。每個國家原則上均保存著牠的內部主權。但我們若將特殊國家撇開，牠們的人民加攏起來作成的整個民族，實構成一個總國家或聯邦……有許多主權的性能，皆會由憲法從各特殊國家剝奪過來，轉移於聯邦手中。」

Et Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, édition Nézard, tome I, p. 2.

德國與瑞士的一般學者，因本國是一種聯邦國家的關係，對於這項問題，感覺得非常親切。他們曾費去很大力量，企圖解決這項問題，而結果一無成效可言。著者在本書第二卷中，將對於幾項主要的學說予以研究。著者覺得在這些學說之中，當以德國季治鎧與法國雷富爾 (Le Fur) 二人的學說最爲工巧。他們主張說在聯邦國家裏面與在單一國家裏面相同，皆只有單獨一個國家，猶之只有單獨一個民族一般。故在聯邦國家裏面，亦只有一個主權者，即組織爲聯邦國家的民族是也。不過另一方面，根據這兩位學者的意見，聯邦國家乃是許多國家組織成的一種組合團體，各分子國家共同造成聯邦國家的主權人格，牠們實參預國家意志的形成（這是最具有特性的一點），因之，亦參預主權的實體，而不僅參預主權的行使已也。

實言之，所有這些說法都不過是一種思想作用，與實在事物毫不相干。例如什麼是主權實體，誰都不能解釋，無論何人苟持此說，著者皆不懼以此質問之。至於大革命時代法國歷屆憲法的制定者，大都對於聯邦主義與民族主權不可分的單一性絕對不能相容一層，明瞭的很清楚。他們因

爲仇恨一切聯邦主義的傾向故極莊嚴地將主權及民國不可分的單一性原則制定如下例如：「主權屬於全民族，任何一部分人民不能僭據牠的行使」（一七九一年憲法第三章第一條）又如：「國約會議宣佈法蘭西共和國是單一的與不可分的」（一七九二年七月二十日飭令）

著者於未結束此節之前，有一事似乎不能不標而出之，即這種國家人格原理常使主張牠的學者不住引用古經院學派的種種詞語，此最足證明他們仍不免如同中世紀的神學者一樣，將法學裏面堆滿了種種玄學的拉雜物。例如雷富爾在他的名著聯邦論（*Etat fédéral*）每頁裏面皆說到主權實體，並謂最根本的區別，即是主權實體與主權行使的區別（見該書第五九六頁）又如艾斯曼亦是無時不說到主權的性能（*attribut de la souveraineté*），但凡是性能，全預先假定有一種爲之支柱的實體存在，而實體與性能觀念在經院派神學及斯畢諾惹（*Spinoza*）哲學裏面佔有何等地位，亦是每個人都知道的。又如霍理歐在他公法原則的二版裏面，對於實體一字，亦不知重複了多少遍，他說：「法律人格乃是個性純一的實體，最浮淺的觀察亦可以看到的」（見該書第二六零頁）又說：「因此，我們業已認爲一種實體的法律人格，若就其是自由的而言，

實表現有一種價值或一種實體的品質的神氣』（見該書第二六一頁）又說：『我們很清楚地看見法律人格乃是客觀個性的實體，但人格既根本是一種取得權力的能力，這種能力根據什麼是一種實體呢？因為他是一種可能性，而可能性較之現在業已實現的東西更具有實體性也』（見該書第二六三頁）又說：『要從規範的實體觀念走入人物的觀念裏面，我們應當返回能力（Capacité）的觀念中去』（見該書第二六五頁）

這一類的引證，著者可以作至無窮。我們讀罷這些學者的著作，不知道還以為又返回到法學為神學奴隸的中世紀去了哩！實體（substance）性能（attribut）等等全是沒有意義的名詞，我們極應當從此永遠由牠們解脫出來。

不過著者還應當趕快加一句，即霍理歐在牠一九一九年出版的第九版行政法精義第一二三四頁第一小註裏面，又曾宣佈說：『認為人格化問題只能在玄學上設定，易言之，即只能在實體上設定，乃是一項錯誤。這項問題同時亦可以在心理現象裏面設定的，而牠的現象實在性，並可以用實證心理學的觀察方法證明的。』這位大師，為適用實證心理學的方法於團體人格，誠如他自己

所表示者然會極細心地努力了一番但是毫無結果這種努力應當沒有結果蓋要辦到此層我們應當證明有團體心理現象存在，猶之有個人心理現象存在一般，但這種證明是向來沒有人辦到的。假如有人辦到，則團體人格問題早已解決，何來現在這些爭論！因此，霍理歐的整個新學說全建立在一種循環謬論上。他假定有團體心理現象存在，殊不知要證明的正是這種心理現象。

而且這種團體心理學的企圖，曾在霍理歐的筆下，產生了種種神祕的式語。著者覺得我們很難說這些式語真含有問題的答案在內。茲再引敍他一段話於下，以作最後的引證，讀者可以看一看是否如此。他說：『這項分析若適用於國家無形人，我們所得到的解釋，即民族主權乃一種無形主體，民族，在統治機關上所作的佔有是也。因此，無形主體與牠的機關間的關係是相互的，機關在主體身上行使一種統治權力，而主體則答以對機關的佔有。這種內部佔有現象實係牠固有感覺的基礎』（同上書第一二五頁）。

總之，著者認為我們曾經說過的話仍能夠維持下去。著者敢申言曰：主權權利享有人問題絲毫未曾解決，而且亦不能夠解決。我們所能採取的惟一態度不外以下兩句話，即直至反證未發生

以前，我們應當說主權權利是不存在的；而且即有一個主權權利存在，亦是沒有可以爲牠享有人主體的。

第六十節 主權限制問題

這是國家主權所引起的最後一項問題。這項問題假如可以設定的話，牠比一切其他問題還要不能解決，所有爲解決牠所作的企圖，結果皆等於零。然而這項問題需要答案，又非常迫切，否則個人將被國家壓碎，被團體整個地吞沒了。可是我們若略爲考慮一下，便很容易看見可能的答案是沒有的。

假如主權依定義是一種永遠只受自己決定的意志，這項意志便不能再受法律規則的限制，因爲如果牠可以受法律規則限制，牠便不能走出這項法律規則之外，同時牠自由活動的範圍亦將有一定限度，過此而外，牠便不能再由自己決定。如此，豈不是完全不成了主權意志麼？所有對於這項問題想獲得一項答案的努力，結果皆成爲徒勞，因爲他們全永遠不能逃脫以下這項不可抵禦的雙力論 (dilemma)：或是國家是主權者，那麼，牠便永遠只應受牠自己的意志決定，不能再

隸屬於一種限制牠的命令規則之下或是國家係隸屬於一種限制牠的命令規則之下那麼牠便不成爲主權者了。

然而個人主義的信徒至今仍以爲他們曾經解決了這項問題。他們主張說：人類具有天然的個人權利，這些權利是他們生來即具有的，其後走入社會時復在保存着。這些權利可以對抗國家，國家不能觸動牠們，或即令國家可以予以限制，至多亦只能在爲保障全體個人權利所必需的限度以內。我們知道這就是我們大革命時代各屆憲法及人權宣言曾經明白規定的一項原則。這些法文是大家都知道的，茲僅舉其最主要的幾種於下。第一，例如一七八九年的人權宣言第四條會規定說：「自由係謂能作爲一切不妨害他人的事物，因此，每個人天然權利的行使，除了保證其他社會分子享有同一權利的界限以外，沒有界限。這些界限，只能以法律規定之。」其次，如一七九一年憲法第一章亦規定說：「立法權不得制定任何違害及妨礙本章所載及本憲法所保障的各種天然的及民事的權利的行使。」

我們現在姑不討論這項個人主義思想的價值如何，而假定牠是一種正確的理論，然即令如

此，我們亦很容易看見主權限制問題絕對非牠所能解決。理由很顯明，即牠所說的國家不能超越的界限係國家自身運用牠整個主權所規定的界限故也。更就另一方言，個人主義將個人自主性 (autonomie de l'individu) 與國家主權對抗，殊不知個人自主性亦是一種真正的主權。何以故？因為個人自主性不是別的，即個人活動力自由表現，不受任何人阻礙的權利是也。如此，是在個人主義之下，有兩個主權，兩個相等的形式對立。牠們中間的配合是絕對不可能的。因為要想使牠們配合，只有兩條路可走；或是使牠們成爲抵衡，如此，結果將是休止，麻木，死亡；不然，便是使一個可以支配一個，如此，而被支配的一個又將立時失去牠主權者的資格。在這種情形之下，結果又表現出兩條路：或是國家主權消滅，而成爲無政府；不然，便是個人自主性消滅，而成爲暴君主義。因此之故，所以著者早即說過個人主義的結局不是領至史提納 (Stirner) 或巴枯寧 (Bakounine) 的無政府上去，便是領至盧騷康德黑格爾以及離我們最近的艾斯曼等人十足的絕對主義上去。要說明這一層並不是難事，同時因此亦不難說明個人主義絕對不能解決這項國家主權限制問題。

盧騷康德黑格爾皆曾看到個人自主性勢必爲國家主權所吞沒；雖然如此，但他們又

持個人自主性觀念於是他們用種種不同的形式發揮下面這項論辯說個人只能在國家裏面找到他圓滿的存在，國家愈有力，人的個性亦愈發展。這種說法，固然是同時肯定了個人主義原則與國家主權，但著者亦可以拿盧騷的話，說這只是藉用一種通行市場上的幻術，將個人自主整個犧牲，反而表面露出保存牠與充實牠的神氣罷了！

假如我們單讀民約論第二書第四章，我們或許以為盧騷主張個人權利可以實在限制國家主權。因為該章的題目，即係題為「主權權力的界限。」而見我們在該章裏面，並看見他說：「大家約定所有每個人由社會契約所讓予的力量，財產，自由，僅只是所有使用關係公共團體的那一部分。」不過盧騷接着又說：「我們還應當約定只有主權者個人是這項關係重要性的裁判者。」尙不止此，他在第一書第六章裏面還說：「牠（社會契約）的條款不用說全部可以縮減為一個單一條款，即：每個社員帶同所有權利全數轉與於全體社會……尙有進者，這種讓予是沒有保留的，聯合是在可能範圍內沒有再完備的，沒有一個社員可以再要求任何東西，因為我們知道在個人與公眾之上，沒有更高的公共長官存在，可以裁判他們中間的爭議，假如個人尙保留有若干項權

利，則一旦有爭執時，勢必各個人皆在某幾點上成爲他自己的法官，若然不久必又將冀圖成爲一切事物的法官，如是，是又恢復了從前的自然狀態，而團體亦必然地不是成爲專制的團體，便成爲無用的團體了。」此外盧騷在第一書第七章裏面復說：「我們應當注意所有臣民皆可以在兩種不同的關係之下觀察。因有此兩種不同的關係，故公民會議可以使所有臣民對於主權者負義務，但卻不能依據相反的理由，使主權者對於他自己負義務。因之，主權者加施自己身上一種牠不能侵犯的法律，乃是與政治集體本性相反的事。故對於人民集體沒有亦不能有任何種類的基本法存在，就是社會契約亦一樣不是一種基本法。」

盧騷說這種話，完全係在他的出發點：民族主權原則或國家主權原則——這兩項原則實質仍是一個東西——的絕對邏輯之中。不過個人自主原則，在個人主義之下，無論如何亦是應當保存的。盧騷爲試作這項工作，曾發揮一種極具詭辯性質的理論，其巧妙之處，至今無人能及。康德黑格爾皆受有他的感示不少。但可惜這種理論不特沒有達到保存個人自主的目的，著者反覺得適足以充當個人主義不能給予國家主權限制一個最好的證明！

盧騷說在國家主權之下個人自主性仍依然如故因為國家乃是集合意志我們知道這種集合意志乃是個體意志的總和，由社會契約所造成的。故在社會契約的作用之下，個人服從集合意志，即是服從自己，這項集合意志愈有力，個人自己亦愈有力，因為集合意志乃是個人意志所造成的。所以主張集合意志，易言之，即國家意志具有無限制主權，同時亦即是主張個人具有無限制的自主。個人自主在國家主權裏面獲得實現，牠是與主權成正比例的。

這種詭辯在民約論的每頁裏面全可以看見，牠好像是全書的領導樂旨 (leitmotiv) 一樣，我們不難作無數的引證，茲僅舉他幾段最具特性的話於下。他說：「主權者既係由構成牠的個人造成，絕不能具有與這些個人相反的利益，因之，臣民對於主權權力，絲毫用不上保障，因為身體決不會想侵害牠的肢體的。」（見第一書第七章。）又說：「每個個人可以由人的資格具有一種特殊意志，與他由公民資格所具有的普遍意志不同……為使社會契約不成為空的程式，牠應默示地含有一項條款……規定說誰要拒絕服從普遍意志，將被全集體強制他服從。這並無其他意義，只是說強迫他自由而已。」（見第一書第八章。）又說：「當與我的意見相反的意見戰勝時，此所

證明者並無別的東西，僅謂我自己錯了，我所認爲的普遍意志不是普遍意志罷了。假如我的特殊意見戰勝，我將作爲不是我所欲願的東西，同時我亦不得爲自由了」（見第四書第二章）。

由上看來，人只有消極的服從於普遍意志命令之下方是自由。國家的萬能權力乃是個人自由的造成者。這便是個人主義最後的口號，同時這亦是牠如何限制國家主權的方法！當國約會議以牠自行加於身上的主權名義在法國建立一種滿染血迹的暴君制時，牠完全係在牠主義的邏輯之中，並可以說牠絲毫未曾侵犯牠在一七九三年人權宣言中所莊嚴宣佈的個人主義原則。自從大革命以來，在法國前後成立的政府中，大多數皆曾援引個人主義學說，以爲牠們專制或暴虐行爲的根據。例如一九零一年與一九零四年剝奪宗教修會財產的強盜法律，亦不過說我們解散牠們，奪取他們的財產，侵犯牠們會員的居宅，只是強迫他們自由罷了！謂予不信，請一讀一九零一年一月二十一日瓦爾德克盧騷（Walddeck-Rousseau）在下議院所作的演講詞，便可以知道。可見個人主義無論在理論及實用上全不能對於國家主權建立一種真正限制。

不特此，假如我們走進事物的深處一看，還可以看見這種個人主義學說，實是造成德國現

代心理的各種哲學學說的啓示者康德及黑格爾宣稱世上沒有可以對抗國家的權利個人只有在國家裏面及由國家方能獲得他生命的實現，因之，國家愈有力，個人亦愈自主，即完全係由盧騷的個人主義私淑而來。

在康德看去，與盧騷一樣，國家乃是一定數目的人在法律規律之下的聯合。因此，立法權只能屬於人民的集合意志。這項權力是沒有限制的。康德在另一方面，亦與盧騷一樣，而且差不多採用一種同一詞語，說立法權雖然萬能，個人自主仍是完整的，不唯如此，而且因隸屬於集合體政治力量之下之故，益加充實。所以康德曾說：「我們不能說個人在國家裏面曾爲一種目的犧牲了一部分固着於他身上的外部自由。實際他是將他的野蠻的及沒有規律的自由整個放棄，以便在一種有規律的依附關係之下，易言之，即在一種法律狀態裏面，獲得他一般未經觸動的自由，因爲這種依附關係乃是出自他自己的立法意志的」（見 *Kant, Doctrine du droit, traduction Barni, p. 169.*）

而且康德尙不肯即止於此。他認爲國家力量乃是真正神聖的，牠所以能要求人民遵守牠及

崇敬牠，即職是之故。故康德談到國家法律時曾說：「一項法律如此神聖不可侵犯，在實用上稍微對之懷疑已構成一種犯罪行爲，當然更不用說片刻停止牠的效力了！這樣的法律不像是由人來的，而應是由某種最高的與不會錯誤的立法者創造的，這便是「所有權力來自上帝」的那句格言的意義。牠所表示的，並非政治社會組織的歷史基礎，而是一種觀念或一種實用的理性原則，即無論現行立法權的來源若何，我們皆應服從之的觀念是也。因此，所以又有一句格言說：國家裏面的主人對於他的臣民只有權利而沒有義務」（前書第一七七頁至第一七八頁）。

這便是我們迄今仍認爲是主張個人自主性的一位大哲學家的政治結論！根據這種情形，我們還不能說個人主義概念無論在理論及實用上均不能建設一種國家主權的法律限制嗎？而且我們若再稍一回想現代公認爲個人主義的法國憲法大師艾斯曼結論亦是走到實證法律的無上權力上，我們的證明更越發完備了。

艾斯曼曾整個地接受個人主義，並曾主張說原則上國家主權在法律上應受先於牠及支配牠的個人天然權利的限制，誠係毫無疑義。他並曾很清楚地看見並設定這項主權限制問題；他會

說「主權好像必然不受限制因之國家權利亦好像是沒有界限似的……這顯然是希臘羅馬時代的思想，反之，現代根基最穩固及最豐富的思想之一卻是認爲個人權利係在國家權利之先及在國家權利之上……現在我們只須承認這項原則接受之後，即將帶同牠的種種推論，形成憲法的一項主要對象便夠了。」

但是在艾斯曼思想裏面，這項限制一方既非常狹小，他方復是相對的，理論多於實用。他認爲個人權利加於公共力量的限制並不能走到對於國家產生若干有利於個人的積極義務上，國家只是不得作爲任何可以違害個人權利的行爲而已。在這項原則之下，國家對於個人權利固當予以保證及保護，然除此而外，個人不得再有所要求。而且雖有這種對於國家權力的消極限制存在，但個人絕對無權拒絕服從法律，就是法律顯然侵害了他的權利，他亦不能不服從牠。艾斯曼曾明白否認個人具有抵抗暴政的權利，他不但否認他具有攻擊的及防守的抵抗權利。而且並否認他具有消極的抵抗權利，易言之，即拒絕自動地執行一種他認爲侵犯他自主性的法律的權利。他曾說：「另有一項錯誤，即是在宣佈公民不必由暴動反叛，可以拒絕承認及服從他認爲戕賊他良知

的法律。殊不知公民的第一條義務即是承認國家法律。尤其在現代的自由國家裏面，我們永遠可以希望由輿論的幫助，獲得這些迂逆我們良知的法律的廢除或修正，更應如是。從前霍卜士曾說主張上述錯誤的人們不啻是將他們身上的人類社會成分全數付之東流矣』（見前書第二卷第五七四頁）

