

政 法 美 著

憲 法 學 原 理

歐 何
宗 作
結 霖
譯

商 務 印 書 館 發 行

貴州
中文

J
614-7
1

政 法 叢 書

日本美濃部達吉原著
歐宗祐 何作霖譯述

憲 法 學 原 理

商務印書館發行

民國二十一年一月二十九日
 敝公司突遭國難總務處印刷
 所編譯所書棧房均被炸燬附
 設之涵芬樓東方圖書館尙公
 小學亦遭殃及盡付焚如三十
 五載之經營墮於一旦迭蒙
 各界慰問督望速圖恢復詞意
 懇摯銜感何窮敝館雖處境艱
 困不敢不勉爲其難因將需要
 較切各書先行覆印其他各書
 亦將次第出版惟是圖版裝製
 不能盡如原式事勢所限想荷
 鑒原謹布下忱統祈垂督
 上海商務印書館謹啓

版 權 所 有 翻 印 必 究

中華民國十四年八月初版
 民國二十二年國難後第一版
 五月印行

(二九五〇)

政法叢書
憲法學原理

每冊定價大洋壹角貳分

外埠酌加運費匯費

4.00

原著者

美濃部 達吉
 美濃部 達吉

譯述者

歐何 宗霖
 歐何 宗霖

發行兼
 印刷者

上海河南路
 商務印書館

發行所

上海及各埠
 商務印書館

憲法學原理目錄

第一章 法……………一

第一節 法的本質……………一

一 法之實質的要素……………一

二 法之心理的基礎……………一〇

三 法之目的的要素……………一四

四 法的觀念……………一七

五 法與事實法的觀察與事實的觀察……………一七

六 法與國家的關係，國法及國際法……………二二

第二節 法學的任務和研究方法……………三一

一 法學任務上之法的發見，法的淵源……………三一

二 法學任務上之法的說明，法學的觀念和擬制……………三六

第二節 法學之基本觀念……………三八

一 法學中之意思的觀念……………三八

二 團體意思及機關意思.....	四一
三 代表和代理關係.....	四三
四 法學中之利益觀念.....	四七
五 權利和義務的觀念.....	四八
六 法律上的人格者.....	五〇
第二章 國家.....	五一
第一節 國家的本質.....	五一
一 問題的意義.....	五二
二 國家的要素.....	五九
三 關於國家本質的學說.....	六二
四 國家是一個團體.....	七一
五 團體觀之國家的特質.....	八一
六 國家存在之必要.....	八五
第二節 國家存立的起源.....	八五

一 學說的大要	八五
二 國家成立的基礎	九二
第二節 國家之目的	九三
一 學說的大要	九三
二 現代國家的目的之範圍	九六
第四節 法律的觀念中之國家	九九
一 依法律學上的觀察點國家爲一法人	九九
二 對於國家法人說之反對及其批評	一〇六
第五節 國家之國際的結合	一一五
一 概說	一一五
二 國際的國家結合之種類	一一六
第三章 國權統治權和主權	一二四
第一節 國權的性質	一二四
一 國權的最高性	一二五

二 國權的不可分性.....一二九

三 國權的永久性.....一三三

第二節 國家的統治權.....一三五

一 國家的權利.....一三五

二 統治權的性質.....一四〇

第二節 主權的觀念.....一四八

一 主權說之沿革.....一四八

二 主權的觀念.....一五五

第四節 最高性是國家的要素嗎.....一五八

一 聯邦中之主權問題.....一五九

二 其他所謂非主權國.....一六五

第四章 國家的組織.....一六七

第一節 國家的機關.....一六七

一 國家機關的性質.....一六七

二 國家機關的種類.....一七四

第二節 國家組織的種類.....一八〇

一 概說.....一八〇

二 君主政體.....一八七

三 民主政體.....一九一

四 聯邦制.....一九四

五 國家內的統治團體之組織.....一九七

六 國體及政體的觀念.....一九八

第五章 立憲政體.....二〇二

第一節 立憲政體的發達.....二〇三

一 英國代議制度的發達.....二〇四

二 美國獨立及法國大革命.....二〇八

三 十九世紀前半期歐洲諸國之政治的改造.....二一一

四 十九世紀後半期立憲制度的普及.....二一四

五 二十世紀立憲政治的趨勢……………二一八

第二節 立憲政體的基本思潮——(一)國民的自治……………二二三

一 國民主權說……………二二四

二 代議制度……………二二七

三 對於代議制度的非難……………二三〇

四 代議制度之政治的價值……………二三五

五 國民的政府……………二三八

六 直接民政主義……………二三九

第二節 立憲政體的基本思潮——(二)自由主義……………二四五

一 自由平等說的來由……………二四六

二 關於人民的自由之憲法上的保障……………二四八

三 三權分立主義……………二五四

四 自由思想的變遷……………二五九

第四節 立憲政體之各種形式……………二六二

一	直接民主主義的立憲政體	二六三
二	三權分立主義的立憲政體	二六五
三	議院主義的立憲政體	二六八
四	官僚主義的立憲政體	二六九
第六章 憲法 ……………二七一		
第一節 成文憲法主義 ……………二七二		
一	成文憲法主義的淵源	二七三
二	成文憲法主義的發達	二七六
三	成文憲法之國法上的意義憲法制定權的思想	二七八
四	成文憲法之制定	二八三
五	成文憲法的修正，剛性憲法的觀念	二八八
六	成文憲法的內容	二九四
七	成文憲法的維持	二九五
第二節 憲法學 ……………二九九		

一 憲法學在法學上的地位·····	二〇〇
二 憲法學的研究方法·····	二〇五
三 憲法學參考書·····	二一〇

0893

國立貴州圖書館 惠存

貴州省合作社致贈

民國三十一年一月



美濃部博士是日本東京帝國大學行政法講座教授，素為日本行政法學界之有權威的大家。他在七八年前曾代表當時的日本新思想家和同僚之代表天皇神聖說派的上杉慎吉博士，打了一年多的筆墨官司，爭論天皇是日本國底機關，不是日本國底主體，筆戰底最後結果，却是他得了勝利，所以美濃部博士之名，也漸漸傳遍日本。美濃部博士除開十餘年前曾著了日本國法學和憲法講話，兩部不完全的書外，關於憲法學全體許久並無整個的著作，一直到一九二〇年他纔公表這本日本憲法第一卷。據他底自序，全書共分六編，第一編憲法學之基礎概念，第二編日本憲法總論，第三編天皇，第四編帝國議會，第五編法令條約及預算，第六編行政，司法及軍隊，每編各為一卷，第一編就是第一卷。其他各編尙未公表。

這第一卷是專說憲法學之基礎概念的全卷，可以獨立地成一本書，所以我不妨單把他提出來介紹。第一卷共分六章，其內容大略如下：

第一章說法。第一節說法之本質，主張法是關於行社會生活的人類相互間之意思交涉的，不可破的規律，其目的在滿足人類之價值，感情，即一切有形無形的利益，其存在根據在社會心意，即社會對於法之意識，並主張法是可以先於國家而成立的，所以法有國際法、國法和國家內小社會之法三種。總之，大體上，是主張社會目的法說的。第二節說法學之任務及研究方法，謂法學有二種相異的任務：一為法之發見，一為法之說明；任務不同，所以研究方法，亦不能相同；在第一種任務之時，應不拘拘於條文，而行自由的解釋，在第二種任務之時，不應

過重觀念而陷於觀念法學之弊。第三節說法學上種種基本觀念如意思，團體意思，代表，利益，權利，義務，及人格者等。

第二章說國家。第一節說國家之本質，主張國家是一種團體。第二節說國家之起源，在事實上的實力之支配及法律上的國民心理之認識。第三節說國家之目的，謂現代國家之目的有四：（一）自存之目的；（二）治安之目的；（三）法政（法律關係之維持保護）之目的；（四）文化之目的。第四節說法律觀念上之國家。第五節說國家之國際的結合。

第三章說國權，統治權及主張，關於三者之區別，性質及從來各學者之爭論，論得很詳。

第四章說國家之組織，詳細討論國體，或政體之種類。

第五章說立憲政體，在本書中最高為出色。第一節說立憲政體之發達。第二節說立憲政體之本思潮（一）國民自治；討論代議制度，直接制度，及折衷制度之由來及特色。第三節說立憲政體之基本思潮（二）自由主義；詳說自由平等說之由來，政制上之自由平等，權力分立主義，及自由思想之變遷等。第四節說立憲政體之各種樣式，主張分為（一）直接民主主義之立憲政體，（二）權力分立主義之立憲政體，（三）議院主義之立憲政體，（四）官僚主義之立憲政體四者。此章材料之豐富，議論之持中，及見解之透澈等，不但現在的日本的憲法書中沒有可和他匹配的，就是葉思曼之比較憲法學前卷，恐怕也要退讓一步罷。

第六章說憲法。第一節說成文憲法主義，述說成文憲法之淵源，發達，意義，及其制定修正等；第二節說憲法

以上是本書底組織和內容之大略，現在想進一步批評全書底價值，依我個人的意見，以為本書有兩種長處：(一)是原理的研究，(二)是及時的研究。

什麼叫做原理的研究，這個問題本來不易說明，我去年曾在我底憲法原理講義編著大意上說及此事，現在姑且把他摘錄於左，以代說明：

「……原理的研究者，針對注釋的研究，歷史的研究，應用的研究，及比較的研究等之部分的研究而言，蓋綜合此種特殊的部分的研究之全部而成一有統系的全體之研究之謂也。凡科學皆有原理的研究與部分的研究之分，前者必為後者之基礎，亦為一般科學之通理，而於各種法學尤然。無論何種法學，大凡同一之對象，若分而研究之，至少必可分為四種研究：(一)為一定立法例之注釋的研究，(二)為同時異地各種立法例之比較的研究，(三)為異時異地或同地各種立法例之歷史的研究，(四)為其對象在法律現象中乃至一切現象中之地位及其本質若何之哲學的研究。欲了解同一對象之真相，必非偏恃四種研究中之一種而可滿足，亦猶欲窺立體物之真相，非可僅以其平面的觀察為已足也，故必綜合此四種研究之全部而為全體的原理的研究而後可……」

照上述意思，來觀察各國學者關於憲法之著作，在我個人的淺識範圍內，似乎祇有四部書够得上是原理的研究，(一)是葉思曼底比較憲法學 (A. Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et*

Comparé), (二)是葉里泥克底近代國法學第一卷一般國家學 (G. Jellinek, Das Recht des modernen Staates, Band I, Allgemeine Staatslehre), (三)是狄驥底憲法學 (L. Duguit, Traité de Droit Constitutionnel), (四)就是本書。這四部書雖然各有許多特色,然而在大體上看來,都是注重原理的研究的,所以比較地能將憲法學之真相發露無遺。

上面四部書,雖然都有原理的研究之長處,然而在及時的 (up-to-date) 一點,却不能不讓美濃部獨步。狄驥雖亦在戰後將他底書二冊改爲三冊,於一九二一年發行第一冊,然而究竟是改訂的,不比美濃部底書是全部新做的。因爲此書是及時的,所以關於新近發生的憲法事實,如蘇俄一九一八年之人權宣言,一九一九年德國憲法上關於社會生活的主義之宣言,各國公民投票制及國際聯盟等,俱有相當的解釋和批評。

但是依我看來,本書似乎也有兩種缺憾:(一)是許多地方過於簡略,尤其是關於述說他人學說之處爲然。本來此書依他序言說,是供憲法學界之參考的,所以往往有只顧述說自己的獨特主張之傾向,在著者方面,或許以爲凡是通常的學說,就不載入本書,也是可以的,然而在讀者方面,却不能不有美中不足之感。(二)是有一些主張似乎有過於偏頗之嫌,譬如主張聯邦國內之分國不是國家,或主張政體就是國體等等,我總覺得還不能完全同感。不過凡人都是有獨特的個性的,其著作當然也各有特性,例如葉思曼之主張國民主權說,狄驥之主張事實國家說,在多數人看來,彷彿很不妥當,然而他兩人却持之甚堅,便是一個證據,所以本書雖有上述兩種缺憾,然而並不因此失其爲憲法參考書中之良書之一。

譯者之言

△本書乃美濃部達吉博士的大著日本憲法之第一編，原名憲法學之基礎觀念。其內容爲學理的且爲及時的研究，陳惺農教授許爲能與葉思曼的比較憲法學，葉里泥克的一般國家學（近代國法學的第一卷）及狄驥的憲法學數名著相伯仲。譯者又因其可以獨立成書，故亟譯之且改今名以饜讀者。

△原書中有許多地方用小體字低二格排印的，乃著者對於某事件或某學說之連帶的，更詳細的說明或引證，譯者當時爲書寫上便利起見，未曾將字體小寫，然又恐與本文相混，故隨意於此等地方上面加一個註字，以示區別。本打算於排印時改正的，不圖於排印的時候又忘記了。這是譯者對於原著者及讀者要請求原諒的。

△原書有一二處似與事實不符，譯者根據事實，於此等地方加以按語。

△譯者之翻譯此書，完全由我們的教授陳惺農先生介紹該書的文章所鼓動。（北大社會科學季刊一卷二號），本擬譯成之後，請陳先生作一篇序，現陳先生遊歐未返，譯者不避冒昧，竟將陳先生介紹原書的大文權作本書的序。一來因爲這篇文章對於原書介紹周詳，批評得當，讀本書者先讀此文，則本書之內容組織特點價值……可以一目了然，增強讀本書的興趣；二來因爲陳先生是我們的教授，對於我們這次的「不問自處」諒不深責的。

△本書之能成功，深賴我們的教授陶孟和和高一涵錢稻孫諸先生之助，這是譯者所最感激不忘的。

憲法學原理

十四、五、十六

歐宗祐
何作霖
於上海

CC851

憲法學原理

第一章 法

第一節 法的本質

詳論法的本質，乃法律哲學的任務，非本書所研究的範圍。但憲法學乃法律學的一部，而特別為研究國法全部之根本法的科學，故其研究的基礎，第一須明法的本質；又對於法學上諸種基本觀念，必須明確了解。歷來這種研究，大都僅由私法學者行之，於論民法的書中，開首即加以說明，此事成為常例；至於在憲法學的書裏面，差不多沒有人論到這一點；這是受羅馬法的影響，使法律學差不多都成為私法學，這是我們不應該做做的。本章先從這些地方，簡單的說明我的見解，以明本書的立腳點。

一 法之實質的要素

法者，僅就其實質而言，可以說是社會生活中人類相互間意思交涉之不可破的規律。

(二) 法乃隨社會生活而存在；即以社會生活的存立，為其存在的要件。一個人漂流於孤島之上，過魯濱孫的生活，則其人得隨其所欲，無論作那種事情，都絕對自由，法律固無存在之餘地。若多數人為相互交涉的生活，

而個人的行爲，在精神上或物質上影響於他人時，其相互間，始要設定一種關於意思作用的規律，使各人遵守之。多數人相互有精神上及物質上交涉的生活，即爲社會生活；一有社會生活，就不能不有法律的存在。

(二) 法乃人類相互間意思交涉的規律。詳言之，法乃是支配人類意思的作用，於意思作用影響於他人的限度內，示其應向之標準。普通對於法所下的定義——如曰：法者，人類行爲的準則；法者乃共同生活的軌範等——其用語雖有不精確之嫌，然亦略可表明同樣的意味。

法於規律意思作用，有種種方法。故法的規律，又可分爲許多種。其中重要的，有下列三種：(甲)限制的規律和能力的規律；(乙)抽象的規律和具體的規律；(丙)他律的規律和自律的規律。

(甲)於法的規律中，第一須分爲限制的規律與能力的規律。

所謂限制的規律，即限制人的意思作用，定其界限，指定某事當爲，某事不可爲之謂。由此而生者，常爲意思的拘束，而義務就是他的結果。或有應爲某事的義務（作爲義務），或有不應爲某事的義務，即禁止（不作爲義務），或有忍從他人之所爲而不可抵抗的義務（忍受義務）。無論如何，其規律的本質，常爲命令或禁止；即規定 *Gollen*（法的義務）者是也。違反他，則法律認爲非行，即違法的行爲。

所謂能力的規律，即就於人類意思的作用，給與或否定人類天然所無之某種力的規律。人類一切意思的作用，雖則本來爲天然所賦有的力，而非由他人所給與；然人的意思作用之可以對抗他人，而有規律他人之力，並非天然的力，乃是由法律給與的力。例如，選舉人赴投票所投票，若單把他當作事實看，僅謂之步行至投票所，

寫字於紙上，投入票匣中。僅此，不過爲天然的自由；而依此投票而定國會議員，乃法的規律的結果，依法然後付與以此力，得多數選舉票的人，即得國會議員的地位；當國會議員的，得參與國會之議決；國會議員的事情，有爲國家法律的效力；凡此皆非天然的自由，乃是由法給與的力。依此種法的規律之結果，然後得到的力，謂之法的能力。關於法的能力的規律，謂之能力的規律。其規律的本質，常爲付與以特定的力，即規定 *Können*（法的能力）者是也。違反他，即是反對這種力。通常稱爲無效的行爲，即不外是因爲違反能力的規律，不能發生所定的力的行爲。限制的規律與能力的規律，有明白的加以區別之必要。例如，有一定資格的人，方有選舉權；有選舉權者，欲行使其權利，須被登錄於選舉人名簿內，爲使其投票有效起見，選舉人須親自於規定的選舉票上，依法填寫，投於票匣內之類。凡此，都是能力的規律。其內容就是參加選舉議員的能力之被給與與否的規律。若違反之，則所投之票爲無效，參加選舉的能力不發生。反之，如所謂選舉人不可不憑自己的良心而投票，所謂選舉人無正當的理由，不得放棄選舉權，即爲限制的規律。其內容乃是命令及禁止。禁止一切賄賂及其他不正當的行爲，而命令人須正當的投票。若違反之，受他人的賄賂而投票，並濫行放棄選舉權，則認爲非法的行爲，須受處罰。投票之有效無效的問題，與此事沒有關係。又，例如所謂不能賣買貴族之世襲的財產，乃是能力的規律，而非限制的規律。蓋非以這種賣買爲非法行爲而禁止之，乃是使之不發生賣買的效力——即法之能力的否定。所謂禁止賣買妨害公安的出版物，乃是限制的規律，而非能力的規律。蓋以此種發賣爲非法行爲而禁止之，並不是認此種賣買爲無效——即對於自然的自由之限制。

在以上二種規律的中間，有一種放任各人之天然的自由，而無何種法的規律的區域。在這個範圍內，各人均得隨其所欲而活動，法律不加限制，亦不與以何等的力。這個乃是與法律無關係的範圍，各人享有其自然的自由。限制的規律，規定法的義務（Sollen）；能力的規律，規定法的能力（Können）；而於無規律的範圍內，則一任自然的自由（Dulden）。如各人任意揀擇住所，任意經營職業，任意發表言論，任意散步，飲食，讀書，睡眠等，即屬此例。法律並不禁止之，又不承認有對抗他人的力，但把他作為與法沒有關係的事情，而容許之。

(乙) 第二法的規律，應分為抽象的規律，與具體的規律。

所謂抽象的規律，含有一般的法則之意味，可適用於非預先限定之多數不定的場合。所謂具體的規律，含有關於預先限定單個的具體的場合的規律之意味。法律通常的形式，總是抽象的規律。同一之法律，普通適用於多數不定的場合。然因此，所謂法者，就常常有解作一般抽象的法則的傾向。然而這決不是正當的見解。

一般抽象的法則，類多自身尙未完全實現法的力量。因為法乃是意思的規律，所以欲完全具有法的力量，必不可不現實的具有規律人的意思之力量。然因抽象的規律，可以適用於將來發生之多數不定的場合；故其所定的內容，於某種程度內，是概括的；而足以現實的規律各種情形之精確性，則多缺乏。於此種情形之中，為使之完全實現法的力量起見，必須使之適用於具體的情形中，對於各個事件，加以規定。這可以叫做法的具體化。例如所謂「不得殺人」的一般禁止的規律，不待特別的具體化，僅此即足以現實的規律各人。然所謂「殺人者處死刑，及處以無期徒刑，或三年以上之懲役」的規律，僅此仍不足以現實的規律各種的情形。為規律各種情

形起見，不可不更依裁判判決，使之具體化，決定某人殺人，故處以某種刑罰。如此始定立具體的法律。又如憲法上規定，「日本臣民，依法律，有繳納租稅的義務。」這不過是抽象的根本法，仍未現實的實現法的力量。根據此根本法，然的依所得稅法，營業稅法等種種的法律，而定各種租稅；更根據此等租稅法，令各人負納稅之義務；如是，關於納稅的規律，方始完成。憲法，刑法，租稅法等，本來都是規定法的；同時，裁判判決及行政行為（課稅行為）亦是一樣的為規定法的行為：一是定抽象的規律，一是定具體的規律，祇有這點差別而已。

不獨如此，依情形的不同，抽象的規律，從始即完全沒有存在，而只有那直接規定具體情形的規律的也有；或因抽象的規律，不能一點沒有變動而適用於具體的情形，對於特定的情形，定立例外的規律的也有。本來社會生活上的現象，通常為略定的模型，所以凡可適用於普通的模型之時，則對於各個具體情形，沒有個別的規定之必要，而可拿適用於一切的抽象的標準以規律之。故法通常雖以抽象的規律的形式而定，然此非法之必然的性質。社會生活上的現象，雖可以說多數是成為類型的，然有時發生與類型完全分離之特異的生活現象，致使對於單個的具體的場合，不能不有特別規定的也有。例如，於新創設共和政體時，限於第一次大總統，不行正式選舉，而規定以某某特定之人為大總統；於戰爭時，為避免行總選舉的煩重手續起見，依戰時特別法，規定延長現時在任的議員的任期；於依官制的改正而減少官廳職員的時候，規定現時在任的職員，雖然超過定額，而仍得繼續在任；這些規定，雖然都是對於具體的場合的規定。然而在他同為一種法的見地看起來，與抽象的規定，其性質一點沒有差異。

此外，例如普通適用於一般商業公司的商法中之公司章的規定，與僅適用於單個公司的法——如日本銀行法、橫濱正金銀行法、南滿洲鐵路公司法——皆同為法律。又如普通適用於一切營業之營業稅法，和那種僅課稅於日本銀行之日本銀行發稅法，亦皆同為法律。

再總括以上所述，法的規律，可分為左列三種：

第一種，是抽象的規律之自身，完全有法的力量，對於各個事件，不必特別具體的規定。這種大都僅可於禁止的規律中見之。如所謂不可殺人，即屬此例。

第二種，是僅有抽象的規律，仍不能完全發現法的力量。為完成此種力量起見，須對於各個事件，為具體的規定，以補充之。法的大部分，屬於此例。這種抽象規律的本身，為不完整的法，必有待於具體化的司法判決，行政行為，及法律行為，而後始成為完整的法。

第三種，是沒有抽象的規律，而直接規定具體事件的規律。大都於例外的社會現象中，具有此例。

(丙)於法的規律中，又可依被規律的人，服從自己定的，或服從他人所定的規律，而分為自律法與他律法。

自從英國所謂分析法學派——尤其是奧斯庭——解釋法的本質，主張法為主權者的命令以來，其思想於今日法學上，發生很大的影響。雖然，此種主張，不獨有忽視法的實質，而單就法之成立的淵源上觀察的缺點，即從法的淵源上說，以法常為他律的，亦含有重大的錯誤。所謂法為主權者的命令，乃以有命令權的人，與服從其命令的人之對立為前提，把法解作由有命令權者向服從者規定的東西。然而法不一定是以有命令權者和

服從者的對立爲前提的，又不一定是由有命令權者向服從者而規定的。就中國際法乃是對於各國相互關係的規律。於各國間，本來沒有立於其上之命令者。就國內法而論，國家的統治組織（尤其是爲最高統治權者的組織）由法而定，此爲國家成立的要件；而此種根本法，並不能說是無論於何種意義中，均爲主權者的命令（主權者既定之後，始有主權者的命令。不是主權者的人，怎樣能使自己爲主權者呢？）而且於國家既成立之後，國家之制定法律，不是單單規律國民，同時亦規律國家自身的行爲——即爲國家之自律的規律。這點雖特別在憲法上最爲明顯，然不僅憲法是如此，即其他無論何種法律，亦莫不是國家一方面因規律國民的行爲而規定之，又於他方面要求國家自身將來須依此法律而行動的。又私人間的關係，私人依自己自由意思的契約，或其他的法律行爲，對於他人獲得某種權利，或擔負某種義務（即私人自己定立自己應守之法），這些皆不外是私人自律的規律罷了。

（二）法乃是不可破的規律。此點即爲法與社會上其他規律區別的所在。於社會生活中，規律人類的思想者，不僅是法；道德、宗教、風俗及習慣，關於這一點，與法有共通的性質。法與道德、宗教、風俗及習慣等所以不同的地方，在於法要求必須遵守這一點。

從來的學者，往往以強制與否，爲法與道德之區別的標準。然而（一）強制並非爲所有的法之必然的要素。國際法立於國家之上，而無支配國家的權力。於國際司法裁判制度未發達的現在，除訴之於戰爭外，沒有強制的途徑。憲法亦大部分爲國中最高機關的權限的規律。因爲沒有權力足以支配最高機關，所以強制不能完全

施行。然而國際法和憲法皆一樣的具有法的性質，那是不用說的。(二)法的強制力多數是不完全的，不能以此完全的期望法之實現。對於違法的制裁，定立罰則，即以不能期待法之完全實現爲前提。雖無論設怎樣嚴重刑罰的規定，欲使沒有人違法，到底是難以期望的。雖於強制執行的時候，依其執行而實現者，非與法之所要求的完全同一。即強制執行所以發生必要，常爲法的要求不能實現之結果，而其執行的結果，即使完全達到了目的，至少在時期上，已不免比法之所要求的較爲遲緩了。

有些學者不以強制爲法的要素，而以依據社會力擔保實現爲法之要素，(尤其是 Jellinek, Allgemeine Staatslehre 3 A. 2. 337) 強制僅爲其擔保之一種。此說雖比以強制力爲要件之說，確實更進一步；然而不能說他爲完全說明法之本質。依社會力之實現的擔保，對於法亦甚不完全。無論在何種社會裏面，不但是不能使違法者絕跡，而一方面又可以說：道德亦於某種程度內依賴社會力而擔保其實現。爲甚麼呢？因爲在健全的社會中，凡蹂躪道德過甚者，必受社會的制裁。因而依社會之力，於某程度內，可以使道德實現。

所謂強制，所謂擔保，皆非法之自身的本質，而是附屬於法之另一附加物。所謂不可殺人，是一種規定；所謂殺人者處死刑，又是另一種的規定。前者依後者而擔保其實現。然此二者，彼此是兩件東西，不能謂其中之任一，爲其他一個之本質。以強制或擔保說明法之特質，其根本的錯誤，即在這一點。法與道德之性質上的區別，不能於如此的外部的附加物中求之，而須於規律本身的性質中求之。

依我所見，法與道德及其他規律所不同的地方，就是：法的規律，乃要求各人必須遵守，道德及其他的規律，

則遵守與否，一任各人的自由意思。道德是相對的，其所要求者，不過是說：希望如此；或如此方可而已。他不是強要，乃是訓戒。法則爲絕對的，他所要求的是應當如此；非如此不可。他不是訓戒，祇是強要。道德以善惡爲標準，遵守之則爲善，此爲其規律的本質；他是訴於人的良心和理智的。法是超絕善惡的界限，要求人絕對遵守，此爲其規律的本質。其所訴者，不在理智，而專在於意思。史達姆拉氏說明法之性質，謂法與其他的規律的區別，在於法是強要的規律（Unverletzber Selbstherrlich verbindendes Wollen），不問服從法者承認與否，一定要自主的要求實現。這種說法，與我所主張者同一意趣。法雖則本來是變遷發達的東西，然於其不變更之時，不問各人之自願與否，均須依從，而不許破壞，這就是法的規律與其他規律所差異的特質。這並非說法在事實上常能完全實現的。不用說，法之完全的實現，未必一定可以期待，實際上難免有破法違法的人；然此乃由於法的不完全和社會或個人的不完全所生之不得已的結果，與法律之所要求者正相反。所謂「法乃不可破的規律」僅含有「法於本質上要求各人應該遵守」的意味。實際上，有違反的人，與法的性質無礙。不過至少社會對於違法者要認他爲不法。

