

法學新思潮

編 續 庫 文 方 東

潮 思 新 學 法

編 主 五 雲 王
五 聖 李

念 年 十 社 雜 東
刊 紀 週 三 誌 方

行 發 館 書 印 務 商

中華民國二十二年十二月初版

(二一七五二)

東方文庫續編 法學新思潮 一冊

每冊定價大洋壹角

外埠酌加運費匯費

版 翻
權 印
所 必
有 究

主 編 者

王 雲
李 聖
上海 河南路 五

發 行 人

王
上海 河南路 五

印 刷 所

商 務
上海 河南路 館

發 行 所

商 務
上海 及各埠 館

法學新思潮

目次

近代公法學之改造……………章淵若（一）

近世法律哲學的派別……………何世楨（三）

平均地權的土地法……………高一涵（七）

近代公法學之改造

章淵若

一 改造公法學之基本概念

(一) 歷來公法學基礎之動搖

歷來公法上有一個傳統的舊觀念，就是侵略的，壓迫的，專制的，認國家權力爲絕對的，命令的，人民應無條件的服從，其基本概念，便已失其平等的精神，包着階級的核心。以前的學者，祇懂用虛無飄渺，不可捉摸的神道，解釋此國家的絕對權力，却未能在客觀的事實上，鞏固其理論的基礎。我們若用科學的方法，將其思

想的內容稍加分解，便如摧枯拉朽，立即毀滅無餘。且此權力，既含有侵略，壓迫，專制的特質，則是國家本體，已帶有濃厚的封建思想。（註一）而這種思想是我們要打倒的；在現代公法學上，絕對不能再讓其有分毫的地位。

蒲丹（Pothier）盧梭（Rousseau）等，曾著書為主權辯護。蒲氏認主權為至高無上的，有獨立的不可侵性。謂沒有高於主權之權力，同時也沒有等於及低於主權之權力。因為有高於牠的權力，則主權將變為臣民而受其支配；有等於牠的權力，則主權勢必分裂而失其獨立精神；有低於牠的權力，則主權難免不受其剝蝕而傷其不可侵的特性。其說固欲擁護主權之理論，但結果，實足以暴露主權之主觀性和封建色彩的弱點。

盧氏之說，較諸前人，自屬進步；以「國民總意」為主權之根據，認主權之所由者，為國民全體；謂國家主權是唯一的，有不可分性，不可讓性，有永久和統一性；

然而此籠統含糊的學說，苟加分析，亦必失其尊嚴。試問「總意」究爲何物？有無具體之表現？在歷史上有何根據？即認有「總意」之存在，而法律是否即爲「總意」？於此皆足以證明其學說之偏於主觀與玄想，而其最大缺點，在雖認國民全體爲主權之主體，但行使此唯一而不可分讓與無期限之主權者，仍爲寡頭的政府。盧氏本意，非不欲根本改造此深入人心的公法思想，可惜他的學理，並沒有切實而客觀的事實基礎，祇是一個玄學的啞謎。自氏而後，不論何公法學者及何種政黨，其學說，其黨綱，皆以氏之理論爲基礎，近世虛偽的代議制度所由生，而公法學之至今猶未能走上科學的康莊大道者，未始非種因於此！

至法國學者O. B. 氏出，乃冒天下之大不韙，否認公法上國家權力之傳統思想，謂「國家主權爲玄學的詭辯，所謂平等，乃欺人之談。」此思想足以使歷來公法學之基礎，根本動搖，蓋國家與民族，兩者之性質不同，一個國家可包含數個

民族。(註二)若認有主權最高，絕對，不可分性，則其他民族將受此握有主權之民族的壓迫，果爾，便造成帝國主義，這顯然有背人類共存共榮之原則，民族自決之精神又一國地方之大，風俗習慣氣候等，不能無異，若必認主權有不可分性，則法律必不能合乎人民之需要，適應地方之特性。這種侵略的，壓迫的，專制的，主觀的，命令主權思想，已大為近代社會演進之怒潮所掀撼；而歷來公法學之基礎，亦根本動搖了！

