

萬有文庫

第一集一千種

王雲五主編

公法的變遷

狄驥著

徐砥平譯

0250

商務印書館發行

公法的變遷

目次

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

八 不能和分權運動與聯邦主義調洽……………二九

九 不足以保障人民而對付專制……………三三

第二章 公務 (Le Service Public)……………四三

一 政治家對於主權論信仰的搖動……………四三

二 學者之懷疑與趨向……………四六

三 公務之組織要素……………五〇

四 公務的目的……………五五

五 公務觀念變為近代公法的根本觀念……………五九

六 人民對於公務之正當施行的保證——公務之特許……………六四

七 人民對於公務之正當施行的保證——公務之直接經營……………七〇

第三章 法律 (La Loi)……………七九

一 法律的眞性質及其強制力——規範法律……………八〇

二	制定法或公務的組織法律	八五
三	法律與命令	九〇
四	對於法律的爭訟	九四
五	學說與判例	九九

第四章 特別法律(Les Lois Particulières) 一〇七

一	地方法律	一〇八
二	分權公務的法律	一二二
三	地位法律與紀律法規	一二六
四	會社的法律	一二一
五	協約法律：勞動集合契約	一二九
六	協約法律——公務之特許經營	一三二
七	協約法律的制裁	一三五

八 他們的強制力量	一三八
-----------------	-----

第五章 行政行爲 (l'acte administratif)	一四三
---------------------------------------	-----

一 權力行爲與管理行爲的區別	一四五
----------------------	-----

二 該區別的消滅	一四九
----------------	-----

三 一切行政行爲的主要性質：他們都與公務的施行相關	一五二
---------------------------------	-----

四 國家的契約	一五七
---------------	-----

五 行政的實質動作	一六一
-----------------	-----

六 在訴訟觀察點上面行政行爲性質所發生的結果	一六二
------------------------------	-----

七 外國情形的一瞥	一六九
-----------------	-----

第六章 行政訴訟	一七七
----------------	-----

一 關於越權之訴的判例成立	一七七
---------------------	-----

二 主觀訴訟與客觀訴訟	一八一
-------------------	-----

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

八 公務人員的個人責任	二五一
-------------------	-----

九 行政官吏的個人責任	二五三
-------------------	-----

結論	二六四
----------	-----

公法的變遷

引言

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

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

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

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

關於私法上的變遷，我們業已述其大概。（註一）此處則爲研究公法方面的變遷，而略加以描述。這兩種變遷是並行而相似的。實際上，也是類似原因的產物，而可以同一的公式節略之，就是：「社會主義的實在法律制度替代了個人主義的玄想法律制度。」

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

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

的一切命令，也不外是該權力的實施。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

歸於淪亡。

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

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

照此看來，近代公法制度的原則，可以下文節略述之：握持權力者並不具有公共權力的主觀權利，但應負利用其權力以組織公務並確保其施行的義務。他們所做的行為只能在這個目的上方得具有法律上的價值，而能強人服從。公法不復是施之於兩個不同的法律主體之準則了。所謂不同的法律主體，就是一在上，一在下；一個有號令權力，另一個須向之服從的兩個不同的法律主

體。

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

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

註：Les Transformations Générales du droit privé. 1912

第一章 主權論的隱滅

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

一 羅馬的 Imperium 觀念

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