學者往往認法有強要法及任意法的區別，與以上的說明，並沒有矛盾。所謂任意法的觀念，僅可於私法中認識之。在私法上，原則上允許以各人自由意思的法律行爲，彼此相互間訂立法則（所謂私法上的自治）。即對於我們相互間之私法關係，我們各人於原則上，自處於立法者的地位。唯於各人沒有別種意思表示的時候，不能不特別求一種「甚麼是法」的標準。因此，國家就規定可以作爲他之標準的法。所謂任意法，就是說這一種。

故所謂任意法，絕不是可以任意破壞的法，不過是含有法律行為的補充法之性質而已，若果以法律行為來定法，則必要依那種法；若以法律行為，非為別種的規定，則必要依那為一般的標準而規定的法。無論如何，如果應該遵守的法，既經規定，則必須遵守，不得任意破壞。

二 法之心理的基礎

因為法是社會上人類意思的規律，所以法必不可不具有支配社會上人類的意思，及至少要使人類遵守的力量。然人類意思的作用，常直接為理智與感情等之心理的作用所支配，故法既然以支配意思為本質，則法於人類心理上，不可不有其成立的基礎。詳言之，社會上人人都認識他為不可不遵守的規律，然後始有支配人的意思的規律的力量。即社會一般人的認識，為法的力量發生之根據。這個可稱為社會之法的意識。（以社會的認識為法之存立的根據，此說伯靈氏 Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I, Juristische Prinzipienlehre I. 書中論之特詳，現在已成立為一般的通說。普通把此說稱為 Anerkennungstheorie. 所謂法的意識，不外為不可破的規律的意識。法基於此種意識，而具有法的力量。

法的意識，就是社會的意識。所謂社會的意識，並不是社會上人人都有同一的意識，而絕無一人例外之謂。十七八世紀之自然法學者的見解，偏於以各個人為獨立的個體而行觀察，無論關於法的基礎，或關於國家的起源，均以之為獨立個體的各個人之意思的集合，以為國家是依各個人間的契約而成立的，以為法也是依全體國民的總意 (volonté générale, volonté de tous) 成立的。而所謂總意，即解作各個人的意思的集合。現

在的學者大概都對於僅以社會中爲獨立的個體的觀察認爲錯誤，承認社會上的人彼此以無限制的種種關係而結合，其心理的作用，常依環境而受支配；理智、感情和意思都不是各個人獨立的，均須依社會的勢力而受影響。所謂法之根據存於社會的意識，亦絕不是含有爲獨立的個體之各個人的意思的集合之意，乃含有法是依社會力爲成立的根據之意。

這樣的社會意識，因何發生呢？舉其原因，大體可分爲三類：

第一，人類有不得不服從一定權威之意識。這可以稱爲人類的權威意識。從反面看起來，又可稱爲服從意識。服從意識之發生，又有種種的原因；其最有力者，可先舉事實上的威力。事實上，力弱者服從有強大威力的人，這是不用說的。法之成立的根據，第一即存於此點。許多學者解法爲強者的力（Machttheorie），常常把法僅看作威力的產物。然而事實上的威力，不過是服從意識發生的一個原因，並非其原因的全部。而且僅恃威力，並不能在任何地方都能發生法律，必須社會意識認爲權威之後，法律始能發生。單純事實上的威力，是強盜的威力，是暴力的脅迫。這種威力要想成爲法律，必定要另外有所加益，所加益者是什麼呢？就是社會的意識。強者並不是因爲強的原故，當然得到制法權，必須使社會認識他爲強者之後，方能成爲立法者。於事實上的威力之外，尙可爲發生服從的意識的原因者，尙有宗教的信仰，由習慣養成之尊敬的感情，和恐受制裁的畏怖心等。此外，在自治精神旺盛的近代國家，比這些要素更有力的，可以說是自主的感情。即不求權威於外，而求之於自己本身，對於自己所規定的，或舉以代表己等之人所規定的法，不能不服從的感情。這些一切的要素，皆爲發生社會的

服從意識的原因。不問他們由於那一種原因而生，苟有社會，則必有被認識爲權威的東西。這種權威，即爲法的發生之第一原因。

第二，是人類的習慣性。習慣性爲支配人類生活最重要的勢力之一。上面所說的權威意識，基於此者，亦頗不少。然而習慣性不僅爲發生權威意識的原因，並且本身即爲法之發生的原因。這層從習慣法被認爲法一事看來，就可以容易知道了。習慣法所以成爲法，有人說是由於國家的承認，因國家認他爲法，然後始有法的效力。然這一說並不是正當的見解。習慣乃依習慣的本身的力而有支配人心之偉大的力量。習慣若經長期間平穩的進行，則僅依這種事實，不待國家的承認，自然而然的就於社會的意識上，發生一種不得不遵守的規律的意識，因此，便發生法的效力。

第三，是人類的正義感情和正義思想，或把他稱爲人類的理性亦可。法是以正義爲要素呢？或專依人類的權力和擅斷而成的呢？這是古來所爭論的問題。希臘的哲人派，犬儒學派，懷疑學派，否認自然正義的存在；而亞里士多德則反之，勉力想發見正義的自然法則。迨至近世，自然法學派主張萬古不易的自然法之存在。及歷史法學派起，認爲尋求這樣自然的法則爲不可能之事，而主張法是追隨時代而發達的國民心理的產物。因之，關於何者爲正義的研究，一時竟至於完全停止。最近勃興的所謂新自然法學派，再舉理想主義的旗幟，如史達姆拉氏努力於設立「正法」(Das richtige Recht)之原則；法區的狄驥氏以「社會協同」(La solidarité sociale)的觀念，爲法之基本的思想。反之，那種以法的淵源，專歸於權力的學說，總是否認法是以正義爲要素的。無論如

何的壞法，有權力之人，既然命之爲法，則常常有法的力量。於此等學說中，如舊自然法學派之說，以那種爲亙古不易的真理的自然法爲存在，必爲今日的學者所否定無疑。正義的觀念，爲各時代的產物，隨時代而變遷發達。封建時代的正義，早已不是今日的正義；而今日的正義，亦非共產主義國家的正義。然而正義的觀念，完全不是法的要素之說，亦要排斥。正義的觀念，——即令不能僅藉此種力量，以創設一種法，——最少亦能確定法的力量，強國法的根柢，而成爲法之維持的要素。若果社會之時代思想以某種爲正義，而法違反之，則這種法，必缺乏可維持的根柢，遲早必失去法的力量。因此，正義觀念對於法的關係，與習慣性之常爲保守的正相反，他常爲革新的，匡正的，且有使反於正義的法，歸於銷滅，而代以適於正義的法之效果。

人類的服從性，習慣性，及正義性，是法之所以爲法之心理的基礎。一切的法，沒有不以其中之一或二以上，爲其存立的基礎。如果法能具備此等心理的基礎，——即既由一般所承認的威權而規定，又能適合於習慣，並且能使社會的正義感情及正義思想滿足，——則其基礎最爲確實。反之，法律雖依權威而規定，然若有反對的習慣，已經成立，或與正義的感情相反，則法的基礎，甚不確實。他究竟尙有法的力量與否，悉依其在社會意識上，有無更強的力量爲斷。若果社會的權威意識甚強，有權威的人所定的法，即與習慣相反，與正義相反，然尙不得不服從，則或猶可依其權威以壓抑習慣性及正義性，而維持法的力量。（因此所謂「壞法不是法」一語，在此種絕對的意思中，是錯誤的。）如果權威薄弱，習慣性及正義性表現更強的力量，則雖是依權威而定的法，亦不過成爲紙上空文而已，恐怕不能有法的能力。

因此，法的基礎乃有確實與不確實之差別。而其確實的程度，亦不相等。有基礎不確實者，到底是法與否，界限很難判明。有雖未成爲法，而事實上與法同樣爲社會生活之規律者，有雖被承認爲法，而事實上違反他的很多，差不多失其爲社會生活規律之力者。事實上凡既成爲規律而未被承認爲法者，學者或稱之爲「習俗的規律」(Convention, Konventionalregeln)。

三 法之目的的要素

以目的爲法的觀念的要素之一的學說，特別依耶靈氏 (Ihering, Zweck im Recht) 而成爲世所遍傳的思想。依耶靈氏之說，一切有意識的人類的行爲，必以求得某種結果爲目的。自然界一切的現象，常基於某種原因而生；故人之一切行爲，也必因希望某事，而有動作。無目的之行爲，與無原因的結果相同，都是不可能的。而法乃由人類所作，故亦必有某種目的。法之目的，即在於人類社會生活的條件。在該書的題言上，有「目的爲一切的法創造者」(Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts) 之語。此說以社會的福利爲法之所以存在的原因。普通稱之爲「社會的功利說」(Sozialutilitarismus)。

耶靈氏這種學說，爲近時多數哲學者所否定。他們以爲人類的行爲，非必以行爲以外之某種結果爲目的。也有多數的行爲，僅由於感情的衝動而行動，在行爲以外，並無何等目的。不獨在個人心理上是如此，即在社會心理上，亦是如此。爲社會心理的產物的法，亦非常常具有功利的目的。有許多時候，爲時代文化所支配的國民感情就是法的創造者。

這種的反對，本是正當的，若此所謂功利說，以爲一切的法，是爲福利而存在的，則這樣的功利說——個人的功利說也好，社會的功利說也好，——不能成立。

例如有愛犬將軍，保護犬比保護人類更利害，他下令：凡害犬者，處以死刑，且厲行這種命令。這個，不用思疑，是違反社會的福利。依此命令而受福利的，只有犬類。而這種命令，以權力厲行，在人民因畏刑罰而服從他的期間內，無論他是如何的壞法，亦仍然有法的效力。

然而即在此例之中，若說這種法爲完全沒有爲人類的目的，則亦不然。此法雖非以社會的福利爲目的，然以滿足愛犬將軍的感情爲目的。依此法，直接受福利的，是犬類；與犬類以福利的事情，使將軍的感情滿足，所以定而爲法。換言之，這種法，並不是爲犬而設的法，仍然是爲人類而設的法。但於此情形中，爲法之存在的原因的人類，並非社會上的一般人，而單是將軍一個人，這種法遂成爲反於正義的壞法。

再舉別的例說，當崇拜自然的時代，普通信仰山上的神靈，或依習慣，或依有權威者的命令，而禁止一切人登山。這不用說是違反社會的福利。因爲這樣一來，則不能開拓土地，不能得到登山的快樂，無論怎樣寶貴的礦物，雖埋於山中，亦不過成爲無用之物罷了。雖然如此，但是此種法乃因滿足人類宗教的感情而存在，依然是爲人類而設的法。

照以上所舉的各例，可見得法非常爲社會求得善的結果的。所謂功利說，若謂不與社會以福利，則非法的意趣（結果主義的功利說）。這種見解，自然是錯誤的。法又不是以社會得到善的結果爲目的而存在的。解

釋功利說，而謂法是常以社會的福利爲目的的意趣（意圖主義的功利說），這也是一樣錯誤。

然而雖是如此，法常是爲人類而存在的，他是爲人類達到某種目的，這是無可疑的。但法之目的，非必常常僅在於爲社會求得善的結果；單是因滿足人類感情而存在的，亦不失其爲法。人類之宗教的感情，復讎的感情，美的感情，倫理的正義的感情等，皆爲法的發生之重要的原動力。

立法的主眼，無論在於宗教的信仰，在於美感，在於個人或社會的福利，總之，凡人類對於某種事情所感之滿足，皆可稱爲「價值感情」。這並非僅僅對於外界的事物而言，對於自己人格的滿足，亦包含在內。即含有綜合外部的物的價值感情與內部的人格價值感情的意味。所有滿足人類價值感情的東西，可以稱爲「利益」。於這種意義的利益，不用說不是含有單純經濟的利益（物質的利益），而又不是含有適於人類的福利的意味。總之，於各時代思想上，人類覺得對於他有價值的一切的東西，——無論其爲外界的事物，或爲人類之內部的狀態——都是屬於此種意義的利益。以某山爲神聖的山，而定爲禁絕殺生的場所，不得在那個山上殺生，此事使時代的宗教的感情滿足，即是利益。如果很寬大的承認言論的自由，而定爲無論如何危險的思想，亦不妨發表，這就是滿足尊重人格自由的時代的感情，同爲一種利益。

若果把「利益」二字，解作這樣的意義，則謂法常常以人類的利益爲目的，乃是正當的見解。法雖依一定的有權力的人而制定，又雖依事實上的習慣，或依社會的正義感情而發生；但其所根據的，常爲人類意思的實現，而僅存在於人類的意識之中。法既然是人類的製造物，則他必定是有用於人類，且不能不滿足人類的價值的

感情，這是當然的。但僅合此種意味的法，可說是以目的為其觀念之要素。

四 法的觀念

總括以上所述，法在實質上，是社會生活中的人類相互間意思交涉之不可破的規律；在目的上，是人類的利益；詳言之，是因為保護那滿足人類價值感情的東西而存在的；在其存立的根據上，是被認為在社會的心意中為人類不可破的規律。

更約言之：所謂法，可以說是在社會心意中，因人類的利益之故，而被認為不可破的社會生活上意思的規律。

五 法與事實，法的觀察與事實的觀察

法乃是社會生活上不可破的規律，我們要求他必定可以實現。雖然，這種要求，必然難以完全實現的。法與事實之間，往往發生不少的差異。

法與事實的差異，尤以關於能力的規律，最為顯著。這種差異，大部分是因以下四種原因而生：

(一) 能力的規律，對於意思的作用，附與某種法律上的力，而承受此種力的人，非負有非行使這種力不可的義務。通常利用被給與的力與否，一任本人的自由意思。因此之故，往往有因情形之不同，雖依法律規定其為有一定的力的人，而事實上，完全不行使此力，等於沒有這種力一樣。這種情形，亦是有的。我想假定稱此情形為法的能力之不行使。試舉憲法上一二事實以為例：英國國王，在憲法上，對於法律，有裁可或不裁可的權能。而於

事實上，自安那女王以來，二百餘年間，從未有拒絕裁可的例。國王的不裁可權，事實上成了久經廢止的狀態。現在，凡法律既經議會議決，則可以確實預期其必得國王之裁可。憲法上雖然說法律乃由議會兩院及國王（King in parliament）規定，但事實上，可以說僅由議會決定。英國國王，在憲法上，又有命令議會停會，及下令解散衆議院之權；然事實上，國王命令停會之權，完全與被廢止一樣。現在之所謂停會，含有依議會本身的決議而休會的意味。關於解散權，憲法上並無其他的限制。事實上，基於同一的原因，解散祇限於一次。這種辦法，已經被認為確定的原則。關於同一問題，而解散他至二次以上，是絕對沒有的。依舊德意志帝國憲法（第十二條），皇帝有命令聯邦參議院召集停會及閉會之權。然事實上，一八八三年的召集，成爲最後的一次。此後未曾被閉會，而成爲純然常設的議會，直至一九一八年的革命而止。關於憲法以外之各種法律，可以舉出許多與此同樣的例。

（二）依法律而被給與一定的力的人，有時自己不行使這種力，而委託他人代爲行使；又有不待委任，而僅由法律上當然的代理者行使之的。此可稱爲法的能之代理行使。若代理者一一皆聽委任者的指揮，服從其命令而行使此種能力，則實權雖尚不失爲在委任者之手，然當代理者受全權的委任，不受委任者之指揮，一任自己的自由意思，以行使其權能之時，又或當不由於委任，而法律上當然爲代理者的情形時（法定代理人），則實權完全歸於代理者；被代理者的本人，僅於法律上有其權能，事實上則成爲完全沒有權能的人了。關於憲法上的現象，欲求其實例，在日本憲法史中，統治之實權，於藤原時代，則歸於攝政關白；於院政時代，則歸於院中於

幕府時代，則歸於將軍。當此時代，若從憲法上言之，統治的權能，雖然不用說是屬於天皇，然天皇不自行使其權能，僅由代理者行使之。於現在的民主國內，所謂國民享有國家最高的權力，亦不過法律上承認其權能而已。事實上，少數的權力者，常以國民的名義行使其權力。

(三) 還有比較更顯著的情形，即享有法律上的權能的人，形式上雖然是自己行使其權能，而事實上却有時不依自己的自由意思，反受其他勢力的支配。這種情形，我假定稱之為法的能力之抑制。屬於此例者最多。例如，議會有議決法律的權能，又形式上雖自己行使其權能，然事實上，法律不是依各議員之自由意思而決定，而多是受政黨、政府、資本家及其他的勢力所支配。尤以在議院內閣的國家中，因為多數議員是屬於政府黨，故政府所提出之法律案，通常皆依原案可決，立憲的實權，大有不在議會，而在政府的樣子。在像美國的三權分立主義的國家，政府的勢力，雖不及於議會，然立法的實權，與其說在議會，無寧說在委員會。委員會所議決的議案，僅形式上經過議會的決議而已。議員的選舉，法律上雖依有選舉權的國民而行，而事實上，選民僅有從現定的候補者中選擇的自由，而其選擇亦往往為其他勢力所左右。這些事情，實在不少。因國家之不同，政府的勢力，常常及於選舉，如西班牙選舉的勝利，常常歸於政府黨的亦有；此外，同為國務大臣，有參加閣議的權能，然而事實上僅為伴食大臣的亦有；又如當法國拿破崙時代，皇帝於事實上，為自行支配國政的中心勢力；或如德意志常俾斯麥時代，皇帝雖有若無國政的中心，全在於宰相，這種情形亦是有的。國與國間的條約，法律上雖為依雙方的自由意思的約束，然事實上強國與弱國之間，弱國的意思，不免受強國所壓抑。尤以講和條約，戰敗國常常為戰

勝國所支配。

(四) 與以上所說的相關聯，而另爲一原因者，即法所承認以外之事實上的勢力的存在。此種勢力，事實上往往與法所承認的勢力相等。從憲法上的現象言之，於近代的立憲國中，其最著的，即爲政黨。政黨雖非憲法上所承認的機關，無何等法律上的權能。然他在近代政治中，爲國政之最重要的勢力要素。凡選舉，議會，政府，無不立於政黨勢力之下。若漠視政黨，就不能理解立憲政治。政黨以外，尚有種種沒有法律上的權能，而實際於國政上有極大勢力的東西。這種東西，依國情而異；從日本方面說，其最顯著的，即爲元老。日本的元老，可以說是內閣之事實上的製造者和監督者。此外，如宮中，陸海軍，官僚，資本家，新聞紙等，亦於事實上爲政治上的勢力要素。法與事實的差異，於制限的規律中，不若於能力的規律中之顯著。若言其原因，則可以說是因爲制限的規律，乃依命令或禁止，而命令某種義務的義務，既以國家的權力履行，故於相當的程度，能確實的使之實現。

雖然如此，關於制限的規律，於法與事實之間，亦不免有多少差異的地方。而這種差異，大都基於左列兩種原因：

(一) 負維持執行法律之任者，以各行政官廳及裁判所爲主。裁判所僅裁判關於起訴的事件，而社會生活上的現象的大部分，都是不屬於訴訟的，故依裁判所而得維持法的能力，比較的僅限於少部分而已。行政官廳，亦不是常常嚴重的厲行法律，其寬嚴的程度，乃依時依事而有差異。有時雖有違反命令和禁止的人，然而被行政官廳輕輕看過者，亦屬不少。例如在同一的法律之下，賽馬的馬券，有時被許可，有時被禁止，撲滅私娼的聲浪，

雖盛唱一時，不久又復歸於默認的狀態；治安警察法，雖禁止學校教員爲政治結社的社員，而事實上，教員公然爲政黨黨員的，亦屬不少；觀以上各例，就可明白了。

(二) 因爲政府、議會及裁判所，各於其權能的範圍內，有獨立的地位，再沒有立於其上，而可以監督他的權力，所以如果這種機關自身違反命令或禁止時，則沒有法律上的手段可以制止之。例如，在憲法上，雖然規定政府應將一切緊急勅令提交議會，要求事後的承認，然照從來日本的實例，於未提出議會之前，而勅令已廢止，則不提出；甚至於以緊急勅令廢止法律，不求議會之承認者，這種例也有。許多國家的憲法，雖然規定議員依各人的良心而參加議決，不得受任何人的囑託；然事實上，議員爲黨議所拘束，不能依自己的自由意見而表決，祇依從黨議之命而投票的，亦多有其例。裁判所的判決，雖屢屢可認爲誤解法律，然亦常常有效；行政官廳之違法的處分，於不受行政裁判取消時，雖然違法，也是有效的。

以上所述諸種原因，使法與事實之間，發生很大的隔膜。其結果，雖在同一的社會現象裏面，而從法律的見地觀察，和從事實的見地觀察，二者大有差異。法律上雖爲大臣的權限，而事實上爲屬僚所決定；法律上雖爲議會的決議，而事實上乃依多數黨的幹部而決定；——這一類的例，可以舉出的很多。法，於其性質上，至某種程度時，必然是形式的。僅依法的觀察，不能明社會現象的真相。法學的研究，本來是應該以法的觀察爲主眼，這是不用說的，然而法以實現爲目的，不能實現的法，不能不說是缺乏法之社會的存在理由；故觀察法律於事實上能實現到如何限度，亦爲法學家研究上所決不可漠視的。

六 法與國家的關係，國法及國際法

關於法與國家的關係，首先發生的問題，即法與國家、何者先成立的問題。這是從古以來所爭執的問題。其中有二種學說：第一說，是法先於國家而存在；第二說，是有國家然後有法；第三說，是法與國家同時存在。這三種學說，都有學問上的代表者。

法先於國家而存在的學說，特別爲十七八世紀的自然法學者所主張。此說是以法爲自然成立的思想之當然的結果。自然法學說，在今日雖已完全失去勢力，而法先國家而存在之說，在今日尙不少有力的主張者。（例如史達姆拉，狄曠，克拉赫納爾是）

有國家然後有法的學說，謂法是主權者的命令。此說是以法爲依國家的制定或承認而成的學說之當然的結果。對於法的本質上持此見解之學者，皆屬於此學說。日本的學者中，採取這種學說的頗不少。

（註） 例如穗積八束於他的憲法提要一三六頁以下，謂「憲法爲國家所自定的法則」，「國家的存在，乃社會的事實……國家自定憲法……國家的行動由此而入於法的範圍，可以視之爲法的關係。」斯

德爾 (Beydel, Grundzüge eines allgemeinen Staatslehre S. 2) 亦謂「法不存於國家以前，於國家之

內，依國家，(im Staate und durch den Staat) 然後發生法律。」金波羅維克 (Cunaphowies, Grund-

rius der Soziologie S. 392) 謂「於國家以外，不能有法。爲甚麼呢？因爲法純然是國家的制度，他的血和肉，都是從國家而出的。一切的法，是國家的一部分，包含國家的統治之一分子。」清水澄的憲法篇（大正八年

版)九五頁以下,謂法是統治權者的命令。上杉慎吉的憲法述義(大正十年版)六六頁,以為法的淵源僅在於國家的意思。——這都是基於相同的思想的。

許多學者以為國家和法,是同時存在的。沒有法則不能有國家;沒有國家則亦不能有法律。例如,柏洛漢姆把法的規律和那種像宗教、道德、風俗等之其他的規律區別起來,以法為與國家有密切的關係。國家未成立以前,就沒有法律;若有國家,同時就有法律(Berolzheimer, System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie III, Philosophie des Staates S. 99, 91, 119)。

於這些學說之中,那種謂先有國家,然後有法律,沒有法律之前,而國家可以存在的學說,是顯然謬誤的。國家乃是有法律的統治組織的團體,欲成為國家,則其領土的範圍,國民的範圍,除由法律規定之外,至少其統治的組織,必須成為法律。若果對於何人為統治者,法律上並無規定,亦無何等法的規律,唯任有實力的人,事實上占領土地,支配人民,則這樣仍未足稱為國家。

因為先有國家然後有法的學說,是錯誤的,故正當的解答,不能不於法與國家是同時存在的,或法是先國家而存在的兩說中求之。至於那一說是正當?則依國家未成立以前,人類社會生活,能否存在而判定,如果國家是社會生活之最古的形體,無國家則無社會;則不能想像於國家以前,有法律的存在。為甚麼呢?因為法之成立,常常以有社會生活為前提的。然而至少在觀念上,法不必以國家的成立為前提。雖無國家,苟有社會生活的地方,必不可無法律。法之前提的要件,並非國家,乃是社會生活。此層,觀於國際法即可明白。國際法乃是獨立各國

相互間的法律，因為並沒有立於列國之上，而支配各國之超國家的權力，故國際社會，是無政府社會；國際法，是無政府法。雖在國家成立之後，而一切法律，亦非皆由國家護立，由國家維持的；在國中小範圍的團體內，與國家無關，獨立的定立法律，且維持之，這種情形，亦所在多有。就日本封建時代來說，各藩皆有「藩法」，無論公法私法，各藩多獨立的規定法律，且維持之；不獨各藩是這樣，即家族團體中，亦有「家法」「家憲」等，若違犯之，家長有制裁之權。

因為如此，故關於法律的觀念，我相信：法律先國家而存在的學說是正當的。

法律的觀念，並不是以國家的存在為前提，乃是存在於一切社會生活之中的；所以法律有區別為左列三種之必要。

(一) 國際法。現代的國家，不是孤立的，世界各國，彼此不絕的互有交涉，合各國的全體而成為一大社會。因此有規律其社會生活的法律的存在之必要。各國彼此間意思交涉的規律，叫做國際法。

國際法含有法律的性質，在今日老早差不多沒有人懷疑他的。（唯清水憲法篇一二〇頁說，雖在今日，亦

相信國際法不是法律。）但關於國際法的性質，或有如助爾蘭一派人之所說，其實並非國際法，不過是對外的

國法 *Jusseres Staatrecht* [III] (A. Zorn, Grundzüge des Völkerrechts 2. Aufl., S. 5-9) 依這種

學說，國家是有完全的主權的，所以唯有國家自己能够限制自己，國家斷不違反自己的意思，而受他人的限制。所以國際法規亦僅因國家自己承認他，才能有拘束國家的力量。國家之國際法上的拘束，不過是基於自己的

意思的拘束罷了。這就是國家自己的法律，惟僅因其爲國法，才有法律上的效力。然而此說在前提上固然是很正當，但在結論上則不免錯誤。國際法，僅依國家的承認而發生效力，此說雖屬正當，但國法與國際法有一重要的差異之點。國家之制定國法，是對於國民制定的；反之，國家之承認國際法，並非向國民宣言承認，而是對於外國的約束。所以國法之拘束國家，乃是對於國民關係的拘束，違反國法，即對於國民爲不法。反之，國際法之拘束國家，乃是對於外國的關係的拘束，違反國際法，即對於外國爲不法。簡單說來，國際法乃各獨立國家相互間的關係之不可破的規律。

(二)國法。國法乃是於國家內部被認爲國家與人民間之不可破的規律。國家在一切社會生活中，是最強大的；在人生，是有最深切的關係的；故國法爲一切法中之最重要的。普通所謂法，即可以解作含有國法的意味。

含有此種意味的國法，不單是關於國家生活的法，凡關於國內各種團體生活的法，和關於個人與個人關係的法，亦包含在內。即不僅是公法，而私法亦爲屬於此種意味的國法。蓋私法起初雖爲屬於私人間關係的規律，然國家有執行維持之任務，私人對於國家，有要求私法的保護承認之權利。照這一層意味說，私法在國家與人民間，亦有其效力，即爲國法之一部。

國法與國家的關係，須分三方面觀察之。即(一)爲法之淵源的國家，(二)爲法之維持者的國家，和(三)爲依法而受規律的國家。

第一，國家自身爲造成國法的主體。這並非謂國家的意思爲國法之唯一的淵源。如上面所說，法乃依社會的意識而成立，不單是基於國家的意思的。然而國家既經成立，國家就被認爲在社會的意識之中，具有統治權的。故由國家的權威所制定的法律，在社會的意識中，常被認爲必須遵守的法；在近代的法律狀態中，國家的意思，尤爲國法的成立之最普通的淵源。