這位公認的大師艾斯曼由個人主義出發，結果竟走到十足的政治絕對主義代表霍卜士的同一結論上，而且並援引他的話以爲論據，可見個人主義在實用上所領至的地方是什麼了！我們還不能確切有權說個人主義絕對無力解決國家權力限制問題麼！

是故假如國家權力是主權的，牠便是無限制的；假如牠不是主權的，牠便不再是國家權力。因爲有許多德國學者，最著者如耶律內克與拉龐德，雖然費去很大力量，終不能考定一個具有非主權的國家權力的國家與一個不是國家卻具有命令權力的團體間的區別。無論他們如何作，他們終逃不出下面這項雙力論：卽或是主權是有限制的，那麼，便沒有國家存在；或是主權是無限制的，那麼，便又沒有個人自由存在了！

因此有些法學家竟不遲疑地走到極端主張對於國家權力只能有道德的經濟的制限不能有法律的制限。我們在第五十六節裏面曾經看見德國一位大法學家余德爾即曾宣言沒有在 Herrscher 以上或以旁的法律，只有由 Herrscher 創造的法律。拉龐德雖然未曾明白表示這種思想，但他的偉著德國法 (Droit de l'Empire allemand) (一九〇一年法文譯本) 卻顯然受有牠的感示。在法國則現充雅典大學教授的沙里布羅斯 (Saripoulos) 在他的論文比例選舉制 (Election proportionnelle, Paris, 1900) 裏面，亦曾接受並發揮過這種思想。此外著者覺得芮茲 (Jéze) 的各種名著亦係受這種思想所領導。他曾屢次責讓著者不該將政治的及道德的觀點與法律的觀點相混足見在他思想裏面，對於國家權力亦只有一種道德的或政治的限制，故責備著者不該言法律的制限也。

著者還不勝憾惜馬爾伯 (Carré de Malberg) 在他一九二〇年至一九二三年刊行的非常優美的著作國家通論 (Contribution a la théorie générale de l'Etat) 裏面，亦是置身於同一觀點之上。他在該書中會說：「無論法律形成可以隸屬的條件爲何……有一點我們應認爲

已經考定是確定的，即：無論是憲法……或法律……全是牠（國家）意志的產品，牠們的淵源完全存在於國家只受自己決定的權力裏面……主權國家的法律秩序，法定組織，全建設在他固有的意志上。這種組織與這種法律秩序加於他力量的限制亦係從這項同一意志裏面發生出來的……在這種意義之下，我們可以認為現代的自限（*auto-limitation*）原理確有根據，同時並與實在事實極相附合」（見第一卷第二三三頁與第二三四頁。）

最後，就是英國傳統的國會立法主權學說實際亦是承認國家權力法律上的無限制。戴雪（*Dicey*）在他的名著：英憲精義（*Introduction au droit constitutionnel anglais*）（一九〇二年法文譯本）裏面，曾發揮這種思想極爲詳盡。戴雪界說法律爲國會所欲願的東西，不啻否認一切高於國家實證法律的規則，同時亦即否認一切可以限制國家權力的規則。

不過我們應當打開天窗說亮話：如果像他們這樣主張，我們便沒有公法了！蓋假如國家不隸屬於一種規定並限制牠行動的法律之下，則整個公法大廈勢非傾頽無餘不可。在這種情形之下，國家固仍可以採取種種組織公務的規定，但這些規定皆不具法律規則的價值。牠們都只是單純

的命令政府可以不住地任意改變牠們。德國一般大公法學者曾經看見此點，他們爲欲調和這項國家主權權力原則與公法的存在，於是玄想出那項工巧的自限學說。其實這種學說只是一種幻境畫，國家萬能權力固依然如故也。

這項原則初次的製定，據著者所知，係在葉林的名著：法律裏面的目的 (Der Zweck im Recht) (一八八〇年版) 的第一卷裏面。牠係依附在整個一部法律及哲學學說之上。這項學說，我們當然不能於此處詳細敘述，茲謹述其結論於下：葉林認爲只有國家賦予以法律規則性格並附以強制執行的規則方是法律規則。換句話說，即只有國家能創造法律。不過假如國家創造法律，牠當然不能隸屬於法律之下，受法律的限制了。然葉林回答說：這還是可以的。爲什麼這是可以的？何以國家的強制力量可以隸屬於法律之下而受牠的限制？何以這種力量可以上升至法律的高位？葉林回答說：這是由於牠自己用一種自限的方法加施於自己身上，一種法律規則的緣故。

他說：「國家必須受法律拘束，必須如此，我們方能將意外傲倖等事由規則的實用中掃除去，在專斷地位上建立起法律的平等、安全及合法性來。當我們說法律統治或立法統治時，表現於

我們思想裏面者，即係此點。當我們希望法律與我們對牠所作的觀念適合，易言之，即與一種法治國家的功能法律（*droit-fonction*）觀念適合時，所要求法律的，亦即此點。故法律在牠十足字義之下，即具有雙方拘束性的實證法律力量，或國家權力對於牠自己所制定的實證法律的服從是也。」

爲什麼國家如此自願服從於法律之下呢？葉林回答說：理由非常簡單，因爲牠了解若遵從法律活動，就容易得人服從。因此，這位大法學家作一結論說：「法律顯然就是力量的政策，不過牠不是一時的政策或暫時利益及私欲的政策，而是具有遠大眼光的政策，將來及最後目的的政策。」

見 Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1880, I, p. 344, 366 et 367.

其後耶律內克復曾主張這種學說，並曾給予牠一種十足的法律形態。他說：我們絕不能承認國家不受牠自己所制定的法律的拘束，蓋假如如此，結果將發生對於一個平民或一個公務員表現爲法律的東西對於國家不成爲法律的現象。這種現象，邏輯上只能建設在一種不可屈撓的神學基礎上。但國家並不是下界的上帝，所以牠應服從於牠自身所制定的法律之下。牠承受牠建立

的法律所限制的。牠的活動力係隸屬於法律之下的。國家成爲牠自己法院的轄民法院應當對於國家適用法律，與對於一個平民一樣。國家固可以修改法律，或廢除之，或另以其他法律代之，但法律一日存在，國家便應隸屬於其下，法院亦便應對於國家適用。

國家雖如此隸屬於法律之下，但牠的主權仍依然完整如故。主權乃是一種永遠只受牠自己決定的意志能力，國家自願地隸屬於法律之下，乃是自願地給予自己以限制，易言之，即自己限制自己。自己限制自己，牠的意志仍是由自己決定，因之，牠仍不失爲主權者。所以國家一方服從於法律之下，另一方仍不失爲主權者，牠的主權與牠隸屬於法律之下是不相排斥的。

著者前面曾說馬爾伯君曾認爲這種自限學說確有根據，同時並與實在事實相附合。他又說：「這項學說曾特殊經耶律內克予以發揮及精確地說明。」可見他亦已很明白地接受這位德國法學者的學說了。

這種自限學說顯然係一種弄戲法的舉動。一種自願的隸屬不得謂之隸屬。假如國家可以單獨建立及制定法律，並可以一任其喜怒所至變換牠，國家不能謂爲真正受法律的限制。在這種情

形之下，我們給予公法的基礎，無疑地至為脆弱。國家權力受法律限制，因為牠自己情願如此，而且只在牠自己規定的範圍以內，這樣限制的權力，與一種無限制的絕對權力，實際區別，非常有限。著者剛纔曾說這是一種玩弄戲法，其實我們教牠作一種詭辯派學說，或者更確切一點。總之，我們決非僅根據一種理論的外形便可以主張國家係受法律拘束。這便是現代整個法律學為解決國家受法律限制問題努力結果所走到的地方。

不過我們為完全不偏不倚起見，還應當說耶律內克於闡明他學說以後，似乎頗有所疑慮。他曾自問這項學說是否足以建立一種公法，是否在國家之上還有一種高於國家並由固有力量可以支配國家的法律存在。根據耶律內克書中的幾段話看去，似乎他曾接受了這種觀念，惟他絲毫未曾說及依他的意見這種高等法律的基礎與範圍是什麼耳。

最後耶律內克復恢復了他最初的主張，他說到國際公法時曾說：「國家的地位係在一切特殊的法律規則以上，這一層我們對於國內公法關係所作的研究早已告訴我們了。」因此，法律乃是國家的一種純粹產品，國家是在法律之上的。這便是這位德國最大公法學家最後所明白制定

關於耶律內克的自限學說，及他的結論，見 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900, p. 302-306, p. 323-331, p. 340——並請參閱著者所著 La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat, Revue du droit public, 1919, p. 161 et s. (有單行本)

德國的法律學者雖然差不多全走到承認國家具有無限權力上，然而有一位法學家亦是德國最著名的法學家之一，卻曾努過很大一番力，企圖為國家建設一種法律的限制。這位法學家即季治鎧是也。不過他的學說，除了文字非常晦澁而外，骨子裏仍是一種個人主義學說，這種學說，我們前面業已看見，遇有許多不能解答的非難，絕對是不能限制國家的。

茲將表現季治鎧思想最真切的一段話，引敘於下，他說：「因為人類的存在並不完全消散於種類的生活裏面，同時牠自身亦是一項目的，我們應當在國家對方承認個人是由自身存在及本身載有目的的一種原始的本質。個人以國家分子的資格屬於國家的，僅係他本身的一部分。他其餘的實體內容則係完全獨立於國家集體生活之外，而形成他自由個性的對象。個人實體與國家

實體是兩種並立的自主生活領域。這兩種領域彼此不能相離，並彼此互為補充，雖然如此，然而牠們卻各有牠自身的直接目的。」

據上所言，誠然有一種個人自主領域存在，然另一方面，季冶鎧復認為法律規則根本是社會的，形成個人活動一種嚴格的限制。他說：「假如各種競爭的意志，不隸屬於一種命令規則之下，社會生活是不能存在的……所以我們不特需要各種意志的本身諧調，而且需要所有意志中間的諧調，法律概念卽由是而產生的。」

這一層設定之後，於是發生國家與法律的關係問題：國家是否受法律拘束？法律是否先於並高於國家？季冶鎧設下這些問題而解答於下。他說：「國家與法律之間，實具有一種特殊性質的及密切的相互參透關係。法律係固著於國家之上的；法律並非由國家產生，猶之國家非由法律產生一般。不過他們兩個雖各有固有的存在理由，卻彼此互相發展……現在國家固係以制造法律的機關資格活動，然國家並不因此而成為法律的第一淵源，亦不因此而是法律形成的惟一機關。法律第一淵源蓋在我們對於社會生活的公共意識裏面。認為某某事物是法律的意識要達到能實

現於外界成爲一種法律規則需要由一種社會表達獲得實質化。最常見的是這項表達任務由國家負擔。因爲國家的主要任務即在將一個民族的法律意識表現於實證法律裏面。但其他社會機體亦可以制定法律……法律生活與國家生活乃社會生活的兩個自主的方面。我們知道力量乃國家的合理條件，國家沒有無上力量，便不是國家，至於法律觀念有否外部力量方法存在，均無關輕重，沒有力量及不能作用的法律仍永遠不失爲法律。」

上面這段話以及這種觀念的發揮皆見於季冶鎧於一八七四年爲答覆余德爾發表的那篇文章裏面，這篇文章題爲：
Le fondement du droit public et les nouvelles théories de droit public 載在 *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaften*, Tübingen, 1874, p. 153, 179. et s.

關於德國及法國各種討論國家受法律限制問題的學說的陳述，請讀者參閱著者所著：*The Law and the State*, *Harvard Law review* novembre 1917 這篇文章裏面有幾部分曾發表於 *Revue de droit public*, 1918 et 1919 如 *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel: La doctrine allemande de l'auto-limitation*.

此外還可以一閱葛而生關於幾種極奇突學說的陳述。這些學說以國家隸屬於法律下的行爲與神秘的耶穌降生 (Incarnation) 相比，主張說上帝是一種絕對的無限的實體，而自化爲人，服從於人類規律之下，以便與有限的實體人

發生關係，同然國家本是一種下界的神，因之是超越法律的，而亦自動隸屬於法律之下，以便與牠的臣民發生法律關係。

見 Kelsen, *Der sociologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922 p. 205 et suiv.

第六章 唯實主義的國家概念

第六十一節 玄學學說的無能

著者認爲前章業已證明說公共力量是一種主觀權利結果必將引起許多根本不能解決的問題，這種說法本身是不能證明的一種說法，無論我們給予牠一種什麼名稱，牠終不外是一種無價值的玄學概念的表現，而且即令我們暫時承認公共力量真是一種主觀權利，我們仍要遇見許多整個不能解決的問題。

我們不能解釋主權的來源，易言之，即我們不能證明爲什麼會有一種公共力量權利存在及如何牠可以具有合理的根據。一般人提出來的兩種解釋全是虛偽妄誕的解釋，說公共力量是神的產品與說牠是人民的產品。二者的性質與價值完全相同，率直言之，即同等於零，因爲二者全是未經證明及不能證明的東西。然就總體言之，第一種解釋較之第二種解釋還可以說合邏輯些，因

爲統治者的意志果由神受到一種委任，這種意志高於被治者的意志，我們到還可以了解，反之，若承認有一種人格化的集合意志存在，謂統治者的意志乃是這項意志，我們便絕難了解爲什麼這種集合意志可以高於個人意志，因爲集合意志亦永遠不外是人類意志，二者既同是人類意志，誰能證明一種人類意志係高於另一種人類意志呢？盧騷康德等人說：這種集合意志可以支配個人，因爲牠係由個人意志的總和所組成的，個人服從於其下，實際只是服從他自己，並未服從任何他人。這種理論乃是一種純粹的詭辯，良以果真如此，將沒有集合意志存在，而只有個人意志的總和存在，如此是他們本欲證示公共力量的存在與牠的合理性，而結果反走到否認公共力量去矣！

還有一事，我們應當特別標出的，即所有用人民意志作主權解釋的學說實際所作的，皆不外肯定多數人對於少數人的優越權。然而牠們對於多數人如何有權命令少數人——即令多數人是全體少一——卻絲毫未能證明。關於此點，我們還曾看見盧騷如何將他的詭辯論推至限度之外，說當多數人強迫少數人服從牠們時不過強制少數人自由而已！

玄學的國家說不特不能解釋主權權利的形成及牠的合理性，而且亦不能考定誰是這項權

利的主體我們在前章曾看見在這點上玄想出來的種種學說但牠們武斷虛偽，一個勝似一個。無論我們遵從季治鎧與他學派的說法，說國家是一種具有組織的組合團體，天然具有意識與意志，或是依照法國經典學派的說法，說國家是由政府代表的民族，或是依照米述的說法，說國家是由意志機關代表的利益中心，或是依照霍理歐的說法，說國家是無形主體，民族，在政府機關上行使的佔有行為的結果，或是我們再玄想出其他這一類的式語，結果我們所作的永遠無非是創造些擬制，表示些抽象，玄想些現代無人再相信的玄學幻影罷了！

最後玄學的國家說還不能規定國家主權的限制。至是牠的破產越發顯明，此不啻是牠最後的致命傷。蓋假如牠對於政治權力的法律限制果能建設一種堅固基礎，我們還可以勉強寬容牠理論上的矛盾與不可能性，不幸在這點上牠顯然亦無能為力。蓋我們若設定人格化的集合體具有主權，我們勢必以個人與之對立，我們若說個人是自主的，他的自主可以限制國家的行動，我們便取消了國家主權，反之我們若仍保持國家主權不動，我們又將使個人自主歸於消滅。盧騷康德黑格爾雖然說個人生活其間的國家愈有力，個人的自主性愈大，但這只是一種可怕的詭辯。葉林

耶律內克馬爾伯等人雖又說國家可以受法律限制，因為這項限制係牠自己加於身上的，這種說法措辭雖極為聰明，然而實際亦只是一種單純的戲語，因為自己為自己創造同時並可以一任自己喜怒所至解脫之的義務，不得謂為義務也。是故就各方面考察之後，可以說玄學的國家說實是一種空無一物的學說。然而有人為牠辯護，曾提出有幾種論據，我們似乎不能不一言之。

有些人說：國家人格及牠握有一種政治權力乃是客觀的事實，自命為唯實主義的學說，絕不能忽略了牠們。例如霍理歐即如此說過。他說：「我們很可以肯定說政治權力或社會整個體對於其部分的政治反動乃是客觀的事實……因此，狄驥君以法律玄學為口辭，將這些事實一掃而空，殊不見得牠是一個唯實主義者也」（見 Hauriou, *Droit administratif*, 9^e édit., 1919, p. 28.）

著者茲回答說：著者實不大了解如何政治權力可以界說為社會整個體對於其部分的反動！不過定義無關重要，我們可以暫置不論，惟霍理歐說政治權力是一種事實，這卻是一個大錯。政治權力並不是一種事實，真是事實的乃對於政治權力存在的信仰及某一定人羣裏面某些教作統治者的個人具有用強力強施他們意志的可能二者而已。這些事實，著者不但不曾忽視過牠們，而

且無時不在肯定牠們所有著者以前的著作全係受這些事實所感示即本書之作亦完全由承認牠們而來。另一方面，著者並認為社會對於統治者權力的信仰，無論是對於一種建設於神的委任上的權力的信仰，或是對於一種發源於人民意志的權力的信仰，這種信仰實是政治區分的第一等因子，同時並形成統治者力量主要原素之一。顧著者所否認的乃是這種信仰的對象耳。在人類歷史裏面，信仰往往是最大的社會變遷因素，而這些信仰雖不能說向來全是些錯誤信仰，然大部分時間全是些錯誤信仰。我們假如考定這些信仰，說明牠們如何是社會演進的因素，同時並指明牠們的對象不合實在，這並不是漠視事實，反之，這正是遵守一種絕對的唯實主義治學方法的行動。信仰乃是社會事實，但信仰的對象可以是而且常常是錯誤的，將這些錯誤指明出來，正是法學者與社會學者的任務也。

關於政治權力，著者亦不相信霍理歐說：「權力」是專持影響活動不必消耗於執行上的資本力量，「便算證明了權力的存在。此地事實乃是一種最大力量的存在。牠永遠皆是如此。這項最大力量，可以用實質的強制行爲，或僅用牠所引起之恐懼不必執行實質行爲強行加施於他人，固然