(二)近代公法學之重要原則——權能分開

歷來公法學上，有一個不能解決的問題，就是政府權與人民權應如何調和。關於這一點，歷來有許多理論；但都沒有完美，所以這個問題至今猶成懸案。

(一)保守派：認政府有絕對權，懷着那種神祕的「公權」(La puissance publique)觀念。

(2) 革命派：見國家主權之非當，養成滅人種族的帝國主義，壓迫平民的治者階級，於是因噎廢食，從而否認政府之存在。

(3) 因循派：此派見政府權力無限制之擴張，實有害人民的自由，亦覺有壓低政府權力之必要，但不知此由政府收回之權，究應交給何人，放在何處！即近代有名的政治學者，如蒲萊斯輩，亦犯同病，至於意大利的慕沙里尼，西班牙的畢維拉，沙蘭的畢爾蘇斯基，蘇俄的共產黨人，索性把政權攫為己有；則更重演古代專制主義的慘劇了！

因此，對這個問題，總不能得有完滿的答復，推其原因，厥為不知將權能分開。若將權能分開，則可儘量發揮政治的功能，可免政府專制的弊害，而這三派理論的缺點，以及實際的危險，都可避免。「註三」第一，在權能分別的原則上，政權應屬於全民，如此可解決第三派無所安放的問題；第二，政府既處於無權的地位，將無

所恃以壓迫人民，而人民却可監督政府，則第二派否認政府存在之因噎廢食的主張，亦大可不必。因為政治的職務，是專門的，所以政府應當有能；人民不必個個有能，政務儘可由有能的政府來辦理；有權的人民，儘有監督之大權，却不必強所不能，牽制政務之進行。第三，政府既然祇有能無權，則政府的功用，祇在專心致志辦理公務，而絕不應假托絕對的命令權，以壓迫有權的人民，如此，第一派那種神祕的絕對的公權觀念的迷夢，也大可覺醒！

(二) 近代公法學之新意義

歷來的學者都迷信了公法學上之絕對主權的觀念，即影響近代民權革命最烈的盧梭亦未能自拔於這一個傳統的玄學的窠臼，他說：『不必問立法為何人之職務？君主是否高於法律？法律是否合乎正義？』蓋法律為國民「總意」之表現，非任何人所可創造，故不必問立法為何人之職務，君主自身之意志亦包括

於「總意」之內，而國民「總意」居一國最高之地位，同時國民總意就是法律，則君主當然不能高於法律，故不必問君主是否高於法律，法律既爲國民「總意」，則無有不合乎正義者，故不必問法律是否合乎正義，因迷信了這個原則，所以皆低首下心的服從牠。這樣死心塌地的迷信法律的權威，與愚夫愚婦崇拜偶像何異？殊不知法律祇是少數領袖和議員的意志；絕不能成爲國民的總意；更不能視爲主權者意志的命令。法律並不是片面的，並不是至高無上的，並不是不可分的；並非絕對合於正義，並非不可非議反抗的。更不是主權者據高臨下，壓迫命令的權力。公法所構成的，並不是主權者與服從者，命令者與服從者的關係；其間毫無不平等的意思。彼此的意志是沒有差別的，任何一方都不能壓迫的。我們要改造社會，實現平等，首應革除這種意志階級性的法律精神！人是社會的動物，須賴社會而共存，不能離社會而獨生。人類之所以服從法律，乃客觀的事實要求，並不

是主觀的命令威迫使然。法律祇是社會的紀律，祇是社會生活的要件。近代公法學之新意義，祇能視為組織，建設公務的法規；其目的祇在保障公務之進行；然在保障公務進行之時，又有約束政府官員的力量！所以，無論是統治者與被治者，都是同等的要受公法的約束；非但人民有服從的義務，政府亦有遵守的必要。政府本來不能有權；政府祇有管理國家公事的職務；政府要履行之，它對人民應盡的職務，才能得着法律的保障。這是近代公法學的新意義；明白了這一層新意義，才能進而建設近代公法學的新基礎！

（四）近代公法學之新基礎

祇是我們要確立近代公法學的基礎，對於政治的意義，須有一個徹底的認識，歷來公法學者，皆沒有能夠認清政府之目的。他們的學理，不是偏重於精神，便是偏重於物質，最大的遺憾，是未能認清目的與方法之分別。所以歷來的政治，因