國家之制定國法，大多是依立法機關的行爲，這是不用說的。立法機關依一定的方式表示立法的意思。此意思表示之內容，具有國法的效力。然而不能因此就以爲立法的行爲，爲國家造法之唯一的手段。立法行爲，通常只限於規定抽象的規律。把他用於具體的地方，規定具體的規律者，大多依據行政行爲及司法裁判以行之。此等行爲，俱爲造成國法的淵源。因情形之不同，行政行爲和司法判決，雖有僅限於執行已定的國法的，然有許多地方，依抽象的規律，不能精密地規律各個具體的情形，則關於各個的情形，得於抽象的規律的範圍內，依行政行爲和司法判決之自由判斷而規定之。於後之情形，顯然是依行政行爲及司法判決而從新定立法律。而前之情形，則與之相反。他把既定的法，照樣不變以適用於具體情形爲原則。雖然，因爲抽象的規律之本來的性質，須適用於各個具體的情形，然後始能完全實現其效果，所以若當依行政行爲及司法判決而實際應用之時，把他適用於一種與依立法所規定的不同的意義上，則他雖與抽象的規律不同，然關於具體的情形，亦有法的效力。於其限度以內，發生一種結果，就是由立法所定的規律，依行政行爲及司法判決而被變更。行政先例法及判例法由此而生，與國家的立法相並，俱爲發生國法的淵源之一。

立法行爲的本身，除國家依立法機關自行行使之之外，國內的團體，尤其是地方自治團體，在某種範圍內，得有立法權。由此種團體所制定的法，並非直接基於國家的意思；國家的意思，不過是他的間接的淵源罷了。

第二，國家有維持國法的任務。法之能實現，其最主要的原因，在於人民之守法的精神，不在於外部的強制。然而法若果單靠那受其管轄的人之任意遵奉，以爲維持，則法的基礎，未免太薄弱了。國家實在是擔負一種任務，使法完全實現，和維持法的效果的。不獨司法制度的全部，是爲此種目的而設立，即行政作用之爲此目的者，亦屬不少。不單國家自定的法是如此，即基於國家以外之其他淵源的法，亦是一樣。

第三，國家自願受羈束於國法之下。國法不單對於國民規定其權利義務，國家自身的權利義務，亦被規定。國家是依國法的規定，而享有權利和擔負義務的。

國家受法的拘束，依國家的成立，以法的存在爲前提一事看來，是很明白的。國家依法規定其統治的組織，劃定其領土國民的範圍之後，始行成立。國家的統治權，其本身不過是依法而被承認的權力罷了。

然而統治權的本身，不僅爲依法被承認的權力，依這種統治權而定的法，亦有拘束國家的力量。國家之制定法律，一方面是規定對於國民的規律；他方面則規律國家自身之將來的行動，即不外是一種自律法罷了。國家制定法律，向國民宣言，將來僅依據此法，行使統治權。根據這種宣言，國家對於國民的關係，依自定的法律，而受拘束。若果違反他，就是對於國民爲不法。這一層，關於公法上，雖最爲明瞭；然不單是公法，關於私法上，也是一樣。裁判所受一種須根據私法以從事裁判的拘束，而裁判所的義務，即是國家的義務。

(註) 一切的法規，第一即為拘束國家機關的東西，這是經耶靈 (Ihering, Zweck im Recht I, S. 338) 強烈地論列過的。他說：「一切的法，沒有例外，都是對於官廳的命令、民法、刑法的全部，一切財政上、警察上、軍政上及其他的法律命令，無非都是關於國家的強制權之行使的規則罷了。」耶齡納 (Jellinek, Allgemeine Staatslehre 3. A. 1914) 更進而說明國家的機關的拘束，即是國家自身的拘束。其理論如左：

「此等的法則，第一是包含對於國家機關的拘束。而國家機關的行爲，即為國家行爲的本身；除依機關的行爲之外，國家的行爲，完全不存在；所以僅就此事看來，國家自身的行爲之受拘束，已經是明白的了。然而此等的法則，又含有：國家機關負遵從之而行動的義務，和對於其臣民的約束之意味。刑罰法不獨是對於裁判官的訓令，租稅法不獨是對於收稅官的指揮；同時對於臣民，含有僅可以依此等法則而行動的約束的意味。一切的法規，是可以期望至適法的廢止原因發生時止，不用變更而可以適用的。對於此種法的不變的信賴，是使關於各個人的行動及其結果之必要的豫想，成爲可能之一大原因。這是文化不斷的發達之必要的條件。」他又說：「國家之發布法律，不單是拘束各個人，而法律上自己的行爲，亦受此法則的拘束。國家於法律上，同時對於在其機關的地位的各人，令其服從此法律，以構成其機關的意思。然機關意思即國家的意思，故拘束機關，即國家自身的拘束」(S. 478)。雖在今日，亦有一部分學者，否認國家受法的拘束，例如波呂斯 (Preuss, St. R. I. S. 268) 謂「國家是法的淵源，在法律之上，服從法律與否，一任國家

之意。」於日本的學者中，雖有主張與此相同的學說的人，然以國家爲完全不受法律拘束的東西，畢竟是使國家成爲一種爲實力所支配的無規律無秩序的社會了。

因爲國法乃是國家對內關係的法，國際法乃是國家對外的法，故兩者當然要有區別。然而，亦不能因此就把他們看作兩種完全無關係的相異的法。對於外國關係的國家，和對於國民關係的國家，都爲同一人格者的國家，其意思常常是單一的。而對於外國的關係，與對於國民的關係，其間互有密接的關係。國內的統治，因外國的關係而受影響，其例極多。第一，國家欲於其領土內，不受外國之干涉，而自由統治，則關於領土之界限，須使外國承認；關於領土內的統治，須使外國負不干涉的義務。換言之，領土的界限，和於領土內的自由統治，不僅單受國法的規定，同時又不可不經國際法的承認。第二，居留於外國的本國人民怎樣受外國的統治？輸出於外國的本國商品，怎樣爲外國所課稅？這種事情，直接有關於國家的利益，所以關於這些地方，有與外國互相約束，而爲合理的待遇之必要。同時對於居留本國的外國人，和輸入本國的外國商品，亦不能不互相規定同樣的約束。這些事情，皆一方面是屬於國際法，而他方面是關於國內的統治，即具有國法的效力的。第三，近代國際交通，愈加頻繁，而各國間的利害關係，也因之愈覺密切，關於國內的統治方法，各國有互相協約採取同一步調之必要，——這一層已久爲各國所承認。其結果：對於郵政、電信、海上交通、著作權、工業所有權等，各國間皆成立協定，而其範圍有漸次擴張的傾向。此等協定，一方面爲國際法，於各國相互間具有效力，而一方面則爲國法，於國內具有效力。第四，對於外國的關係上，何種機關方可代表國家，這層是國法所規定的。然此國法，必爲外國所承認，即不可

不同時具有國法和國際法的力量。總之，於此等關係中，同一的法，同時具有國法和國際法的力量。即國家一方面於對外國的關係上，須受承認他，遵守他的拘束；同時，他方面，於對國內人民的關係上，亦要依之而受拘束。

（德國新憲法第四條，奧國新憲法第九條，都明白規定：凡一般所承認之國際法，亦為該國國法之一部。）

（二）國內小社會的法。因為法乃是社會生活的規律，故雖國中的種種小社會，亦不可不各有該社會所特有的法，這是當然的。於家族間，有家法；於市鎮村中，有市鎮村的法；於社會中，有社會的法。然而關於此等小社會的法，於近代的國家中，保障其實現和維持之的任務，專屬於國家。原則上，依國家的權力，對於違反此種法者，施以制裁；對於何者為法若起爭執時，則與以裁判，和把法宣告。於此種意味，此等小社會的法，俱為國法的一部分。於近代的國家內，社會的強制力，成為專屬於國家的權利。除國家所特許的之外，國內其他一切，於法律上，皆不得施行強制力。因而關於國內小社會的法，以強制力擔保其實現者，乃專屬於國家的權利。若不得國家的承認，不能依國家的權力而維持，則即使社會上各人皆把他認為不可破的規律，然亦僅能通用於特殊的一羣人間而已。雖有違犯這種規律的人，亦不能以強制力加以制裁，僅能依社會的各人的自制，以維持之而已。把他和那受國家所保障所維持的法相比較，其效力的薄弱，不用說是不能相提並論的。例如，雖同為家法，貴族依貴族令而定的家範，是國家所承認的規律，有國法的效力；反之，普通之家所定的家法，不受國家的保護，不過僅於家族中維持之而已。又例如，於普通的家內，雖設定其一家的世襲財產；然此僅為家族中所遵守的規律，非國家之所保護的；反之，貴族依貴族世襲財產法所定的，為國家所承認，有國法的效力。總之，不受國家所承認保護的小

社會的法，必定與那種爲國家的規律的法有區別，這是不用說的。近代的法學，專以國家的規律，爲其研究的對象，於近代法學的意義上，國家的規律是不能認爲法的全部的。

然而，於純粹國家的規律之外，尚有國內小社會的法。其某種範圍內的強制力，是由國家付與於社會自身的。這並不是直接依國家的公共權力而維持之，及保障其實現；他僅在那個社會中施行，是依小社會自身的力而維持的。此點就是他與國法區別的地方。社會的力，經國家所承認的，間接上可以說是國家的規律。此種法之最著者，在西洋，如基督教會的法就是。從日本方面言，如皇室內部的家法，議院內部由議院自定的議院規則，行政機關內部的訓令，公共建築物內部的建築規則等，皆屬此例。此等並非於國家與國民之間，具有效力的，而僅於特定的社會的內部，具有效力。關於此種規定，雖有爭執，然非付與國家使裁判之；雖違反此種規定，亦非依國家的權力，科以制裁。他僅於其特定的社會之內，才能維持。而其社會力，則爲國家所公認。不能把他與單純的習俗一樣看待。他與國法相似，而屬於法學的研究範圍。

第二節 法學的任務和研究方法

法學有兩種相異的任務：一爲「法的發見」(Rechtsfindung)；一爲「法的說明」(Rechtserklärung)。此二者之目的，完全不同，其研究的方法，亦不能不因之各異。

一 爲法學的任務之法的發見，法的淵源

法學之第一任務，在於發現什麼是法。法在社會心意中被認為不可破的規律。因為他於社會意識中，自有其存立的根據，故所謂法的發見，不外是社會意識的發見。然而，社會意識，非必常常明白地表現的，故闡明他，且正確的發見什麼是社會意識所承認的，為法學上重要目的之一。

關於法之發見所應取的研究方法，和法的淵源是什麼的問題，有直接的關係。

凡法之發生，可分三種不同的淵源：第一，是人類意思之發表；第二，是社會的事實；第三，是社會上一般常態的人之正義的感情。

(一) 法之最主要的淵源，即為社會上所承認的權威之意思的發表。或自己欲規律自己，而發表意思的（自律法）也有；或被認為可以有規律他人之權力的人，根據這種權力，為意思之發表的（他律法）也有。無論如何，總之法之所以被定為法者，乃於社會上認有應該遵守的權威時，其權威所發表的意思，即具有法的效力。這種可以稱之為制定法。（Gesetztes Recht）。

為國際法之淵源的制定法，祇有國際條約。因為在各國之上，並沒有可以支配各國的權力者，故國家唯有以自己的意思為權威而遵守之。此外，絕不服從他國的意思。因而除了自己所承認的條約之外，不能有可以拘束國家的制定法的存在。

為國法之淵源的制定法，第一，有國家的立法。這個在近代的成文法主義的社會中，為國法之最重要的淵源。許多的學者，差不多認他為唯一的淵源。然而於國法的淵源中，除制定法之外，不獨還有後面所述的非制定

法；即使單就制定法而言，國家的立法，並非其唯一的淵源。

除依國家的立法而制定的之外，規定關於單個具體的事件的法者，有行政行為和司法判決；又有政府和議會的決定。這些本來多是僅為關於具體事件的規律，並沒有規律將來發生的多數不定的事件的力量。然而關於某一種事件，既以國家的權威，而下了某種的決定，若無特別反對的理由，則對於將來所發生的與此同樣的事件，有依照前例辦理之強烈的傾向。其先例，一再援用，因而可以成為有規律將來的事件之抽象規律的能力。

除了此等依國家的意思而規定的規律之外，於國家承認之下，國內的各種團體或個人，亦可於被承認的範圍以內，得有制法的權能。其所制定的法，或單為自律法的也有；或得為他律法的也有；或僅為具體的規律的也有；或得為抽象的規律的也有。民法上的契約，止限於契約的當事者間，始發生具體的權利義務，這不過是具體的自律法而已。此外還有比這種更重要的，就是那種可以制定不獨能規律自己，而且能規律他人之抽象的法。的權能，其最著者，雖為公共團體，然而不獨公共團體為然，此外還有，例如鑛業主依鑛業法而制定扶助鑛夫的規則，貴族之制定家範，公司之制定章程等，都是受國家所承認及保護的法，都是抽象的他律的法。

(二) 法之第二淵源，在於社會的事實。事實有支配人心的偉大力量，前面已經說過。人類於其天然心理的傾向上，不僅視已成立的事實，為一件事實，若無特別反對的理由，皆有可以把他認為正當的性質。這是人類習慣性和模倣性的發動。不必問其事實之適合於社會福利與否；又不必問他適合於社會的正義與否；但僅依

他爲現行的事實，就有一種把他認爲常規的傾向。這個，無論於精神界和物質界，凡於社會生活上各方面，皆能認識的，如社交上的流行，如風俗，多是由此種性質而生的。於法律生活中，亦與此相同。事實上長久流行者，則僅依此事實，即爲發生社會之法的意識之原因。民法上之時效制度，乃基於此理由而被承認的。國際法上的既成事實 (fait accompli) 的觀念，亦基於同樣的思想。從憲法上的現象觀之，憲法上之根本法則，常以實力爲基礎，有實力的，事實上即可支配人民。而此事實上的支配，於法律上牢不可破。復因社會上的認識，而國家的統治權，遂於法律上成立。至於革命及篡奪者，起初不過是不法的實力，若果能施行這種實力，且能長久的維持他，則依事實的力，以支配社會的人心，至社會上一般人把他認爲正當的支配權，其初雖由於全然不法的原因而起，單根據事實的力，及後遂至在法律上被認爲正當的統治權者。諺語所謂「勝則爲官軍」，於這種意味，包含法律的真理。基於此種實力而成的法，稱爲習慣法。

(三) 法之第三淵源，爲社會的正義之感情。或稱之爲條理，亦爲同樣的意味。基於條理之力而成的法，稱爲理法。

依歷來普通的學說，法的淵源，通常僅指制定法及習慣法，而不承認條理能獨立的成爲法的淵源。然而一切的法，其存立的根據，在於社會之法的意識，而此種意識，多受社會的正義感情所影響；這層，上面已經說過。我們都知道：本來由國家的權力規定的，都應該服從。又根據我們的習慣性，雖有把現行的事實，認爲法律的傾向；但同時對於條理的要求，我們亦承認應該要服從的。此種社會意識，必然亦可爲發生法的淵源，理法即由此而

生。

理法之成立，尤以在缺乏制定法，而習慣又不存在的區域中，最爲明瞭。制定法無論如何綿密，而關於社會生活上的一切現象，欲求完全無缺的加以規定，這是不能完全期望得到的。無論在什麼時代，制定法必定有許多缺陷。而在制定法既不完備，習慣亦無可依從的時候，則不能不僅依條理，以判斷何者爲法，這是當然的。這個可以稱爲理法之補充的效力。

理法又有變更制定法及習慣法之力。制定法及習慣法，雖於違反社會的正義之時，仍不失其爲法的效力；於用國家的權力厲行他和維持他的期間內，雖爲壞法，尙可爲法而存立。雖然，若如此，則反乎國家之正當的任務，而缺乏法之確實的基礎。國家的強制力一廢弛，則法的效力，遲早亦要與之同歸銷失。這種稱爲理法之創設的效力。

理法之所以能實現法的效力，多由於學者的研究，裁判，判決例，及行政上處分的媒介而來。法學者以法的發見，爲其主要的任務，就中關於闡明法理，不能不有待於學者的研究。裁判所和行政機關，都是國家的機關，而負增進社會的文化，維持社會的正義的責任，有依從制定法和習慣法的義務，同時，又有依從理法的義務。若制定法和習慣法妨害社會的文化，和違反正義的時候，於可能的限度內，欲圖兩者的調和，則下一種能够適合於理法的判決，和行政處分。這都是國家機關之當然的職責。

如上所述，關於法之發見所應取的研究方法，依法的淵源而定。若以法作爲國家的意思解釋，且從國家的

立法爲法之唯一的淵源的說法，則法之發見，僅以解釋成文法的明文，就可以了事。如此，使法學僅成爲條文的解釋學，這種可以稱爲條文法學。其實成文法不過僅可爲發見法的材料之一（最要的材料），此外有其重要不讓於成文法的材料，就是社會的事實，社會的正義。法僅可由綜合此等一切的資料而發見。近時之所謂「自由法說」於此限度內，乃是基於正當的思想的。漠視事實和正義，而欲僅依條文，以發見法律，乃最可忌的法學的邪道。

二 爲法學任務之法的說明法學上的觀念和擬制

法學的第二任務，在於使法的全體，爲有系統的智識，而依秩序說明之。

於此任務中，法學多依論理的力，對於錯雜無章的法的各部門，正其系統，明其相互間的聯絡，使其全體成爲有秩序的一體。

達到此種目的之最重要的補助方法，乃是法學上之各種的觀念。法學上的觀念，乃由下列的方法構成。其法即就與法有關係之種種的事物，將其所以與法有關係的性質總合起來，其有共通的性質者，則以共通的一定的名稱表之。於法的說明上，這種觀念的規定，實爲不可缺的必要。依此，然後可以明事物的異同；又此等事物，於那一點和法有關係，亦可以表明。

然法學上的觀念，僅足爲法的說明之補助方法，不能把他作爲發見法的材料。欲發見何者爲法，僅可依制定法，習慣法，和理法之研究以行之。法學上的觀念，僅可以就已發見的法中，而用作他的智識的整理而已。豫先

立下一定的觀念，然後根據這種觀念，發見出何者是法，這種即是世所屬爲學者的觀念法學。此種方法，完全是錯誤的。例如，先立下了君主國的觀念和主權的觀念，謂主權爲萬能無限的權力，主權在於君主的國家，則爲君主國；更由此種獨斷的既定的觀念，從事推理，下這樣的結論，謂君主可以擅自任意廢止或變更憲法的；國務大臣，君主必定可以隨意任免的；國務大臣，必須依隨君主的命令，如機械一般副署的。把這種作爲現實的國法，實爲觀念法學的弊端最明白暴露的地方。

又往往有法律上的擬制，爲法之說明的方法。所謂擬制，即不是事實的事體，於我們的思想，把他看爲與事實一樣之謂。法律上的擬制，須明白的把他分爲兩類：

其一，爲純然客觀的事實。這種雖與事實相反，然於我們社會的心理中，尙把他看爲與事實同樣。他可以稱爲社會的擬制。如於代表的關係中，代表者的行爲，被認爲本人的行爲；議會的出席議員中的過半數的同意，即認爲議會的意思；事實上受外力壓迫，不實已而締結的條約，亦被認爲依自由意思而締結的；像這類的事情，即爲其例。法非以客觀的事實，作爲原來的事實而觀察，而是以社會心意爲基礎，以觀察事實的。所以社會的見解，視爲與事實同樣的事情，於法學上，亦當然不能不承認。故屬於此意味的社會的擬制，於法學上，亦不能不採用之。

其二，客觀事實，不獨與事實相反，且於社會的心理中，亦無何等的根據，單是爲法之說明的便利起見，用爲其補助方法而已。此種情形，我把他稱爲架空的擬制。普通稱爲擬制，乃專指此種。例如英國的法諺謂「國王不死」，又謂「國王不能爲非」，又如於民法中說：「關於繼承上，胎兒作爲已生者看待」等，都屬此類。這種都是毫無何

等社會上根據之虛偽的思想。像這樣的擬制，即雖爲法之說明的方法，亦有排斥之必要。王死，乃顯然的事實，誰也不相信王能永久不死的。所謂王不能爲非，亦是漠視歷史上的事實。所謂「國王不死」，其實就是說，國家是永久的團體，國王就是他的機關；所謂「國王不能爲非」，其實就是指國王關於一切的行爲，不負法律上的責任的意思。未生的胎兒，當作既生的一樣，這純然是虛偽的，其實不過是表示胎兒有繼承的權利能力的意思罷了。

第三節 法學之基本觀念

一 法學中之意思的觀念

法乃是意思的規律，法的生活，就是意思的生活。因之，意思是通於法學全部，爲其中心的觀念。

意思本來是心理學上的觀念。心理學上所謂意思，是減除或豫防缺乏的感情；及振起或維持滿足的感情，或預想強烈的內部的和外部的經過及狀態；又，惹起此種經過及狀態之意識的精神的作用，亦謂之意思(Podl. Lehrbuch der Psychologie, II, S. 53. f. 1.)。如果把免除人類的缺乏的感情，與起滿足的感情之一切的事體，稱爲利益，則所謂意思，可以說是以某種利益爲目標，且從而惹起之、之精神活動。

法學中之意思的觀念，亦以此種心理學的觀念爲基礎，這是不用說的。雖然，法學是社會的規律之學，並不如心理學之把事實作爲事實而觀察，所以法學上觀念之所謂意思，與心理學上之所謂意思，意義完全不同。其差異的地方，有下列三點：

第一，法是人類相互間意思交涉的規律，其所以能規律意思的交涉者，必須其意思表現而爲外部的行爲，可

以從外部認識的。凡不表現於外之精神活動，其自身不適於法所規律之範圍內。於一方面，外部的行為之所表現於外者，雖往往與真正的意思相異，然內部的精神作用，不能從外部認識之；從外部，僅可依表現於外的行為，以認識他的意思。因此之故，法之所規律的意思，必非內部的精神作用，而多側重於表現於外的行為。例如，向別人借得金錢，到期不打算清還，又沒有清還的意思，雖然起初借的時候，就有不還的意思，但是如果對於債權者仍有限於一個月以內償清的約定，則這種約定，是有效的。不管內部的精神作用如何，從法律上說，所謂於一個月以內還金的意思，是有的。固然，依規律的種類，亦有考察內部的精神作用的。即使表現於外部的行為，雖為同一，而因惹起這種行為的精神作用之不同，法律上遂生不同的效果，這種情形，亦屬不少，尤以在刑罰上為多。雖然，除此有特別理由的情形外，一般的說來，法所承認的意思，並非心理上之意思的本身。普通的社會見解都相信：凡一定的社會意思，通常都有與之相當之一定的外部的行為之表現，更以此見解為基礎，認那與內部精神作用無關的，表現於外的一定的行為，為一定的意思之表現。尤以於能力的規律中，法所承認的意思，與心理上的意思，其差異最為顯著。能力的規律，乃對於意思的作用，與以法律上的力，及否定這種力的規律，故對於一切的意思作用，既與以法律上的力，則當然不可無一定的規律。與規律不相當的意思，從心理上言之，雖為那個人意思，從法律上言之，則不能認為是那個人的意思。一方面，與規律相當的意思，即令從心理上言之，雖不是那個人之真正的意思，而仍認為那個人的意思。試以選舉人的情形為例：選舉人心中想舉誰人，與法毫無關係；但於一定的日期，以一定的投票用紙，寫上某人的姓名，投於投票團內，則法律上選舉人的意思，於以表現。而依此

成規的方法所表現的，與內部的精神作用，毫無關係。即令此舉與選舉人心理上的意思相反對，法律上仍然認為選舉人的意思。依此法而被給與特別的力的意思，可以謂之法律意思 (der juristische Wille)。法律意思，與心理上的意思，又非完全是兩樣東西，又非完全是同一的東西。所謂法律意思，照普通的社會見解，可以下這樣的定義：被認為意思表現之外部的行為，依法而被給與一定的力，這就是法律意思。

第二，依上面所述之同一的理由，從心理上言之，雖為有意思作用的人，然於法律上，則有認他為無意思作用能力，且認其能力要受限制的。如未成年人，及禁治產人等之所謂無能力的人就是。此等人的意思，或完全沒有，或不能完全具有法律意思的能力。

第三，意思是以一定的利益（就是可以滿足那種滿足的感情之內部的和外部的經過和狀態）為目標，且欲從而惹起之之精神行為。於意思的觀念中，常包含：一定的利益之豫想，和惹起此種利益之目的。無目的的意思，不能存在。且其目的必須為其人自身的利益，必須為其人之自身的滿足的感情。這是隨着一切的意思而來之必然的心理上的性質。外面是為他人而作的行為，例如，自己冒危險而拯救將溺死的人的行為，雖所謂利他的行為；然救人的事，因為要滿足自己道德的感情才作的，這都不外是使自己滿足為目標的。於此意味中之一切意思主體，同時為目的的主體。意思與目的，處於不可分離的關係。然於社會生活中，更有一種和上面所述之利他的行為，不同意義，而卻是一種為他人而作的意思行為。例如，使雇人買食品，雇人買這些東西，因為覺得服從雇主的命令，是自己的義務；而所以履行義務，是因為滿足自己。於此種意味中，自然是雇人本身的行為。然而

買物是要獲得物的所有權的；從獲得所有權這一層看來，買物不是爲雇人本身獲得所有權，乃是爲雇主獲得所有權。從此點看起來，於此情形中之目的的主體，不是雇人，而是雇主。而因爲意思的觀念，常常是跟着目的，故實際上爲買入行爲的人，雖是雇人，但普通的社會的見解，認目的主體的雇主，同時爲買入的意思之主體，而不把買入的行爲，認爲雇人的行爲，而認爲雇主自身的行爲。此種普通的社會見解，亦爲法所承認。於法的見地上，從所有權移轉的效果上觀之，把此行爲，認爲雇主的行爲，雇人是代雇主施行其行爲的。所謂「代理關係」就是這種。又，例如鑛業主使役多數的鑛夫及其他的從業員，從事採掘鑛物。採掘鑛物的各種行爲，本來是鑛夫的行爲，鑛業主雖絕不參預其事；然其全體的事業，是爲鑛業主之目的而作的。故總括全體，把他當作一件事業去觀察的時候，則把他認爲鑛業主的行爲。無論在什麼情形，於法的見地上看來，凡是目的所歸屬的地方，即認爲意思的主體。

以上所述，是專關於個人意思的。然於意思的觀念中，個人意思之外，有承認團體意思和機關意思之必要。茲特分項述之：

二 團體意思及機關意思

人不是孤立而生存的，他們常常過集團的生活。人類的集團之中，或有具備組織的，或有不具備組織的。或集團的本身抱有目的的，或有同樣目的的人，共同求達到其目的的。也有人類的集團，具備組織，而其本身又爲目的的主體者，稱爲團體。（關於團體的性質，將於論國家本質的一章內詳述之。）所謂團體，依社會的見

解，可以說是其本身有目的的多數人之組織的結合體。

團體被認爲目的的主體，同時，團體亦含有被認爲意思的主體之意味。爲甚麼呢？因爲目的與意思，是處於不可分離的關係。一切的意思，都是爲着要達到某種目的的，而一切目的，亦僅依意思才能達到。譬如所謂某公司之從事營業，某政黨之發表政綱，某市之經營電車事業，這都是承認團體本身是意思的主體的。

團體的意思，是怎樣造成的呢？因爲所有意思，都是人類的意。故團體的意思，亦必然是由人類發出的。屬於團體的人，爲團體的目的而發表意思，此種意思，即被認爲團體的意思。這個並不是法的擬制，而是社會生活上之普通的見解。又，這個並非近代文化所特有，古時亦常有行之的。即文化幼稚的時代，很少承認各個人之獨立個體的生存，各人多僅被認爲團體之一員，他的行爲，僅被認爲團體的行爲。舊時代的家族制度，即爲其最顯著的例。屬於一家的各人，不是個體的獨立的人格者，不過僅爲家族的一員。他的名譽，就是家族的名譽；他的惡行，就是家族的污辱；他的收入，就是家族的收入。婚姻是維持家名的，職業是承襲家職的。一人犯罪，家族須共同受刑，這亦是基於同樣的思想。至於承認各個人有獨立的人格，承認各人第一有個體的生存，乃是近代文化發達的結果。然而於近代文化之下，各個人一面爲個體而生存，一面又爲諸種團體中之一員而生存。而於爲團體之一員的地位中，他的活動，即爲構成團體的活動力之要素；他的意思，即被認爲社會見解上之團體的意思。

屬於團體中的各人的活動，即爲構成團體的活動力。從此種關係看起來，其中各個人，可以稱爲團體的機關。換言之，所謂團體的機關，可以說是團體之活動力之發動的所在。團體的機關，是怎樣構成的呢？這是依團體