不錯，但這種恐懼仍永遠是一種最大力量的事實。著者實不知道著者如何會忽略了牠，因為牠正是著者所有理論的出發點！

最後還有些人責備著者是無政府主義者，例如霍理歐即呼著者為講座上的無政府主義者。著者對於這項責備回答說：無政府主義係否認一切政治強制行為的正當性，至如說統治力量不能因其來源而成爲正當，只能因其目的而成爲正當，或說統治力量只有在他依照社會法律行使時方可以強行加施於人，這並不是無政府主義。霍理歐答覆說（見前書第二八頁）字義本無一定，皆在各人了解，他仍繼續稱一種認爲「權力不具有固有的法律德性統治者意志的性質與被治者意志的性質毫無區別，及否認權力可以由牠的來源獲得牠的正當性」的學說爲無政府主義，其後他並說他不願再多作爭辯。

著者本人亦不願再多作爭辯，假如他們願意，儘管呼著者爲無政府主義者，著者毫不怯懼名詞。著者的學說就是無政府主義學說，著者接受這個徽號，著者仍維持著者的學說，只要牠能夠幫助我們將至今仍充滿法律學裏面的玄學概念從此一勞永逸清除出去。假如他們願意，儘管說著

着的學說是無政府主義學說，只要牠能夠達到在法律上限制國家權力及能真正建立一種規定政府行爲意義及範圍的法律規則較其他一切學說爲優。著者希望能證明他被呼爲無政府主義的學說，在唯一符合現代社會事實而外，還唯一能達到上述兩項目的。同時並希望能證明牠能保證人民對於統治者正當決議的服從遠出於莊嚴的肯定意義及內容空無一物的權力原則之上。

第六十二節 國家自然的形成

由我們前面的發揮，我們可以看見無論什麼學說，假如牠想給予政治力量一種哲學的合理根據，結果皆不出一種空虛的學說。實際政治力量乃是一種事實，本身上不具任何正當性或不正當性。牠是社會演化的產品，社會學者應當考定牠的形態，說明牠的原素。我們此處當然不能予以詳細的研究，然而亦可以將其主要階段及其最活動因子略爲指示出來。

在所有我們教作國家的社會羣面，無論是最幼稚，最簡單的，或是最文明，最複雜的，我們全永遠可以看見一種單一事實，即若干較爲強有力的人欲願，並可以對其餘的人強施他們的意志是也。這些社會羣是否固定在一定土地上，是否被其他人羣所承認，牠們的體構是否已行差別化，或

仍在同質的狀態，均無關重要，這項事實無論何時仍永遠如一，即較強有力者強施他們的意志於較弱者也是也。

這種強有力的力量常表現於種種不同的景象之下：有時牠是一種純粹物質力量；有時牠是一種宗教的及道德的力量；有時牠是一種知識的力量；更有時牠是一種經濟的力量（這是最常見的），經濟力量並不如馬克斯派所言（例如唯物史觀原理）乃是政治力量的唯一因子，但牠在政治制度史裏面確實佔有主要地位；最後這種最大的力量還常常表現為一種數目的力量，而現在這種數目的最大力量，在有組織的社會團體力量未起而代之前，大有普及於各處之勢。

因此，在一切時代及在一切國家裏面，那些實質的，宗教的，經濟的，道德的，知識的或數目的強有力者，皆曾欲願強施他們的意志於其他的人，而且亦曾實地強施他們的意志於其他的人。故統治者無論過去現在或將來永遠是這些事實上的強有力者。他們常常在他們的信徒幫助之下，嘗試給予這項最大力量一種合理根據。他們曾經發明兩種解釋，然這兩種解釋全是虛偽不自然的解釋，現在已不能再作惑人之具。他們往往自稱為一種超自然力量的下界代理人。這種神學觀念

在宗教信仰甚深的時代及地方，固具有很大的力量，牠可以說是爲暴君制辯護一個很方便的方法，然在現代宗教情感淡薄時代，牠已不足充用。不惟如此，而且在一切具有實證思想的人看去，牠簡直連討論的價值都沒有。

在神學解釋不足充用之下，於是有人又玄想出一種社會意志的擬制來。他們說社會中發佈命令的首領，如國王，皇帝，保護者，總統，或從事討論及制定法令的首領，如國會，或人民大會的多數，全不過是社會集合意志的機關，這種集合意志可以支配個體意志，所以然者，正因爲牠是集合意志。這種民主觀念，我們前面業已看見，是與神學觀念同等虛偽的。人民的神權具有的現實性，並不多於國王的神權。

神權，社會意志，民族主權，全都是些毫無價值的名詞，全都是些統治者用以欺騙臣民並往往用以自欺的詭辯工具。固然這些概念在某些時代會深入一般大眾思想裏面，就此點言，牠們是一種社會事實，觀察者不應忽略了牠們，但牠們乃是社會學者知道很清楚的那些人工生長的東西，摻雜有許多不自然的成分。我們應當將這些不自然的成分除開單將簡單的與不可縮減的事實，

從牠們裏面表達出來。這種簡單的及不可縮減的事實便是統治者與被治者的區別，便是有些人具有對他人頒佈附有實質制裁的令命的可能，便是這項爲某一社會團體專有的實質強制，便是強者統治弱者的力量。

茲將這項社會演化的幾種主要特點略述於次：我們如若依照塗爾幹 (E. Durkheim) 的話認爲遊居社會 (horde) 是初民社會的或然形態，那麼，最初必然產生的區分應是建立在性別上的區分，但這種區分是否與最初統治者與被治者間的區分相附合呢？我們殊不能加以肯定。統治者與被統治的分別表現最顯明之時，係在一個小團體裏面的若干分子對於其他分子盡了若干顯著勞力，尤在有若干人因某種理由被認爲握有一種信爲可以傳之子孫及親族的超下界的高等力量之時。總之，各種社會學裏面載有許多事實，告訴我們一種如此的區分確曾自然地產生於大衆個人與那個或那些以某種名義握有一種不屬於其他人的宗教的道德的或實質的力量的人之間。

這種區分是否在遊居社會裏面業已產生，或僅產生於族黨社會及以族黨爲基礎的集段社

會裏面我們尙不能確定觀察這些事實，我們應當非常謹慎，並時時勿離開嚴格的批評精神，但就我們現在所知道的事實及牠們數目之多與觀察之精確看去，我們似乎可以說人類在很早時期即已具有由這種強者與弱者間區分所招引起的政治權力觀念。

參閱 Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, édition française, III p. 311 et suivant; M. Letourneau, *Evolution politique* 這部書載有許多極具興致的事實，不過我們卻不可太率然相信牠們耳！

此外我們還須注意這種最大力量事實上往往被受牠支配的弱者自動地接受。他們認爲自動伏順強者的命令於他們有絕大利益。這種現象乃是常見的事，甚而可以說是最常見的事。但此對於我們前面所說的話並不能絲毫有所改變。這種自願的服從只是造成首領們最大力量的一種原因而已。命令者與幾個被治者或甚而與全體被治者欲願同一事物，當然是可以的，然而命令者命令因爲他是強有力者，這種力量因統治者的自願服從而益加增長，以及被治者不服從之時這種力量可以對他們行使，固依然如故，而個人意識所攫捉住及事實上惟一存在的，亦永遠不外是一種強制權力。

在大多數亞里安民族及賽米民族裏面，父系家族在某一時代（這個時代發生何時及經歷幾久各不一定）乃是社會羣的普遍形態。在這種家族裏面，主持家祭同時因為年齡性別及輩分關係被認為具有特殊權威的年最長的男性親族乃是家族社會天然的首領。他乃是這個小國家的統治者。其餘族人皆是被治者。此處統治者與被治者間的區分顯然完全附著在因地位及性格關係屬於年最長的男性親屬的優越力量上。

古代城市國家 (*cité antique*) 最初大概不過是一種家族的聯合。強制力量或政治力量當然屬於各家族的首長，例如在羅馬及希臘的許多城市國家裏面，政治權力事實上即握於各家長 (*pères de famille*) 之手。羅馬參議院最初不過是一種家長會議，最高權力完全屬於他們。即至羅馬王國時代，亦仍如是。羅馬王國之傾覆，即是因為漠視了他們使然。這些家長當然是當時城市的最有力者，因為他們各個全是他們家族中的最有力者。他們的權力並不因他的來源而成爲正當，他只是一種單純事實權力，由他們的威勢及他們實質的宗教的或道德的力量而來的。城市中這種力量有時還屬於一般天然代表宗教信仰的人，例如牧師集團 (*collège de prêtres*) 是。這

是宗教貴族的勝利，然支配一切者仍永遠不外是一種最大的力量。

當個人可以佔有財富時，社會上的富人又常常變成社會上的最強有力者，例如羅馬及雅典即係如此。於是產生一種極有力的財產貴族階級。財產貴族階級組織成立之後，在富人與貧人之間便引起無窮鬭爭。這種鬭爭實充滿羅馬及雅典歷史。鬭爭經過許多變化之後，結果財產貴族階級逐漸沒落，社會最高權力移轉於貧人之手，易言之，即多數人之手，於是一種民主政府代貴族政府而起。不過此時握持政權者並非所謂集合意志。集合意志不能握持政權，在民主政府之下與在貴族政府之下毫無二致。在民主政府之下政治力量仍握於強有力者之手，不過此處的強有力者乃是數目的強有力者罷了。

在許多不同的時代，這項最大力量嘗在人民意識多少察覺之下為人民自動地所接受，但這種接受無論其產生原因為何，均不能改變這項最大力量的性質。

參閱 Fustel de Coulange, *La cité antique*; Guiraud, *La propriété en Grèce*, 1893; Platon, *La démocratie et le régime fiscal à Athènes, à Rome et de nos jours* 1899; A. Croiset, *Les démocraties*

antiques, 1909; Hermann, Lehrbuch der griechischen Rechtsaltertümer, édition Thaleim, 1884; Mommsen, Droit public romain, édition française 1889, VI 2e part. p.341 et s.

在近代民族國家裏面亦會產生有種種區分，而這些區分直迄現代仍繼續演進不已。有時候民族裏面的統治者是一個軍事首領，因為他是當時的最有力者。由封建制度產生的軍國君主制在某一時期實係歐洲各國最佔優勢的制度。現在則這種制度皆已次第沈沒，雖有一二剩留下來的殘餘，在一九一八年民主政治勝利之下，亦都完全歸於破滅了。然在十七世紀有許多君主，特殊是法國國王，對於他們的人民曾表現為享有直接由上帝本身授予的權力。

大革命之後，法國最高政治權力真正說起來並未入於大多數民衆之手，而係由一種布爾喬治亞與財產主的貴族階級擄去。在法國大革命時代的各項法律中只有兩項曾經建立普選制度：其一為一七九三年八月十日的飭令，規定國約會議應由間接普選選舉；其另一為建立政治選舉普選制度的一七九三年憲法，但這項憲法並未見諸實行。除此兩種法律之外，其餘一切法律皆僅將選舉權授予納稅人，易言之，即財產所有人，因而亦僅在使具有事實權力的階級握政治上最高

權力而已。這一階級之人亦曾嘗試做從前國王藉用神權擬制的辦法，創造一種民族主權擬制，以爲他們的這種事實權力的合理根據。

參照 Anlard, Histoire politique de la Révolution française, 1901

在帝國專制之下，財產主階級的力量曾一度衰弱，然自一八一四年以後，因一八一七年，一八二〇年，一八三一年等法律的關係，復成爲政治上的最高權力。這種局面直維持至一八四八年的革命爲止。當時復有一般人發明一種極工巧的辭語，所謂法上國家(Pays légal)，企圖由之給予這一階級的最高權力一種合理外飾。

至一八四八年時，選舉權始經法律授予所有一切年滿二十一歲未經被奪公權之男子。然在這種普選制之下我們是否看見真有一種單一的與集合的民族意志出現呢？不，我們絲毫不曾看見有這種意志的踪跡。此處最強有力者乃是多數人。我們看見的，乃是大多數人的意志，而不是單一的民族意志。故就是在普選制度的國家裏面，我們仍可以說國家事實不過是一種強者與弱者間區分的事實，惟此處的強者乃是較多數的人而已。

尙有進者，在許多實行普選制的國家裏面，——法國即其中之一——事實上最大力量，同時亦即政治力量，尙非屬於大多數人，而仍係握於少數人之手。故此處我們若說政治權力並不屬於普遍意志，而係屬於一羣個人，更是千真萬確的話。例如法國在四千萬居民裏面，即是由一千一百萬左右人組成的選民集團多數支配其餘二千九百萬法國人。然此尙是假定選民集團裏面可以形成一種最大的多數而言，實際這種多數是絕難形成的。有人根據好幾次數目字的統計，告訴我們說代表普通飾以美名呼爲民族意志的，實際乃是小而又小的一羣少數法國人。是故在大多數國家裏面，（而以法國爲尤甚，）名爲民族主權，實際政治力量仍僅只屬於選民集團的大多數。這項力量普通常被一般民衆所接受，而認爲是一種正當權力，然此並非說牠形成一種以這種多數爲享有人之主權權利，這點我們前面業已證明了。

在這種數目的並可以說個人主義的區分一旁，現在復發生了一種社會運動，這種社會運動實構成現代最重要及最具特性的事實，這種運動是什麼？即普通教作的職業組合運動是也。這種運動在大戰之前即已發生，在大戰期間，因環境關係暫時略爲緩和，及至和議以後復繼續興起且

更爲熱烈這種運動因政黨想竊佔牠以爲牠們私利之故常常有改變牠原有性質的事有時牠並表現有種種革命傾向，甚至反社會傾向。雖然如此，著者始終堅認牠係一種政治組織的因子。職業組合不特現在業已構成政治力量的一個重要原素，不遠的將來必且成爲政治力量的一個主要原素。固然各種職業組合——工人的或雇主的——的力量全都是些經濟的力量，但正因爲牠們是些經濟的力量，牠們纔成爲及趨向成爲政治力量。這種經濟力量，著者前已言之，固不是政治力量的惟一原素，然而卻是牠的主要原素，假如政治組織不謀與之適合，勢必有短命及朽腐的危險。

職業組合運動，絕不如革命的組合主義理論家所言，乃是無產階級爲擊破資產階級取得生產工具及生產領導的一種戰爭，牠亦不如有些人所言，是工人階級已有自覺意識企圖消滅資產階級將權力財產盡集中於他們手中的一種活動。我們若取個現在在法國已成爲通行辭語的名詞來說，即職業組合主義並不是一種「布爾希維克主義」運動。有些人固然是很想給予牠這種性質，然須知意志終無事實有力。在一九二〇年五月間發生大罷工事變之時，民族意識奮起反抗這種犯罪企圖，結果終戰勝了這種國內的敵人，猶之一九一八年戰勝國外敵人一般。此種事實足

爲我們前面的話一種很顯著的證明。故職業組合運動雖然遇有這些變化，阻礙，暴動，逆行，然著者認爲牠終是一種非常深遠，廣大，豐裕的和平運動，雖然牠有時可以產生種種擾亂，然著者認爲牠決不是一種戰爭及社會分化的工具，反之，牠乃是一種很有力的和平聯合方法。牠並不是單獨工人階級的一種變遷，牠在工人階級裏面，較在其他階級裏面要前進一點，固然是事實，但將來牠必定會擴展至一切社會階級裏面的，著者認爲牠將來必定會把牠們整列爲極諧調的一個合作體的。

故職業組合運動乃是企圖給予各種社會階級一種確定的法律體構的運動。社會階級云者，即在社會分工之下因工作相似及利益相同聯合起來的各種人羣是也。在歷史上，我們看見社會階級愈不同質，經法律規定的界限愈顯明，牠們中間的鬭爭亦愈不激烈。於是在牠們中間便會自動建立一種排列的關係。這種關係一方既可以使社會鬭爭減低至最小限度，另一方復能嚴厲保護牠們團體裏面的個人，抵抗其他階級的要求及中央權力的專斷。就法國而言，我們知道從前的舊階級舊組合自大革命之後皆已次第消滅，蓋牠們既不能再爲社會服務，早已宣佈死刑，當然甫

經大革命風浪之襲擊，便即整個崩潰無餘了。但自此而後，無組織的個體羣衆，遂赤手空拳立於國家之前，而這個國家復是一個極端有力的國家，因為當時民族主權原則尚擁有許多信徒，而國家正是建立在這項原則之上故也。所以自大革命以後，法國的政治情形是：一個極端強有力的國家，無對抗地統御着一羣孤立而無力的散沙民衆。

職業組合主義正是在組織這羣散沙似的民衆，正是在在民族的集合體裏面，將因社會工作及職業利益相同業已聯合起來的人們，更組織成種種具有確定法律體構有力而鞏固的團體。我們切勿說如此個人已被職業組合團體所吞沒！著者認為大革命因受盧騷的影響，想禁止並消滅一切次等團體，乃是一項極大錯誤。著者以為個人愈社會化，愈能發揮人的性質。著者作爲此言並非如盧騷康德黑格爾等人一般，說個人所隸屬的國家愈有力，個人亦愈自由。著者所欲說的，僅爲個人所加入的社會團體愈多，他的個體活動力亦愈強烈而已。蓋人既依性質是一種社會生物，他的活動力只能在人羣裏面行使，那麼，他所屬的人羣愈多，他的活動力當然亦愈強烈了。我們知道現在家族制度已日漸解體，而自治縣 (la commune) 亦已不成爲一種鞏固的社會團體，故二

十世紀的人民除了在職業組合裏面實無處再能找到他的濃厚社會生活也。

故職業組合運動乃是牽及所有社會階級的一種廣大的社會團結運動 (*un mouvement d'intégration sociale*)。這種運動在現時很可以引起擾亂及暴動，但此並不足驚異，而且亦不能改變這種運動的普遍特性及方向。這種運動仍不失為一種企圖促進各不同社會原素間的組織，尤其是生產組織的努力。工人職業組合，雇主職業組合，各種公務員的工會，這些不同團體的聯合會，知識工作者的聯合會，農會，小商人與小實業家的聯合會，資本家的職業組合，凡此種種團體，現在雖尚在無秩序地形成之中，但牠們大家皆有意識地或無意識的朝着社會團結的同一目的走去。我們不要忘記實際這項運動尚在開始之時！牠所附帶的擾亂原因，無論來自何處，我們儘可以攻擊牠們，但我們絕不可反抗運動本身，所有反抗運動本身的舉動，結果必歸失敗，徒使運動改變性質，陷入歧途，遺害大衆而已。

這種運動究能廣續至何時？將來由之產生的社會體構究竟確切是一種什麼形狀？這些問題在現在雖然不是不能解答的問題，但亦是極難解答的問題。我們所有可以說的話即：這種職業組

合運動乃是一種極重要的社會事實牠好像是一種社會階級組織的籌備，一種企圖授予各社會階級一種確定法律體構，將牠們排列起來，或者將牠們等列起來，總之，使牠們中間產生種種相互權力與義務的努力。

另一方面，著者認為這些工人職業組合，雇主職業組合，資本家的團體，城市小工業小商人的團體，農業組合等等，自現在起，實已形成我們不能忽視的社會力量原素，同時亦即是現代政治力量的原素，實證的政治組織絕不可不注意牠們，否則必完全與社會狀態不能適合，而成爲一種無能力的政治組織。而且我們知道政治對社會的適應作用是會自動地或可以說機械地進行的，我們若欲阻礙這種適應的進行，可謂最不聰明之至。故著者認為在此時仍談民族主權，易言之，即個人數目大多數主權，殊不合乎社會實情，蓋現在社會上除了數目力量以外，復有另一種社會力量即職業組合力量業已興起故也。桑尼崖 (Marc Sangnier) 君在牠一九二〇年五月二十一日對下議院的演講詞裏面曾說：「現在已至在個人政治代表制之旁更組織一社會團體政治代表制的時候了！」此話實具有很大理由。

最後著者還應當說一句話，即社會力量與政治組織之間現在雖然有欠吻合之處，但如有若干職業組合，像一九二〇年五月事件，想觸犯刑律，煽動公務罷工，著者認為現在事實上仍握有最大力量的統治者實負有消滅這種舉動的義務。假如他們有民衆意識或輿論爲之後盾，他們必可以如同一九二〇年一樣達到目的的。假如牠們不能達到目的，便是牠們不再具有力量，因爲牠們已不能保證公務的進行，同時牠亦便不成爲統治者了。在一九二〇年時，全國輿論整個起來對付國內的敵人，政府有此後援，遂得消滅了當時的罷工風潮。但著者認爲政府尙未完成牠的工作。因爲在一般職業組合代表的社會與經濟力量未達到獲得一種適當政治代表制以前，這類擾亂隨時仍有產生的可能的。

關於職業組合主義的著作無數之多，勢難在此作一完備的書目，茲僅舉數種如下：Jouhaux, (工聯會秘書)

Le syndicalisme et la G. G. T., 1920; Léon Duguit, Le droit social et le droit individuel, 2^e édit., 1921 附有第一卷 Id., La représentation syndicale au Parlement, Revue politique et parlementaire, juillet, 1911 (有單行本); G. Well, Histoire du mouvement social en France de 1862 à 1924, 1925; Martin Saint-Léon Syndicalisme ouvrier et syndicalisme agricole, 1925; E.