爲一般大政治家，錯認了方法爲目的，祇是在隔靴搔癢，從未實現政治的真諦，偏重於精神，則難於收效，而容易使社會流入紊亂的狀態；偏重於物質，則社會難免機械化，而且容易形成冷酷的狀態。常人之見，以爲國家的職務祇是頒布法律，辦理警務，組織軍隊，但不知此等事項，僅爲實現國家目的之手段。

德國學者白崙智里討論此問題較爲詳盡，謂國家目的有五：

(一) 發展國家勢力，氏釋此爲保護國家之方法，非本來之目的，然而置方法與目的并論，究非允當。

(二) 從事經濟的發展

(三) 發揚國家文化。

(四) 保障公私自由。

(五) 對私人利益應盡間接義務。

其學說不無改良。然而明知發展國家勢力爲保護國家之方法，而又故與國家之目的并論，誠不能使人無憾。

無政府主義者克魯泡特金 (Kropotkin) 所著麵包掠取 (La Conquete de Pain) 一書內，謂國家之目的在解決人民衣食住的問題，他的答案，固然比較的爲具體，但又太偏重物質，忽視精神，這也不能使我們滿意。要知國家之文化，民族之保養，民生之滿足，豈單單解決衣食住三問題，就算盡其能事。物質之慾望，固須謀充分的滿足；精神的要求，亦不可無相當的安慰。我們若要完成政府之目的，實須求人民衣，食，住，行，育，樂六大慾望之滿足。

從前的公法學者，因爲錯認了政府的方法爲終極的目的，所以都把權力爲基礎，對政治意義之解釋，不外兩種消極的職務，對外保護領土，對內維持秩序政府之目的，便如何在如何運用此權力以實現此消極的職務。結果，對外由保護領土而

侵略外國土地，壓迫弱小民族；對內由維持秩序，而專以命令主權，壓迫被治階級。

自經濟革命後，社會組織，生活內容，皆爲之一變，而政府之性質，亦將由管人的政府變爲理事的政府。故邇來學者，受權力說之反應，社會生活之改變，乃倡政府職務說，以公務爲公法學之基礎，狄域氏謂，公務應職業化（*industrialisation des services publiques*），使國家之公務，由政府實現起來，此與中山先生政府有能之理論，似相一貫。其說最大之功用，在打倒歷來政府官僚化之積弊。故政府之職責，在將複雜的公務，分門別類，使有系統的組織，以求順利的進行。公法之作用，公法之意義，僅爲政府對於其所應盡的職務的承認；並非命令權力的獲得！政府已不是人民之主權者，祇是公務之管理者。這是研究近代公法學改造者，應具的基本新觀念！

二 代議制度之改造

(一) 代議制度理論上之缺點

一、國家機關說。此說之動機，在避免前人虛擬之意志代表說，以議會爲國家之機關，在國家權力分立之理論的基礎，議會爲必然的獨立機關，其職權直接受諸憲法，并非受諸任何權利主體。如此，則議員與選民完全脫離關係，而議會之行動，不必與選民之意見一致果爾，則與民主的精神，法理之原則，似有未能全合之處。

二、命令式的委託說。此說承認議員與選民之間有一種私法上之委託關係，議員在議會中之一切行爲，皆須根據其本選舉區選民之訓示，不得憑一己之思想，自由行動。然證諸事實，則有未然。各國法律之規定，并不承認議員與選民之間

有純類於私法之委托關係；其行動不必全以其選民之訓示爲轉移。即求之於理論，亦有未當。議員與選民間，當不能同私法上之委托關係混視。蓋議員之所以當選，當然有其才能識見；非普通選民可比。若凡事皆須受選民之訓示而行，則失其制度之實益；且每事皆請命於選民，又爲事實上所不許。

三、代表式的委托說。近代國家之憲法，大都默認此說；且有以明文規定之者。其說否認議員與其本選舉區之選民有私法上之委托關係；而認議會之意志與全體人民之意志一致。然其缺點，又回到玄虛之意志代表說。蓋所謂代表，當然代表國人之意志；而意志之爲物，實爲抽象而不可捉摸的東西。此爲本學說之遺憾。

（二）職業代表主義亦有缺點

歷來代議制度，皆以地域爲基礎，以省縣等爲選舉團之本位。但近來許多公法學者及政治家，多反對此制；倡職業代表制，以職業團體作爲選舉團之單位。倡