的組織法而定的。依團體組織法的規定而在機關之地位者，於其職分的範圍內，為達團體的目的，而行意思的作用，因之，團體的意思，就由此而成。因此之故，一切的團體，必不可無一定的機關，譬如人類不能沒有頭腦，手足耳目的機關一樣。依着機關，然後團體始有**意思**，始有**活動力**。

團體的機關，於其在機關的地位中，為團體的原故而發表的意思，稱爲**機關意思**。機關意思，從一方面看起來，不用說雖則是那在機關的地位之個人的意思，然從實行團體的目的關係看來，則不是個人的意思，而是團體的意思。（又至少為可以構成團體的意思之一份子）——關於機關和機關意思，以後於論國家的機關的一章中，將再行詳細論及。

三 代表和代理關係

如以上所述，人類的意思行為，並非實行自己一個人的目的，或者是因為他人的目的，或者是因為團體的目的，在這種場合，於社會見解上，又於法的見地上，從其目的的關係看來，不認為是他個人的行為，而認為是為其目的的主體之他人的行為，或團體的行為。於此等情形，其兩者間的關係，稱爲「**代表關係**」或「**代理關係**」。

所謂代表關係，就是事實上不相同的兩個人，其一方的意思，於法律上認為是他方的意思的關係。有此種關係的地方，共分三種情形：

第一，代表關係，存於團體與其機關之間。例如，市長代表全市，公司的重要人員代表公司等是。這並不是說，凡團體的一切的機關，必然是代表團體的。於團體的機關中，只有其機關意思在法律上有團體的**意思力**者，方

能代表團體。其機關意思並非就是團體的意思，若機關意思不過為構成團體的意思所經過的一成分，於此情形，就不能把他稱為代表團體的意思了。

第二，代表關係有發生於機關與機關之間的。即一機關代表他機關。前者的機關意思，法律上認為是後者的機關意思的場合，就是這類。例如，市的襄助人員代表市長，公司的下級職員代表重要的職員是。

第三，代表關係有發生於個人與個人之間的。普通把他稱為代理關係。代表和代理，性質上並無差異；兩者皆為：於事實上不相同的兩人之間，其一方的意思，法律上認為是他方面的意思的關係。所差異的地方，僅在於代表權的範圍之大小。代理關係，僅被認為關於法律行為的代表關係。僅關於可以發生法律的效果的意思行為，代理人的意思，法律上認為被代理人的意思。而其效果，則歸屬於被代理人。普通稱為代表的場合，其範圍比他更廣，不僅是法律行為，而且包含法律行為以外的意思之發表及不法行為。

(註) 近時的學者，多數主張機關關係與代理關係，其性質是完全不同的。代理關係，是兩個人格者間的關係；反之，團體與機關之間，僅有一個人格，團體的人格是由機關而表現的 (Gierke, *Genossenschaftslehre* S. 616 ff., Jellinek, *Allg. Staatslehre* S. 560, Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen person etc.* in *Archiv f. off. B. V.* S. 238)

然而雖在代理的關係，代理人於代理人的地位以內，行使代理權，並不是為獨立的人格者而行使自己的權利，乃是行使被代理人的權利。即被代理人的人格，由代理人而表現。此與團體和機關的關係無異。

換言之，代理關係亦同樣爲機關關係，代理人於其代理權的範圍內，是被代理人的機關。

學者雖則又主張：被代理人與代理人的關係，單是外部的關係，雖離開代理人，而被代理人的人格，不爲喪失。反之，團體乃依機關而存在，無機關，則團體不能存在。然這點並不是此兩者之性質上的差異。所謂於代理的關係中，雖離開代理人，而被代理人的人格，完全存立，僅於「委任代理」的場合，才可以這樣說。於無能力者與法定代理人的關係中，無能力者離開代理人，則不能主張人格。須有代理人，方始有完全的人格。又於胎兒生死不明，及權利者一時不明的場合，離開法定代理人，則完全不能享有人格。一方面，所謂於團體與機關之間，無機關則無團體，僅對於直接機關（請參照第四章第一節）而言，至於其他機關之有無，對於團體的人格之存立上，是毫無影響的。

學者雖則又謂：機關關係，是一部和全部的關係，機關常在團體的內部。反之，代理關係，是兩個人格者間的關係，代理人是在被代理人之外，而爲與之相並立之其他的人格者。依這點雖可以求兩者之性質上的區別，然這點不能說就是兩者之性質上的差異。固然，於代理關係中，各個人在自己的內部，沒有可以代理自己的組織，故其代理人不能不求之於自己以外，這是不用說的；然於機關關係中，團體的機關，亦常常不是以從團體的內部發生爲必然的要件。不但財團法人常常可以從團體的外部而得機關；社團法人和地域團體之從外部而得機關者，亦非無其例。如水利組合以郡長爲其管理者，府縣以府縣知事爲其理事機關，這都是由外部求得機關的。

我寧反乎近時的普通學說，而相信機關關係與代理關係性質相同的解釋為正當。但於通常的場合，機關是從團體的內部而發，為構成團體的要素。反之，代理人常常是在於被代理人的外部，其差異祇有這麼一點。

因此之故，學者或以把團體和機關的關係，稱為代表關係為不當。機關不是代團體而充其地位的。因為團體的人格，是由機關而表現，故又有以他為非代表，而稱之為「表現」(Darstellen)的。(此為Gierke之說，在日本國內，寬博士最熱心主張，但為我所不贊成。)用語之如何，雖無足重輕，然在機關地位的個人本來不是團體的本身，而因其個人的意思，被認為團體的意思，故稱之為代表，亦非不當。於我們古來的用語例中，稱為「總代」者，亦表示以一部代表全部施行某種行為，而承認其代表關係。日本的法令的用語，於民法第五十三條內，所謂「理事乃關於一切法人的事務，而代表法人的」，於市制第八十七條內，所謂「市長統轄及代表全市」代表一語，就是用於這種的意味。而「表現」一語，在普通用語的意義，是含有個人以文藝或其他的手段，把其存於自己內部之思想、性格等，表現於外的意思。是使存於內者，表現於外之意。機關關係，與此相反，他是以一部代表全部施行某種行為的關係。若把兩者視同一樣，殊屬不當。

於代表關係中，必要分為「法定代表」和「委任代表」。委任代表，即由被代表者自己以代表的權能，授與代表者所發生的關係。代表權的根據，在於被代表者的「授權行為」。僅於其所授權的範圍以內，代表權方始存在。這是他的特色。法定代表，不是根據此種授權行為。乃由於法律上當然認為有代表權而發生的關係。代表權的

根據，完全在於法的力量，不受被代理人的意思所拘束，這是他的特色。

四 法學中之利益的觀念

與意思的要素相並，而爲一切法的現象之中心觀念者，尙有「利益」的觀念。爲甚麼呢？因爲一切的法，皆以保護人類的利益而存在，離開利益的要素，則法的現象不能存在。

所謂利益，即爲可以免除人類的缺乏之感，而發生滿足之感之內部的或外部的事件和狀態。簡言之，可以說是滿足人類的價值感情之一切的事體。此種利益與普通稱爲營利行爲，功利主義，利己主義的場合之所謂利益，其意義完全不同，但比他更爲廣泛。就能滿足人類的道德的感情，正義的感情和美的感情的，尤爲法的保護之最切要的利益。

因爲法是爲保護人類的利益而存在的，故所保護之利益的主體，不能在人類之外。法於外形上，雖在保護禽獸及其他東西的場合，（例如，狩獵法中之保護鳥，動物虐待防止法，保護古社寺，保護森林，）亦無非是同爲達到人類之目的的。

法所保護的利益，從其利益所歸屬的主體言之，應分爲三種：（一）個人的利益，（二）團體的利益，（三）社會的利益。

第一，個人有獨立之個體的生存，法承認之爲目的的主體。各人的利益爲法之首先所保護的，自不待言。

第二，法是保護團體的利益的。於法所保護的利益中，可分爲個人利益和團體利益，恰與於法所承認的意

思中，分爲個人意思和團體意思相當。因爲利益不過是意思所向的目標，所以認團體爲意思的主體，即同時認團體爲利益的主體。就國家的利益，爲最主要的利益。其他在國家下之各種團體的利益，亦受法所保護。

第三，法又是保護社會的利益的。爲保護社會的安全，增進社會的文化起見，法於構成社會的人們當中，不能不加以種種限制。此等限制並非直接爲個人的利益的，亦不是爲國家及其他特定團體的利益的。其利益之所歸屬的地方，就是社會全體。但社會不是有組織的結合體，不是如個人及團體一樣，具有意思；故社會利益，僅可依國家及公共團體的意思而受保護，不能如個人或團體一樣，能以自己的意思，主張自己的利益。

五 權利和義務的觀念

個人和團體，法律上認爲意思和利益的主體，於一定的範圍內，有得以自己的意思，而主張自己的權利的力。這一層，上面已經說過。個人及團體，法律上得以自己的意思，主張自己的特定的利益，此事若被認爲正當，則在此情形之中，這種可以主張其一定的利益的力，稱爲個人及團體的權利。

於權利的觀念裏面，有三種要素是必要的。(一)以一定的利益爲內容；(二)以意思的力爲手段；(三)依法而被承認。能够主張某種事情的意思的力，法律上雖認爲正當，然若不是因爲主張自己的利益而被承認，則不是他的權利。如機關意思和代理意思，就是這類。一方面，雖爲法所保護的利益，然不能依自己的意思而主張者，亦不得認爲權利。如社會的利益就是這類。又，雖爲主張自己的利益之意思的力，然法律上不認爲正當者，乃僅爲事實上的威力，而非權利。

所謂利益與意思，同爲權利的要素者，實含有權利者自己是意思的主體，是利益的主體的意味。學者或一面承認利益與意思，同爲權利的要素，然而一面謂：其意思不必一定要爲權利者自身的意思，意思主體無論是何人，其利益所歸屬的主體，即爲權利的主體，像這種人亦是有的（見前面所引波呂那齊克論文 *De Civ. et* 和內外論叢第一卷岡松權利論）。雖然，無意思者而能享有權利，是與意思爲權利的要素的思想相矛盾的。照此說所主張，則胎兒、幼者、精神喪失者、和團體，從心理的個人的意思之見地說來，雖可以說明：「無意思力者，尙可爲權利的主體」一事，然此種人或團體，從法的見地上說來，決非無意思的。機關意思、代理意思、法律上即認爲是此種人或團體的意思，這一層，上面已經說過了。

個人和團體，一方面依法被認爲有權利；同時，於他方面，爲他人的利益起見，其意思和利益，依法而受限制和拘束。個人和團體，因爲他人的利益之故，依法所受之意思和利益的拘束，稱爲義務。

義務是因爲他人的利益所受的拘束。其利益之歸屬的地方，或爲特定的個人和團體，或爲一般的社會。於前的場合，義務常與權利相對應；反之，於後的場合，義務獨存，與之相對應的權利，並不存在。爲甚麼呢？因爲社會自身不是權利的主體。

但國家爲國法的維持者，一方面，對於國內一切人民，有要求其遵守國法的權利；他方面，對於一切人民，又負有自己遵守國法的義務；故一切人民所擔負的義務，必同時爲對於國家的義務；人民所有的權利，同時必爲對於國家的權利。例如，不得侵害他人的所有權的義務，第一，雖然爲對於其所有者的義務，然亦爲遵守國法的

義務，同時又爲對於國家的義務。債權雖爲對於債務者的權利，然於爲國法所保護的權利一點上，同時又包含對於國家要求其保護的權利。於這種意義裏面，關於因社會的利益之故而被承認的義務，亦可以看作是對於國家的義務。因而可以承認那種與其義務相對應之國家的權利的存立。例如，使兒童就學的義務，受種痘的義務，與其他一切警察義務，於這種意義，被認爲對於國家的義務。這本來雖則是正當，然於與此同一的意義當中，一切私法上的義務，亦同時可以說是對於國家的義務。而在此點以外言之，凡認爲是關於社會的利益的義務，僅有義務獨存，而沒有與之相應的權利的。

六 法律上的人格者

爲法所保護的意思和利益之主體者，稱爲法律上的人格者。所謂人格，其意義與權利能力相同。所謂人格者，就是說有權利能力的人。

所謂權利能力，就是說，可以有諸種權利之基本的力。而所謂權利，就是能以自己的意思，而主張特定的利益的力；故因可以有權利，則不能不有思想的力，且不能不爲有目的者。目的和意思力，爲權利享有的基本。即所謂權利能力，不外是遂行自己的目的之意思力而已。約言之，所謂法律上的人格者，就是說：被認爲法定的目的之主體，被認爲意思力的主體的人。

法是因爲保護人類的利益，規律人類的意思而存在的，故從法的見地看起來，爲目的的主體，爲意思的主體者，不得存在於人類之外。雖然，於法所保護之人類的利益當中，個人利益之外，有團體利益，法所承認之人類

的意思當中，也是於個人的意思之外，有團體的意思，故法律上爲目的的主體，爲意思的主體者，除各個人之外，尚有團體。因而除各個人爲法律上的人格者之外，團體亦是法律上的人格者。

爲法律上的人格者的個人，稱爲「自然人」。爲法律上的人格者的團體，稱爲「法人」(Legal person, *personne morale*, *juristische person*, *Verband person*)——關於法人，請參看第二章第四節。

第二章 國家

第一節 國家的本質

一 問題的意義

憲法學以關於國家之法爲其研究的對象，所以在憲法學的全部中，爲其中心觀念者，其一是「法」，其一是「國家」。前章已經講過法的概念，故本章打算研究國家。但對於國家之詳細的研究，可俟諸國家哲學。此地所講的，僅限於爲憲法學的基礎所必要之限度而止。

於未講述關於國家的本質之見解以前，必須以先明白問題的意義，和限定其觀察的方法爲其前提。爲甚麼呢？因爲國家的本質之所以分出種種見解，多以關於問題的意義之解釋不同，和其觀察方法的不同之故。

國家的本質如何之問題，即是國家之所以爲國家，其特質何在的問題，我們欲考究：普通稱爲國家之人類生活現象，和其餘所有的人類生活現象，其區別的地方在那一點？並且找出凡是國家所必具有，而不是國家則一定沒有的性質是什麼？

(註) 國家一語，古代的意義，非如今日的一樣。所謂「國家」一語，不用說是由中國傳來的。照中國的用例，像今日所用的意義之國家，普通以「天下」一語表之。慣例：在天子則曰「天下」，在諸侯則曰「國」。在卿大夫則曰「家」。如大學「家齊而后國治，國治而后天下平。」亦有把「國」和「家」合起來，稱爲「國家」的。

或以「國」和「家」指諸侯和卿大夫的區別的亦有；或泛然用於與「國」略為同一意義的也有。如中庸「凡為天下國家有九經。」又「天下國家可均也。」天下、「國」和「家」是指三樣不同的東西。孟子「國家閒暇，及是時，明其政刑，雖大國，必畏之矣！」大學「長國家而務財用者，必自小人始矣。」國家略和「國」的意義同樣解。照日本的用例，「國」之一字，普通用為土地的區域之意味，或所謂大八洲國，豐葦原瑞穗國，有點地方含有日本全國的意味；有點地方，或含有日本國內某一地域的意味。從前稱為出雲國，筑紫國，日向國，又於諸國置國造，後世遂生「國司」、「國領」的名稱。至封建時代，諸侯之大者稱為「國主」，「准國主」。此等皆指國內之一地域而言。於此意味，所謂「國」之一字，為地理上的名稱，留傳至於今日。所謂「國家」一語，於封建時代是對於將軍和諸侯用的。特別對天子而言的地方，與其用「天下共知的天皇」，「無寧用「天下」一語，較為普通。明治天皇明治元年的書翰裏面有「何以君臨天下乎？」和「使失列祖之天下」等語。然於他一方面，所謂「國家」一語，為對於天子而用的，其例亦屬不少。請從日本書紀（國史大系本）之中，舉示一兩個例：履仲天皇之條有召阿曇連濱子詔之曰，汝與仲皇子共謀逆，將傾「國家」，罪當干死（二一四頁）；繼體天皇之條有大連憂朕無息，被誠款以「國家」，世世盡忠（二八六頁）；安閑天皇元年之條有夫我「國家」之王天下者云云（三〇二頁）；又僅為「國家」奉置橫停，橘花，多冰，倉樓，四處屯倉（三〇四頁）；於最後的兩例，應把國讀作「ミカト」。又安閑天皇二年之條有「國家」殷富，朕甚欣焉（二〇五頁）之語，於聖德太子的七條憲法之中，屢見有「國家」的字樣，第四條曰：百姓有禮，「國家」自治；第六條曰：其諂詐

者則爲覆「國家」之利器；第七條曰：因此，「國家」永久社稷勿危。這三個「國家」或可解作天子的意義，或可以解爲略與今日的國家之意義相同。明治時代以後，「天下」一語，差不多廢了，「國家」一語，專用於現在的意義。這個恐怕爲世界交通頻繁，且明白地認識日本爲與列國相對時之一國，而同時封建制度被打破，國家的統一實現之結果。

在西洋，近代的用語，與國家相當的有 *State, state, staat* 諸語，爲一般所通用。其語起於意大利文藝復興時代，是由拉丁語 *Status*（狀態）而來的。由此以前，稍可以與此相當之語，在希臘則爲 *κόινον*，在羅馬則用 *Civitas, res Publica*（後爲 *Repubblica*）之語，然 *κόινον* 和 *Civitas* 大多爲市府國家的意味，*Res publica* 大多爲自由國の意味。*State* 一語，用爲國家的意義，以意大利爲最早，從十六世紀傳播於其他歐洲諸國。有名的馬克維尼（*Machiavelli*）之 *Il principe* 一書中，劈頭就有 *Iusti et statim sono o repubblighi o principatus*（所有的國家，或爲共和國或爲君主國）之語，可見此語當時在意大利已經用爲國家的意義了。十六世紀之終出版的莎氏比亞的 *Hamlet* 一書之中，亦有 *Something is rotten in the State of Denmark*（丹麥國家有些腐敗）之語。但在今日，此語不僅用於獨立國，在國家監督之下的屬國，用此語的，亦屬不少。美洲合衆國之公共名稱爲 *United States of America*，不稱其全部爲一 *State*，而稱各州爲 *State*。至於德意志聯邦，不獨各州稱爲 *Staat*，如普魯士最近之稱爲 *die Königreich Preussischen Staaten* 一樣，聯邦的自身，亦稱爲由數個 *Staaten* 所合成的。英國

自治殖民地澳大利亞聯邦國 (Commonwealth of Australia) 其各州皆稱爲 State。討論國家的本質，不用說，不應拘泥此等名稱 (對於此等用語的沿革，請看康拉德的國家學辭典中 Löning, Art. Staat; Rehm, Allg. Staatslehre Same Göschen S. 14ff.) 在英語，State 之外，Nation 一字普通用於國家的意義。在德國語，Nation 專解作民族的意義。

第一，這個問題以認識現實的生活現象的國家爲目的，不是欲發見理想的國家應該怎樣的。發見國家的理想，於決定國家的政策上，固屬重要，國運之發展，受其影響雖多，然這個並非國家的本質是什麼的問題。欲明國家的本質，如果根據抽象的思想，而演繹的以論究之，決不能達其目的；非廣遍的觀察顯現於世界歷史上所有之具體的國家現象，用歸納的方法，以抽出所有此等現象的共通要素，以定抽象的國家觀念，則不能成功。換言之，其研究的方法必爲客觀的實驗的，且必須爲歸納的。

以上所說，雖沒有多大異議，然不可不把他限定於兩點，且把他明白理解。(一) 國家本質之研究，不可不依客觀的實驗，固屬正當，然其所謂客觀的，決非謂觀察那現於時間和空間之中，得以五官感觸而能認識的外部現象爲滿足。國家之存立，於國民心理之中，有其主要的根據，而所有的心理的現象，決非僅依外部的觀察所能理解的，必要心理的考察然後可。所謂經驗的國家學說 (Empirische Staatslehre，其代表的著作爲 V. Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Lingg, Empirische Untersuchungen Zur allgemeinen Staatslehre. 對於他的批評，請參照愛里那克的公權論二六、二七頁。) 的謬誤，實在於把心理的

考察視為度外，而僅依外部觀察，以發見國家的本質。國家既為心理的結合體，國家不能以五官的感觸來認識。欲認識之，須常依心的省察，此乃當然之理。這就是精神科學和自然科學不同的原因。研究國家現象，如自然科學之應用純外部的觀察方法，是不足的。於此之外，必須加以內部的省察，且明瞭心和心的關係，然後始能理解國家的本質。（愛里那克的國家學第三版第一二七頁，是說明此事的。他說：國家的本質之研究，不能依純客觀的方法，必須以主觀的研究方法以補足之然後可。其所謂「主觀的」不外「心理的」的意義，至為明顯，亞多

夫曼遮爾的政治學全書卷一 Begriff u. Wesen des Staates S. 36. Note 1. 非難之曰：「所有學術的觀

察，不能不為客觀的，關於國家生活之客觀的現象，亦如外部的現象一樣，不能不由客觀的以認識之，比較之。」

雖然，這不過斤斤於言詞之辯論而已。（二）欲明國家的本質，必須遍觀世界歷史上的國家現象，歸納的以研究之，於此亦無所疑惑。然於此點，國家的現象，往往逸乎常規，而生病態的和例外的現象，這層須要注意。所有人

類的生活現象皆成為某一定的類型，但其變化極為複雜，對於成為定型之生活現象，雖能定出某種抽象的觀念，然往往於其定型之外發生變化，而產生不能正確地以適合那種觀念之情形，這是不得已的結果。例如：對於

法律上所公認之男女間生活上的結合，而定所謂婚姻之觀念，把他認為婚姻關係。然事實上並沒有生活上的結合，完全過離別的生活的亦有。又，例如：對於法律所保護的人類之生活利益，而定所謂權利的觀念，認之為權

利，然在權利者並不認為權利的亦有。然而不能因此就說以婚姻為男女生活上的結合，以權利為生活上的利

益為誤解。總之，此等社會生活上的觀念，不外對於特定的類型，取其所以為那種類型之要素，用為決定那種觀

念的標準，至於很少發生的例外的現象，則勿使其包含於觀念之中。就中像國家這樣最為複雜的生活現象，例外的現象亦隨之而多。決定國家的觀念，而不區別此等例外的現象，反取入之以為標準，則得不到正當的國家觀念。欲得正當的國家觀念，不可不把常態的國家現象，和因某種特別的事情而起之變態的現象區別起來，捨棄後者而專以前者為其標準。例如王朝雖一時分為南北兩朝，互相對峙，國家的權力，呈現分而為二的現象；然因此而否認國家權力唯一不可分的原則，則為不當。又例如，中央政府的權力，一時雖甚微弱，其權力雖不能及於邊境的地方；然不能因此就謂權力非國家的要素。國家之本質如何的問題，唯在於常態的國家（Normal und Durchschnittstypus）纔能定的。

第二，此問題是關於為世界上普遍的現象之國家本質的問題，而非關於某特定的一國之問題。其觀念要對於世界上所有的國家皆適合，並不是僅限於日本的國家所定之特有的觀念。（因之，凡以日本的憲法和日本的國體為基礎，而定國家的觀念之企圖，皆不可取。）

然而對於此點，其觀念的範圍應該達到若何程度，這是一個要加考慮的問題。國家現象為社會文化的產物，而社會文化隨時而變遷，所以國家現象亦隨時代而大有差異；若取文化尚甚幼稚的國家現象和現代的國家比較起來，則難以看出其中有多大之共通性質，把他包括於統一的觀念之下，則必有不合理的地方。例如柏洛漢姆謂古代的遊牧民族亦是國家，因而謂領土不是國家的要素（國家哲學第二十頁），就是陷於此種缺點，至少亦有不適合於現代所能理解的國家觀念之憾。在他方面，把觀察的範圍，僅限於現代的國家，亦不能定

正當的國家觀念。爲甚麼呢？因爲現代的國家，爲舊時代的國家之繼續，而不是現代始發生的。但我們的目的在於研究現代的國法，而國家本質如何之問題，亦爲此研究之基礎，所以偏重於現代的國家之觀察，對於我們的目的，亦非不當。然而亦決不可把舊時代的國家視爲度外的。

第三，這個問題，並非在法學的觀念上，應該把國家看作甚麼的問題，而是爲人類的的生活現象之國家，其本質是甚麼的問題。大凡欲定國家的觀念，有兩種方法：其一，是把國家看作一種法學上的觀念的方法；其二，是與法學上的觀念，毫無關係，而闡明國家的本質的方法。第一種方法，因其爲法學上的解說，是必要的，應於後面述之。然而爲一般的決定國家的本質是什麼起見，就不應以法學上特有的觀念以說明之，而應該不假法學上的觀念之助，獨立地闡明其性質。

(註) 謂國家的觀察，必須區別而爲此兩種方法者，以爲愛里那克（國家學一三七頁以下）公權論二三頁以下）的主張爲最力。此說之要點爲：「國家的觀察，不可不明白地區別爲二種方法。其一，乃是把那爲社會現象的國家爲其目的物，以觀察那使具體的國家生活成立之客觀的及主觀的現象，以明白世界上之外部的及內部的國家之存在和影響。其二，乃是把國家之法律的方面爲其目的物。這並不是欲觀察現實的現象，而是欲明現實的國家現象和法的關係。」對於此說，有兩方面的反對，一說謂國家的觀念必定是法律的觀念。一說則排斥法律的觀念，而謂他爲哲學的觀念。前者之例爲賴寧克，他在國家學辭典中 Staat 一項裏說，「國家的觀念必定是唯一的，且爲法律的。爲甚麼呢？因爲國家之所以爲國家，在於那把統治權

力和國民結成上下的關係的法規，若將此種法規委而去之，則國家的觀念不能成立。」後者之例爲柏洛漢姆。他在國家哲學的第三頁裏面說：「欲依法律的觀念，以說明國家，是不當的。爲甚麼呢？因爲普通決定國家的觀念，多以法律是依國家而成立的東西爲出發點，因此謂國家在法律之外，而非在既存的法律之內。」我和愛里那克一樣，相信在法學的觀念上，應該把國家看作甚麼的問題，和那爲社會現象之國家，其本質是甚麼的問題，區別起來，方爲正當。這不是說從法律學來觀察的國家，和從社會學、政治學、經濟學、倫理學來觀察的國家，是彼此不同的東西。國家常爲同一的國家。無論從甚麼觀察點來觀察，並沒有兩樣東西的存在，這是不用說的。但學問上的觀念，因學問上的解說而構成的，故於各種學問之中，隨其觀察方法的不同，而有種種特有的觀念，此爲當然之理。於法律學之中，亦有法學所特有的觀念。於此等法學上的觀念之中，決定國家和那一個觀念相當，也是法學的研究所必要的。因此，就可以明白國家和法的關係。然而這個對於國家的本質是甚麼的問題，爲別一問題。國家之存立，法律固爲必要，然國家並非法的製造物，而是爲人類的生活現象自身所發達的。若爲法之製造物，則除了以法學上的觀念以說明他之外，別無他法。然國家不是依法律造成的，不能依法學上的觀念，以明國家的本質。於這一點，賴寧克之說，則爲失當。國家的本質是甚麼，應與法學上的觀念，分離獨立，以行決定；其本質是明瞭的，以之爲基礎，更論究他和法學上甚麼觀念相當。

二 國家的要素

遍觀世界上國家現象，很容易看出有兩三種要素，爲所有的國家現象所共通的。

(一) 其第一種要素，就是國民。國家由多數人結合而成，此爲明白的事實，固不容有疑惑之餘地。組織國家之全體的人，稱爲「國民」。

(註) 國民的觀念要和「家族」的觀念區別起來。伯倫智理 (Bluntschli, Lehre vom Modernen Staat S. 16) 說：「國民的人數，雖大國和小國相差非常之遠，然至少要有超出乎單純的家族範圍之多數人的結合，纔能稱爲國家。」這是明言當然的事情。日本的學者之中，往往有唱道一種思想，謂日本的國家，爲一大家族國，日本的國民不外爲一大家族。雖然，這個祇能把他看作比喻，而不能照字意解釋的。家族是基於婚姻和血族關係的結合，而人類的結合，僅僅基於婚姻和能够意識的血族關係的，決不是國家。是國家，則不能不脫離此等關係，而爲政治的結合的。無論那種國家，並不是單純的家族團體，而是政治團體。即使國家是僅由同一的民族而成，亦不能說是基於血族關係的結合。