Cazalis, Syndicalisme ouvrier et révolution sociale, 1925; Giraud, La crise de la démocratie, 1925; Cuche, La cité moderne et les transformations du droit, 1925; Angé-Laribé, Syndicats et coopératives agricoles, 1927; Lantoud et Poudenx, La représentation professionnelle, 1927; Leroy, Les techniques nouvelles du syndicalisme, 1921.

姜徒可 (Marco Giannurco) 君關於職業組合造成國家主權原素的趨勢，曾在他一篇富有興致的文章裏面作有極清晰的說明。這篇文章見 *Revue politique et parlementaire*, 10, juin 1926, p. 392 et s. 他有一句話說的非常正確，他說：「表現於立法及事實裏面的這項運動……目的在將契約機關的職業組合改變為公益制度……在給予他分子所屬的職業一種代表制……」（見第三九五頁）。

意大利法西斯蒂政府，在墨索里尼領導之下，曾自謂整個創造了一個組合國家，認為如此搖身一變，立時即可以取數世紀建立的資本主義主權國家而代之。意政府於一九二六年頒佈一項法律，規定每個職業皆只能建立一個受國家承認的職業組合，這個職業組合享有以該職業名義訂立勞工集合契約及在國家之旁代表該職業的權利。不過該項法律仍允許其他未經國家承認的職業組合存在，認為是一種事實的團體。該項法律並創立一種勞工法院，專司裁判所有關於實施勞工集合契約或規定新勞工協約等事件發生的爭執。因此，罷工及停廠 (lock out) 等舉動，均在刑事制裁禁止之列。請參閱：*Revue politique et parlementaire*, 10, juin 1926, p. 395 et suivant, 與 *Chronique sociale de France*, mai 1927, p. 388 關於這項規定職業組合或勞工憲章的法西斯蒂法律的分析。

茲將墨索里尼於法西斯蒂制度成立四週年紀念日致意大利國民書裏面的一段話引錄於下，我們且看他在这段話裏面如何表示他對於上述法律的意見及如何解釋該項法律的對象及意義。他說：「這是一項將來要留存在世界史上的革命法律，牠給予各種勞工集合契約一種紀律，牠將向不知組合現象爲何物的自由民主國家送歸墓穴了。我們創立了一種組合國家 (Etat syndical corporatif) 十個聯合會將數百萬生產者聯合在一處，歷史上向來沒有一個國家會具有如此廣大基礎的……曾經觀察到一項現在社會最憂心的問題而並能予以解決，實永遠是法西斯蒂革命不容爭議的功績，假如革命一詞的意義係指人的更替及新制度的創設，試問一般人如何能够否認法西斯蒂主義具有影響文化進程大而遠的革命性質與意義呢？組合國家即法西斯蒂革命的典型創造與合理的驕矜是也！」（見 *Le Temps*, 30 octobre 1928, p. 1 col. 5.）

此外墨索里尼於一九二七年五月二十七日在下議院的演說辭中復說：「我們曾經創立了一個組合國家，因此遂發生國會組織問題……明天的議會決不能再像現在的議會；今日五月二十七日，我們已將民主普選欺人之語極莊嚴地送入墓穴了……法西斯蒂主義，在五年之間，由創造意大利的統一國家實現了一宗偉大的事件。」

墨索里尼的這些宣言是否太嫌囂張，他的預言是否太嫌輕率呢？將來而且最近的將來總會告訴我們的。

第六十三節 統治者

無論強者與弱者間的社會區分所表現的形式爲何，只要牠業已產生，便有一個國家存在。所

有前章簡略敘述的解釋國家的學說都是絕對無用的學說。國家只是一種單純事實。法學者應當研究的，亦即是這項形式雖有種種不同而實質卻永遠如一的事實。故在一個人羣裏面，若有一定數目的人握有最大力量，我們便可以說這個人羣業已構成了一個國家。

這項最大力量自然地趨向於組織起來，但因時代及地域的不同，牠的組織完備及發展的程
度亦各異，有時候行使這項最大力量的乃所有較強者的本身，有時候復產生一種我們教作政治
代表制的現象。這種現象，我們將來將予以詳細的研究。牠乃係在握有政治最高權力的社會原素
爲數太多不能自身執行國家職務時自動產生的。因爲握有政治力量的社會原素既不能自身執
行國家職務，於是有數目較小的一羣人或一個單一人出而代替牠們執行最高權力，猶之他們自
身執行一般，這便是所謂政治代表制。

這項最大力量的組織表現有許多不同的形狀，形成我們教作的一個民族的政治制度。當最
高權力屬於一個單一人時，便是君主制度；當牠屬於一羣人時，便是貴族制度；當牠屬於民族中的
大多數人時，便是民主制度。這些握有最高權力的不同原素還可以同時並存及相互配合於一個

國家裏面，於是復產生各種複雜性質的政治制度，這便是本書後面將要研究的混合政府。

組織形狀不同並不關重要，複雜性大小亦關係甚輕，政治事實本身，永遠如一，牠永遠是由一個社會羣裏面有一個或數個人可以用力量強施他們的意志於羣中其他分子的事實所構成的，只要有這種事實存在，我們便可以說有一個國家存在，而這些人即著者教作的統治者。

這些統治者享有一種可以用強制加施他們意志於其他人的主觀權利麼？沒有，這項權利，試問他從何處得來？上帝委任說，著者恐怕現在已無人敢再談了；至於社會契約與人民委任的解釋，著者相信前面我們業已證明牠的價值亦並不較神學解釋為優。由此顯然可見統治者並不具有對於被治者強施意志發佈命令的權利。他們的意志與被治者的意志毫無不同之處。無論統治力量屬於一個個人，或一個階級，或社會分子的大多數，牠永遠只是一種事實力量，而沒有其他東西。著者常常說有一句話，向來無人能予以駁斥，即將來亦恐永遠無人能予以駁斥，即一種人類意志，無論是個體的或集合的，皆不能由其本身支配其他人類意志是也。主觀權利觀念本身本是一種不實在的觀念，若以之適用於具有一種事實力量的人，說他因具有這項力量的緣故享有一種意

志固有的能力他的意志成爲一種高於其他意志的意志一種命令的主權意志則越發更不實在了。

統治者與其餘的人一樣，都不外是些個體人，因此，他們與社會團體所有分子一樣，同隸屬團體的客觀法之下。客觀法，無論我們給予牠的基礎爲何，永遠是支配社會全體分子，規定他們相互間關係及與其他社會羣分子間關係的全部規則。這些規則便是著者教作的社會紀律。社會規則固不必全是法律規則，然牠至某一定時期（這項時期著者在本書第一章時業已略有考定，）便變成了法律規則。變成了法律規則的社會規則實施於社會集體的所有分子，統治者與被治者全包括在內。我們實沒有理由說牠不實施於統治者，因爲牠既依定義是一種社會紀律，便應當同等實施於所有社會分子，無論貧者、富者、大者、小者、強者、弱者、統治者與被治者，皆不能有所區別也。

由上看來，足見本書關於國家問題的研究，於發凡之初，國家應隸屬於法律之下一事，即早已自然地與必然的樹立了。蓋國家乃是一種純粹的抽象品，實際行使國家力量的仍是些個人，他們既是些個人，當然應當與其他個人一樣同受法律的管轄，因之，國家隸屬於法律之下及國家力量

限制等問題自然而便解決了。

統治者的意志如同一切人類意志一樣，當牠表示於外部時，假如具有一種適合法律的直接與間接對象同時並受一種合法目的所決定，便應當有一種法律效果產生，其情形與當牠是一個被治者的意志時毫無差別。蓋作為一種意志表示者，無論是皇帝、國王、總裁、總統，他永遠不外是一個人，他的意志表示本身在法律領域裏面所具有的創造力，並不多於任何一個最卑下的臣民，假如牠事實上能具備造成一種法律行為應有的條件，牠便具有法律行為的性格，若干法律效果便將產生。法律效果是什麼，著者前面業有解釋，但這些效果所以產生的原因，並非因為這項意志表示係發自一個國家元首。我們在第六十三節裏面業已證明意志實際絕非法律效果的創造原因。然即令我們退一步承認意志是法律效果的創造原因，發自一個統治者的意志具有的創造性亦不能較之發自一個被治者為大，因為在兩種情形之下，牠全係發自一個人，向來無人證明，而且永遠亦無人能夠證明人類意志的創造力是隨着發出人的不固而變化的。

所以當一項發自統治者的行為可以強迫被治者服從時，這並不是因為牠係發自一種享有

命令權利的高等意志而是因爲牠的對象與目的皆假定合於所屬社會集合體的客觀法主權權利是沒有的，因之，如此爭議不決的主權享有人問題根本亦即不能發生，猶之一般的權利主體問題不能發生一般，此地我們所觀察到及事實上所有的東西只是一種對向所有一切人發佈的規則，一種命令尊重一切適合客觀法的意志表現的規則而已。其實我們何必要尋找別的東西，何必要創造這些玄想的本體，如：主觀權利，主權權利主體等東西？所有這些東西，一經實地觀察，都自然將煙消霧散的。至於法律規則加施於統治者活動力上的又是什麼呢？凡客觀法皆不外是許多實施於社會羣所有分子相互關係上的命令，故關係統治者的客觀法乃是全部在統治者與被治者相互關係上對向他們發佈的命令。統治者一切適合於這些命令的行爲全是正當的。假如這是實質的行爲，牠便不會在統治者身上產生任何責任。假如這是法律行爲，牠便能設定一種一定的法律途徑。其經過情形，與我們在第三章裏所解釋的毫無二致。這項行爲可以是規則行爲，條件行爲或主觀行爲，亦與牠發自一個平民時完全一樣。我們可以給予牠種種不同的名稱，如：法律，法律命令 (actes réglementaires)，公共力量行爲 (actes de puissance publique)，管理行爲 (actes

de gestion), 行政行爲 (actes administratifs) 等等, 這些名稱均無關輕重, 統治者的各種不同行爲, 除了將在本書第三卷研究的裁判行爲或許是個例外以外, 一切皆可以歸入於從前我們所說的各種類別裏面。法律行爲性質是什麼, 牠永遠仍是什麼。此處又是一次法律行爲絕非因爲牠發自統治者或發自一個平民而可以改變性格的, 牠是什麼, 牠仍是什麼。牠是什麼, 牠永遠是什麼。牠具有牠所有的性格, 同時牠亦只能具有牠所有的性格。

此外我們還有一點待考定的, 即這種關係統治者的客觀法的內容是什麼? 關於這點, 我們很難設立一個普遍而又精確的公式, 因爲這些命令的內容是因時間及社會羣的範圍與文化程度的不同而變化無窮的。一般人常將這項問題設定如下之形式, 即: 什麼是國家的目的與職務? 就總體言之, 假如這句話的意義係在問: 什麼是法律? 則命令統治者的東西? 什麼是牠允許統治者作爲的東西? 或更確切一點說, 即對於什麼東西, 法律規則命令被統治者服從? 什麼東西, 牠禁止統治者不得作爲? 假如這句問話的意義係如此, 我們將牠如此設定是可以的。爲答覆這項問題, 曾提出許多普遍的公式, 但個個全有一項缺點, 即: 牠們全是普遍的, 因之, 牠們都不免有空泛與不完備之

據著者個人之意，應當用去決定統治者行動領域的領導觀念即用以決定每個個人行動領域的同一觀念。我們知道所有個人作爲的行爲，假如係由一種具有社會價值的目的是所決定而同時復沒有一種反社會的對象，皆是正當行爲，那麼，統治者作爲的行爲亦應如是。不過我們不要忘記統治者乃社會羣裏面事實上握有最大力量者！他們絕不能將這種力量用去絕滅個人的創造力與活動力，因爲這些創造力與活動力全是分工社會聯立關係十足的原素，同時亦是我們教作的社會進步最基本的因子。因此，假如統治者無故限制個人的創造力與活動力，他便作了反社會的事，同時亦便是作了一項與法律相反的行爲了。

至此，著者說到那項個人活動力與統治者活動力如何調和的嚴重問題。這項問題當然不是一言兩語所能解決的，不過無論我們給予牠的答案如何，所有著者前面所說的話仍依然如故，即在統治者的活動領域內，凡適合客觀法的行爲皆是正當的行爲，假如這是一項實質行爲，牠便不產生任何社會反動來對抗牠；假如這是一項法律行爲，便有一種法律途徑設定，以便保證牠的實

現。這種情形非常簡單，要想明瞭牠，殊不必玄想統治者享有一種主權權利或執行一種以人格化的國家爲享有人主權權利也。

政治力量既是一種事實的東西，故自我們初有法律觀念之日，即已了解這項力量的命令只有在牠與法律適合之時方得謂爲正當，實質強制之運用亦只有在用去實現法律制裁之時方爲合理。這是一項應當特殊標而出之的觀念。蓋無人具有命令他人之權利，無論牠是皇帝、國王、議會或人民的大多數，都不能獨立地強行加施他們的意志於他人。他們的行爲要想能夠迫令人民服從，必須牠適合法律始可。因此，常常討論的國家目的問題，或更確切一點說，政治力量目的問題，可以解答如下：政治權力的目的，是在實現法律，牠由法律受有作爲所有牠能力可達到之事以謀保證法律統治的義務。國家固然係建立在力量上，但這項力量必須作適合法律的行使方得成爲正當。故著者絕不像葉林一般，說法律乃是力量的政策，著者說政治力量乃是服務於法律的力量。

政治力量應當爲法律服務一事，表現的形式雖因時代而不同，然其實質則永遠如一。在十一世紀時，因教會的影響，即有一種觀念深入於一般人思想之中，認爲上帝立君，係在使之保證法律

capétienne) 的力量即根本建樹在一般人認爲上帝立君，係在使之爲人民平爭議，而尤在使之保證和平統治，及認爲這是他一切義務中第一項及最根本的義務這種信仰上。

參閱 Luchaire, Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens, 1883, I, p. 40-42.

固然，國王的這些義務在當時係認爲建設在一種他與臣民所訂的契約上，但此並不關重要，我們應記住的最根本的東西，乃是在法蘭西國家呱呱墮地尙未脫去幼稚狀態之時，在現代國家正在形成之時，即有一項事實擊觸觀察者的眼簾，即統治者國王身上實加有一項不能逃脫的法律使命，即應當用正義維持秩序及和平統治是也。此後政府形體雖有改換，君主制度亦已消滅，秩序、和平、正義等概念亦皆有變遷，然此皆不關重要，這項事實永遠仍在那裏，而且惟因有這項事實，統治者與被治者間的區分始獲得牠存在的價值。

當我們各種人權宣言的製定人站在個人主義學說的觀點上說：『一切政治社會的目的係

在保全人類天然的不受時效影響的權利」(一七八九年人權宣言第二條)「社會的目的是公共幸福，政府的設立係在保障人類得享有他們天然的及不受時效影響的權利」(一七九三年人權宣言第一條)時，牠們心目中所指向的，亦不過是這項單一的法律目的而已。

輓近學者大體上區分國家的目的爲三項，我們若拿最常用的詞語來說，即國家追尋的目的，有下列三種：(一)維持自身的存在；(二)實現法律；(三)促進文化，易言之，即發展公共福利及知識的與道德的文明是也。

假如我們更進一步走入事物深處去看，即可以看見國家這三項目的實際可以歸納爲一種，即實現法律是也。蓋國家，或更確切一點說，握有政治力量的統治者所以負有促進文化，發展及協助物質，道德及知識進步的義務，正因爲他們負有實現法律的義務。我們知道法律規則曾經在統治者身上如同在其他一切人身上一樣加施有種種積極的與消極的義務，這些積極的與消極的義務可以歸納爲以下兩種概括的義務：即不要作爲任何違反社會聯立的事物及在可能範圍內

實現法律因爲一方面如此作去正是實施法律而他方面法律本身復係由這項聯立關係所產生的故也。同然，所謂保存自身存在的目的根本亦是一種社會聯立目的，易言之，亦卽一種法律目的，蓋當我們說到國家的保存時，心目中所指向的，無疑是該項政治力量所存在的社會的保存與該社會漸進的團結 (*l'intégration progressive*)，我們業已證明過一切社會的生命要素卽是社會聯立，故說國家應當保存牠自身，仍不過是說牠應當促進社會聯立，因之，亦卽是說牠應當促進由這種社會聯立產生的法律而已。

假如社會事實如此，表現牠的式語是不關重要的。至於國家的形狀，更不關重要，牠是一種絕對君主制也好，限制君主制也好，或民主共和國也好，社會事實永遠如一，卽統治者與被治者間的區別及一種爲被治者利益加施於統治者身上的使命二者而已。這種使命範圍的大小因時代地域而不同，但牠永遠可以歸納於維持公安及裁判爭議上，易言之，卽實現法律上。從前一般人會有用正義維持和平秩序的說法。大革命時代的說法是由保障個人權利實現公共幸福。現在的口號則是貧苦救助、勞工保護、文化、教育、發展富源、經濟保護等等。在著者看去，古代的說法：用正義維持

和平秩序，比較最爲廣涵最爲確切。國家的義務使命根性上永遠如此，易言之，即國家使命的對象根性上永遠不出實現法律。

參照 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2e édit., 1905, p. 591-609; Meyer, Grundbegriffe der Hand-
buch der politischen Ökonomie de Schomburg, III, p. 791, 3e édit., 1891; Villey, Les fonctions
économiques de l'Etat, 1882; P. Leroy-Beaulieu, L'Etat et ses fonctions, 2e édit., 1891; Grosch, Der
Staat und seine Aufgabe, Archiv des öffentlichen Rechts, XXV, 1909, p. 407; Ihering, Der Zweck
Im Recht, 1880; Von Wiesner, Das Gesetz der Macht, 1927; Treitschke, Die Politik; A. Menzel,
Zum Problem "Recht und Macht" 載 Zeitschrift für öffentliches Recht, V, 1925, p. 1. 此外請將
上面所發揮的思想與下面一種相似的思想對較: Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925; p. 42 et supra
p. 50.

