

著名世界譯漢

公法要義

著 幾 狄 翁 勒
譯 煩 肇 楊

商務印書館發行

楊肇煥
Leon Duguit 著
譯

公
法
要
義

商務印書館發行

譯序

本書原名，直譯爲一般公法之講課，以冗而不文，特易今名，仍不背原義，乃法國南方保爾多（Bordeaux）大學法學院院長勒翁狄幾（Léon Duguit）教授受聘埃及大學法學院院長時，在該大學所作之講義，其始末具詳於原序中。

先生以實驗社會科學家態度研究法學，在法學界實特樹一幟。尤深於法律哲學，不惟有獨到之識見，新穎之主張，其推論亦甚精警，且處處衡之以現實及實驗，故所講頗較近真理而爲並世法學家所罕能匹儔。先生本著有憲法研究五巨冊，詳述其法律哲學及公法上之主張。惟全譯須二百數十萬言，余已着手翻譯約二十餘萬字，以篇幅過巨，非專研公法者，鮮肯問津，且需時過久，無以早饜讀者之望。本書篇幅甚少，易於瀏覽，且於公法重要問題及先生主張，亦已大致包羅，閱者讀卒此書，已可得先生學說之梗概，而省時則甚多。

先生學說之最主要者，爲個人主義學說之排斥；權利，主權及法人人格之否定，其尤精彩者，厥爲尊重義務與社會聯帶責任。自個人學說興起，盛行於歐美者達三世紀，天賦人權，自由之義深入人心。主權亦由德法學家所倡導而風靡一時。影響所及，雖曾掀起革命，推翻王座。然流風所播，惟權力是競，功利是尙。在經濟則形成階級之懸殊，在政治則助長武力之崇

尙。專制國家固信奉軍國主義，卽民治國家亦何嘗不爲增加生產而求原料，而覓殖民地，更何嘗不因保護生產，推廣市場而大修軍備。其結果則人間慘禍，不惟紛至沓來，亦且愈絕前古。卽今日東亞空前之慘痛，何莫非敵閥襲德人之餘毒而致之也。然而反觀吾國，數千年來，不聞權利之語。於盡人應尊之道，則曰忠恕，而忠恕之解釋則：「盡己之謂忠，推己之謂恕。」於政治經濟，則曰：「不患貧而患不安，不患寡而患不均。和無寡，安無傾」。「力惡其不出於身也，不必爲己。貨惡其棄於地也，不必藏於己。」於政治則曰：「一夫不獲，時予之辜」「視天下之有饑者，猶己饑之也。視天下之有溺者，猶己溺之也。」「正其誼不蒙其利，明其事不計其功。」故立國數千年，除剷除暴君汚吏而革命，及抵抗外族之憑凌外，甚少戰爭之慘禍。縱偶有一二雄桀之君，如秦皇漢武者，其偉烈豐功，實較菲烈德一世 (Frédéric Ier) 拿破崙一世 (Napoléon Ier) 諸帝遠過之。而吾國評史者不惟未嘗過於欽崇，且謚之爲窮兵黷武，譏之爲好大喜功，而人民亦不熱烈崇拜之。是則蔑視功利，尊尙義務，乃吾國傳統之文化也。吾今茲之爲此言，非擬倡復古運動，更非盲目尊古。特以見吾國文化之深厚，不盡是所謂「吃人的禮教」。學者於舊有文化之惡劣者，應吐棄之，革新之。於其優美者，宜保持之，發揚之。而於舶來品之裨販，則務宜慎所選擇，庶能蒙其利而不受其害，不再蹈今日東亞公敵所爲之覆轍，則幸甚矣。

先生對於舊說之排斥及權利與主權之否定，似爲破壞的；但非無建設者：蓋先生曾以法律

地位之觀念代替權利之觀念，以公共服役之觀念代替主權觀念也。較之舊說，且更論理而更確實。先生主張法高於國家，國家爲法所限制，與其服膺民主主義，認今世獨裁政治爲一時過渡現象；均爲其一貫之主張而具卓識之言也。其區別法律地位與法律行爲爲主觀的及客觀的，乃甚明瞭而精審。其區別國家之法律行爲爲形式觀點及實質觀點，尤爲一般公法學者所未詳。其主張法官對不合理性之法律應採不知識該法律而不適用之，雖似爲極大膽之主張，然仍以不弄法爲要義，要不失爲適宜之處權耳。至論國家之責任應以危險之理想代替過失之理想，尤爲持平之言也。