國民的觀念又要和「民族」區別起來。對於民族的觀念正確地下一定義，固屬困難；然他必非含有和人種同一的意味（例如：像日本民族，是由種種人種的混血而成，這是人類學者所證明的），又非含有言語或宗教的相同之意味。民族的觀念，並非像這樣依外部的要素而定的，乃是大部分依心理的要素而定的。愛里那克（國家學一一九頁）下民族的定義道：「因爲有某種共通的，而具有特色的文化要素，又有共同的歷史的經過，而自覺應該自爲一體，因而又有應和別人分別的信念之多數人，就是民族。」此語

實爲得當。即以民族的精神，民族的自覺爲其觀念的中心。民族的自覺爲喚起國家的自覺之有力的原動力，那是不用說的。同一的民族，組織單一的國家，結合多數的異民族而成立的國家，其自身有分離的傾向；特別以十九世紀的下半期以後，爲民族的國家思想最強烈的時代。（關於此點，Ramsay Muir, Nationalism and Internationalism 裏面，有詳細和有益的記述，）然雖在現代，亦決非實現一民族爲一國家的理想。實際的國家現象，距其理想尙甚遠。穗積的提要（一頁及十一頁以下）以國家爲『民族的團體』而謂民族爲『同一祖先的人民之義』對於民族的定義，不獨有失正確，而對於國家的觀念，亦不免受蔑視事實的非難。

(二) 國家的第二要素就是領土。世界的各國，皆各占領一定的地域。國民通常住在其地域之內。到其地域之內的，雖爲外國人，亦服從這個國家的支配。又於其地域之內，排斥外國的支配權之行使。約言之，國家不單爲國民的結合，而是以土地爲基礎之國民的結合。若完全喪失現在所占領之土地，這就是亡國。爲國家存在的基礎之土地的區域，稱爲『領土』。

(三) 對於國家存立所必要的第三要素，不可不舉統治組織。所謂統治組織和所謂政治組織同其意義。因此，稱國家爲統治團體或政治團體（例如法國和英美的學者，從古就有把國家稱爲 Body Politic, Société politique 的）對於統治的詳細性質，於後節說明。簡單的說，所謂統治 (to govern, Governor, Herrschen) 就是支配的意思。所謂統治組織，是包含支配權者和服從者的關係的意味。無論那樣的國家，苟既經成爲國家，

必有那具有支配國民全體的權力的人，國民對之不可不有服從的關係。那個支配權者的組織，其行使支配的方法，和對於他之服從的程度等等，依時代依國家雖有極大的差異，然像這種的支配權之存在，無論在那種國家，是不可缺的。若支配權完全絕滅，這就是所謂無政府，老早就失掉國家的存在了。

以上三種要素，為所有國家的存立所必不可缺的，這可以說是一般沒有異議之點。然這些不過為國家之外部的要素而已。欲明國家之本質，不止單獨觀察此等外部的要素，必要進而加以心理的考察。而關於此點，則有種種的學說。

三 關於國家本質的學說

詳說從來關於國家本質的學說，非本書的目的。茲僅對於直到今日仍有相當勢力之最主要的學說，簡單的述其大要而止。

(一) 實力說 (Machttheorie) 此說把國家當作依據強者的實力而支配弱者的形態。即不把統治權

看作法律上的權利，而把他看作事實上的威力。這種思想，和以強權即公理 (Might is right) 的思想，是相聯繫的。此兩說同時並唱的居多，在西洋的學說之中，希臘後期的哲人派既唱此說，至於近世，斯賓諾莎 (Spinoza, Tractatus politicus, 1677) 的哲學，把「法」和「威力」視為一物。人皆知他為「國家即事實上之威力的關係」說之樹立者 (國家辭典中 Löning, Staat 一項) 迨入十九世紀，瑞士的豐哈爾 (Karl Ludwig von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, 1816-34) 為反民主主義和反立憲主義之主唱者，

且始終爲與革命思想戰爭之有力學者，其國家說亦屬於威力說。他反對社會契約說，謂強者支配弱者爲自然之天則，國家乃是基於此種天則而生的事實；他欲依此發現君主至上主義的根據，於最近的時代。實力說於一方則有金波羅維克 (Ludwig Gumplowicz)，他的各種著述中特別以 *Die Soziologische Staat Sidee*，2. Aufl. 1902 一書爲最；拉遷哈夫 (G. Ratzenhofer, *Positive Ethik*, 1901,)，賤貧罕 (F. Oppenheimer, *Der Staat* 1909, 此書日本已有譯本) 等所謂社會學派 (Soziologische Schule) 的代表，爲之主持；而一方則有聖西蒙 (Saint-Simon *Nouveau Christianisme*, 1825) 拉薩爾 (Lassalle, *Macht und Recht*, 1863) 恩格斯 (Friedrich Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates*, 1886) 等之社會主義的主唱者；蒲魯東 巴古寧 克魯泡特金 等之無政府主義的主唱者，和社會主義的法學者 安敦曼格 (Anton Menger, *Neue Staatslehre* 2. Aufl. 1904) 爲之主持。依金波羅維克之說，所有社會現象皆爲基於種族鬭爭 (Rassen Kampf) 而生的。從大體說來，國家是由勝利者的統治種族和被征服的被治種族相合而成立的。勝利者的種族，於其所征服的種族之上，確立其支配。爲防止內亂和外患起見，以實力建立的社會上的制度，就是國家。而種族的區別，於國家制度確立後，成爲階級的區別。征服者的種族，成爲支配階級云云。金氏以這個爲人類必然的命運，謂國家永遠根據於此種支配階級的實力。與之相對的，爲同屬於社會學派之賤貧罕，他明言將來的國家，可以希望失掉這樣的實力的掠奪的性質，而變爲自由民的社會。社會主義的國家思想，亦和社會學派的思想相類似。但社會學派以種族的鬭爭和社會的階級對立爲國家的本質，反之，社會

主義——尤其是馬克思派的思想，此派思想是依『唯物史觀』之名而見知於人的，——謂經濟的事情，而尤以富之生產和分配，為所有的社會現象之原動力；經濟上的階級鬭爭（Klassen-Kampf），為國家生活之主要的要素；且謂國家是依經濟上的強者階級以壓服弱者階級而成立的。（恩格斯的 Der Ursprung Familie, des Privateigentums und des Staates 的一四三頁說，『國家無論在那一時代，皆為支配階級的國家；又無論在那種場合，多為使被壓服被掠奪的階級服從的機關。』安敦曼格亦於其新國家論的開端之上說，『從來所有的法律，究竟為基於實力關係而發生的，因之，以犧牲一般民衆以圖少數實力者之利益為目的。』他稱從來的國家為『個人的實力國家』（Individualistischer Macht-Staat），謂將來所樹立的目標，不可不為『國民的勞動國家』（Volkstümlicher Arbeitstaat）。——第一編第三章和第七章。

如上所說，國家實力說，是和種種不同的思想相聯絡而呈現的；或如豐哈爾一樣，以之為辯護君主至上主義的根據的也有；或如社會主義的思想一樣，以之為否認現代國家的理由的也有。然無論那個國家，都是依支配者的實力而成立的。

國家實力說，不用思疑，含有一面的真理。國家的統治權，僅於其後面備有實力，然後方能維持。兵力，經濟力，警察力等等，就是所以構成實力的。若此等實力退減，則統治權隨之而衰；若實力全失，則國家之存亡，不能維持。於這一點，實力說為具有正當的根據之學說。其謬誤的地方，在於僅以實力為國家的根據，而不顧其他諸點。若國家僅僅不過是權力，則國家和大規模的強盜團，將沒有分別了。國家固然需要實力，然為國家的存立起見

於實力以外，必須加上某種東西纔行。所謂某種東西，即國民全體成爲有共同目的的單一體之國家的自覺。不用說，照金波羅維克之說，和照社會主義的學說之主張，國民之中，有階級的對立。於某程度內，其經濟上和社會上的利害互異時，遂起激烈的戰爭，這雖爲不用思疑的真理，然雖有此等一切階級的區別，而通國民的全體，則有一種超越階級的利害，超越階級的競爭之共同連帶的利害，和一種國民全體爲共同一體的自覺，國家因之而存立。這亦是不可思疑的。實力說僅僅看見物質的實力，而蔑視這種心理的要素，其謬誤即在這一點。若謂國家爲依實力而成立的，就沒有理由謂依據他種實力以傾覆國家爲不當。因而實力說之實際的結果，就不能不歸於承認國家的破壞了。孟子曰：「以力服人者，非心服也，力不足也。」又曰：「得天下有道，得其民，斯得天下矣。得其民有道，得其心，斯得民矣。」此說道破千古的真理。

(11) 道德說 (Ethische Theorien) 實力說是於物質的實力中，發見國家的本質，道德說則專從倫理的要素，以求其本質。即以國家爲道德的團體，爲道德之最高的形式，和爲完成人類道德的制度。其思想在東洋顯現於孔子和孟子的國家思想中，「以仁而有天下，以不仁而失天下，」君臣上下之間的道路，爲國家存立的原因。在西洋，其思想初起於柏拉圖和亞里士多德的希臘哲學中。依此種思想，人類僅於國家之中，纔能完全發展人性。因此，依國家，纔得爲完全意義的人類；僅依國家和於國家之內，纔能完成其道德。在近世，豐烏爾夫謂基於完成自身最高的道德上的義務，而建設國家的義務；因之，國家爲道德的團體。(Christian V. Wolff, *Jus Naturae* II §§ 78, 79; III § 1. 見柏洛漢姆的著作第九頁) 菲特的思想，與之相類。他謂各人和他人相結合

而造成國家，爲各人絕對的良心的義務 (Fichte, Staatslehre oder über das Verhältniss des Urstaates zum Vernunftreich)。就黑智兒可以爲道德說之近世代表的學者，依黑智兒之說，國家爲道德思想之實現 (Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee) 於國家之中，顯現客觀的精神之最高發達的階段 (Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts)。

人類的道德心，爲維持國家的存在之有力的根據之一，這是不用思疑的。雖然，以國家爲僅依道德而存在的東西，不特不能免以一部作爲全部的非難，而於道德之中，尋求國家之所以爲國家的本質，以國家爲道德的團體，到底不能爲人所首肯的。國家爲政治的團體，而政治決非和道德爲同一的觀念。以政治必要適合於已成的道德，雖爲正當；然這是政治的方針的問題，而並非政治即是道德。因此，以國家爲道德思想的實現，且爲道德的團體，是不正當的。

(二) 有機體說 (Organische Theorie) 有機體一語，本來爲自然科學上的觀念，是用以指自然界的生物的。此語所含的意味是：——由無數部分合成之全體，此全體爲一生存體，其各部分和全體，雖互相關聯，然全體和各部分之合計，實爲異物。此乃自然科學上的觀念，而被用於人類的生活現象，就中尤以謂國家爲一有機體的思想，從古就頗爲盛行了。(關於國家有機體說之沿革，請參照 von Krieken, Über die Sorgenanake organische Staates Theorie; ein Beitrag Zur Geschichte des Staatsbegriffs, 1893.) 此說在近代特別爲十九世紀的歷史法學派 (Eichhorn, Niebuhr, puchta Savigny等) 所主持。哲學家中尤以塞林 (Schelling)

黑智兒 (Hegel) 爲之唱導。最近，翁德 (Wundt) 亦爲之唱導。就中此說之現代的代表學者，可舉基爾克 (Otto Gierke, Die Grundbegriff des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien (Abuck aus d. zts. f. d. ges. Stw.), Das Deutsche Genossens haftsrecht; Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung; Deutsches Privatrecht; Das Wesen der Menschlichen Verbände. 最後的一書，在法學協會雜誌的第二第三卷，二二兩號中，有松山得四郎的日譯本。) 其思想之要點，約言之，略如下：人類無論在那個時代，必有爲個人和爲同類的團體之一員的兩重資格，無論缺乏了其中那種資格，就不能說具備人類的本質。此種人類的團體，與各個人類相同，具有完全實在和單一的性質，即與各個人一樣，爲一個人格者，此種可稱爲「團體人」(Verbandsperson)。團體人確爲有生命的生活團體，即社會的有機體。而國家就是最高的有機體。國家的團結之本質，是以強制的遂行一般意思爲內容。其實體爲一般意思，其形式爲組織力；其任務爲自覺其目的的行爲。其發生是基於人類的天性；其本質是具有單一的共同的生命之人類社會的有機體。——這種人類社會的有機體，是和組成他本身的各員的生命不同的。

國家有機體說所表的思想，其主旨有三點：(一) 國家爲基於人類的天性之自然的產物，而非人爲的製造物。(在這一點，有機體說以國家爲基於人類的理性的，和以他爲人爲的製造物之自然法學說相反對。)(二) 國家雖由多數人類所合成，然其全體爲單一的生活體，具有一種和組成他自身的各個人不同的實在的生命，且具有他自身的目的。(三) 國家有單一的意思力，依之以保持其生命，和遂行其目的。此等思想，無論如何，是極

爲正當的，沒有可以非難他的理由。在這種意味，有機體說，乃是正當的學說。唯與他同樣的思想，依以後所述的統治團體說，可以完全表現出來，獨很難見得有假借那本來爲自然科學上的觀念之有機體一語之必要而已。不特如此，關於自然界中的有機體，和所謂社會的有機體之意思組織，（自然的有機體之意思的統一，自然具備；反之，社會有機體之意思的統一，依法而始保全，）和關於其發達的法則，（自然的有機體，依自然的法則而生長，發達，和衰滅；反之，社會有機體之盛衰存亡，多爲人類的行爲所左右；尤其是自然的有機體，依生殖的作用而保存種屬，且於某時期必不免於死亡；反之，國家沒有生殖的作用，且不能說他是必然滅亡的，）其間大有差異之點，這也是不可忘卻的。

（註）對於國家有機體說，有種種反對之說。賴寧克（國家學辭典中 *État* 一項）以基爾克之說爲

超脫學問的認識之正當的界限。學問的認識之範圍，限於依我們的五官所能知的事項，非然者，祇爲宗教的信仰之目的，而不得爲學問的目的。不能爲五官所知的生活體，是學問上所沒有的。不用說，我們雖能見國家之種種作用，然這是從各個人類發出來的，不能承認有一種和各個人類不同的獨立生活體，具有意思，且能有所作爲的。云云。法國學者狄曠（*Léon Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive*

1901, *Traité de droit Constitutionnel, 1911; Transformation du droit public*）亦以同樣的理由，否認國家爲獨立生活體，謂以國家爲人格者，純然爲擬制之說，不可不排斥於學問的觀念之外。然這種反對，不是正當。爲甚麼呢？因爲所有心理的現象，不能都用五官而行外部的觀察的。高克里金對於把自然

科學上的術語之「有機體」一觀念，移用於國家學之不當，加以非難，且謂在自然科學中，亦難認出有機體和無機體之間，其性質上之判然的區別。愛里那克（國家學一五一頁）對於有機體的觀念，難下精確的定義之事，亦加以非難。然而有機體說之價值，非依其在自然科學中的定義如何，而為所左右。如基爾克所說（Die Grundbegriffe des Staatsrecht S. 71）因為想表明國家學上之某種觀念，乃從自然科學中假借名稱。而所謂國家為有機體，亦非和自然科學上之有機體完全同一的。他的價值，一依其在國家學上觀念之精確與否而定，並不是受自然科學上之定義所支配的。

（四）合力說（Energetische Theorie）在近時學者之中，有欲以「恩那基」或力的觀念，以說明國家之本質的。「恩那基」之說，在社會上為俄斯多瓦爾特（W. Ostwald, die energetischen Grundlagen der Kulturwissenschaften, 1909）所主張；在國家學的區域內，為曼遮爾所主持。曼遮爾下一條定義道：「所謂國家，就是造成國民之合同的力，和處分此種合同之制度的全體之謂。」（政治學全書一卷A. Menzel, Begriff und Wesen des Staates 1914, S. 43）。國民為其全體而獻出其肉體的、經濟的、精神的和道德的力之一部分，且為處分其已經結合之力而存在的制度，就是國家。柏洛漢姆亦說明國家的本質，謂國家為「法的、人為的之根本的力之源泉」（rechtserziellier Grund-Kraftquelle）。又謂「結成國家團體的多數人，比之沒有團結之同樣的人數，較為有力得多。這種較多的力，是依國家而生的。試看歷史上人類和人類以前的階段之動物的進化的途徑，則見隨其進化的進步，而其自然的力和抵抗力，益以消失；而人為的力，益以增加，以代替之。此種人

爲的力，發源於人類各種的團體之內，而其根本的源泉，則在國家。所有法的人爲的力，其最後的基礎在國家。」
(國家哲學二二三頁以下)。

國民之力依國家而結合的，依這種結合，則國家比之沒有結合的多數人，具有絕大的力，這是不用思疑的。關於這一點，合力說顯然包含真理。但依前面所已經說過的，這種真理，以國家爲一個團體，而所有團體無非爲多數人的合力的形體。因之，不能謂此說發見一種與次述的統治團體說不同的別個的真理。

(五) 統治團體說 (Gemeinwesen-Oder Verbands-theorie) 關於國家的本質，近代學者的通說，都是把他認爲統一的團體。今日國法學者的大多數，雖有明白地理解團體的本質與否的差異，然總沒有不承認國家是一個團體的。此說非創始於近代，從古已爲人所承認了。雖然，詳細地講述此種學說，使團體之本質得以明白，則不可不特別的歸功於基爾克和愛里那克等德國學者。對於基爾克之說，前面已略有說過。他把團體的觀念，和有機體的觀念，同一樣看法，自命爲有機體說的主張者。又他對於在法學的觀念上，國家是甚麼的問題，和社會現象上的國家之本質的問題，雖則沒有明白地區別出來，然使團體的本質得以明白，使之爲學界的定說之功績，卻不可不首先歸功於他的研究。但基爾克之有機體說的結果，以國家的本質爲「團體人」，不承認人格者的觀念爲法學上特有的觀念，而謂社會現象上的國家之本質，亦爲人格者。而於一方則謂「團體人」僅爲基於法規的人格者，承認法規能給予此種人格，或能拒絕此種人格 (Deutsches Privatrecht, I, S. 471)。因此之故，就不能不承認沒有法律上的人格之「團體人」了。即基爾克把法學的意義之人格的觀念，和社會現

象之團體的觀念，混爲一談，有同以人格一語以稱呼他兩者的遺憾。愛里那克更進而討論社會的國家觀念和法律的國家觀念有區別的必要。謂國家爲人格者，僅爲法律的觀念；對於社會現象，則不用基爾克所用之「團體人」(Verbands-person)一語，以避免觀念的混同。他下國家的定義道：「具備原來的統治力，定居於土地上的人類團體的單一體，就是國家。」(Der Staat ist die mit Ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit resshafter Menschen)——國家學一八一頁。

以國家爲具備統治力之人類的團體的思想，不僅爲今日之通說，且爲唯一正當的思想。以下打算本此思想，略略說明國家的本質。

四 國家是一個團體

以國家爲一團體的思想，可以說是幾乎爲一般人所承認的定說。然往往有人不能明白地理解團體的性質，一面承認國家爲團體，而一面又唱導和此思想全不相容的學說。爲明白地理解這種思想起見，不可不先明白國家爲團體一語，含有什麼意味。

所謂團體，就是有共同目的之多數人的組織的結合體，可以說其自身就是目的的主體，就是活動力的主體。由多數人而成立的東西，於思想上以其全體作爲單一體，組織他的個人雖有變化，然尙可以他爲同一體而仍舊繼續的。

團體的觀念，要和隸屬於主人的奴隸之集合體不同。奴隸僅爲替主人盡職，爲達主人之目的而結合的，非

爲達到自己的共同目的而結合的。爲目的之主體的，乃是一個主人。奴隸對於主人，不過僅爲一種財產而已。這一個恰和羊的主人畜養羣羊，沒有差異。封建時代的君臣主從的關係，頗與此相類。家臣本來和奴隸不一樣，然他對於其封主的關係完全以一身獻於封主，專爲封主之目的而勞動，自己沒有地位，不是以全體爲目的之主體。縱令不是如奴隸一樣，爲完全沒有人格之財產，亦不能把他們看作單一的團體，他們的關係，祇不過僅爲封主和家臣之個人的關係而已。恰如大企業家爲其企業而雇用多數的使用人，這個僅爲個人的關係，不能把企業家和使用人的全體看作構成一個團體一樣。團體和這些關係都不相同，構成團體的多數人爲全體，有共同之目的，其全體爲目的之主體。其目的雖爲構成團體的各人之全體的目的，然非各個人的目的之合計。全體具有和個人的目的相異之綜合的目的，其全體爲單一體而存立。其目的又必非獨爲現在的個人打算，而爲連互過去和將來而存續之目的。因此，爲將來的目的，不能不犧牲現在各人的利益，此種事情，亦往往有之。

團體的觀念，又不可不和多數人欲共同達到各自之目的而聯成之「組合」區別起來。「組合」用於廣意，雖或可以稱爲團體，然組合不是全體爲獨立目的之主體。他僅爲多數人，爲某共通的目的，欲相協同而達其共通之目的所組織的。其目的之主體，爲參加於此組合之各個人。各個人因適合於達到自己個人的目的，而組織組合；若和其個人的目的不相容，則無論何時，能以脫離組合，這是組合的本質。即組合之目的，不外組織此組合之各個人的目的，沒有離開各個人的目的而獨立之目的主體，於這一點，組合和嚴格的意義之團體有別。

團體的觀念又不可不和無組織的人類之共同生活區別起來。團體常爲組織體。所謂組織體，就是有獨立

目的之單一體，和有遂行其目的的意思組織之謂。即所謂組織體，必為意思之主體，其意思在於實現全體目的者，須被認為全體的意思。所謂團體為組織體，即謂團體具有像這樣的一般意思。團體的意思，是依有遂行團體目的之任務而為普通所認識的各人所作成的。像這樣的各人，稱為團體的機關。團體常依機關而有意義，依機關而活動；若沒有機關，則團體不能存立。所謂組織體究竟不外為具備機關的東西的意義。在這一點，團體與民族、社會及階級等觀念有別。這種種的東西，皆於某程度內，有共同的利害關係，即在心理上，雖亦有共同體的自覺，然他們沒有作成一般意思，和為一般人所認識的機關，因此，不是意思的主體。

所謂國家為一團體，即含有國家具有如上所說之性質的意味。故須特別注意於以下各點。

(一) 所謂國家為團體，就君主國來說，則含有以下的意味：君。主。和。臣。民。同。在。國。家。之。內。為。構。成。國。家。的。要。素。或以為僅有臣民構成國家，君主是在國家之外，而統治國家的；或以為君主即國家，臣民在國家之外，依國家而受統治的；無論如何，此種種說法總和國家為團體的思想不相容。

(註) 穗積提要一方面下一條定義謂：「國家為一定的民族，佔據一定的領土，以獨立的主權而行統治的團體。」(第一頁)他方面又謂：「皇位和國家，合為一體。其所以合一，在於天皇的意思即國家的意思。略言之，天皇即是國家。」(二二三頁)他持一種好像僅有君主以構成國家之說。雖然，這個明明是不能照字面來解釋的。若照字面看，以君主為國家，則因其謂國家為團體之故，其結果將謂君主為團體。其違背道理，是不用說的。對於普魯士王國時代的國法，般哈克亦謂君主即是國家。(Bornhak, preuss staatsrecht)

I. S. 128.) 此說在德國，亦招一般學者的嘲笑。無論何人都不敢老老實實的承受。

(二) 所謂國家爲團體，含有國家本身爲目的的主體之意味。國家之目的，固非和人民之目的毫無關係，然國民各個人之目的，非即爲國家之目的；互於過去，現在，未來，而永遠恆久之一體，其全體即爲具有目的之主體。以自己的目的而活動的力，我們名之爲「生命」。換言之，謂國家爲主體，無異於謂國家爲生命之主體，和生活體。

(註) 國家爲目的之主體一語，往往爲學者所否定。國家有機體說之主張者波呂斯 (Preuss, Gemeinde, Staat, Reich S. 260, 280, ff.) 把團體分爲：人爲的團體 (Genillkürten Verbände) 和自然發達的團體 (Gewordenen Körperschaften) 人爲的團體，是以某種目的作成的；而自然團體，是和目的無關而發達的。因國家是自然發達的，故謂國家爲「沒有觀念上之目的東西」。柏洛漢姆 (國家哲學二二頁) 亦反對於國家之定義之中，加入目的的要素；以爲這樣一來，則是以國家爲因某種目的而作成之人爲的結合，而復歸於國家契約說的立場。寬氏國家之研究 (二〇六頁以下) 把團體分爲「普通我」和「集合我」。集合我是爲某種目的而結合的；普通我謂之「本來的一心同體」。國家爲普通我。這個和波呂斯之人爲的團體和自然的團體之區別相類似。然而自然的團體和人爲的團體 (普通我和集合我) 不能得像這樣判然的區別的。所有團體，其存在的根據，在乎人性之自然。於此種意味，爲自然的產物。又於某程度內，必含有人爲的分子。家族團體，於人性的自然，有最深的根據，而爲其基礎之夫婦關係，是依人爲而作成的。於此種

意味，可以稱爲人爲的團體。就國家來說，固然包含許多人爲的分子，外國人歸化於本國，本國人歸化於外國；兩國合併爲一國；一國分裂爲兩國；凡此種種，從古已有，不能以之爲成於純粹自然的發達；亦不能謂之爲本來的一心同體。而且，假令國家爲自然發達的團體，也不能因這個原故而否認他爲目的之主體。所謂目的之主體的觀念，爲基於我們心理認識之觀念。即謂：非爲一種作別的事情的手段而存在，其自身具有存在的理由；必非含有爲實現某種能以意識的結果而作成之意味。於我們社會上的認識中，首先被認爲目的之主體的，就是各個人。然各個人不用說非爲某種目的而生，其目的是先天被賦與的。然因此而完全否定人生之目的，以人類爲沒有目的的，此事之不當，自不用說。國家亦與此相同，即使他是成於純粹自然發達的，仍然不能不說他具有固有的目的。

(三) 所謂國家爲團體，又含有國家是意思之主體，而且具備機關之意味。意思之主體和目的之主體是相關係的目的表示意思所向的方向；意思爲達到目的之手段。既然爲目的之主體，必定同時爲意思之主體。而國家之意思，是依國家的機關而發現的。對於國家的機關，將於第四章詳論之。

(註) 國家爲意思之主體，怎樣能以認識呢？此事和法人之本質的問題，同爲從來常常紛爭的問題。

持法人擬制說之見解的人，以法人爲依法之擬制而假想出來的東西，又對於法人的意思，亦以他爲依法之擬制而作成的。此說特別由莎菲尼以迄於近時，差不多爲一般的通說。依此說，具有意思的東西，祇有人類。法人（國家亦是一樣）是沒有意思的東西，但因爲法律萬能，故雖沒有意思的東西，亦能予以意

思。所謂法人，即依法律而成之人爲的人格者。

然而，無論用怎樣的法律之力，亦不能從無生有。對於沒有意思的東西，予以意思，這亦爲法律之力所不能及的。照柏林茲 (Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1857) 痛快的議論，把沒有意思的東西看作有¹意思的，譬如把沒有釘子的地方，看作有釘子，且彷彿懸掛着衣服一樣；不是人的東西，依擬制把他看作人，是把法人看作草人一樣。

法人擬制說，在今日老早已全失了勢力，因而謂法人依擬制而被看爲有²意思的東西之思想，亦爲一般人所否認。然而否認擬制說之結果，遂剩下怎樣能够證明國家爲³意思的主體之問題。對於此問題的解答，現在有兩種思考。其一，全然否定國家之⁴意思能力；意思之主體，不是國家，祇有實際地當統治之任的人們的意思；其一，謂國家爲事實上有意⁵意思能力的東西。

第一，否定國家的意思能力之說，德國之斯德爾，賴寧克，梅耶，法國之狄曠，瑞士之阿佛達等主張之。此說全然反對國家團體說，謂國家不是法人自己爲統治權的主體，統治權是屬於統治者的。對於這點，於第四節更論述之。