第六十四節 公法與私法

自從許多世紀以來，一般人即以公法與私法相對。公法包含全部實施於國家，規定牠內部組織，管理牠與其他人格間的關係的法律規則。烏爾平已經說過下面一段話，他說：「這項研究有公

私兩方面：公法係管理羅馬事物狀態的法律，私法係管理私人需要的法律。」(Hujus studii Du-

speculat: *privatum quod ad singulorum utilitatum.*) (L. I, §4, D., *De iustitia et jure*, I, 1.)

烏爾平的這段話復見於優帝法學階梯。自此而後，這項公法與私法的區別即一直由傳習上傳達到我們。我們從前的學者大都作過這種區別，而現代的學者亦皆一律接受了牠。輓近因法律材料大量增加的原因，以致我們各法學院的博士班不能不區分部門，這種部門區分亦即根據在公法及私法的分別上。自一八九七年以後，復有一種公法教師考試與一種私法教師考試存在。

假如我們接受主權觀念與國家主權人格觀念，這項公法與私法的劃分當然是一種最基本的劃分。因為公法係實施於主權人的，私法則是實施於非主權人的。同時對於公法並將產生一種對於私法不能設定的問題，這項問題前章已略行提過，即主權人對於法律的隸屬問題或國家主權與國家受法律限制的調和問題是也。但對向這項問題我們或許又要自問：公法基礎是否與私法基礎相同？及公法形成及演進的方式是否與私法形成及演進的方式一般？

假如我們承認主權存在，認為牠是一種權利，那麼，私法權利的性質便應當與公法權利，易言之，即主權權利以及所有直接間附着於主權上面的權利的性質完全不同。而同時國家與所有其他享有由主權權利演生的權利之一的法人皆應當必然地具有一種為一般僅享有私法權利的法人不具有的性格。

最後假如國家係一種享有主權的法人，具有一種命令權利，同時假如更有享有多少浸染主權色彩的公法權利的國家子系公法人存在，那麼，國家及這些公法人與各種團體的或個人的私法人中間產生的關係當然應與純產生於私法人間的關係完全不同。因為這是不平等人間的關係，當事一方對於另一方是具有超越性的，至於私法關係則是存在於彼此不具超越性的平等人間的關係。如果這話不錯，那麼，邏輯上的推論便應是：公法法律行為的性格絕不能與私法法律行為的性格相同。例如拿契約來說，便應當有私法契約與公法契約之別，對前者適用的規則應絕對不能適用於後者。

因此，在公法與私法之間遂有一道極深的鴻溝存在。牠們的基礎不同，牠們形成的方式與牠

們的演進亦不同。權利裏面亦將有公法權利與私法權利二種，牠們的性格亦截然不同，我們應當極審慎地將牠們分開。就法人而言，亦將有公法人與私法人二種。而且即國家本身亦將有時是公法人，有時是私法人，當國家活動之時，我們永遠須要尋求牠究係帶着何項性格活動。概括言之，即我們永遠須要尋求我們所遇見的究是一種公法人，抑是一種私法人。最後法律行為亦將有隸屬於不同規則之下，截然不同的兩種：即公法法律行為與私法法律行為是。

這種公法與私法區別的學說在德國具有極大信用。公法上一般最有價值的著作，例如蓋爾伯拉龐德耶律內克梅葉（Otto Mayer）等人的著作，皆係受這項學說所感示。這些學者在公法與私法之間設下這樣一種絕對的鴻溝，目的顯然係在建樹一種有利於中央權力萬能的法律構造。這種傾向尤以在拉龐德關於德意志帝國公法的著作裏面看得格外清楚。

著者不勝憾惜法國學派裏面一般特出的代表學者亦皆走入這條路上，至今仍堅不肯回頭。公法與私法之間應有一種絕對區別的思想實統治霍理歐的全部著作。他在他一九二七年出版的行政法精義第十一版題為：公共力量與公務（La puissance publique et le service public）

的序文裏面，仍極力主張這種學說。白爾德勒密直至現在亦仍深信公法具有特殊性格，他的管理行爲 (actes de gestion) 與權力行爲 (actes d'autorité) 錯謬的區別亦即直接附着於這項信仰之上。米述的名著無形人格原理 (Personnalité morale) 亦係受公法與私法的劃分所統治，他欲由之建立一種區別公法無形人與私法無形人的標準，但結果終成徒勞。這種思想還曾感示拉羅德 (Laronde) 教授的各種著作與講述。牠在馬爾伯的國家概論 (Théorie générale de l'Etat) 裏面亦仍列在前層。此外牠並常常表現於諮詢院的各種判決書裏面，諮詢院的判決書常常引用公法契約一詞，例如當牠談到公務特許、公務員任命等事時，即係如此。

關於公法與私法的劃分，請特殊參閱：Laronde, Revue de droit public, 1902, I p. 5; Le droit public, sa conception, sa méthode 此文見 Les Méthodes juridiques, leçons faites au Collège libre des sciences sociales, 1911, p. 1 et s. (有單行本) Roguin, La science juridique pure, III, 1925, p. 505 et s.; Von Schenck, Die Angrenzung des öffentlichen und privaten Rechts, Oesterreichische Zeitschrift des öffentlichen Rechts, 1914, p. 62; Layer, Zur Lehre vom öffentlichen-rechtlichen Vertrag, edition 1916, compte rendu dans Zeitschrift für öffentliches Rechts, Vienne, I, 1919, p. 176 et

SUIV.——關於葛而生的學說將在後面敘述之。

關於法律及法律科學的統一性請參閱 Benvenuto Donati, L'unità del diritto e l'unità della scienza del diritto, a proposito della distinzione del diritto in publico e privato, Revue internationale de la théorie du droit, I, Brno, 1926-1927, p. 120; A. Gorovtseff, Etudes de principologie du droit: la notion de l'objet dans le sens juridique et son rôle pour la science du droit, Revue du droit public, 1925, p. 194 et s.; Id., Problème de la distinction entre le droit public et le droit privé à la lumière de la conception nouvelle de la notion d'objet en droit, Revue générale du droit, 1927, p. 106 et suivant. 戈洛瑟夫 (Gorovtseff) 君的主張可以撮要敘述如下：「造成法律對象的，乃主體的自然自由。」這句話便是一切法律領域抽象上 (in abstracto) 所公有的普遍論旨，對於私法如此，對於國內公法及國際公法亦如此。然主體本身係因各個法律領域而不同的，所以在具體上 (in concreto) 這種天然自由表現的形式亦不同。私法乃是一種個人間的法律，牠的主體是個人，故這項法律領域裏面的對象乃是個人的天然自由。至於公法，則情形遠為複雜……只是因為國家（原始的）萬能權上，易言之，即國家對個人天然自由的權力上的限制陸續發展之故，於是方有公法觀念及公民的個人概念的發展。公民的個人云者，即某種對抗下界上帝、國家的權利的積極主體之謂。根據以上所言，故公法十足主體、國家的天然自由，實在前面建立的抽象普遍規則之下，構成這項法律領域裏面的具體對象（見 Revue du droit public, 1925 p. 233.）。

著者認爲我們應當極力反對這種學說，牠不但與事實違反，且將領導至給予（至少表面上）國家無上權力一種法律基礎，結果非常危險。大戰開始之前，牠所以在德國具有極大信用者，正是因爲牠利於爲國家無上權力建立一種法律基礎的緣故。

著者既否認國家人格，因之，著者絕不能概想有一種實施於主權法人與隸屬於其下的臣民不平等關係上的規則存在，尤不能設想這種規則可以在基礎與對象上與實施於平民相互關係上的規則根本不同。此外著者還不能概想有什麼主權法人的子系公法人存在。著者不能了解統治者可以是一種與被治者根性不同的人。在著者看去，統治者與他人一樣，全是一種個體人，因之，與一切個體人一樣，同在社會聯立關係管束之中，而隸屬於建樹在當時人民對於這種社會聯立關係具有的意識上的法律規則之下。故支配統治者的法律規則與支配被治者的法律規則同是一物。在統治者與被治者的關係上與在被治者相互間的關係上只能實施一種法律規則。

而且無論我們給予法律規則的基礎爲何，我們將牠建設在社會聯立意識上也好，或將牠建設在個人主義概念上也好，以上所說的情形皆不能有所改變。根據個人主義概念，法律規則無論

是慣習的，或成文的，所以能支配統治者與被治者者，係因為牠在保護個人的天然權利。故在這項概念裏面公法規則與私法規則亦同建設在一個原則上。我們要給予公法及私法一種不同的基礎，只有走入承認法律係由國家創造的一途。在這種主張之下，我們似乎不能不認為私法的基礎是國家對臣民頒佈的命令，至於公法的基礎，則是國家自己意志加於牠自己力量的限制，如此，公法與私法遂建設在兩種不同的基礎上。但這種學說，我們早已判定過牠的價值（見第二十節），用不着再辭費了。

往往有人說研究公法時所持的精神與領導研究私法的精神不同，老實說，著者實不明瞭這句話的意義，著者認為我們研究法律應持的精神乃是正義精神，我們研究私法應當具有這種精神，既當然不成問題，難道說我們研究公法還能持一種不同的精神麼？著者絕不相信這是可以的。有人還說研究公法所用的方法與研究私法的方法不同。這句話，在著者看去，與前句話一樣不可理解。法律乃是一種社會科學，我們知道社會科學的方法乃是觀察方法。這種方法並應當與另一種研究裏面的有力原素，演繹假設（*hypothesis deductive*）配合起來。這種方法早已經古代的

經典邏輯指示出來，認為係適用於從前所教作的道德政治科學的方法，道德政治科學即現在教作的社會科學，名稱雖然變了，東西仍是一個，故研究一切社會科學，無論公法與私法，都只有一個方法，假如我們一定要對於公法私法適用兩個不同的方法，那麼，必有一個好一個壞了。

公法與私法的形成與演進，亦係遵循同一途徑，所有我們在第一章關於法律的形成及演進及關於慣習判例成文法所說的話，對於公法與私法皆同等適用。

公法亦隸屬於演進大規則之下，牠原始係存在於個體的意識之中，其後漸漸表現於外部。牠最初係由慣習表現於外部。慣習在我們對於牠所作的概念之下並不是一種創造法律的方式，而是一種考定法律的方式。我們不應與薩維尼蒲希達等一派一樣，看法律是民族意識的產品。法律固然只能在一種社會環境裏面形成與發展，牠所規律的關係，固然是生活於社會上的人們的關係，但牠本身卻是一種個人意識的產品，只有考定牠及制裁牠的方式，乃是社會的。慣習乃是一種出現最早而且不完備的考定法律方式。假如在一個時期之內，每逢有同樣的一種情形發生，我們總是依照同樣狀態行動，如此日久，這種行動便成功了一種慣習規則。造成法律規則的並不是慣

習，法規特由慣習自動表現於外部耳。

慣習本身的考定方式亦有種種不同。就私人關係而言，牠最常表現之處，爲私人所締結的協約，特別是所謂契約慣例條款（*clauses contractuelles de style*）。同時牠還表現於判例決定之中。判例決定亦不能創造法律，但牠們實形成慣習中最精審最正確的考定方法。公法的慣習則見於各種決定，表示，及統治者或官吏等在一個一定時期內繼續履行的慣行等等裏面。例如英國憲法的大部分皆僅係由一種國會慣習所考定，而這項慣習，即是很久以來公共權力繼續履行的慣行的產品。慣習在法國憲法裏面所佔的地位比較不大重要，但是我們在本書後面將要看見牠的領域亦有相當廣大。另一方面，法國亦有一部分公法，慣習在牠裏面所佔的地位非常之大，而其中以判例——特別是諮詢院判例——爲慣習形成的主要因子，這部分公法即行政法是也（參閱本書第十四節與第十五節）。

現代社會在法律的普遍演進中，已達到用國家發出的實證法律（*Loi*）表達法律（*Droit*）的時代。我們業已說過國家的主要任務即在依據一種依一定形式書就，令行及公佈的程語考定

法律規則，同時並在制定詳細的命令條款（即構造的法律）以謀其實施。故公法與私法一樣，現在最主要表現之處皆在成文的實證法律裏面。現代各文明國家皆已達到了我們教作的立法法律時代（*période du droit législatif*）在這個時代裏面，國家所制定的實證法律實是考定法律最根本的方式。故現代的客觀法中最主要的是成文的實證法律。對於私法如此，對於公法亦是如此。不過我們須知道實證法律並不是全部法律，牠既不是全部私法，亦不是全部公法。在法律的立法表現之旁，慣習仍繼續佔有一席極重要的位置。而且有許多慣習規則疊架在立法規則之上，故在成文法與慣習法之間，產生有許多作用與反作用。這些作用與反作用，我們只能在此處略微指示一下。例如：往往有一種規則業已考定在慣習裏面，其後成文法復給予牠一種更精確的表達；又如：有時因為成文法裏面的幾種規定在初制定之時或者不與所指向的情形恰相附合，於是引起一種慣例的建立，及至這種慣例重複實施之後，那項在某種形式之下可以說業已經立法者預先制定的法律規則方始產生（參閱本書第十六節）。

在許多現代國家裏面，考定公法的實證法律有兩類：一類教作憲法，另一類教作普通法律。為

避免將指示所有關於政治組織的法律的廣義憲法與現在我們所說的憲法混淆不清起見，我們稱後者爲剛性憲法。法國、美國與許多其他國家皆生活在這種剛性憲法制度之下，反之，英國則僅知道一類法律，這種憲法與普通法律的區分純粹是形式的，牠可以簡略表明如下：即有些法律係由一種特殊機關用一種特殊形式制定，不能由尋常立法者修改廢除，這便是剛性憲法。習慣上這些憲法所包含的規定多係關於國家普遍義務及政治組織的規定，不過這些法律的對象並不重要，牠們的特殊性格完全繫於制定牠們的機關的性格上。關於這種剛性憲法與普通法律的區別，我們將在本書第三卷中詳細論之。

至於公法人與私法人的區別，亦是不存在的。我們業已證明只有個體人是客觀法主體，個體人永遠具有同一性質，牠們的意志都是些人類意志，性質全是相等的。法律規則絕不實施於什麼擬制或抽象的國家，而只實施於事實上握有力量的個人。統治者乃是一種個體意志主體，與被治者毫無二致，當然亦不能成爲另一種性質的法律主體。公法上的團體人與私法上的團體人是一樣不存在的。無論公法或私法上，全只有追尋集合利益目的的個人，全只有個體意志的表現。所以

無論公法或私法上，全永遠只有個人是法律主體，並沒有任何其他主體。

由上面的話，我們還可以看見公權利與私權利的區分亦完全不能成立。在著者看去，公權利的不存在與私權利的不存在完全一樣，因之，當然毫無區分牠們的需要了。不過即令我們承認主觀權利存在，牠們亦當一律具有同一性格，蓋假如主觀權利果行存在，牠當然是一種一定的東西，牠既是這種東西，便永遠應是這種東西，不能以在公法上與在私法上的不同而有異也。由我們在本書第二章第二十五節與第二十六節談到的爭論，我們看見主觀權利根據有些人的話乃是一種被保護的利益，根據另些人的話又是一種被保護的意志能力，最後更根據另些人的話又是一種因目的在運用一種利益而被保護的意志，或一種受有權運用之的意志運用的利益。主觀權利的解釋雖有上述種種，但無論我們接受何種解釋，我們皆不能概想主觀權利如何能夠在公法領域裏面與在私法領域裏面具有不同的性質。

然而有些學者却極力想在公權利與私權利之間，找出一種區別。在這方面最具興致的企圖當然應推耶律內克的名著：System der subjektiven öffentlichen Rechte。

1^{re} edit., 1892, 2^e edit., 1905) 一書。他在這部書裏面發揮了許多微妙與工巧的理論，惟可惜終未能建立一種真正的區別。由耶律內克企圖的失敗，最足以證明在公權利與私權利之間是沒有真正的區別存在的。

此處我們當然不能詳細敘述耶律內克的學說，但我們不妨將牠的要點略述於下：我們當還記得耶律內克給予權利的一般定義，牠說：權利乃是法律由給予一種人類意志一種運用利益能力保護下的利益。牠稱意志能力為權利的形式要素，利益為權力的實質要素。他努力想證明公權利與私權利的不同完全關係形式要素，易言之，即意志能力。蓋在他看去，主觀權利固是一種意志能力，然因公權利與私權利的不同，其性質亦各有差別。這種差別係建設在法律實力(1^e *Dürfen*)與法律能力(1^e *Können*)的區別上。法律實力(1^e *Dürfen*)乃是法律所承認及予以生命的一種天然意志能力；法律能力(1^e *Können*)乃是作為某幾種法律上保護的行為的能力，例如推動一種法律途徑，作為某種實質行為等等。

這一點設定之後，私權利永遠不脫一個私人與另一私人間的關係，故身上永遠必然地同時

含有一種 *Dürfen*，易言之，即一種法律所承認的天然實力及一種 *Können*，易言之，即一種運用這種天然實力 (*Dürfen*) 的能力。反之，公權利僅只含有一種法律能力 (*Können*)，牠後面沒有一種法律所承認的天然活動力 (*Dürfen*)，牠是一種完全由客觀法所創造的意志能力。例如當國家授予一個公民一種投票權，即係給予他一種非天然屬於他的能力 (*Können*)，選舉權。這種參加投票動作的能力，完全係由法律秩序的意志所創造的，牠是一種法律能力 (*Können*)，然在牠後面，卻沒有任何法律所承認的天然實力 (*Dürfen*) 在。

簡而言之，依照耶律內克的意見及他的辭語來說，即私權利乃是由 *Können* 保護的 *Dürfen*，公權利則是後面沒有任何 *Dürfen* 的 *Können*。

見 Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, p. 43 et s.; 1905, p. 48 et s.