要之，此書着墨無多，而涵義甚豐，正所謂夾縫中有文字在；學者務宜細心領會，於所未知者求其知，於所已知者求其詳盡。倘能就此書博稽而鉤參之，條理而詳釋之；則其裨益於公法之鑽研，必非淺鮮矣。

治法學者其初每覺其平易；迨研究稍久，進入專門問題時，又每覺其枯燥。實則法與人生及社會靡不息息相關，包羅宏富，萬象森列。先生謂宜擴充法學之研究爲社會科學之研究，誠見遠識到之言。卽在吾國古代，治律學者，如董仲舒、馬融、鄭玄、杜預之流；皆以經學大師而精於律學者。是故治法學者，不當僅以疏解法律爲盡其能事，必須能搜求真理，使法律上之新原則不斷發現，亦猶治自然科學者之不斷發現新定律；則法律之爲用，不僅爲維持和平正義之工具，亦且進而爲人類社會之指針，然後治法學者方爲畢其能事也。

達爾文(Darwin)進化論所主張之生存競爭，實祇描寫進化之一面，其他一面乃爲合作。就動物界而論，因求食等而有嫉妒心，爲競爭的根源；因牝牡與母子之愛而有同情心，爲合作的根源。兩者同爲生存之必要條件。競爭促進生物種屬之分化。使生物界發生多數不同之種屬。合作促進生物種屬之繁殖，使生物界某某一定種屬興盛。因此理由，在生物進化史之初期，高等生物尙未發生時代，自然以競爭爲生物界之主角。然在進化史之後期，生物界已甚發達時代。即應由合作扮演主角矣。人類既是最高等生物，而又是社會生物；故祇要合作而不需競爭。近代許多愛好和平之學者常言：從單細胞生物進化至人，須靠競爭；而自生人以後，則進化須靠合作。此實顛撲不破之至理也。蓋動物因求食等之演進而有利己心，因性愛母愛等之演進而有利他心。人爲最高等動物，自兼具有此兩種心理。惟在人類，利己心發達者，則崇尚權力，其方式爲自私，爲掠奪；其結果則殘民虐物。利他心發達者，則尊重義務，其方式爲互助，爲合作，其結果則爲仁民愛物。兩兩相較，得失判然。今先生以義務及社會聯帶責任爲其主張之骨幹，可謂知所本矣。倘能因此書之出現於吾國，而能致上自執政，下至販夫走卒，皆能以尊重法律之心尊重義務，皆能各盡其所應盡之責任；則不惟抗戰之必勝可期，即國家之臻於邦治，亦可指日而待；是則譯者翻譯本書動機之一也。

先生雖有精良之學說與崇高之理想，而有待於實現者極夥。惟不幸先生於數年前已歸道山，學海失一明星，法界失一導師，固可慟悼；然先生之義理，則昭垂千古。倘吾國學者能繼

其緒而發揚光大之，則先生雖死而不死矣。倘吾國立法家確能就現世所有之「保護資本家之法律」「權利本位之法律」而制成「保護大眾之法律」「義務本位之法律」。則不惟先生與有光榮，抑亦後死者應盡之責；是則譯者翻譯本書之又一動機也。

嚴又陵嘗謂：必兼信，達，雅，之三者，然後可盡翻譯之能事。譯者於此書之譯出，力求忠實達意，自維譴陋，未敢求雅。兼欲求其通俗，去雅更遠。尙祈閱者諒而教之，不勝幸甚。

二十八年九月二十九日潼南楊肇煩序於香港

序

一九二五年八月之末，余有光榮接受埃及王殿下駐巴黎全權公使巴夏 (Fakri Pacha) 閣下之訪謁於保爾多 (Bordeaux)。彼以政府名義來請求余爲包爾國立大學中之法學院第一任院長，該大學乃一九二五年三月十一日法律所創造也。此請求乃過於稱譽者，致余對此請求能反對絕對不接受之意向。然余不能長月離開法國及我親愛之保爾多學院。於是商定余在凱羅 (Caire) 之使命爲有限時期，而余有光榮爲埃及法學院院長者，僅歷時三月。