和此等不同的，有一種學說，一面認國家爲一團體，且有法律上的人格；而一面否定國家的意思能力。此說特別爲般那慈 (Bernalzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen person und über die juristische personlichkeit der Behörden insbesondere, in Archiv f. öff. R., V. 1890) 所主

張。他專於目的之主體中求法人的本質。爲實現其目的，雖要意思，然其意思不須爲自己的意思，意思力無論屬於何人，依意思而主張的目的之主體，即爲人格。就國家言之，國家所以爲人格者，在於具有自己之目的，而非在於爲意思的主體。意思的力專屬於國家的機關。但因國家機關的意思，乃他物之目的（*fremder Zweck*），故意思的主體，自然非權利主體，而國家乃爲其權利的主體。此說以意思的觀念僅限於個人意思爲根據，含有根本的錯誤。

第二，國家非依法的擬制，而爲現實的、具有意思、能力的東西之說，於今日之國家學說中，頗可視爲一般的通說。雖然，所謂國家的意思，是個什麼東西，對於此層，其說明不一。

依國家有機體說，國家恰與人類同樣的爲實在的生活體，故他當然有現實的意思的動作。什麼是國家的意思？國民的一般意思，即爲國家的意思。基爾克（*Die Grundbegriff des Staatsrecht, Sonderabdruck B. 93 ff.*）說：「於個人的精神，個人的意思，個人的確信之上，我們從無數的生活現象，能以認出一般的精神，一般的意思，一般的確信之現實的存在。」而國家的實體，在於一般的意思（*der allgemeine Wille*）。其所謂一般的意思，不用說，像盧梭的 *Volonté générale*（總意）的樣子，不是含有各個人的意思之總和的意味，而明明謂那爲國民心理作用的國民全體之普遍的意思。這就是國家的意思。然謂國民心理的作用即爲國家的意思，此事究竟難以承認的。國民心理，固然是予國家以存立的根據，對於國家的意思之構成，予以大大的影響，這是不錯的。然國民的一般心意，非於各種情形之下，皆爲國家的意思。反乎國

民的一般意思，而造成法律，從事戰爭，徵收租稅之事亦有，然亦不失其為國家的意思。

反對有機體說的學者，和承認國家為人格者的學者，都認國家為具有現實的意思能力，唯不像有機體說，直把「一般的意思」認為國家的意思，而謂國家機關的意思即為國家的意思。其代表學者為愛里那克。他說：「因為所有的意思，為人類的意思，故國家的意思，亦必定不能不出於人類。某一個人或多數人，因為國家之目的而成的意思，作為國家的意思；這類的人，於這種關係的限度內，可以認為國家的機關。」

奧大利的新進學者楷爾先 (Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, S. 172

註)對於愛里那克之說，加以反對，他謂作為國家意思的東西，決不是國家機關中各個人或多數人的意思。試舉法律為其例證：法律為國家的意思之表示，此事更無所用其爭論，然法律決不能看為在君主和國會議員的地位的人們之意思表示。國會議員事實上不明白法律的內容，而徒舉手贊成者，往往不少；君主之裁可法律，亦必非一一審查複雜的大法典之條項，然後表同意的；假令各人皆充分地審查，而各人的意見是否各異，亦不可知。這個怎樣能看作這些人之一致的意思表示呢？他自己的意見，復歸於擬制說。所謂國家的意思之觀念，不過專為法律的觀念，而非社會的心理的觀念；不過專以法律的力為基礎，使某種意思行為的效果，歸屬於國家罷了。然而這種反對，並非得當。國家具有意思，決非單純的法律學上的觀念，而為人所認識之社會現象。國家之從事戰爭，締結條約，徵課租稅，經營鐵道，不能不認為社會上的事實，決不能認為法的擬制。依法律而規定者，唯有以下諸點：怎樣的人為國家的機關，而立於作成國家意思的地位？

又怎樣然後作成他？換言之，機關的組織怎樣？機關意思怎樣發表？這專為法律上的問題。這樣發表的意思，乃人所認識的國家意思。如愛里那克之言，為社會生活上的 *Denknotwendigkeit* (現實)，而非 *fiction* (擬制)。唯愛里那克的說明，具有若干的缺點。其缺點在於不認機關的意思和為心理作用之個人的意思之間，有明白的區別。國家的意思，即國家機關的意思，此為無疑的真理；然所謂國家機關的意思，亦非在機關的地位之各人心理上之一切意思的作用。例如，在君主國裏面，謂君主的意思，即為國家的意思，亦非謂君主之所有的心理的作用，為國家的意思。唯依法律所定的方法而發表的意思，乃為國家的意思。而依此方法之意思的發表，不問為君主心理的意識之意思作用與否，常為國家的意思。關於此點，於討論國家機關的地方，更述及之。

(四) 謂國家為團體，即含有以國家為單一體的意味。國家雖由多數的國民而成立，然其全體是一種和國民各人的生活不同的單一生活體，且不止單為現在生存之國民的團體，而為歷史的發達，和將來的永遠恆久的單一體。國民的全體能被認識為單一體，且經過幾代，尙常常能被人視為繼續的同一體，其外形上的根據：第一，在於其占領地域的單一。居住於同一地域的國民之團體，有僅以這件事為理由而被認為單一體的。第二，在於意思之單一。國家的機關，無論怎樣複雜，必要有統一其全體的結構，依之以保持國家的意思之統一。若國家的意思，分割為二，有二種完全相互獨立的機關相對立，這老早就不是單一的國家了。然此兩點中之任一點，不能僅以之為說明國家的單一體之充分的根據。國家占領的地域，隨時代之不同，或膨脹或縮小，必非為全然同

一的。然不因此而喪失其爲同一的國家。對於國家的意思之統一，在某一時期觀之，意思之單一，雖爲國家的必然性質；然在不同的時期言之，意思的連續，全被破壞，此種情形，並非沒有。大革命以後的法蘭西，歐戰以後的德意志，即其顯著的例。然此亦不妨礙同一國家的繼續。國家爲單一體之真正的根據，於此種外部的根據之外，不可不求之於國民間之精神上的聯絡。詳言之，同時生存的全體國民之間，不特有一種爲共同目的之單一體的自覺，而異時生存的國民之間——現代的國民從遠祖受其生命，更傳其生命於後代子孫——亦有精神上的聯絡，亦有同爲一體的自覺，此種單一體的自覺，固然依國家的不同而有強弱之分——日本國民誇張其國之美，即不過團體的自覺勝於他國，而特別誇張其強固而已。——然無論怎樣的國家，斷沒有全然沒有單一體的自覺之存在的。

(註) 格爾 E (Gerber Grundzüge des deuts. Staatsrecht, Beilage 11) 說：「國家人格之自然的基礎爲國民。……所謂國民，非謂現在生存之各個人類的全體，而謂於歷史的團體中，精神的結合的全部現在生存的，祇不過其顯現於現在的而已。」愛里那克 (國家學一七八頁) 求國家單一體的基礎於其目的之中，謂「依繼續的目的而互相連結之多數的國民，必然是爲人所認識之單一體。」又謂「國家亦大多爲依照目的之單一體 (teleologische Einheit)。對於多數人依着繼續的內部的連結之目的而互相聯絡之場合，在我們的信念，把他看作一體。」也是基於略爲相同的思想。楷爾先 (見前面所徵引他的書) 反對此說，謂近代的大國家都是機械的把各種各樣的人民集於國境之中，謂他爲精神的統一體，全不可

能，又其全體亦沒有共通目的的道理。國民不過僅純然依法律的行為（*rein juristischer Akt*）而統一，依人爲的劃定之國界而連結。此說僅僅看見表面的外形和實力說陷於同一的謬誤。

五 團體觀之國家的特質

僅以國家爲團體，尙未明國家所有的性質，人類的團體，其種類極多，國家僅爲其中之一。因之欲論國家的本質，不可不明：國家於那一點，具有和別的團體不同之特質。其特質可於三點中求之。即（一）地域團體（二）統治團體（三）最高團體。

（一）地域團體 領土爲國家成立的要素之一，前面已經說過。國家以有一定之境界的土地的區域，爲其存立的基礎，以之爲統治的舞臺，不許他國之侵犯。因此之故，國家被稱爲地域的團體（*Gebiets Körperschaft*）。地域團體非必僅爲國家，附屬於國家之下的自治殖民地和地方自治團體，皆爲其一種。其特色非僅爲多數人之結合體，而在於以地域爲基礎之結合體。民法上，法人的種類，僅承認社團法人和財團法人兩種。地域團體既非財團，亦非純粹的社團，而爲此兩種以外之另一種東西。這種東西，在民法上的法人當中找不出完全相類的。他和財團不同的地方，就是在財團之內，一定的團員，不現於團體組織之上，僅以團體的機關，來遂行團員所定之目的。反之，在地域團體之內，有一定的團員，依其全體之協力，以遂行團體之目的。即在國家之內有國民，在地方自治團體之內，有其住民。在這一點，頗有類於社團。其與社團不同的地方，在於社團僅爲一定的團員之結合，團體的權力僅及於團員，反之，地域的團體，是以地域爲基礎之團體，入其地域內的人，雖非團員，然於居留其地

域的時候，當然處於服從團體的權力之下的地位。即其地域爲行使權力的舞臺，非僅團員服從其權力，在地域內所有的人，皆服從之。換言之，社團爲純然人爲的團體；地域團體爲人的團體，同時又爲地的團體。

(二) 統治團體 國家之重要特色，爲具有統治組織的團體。所謂統治組織，爲對於團員的意思，具有一種

無條件的拘束力的組織之意。所有的團體皆爲組織體，他必定具備機關，依機關而有意思，且其意思必定具有

拘束團員之力。於此種意味，所有的社團與其團員之關係，亦可以謂之爲服從命令的關係。若團員不從其命令，

各自隨便維持自己的主張，則團體完全不能成立。既然成爲團體，各人爲團體的一分子，則於團體的目的之範

圍內，不可不服從其命令，此乃團體的當然之性質。這種可以謂之社團權 (Verbands gewalt)。然而一般的社

團，只以團員自己服從的意思爲前提，若不欲服從，則團員無論何時皆可退出團體；團體沒有一種強制其服從

的力。即社團權缺乏一種無條件的強制力。國家和他們不同，無條件的支配國民，且具有一種力，雖反乎人民的

意思而亦能強制其服從。國家的活動，有各種各樣。不僅在內單獨支配國民的對外和列國交涉，維持本國在世

界上的地位，和列國共同貢獻於世界的文化，凡此種種，不獨爲國家最重要的任務之一；然於國內，除用權力以

支配國民之外，爲促進社會文化，增加國民福利之故，必要有許多非權力的設施。然就中以具備支配國民的權

爲國家所不可缺之要件。沒有這種權力，則不能想像其爲國家。然其權力，非如單純的社團權一樣，以任意加入

團體爲前提，和無論何時得任意脫離的，他是一種無條件的支配權。此種權力，有種種的名稱：公共權力，統治權，

主權和國權 (puissance publique, autorité politique, Souveraineté, Herrschergewalt, Hohengewalt,

Staatsgewalt, plenitudo potestas, etc.)等名詞，都是普通用以指這種權力的。我們把他稱爲統治權。有統治權的不獨是國家，如地方自治團體，自治殖民地，封建時代的諸侯，都具有此種權力的，然就以國家爲最顯著。

統治權非爲單純的事實上之威力，而爲法律上所承認的力。因爲法律在社會的意識中，有其存立的根據，所以說法律上承認的力，即含有一般國民之間，承認其力爲權威，不能不服從之的意味。不伴有像這樣的社會意識之單純實力，不是國家。不用說發生社會意識的重要原因之一，在於國家的實力。特別在國家征服異民族的場合，被征服的民族，不過僅因實力做不到，不得已而服從，而於可以成功的限度內，不絕的圖謀獨立。此種事情，不乏其例。然於此場合，雖自覺實力做不到，而廢棄戰爭，然既然甘心服從於其權力之下，則可以謂同爲具有一種不能不服從的意識。

因此之故，謂國家爲具有統治組織的團體，其意即謂：行使其統治的機關之組織，依法而定；國民服從其統治，依法而承認。有國家，必不可無法律；離法律，則不能想像國家。

(三) 最高團體 國家在人類所有的團體中，爲最高的團體。所謂最高，其意即謂：不認有於自己以上能支配自己之任何權力；可爲自己目的之活動範圍，專依自己所自定，不待他人之承認。或和所謂自立獨立，爲同一的意味。國家爲世界上列國之一，和其他許多國家相並立，於其與列國的關係上，受許多限制，自不必說。此等限制，隨世界的交通之發達，有日益加廣的傾向。雖然，此等所有的限制，皆依國家自己承認而生的，於自己的自由

意思中，有其存立的根據，非反乎自己的意思，而受他種權力之拘束的。從其活動力專依國家自身的意思而定，非由他人賦與和承認的事實看來，謂之自主的。從其不為外國所支配的事實看來，謂之獨立的。從國內所有團體所有個人，皆沒有反乎國家的意思而與國家對抗的意思力的事實看來，謂之最高的。無論發現何種相同的性質，約言之，國家稱為最高的團體。所謂主權一語，除了用於和統治權同意義之外，有時用作含有此種最高性的意味，因為表示國家為最高的團體，故有謂國家具有主權。具有統治權的團體，不獨是國家，地方自治團體，自治殖民地等，為屬於同一種類的東西。獨最高的性質，唯國家有之。依此種最高的性質，國家可和其他所有的團體區別出來。他種團體之有統治權，皆基於國家的承認，為國家所容許和賦與的。

總上所述，約言之，國家為最高的地域的統治團體。詳言之，國家的定義可以謂為：以一定的地域為基礎之人類的團體，有統治組織，且為最高獨立的東西。

(註) 穗積提要在第一頁的劈頭，下國家的定義道：「國家乃是一定的民族，占據一定的領土，以獨立的主權而行統治的團體。」這條定義，基於著者的權威，盛行於日本，中等教育的教科書，照樣採用他的不少。這條定義，有三個重大的缺點：(一)以國家為民族的團體，是錯誤的。關於這點，前面已經說過。(二)所謂主權一語，為單單對於國家而用之語，要待解說，然後始能理解，將他用於國家的定義之中，非所以說明國家之本質。(三)依這條定義，究竟以何人統治何人，甚不明白。依此定義，彷彿把國家解作民族的團體。然從「以主權而行統治」一語看來，彷彿主權是在民族之外，以這種主權統治民族似的。主權是存在於民族團

體自身嗎？又團體服從於主權的統治，則主權是存在於團體之外嗎？這兩點不明瞭，爲此定義之最大的缺點。依他最後的說明看來，在某種情形，則謂主權屬於國家；而在他種情形，則謂主權屬於君主（一八三頁以下），其爲說甚不明瞭。這種思想的不明瞭，恐怕就是那致使國家的定義不明瞭的原因罷。

六 國家存在之必要

國家之存在，爲甚麼是必要的？我們爲甚麼不能不服從國家的權力？沒有國家我們就不能生存嗎？

對於這些問題，或完全否定國家存在的必要，以無國家，無權力，無法律的世界爲人生之理想的也有。這就是無政府主義的主張。或以爲國家之存在，出於神意，非人類所應是非評論的；（國家神意說，日本的國體論者之說，亦間有與此相類）或以國家爲歷史的自然的發達之事實，超越於我們之議論的；或以爲國家爲依強者之實力以征服弱者而成的，爲實力之當然的結果，所以謂討論國家之存在，爲甚麼是必要一問題，乃屬無益。（社會學派之說，尤其是金波羅維克之說）而全把這個問題置於討論之外的也有。

多數國家學者反對這種見解，而承認國家存在之必要，又努力於說明其必要的理由。或如黑智兒一樣，以國家爲道德的思想之實現；或如康德一樣，以國家爲理性之必然的要求；於國家的本身，求其存在的理由的也有。或以國家爲完成人類目的之必要的手段，於人類的安全，福利，和文化中，求其存在之理由的也有。

無政府主義的主張，否定國家的存在，而以依國家權力的強制爲無用；依各人間的互相交讓，依理性的判斷，依道德，和依其他人類的他種心理作用，而生不用強制之自然社會的法則。依這種法則，常能調和人類各種

利益。這種思想蔑視人類所有的弱點，而以為所有的人類得成為完全無缺之神一樣，不過為完全無稽的空想罷了。人類有社會的天性，為不可爭辯之真理。同時人類也有一種滿足自己一人生活上的欲望之強烈的利己心，因而有反社會的天性，這也是無可置疑的。雖有國家的強制，然無論在什麼時代，犯罪仍不能免絕，若完全失其強制，究竟怎樣能維持社會的生活呢？人類於體力和精神上極不平等，弱者應怎樣保護然後能免於強者之暴虐呢？其暴力愈甚，則國家的權利衰微而陷於無政府狀態的時代，徵之各國歷史，於事實上可以證明。

凡是在人類共同生活之中，秩序是不可缺乏的。即在欲共同達到極簡單的某種目的之場合，其間亦必不可沒有秩序。而為保存秩序起見，必定要承認一定的權威，而互相服從之。現在貫通人類生活的全體而為共同生活的場合，則以權力保持秩序，其必要更不待言。國家在這一點，具有存在的理由。無論為精神的或為物質的，人類之過人類的生活，僅依共同生活後可。而共同生活，又僅在國家生活之內而後可；僅於國家生活中，方能過有秩序的共同生活。而所有之文化要素，僅於有秩序的共同生活中，才能發達。人類比之獸類，體力極為薄弱，若果沒有國家，則世界將成為猛獸的世界了。

(註)

柏洛漢姆 (國家哲學二七頁以下) 說明國家存在的理由如左

「隨世界進化的階段上昇，人類的自然能力漸漸減少。因此，補充之的必要，漸漸增加。在原始人類，衝動和感性的生活，為主要的生活，所以恰如高等動物一樣，僅依本能而生。跟着文化的進步，這種感性的分子減少，而要代以人為的手段。這種補充手段，起初基於感情而發生，繼依理性的考量而完成。而其補充手

段之最著的，就是國家和法律。這是文化的要素，是已經失了的自然力之補充品，是文化的力之補充手段。其存在的正當理由，在於他的必要……法律、風俗、道德、言語、宗教、藝術，無論那種，都為增加人類的力之人為的要素。而此等人為的力之要素，唯依國家所保障之外部的秩序之結果，才能發達。因此，國家為文化的發達之最後的源泉，為外部的條件，而文化對高等動物和原始人類所具備之自然力，本能，及能力的失掉和減少，作為一種人為的補充。國家的存在之正當理由，在於此點，而不必於此點之外求之。其結果，國家所有正當的政策，不可不在於維持、開發、和增強那存於國內的所有力。」

曼格對於現代的國家，謂之為掠奪的國家，且從而否定之。而對於無政府主義，則謂，「若問此種思想（無政府主義的思想）之實際的價值如何，則其答案一定是：對於新採取無政府主義的制度，對於實行此主義的效果，有不可避免的困難。除此之外，更無其他的答案。」又謂：「人類決不能全然沒有國家，及國家的立法權，國家的刑罰，和強制權的。」

第二節 國家存立的起源

一 學說的大要

國家怎樣發生，其存立的根據在那裏？這個問題，不可不明白地分而為二。其一，為從已經發達的國家，新分離獨立而成別的國家之場合。其二，為原始的國家之成立的場合。此處所講的，祇限於後的問題。

原始的國家成立的起源如何之問題，不是歷史的事實問題，而是哲學的假定問題。歷史是從國家現象已

經充分的發達之後始發生的，不能依歷史以證明國家的起源。說明國家的起源，僅有假定。而這種假定說，和國家本質如何的問題相關聯，其學說甚多。

(一) 神意說 (Religiöse Theorien) 此說以宗教的思想，說明國家的起源。謂國家為基於神意而建設的東西之說，無論在東洋在西洋，為古來最盛行的思想。此說承認於人類以上有超人的神之存在，把人類所不能說明的力，完全歸之於神意；把人類中具有超乎普通人類之偉大勢力的人，比之於神，以為他和神有特別的關係。此乃文化幼稚時代的思想之產物。其思想到近世尚有顯著的影響。然此說在今日，老早已沒有真正評論之價值了。(歐洲國家神意說之近世的代表著者，於法國則有 Bossuet 於德國則有 Fr. J. Stahl 日本德川時代以後之國體論者中，多數屬於此派。)

(二) 家族說 (Patriarchal Theorie) 此說以國家的起源歸於家族。謂國家為家族的擴大之說，亦為盛行於東西洋各國的思想。特別在君主國，國家的君主比於一家之長，國民之奉君主為家長，恰如人子之對於雙親一樣。這種思想和神意說相關聯。為說明君之地位而唱導他的很多。在西洋，特別在英國斯多亞王朝時代，菲爾摩為擁護王權而著的宗法國家論 (Sir Robert Filmer, Patriarcha or The Natural Power of The Kings) 是部有名的著作。(此書以前，荷蘭人 Graswinckel 所著的 De iure maiestatis 1619 一書，是以同樣的思想為基礎的。) 此種思想於日本雖可流傳至今，然以國家比之家族，為完全錯誤。國家為統治團體，而非家族團體；既非宗族的擴大，又非家族的單純集合，其本質和家族完全不同。

(註) 穗積提要中(一八四頁以下)說：「我們的家國之制，一以祖先崇拜的大義爲基礎……子孫於父母的權力之下，享慈愛的保護，成爲和平的一團，此卽爲國家的萌芽……國與家本非二義，一家成一國，一國成一家，共同崇拜先祖，於其威靈的保護之下，子孫相依，而完成親親敬愛的公同之生……國就是家之大者，家就是國之小者。這個就是我民族建國之大本，國體的淵源就在這裏了。」這種恰像宗法國家的思想。

愛里那克(國家學一九八、一九九頁對於菲爾摩的宗法國家論批評道：此書於查理斯二世之下出版，王黨尊之若聖經。斯多尼和洛克對於這種愚劣而在當時有力之說，加以強烈的攻擊，就是出於這種理由。菲爾摩此書之唯一成績，僅在於引起斯多尼和洛克的國家論。如此的議論，縱令一依其真面目而承受之；然若能認識親權爲長期間的歷史的發達之結果而始發生的，則反對他之事，老早就無用了。若所有的臣民，爲永久服從於親權的無能力者，因而又爲精神上的無能力者，僅依這種情形，此說才可得人贊成。」

(三) 財產說 (Patrimonial Theorie) 此說卽以國家存立的根據歸於財產之學說。於社會經濟的基礎在於土地的時代，因土地的領有，爲發生政治上的權力之主要的原因，故把國家的權力和土地的領有權視同一樣之傾向，不足爲怪。特別在中世紀的封建制度，這種思想更爲強盛。封建時代的諸侯，被稱爲一般土地的領主，且被認爲基於土地的領有權而具有統治權的人。在學問上，這種思想之近代的主唱者爲瑞士之哈爾 (L. V. Haller, Handbuch der allgemeinen Staatskunde, 1808; Restauration der Staatswissenschaften,

1820) 哈爾爲國家實力說的主張者。他又謂此種實力，依土地的領有而實現，即同時爲財產說的代表者。(哈爾之後 Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, 1834; Die deutschen Fürsten und ihre Souveränität, 1839, 亦述同樣的學說)

抱有和此說不同的意味之現代的社會主義，共產主義，和無政府主義之主張者，以現代的國家爲資本主義的國家，以之爲攻擊現代國家的理由。即國家權力的基礎僅在於資本的力。哈爾之說，和國家否定說正相反對；而與國家權力基於財產力之說，有共通的要素。

財產說以經濟力爲國家權力之唯一的根源，是不對的。經濟力爲人類生活現象的主要原動力之一，國家的權力基於經濟力者雖則亦是頗大，然僅謂依他而國家就成立，則爲僅偏於一面的觀察。於這一點，就錯誤了。

(四) 契約說 (Kontrakt Theorie) 以國家成立的起源，歸於人民的契約之說，特別爲十七十八世紀的歐洲自然法學者所主張。(神意說，家族說，財產說，無論那一種，皆爲東洋盛行之說。反之，契約說於中國和日本古來的思想中，彷彿幾乎沒有見過。)這種思想於近世宗教革命的結果，是先對於教會主張的，漸次及於國家，而對於其國家爲學問上的代表者，是英國的浩布思 (Thomas Hobbes, De Cive, Leviathan) 洛克 (John Locke, Two Treatises on Government) 德國的普芬多夫 (Pufendorf, De jure natural et Gentium) 尤其是法國的盧梭 (J. J. Rousseau, Contrat Social) 浩布思以人類之原始狀態，爲所有的人對於所有的他人之戰鬪。因爲由這種戰鬪狀態移於和平，故所有的人，互以契約相結合，所有的人相約服從於一個意思，因之

而國家成立。這種契約，爲社會的契約，同時亦爲服從契約。普芬多夫更把此種契約，分爲三個行爲：（一）各個
人締結形成國民的結合契約，（二）國民決定國家政體的行爲，和（三）委任統治權於統治者的服從契約。盧梭
以人類的自由不能離開人類爲前提，國家的存立，必不可不於所有國民間之社會契約中有其根據。他與浩布
思之承認君權政治，以國民爲結約以服從於一人的意思，立於反對的地位。他謂人的自由不能拋棄。僅依參加
契約之所有人民的總意，而後可作法律。因爲各個人的意思，包含於總意之中，故各個人究竟是服從自己所作
的法律。因此，各個人亦於國家之中，得有其自由。故依盧梭之說，國家的權力，必不可不基於國民全體的總意。僅
有直接民主政體爲唯一的合理的政體。次於盧梭的，有德國的哲學家康德，亦認契約說爲國家之唯一合理的
根據（Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*）。

國家契約說，或以之爲歷史上的事實而主張之（如普芬多夫）；或單以之爲說明國家存立的根據之理
論的假定說而主張之（如盧梭、康德）；然無論如何，此說之不能維持，於今日已爲一般人所不能致疑。歷史上
的事實，不能想像原始的國家，依全國民的意識之單個的行爲，一時的作成的。論理上的假定說，以契約的社會
組織已經充分發達後始發生之法律的觀念，來說明國家和法律自身的起源，不特有論理上的謬誤，且不能說
明爲甚麼一經締結契約，就不能不永久受拘束，爲甚麼迄於子孫，亦有拘束力？關於此事，含有不可解的弱點。
（五）實力說（*Macht Theorie*） 此說把國家的起源，歸於專依實力的征服。其大要前面已經說過。

（六）心理說（*Psychologische Theorie*） 此說即爲以國家的起源，歸於國民心理的學說。以國家爲自然

的現象，爲歷史的事實，和爲民族精神的產物諸說，皆屬於此說。國家契約說，亦以國民之締結契約，爲基於其社會的天性，及希望和平之念，故皆與心理說有關。其他以國家爲道德思想的實現，理性的必然之要求諸說，亦屬於此說。

二 國家成立的基礎

以國家成立的起源，歸於人類自然的天性，依人爲社會的動物一語以說明之，既爲不正當；則人類社會的天性，祇可以說明社會生活的存在，而不足以說明國家的起源。國家的起源，僅求之於實力，強者以實力征服弱者，而國家雖於以成立，然以國家爲強盜團，亦不爲人所首肯的。國家的成立，必要實力。這是無可思疑的。然於實力之外，不可不加以國民心理。實力的要素和心理的要素，二者相待然後始能形成國家。

因爲國家爲地域的統治團體，故國家之成立，第一要有人民定居於一定的土地上，而於其人民之間，要發生統治組織。怎樣發生統治組織，固然因國家之不同，而不一樣。或經長時間的發達，而次第成立；或由戰爭等之必要，而一時成立。無論如何，僅有統治組織成立，仍未成爲國家；欲成爲國家，則其統治組織不能不爲適法而爲人所認識。統治的力，不止爲單純的實力；爲法律上的力而爲一般所認識的，始成爲國家。即國家的成立，必同時爲法的意識的成立。事實上的支配力，必須被一般認識爲法律上的統治權。於事實上的支配力中，以實力爲必要；於一般的認識中，以國民心理爲必要；此兩種要素，皆爲國家的成立所不可缺的。

原始的國家之形體，爲共和政體呢？抑爲君主政體呢？這個不容易推定。君主政體之成立，不可不至到有率

之爲君主的歷史的經過，故以他爲經相當的長時間之歷史的發達，而後始能成立，則爲穩當。原始的政體，恐怕爲共和的政府，（柏洛漢姆斷定「原始的國家，必定有共和的性質。」《國家哲學六七頁》）雖然，於戰爭之際，因爲不能沒有指揮者，故必選那可爲其大將的人。若於戰爭之終，而大將的任務亦同時終止，則維持共和政體。然若於戰爭得勝之時，戰爭雖終，而大將的權力依然保持，則國民畏服於其前，奉之爲首長，加以宗教的崇拜，認之爲超人的神靈的力。因此，君主政體就發生了。