——關於公權利及私權利的區分，請參閱 Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, p. 62 et s.;

Ottmar Buhler, Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts, 著 Festgabe für F. Fleiner 1927.

在霍理歐非常豐富的著作裏面，著者不曾尋得一種關於公權利與私權利區別的普遍原理。

但霍理歐對於他所教作的公法物權 (*droits réels publics*) 卻曾製定了整個一部原理。我們要知道什麼是一種普遍的物權已經很難，現在要知道什麼是一種公法物權，當然越發難了！蓋假如物權果是若干東西，似乎係指這項權利的對象是一定的財富及牠可以用去對抗一切反對權利享有入享用這項財富的人而言，假如物權果是如此，牠便應當永遠如此，不應當因公法私法而有不同。但據霍理歐之意，構成公法物權與私法物權不同的，乃是前者永遠是一種不固定的權利，後者則否。

假如這句話果真實在的話，牠在公法物權與私法物權之間亦不會建立一種根性的差別。牠所建立的差別只是一種時間的差別，或一種關係消滅原因的差別，然此並未牽涉着牠們兩個的內在性質，牠們內在性質仍是一致的。再者有許多物權實例都確切是私法權利，然而卻都是不固定的 (*précaire*)，因為當事人永遠可以約定用不固定的名義讓予一種物權。更就另一方面言，亦沒有任何東西可以阻止所謂公法人所作的物權特許是一種不能撤回的特許，或至少在一定時間之內不能撤回，因之，這種特許亦可以是一種根據普通字義所謂非不固定 (*non précaire*)

的特許。

參閱 Hauriou, *Droit administratif* 9e édition, 1919, p. 722 et 791, 10e édlt., 1921, p. 688; Note sous conseil d'Etat 25 mai 1906, S. 1908, 3, 65; Chouvenkovitch, *Les droits subjectifs publics, des particuliers*, thèse Paris 1912; Michas, *Le droit réel*, thèse Paris, 1900; Rigaud, *Les droits réels administratifs*, thèse Toulouse, 1914.

第六十五節 公法行爲與私法行爲

公法行爲與私法行爲的區別，亦是站不住的，然而一般法學者所以要在公法與私法之間設下一種根本的差別，最大的原因即爲的是這種公法行爲與私法行爲的區別，我們認爲這種區別不但依據我們否認主權觀念的主張不能存在，而且即令我們維持主權觀念亦一樣不能成立，我們如果排斥主權觀念，我們不能允許有公法行爲與私法行爲的區別，當然是很顯明的事，因爲統治者與他們的官吏既與其他的人一樣同是一個人，他們的意志與私人的意志既毫無區別，那麼，由牠們意志所發出的行爲當然亦與一切私人的行爲不能有不同的性質了。

不過著者以爲即令我們承認主權存在，其結果亦復如是。蓋要設想一種法律行爲的性質隨牠所從發出的意志的性質而變化，法律效果必須以這項行爲裏面表示的意志爲創造原因方可，但是我們業已證明（見第三十四節與第三十五節）事實上並非如此。事實上行爲後面所形成的法律地位乃是客觀法的結果，意志表示僅是客觀法實施的條件，不但如此，就是地位的範圍及方式有時雖好像係表示人意志所決定，實際亦並非由牠所決定，而係由表示人的知識所決定。由此觀之，我們切勿說形成公法行爲特性的乃因爲牠們係發自一種具有主權或至少參加享有主權特權的意志。這並不能改變行爲的性格，因爲這項意志並不能創造行爲的效果，因之，亦不能決定牠們的性格。

此外還有一句常說的話。現在已差不多成了一句傳統的話，牠說：公法行爲原則上皆是單方行爲，反之，私法行爲原則上皆是契約行爲。由上面我們所說的話看去，這句話亦同等不能成立。說這種話的人所從出發的思想是：欲願公法行爲的意志既是一種主權的意志或參預享有主權特權的意志，根據這種性格，故可以由牠本身的力量單獨創造一種法律地位，反之，私人意志絕不能

單方的創造一種法律地位，不能對於一個第三人產生一種義務，私法地位原則上只能由契約產生。

牠們如此持論，忘記了就是當私人作為一項契約時，在契約後面產生的法律地位亦係永遠依據在一種法律途徑的設定上。我們知道凡法律途徑的設定皆含有在握有力量者，易言之，即統治者或國家身上產生一種義務，使之必要時出來干涉，以謀這項地位實現的意義。現在我們既假定國家是一個主權者，如果同時我們又說個人的意志是法律地位的有效原因，那麼，無論在契約或單方行為情形之下，我們皆不能明瞭如何一個私人的意志可以產生上述那項支配國家的義務。

要想使這一點成為可理解的，我們除非說國家預先曾表示牠將給予私人間契約一種制裁，不過這種說法如果實在的話，我們便無任何理由再反對私人在客觀法規定的條件之下亦可以作為種種後面設定有一種法律途徑的單方行為，因為國家亦很可以預先表示牠給予這些單方行為一種制裁故也。此外我們還有一句話要說，即承認國家預先表示給予契約或單方行為一種

制裁乃法律途徑存在的根據，結果不啻等於說創造法律效果的並非當事人的意志，而是國家的意志，而同時若根據主張客觀法乃國家意志產品的學說，我們豈不又可說創造法律的乃是客觀法麼？

另一方面，我們亦沒有任何理由可以阻止國家在客觀法規定之條件之下作為契約行為。無論牠作為單方行為或契約行為，行為後面的法律地位的有效原因永遠是客觀法。在現代法律裏面，統治者作為許多單方行為，並不是因為牠們是一種主權力量的機關，而是因為牠們是在追尋一種集合利益的目的，同時亦即因為這種原因客觀法方在單方的行為之上附着種種法律效果。所有因為一種國家目的而作為的行為，全具有同一性質。任何行為的價值與力量全不是由主權中汲取而來，因為一方主權根本既是一種不存在的東西，而另一方即令主權存在亦不能給予法律行為一種特殊性格也。

因此之故，在一個很長時間之內具有極大信用的另一項關於法律行為的區別，所謂權力行為 (actes d'autorité) 或公共力量行為 (actes de puissance publique) 與管理行為 (actes

de Gestion) 的區別，(關於這項區別，我們在本書第二卷裏面將要予以研究，)亦因失去對象及存在理由而歸於消滅。假如有人願意的話，他們很可說所有公法行爲全是管理行爲沒有權力行爲或公共力量行爲存在，著者並不計較。著者認爲最重要的地方，係在承認所有法律行爲，無論係發自統治者及他們的官吏或發自一個私人，皆具有同一性格。因爲牠們既永遠係發自一種人類意志，同時法律效果又都是客觀法的產品，故性格絕不會有差別的。法律行爲，依情形的不同，有時是多方的，有時是單方的。牠們的重要性依客觀法達到的演進階級而不同。現在趨勢似乎是朝向著減少私人所作的多方行爲及增加國家所作的多方行爲的方面走，然此與我們前面所說的話的真確性並無絲毫關係。

由上面所說的話，我們同時還可以看見那項經法國學者討論很久的國家如何可以受契約拘束問題亦完全不能成立。蓋國家如果是一個主權者，而主權的定義又是一種永遠只受自身決定的意志能力，我們當然很難了解如何國家可以受一種有其他意志參預的契約所限制。而且無論這項契約是國內法的契約，或是國際法的契約，這種情形的不可理解依然如故。有很少幾位法

國學者曾經看見國內法裏面的這項問題，他們予以解釋說：假如國家想在牠行使主權的領域以外活動時，牠便只能遵循契約的途徑。但是我們可以答覆他們說：假如國家是一個主權者，這應是一種固著於牠人格上的品質，牠絕不能隨意剝奪的，牠永遠應是一種主權人，因此，這並沒有解釋了國家如何可以受牠所訂結的契約拘束。在這種情形之下，於是德國的法學者復曾求授於他們的自限 (auto-limitation) 專說。他們說：國家所以受契約拘束，因為牠自身同意用契約限制牠的無上權力，猶之牠同意用法律限制這種權力一樣。自己限制自己仍是自己決定自己，牠的意志自動限制自己亦即是自動決定自己，故雖有契約，牠仍不失是一種主權意志。

這種自限的解釋對於契約並不較對於法律爲優。蓋假如說國家所以受法律拘束，只是因為牠自願如此，並且只能在牠願意的範圍以內，不得謂爲承認國家隸屬於法律之下，那麼，說國家受契約拘束，只係因爲牠願意如此，並且只在牠願意的範圍以內，當然亦不能算是承認國家的契約義務了。而且這種自限說亦即是我們在前節曾提到並曾極力予以排斥的學說的出發點。我們知道這種學說將契約區分爲公法契約與私法契約兩種，認爲國家可以依情形的不同，有時作爲前

者，有時作爲後者，這種學說，曾爲法德二國很多著名學者所接受。但他們始終沒有找到一種可以藉以鑒別國家所締結的契約中何者爲公法契約與何者爲私法契約的標準。這種區別結果所得的，只是說國家受公法契約的拘束與受私法契約的拘束不同。這種結果當然是不能允許的，蓋此仍不過是一般法學者發明來給予統治者專制欲望一種法律價值外表的學說之一而已。著者認爲假如有一種具備所有第三十八節中所考定的契約性情的真正契約時，我們殊不必再去尋求這項行爲究係屬於公法，抑係屬於私法，牠的性格永遠是一樣的，附著於牠上面的結果亦是永遠一致的，所有一切其他答案，都必然地要領到武斷的答案上。

不過我們還應當說一句話，卽一種法律行爲固然無論其發自統治者或單純的平民，永遠保有他的同一內在性格，然有時很可以遇到根據某幾種實證立法有一種隨着當事人及追尋目的而不同的規定存在。顧這種規定絕不影響行爲的內在性格，亦不影響行爲後面的法律效果。例如在法國有許多構造的法律，因行爲所具有的目的是民事或商事或行政的不同，而規定有權管轄的法院亦不同。但這種規定毫不影響行爲的內在性格，法院絕不能藉辭說牠們裁判的爭議係發

自具有不同性格及效果的行爲，而妄冀不同的權力。這項觀察我們在本書後面還要看見，惜乎諮詢院有時頗有忘記牠正確性的傾向。

葛而生的意見——葛而生亦極力反對一切在公法與私法間所作的區別。他對於這種區別所依據的各種觀念曾作有極透澈的批評。他說：這種區別不能建設在普遍利益與私人利益的相反觀念上，因為我們區分法律規則，不能根據牠們的目的，只能根據牠們的內容與牠們的構造。不惟如此，而且我們亦不能將普遍利益與私人利益截然分開。牠們二者之間是具有一種極密切的聯立關係的。此外我們亦不能說私法關係係產生於平等人間，公法關係，因是力量與統治者的關係，係產生於不平等人間。這種說法殊不合乎事實，因為無論在公法關係與私法關係裏面，意志表示的拘束力全不是來自意志的性格，而是來自規定法律效果的法律規則。故葛而生說：『行政命令與契約最後分析同係建設在憲法之上的。』

葛而生還很正確的地指出這項將公法與私法相對的觀念的發展大部係受政治原因所推動。他並說這項觀念與一般學者想在國家與法律之間建立的二元論頗有關係。他以為一日我們

如能排去此種二元論，自然而然即將否認這項公法與私法的區別矣。例如他說：「當我們不願再視國家爲法律的條件，而反之視法律爲國家的條件時，我們便自然而然而否認公法與私法的區別了。這項區別是與法治國概念不相合的，因爲牠可以領導我們走到承認國家具有一種獨立於法律外的行動範圍上。法治國（Rechtsstaat）的意義並非指一種具有特殊內容的國家秩序……而係指一種全部行爲皆建立在法律基礎上的國家。」

國家與法律實構成一個單一體，國家乃是法律規範所組織的一種複合狀態，個人亦復如是。因之，每逢有一種意志表現時，無論牠的主體爲誰，法律規範永遠是實施的。法律效果，無論法律規範實施的結果如何，亦永遠呈現同一性格。

參閱 Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, p. 80 et s. p. 90 et 91; Id., Théorie générale de l'Etat, Revue du droit public, 1928, p. 561 et s. p. 600.

第六十六節 公法與私法間的真正區別

不過公法與私法的傳統區別，亦是我們所應當維持的。

因爲在現代社會裏面法律領域已推展至非常遼闊我們必須將牠作爲種種的區分這是有秩序有方法研究現代法律規則不可少的條件。惟法律領域裏面所作的區別，猶之一切由我們思想所作的區別一樣，都多少不免帶點人工的成分，必然地有互相穿插的地方。在公法與私法的區別中，這種人工的成分尙比較少些，不過我們切勿給予牠前節所指出的一般人想給予牠的意義與範圍。我們應當精確地考定牠們中間的真正不同之處何在。著者個人認爲牠們中間真正不同之處完全在法律制裁的方式上。公法與私法的區別經如此矯正之後，意義當然較前減小了很多，但其重要性仍很大，茲不能不稍作解釋如下：

公法乃全部實施於國家的法律規則。在著者看去，國家乃是一種抽象；實際所謂國家就是那些統治者，易言之，即那些在一個社會羣裏面握有實質強制力量的人。這一點是我們研究公法，考定牠的領域及以之與私法區別時所決不可忘記的。

公法的第一部，包括直接及專門實施於統治者本身的全部法律規則。牠們規定統治者的行動以及行動的領域與限制，什麼是牠們可以作的，什麼是他們不能作的及什麼是他們應當作的。

我們前面所說我們不能解釋如何法律規則可以支配一個主權的國家，即正是指這部分法律規則而言。反之，假如我們根據唯實主義概念，這些規則的存在與牠們的拘束力皆非常容易明瞭。因為在這種概念之下，統治者既與其他人一樣，皆不過是些個人，並不具有主權力量，牠們當然亦與社會羣中其他分子一樣，同隸屬於這個社會羣的法律秩序之下了。

這項公法的第一部分，包括有依照現在通用辭語所謂規定國家組織的法律規則。在唯實主義學說裏面，我們仍可以保存這項通行辭語，不過有一個條件，即我們須明瞭牠所指的並非一種團體人的內部組織，而僅係統治者如何直接行使統治力量的形狀，及一個國家裏面握有政治最高力量的原素如何受人代表的方式而已。代表制度可以說差不多已成爲各地統治力量表現的形態，很大一部公法規則全是爲牠而建立的。

再者，無論是直接政府或代表政府，均不能不委任官吏執行現今我們要求政府作爲的各種活動。於是又有許多規則設立，以便規定這些官吏的委任方式，官吏與統治者間的關係，區別牠們中間的種類，牠們的地位以及牠們對於統治者隸屬應到的範圍，這些規則亦歸入公法第一部分

一言蔽之，公法的第一部分，包含全部規定統治者活動範圍，統治力量的代表制，官吏的地位，以及官吏相互間，及官吏與統治者間的關係的法律規則。

這一部分公法普通教作憲法 (*droit constitutionnel*)，惟所取的意義乃一種極廣泛的意義，而不是用以指示剛性憲法 (*lois constitutionnelles rigides*) 的意義。這種教法當然不是很好的教法，因為牠容易引起混淆。但是牠一天一天走入通用辭語裏面，著者為遵守習慣起見，故本書書名仍緣用此項辭語，蓋本書即完全係用於研究這一部公法故也。

著者從前曾提議機體公法 (*droit public organique*) 一辭來指示這一部分公法。但不久即已自動放棄了這種提議。因為一方著者既已承認此項辭語在法國法律辭語中至今尚未獲得公民權，而他方尤不能不使著者自願放棄之者，即牠很容易使人誤會著者已多少贊同以國家與自然有機體比擬的錯誤學說故也。

此外許多學者還作有一般公法 (*droit public général*) 或公法原則 (*principes du*

droit public)與憲法的區別。巴黎大學法學院且設有兩個講座：一個公法原則講座與一個比較憲法講座。在第一次政治博士學位考試時，一八九八年八月八日的命令曾準許候選人得於公法原則與憲法二者之間擇一應試。同然，一九二五年五月二日關於法學博士學位考試及肄業制度的命令亦規定公法高等研究文憑的考試應包含一種憲法的口試或一種一般公法的口試。

著者敢坦白的自認著者實不曾看見一般公法與憲法之間有什麼差別存在。現在沒有一個人想到憲法的研究應當僅限於註釋幾種例如法國或其他國家具有剛性憲法性質的條文而止。故憲法或不是任何東西，不然，便應包含關於國家內部體構組織以及國家權力限制與義務範圍等等全部規則，試問這與一般公法有何區別？或有人說公法原則課程主要在闡明普遍原理，憲法課程則主要在作實證制度的描寫研究。但此並非一種對象的問題，而是一種教學方法的問題，著者覺得普遍原理如不建設在實證制度的觀察上，等於一無所有，同時反過來說，實證制度的研究，如不依附在某一定數目的觀念上，亦不呈現任何意義及科學價值。不過這些問題都是些用語及方法問題，我們此處殊無多作討論的必要。

我們對於實施於統治者相互間及他們與他們的官吏間的關係上的規則既已考定，應當進一步研究實施於統治者與他們官吏外部活動的規則。這便是公法的第二部分。我們立時可以看見這一部分國內公法如何遼闊，及牠的領域如何跟着統治者活動力及與之相照應的公務的增長而日益擴大！