卽在此等條件中，余於一九二五年十一月二十三日離法國，同月二十九日到達凱羅。余有光榮卽時由法國公使介紹於福阿特 (Fouad) 王殿下，王允余以最榮譽及最賢惠的接待，余必應於此處對彼聲明余虔敬而深厚的感謝。埃及政府各員，特別內閣總理巴夏 (Nisver Pacha) 閣下，教育部長巴夏 (Ali Maher Pacha) 閣下及大學校長賽爺 (Louth el Sayed) 閣下及埃及多數名流，自余之到來及留駐之全期均對余表現同情及誠懇的謙恭，感余殊深。余願再伸謝悃。此同情及謙恭曾予愉快於余在埃及之留駐。並曾使余使命之完成容易而適宜。

尤要者，在新埃及大學之法學院中，以教課之組織爲目的，此包括課程及考試之細目，講座之修正及分配，法學生之學制。由於環境，余之職務特覺擴大；余被牽入負擔直接部分，乃

關係大學運用之一般條例之編纂，而余能謂其頗爲有效也。其情形如下。

一九二五年三月十一日創造及組織埃及大學之法律限於申明此組織之重要原則，而由其第十八條委任大學會議編纂一切大學之機構的補充條例；專爲關於教課職員之服役及教導之條件；學校的及紀律的制度；大學會議，各學院會議及大學主要職員之職權；財政制度之各條例。此等由大學會議議決之條例，僅應於經政府批准後有強迫力；然依法律，政府有權批准或拒絕批准大學條例，而無權修改之。是故有重要使命付託於大學會議之全體，埃及立法家在其自由主義內，曾給廣大分權之權力於該會議也。

大學會議卽立處理，並自十二月初，委任各學院會議籌備與其相涉之條例，卽關於課程細目及計劃之條例，及關於爲學位特許，憑照及證書所需條件之條例也。此外大學會議委託一在校長主席下之委員會，包函校長閣下，四學院院長，教育部次長閣下及大學圖書館長格羅時釀（Grosjean）先生，考慮籌備下列之五重要條例：（一）關於教課職員之服役及教導之條件之條例；（二）關於大學學校的及紀律的制度之條例；（三）關於大學主要職員，大學會議及學院會議之職權之條例；（四）關於大學財政制度之條例；（五）關於大學圖書館運用之條例是也。

委員會卽立着手工作，余且能謂在大學校長閣下之高級指揮下，已作成多而佳之建樹。在會中，辯論屢爲激烈者，但常誠懇而有禮，蓋因吾人咸爲組織一埃及之高貴偉大的大學及民族

教育之崇高使命及國家所欲付託於大學之科學發現之一致焦慮所感動也。校長閣下，教育次長閣下及余之同僚均甚願許余於委員會之工作中，擔任有效部分；彼等在余之提議上，吸收法國大學組織原則之大部分，而余之意見，俾有一真正大學，此等原則乃不可少者：真正大學即有其本來生命之巨大科學府；使用其一切活動在人類知識之各種領域中爲真實之尋覓；在巨大人衆中取得知識之普及；並對於青年爲職業之預備；職業之公平練習，確保民族生命之幸福的發展。

余離凱羅時，近三月之中，大學會議以輕微修改全體採用此等條例之第一種，即關於教課全職員之服役及教導之條件者。由此條例之使用應爲全部大學組織之基礎之集合的原則。實任教授由政府關係學院之介紹上任命之。除其科學頭銜之緣由外，無人應被任爲教授。關係學院常直接聯合其全職員之招集。此全職員各分子之地位應被保障，以反抗一切專擅罷免，而實任教授由法國字義之，講座之創造，特別取得真正的終身職；彼等在其位置及教課中成爲不可罷免者，由其本身具有正式的及法規的存在也。科學價值及教課全職員之獨立，大學之自治，學院之有效參與組織及教課之運用，凡此者成爲重要原則，影響於由院長委員會籌備之一切條例，並在三月由大學會議部分採用。余以爲自余啓程，大學會議已終結其條例工作，經其議決之規定概由埃及政府批准，而大學能在完全安寧及完滿獨立中進行付託於彼之民族教育及科學研尋也。

法學院院長之我，應向學院發揮余之最直接而最有效的努力。創造大學之法律第一條決定：舊法學校編入新大學中，而成爲埃及大學之法學院。此法學校有悠久而光榮之過去。初爲埃及副王學校，繼爲土耳其皇學校，最後由獨立之承認爲王室學校，該學校在其歷史之各時代有卓越的師長。吾儕博學而遺憾的同僚德斯獨 (Testout) 曾久爲其校長。現代埃及之卓越人才均爲其學生，而其教誨留深刻印象於彼等之精神中。彼等全體均以動人之感激言及其舊師長。學校之最後法國校長爲里昂 (Lyon) 之郎白爾 (Edouard Lambert) 教授，比較法不可否認之師長也。