第三節 國家之目的

一 學說的大要

對於國家的目的是甚麼之問題，近時的學者中，或以爲討論之究屬無用者有之。特別於國家有機體說的主張者之中，因爲以國家比之於自然的有機體，遂謂國家僅以自己的自身生存爲目的，非爲別的目的而存在，不承認國家具有自己以外之目的者有之。（例如波呂斯的 *Gemeinde, Staat, Reich, S 281*。在日本穗積提要三六頁說，「國家之目的，在於全成其生存……古來學者對於國家之目的，極力限定屬於某事物，所有這種穿鑿之談，我相信他是全然徒勞而無用的。國家之生存目的，不在於生存，猶之乎人之生存目的，在於其生存一樣。」）然這個非問題的意義之正當的解釋。國家之目的，是甚麼之問題，不是國家先天以甚麼目的而作成之問題，乃是國家的活動向着甚麼目的之範圍方爲適當之問題。所有國家的活動，乃是爲國家機關的人們之活動，此等活動，必定是爲某種目的而行的，規定法律，締結條約，支出國庫金，經營事業，裁判，行政，必有有意識之目

的，爲其目的而行動，這是不用說的。其行動因爲甚麼目的而行的？此事對於國家之存在，應加肯定，或應加否定，爲極重要的問題。以國家爲統治團體，固爲正當；然這個僅爲形式的觀念，明白其統治是因爲甚麼目的而行的，始能判斷其實質的價值。

〔註〕對於以國家目的於求自己生存之外，所有目的論均爲無用之說，愛里那克的國家學二四一頁有如下的批評：『此說之實際上的意義，在於否定各個人對國家的組織和役務之要求的權利。此說之背後，有通常特定的政治上的主義潛伏着。十九世紀初年之保守的、反動的、政治學者，就中哈爾依否定國家之目的，對於現在的制度之所有的攻擊，加以排斥。其所謂無目的論，爲此等學者所採用。其實不外主張：現在的社會制度不可變更，以妨礙所有革命的思想之傳播和勝利，爲國家之目的。』

國家的正當任務，應該達到如何限度呢？對於這點，古來有種種的學說。或以國家之目的，在於圖國民全般的福利（福利說）；或以爲在於實現道德的思想（道德說）；或以爲國家僅應以規定法律和維持法律爲目的（法律說）；或以爲國家之目的，在於定立一種可以適用於所有的時代和所有的國家之目的的觀念（絕對說）；或以爲國家之目的，祇可以就某時代而定，不能定立一種貫通所有的國家之一的目的（相對說）；或對於現實的國家的觀察，以爲其目的在於專圖支配階級的利益，以此爲全然否定國家存在的理由（無政府主義之說）；或以國家之目的爲主張社會革命的理由的也有（社會民主主義之說）。

就現實的歷史，以觀察國家任務的範圍，則見國家之目的，隨各時代的一般文化之不同，而大有差異。蔑視

時代的文化，而定立一種通於所有的國家之目的，實爲不常；就中從中世紀以達於近世之歐洲諸國的歷史，於這一點，顯示顯著的例證。中世的國家，爲封建的國家，國家的權力，甚爲微弱，其任務亦極爲有限；反之，迨至近世，隨國家的自覺之勃興，國家脫離基督教會的羈絆，其權力顯著的擴大而成爲國王的專制政治。通國民生活之全體，國家之權力，無所不及。所謂警察國家（Polizeistaat）時代，於是出現。烏爾夫（Christian Wolf）的福利說，即爲此時代的思想之代表。國家以成全一般的福利爲目的，因爲這個目的，得用無限制的權力，以干涉國民之所有的生活，國民不可不絕對服從其權力，以此而承認絕對的專制政治。（關於烏爾夫之說，特別要參照政治學全書中 Hans V. Frisch, Die Aufgaben des Staates in Geschichtlicher Entwicklung S. 53）

爲反抗這種國家萬能的思潮而起的，即爲自由放任主義的思想。國家之目的，應該僅限於維持法律之說，就是這種。此說先起於英國，於國會對於斯多亞王朝的專制政治爭鬪的時候出現的。此說其初以洛克的保護生命自由，財產，爲國家唯一之目的。於經濟上，則爲斯密亞丹的自由放任說。英國首先確立自由主義的國家政策。在歐洲大陸，此種思想最顯著，而爲哲學上的代表者，乃是康德。康德排斥福利主義的思想，謂這種主義是統治者基於自己的意見，使國民得到幸福，故其結果成爲壓制政治，使求自己的幸福的國民趨於革命。國家的定義爲：「於法律之下的多數人之結合，」而法律專以使多數人得到有秩序的共同生活爲目的。因此，國家祇應以實現法律爲目的，福利的目的，應該完全否定（Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre）。

此所謂法律國家（Rechtsstaat）的思想，乃是從統治者之專制的權力，解放國民，使國民在法律上得到自

由。這種法律上的自由，爲經濟上的強者用以爲有力的武器。大工業勃興和產業組織大變動，在形式上使國民平等，實質上甚不平等，一方面強有力的資本家階級，獨自壟斷生活利益，一方面經濟上的弱者之勞動者階級，完全服從於其下。形式上爲自由主義的國家，在實質上爲經濟上之強者具有特權以凌虐弱者的國家，此事益益顯著。就中明白意識這種事實的，爲社會主義的學說。自由放任主義依此而爲一轉回。國家的任務，不止單以維持法律，保護經濟上的弱者；圖謀一般社會的福利，亦爲其重要的任務之一，這又爲一般人所承認的。其變化於十九世紀的下半期，次第顯著，尤以入二十世紀，其色彩到處顯著。今日的國家，老早就不能看作如舊時代的警察國家了；且不單爲法律的國家，而且是以社會一般文化爲目的，正可以稱之爲文化國家 (Kulturstaat)。這個絕非和法律國家的思想全然相反，於承認尊重個人的自由，和不能干涉其私人生活之點，法律國家的思想照原樣被他繼承。於這一點，和警察國家相反對。唯他再補上下列三種：(一) 社會文化的開發，(二) 經濟上之弱者的保護，(三) 不單在法律上，且在事實上，解放一切的人民；以這三種亦爲國家的任務。於這一點，其思想和前時代不同。

依以上所述，國家任務的範圍應該如何之問題，不能通於所有的時代和所有的國家而求得概括的解答。我們應該把問題單限於現代的國家，而求其正當的界限。於這一點，至少就其大綱上，可以說學說的傾向，略爲一致。

國家目的之範圍。不能以自己的生存，國民的福利，道德的實現等之概括的觀念，以說明之。依這樣抽象的概括的觀念，以說明國家之目的，其實和以國家之目的爲無限制，沒有差異。因爲對於國家之目的，欲得正當的見解，故對於各個具體的目的，要行觀察。

就現代的國家，以觀其目的之範圍，可以有左列的四種：

(一) 自存之目的。第一，國家不可不以下列各事，爲其任務：維持自己的生存；在世界列國之間，保持自己的地位；對於外部的攻擊，防禦領土的安全；這種可以謂之國家自存之目的，又可以謂之實力之目的。這個當然屬於國家的任務，無論在那個時代，都沒有缺少完全爲這種目的而發生的作用。不獨這個，於歐洲列國之間，至最近的時代，於防禦外敵之外，以依武力侵略外國，而擴張領土和勢力範圍，亦爲國家的正當目的之一。這就是所謂帝國主義的思想；到十九世紀的末葉，帝國主義爲世界強大的國家之主要的政策。歐戰的結果，這種思想發生大變化。最少在理論上，至於一般的否定侵略主義。雖然，國家的存立基礎，若仍在於實力，則難望永久的絕滅此種思想了。

(二) 治安的目的。國家對外不獨主張自己的生存，維持其地位，對於國內亦不可不以保護國民生活的安全，維持國家的權威爲任務。這種謂之治安的目的。警察和刑罰制度，大多爲這種目的而設備的。軍備亦不單是爲防禦外敵，並且是當維持和平之任的。治安的目的在各時代，亦皆爲國家的任務。唯於中世國家的權力薄弱時代，人民爲保自己生活之安全，除自衛之外，沒有別的法子。封建制度之發生，以這一點爲其第一原因。在現代

治安之目的，完全為專屬於國家的任務。國家為這種目的所施行之權力作用，被認為在國家的正當任務的範圍之內。現代國家和舊時代不同之特色，可舉以下諸點：把思想和學問的自由，認為文化進步之最要之要素；雖批評國家的制度，發表反對國家的思想，若非出以暴力，則皆寬容之，而認以國家的權力，壓服之為不當；又承認勞動者的團結權，以依他們的團結力，以與資本家對抗，為勞動者之正當的權利，不得以國家的權力而壓抑之。

(三)法政的目的。於國民各個人相互之間，規定法律和維持法律，又為國家當然的任務。對於在國內設立之各種團體，在法律上公認其存立，保護和維持其與他的團體和各個人之間的法律關係，皆屬於國家的任務。這就是國家之法政的目的。所謂法政的目的，不是包含所有立法作用的意味。國家之立法的作用，必要通於國家之所有目的，不限於法政的目的。為自存，為治安，和為文化之目的，不可不規定法律，維持法律。所謂「法政」，非謂所有此等東西，祇不過含有規定那為私人（各個人及團體）相互間不可侵犯的共同生活的條件之規律，和維持此種規律的意味罷了。法政的目的，在現代，亦為專屬於國家的任務。民事司法權，大都為這種目的而存在的。

(四)文化的目的。自存，治安，和法政的目的，可以謂之國家第一的目的。國家存在之必要，第一存於此點，然而，現代的國家，不單以這幾種完全作為全成國家的任務，更進而以開發社會的文化為其最重要的任務。文化國家之名，因之而生。

國家之文化的任務，連貫精神的和物質的文化之所有的區域，無所不及。從交通、通信、運輸、貨幣、銀行、農、工、商、水產、礦業、森林等經濟生活的各種方面，以至學問、教育、藝術、宗教、衛生、風俗、感化等的區域，國家或自己經營諸種事業，或保護獎勵民間的事業，以努力於開發一般文化的各種要素，增進社會的各種勢力，皆認為國家之正當的任務。就中對於勞動問題，國家的任務至最近而益益增加重要。以之和十九世紀中葉的自由放任主義相比，關於國家的任務之思想，可說是完全一變。

國家的任務，雖至於這樣擴張，然不能謂國家得以無限制的行使無論何種的作用。國家之文化的任務，不可無一定的界限。其界限可於次之二點中求之。第一，關於學問、藝術、宗教等精神之點，國家的作用，祇有消極的除去可以妨礙其自由討論之外部的障害，積極的保護獎勵其發達。以國家的權力，定立此等精神的文化應取的方向，這不能不說是超越國家的任務了。第二，物質的文化，國家雖能自己經營各種事業，然限於此種事業，以私人自己經營，難達目的，及為社會全體利益起見，不適宜於任私人經營的場合，則國家可以自辦，若由私人自由經營，可以達到目的，則當然任私人辦理。

第四節 法律的觀念上之國家

一 依法學上的觀察點國家為一法人

以前所述，把國家的本質，看作最高地域的統治團體。今以這種見解為基礎，更討論在法律的觀念上，應該把國家看作甚麼的問題，解說法律現象，為法學上的必要，而法律的觀念，是因此而構成的。法學專以人類的意

思之規律爲其研究的對象，故法學上的觀念，不是欲明白所有事物的本質的。法學上的觀念之決定，乃是依在實在事物和人類意思的規律相關係之限度內，抽象其關係以行考察而定的。例如，在法學上以人類爲權利主體，以所有供人類使用的物件爲權利客體之類，就是對於國家，若以法律上的觀念以觀察他之時，則應把他看爲權利主體呢？或單把他看爲權利的關係呢？這是不可不明白的。

把國家看作權利客體，不能成爲學說。爲甚麼呢？因爲若以國家爲權利的客體，則於國家之外，不能不有支配國家的統治者。這句話就是說，統治者在國家之外。於是使國家的成立之最重要的要素之一。從國家分離出來了。不用說，通俗的用語，所謂君主統治國家，是普通所說的，日本憲法第一條，雖爲『大日本帝國，由萬世一系的天皇統治之』，然此地所謂國，可以解作僅指地域，而非包含有活動力的團體的國家之意味。

因那個原故，爲法律學說而可思考的見解，究竟歸於那種呢？把國家看作權利的主體呢？或把他看作權利的關係呢？前者名爲國家法人說 (Persönlich Keits-theorie)，乃是以國家團體看作統治權的主體之見解。後者以統治權爲屬於統治者的權利，把國家看作統治者支配被統治者的人民的關係，普通稱爲統治者說 (Herrscher theorie)。

這兩種學說，無論那一種，皆爲有力的學者所主張。就中爲現時大多數學者之普通的學說，又被認爲唯一正當的見解者，乃是國家法人說。

國家法人說的見解，以國家爲權利主體，因此，遂爲法律上的人格者。所謂權利主體，從法律的見地看來，就

是具有自己的目的，且有遂行其目的之意思力之人之謂。爲權利主體的，不單是各個人多數人的團體，在法律上亦被公認爲目的的主體，且爲意思的主體，一樣的爲權利主體。而所有權利主體，即爲法律上的人格者。所謂法人，乃是團體而爲法律上的人格者之謂，前面已經說過。國家於人類團體之中，其目的最廣汎，其意思力最強，其爲目的之主體，意思之主體，固爲法律所公認，那是不待說的。即國家爲具有法律上的人格者。約言之，國家乃是一個法人。

以國家爲法律上的人格者的思想，即謂國家自身爲目的的主體，爲意思的主體，且爲法律所公認的。這種思想，無論在那時代，都可以認出多少痕跡。在日本，所謂「法人」的名稱，是從西洋的法律學傳入來的。然謂國家具有自己的目的，具有活動力的思想，決不是從西洋的法律學傳入來的思想。在發布憲法的敕語中，有「朕以國家的隆昌，臣民的慶福，爲中心的欣榮」，又於其上諭中，有「依其翼贊，深望與俱扶持國家的進運」之語。所謂「國家的隆昌」，「國家的進運」二語，都是認國家爲一生活體。然而國家法人說，至成爲學問上之定說，則以西洋的法律學，特別以十九世紀德國學者的研究，爲其主要原因。此說於十七世紀，已爲格老秀西（Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1825）明白講過。他說，國權的主體，不是君主，而是國家自身；君主僅爲國家之代表者。浩布思雖認君主爲絕對的權力者，然尙以國家爲一個集合的人格者。普芬多夫以爲依結合契約而生國家的人格，更依服從契約而生君主的權利。然今日法律學所承認之國家法人說，並非照樣傳述此等自然法學者的見解，而爲明白地理解國家爲具有獨立目的和獨立意思之團體的結果。就中可以認愛爾波拉，格

爾巴，基爾克，拉班，愛里那克，梅耶等，爲樹立這種見解於學世的代表學者。

[註] 愛爾波拉 (Albrecht, Besprechung von Maurenbrechers Grundsätzen des deutschen Staatsrechtes, in den Göttinges gelehrten Anzeigen Jahrgang, 1837) 在十九世紀末的二十年的時候之所論，迄今亦爲國家法人說的權威。他說，『我們在今日，老早就把國家看作單爲個人的（所有的人們亦好，多數人亦好，和君主一個亦好）利益和目的之人類的結合。國家超越於各個人，他是以一種與君主及臣民之個人利益的合計相異的更高的一般總益爲目的之團體。因之各個人（君主和臣民）的生活，分爲兩部份：其一爲國家的元首和一員，他們於國家之名及役務。因其一般的意思而有權利和負義務的；其一爲獨立的個人，他們或自己因自身而有權利，或因他人而負義務。因此之故，關於前者的範圍，我們否定各個人皆爲獨立的法律的人格（自己爲自身而有權利的人），其必然的結果，使在此範圍之內活動，支配和有權利的人格，歸屬於國家自身。因此，以他爲法人。』波呂那慈克對於這個，加以批評道：『關於團體的，尤其是關於國家的性質之言論，未嘗有比這個較善的。』

所謂國家乃是法人，不是以爲非人的東西，依法的擬制，假定的把他看作人之謂。法律上人格的觀念，和權利能力完全爲同一的觀念。所謂人格者，不外爲有權利能力者的意思。在法律上被認爲權利能力者，第一，爲各個人。然各個人之爲法律上的人格者，非謂各個人之爲人格者，是自然的事實，不過祇包含法律上承認其權利能力的意思罷了。換言之，所謂人格者的觀念，爲純然法律上的觀念，而非指自然存立的事實。爲生物的人類，固

然是實在的東西，然稱他爲人格者，不外是從人類於和他人的關係上，具有一種得爲權利主體的能力的方面觀察；乃把他抽象起來，在法學上成爲這種觀念，依據法律，始這樣承認的。把由多數人類而成的團體，認爲一個人格者，亦完全與之相同。團體不單爲個人之機械的集合，其全體爲有獨立目的，有意思之單一體，是人類生活現象中之實在的事實；基於這種事實的團體，法律上認他爲人格者。以各個人爲人格者，並非擬制，同樣，以團體爲人格者，亦並非擬制。各個人爲實在的東西，同樣，團體亦爲實在的東西。無論在那一種情形，那種實在的東西，僅爲人格的基礎之現象：人格自身，並非實在，人格的觀念，以這種實在的現象爲基礎，而僅在法律上被人承認的。所謂國家乃是法人，亦不外是那種事實——國家爲和各個人之目的不同，而有其自身的目的，且有依其機關以遂行其目的之意思力的事實——在法律上被人認識之當然的結果。

〔註〕 因此之故，國家有機體說的主張者，把有機體一語和人格者一語，用於同意義。國家爲有機體，因爲人格者，在法律上社會上爲共同的性質，此事殊非正當。覓氏於國家的研究（二〇七，二八四頁）中，對於把從法律學觀察的國家之性質，和從社會學政治學等觀察的國家之性質，區別而論，加以反對。謂國家無論從那個觀察點來說，常爲人格者。他之爲此，亦免不了同樣的非難。人格者的觀念，乃是純然法學上的觀念，不可不和所謂有機體的觀念，明白地區別，此事格爾巴首先明瞭地論過，（見前 *Bellage 1, Der Staat als Organismus S. 221 ff.*）以後特別經拉班，愛里那克等的論證，在今日，可以說爲一般所承認。國家爲法人之說，雖特別依德國學者廣爲流傳，然於其他諸國，在今日，爲一般的通說，在法國葉思曼

(Esmelin, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*) 密修 (Michoud, *La théorie de la personnalité morale*) 沙拉埃 (Sallèles, *De la personnalité juridique*) 阿利埃 (Hauriou, *Précis de droit Administratif*) 拉普拉德 (Lapradelle, *Cour de droit constitutionnel*) 等皆承認此說。在英美兩國，雖沒有這樣通行，然如英國的哈蘭 (Holland, *The Elements of Jurisprudence*) 美國的希爾 (Hill, *World Organization*) 等，明明以國家爲法人。

在日本，大多數學者對於此說，是一致的。前面所見的寬氏的學說之外，穗積提要四二頁以下，清水憲法篇二二頁以下，市村光惠憲法論一二頁以下，副島義一憲法論八頁，森口繁治近世民主政治論二二頁，唯穗積於提要的四五頁，皆一面明白地主張國家具有法律上的人格，一面對於稱國家爲法人之事，加以非難。他說：「所謂法人一語，通俗的用例，極爲亂雜。或指社團的享有之法律上的人格，或亦有移之以指享有人格的社團之本身。學者或更乘此兩端曖昧的意義，揭一種表面上無難的定義，謂國家爲法人，而暗的欲暗示國家爲民主共和的社團，其狡猾殊覺可惡。」他之爲此說，恰如謂國家有人格爲正，當謂國家爲法人，乃叛逆之徒似的。雖然，這到底難把他作爲真誠的議論。所謂法人，非謂法律的人格，乃謂有人格的團體的意思，與所謂團體的人格者同意味。然此非包含民主共和的團體的意味，是不用說的。穗積氏自己把國家的定義，定爲民族的團體，主張此團體具有法律上的人格。這個怎樣和國家法人說不同，是不能以常識完全理解的。

所謂國家乃是法人，止於顯示國家具有權利能力，而未顯示具有怎樣程度的權利能力。西洋的法人觀念，基於羅馬法學影響，起初專在私法的範圍內發達，有一種傾向，把所謂法人，解為僅僅對於財產權具有權利能力的東西。這種觀念，乃是西洋的法律學，自羅馬以來，起初專作為私法的學問而發達的結果。應貫通於法學的全體之諸種基本觀念，皆被解為私法中特有的觀念；把國家現象，完全置於法學的範圍之外。法人的觀念，亦屬其一。所謂法人，包含權利能力的主體之意味，而所謂權利能力，雖沒有理由謂他應限於財產權，然尚僅僅對於財產權承認法人的觀念。其結果，對於國家，亦以之為財產權之主體，特稱之為國庫（*Treas*）。國庫是和國家不同的一個法人之說，亦通行起來。關於國家的法律現象之研究，進步起來，至於能明白地認識國家的權力，不是萬能，而為法律上所承認的權利；國家和臣民的關係，為法律上的關係。又至於一般的承認：公法學亦和私法學同為法學的一部門；法學上之基本觀念，為貫通法學之全部的，非僅為私法所特有的；法人的觀念，亦決非僅應限於財產權之主體。所謂國家為私法人，決非單單包含國家僅對於財產而有權利能力的意味。法人的權利能力的範圍，依法人之目的而定。於法律上所承認的目的範圍之內，又具有可和此目的範圍相當的權利能力。其目的的範圍若果廣汎，則其權利能力的範圍，亦隨之而廣汎到一樣的程度。國家的目的最為廣汎，其目的的範圍，除法律上依國家自身所定的而受限制之外，其廣汎無所不及，固不獨止於財產關係而已。因此，其權利能力的範圍，亦決非僅僅限於財產權。對於其他的權利，亦廣汎地及到的。就中國與其他法人區別之特色，就是他的統治權。國家不單為財產權之主體，其領有統治權，為國家自己的權利，這一點為他最著的特色。約言之，從

法律上觀察，國家乃是以地域為基礎之最高團體的人格者（法人），可以稱為領有統治權的東西。

二 對於國家法人說之反對說及其批評

於法律上把國家看作一個人格者的見解，在今日，雖頗可以把他看作一般的定說，然於種種方面，尙不乏反對的學說。

(一) 最普通的反對學說，以國家法人說為在實在的現象上無根據的擬制。領有統治權的人，乃是現實的統治者。即對於君主國而言，乃是君主。國家不外為治者和被治者間之統治關係。

(註) 此說是從種種見地而主張的。

(一) 第一，有一種從實驗、法學的見地而來的學說。此說謂所有學問上的觀念，乃是以僅依我們的五官而能認識的東西為基礎，而我們所認識的統治的作用，是從統治者出來的，所以統治者為統治權之主體，乃是當然的。基於這種見地，斯德爾 (Max von Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Vorträge aus dem allg. Staatsrecht) 說：「若果恰如民法上，把為所有權之目的物件，稱為目的物，而把服從統治者的意思之土地和人民稱為國家，則國家為統治權之客體，而統治者為其主體。又若以國家一語，解作包含統治的客體和統治者兩者，則國家為統治的狀態。」林克 (見前所引他的著作 26) 亦從同樣的見地，下國家的定義道：「國家為一定地域內之被統治的狀態。」至於柏蘭哈 (見前所引他的著作)

則把君主和國家全然看作一樣，他說：「在君主國之中，君主爲一切統治權之主體，而在爲其泉源的國家中，一切權力皆從君主而出，國家和君主爲同一的觀念。」

賴寧克（國家學辭典中 Staat 一項）亦反對國家法人說，他謂人格者單爲一個法律的觀念，而觀念僅存於人們的思想之中，觀念決不得爲權利義務之主體，受法的規律，因而得爲權利義務之主體者，僅爲實在的人類。統治權之主體，乃是爲統治者之實在的人類，決不是所謂國家的觀念爲其主體，國家僅爲統治者和被統治者之統治關係而已。

歐特梅耶（Otto Mayer, Die juristische person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht in Festgabe für Laban）也說，統治者非以國家之名而爲統治者，是以自己之名享權利負義務者。法人爲依法而成的東西，然而國家爲法人，乃學者隨便作出而非依法律之力的，謂國家爲法人，不過爲一種擬制罷了。

（二）或從政治上，君權、主義的、主張，以君主爲統治權之主體的也有。這個多爲專制王權時代的產物。或像浩布思（見前所引他的著作）一樣，立於國家契約說的見地，謂國民依服從契約，把所有的權力，移轉於君主，而君主領有所有統治權。或如波斯埃（Bassuet, Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte）一樣，把君主比之神明，謂君主即是全國家的也有。或像哈拉（見前所引他的著作）一樣，謂國家爲君主所建立的，所有國土爲君主的財產也有。前面已經講過的柏蘭哈之說，也和此說屬於同一的系

統。波呂那慈克（見前所引他的著作 S. 252）對他下批評，謂此說為家產的國家思想的 *enfant terrible*。日本的憲法學者之中，上杉的關於國體的異說（國家學會雜誌二六卷六號）一文道：「民主的思想，以法學的篩子去壓搾他，其本義在於民主共和。」國家為法人，則所有的國家皆為民主國；他以此說為反對國家法人說的理由，極率直地言明此種見地。

（三）或從社會學派的見地，以反對國家法人說的也有。這種特別為金波羅維克之說，他以統治權為強者的實力。強者使弱者服從的狀態，即為國家。狄驥（見前面所徵引的著作）亦否定國家的人格，以國家為純粹的擬制。能現實地看見的國家現象，僅有治者和被治者，狄驥更進一步，不獨否定國家人格，連統治權的觀念亦加以否定，以社會連帶的思想來代替他；治者的權力，不是法律上的權利，法律上亦並非從被治者的意思而具有強力的。其行為不過僅依適合社會連帶的法則，而具有拘束被治者的力量罷了。

此等學者反對國家法人說的理由，並不一樣，其重要的，有下列諸點。

其第一而且最強有力的理由，以國家法人說為在實在的現象中，沒有根據的擬制。然這種反對之不當，依以前所說，已經明白了。國家以其全體為目的之主體，為活動力的主體，此事決非架空的想像，而為現實地能認識的現象；所謂國家為法人，不外把這種實在的現象，用法律的觀念表出來。這自然不應以擬制而論的。這個又決非像賴寧克所說，謂觀念自體，為權利主體。法學上的觀念，乃對於實在的事物，取其和法有關係的性質而思考的。這個恰如把有勇氣的人類稱為勇士，把屬於軍隊的人類，稱為軍人一樣。所謂勇士，所謂軍人，雖本為我們

的觀念中構成的東西，然同時不失爲具有活動力的實在的主體。

其第二個理由爲：法人是依法始爲人所承認的東西，因爲法爲國家所制定，故所有的法人，必然是在國家之下，依國家而被承認的；謂國家自身爲法人，乃是理論上的矛盾。然以法之所有的淵源在於國家，先有國家，然後有法，其謬誤前面已經說過。國家沒有法律，是不能成立的。國家之成立，必以法之成立爲前提。法是基於社會之法的意識而生的，所謂國家爲法人，其意不外爲於社會之法的意識中，認國家爲具有自己的目的，和具有活動力的主體。國家爲立法者，有制定法律的能力。其自身已經表明國家爲目的之主體。

其第三個理由是：國家法人說，與統治者現在擁有統治權的事實不相容。事實上的現象，統治權是屬於那爲統治者的實在的人類，這是不用置疑的；故法律上的觀念，統治權的主體，必須解作統治者自身；尤其是在君主國裏面，君主自身即爲統治權的主體。然而所謂統治權的主體，乃謂爲自己的權利而保有統治權者；而爲法律上的觀念之權利，則不外是：因爲自己的目的，在法律上有正當地主張某事的力量之意義。因此，所謂統治權的主體，可認爲：統治權在法律上是因爲自己之目的而存在的，且統治權的發動之所有的行爲，在法律上不可不認爲自己的行爲。換言之，所謂君主爲統治權之主體，即謂統治權是因爲君主的個人之目的而存在的。又基於統治權之所有的行爲，不外爲君主之個人的行爲，而包含具有法律上的效力之意味。其結果：如賦課租稅，執行刑罰，經營鐵路，煙草專賣等，皆爲實行君主之個人的權利的。因此，租稅不是國家的收入，而是君主之個人的收入；刑罰不是爲制裁妨害國家公安的，而是爲制裁損毀君主之個人的權利；國有鐵路，爲君主之御用的鐵路；