這種國家活動力不住增長的現象頗引起一部分人的悲觀與批評；但同時亦大為另一部人所贊許，因此，曾發生許多熱烈的論戰，至今仍未停止。不過著者覺得這種論戰乃是毫無對象的論戰，因為這種國家活動力不住增長的現象乃是一種不可抵抗的事實，我們除了考定牠及赤裸裸地接受牠以外，殊無其他辦法。因這種事實的結果，曾產生許多法律規則，而這些規則的數目方日增長不已，蓋現代人民無時不與統治者及他們的官吏接觸，由這種長川的接觸，故不能不產生大量的法律規則來管理他們。這些法律規則大部分是成文的，但亦有些是習慣的，牠們實形成公法的這第二部部分。現代的立法，判例，而特殊是法國的判例，關於這一部分公法的形成，參與的時候非常之多，而且深及於極細微的地方，因為在這種國家與個人不斷接觸之中國家專斷的危險

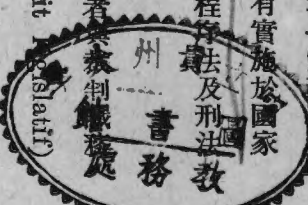
最容易產生，而我們對於應在可能範圍內防止之的需要感覺的亦最切故也。

這部分公法的領域既非常遼闊，我們殊有更作一層次區分的必要。著者認為最邏輯的次區分當推依附在國家兩項職務：行政職務與裁判職務上的區分。我們知道強制職務，真正說起來，並不具有一種「特殊的」法律性格（此點我們將來可以看見），牠的作用專在保證行政行為或裁判行為的執行。故對於這類職務，並無有確定的任何一部分與之相對應的公法存在，至於行政職務與裁判職務，則皆有一部分與之相對應的公法存在。與行政職務相對的一部分公法為行政法（*Droit administratif*），牠包含全部實施於行政行為效果及公務進行的規則。這一部分公法在現代特別具有極大重要性，蓋國家在一切社會生活領域，如：工業、商業、教育、勞資關係內據以實現其極頻數極積極的干涉的方法，即係這類行政行為。國家對於牠履行職務時所需要的資本的取得與管理，亦係根據這類行政行為。不惟如此，現代一般人皆一致承認國家負有救濟及保護貧苦廢疾的義務，牠履行這些義務，亦惟這類行為是賴。行政法的領域既如此遼闊，因而將其中某幾部分分出，別立科門，已幾乎成了一種普遍的習慣。例如財政法（*droit financier*），工業法（*droit*

industriel) 等等現皆已脫離行政法而成爲獨立的學科。著者並希望不久的將來關於公救濟的立法亦繼起獲得同等的地位。

與裁判職務相對應的一部分公法包含所有實施於裁判職務行使的規則。法國因爲裁判職務的特殊組織及行政性質的公務員享有很廣大的裁判權之故，因而有一部分裁判法 (Droit juridictionnel) 在行政爭議 (contentieux administratif) 名義之下，列入行政法之內。雖然如此，著者終認爲裁判法應當成爲公法的一種獨立部門，比較適合邏輯。不過裁判法一辭現在未走入通用辭語裏面，理由很容易明瞭，因爲事實上這一部分公法所包含的，乃所有實施於國家在民事及刑事上的裁判行爲的規則，而這些規則適形成現代法律的兩大部門，即程序法及刑法。教是，這兩種法律雖邏輯上同屬於公法，然而卻構成兩種獨立的學科及教學對象。

著者上面既有行政法與裁判法兩種公法的區分，前者與行政職務相對應，後者與裁判職務相對應，有人或要問：著者爲什麼不區分一種與立法職務相對應，名爲立法法 (droit législatif) 的第三部分公法？理由非常簡單。我們後面詳細研究立法職務性質時 (第二卷) 便可以看見國



家當制定法律時，乃係制定一種客觀法，易言之，即一種普遍的與抽象的規則，由這種行為裏面並不能產生任何主觀的法律地位。

是故國家制定法律，並不與其他人格發生關係，因之，關係立法職務的法律規則，除了規定國家何種機關有權制定法律及設定統治者立法權的限制而外，不能有其他對象。但這類規則全部皆歸屬於憲法之內。我們曾經看見憲法所包含的規則即所有實施於國家本身，或更確切一點說，即所有實施於統治者本身的地位及活動力的規則也是也。

普通一般人還說公法不僅是實施於國家的法律，而且是實施於國家以外其他一切公團體人的法律。他們對於區別公團體人與私團體人的標準問題並曾作過很多的討論。米述對於這項問題，即曾費去許多很值得注意的篇幅，惟惜結果並未達到任何滿意的答案。

參閱 Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1^{re} partie, 1906, p. 200 et s.; édition Trotobas, 1924.

著者否認國家的人格，同理，著者亦否認所有這些公團體人或非公團體人的存在，故著者絕

不說公法亦是實施於國家以外其他公法人的法律。實在情形是：現代國家皆具有一種極端複雜的體構，統治者的官吏所處的地位有種種的不同，彼此之間差別甚大，有直接隸屬於統治者的中央官吏，然有時亦有分權的或聯邦的官吏。這類官吏，因聯邦及分權的事實，大都處於一種特殊地位之中。有人想解釋這種情形，說他們是次等團體的機關，例如分權單一國的自治縣或聯邦國的邦的機關是。這種說法是不對的，因為次等團體人格具有的現實性初不多於國家團體人格也。再者，在現代國家裏面，國家的職務既如此之多，而又非常紛異，因之，有時還可以遇見某種財物專用於一種一定的公務，或一組一定的公務，同時並獲得一種自主的行政的情形。這類情形，與流行的意見及習慣的辭語恰恰相反，並不是一種產業法人 (*personne patrimoniale*)，而只是一種財產的特殊使用，因而亦可以說是一組仍屬於公法的特殊規則。

以上公法的種種區分對於指明公法與私法之間根本的及唯一的區別何在乃是不可少的。著者為便於陳述起見，仍援用國家一詞，不過希望讀者務須記住在著者看去國家即一般統治者。國家無論是什麼，依定義終不外是一個社會裏面強制力的獨佔者。因為如此，所以國家能夠並應

當保證實施於國家以外其他人格的法律規則的制裁。但是我們知道公法乃是實施於國家的法律，易言之，即實施於統治者的法律，因之，我們對於公法絕不能概想一種對抗國家的直接制裁方式。

任何在國家身上設定一項義務的公法規定皆不能直接用強制去制裁，因為國家既是強制的握有人，當然不能直接用去對抗牠自己。因此之故，所以我們前面所解釋的廣義憲法條款均缺乏直接的制裁方式。不過雖然如此，憲法規則仍與有時有些人所說者相反，並不因此而失去牠們的真正法律規則性格。一種規則要成為法律規則，強制的直接制裁並不是必要條件，只要規則被侵犯之時可以招起一種社會反動，這項規則便是一種法律規則，不必問牠具有直接的強制制裁與否。葉林本人曾表示只須有一種由心理強制中產生的制裁存在，便有一種法律規則存在（見 *Der Zweck im Recht*, I. p. 368.）耶律內克認為法律規則乃是一種被保證的規則。這種制裁或保證的方式，對於規定國家義務及內部組織的憲法規則當然是存在的。所以這些規則雖然不能直接用強制制裁，然而確切皆是法律規則。

因爲這種用強制制裁的不可能，於是我們不得不尋找種種方法，以便將握有公共力量者侵犯憲法的危險縮至最小限度。我們在後面將研究由政治技術中玄想出來的種種不同方法，例如：權力或職務的分立，最高法院的創設等等。不過這些方法，無論如何工巧，終不能給予憲法一種確定的制裁，所以有些人說的很有理，他們說永遠總有一個時期憲法除了依據所對向實施的人的忠貞心而外是不能更有其他制裁的。

行政的公法規則與憲法規則一樣，牠的特性亦係完全由可以用去實現法律地位的方法得來。假定法律在國家身上設定了一項義務，極積主體對於國家絕不能具有任何強制執行途徑，因爲他若想行使強制執行，必須求援於國家的干涉方可，試問國家如何能用強制去制裁牠自己呢？因此，故產生了一項規則，這項規則同時表示一項法律命題與一種事實，牠說：無人對於國家能夠行使強制執行。一般人曾用種種方法，嘗試給予這項規則一種合理根據，例如說國家永遠是忠誠的及能償債的 (solvable)，故我們不需要行使強制執行去制裁牠；或又說我們不能使一個私人可以利用制裁國家的強制執行妨礙公務的進行。凡此諸端，皆當然是對的，不過尙不是根本之點，

根本之點乃是：國家既是強制的獨佔者，牠當然不能用強制去制裁牠自己，因此，此地的法律地位始具有一種特殊性格。

就另一方面言，假如我們設定國家是一項債務的消極主體，牠仍然因牠的性質具有一種特殊地位。我們知道一個私人如欲用強制執行實現一種他所受益的法律地位時，必須向國家請求執行，而且如若這項地位的存在與範圍有爭議時，強制執行非在國家按法定程序發佈了一項裁判的決定承認了這項地位的存在與範圍之後，不能運用。

反之，假定國家是一種法律地位的受益人，我們知道牠同時還是用去實現這種地位的實質力量的握有者，因之，牠可以不顧消極主體的反對，自動地直接使用這種強制力量。國家，強制力量的所有人，實享有預先執行 (*exécution préalable*) 的特權，牠既是國家，牠的目的是在實現法律，那麼，當牠主張有一種利於牠的法律地位存在時，我們承認牠具有預先執行的利益，當然是非常合理的。這種情形，霍理歐稱之為預先執行利益，(*bénéfice préalable*) 極為正確。不過關係人在這種情形之下，應保有一種攻擊國家所引據的行爲的權利。假如公共官吏方面運用強制執行

有武斷冒昧的地方，他並享有一種要求賠償的權利，此乃事理之常，更當然不待言了。

總之，區別公法與私法是對的，但我們不應給予這項區別一種牠所沒有的涵義。公法與私法應當用同一精神與同一方法去研究，公法的實證法律與私法的實證法律係建設在同一基礎上，公法的法律行為與私法的法律行為係由同一原素所構成，實質上實具有同一性格，所異者，惟公法的制裁與私法的制裁不能存在於同一條件之下，實現一種私法的法律地位與實現一種公法的法律地位不能遵循同一方式而已。這便是公法與私法的惟一區別。

第六十七節 國際公法

國際公法乃是實施於國家相互間關係的全部法律規則。假如我們承認國家人格與主權觀念，我們便立時可以看見國際公法與國內公法之間有極大的差別存在。主權人，國家，是高於隸屬於其下的個人的；國內公法乃是規定這種主權的團體人內部組織，及實施於牠及牠的臣民間的關係上的全部規則，故國內公法所規定的，乃是不平等人間的關係，一個主權的命令人與諸多非主權的隸屬人間的關係。

反之，國際公法所規定的，乃係諸多主權人格國家間的關係，因之，所規律的關係乃平等人格間的關係。在國際公法裏面，不見有一種制定及強迫實施法律規則的意志存在，亦不見有一種依照規律組織起來以使用實力強令一般人尊重法律規則的高等強制力量存在。固然有些國家可以較其他國家為強，因而可以強行加施牠們的意志於較弱的國家，但這項意志是否適合法律，則絲毫沒有保證。這種實質力量僅表現為一種事實力量，而不是一種法律力量，易言之，即不是一種為保證法律制裁而組織的力量。

在這種情形之下，一般人當然要發生國際法是否可以成為一種法律的問題。在大戰以前，一般的答案到還是一種肯定的答案，不過他們亦一致承認國際法雖然存在，但他的存在是暫忽不定的。至於他們給予國際法的基礎，此處與在其他許多領域裏面一樣，顯然亦有法國學說與德國學說的不同。

法國的法學者曾經企圖將國際法建設在一種個人主義概念上。這項概念與他們依以建設國內法的概念酷相類似。他們說：一切國家全是平等的主權的法人，猶之一切人全是平等的自主

的個人一般。一切國家全可以在內部與外部自由行使他的活動力，牠們可以自由發展，牠們以國家資格具有的本性。這只是牠們的主權在外部表現的結果。國家是主權的，主體只有一個，主權在內部與在外部表現的形狀各不相同，然在這兩個領域內牠的表現全應當是自由的，此與自主的個人具有自由表現他身體、知識、道德、各種不同活動力的權利毫無二致。不過自主的個人在行使他自主的活動力時，應當尊重他人的自主性，同然，國家在行使牠獨立的主權時，亦應尊重其他國家主權的獨立。每個個人的天然權利係受其他個人的權利所限制，同然，每個國家的主權權利亦係受其他國家的主權權利所限制。我們若拿大戰開始之前一句已成爲通行的話來說，即每個國家皆具有他的基本權利，不過行使這些基本權利須在尊重其他國家的基本權利條件之下而已。

這一點明瞭之後，我們便看得很清楚他們如何將國際的客觀法建設在國家的主權權利上。我們知道根據他們的學說，國內客觀法係建設在所有自主人格尊重他人權利的義務上，同然，國際客觀法亦係建設在主權國家尊重其他主權國家基本權利的義務上。他們還說如此了解的國際客觀法存在於所有文明民族的意識裏面，而表現於國際慣習及逐日增多的國際協約裏面。他

們並說國際協約乃是十足的國際法淵源，但牠們並不構成國際法的真正基礎，國際法的真正基礎，專係存在於各國的天然基本權利裏面。

這派思想的代表者曾遇見一項非難，這項非難說：國際公法是沒有的與不能有的，因為國際上的有組織的直接制裁是沒有的與不能有的故也。他們回答說：就是國內公法，真正說起來，亦沒有有組織的直接制裁，因為國家既係強制的獨佔者，牠當然不能行使這項強制權力來制裁牠自己。故這種有組織的直接制裁，就是國內公法亦不能有，然而向不會有人反對過國內公法的存在。可見有組織的直接制裁與法律的根性殊無必然聯帶關係。而且就另一方面言，理論上亦並沒有任何東西可以阻礙各國不會相互同意組織一種國際法的有效制裁。這樣的嘗試業已有一次於一九〇七年在海牙第二次和平會議中實現過。這項嘗試固然很不完備，然而我們絕不能忽視了牠。總之，法律規則的存在並不須具有一種由實質強制的直接制裁。法律規則不僅是由實質強制制裁的規則，同時亦是由純粹心理強制保證的規則。後項制裁亦足以授與一項規則法律規則性格。在國際公法上，這種心理的保證誠然不甚完備，但是赫然存在固無人能置疑也。

上項學說可以說是一種真正的法國學說，開明之最清楚的法國學者當推畢野（Pillet）請參閱他的傳者 *Les droits fondamentaux des Etats, Revue générale de droit international V, 1898, p. 66 et s.*（有單行本。）此外還希參閱：Nys, Le droit International, les principes, les faits, 3 vols. 1912; Despagne, Droit international public, édition de Boeck, 1910, p. 216 et s.; Cavaglieri, I diritti fondamentali degli Stati nella società internazionale, 1906.

由上看來，法國學說殆將國際公法建設在主權國家的基本權利上，猶之牠將國內公法建設於個人不可侵犯的權利上一般。故在這派學說之下，客觀的國際法是建設在主觀的國際法之上的。至於德國學說關於國際公法基礎的理論，亦與法國學說相同，仍係牠對於國內公法基礎所作之同一理論。我們知道德國學者認為國內公法乃主權國家用一種單方行為自行限制的結果，固然，他們說國際公法亦是國家自行限制的產物。此處與前面不同的，僅為：此處有數個國家而非一國，而其所取之行為亦非單方的行為而為一種協約，或一種聯合（union），或拿德國人的話說，一種 *Vereinbarung* 而已。

德國學說謂，說國家是主權的，意義係謂牠具有一種永遠只受自身決定的意志。這項意志若

要受限制，必須發自牠自身始可。主權的國家，在牠與牠的臣民的關係上，自願隸屬於公法之下，用一種單方的行爲自行限制，故雖隸屬於國內公法之下，而仍不失爲主權者。在國家與國家的關係上，牠們亦可以隸屬於一種協約的限制之下，而創立一種國際公法，牠們服從於這項國際公法之下，因爲牠們約定服從於其下，自願受牠的限制，因此，一方隸屬於法律之下，而另一方仍不失爲主權者。故根據德國學說，國家自限 (auto-limitation) 實是國際公法的基礎，猶之牠是國內公法的基礎一般。惟就國內公法而言，自限是單方的，就國際公法而言，自限則是協約的，雖然有此分別，但永遠皆不外是一種自限也。

至於前項非難說：真正國際公法是不能有的，因爲牠不具有實質的強制制裁，許多德國學者皆爲之所窘。他們說：國家誠然可以用協約規律牠們中間的關係，但這些協約都不能構成實在拘束國家的真正法律規則，國家永遠可以擺脫這些協約的規定，而不能說牠們侵犯了法律。不過有幾位德國學者，最著名的如耶律內克，則說：這種情形殊不能構成否認國際法具有真正法律性格的理由，因爲一項規則要成爲法律規則，並不需要具有一種真正實質的及具有組織的強制制裁，只

要牠的執行有相當保證就夠了。我們知道國際法的這種必需的保證卻不是沒有的。耶律內克曾說：「國家的實力比例以及政治家、國會、輿論機關等發表的意見皆形成國際法的次等保證，我們絕不能漠視牠的重要性的。」

關於戰前德國學說中國際法基礎問題，請參閱：Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900, p. 339 et s.; Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899; Heilbronn, Grundbegriffe des Völkerrechts, 1^{re} partie, du tome I de Handbuch des Völkerrechts, publiés par Stier-Somlo, 1912; Grosch, Der Zwang im Völkerrecht, cahier 273 des Abhandlungen aus des Staats- und Verwaltungsrechts publiés par Brno et Fleischmann, Breslau, 1912; Diena, Considerazione critiche sul concetto dell' assoluta completa separazione fra il diritto internazionale e l'interno, Rivista di diritto publico, 1913, p. 321.