由於環境，凱羅王室法學校似已少許喪失其科學性；又全部估量其教課之價值及由其所爲之教務，然由其方法及由其教課之組織，能謂該校與大學學院較，更近似初級高等學校，如吾人所知在法國之同類機關也。爲取得碩士學位，科目包容四年之課程。教課投於學生者極繁夥，全體埃及學士，某等固極有學問，然其多數有略形不足之普通教育。因此理由，即許多無關法與政治經濟之教課亦包函於課程細目中，而給於法學校自身。他方面，應用之方法非高級教課之方法。雖有教授之恆久努力，乃學生仍固執要求於記憶者較多要求於推理及自身工作；學生於其應闡誦之頁數度量考試之難易。而強制於學生之課程數目，恰亦如是，列於細目之教材之繁多，特便利此等殘闕習慣。

是故一切在現今應取得之地位，乃改革組織，修正課目，變易方法，俾法學校真成爲法學

院及一最高教課之真正機關。

幸得在法學院余之全體同僚之善良意志及忠實協力，尤幸得副院長賽爺白 (Abd-el-Fattah el Sared Bey) 之精勤及明智的熱心，工作乃容易者。數次交換意見後，同意建立，而改革被應用於經學院會議各員一致議決之草案中。課目經改革及更優良之整理。從此課目專一保持法及政治經濟。於法學院施以普通教育之訓練，乃無益者，因已由大學議會及政府決定；埃及學士於入法學院之前，須在文學院爲一年之補習，以補足其普通教育，其依舊課目之青年僅修習中等教育四年者，亦於入法學院之前留駐文學院兩年。在此等條件中，爲法碩士之課程期間得減至三年仍極有效。其應作目的之教材經長時間之分配。在第一年應更特別研習普通類之法規及法律專門之預備，如法學通論，法之普通歷史，政治經濟，公權力之普通組織，另則法之最易接近部分；財產法及刑法。在第二年，一方面，爲公法及私法主要部分之配置，行政法，另方面，爲契約及債；於此更加民事訴訟，刑事訴訟及國際公法最後在第三年，學生被召集於依照在第二年所研習之普通原則之適用，在法之更專門部分中：則爲人及物之擔保，民法之特別契約，商法，執行方法，國際私法，財政立法，在法學院之亞刺伯會族教授常對余保持最誠摯而最明智的協力，余對之伸謝，卽在彼等之要求上，回教法之教課被分配於第二及第三年間。

吾人亦曾一致承認學生不宜爲過多講課所壓制，應爲自身工作而任其閒暇，加之此等工作爲講演師所指導，講演師將授以良好方法也。以此之故，條例規定在每年中祇有九學期（原文

九與學期兩語必有一係筆誤或誤排，應爲兩學期或九月方合。譯者註）之講課，而每講課至多包容每星期三課，每課一小時也。於此等改革方法並幸得此等改革所感應之精神，適能期待遵循目的之實現：卽利於變爲學院之法學校之惡劣方法之消滅，及法與政治經濟之真正科學的教課之創建也。

改組法碩士班非滿足者。因從此在凱羅存在一巨大大學之完全部分之法學院，十分必要於此建立法及政治經濟之最高教課而以博士學位爲制裁也。

政府，大學會議及學院會議一致承認之。由余提議，學院會議創建一爲一九二五年五月二日命令之規定所直接採用之博士班制度。學院要求最高課程之三憑照之創造：一公法最高課程之憑照，一私法最高課程之憑照及一政治經濟最高課程之憑照。此外學院要求博士學位之授與，爲此等憑照之二之取得，及一論文之提出所確定。類似制度給予一大調和於法及政治經濟之最高教課。應吸引凡已得法碩士而願深研學院所教授之一或數教科者於學院中。

此條例以較熱烈情況經大學會議採用，而教育部長閣下授權立即施行。

協議對於最高課程之憑照之教課用法文授與，並依法國方法，在法學院，原則上至少有具有法國法學院副教授資格之三教授，並配置於合符於最高課程之憑照之各系之首。此等教授確爲系中課程之領導者，與其他法國教授及具有法國法博士學位之埃及教授合作。