這兩種國際公法學說，在理論上之站不住與在實用上之不能維持，可以說是魯衛之政相差無幾，因為牠們兩個全將領至種種不能允許的結果上。

最初，牠們顯然皆要遇見我們第五章中所看見的一切關於國家主權及國家人格等玄學假

定不可超越的困難。不過著者爲推理便利計，暫時接受這些玄學假定。但我們應注意主權在國際關係裏面既與另一主權者相遇，因而真正說起來，業已不是主權，而只是一種自主性。雖然如此，然著者認爲名詞異同關係甚輕，我們要知道的是：上面曾披陳其要點的學說，究否能解釋國家在與他國發生之關係裏面牠的主權或自主性所受到的法律限制。在著者看去，牠們很難解釋。

法國學說誠然肯定國家基本權利的存在，但是他們並不會予以證明。在戰前，他們即曾主張民族有組織成獨立國家的權利，並謂任何國家皆有要求承認及尊重牠們獨立的權利，及至現在，這種聲浪異高不可遏，但不幸直至現在，無人曾證明這種權利的存在，甚而關於民族究竟是個什麼東西，亦未能達到一個共同的見解。專就此點而言，凡爾塞和約似乎樹立在一個非常脆弱的基礎上。不過問題現在已不在此處，現在問題僅在要知道是否我們可以肯定有這些國家基本權利存在，及謂這些基本權利可以對抗其他國家的主權並予以限制，猶之個人自主性可以對抗他人自主性並予以限制一般。就著者個人而言，著者實不能知道在什麼基礎上我們可以將這些臆造的國家基本權利建立起來。蓋要使國家具有權利，先須證明國家是權利主體。但這一點，我們在前

面業已指明過是不能證明的。法律主觀性只是一種沒有任何價值的假定，若然，牠當然亦不能具有任何權利了。

不過爲討論便利計，我們可以暫時承認國家是一種法人，能夠享有種種權利。即令如此，我們仍要問：爲什麼及如何我們可以肯定說國家生來便享有這些可以限制其他國家主權的基本權利？著者實看不出所以然的理由何在。主張此說者回答我們，當然仍不外取個人主義學說主張個人享有天然權利的同一途徑，說：個人所以享有天然權利，只是因爲他們是人，同然，國家所以享有這些基本權利，亦只是因爲牠們是國家。然這只是一種單純的肯定，無論在個人或國家任何一種情形之下，其不具價值蓋相等也。再就另一方面言，國家基本權利原理亦與個人主義一樣，實建設在一種循環繆論 (*cerche vicieux*) 上。蓋無論任何一種人格，要想能夠具有權利，必須他與其他人格先已發生關係，易言之，即必須先有一種隸屬於客觀法之下的社會方可。人格一日在孤立狀態之中，便一日不能具有權利。人不能帶着他的個體權利走進社會來；理由很簡單，即因爲他在孤立狀態之下，沒有權利，他要有權利，只能在他進入社會以後，根據實施於該社會的客觀法始可。同

然，國家亦不能夠帶着牠的基本權利走進牠與其他國家的關係裏面來；理由亦是一樣，即國家要具有權利，亦必須先與其他國家發生關係，必須先走進一種國家合組的社會。根據這個社會所隸屬的客觀法始可。所以我們不能拿國家的基本權利來解釋國際客觀法，因為這些權利必須先有一種隸屬於國際客觀法之下的國際社會始能存在故也。

我們不要說國家的基本權利實際就是個人不可割讓的天然權利，亦不要如大革命時代的各次憲法與人權宣言然，說一切政治團體的目的皆在保存個人天然的與不可割讓的權利，因而推論說國家的權利係直接建設在個人的權利上。法國大革命時代的思想顯係如此。他們承認各民族國家皆具有種種權利，並可以強迫其他各國尊重之，因為一切政治團體皆負有保障天然人權的使命，肯定國家的基本權利，實際即肯定個人不受時效影響的天然人權。故在這種思想裏面，國際公法與國內公法一樣，同係建設在個人不可侵越的主觀權利上。

著者業已說明過，先於社會國家的個人主觀權利是不可了解的；承認個人具有天然人權，乃根據在一種循環謬論上，因之，將國家基本權利的存在建設在個人天然權利的存在上，實際不啻

沒有作任何解釋，因為如此，我們先須證明個人天然權利的存在，而這一層正是無人能夠辦到的。間接既不能證明國際公法的存在，故我們應當取直接證明方法，直接證明有一種客觀的國際公法存在。我們在本節之前，業已提及德國學說曾以國家自願接受某幾項規則作國際公法存在的解釋。這種自願接受可以是明示的或默示的，德國人用指示這些協約聯合的一個德文字 *Vereinbarung*，乃是一個極廣義的字，可以適用於默示的協約或明示的協約。他們說國家由這些明示的或默示的協約自願接受若干對於牠們主權的限制。這些限制的全部遂構成客觀的國際公法，國家主權雖隸屬於這種法律之下，然卻不因之消滅，原因是這些限制是自願的，一種意志自己限制自己，仍不失為主權者，因為牠還是一種只受自己決定的意志。

不過國際公法若除了國家的自願限制以外，沒有其他基礎，不得真正成爲一種法律，蓋一項規則，苟只能對於創立牠及自願服從於其下的人而存在，而不附着於一種先行存在，本身即具有支配協約當事人的命令性的規則之上，不得稱作一種法律規則。耶律內克本人，亦曾對於這種將整個國際法建設在明示的或默示的 *Vereinbarung* 上的德國學說作過極激越並極正確的

批評，他說：「根據這種思想，全部國際法不啻虛懸空際，唯一可以給予 *Vereinbarung* 力量的國際法律秩序，絕不能本身反過來復建設在 *Vereinbarung* 上。」

見 Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 339.

那麼，我們如何了解國際法的基礎呢？著者認為只有根據我們在本書第十七節，即題為社會國際法律規範的一節裏面所發揮的觀念，方能了解之。自從不同人羣的分子間存在有種種聯立關係，同時亦便有種種建設在這種聯立關係上可以支配這些不同人羣的全體分子的規則存在。我們若假定這些人羣尚在無定形狀態之中——所謂無定形云者，著者之意，係指尙不會表現絲毫政治區分痕跡之謂——這些規則顯然無可爭議係實施於各羣中的個別分子，而非實施於看成法人的這些人羣。

對於尙無政治區分的人羣如此，當人羣內部產生了一種統治者與被治者間的區分時，爲什麼情形便會改變，要說社會國際規範所對向的，並非組成人羣的個體分子，而成爲這些人羣表現的團體法人呢？政治區分並不能在羣的性質上有所改變，絕不能授予人羣本來不具有的法律人

格。政治區分之不具這種功用，猶之人羣中可以產生之其他區分一般。由此觀之，社會際法律亦不過是全部因社會際聯立關係實施於不同社會羣分子的規則而已。

當這些社會羣具有一種政治組織時，根據通用辭語，於是社會際法律變成了國際法。但名詞雖變，牠仍保有牠的同一性格，建設在同一基礎上。國際法與一切法律一樣，皆係由種種對向個人發佈的命令所構成；其基礎亦與一切法律一樣，同係個人中間的聯立關係，或我們願意的話，亦可以說同係個人在某一時期內對於這項聯立關係所具有的意識。

不過國際公法尚含有相當數目特殊對向各關係人羣中的統治者發佈的命令。這些命令固然不是專對向他們發施的，但是主要係對向他們發施的。這一層很容易瞭解，因為統治者握有一國的最大力量，他們應當用他們的力量去制定法律及予以制裁，同時並應用他們的力量去組織種種公務，易言之，即保證各種關係集團生活特殊重要的活動力的進行。所以假如真有若干社會際的法律規範存在，統治者實負有相互發生關係以便考定之及給予之一種制裁的責任。假如真有一種社會際聯立關係存在，要求創立種種社會際公務如同社會內規範要求創立種種社會

內公務一般，各社會羣的統治者，實受有起來創造，組織，及主持這些社會際公務的義務。

我們若詳細研究一下現代的國際公法，我們很容易看見國際公務的創立及進行實成爲現代國際公法的主要對象。由凡爾塞和約建立的國際聯盟實際並非別的東西，亦不過一種偉大的聯防公務而已。這項公務雖然遇有許多障礙及種種困難，然而近來牠不但在日益發展之中，而且牠的作用亦已逐漸確立矣。

是故國際法律規範所對指的主體，並非人格化的主權國家。而是國家的分子個人與一般統治者，而尤以後者爲甚，蓋後者因所處地位關係，比較更能保證國際聯立關係的實現故也。依照常用的詞語來說，即國際法的主體並不是國家，而是國家的分子個人。惟有在這種條件之下，我們方能給予國際法一個堅固的基礎。

但是這項概念曾遇見一項非難，這項非難說：果如上言，我們將不能解釋協約義務的永久性。我們知道協約義務是不因統治者的更易而消滅的，協約不僅拘束簽訂牠的統治者，而且拘束他們的後繼者。這種國際協約義務的永久性，是不能少的，同時亦是不能反對的。但我們若不承認協

約當事人是國家，及認國家是一種法人或法律主體，牠的人格不因政府的更易而消滅，則這種永久性豈不將整個成了不能解釋的東西麼？

著者認爲這項非難殊不具若何力量，蓋主持這項非難者完全係受一種牢固不去的錯誤思想所統治。認爲協約後面產生的法律地位的有效原因乃協約本身或意志表示，因此，故以爲若要使國家受協約的拘束，必須國家的代表，統治者，所表示的國家意志表現於協約中始可。殊不知我們業於本書第三章第三十四節中證明，任何法律行爲之後的法律地位的有效原因全非意志表示，意志表示實際僅係法律規範實施的條件而已。故當統治者簽訂一項國際協約時，他們所作的，亦不過發動某幾項國際法律規則實施的條件罷了。至於這些國際法律規則之所以能夠實施，並非由於協約，而係由於牠們本身的力量。因之，牠們所對向實施的主體，如同一切國際法律規則一樣，所有關係團體中現在及將來的統治者皆包括在內也。

一般人對於國際公法。一如對於國內公法，亦會想將個人主義的主觀權利及權利主體等舊概念移植於裏面，殊不知法律秩序實際永遠是全部規範，牠們支配的，永遠是個體意志，而特殊實

施於那些因地位關係特別負有實現社會聯立關係之責的人們。他們蓋桎梏於一項牢固不可破的錯誤觀念裏面，認爲一切對於現存法律秩序的改變全是一個主體意志的作品，此即他們所以將國家造成國際法主體，如同牠是國內法的主體一般的原因。但是我們一旦知道現存法律秩序的改變乃係以客觀法爲有效原因，個人的意志表示特不過客觀法實施的條件，那麼，無論在國內或國際我們皆無有必須創造國家法律主觀性的理由了。

其次，我們還不難指出著者給予國際法的基礎及性格惟一適合於現代法律的傾向。我們知道現代法律頗傾向於說：國際法律規則不僅實施於國家，同時還實施於個人，例如：遇有涉及個人責任問題時，即係如此。現代許多具有思想者一方面固仍維持國家的國際人格，另一方復承認個人亦是國際法的主體。這種主張對於舊概念實構成一種直接而深重的打擊。蓋國際法果如傳統派所講述者，只是主權法人——國家——在他們相互關係上實用的法律，那麼，我們便絕不能再概想牠同時還可以屬於不同社會羣的個人的法律。國際法所以表現有實施於個人的性格者，正因爲牠亦是全部對向個人——而且僅對向個人——發佈的命令的緣故。

此外，尚有一種運動在大戰期間表現得很清楚，亦與上述之傾向有密切關係。我們知道自十八世紀以來，一般人追跡盧騷之後，主張說國際戰爭僅是國家間的戰爭，而不是交戰國人民間的戰爭，並謂戰爭的功用是在給予國際法加施於國家身上的義務以制裁。國際法既僅實施於國家，故戰爭亦僅存在於國家之間，而不存在於個人之間。這種整個矯作的思想，卒未能抵抗事實，故大戰一經發動，這項擬制說即完全消滅，戰爭的真性格，赤裸裸的顯露出來，我們看得很清楚，牠仍只是個人間的一種鬭爭，而不是臆造的國家法人間的衝突。

尚有一點是最後的一點，同時亦是最重要的一點，即我們若堅持國際法乃實施於主權法人——國家——的法律，並謂他的功用在為全體國家的利益限制各個國家的主權，實際不啻將國際法的基礎整個破壞，因為主權概念根本是一種絕對的及吞沒一切的概念，必然地不受任何限制故也。維持主權觀念，同時即是給予所有政府專斷的要求，所有對於仲裁的拒絕以及所有仲裁協約中列入的限制條款一種合理根據。維持主權觀念，亦即是供給所有野心侵略政府一種口實，使之得藉以發動他們的侵略戰爭。所以然者，因為他們永遠可以援引這項極方便的主權擬制說

主權不受任何侵犯，以爲這些拒絕仲裁的舉動，這些限制條款以及這些侵略行爲的合理根據。

故維持國家人格與國家主權觀念，我們固然可以如耶律內克然，在國際法的實在上說些好聽的話，我們亦很可以如他一樣，說國際法有一種心理的基礎，猶之一切法律——而尤其是國內公法——之下皆有一種心理的基礎一般，但是結果我們受事實及邏輯的力量所壓迫，亦必然要與他一樣，同走到承認攻擊戰爭的正當性上，而且還將如他一樣說：「假如遵守國際法與國家的存在相衝突，法律規則應退入後層，因爲研究國內公法的關係時，業已告訴我們國家的地位是在一切特殊公法之上的。國際法係爲國家而存在，並非國家爲國際法而存在。」

見 Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 340.

站在國家主權概念上，這種結果是絕對合邏輯的。主權國家可以自願服從於法律——國際法或國內法——之下，但當他的利益要求牠逃避法律實施時，牠當然亦可以拒絕服從法律，而且惟有牠自己是這項利益的審度者，故站在國家主權的概念上，無論我們怎樣作，我們終不能排除這種結果。

主權觀念業已從國際法中沒滅，在國際關係裏面，如同在國家內部活動力裏面一樣，公務觀念業已取主權觀念而代之。這一點我們從國際聯盟在國際生活中所佔之地位日益增高，與其在解決國際紛爭中所負之任務逐漸積極二事看去，可以說業已證明。此處不是敘述國際聯盟自從凡爾塞和約以迄今日的歷史的地方，我們只須說幾句話即足，即國際聯盟不但活了，並已長大了，同時基礎亦已立定了，自今而後我們要表象文明世界，決不能離開了國際聯盟，所有未加入及已退出的國家全將表現為暫時退出在基督文化大潮流之外。

國際聯盟所以能夠產生，牠所以能在世界上施行一種作用，牠所以大體上能夠履行牠應當負擔的任務，解決紛爭，防止衝突，建立一九二四年日內瓦議定書——這項議定書，雖經英國拒絕接受，然終不失為一宗鉅大事實——牠所以能夠用牠的權威發動並成立羅加洛公約，這全是因為牠確是我們剛纔所說的一種偉大的國際公務，牠的對象係在用正義保證國際和平的緣故。各國內部早已建立有警察及司法的公務，現代的鉅大事實即國際警察及司法公務的建立是也。假如主權概念尚在維持完整，這樣一種制度是絕對不能實現的。主權概念的放棄是否出自

當時發起及組織國聯的各政治家的一種有意識的行爲呢？著者不得而知，而且這項問題大體上亦不具若何重要性，不過有一點是確定的，即當美國國會因內部政治原因，拒絕批准以他們的總統威爾遜爲主要感示者之凡爾塞條約時，所惟一根據的理由即是說國聯與國家主權不相合。這項理由可以說是不能駁斥的。雖然當時一般人會竭力解釋說：國聯並非一個高等國家（super-state），各個分子仍皆保有他們的完整主權，牠僅是一種協定，各參加國得藉之互相諒解，以便公處置牠們中間的事件而已，但美國復回答說：國家主權並不會絲毫獲得尊重，因爲在國際衝突情形之下，盟約會預先爲各分子國強行設定有某一定應持的態度或某一定應盡的義務故也。

這項回答實具有一種打不到的邏輯。雖然如此，但國際聯盟終於組織起來，並且能夠積極活動，現在已不啻成爲一切國際關係的中心。所以然者，因爲主權觀念業已壽終正寢。這個名詞雖然現在尙有時被人道及，然已不合乎任何現實。固然民族的野心，帝國主義的圖謀，並不會消滅；在現在即預言從此國際戰爭已不存在，固然亦太嫌冒昧；但事實終仍是事實，我們無論誰皆不能不承認已有一種用正義保持國際和平的國際公務建立，而且已經生活活動。即此一點，無論我們願意

與否，已與主權觀念大不相容了。

關於此點，著者認為我們莫如援引波里帝斯（Politis）君的名著：主權限制問題（*Le problème des limites de la souveraineté*, 1926）與國際法的新趨勢（*Les nouvelles tendances du droit international*, 1927）二書中的兩段話於下，以作證明。波里帝斯君曾說：「有一宗事實使我們看見世上真正已有若干變動……即現在產生了大量的著作，專著及零星文章表示說在最近十年中，特別是自大戰以後，主權觀念曾經成爲一種新批評審察的對象，而結局往往走到宣佈牠的死刑上……許多國際主義者考定說這項陳腐的經典……業已失去形態，整個炸裂粉碎，不能與法律及國際法律社會的存在相適合。牠是一個沒有合理根據的東西，並與現代認爲統治者因具有義務然後始具有權力的觀念根本衝突，將來將走到國家的個人主義上，使國際常規生活陷於不可能，而最後必歸宿於國際無政府狀態裏面。簡而言之，即現在已發生了一種普遍的排斥主權運動，不啻對於主權已宣佈不可挽救的死刑了！」波里帝斯君還說：「對於國家，猶之對於個人，皆沒有主觀權利存在，只有專加施於個人及使我們得藉以評量他們行爲合法性的客觀

Les Lettres, janv.-fév. 1920 (K...-recht public, 1920 莫烈雷)]
的抽象殘餘，與國際社會演進着整個處於衝突之中的。』

參照 Jesse S. Reeves, *La communauté internationale*, 1925, dans les *Publications de l'Académie de droit international de La Haye*; Alvarez, *Le droit international de l'Amérique*, 1922; Verdross, *Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts*, *Zeitschrift für international Recht* XXIX 1920, (有單行本) Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920; A. Goicoechea *El problema de las limitaciones de la soberanía en derecho publico contemporaneo*, 1923,

所以我們應當將這些過時的國家人格及主權概念，永遠由法律裏面清除出去，因為由這些概念，會產生許多不能解決的問題與許多空虛無盡頭的爭論，而同時牠們並永遠構成國內暴政獨裁行動與國際侵略征伐政策的一種原則。我們從此以後應當說：統治者與其他的人一樣，都是些個人，因之，亦與一切個人一樣，同隸屬於建設在社會與社會際聯立關係上的法律規則之下，這般法律規則在他們身上加施有種種義務。他們的行為所以能夠合理及要求人民服從，並非因為

這些行爲發自於一個臆造的主權法人，而僅是當牠們與法律規則相適合之時。
這便是感示著者後面所有研究的普遍思想。

第一卷終