五十餘埃及法碩士卽時向博士班註冊，並在莊嚴會場中，在巴夏閣下主席下，埃及社會之

最高名流及外國僑民之出席，一九二六年一月七日埃及大學法學院博士班之教課啓幕矣。在余僚友賽爺白副院長卓越演說後，余宣讀列於此集之首課，即普通社會科學，其目的及其方法之課，並亦及大學之使命及法學院之特別任務焉。

此即應包涵十五課之一般公法講義之初課，盡公布於此小書中。此等課不僅爲在博士班註冊之青年所隨，且亦爲衆多而忠實之公衆所隨，此公衆由高級官吏，法官，教授，律師及智識分子關心於現代法之大問題者所集成也。余當於此伸謝余聽衆之珍貴協助也。

私法系之領導付託於余之博學同僚都魯日 (Toulouse) 教授咧戈兒 (Ricol)，爲講義於契約及債之題材之新學說上，彼亦聚集衆多聽衆也。自三月之初，底雄 (Dijon) 教授賽兒 (Scelle) 來至凱羅，向相同公衆說國際法之大問題。

此最高課程之憑照之教課應由在民事及刑事訴訟，公法，民法上之演講及實習所完足，此則由賽爺白、若尼白 (Abd-el-Salam Zoni Bey) 及發米白 (Mohamed Sadek Fahmi Bey) 教授所指導，三人皆爲法國法學院博士及卓越著述之作者。

在埃及政府付託於余之使命方達於終結之時，即近三月之中，余有光榮而偕同之工作方經實現。由校長主席之院長委員會所籌備之大學組織諸條例已經大學會議分部議決，大學會議會應用重要原則於全部大學組織。此等條例僅待不致遲滯之政府之批准。法學院之教課業依論理的計劃組織或創建，碩士班同於博士班。各種處置劃清轉變的時代。舊法學校確成爲應爲法律

及經濟課程之主動中心之學院矣。

然於余啓行後不幾時，余得悉在余留駐時經法學院及大學會議一致認可，並經教育部長閣下及校長閣下贊成之原則似已被屏棄，或至少暫時排除，不無相當惆悵耳。余得悉一教育部職員未具博士學位者被任爲法學院教授，而任命院長不徵求學院之意見。余並得悉由余提議經法學院及大學會議一致採用之課目業被推翻，特著者，乃置法律叢書之最難題材及第一年生絕對不能了解之契約及債之課程於第一年。余得悉復歸於講義之濫用及曾欲廢除之惡劣方法，因此等方法全要求於學生之記憶而毫不要求於其推理及自身工作也。

余不能信此爲確定方法。縱有此一切，余仍留完滿信賴於埃及大學及法學院中。大學及學院此彼均將完滿充實其生命；吾人有福阿特王殿下及其政府及埃及議會所吸收之卓越思想及崇高理想爲之保證也。

余發表此等公法之課如其經宣讀及由紀錄所哀集者〔法學院秘書處隨員藉大唯（Hassan Saleh Djeddaoui）之紀錄；余極熱烈伸謝之〕。此等課無爲新奇及本原學說之陳述之主張。僅爲經發揮於余之憲法研究之五巨冊中法及國家之學理之簡敍而已。此庶幾便利於凡關心於此等問題而無時間讀巨大著作者。此庶幾特別便利於埃及學生之在博士班者。

尤其此發表爲對埃及大學之尊敬及對余忠實聽衆感激之證驗也。

一九二六年八月一日於保爾多

目錄

首課 社會科學其目的及方法

- 一 何爲大學？……………一
- 二 法學院之職務……………三
- 三 社會科學之目的……………四
- 四 社會事實之定義……………五
- 五 法律類之事實……………七
- 六 社會科學之方法……………八
- 七 社會的理想極則……………九

第二課 法之規範及主觀權利問題

- 一 普通觀察……………一一
- 二 客觀法及主觀權利之區別……………一二
- 三 法……………一三
- 四 法及實行法律……………一六

五	權利上之紛歧學理·····	一八
六	權利觀念應被屏棄·····	二一
第三課	法律制度之要素·····	一一一
一	法律制度之定義·····	一二一
二	規範·····	一二三
三	法律地位·····	一二六
四	客觀法律地位·····	一二八
五	主觀法律地位·····	一二九
第四課	普通法律行為及其要素 多方法律行為·····	二三二
一	法律行為之普通觀念·····	二三三
二	法規行為條件客觀行為及主觀行為·····	三五
三	法律行為乃意志行為·····	三八
四	特定標的在意志行為中·····	四一
五	標的及目的在法律行為中·····	四二
六	多方法律行為契約·····	四三