煙草專賣，爲君主之個人的營業。又法律，勅令，條約，所有的行政行爲，裁判判決，不是國家的行爲，乃是君主的行爲而具有效力的。因此，若君主死了，則法律，勅令，當然不能失了效力。——如此的見解，反乎一般之法的意識，更無所用其爭執。

〔註〕 斯德爾一面主張君主爲統治權之主體。而一面說：「君主統治國家的意思，決非利己的；君主不應主張自己之個人的利益，而應圖謀全體的利益」(Grundzüge S. 8)。這是自相矛盾的，爲自己的權利而保有的東西，必不可不依自己的目的而行使之。因此之故，斯德爾所謂君主非爲個人的利益而行統治權的制限，非法律上的制限，而爲「僅由統治自身的性質而生之自然的制限」。然若單單有自然的制限，法律上，無論何種事情，都有照自己所欲而行事的力量，則這種決不能說是爲全體的利益而存在的權利。

日本憲法學者中，於一方承認國家法人說，認國家爲具有法律上的人格的東西，國家爲統治權的主體；然於一方，則和斯德爾柏蘭哈等相同，主張君主爲統治權的主體者有之。就中穗積提要第一編——國家——內，謂國家爲由一定的民族而成立的團體（一頁以下），具有主權（三三頁），「於法理上的觀念，爲具有人格的東西，即國家」爲社會具體的事象，爲一定的民族，占據一定的領土，以主權而行統治的團體；然於法理抽象的觀念，則國家爲有自主的目的，有獨立的意思，且有主權的人格主體（四八頁）。又謂君主的主權力，於國家的自覺時代，「可解作：國家自身因爲自主的生存而具有他的。故稱他爲國家意思，稱他爲國權」（七九頁）。他雖則這樣明言，然於其第二編——統治的主體——對於君主，加以討論，他說：「天

皇爲統治國家的主權者，皇位爲國家主權之所在（一八三頁），「以皇位爲統治主權之本體的時候，則應知此種權力之體和用，兼在天皇的一身之義」（二一六頁），「略言之，天皇即國家」（二二三頁）。他極力主張君主爲統治權的主體，而對於反對他的學說，則謂，「此種民主主義的革命思想，於暗默之間，巧巧地和一種法理論提攜，於國家主權說和君主機關說等的名稱假裝之下，有人暗暗地，試圖動搖我國體的基礎」（二〇〇頁）。即於前則一面自己主張國家法人說，國家主權說，於後則以此學說爲革命的思想，其蔑視這樣極明白之前後矛盾的大膽量，我更不知應該用什麼話來批評他了。他更於題爲統治的客體的第三編說，「抑國家成於統治的關係，而統治的關係，由於其主體和客體有明劃的分界而存立……若無主體客體之別，則無所謂統治」（二九六、二九七頁），遂明言國家有統治關係的思想。至是把以前斷定國家爲具有主權的人格者之事，完全拋棄。清水憲法編（二六六頁以下）亦主張略與穗積氏相同之說。

否定國家法人說的結果，則不能不歸於以國家爲統治關係之說。其思想即一方爲統治者，一方爲被統治者，兩相對立，治者統治被治者的人民之關係，即爲國家。然（一）治者和被治者，爲權利的主體和客體的關係，兩相對立，與國家爲統一的團體之思想，全不相容。若像社會學派社會主義和無政府主義之主張者一樣，以國家爲依強者之實力而支配弱者，爲自己的利益，而掠奪弱者的狀態；則把國家看作統治關係，雖爲必然的結果；若反之，既然承認國家爲本身具有目的之單一體，治者和被治者同心合力，共同達到全體之目的，則治者和被治者立於權利主體和客體的關係之事，與此種思想，絕對不能兩立的。爲甚麼呢？因爲權利的主體和客體，決不能

爲具有共同目的之單一體。(二)加之，雖僅對於被治者以行觀察，亦決不能因他們屬於同一的權利者的支配之下，而使其全體爲單一體。例如：一個大地主，領有許多土地，其全體的土不是不可分的一體；一個債權人，雖有多數的債務人，而債務者的全體，並非單一體。若被治者爲權利的客體，而服從於治者的支配，則爲被治者之各個人，服從種種不同的權利關係，恰如對於一個債權人，無論有怎樣多的債務者，而各債務人爲負擔各種不同的債務者一樣。因此，以國家爲統治關係，其結果就不免以國家爲分成無數的統治關係。(三)而且所有的權利關係，常依其主體和客體的變更，而變更；所以若果國家爲權利關係，則國家依治者和被治者的變動，而不絕的變動了。國家的治者和被治者雖變動，然國家爲永遠恆久的一體，依此說，則完全不能說明。

(二)一部分學者，把國家之國際法上的性質和國法上的性質，區別起來；僅於國際法上，認國家爲法人，於國內法上，認國家爲治者和被治者間之統治關係。

[註] 這種特別爲阿夫爾脫 (A. Föler, *Naturgesetze und Rechtsgesetze*, 1904) 之說，所有的團體之爲單一體，僅於其對外的關係而觀察的；於內部，則非爲單一體，而僅有各部的存在。全部和其一部份交涉時，則非爲單一體 (S. 37, 38) 國等僅在國際法上，才得爲法律上的觀念 (S. 61)。

然國家依在國際關係和國內關係，而異其性質，恰和國家依統治關係和財產關係，而異其性質相同。以國家因其法律關係的不同，從而變換其性質，二者皆陷於同樣的謬誤。國家於財產的關係也好，於統治關係也好，於國際法關係也好，於國內法關係也好，常爲同一的國家，其性質絲毫沒有差異。和外國締結條約的國家也好，

向國內公布其條約的國家也好，與外國戰爭的國家也好，為戰爭而在國內宣布戒嚴，強行徵兵和徵收軍費的國家也好，皆為同一的國家。於國際關係，為目的之主體，為活動力的主體的國家，於其對於國內的關係，亦不能不為具有目的，具有活動力的東西。加之，國際法和國內法，決非分離獨立的東西，國際法的一部，同時為國內法的一部；承受從外國割讓的領土，於國內法上為領土增加；向外國宣戰，則於國內法為戰時；若受賠款與外國的約束，則於國內法上，國家須承認有此種賠款之支出義務。國家不可依國際法和國內法，而看為具有別個的性質的東西，這是很明瞭的。全部和一部之間，其法律關係彷彿不能成立之說，不是可取的學說。構成國家之一的人民，各人有個體的生存，其和全部有交涉的關係，那是不用說了。

(三)此外又有一種見解，謂國家為法人，僅對於現代的國家才能適用，對於十八世紀以前之舊時代的國家，是不能適用的；因之，謂不可採用之為國家一般的觀念，像這種學說也是有的。

〔註〕這種學說特別為曼遮爾（政治學全書所載）明白地所主張。他不特對於法人說，而且對於以所有的國家為法律的觀念，亦加以反對。他說：對於現代的文化國，此說（法律的國家觀）之正當，不用思疑。然對於舊時代的國家，國權和人民之關係，是否為法律關係，則甚為疑惑。若必勉強主張此說，則其適用的範圍，不能不限於現代歐美國家的世界。然這並非正當無疑的。無論怎樣的專制國，苟成為國家，至少其統治組織，不能不為法而成立的。於這種意味，無論怎樣的國家，統治關係即為法的關係。

思密德 (R. Schmidt, Allg. Staatslehre I. S. 225 ff.) 亦以國家法人說為說明立憲國所不可

缺的必要。就舊時代的國家，雖能容他種的觀念，於立憲國，因為最高機關分而爲三，承認其以上的國家人格，爲論理上強要的必要。森口的近世民主政治論一三頁以下，僅對於現代的國家，以之爲現代法律上的人格者，乃是基於稍爲類似的思想。

不用說，所有的法律的觀念，隨時代的文化而變遷，以國家爲法人的思想，亦爲近代的文化之結果，始至明白地爲人所意識，這是無可置疑的。於國家全然依宗教的信仰而成立，仰君主爲神聖的時代；於君主爲全國的領主，領有全國，以所有的國土爲君主的所有財產的時代；又於不認世界多數的列國相並立，而以爲全世界爲一個君主所支配的時代；有一種和今日完全不同的國家思想流行着，這是不用說的。然此乃時代思想的差異，而非國家本質的差異。於舊時代，國家的全體，爲目的之主體，爲活動力之主體，雖未爲一般所意識；然此僅爲正當的國家觀念未發達。從國家的本質看來，不能把他認爲和今日的國家性質不相同。在當時，國家俱爲法人，自爲目的之主體，統治者爲全體之目的而行使統治權；不過於當時的一般思想，未明白地意識此事罷了。或反之，統治者爲全體之目的，而行使統治權，爲理想的國家，本來是當然的；然於舊時的專制時代，統治者爲自己一人之目的而行使統治權，各國皆屢見此種實例。於如此的時代，雖有一說，謂除把統治者看作以自己一身的權利而保有統治權之外，可以說是沒有東西；然此說亦不是正當的非難。於國家的統治組織之中，既然沒有一種立於君主之上以監督君主的人，即使事實上君主反乎國家全體的利益，行使一種便於一己的利益之統治，然因爲可以矯正這種行爲的法律手段，完全沒有，故無論如何，欲矯其弊，甚屬困難；然亦不能因此之故，遂於國法上

的觀念上，否定君主不能不有一種爲國家全體之目的而行使統治的義務。法律上的義務的觀念，非必以具備強制手段爲要件，這層前面已經說過。

第五節 國家之國際的結合

一 概說

國家不是自身孤立而存在的，他和世界列國共立於種種複雜的法律關係之上，隨着近代文化的進步，其關係益加密接，益加複雜，於憲法的研究上，不能蔑視此等國際的關係。

國家對於外國的關係，或單止於具有個個之特定的權利和負擔義務的場合也有；或兩個以上的國家，相互間，繼續的發生的法律關係的場合也有。於後的場合，通常稱之爲國際法上的國家結合。

〔註〕於國家結合 (Staatenverbindungen) 之中，區分爲國際法上的國家結合和國法上的國家結合，甚爲普通。前者的結合，是基於當事國間的國際條約；後者乃基於一個和數個服從國，服從於他國的統治權之下 (Jellinek, Allg. Staatslehre S. 743)。國法上的國家結合，普通爲宗主國和附庸國的關係，及國法上的屬國與聯邦制的國家。然國家的本質，既然採取國家爲最高獨立的東西之見解，則服從於別國的統治權之下的，不能稱爲國家了。所謂附庸國，屬國和聯邦內的各邦，於名稱上，俱稱爲國家，於國際法上的某程度，雖和國家受同一的待遇，然於嚴格的意義，則不能稱爲國家（關於此點，請參照次章第四節）。故所謂國法上的國家結合，並非真正意義的國家結合。他可以解作：其全體爲一國家，不過於其下有類似國

家的統治團體存在罷了。

所謂國際法上的國家結合，乃是基於兩個以上的國家間的國際條約之繼續的法律的協同關係。在許多的場合，是為互相協力以達共同目的而成立的，非以其全體為團體之單一體。因此，不是具有法律的人格的東西。或有共同的機關組織，因而為組織的結合的也有；或沒有共同機關的組織，因而為非組織的結合的也有。

國際法上的國家結合，常以條約（明示的或默示的）為其根據。加入此種結合內的國家，於條約所規定的限度內，受其拘束，這是不用說的。有時或對於外交，或對於內政，顯著地限制其自由行動，事實上至於差不多失了獨立國家之實的有之。雖然，從法律上說來，其所有的限制，為依自己的自由意思所結的條約的結果，即不外為基於自己的意思的限制。其限制僅於條約的有效期限內，具有效力。其期限若終了，則當然能以脫離這種束縛，雖於其期限內，依條約之所定，亦能脫離之。因此之故，從法律上說來，國際法上的國家結合，沒有妨礙國家的獨立性。雖受無論如何大的限制，尚能稱之為獨立的國家。

反之，若其限制基於其他國家之一方的意思而發生，雖反乎自己的意思，亦不能脫離此種限制，則此種國家老早已在從屬的地位，而不能稱為獨立的國家了。

二 國際的國家結合之種類

於現代世界的國家結合之中，可以分為以下的六種：（一）行政上的協同關係，（二）攻守同盟，（三）保護國關係，（四）同君國關係，（五）邦聯，（六）國際聯盟。

(一) 行政上的協同關係 (Verwaltungsvereine) 此乃兩個以上的國家，相互間約定共同處理某種行政作用的關係。十九世紀以來，因列國間相互關係益加密接，各國各自獨立以執行自己的行政作用，難以達到目的之事實，益加顯著；關於行政的種種部門，多數的國家，互相聯合，相約共同處理之事，遂非常之多。或僅依據條約，列國相互間約定為行政上同一之目的，執行共同的作用的也有；或定期開列國會議，協議關於共同目的之事項，或設常設的國際事務局有的也有。萬國郵政同盟，電信及無線電同盟，貨幣同盟，度量衡同盟，著作權及工業所有權保護同盟，鐵路連絡運輸同盟，海事行政同盟，關稅同盟等為其顯著的例。及至最近的時候，對於勞動者的保護，各國皆認為若非依列國的協力，則難以達到目的。一九一九年以來，每年至少開一次國際勞動會議。此種協同的關係，將來有一種可成為更加與盛的傾向。(拙譯紐梅耶的德國行政法第二卷附錄國際行政法 K. Neumeier, Internationales Verwaltungsrecht)

(二) 攻守同盟 (Alliances, Schutzhündnisse) 攻守同盟和行政上的協同關係不同。國家為實力團體，兩個以上的國家，相互之間，約定實力的協同的關係，乃是攻守同盟。即相約於某一定的情形之下，對於攻和守兩者，共同作戰的條約上的關係，乃是攻守同盟。如日英同盟，歐戰前中歐三國同盟，就是這種同盟。行政上的協同關係，通常有永久的傾向，攻守同盟則與之相反。他影響於國家的存立，其性質上不能有永久的。僅於同樣的政治上的狀況繼續的限度內，才能存續。依事情的變更而廢棄之。這是當然可以豫想得到的。

(三) 保護國關係 (Protectorate, Protektorsverhältnis) 保護國關係乃是依兩國間的條約，相約其

一方(保護國)保護他一方(被保護國)使免於外國的侵襲；而被保護國對於外交上的關係，受保護國的指揮的關係之謂。從明治三十九年至四十三年的韓國合併時，日本和韓國的關係，法國和安南，金波渣，條涅斯的關係，即其例證。就中一八〇六年至一八一三年之間，拿破崙於萊茵同盟之上所領有的保護權，為最顯著之例。保護國關係，常為強國和弱國之間所締結的；事實上不是對等的關係。弱國於某程度內，對於強國，立於從屬的關係。其從屬的程度不一樣：或僅對於外交上的關係受強國的指揮，和依強國為其代表的也有；或對於內政亦服從強國的指揮之下，而為他所代表的也有；有時統治權的大部份，依保護國的官吏而行使，事實上可以說是老早失了獨立的也有。雖然，從法律上說來，其統治權依然為被保護國的權利，唯依條約委任之於保護國，保護國代他行使之。而所有此等的限度，常為條約上的限制，不外為基於被保護國自身的意思之限度。所以在法律上，被保護國尚不失為獨立的國家。國際法學者，往往把他稱為一部主權國和半主權國，並非適當的名稱。

和保護國關係相類似，而又要和他區別的，普通以宗主國附庸國(Suzerain and vassal states, Oberstaat mit Unterstaaten)的關係稱之。附庸國不是獨立的國家，法律上雖隸屬於宗主國之下，服屬於權力之下，然於其領域內，和國家有同樣的統治權。於這一點，有一種可以和國家相比較的地位。因之，普通仍然稱為國家。宗主國僅於附庸國之上行使權力，並非直接支配附庸國的人民。對於附庸國的人民之支配權，專以附庸國的自身行之。宗主國和附庸國的關係，多是屬於過去的，如日本和韓國的關係，自從神功皇后征服他，以至天智天皇，可為其一個例證。於近時的實例中，土耳其帝國，於一八七八年的柏林條約以前，對於羅馬尼亞，塞爾維亞，門的內

哥羅等；於一九〇八年以前，對於保加利亞、克賴塔等；於歐戰前，對於埃及所有的關係，即其最顯著的例證。於保護國關係，被保護國名義上雖仍然為獨立的國家，於事實上，則從屬於保護國之下，普通遂有合併於保護國的傾向。於附庸國關係，名義上雖不是獨立國，然事實上很少由宗主國以支配他的，故普通有分離而成爲獨立國的傾向。

(四)同君國關係 (Monarchische unionen) 同君國關係，唯於君主國中，才可以有的。即兩個以上的獨立君主國，擁有共同的君主之謂。於同君國關係之中，必要明白地區分爲兩種。一爲君主的共同，這並非由法律上規定的，僅爲偶然的事情之結果。若除此種事情，則當然可以脫離此種關係。此種稱爲『一時的同君關係』 (Personal union)。一爲依條約而擁戴共同的君主，爲法律上所規定的關係。此種稱爲『法律的同君關係』 (Real union) — Personal union, real union 的譯語，從來雖有直譯其文字，譯爲『身合國』、『物合國』和『身上聯合』、『物上聯合』，然皆非適當的譯語。

一時的同君關係，不是真正的意義之國家結合。因爲君主的共同，不是於法律上規定，不過僅基於偶然的理由，所以從法律上說來，兩國爲完全無關係的國家，不過僅有立於君主的地位的人之一身，爲兩國所共通的罷了。這個恰與同一人爲兩個公司的社長，爲同一的關係。除了君主同一以外，對於內政，對於外交，皆互相獨立。發生一時的同君關係之通常的場合，爲依一國的王位繼承法，他國的君主繼承本國的君位之時。在歐洲列國的王室，普通互相通婚，因之，王室之互有親族的關係者頗多。像英國和荷蘭，女系的所出，亦有能繼承王位資格

的。於這種國家中，當男系的所出絕了之時，遂不能不於他國的王室，以求王嗣。英國從佐治一世以後，直至維多利亞女王即位（一八三七年）和漢諾瓦國，共同擁一君主；荷蘭直至維爾波魯米那女王即位時（一八九〇年）和盧森堡國擁戴同一的君主，皆出於此種理由。基於此種理由的同君關係，更有依王位繼承法的結果，（在一國女王即位，在他國因為不承認女王，而使別人即位），而當然消解的。此外比利時和剛果兩國之間，因為剛果選出比利時的國王為本國的君主，故一八八五年以來，雖發生一時間的同君關係，然此種同君關係，於一九〇八年，因為剛果正式合併於比利時而消滅。於現在，早已沒有一時的同君關係的實例存在了。

法律上的同君關係，乃依兩國和數國間的條約，擁戴共同的君主的關係。其重要的實例，為從一八六七年至一九一八年的澳大利和匈牙利的關係；與從一八一五年至一九〇五年的瑞典和挪威的關係。法律的同君關係性質上的要點，不是在於兩國立法和行政的事務的共同；而僅在於君主的共同。於這一點，和一時的同君關係同其性質。兩者的差異：於一時的同君關係，兩國各有獨立的本國的王位繼承法，唯不過各因本國的法之結果，至於偶然以同一的王朝為君主罷了。反之，於法律的同君關係，兩國間依據條約，相約以同一人為君主。在前者，各國與他國無關，本國能獨立地變更王位繼承法，依其變更，其關係當然消解。反之，在後者，各結合國不能與他國無關而單獨的變更之。擁戴共同的君主，為相互間之條約上的義務。（澳大利和匈牙利沒有明示的條約之存在，在外形上，於匈牙利唯一八六七年規定哈布斯堡王朝為皇帝之法律，在澳大利亦僅於同年有內容相同的法律。兩國雖彷彿規定各自的獨立的王位繼承法，然其實此種並非兩國單獨規定的國法。此種

兩國之各自的獨立的王位繼承法，爲奧國皇帝和匈牙利協商的結果，皆應認爲條約上的義務。法律的同君關係和一時的同君關係不同。於對外的關係，法律上作爲一國而行動。其相互間，於其關係的繼續的限度內，負有不爲戰爭的義務。因此，於外交上的關係，雖有共同的機關，然關於內政，則彼此完全獨立。立法，司法，行政，皆分別各自處理。

(五) 邦聯 (Confederation of states, Staatenbund) 邦聯乃是數國爲保持領土的安全和達到其他共同政治上的目的，基於相互間的條約而組織的永續的組合。其重要的實例爲：舊德意志帝國瓦解之後，於拿破崙的保護之下而組織的德意志諸國的萊茵同盟（一八〇六年至一八六六年），一七七六年美國十三洲脫離英國以後，直至一七八七年議定現在的合衆國憲法的北美合衆國；從一八一五年至一八四八年的瑞士同盟等。雖屬同君的關係，若不止於單單擁戴共同的君主，而且具備共同的機關，以達共同的政治上的目的者，則同時具有邦聯的性質，埃甸聯合卽屬此例。

邦聯，於許多的場合，乃是同民族而具有獨立的歷史的數國之間，一面維持其獨立國的地位，而一面於相聯合以達共同政治上之目的時所組織的。因爲處理共同的政務而有共同的機關，雖然，他和聯邦不同，他不是以其全體爲一國家的，聯合的各國仍然爲完全的獨立國，唯其結合爲永續的和組織的，又其結合之目的，不是單單在於某特定的場合之攻擊和防禦，而是相約於所有的場合共同攻守於這一點，和攻守同盟的性質不同。因爲邦聯不是以其全體爲一國家，所以沒有直接對國民命令之權。於其共同機關所決定的事情，聯合各

國，更以自己的名義，命令國民，對於國民始發生效力。本來對於聯合各國，聯合機關的決定，雖有拘束力，然這種拘束力，止於有社團權的性質，而非為統治權。因此，即在聯合各國不從其決定的場合，法律上亦沒有強制他的手段。邦聯之弱點，即在於此。所以甚難保持其全體的結合。於從來的定例，邦聯概為一時之經過的現象，而終於變為聯邦組織，即基於這種理由。

(十)國際聯盟 (League of nations, la société des nations) 乃因歐戰的結果而始成立之最大規模的國際結合。他是由多數的獨立國相聯合，欲共同達到某種政治上之目的。於這一點，和邦聯的性質相等。雖然，邦聯中之聯合各國，為實力的團體。因為防護領土的安全起見，糾合實力，於攻擊和防禦之所有的場合，以共同作戰為結合之主要目的。因之，於對外的關係，其行動如同一國一樣。反之，國際聯盟，以維持世界的和平，貢獻於世界的文化為目的，聯合世界之所有的可成為親交諸國，相協力而達世界之目的。於這一點，完全和邦聯的目的不同。國際聯盟規約，形式上是依歐戰的同盟及聯合國與德國間之和平條約而始定的，其次於對奧和平條約中，雖插入同樣的規定，然於其實質上，則不是對於德國和奧國的講和條件，而為同盟及聯合國相互間所協定的規約。國際聯盟，於歐戰中特別盛為唱道，是基於國際主義的精神而作的，是認識以下的事情之結果：於保持世界的和平，促進文化，維持國際法，確保國際上的正義，列國間有共同利益者，不可不努力互相協力以達此種目的。可以加入此種聯合之諸國，預期待歐戰之所有的同盟及聯合國之外，尚加入中立國，唯除了現在立於德國方面的諸國及俄羅斯。獨有北美合衆國於講和會議中，雖為最熱心的主唱者，及條約付參議院議決，參議院

拒絕批准。因此到今日仍未加入聯盟國際聯盟的機關有三：（一）聯盟總會（二）聯盟理事會（三）常設聯盟事務局。加入聯盟諸國，雖不用說，負有基於聯盟規約之種種義務。然此等義務，是基於國家自己承諾的，本來與其獨立不相妨礙。（對於國際聯盟之性質及其與憲法問題的關係，請參照拙著時事憲法問題批評。）

第三章 國權統治權和主權

第一節 國權的性質

所有的人格者，無論是個人也好，是法人也好，必不可無一種推行其目的的意思力。國家也是一個人格者，他具有意思力，是不用說的。此種國家的意思力，叫做國權 (Staatsgewalt) 或稱為國家的人格 (Staatspersonlichkeit)，亦為同一的意味。為甚麼呢？因為所謂人格，即不外是為達自己的目的之意思力。

國權的觀念，要和國家的權利區別起來。權利的觀念，常以一定的生活利益為內容，能主張某種範圍的利益的力量，即為權利。權利，不用說，雖以意思的要素為必要；然意思力的本身，不是權利；因法律上把基於這種意思力以主張某種利益之事認為正當，而權利遂因以發生。一般的意思力，民法學者，普通把他稱為權利能力；他雖為權利的根源，然非權利的本身。國權的觀念，即國家的權利能力；他不是能主張某種利益的力量，而是遂行國家的一般目的之意思力。

國家是最高的團體，於自己以上，不受任何權力的支配。這種可以稱為國權的最高性，普通所謂國家具有主權，即包含國家具有最高的意思力的意味。國家的意思力，又必為單一而不可分的。這種稱為國權的不可分性。國家存立的權限，沒有定限，除了因意外的變動而至於滅亡之外，他是一種可以永續的團體。這種可以稱為國權的永久性。以下說明國權的性質。

國家是有最高意思力的團體。所謂最高，含有：除自己限制之外，不能反乎自己的意思，受其他任何權力所限制的意味。這個並非含有：國家不受事實上的勢力所限制的意味。地理氣候等之自然力，對外與列國間的勢力對時關係，對內之政治上社會上和經濟上之各種事情，都無非是限制國家的。雖然，這些都不是意思力和意思力的關係。所謂國權的最高性，是專指國家不因他種意思力而受一種反乎自己意思的限制。

國權之此種性質，更可以分三點去觀察。就是：(一)自主的，(二)對外為獨立的，(三)對內為最高的。這三種性質，都不是個別的性質，而是同一性質的幾方面。

(一)國權乃是自主的 (Autonomie, selbstherrlich) 意思力。所謂自主的，其意即不因他人之承認而始享有人格，專依自己的意思而存立，因而其權利能力的範圍，不受他人的限制，唯僅依自己的意思而定的。其他所有的團體和個人，因國家的承認而始享有人格，因而其權利能力的範圍，亦依國家的承認而定，唯僅於被承認的範圍內，才得享有權利。反之，獨國家於法律上其權利能力無一定界限，僅依自己的意思而定其得享有的權利。用哈納爾之語來說，即為具有『權限權限』(Kompetenz-Kompetenz)，即於自己應有的權限的範圍內，自己有任意決定的權限。

國權的自主性，決非含有國權的無限制的意味，唯僅含有不反乎自己的意思而受他人之意思力的限制的意味。國權決不是萬能無限制的，不特有事實上的限制，即在法律上亦必不能無限制。但他的限制不是從他

人加來的，而是依自己的意思自行加上的，這是自主的權力之所以為自主的權力的原故。法律上對於國家的意思力的限制，依國法和國際法而定，而國法和國際法，都不能反乎國家的意思而成立的。約言之，所謂國權的自主性，含有所有拘束國家的國法和國際法，不是反乎國家的意思，依他人的意思而定的之意味。

〔註〕 國權為萬能無限制的思想，乃是從布丹的主權論以至於今日的思想。浩布思謂基於國民的服

從契約之君主，有絕對無限的權力。盧梭謂那為立法權者的國民的總意，是全無限制，而各人都應該絕對服從的。即在現在，唱道同樣的思想的人，亦復不少，例如斯德爾說：「因為國權是最高的權力，故在法律上無限制；為甚麼呢？因為沒有一種東西可以立於其上而限制他的。雖有國家不可不從憲法之說，然這是錯誤的，因為憲法自身，是國權的主體之意思的結果。又，雖有國權不可不從道德以行事之說，然適合於道德與否的問題，一依國權的主持者之自為解答」(Votlage, S. 16)。在日本，尤以穗積提要中說，「主權是無限的，關於法律上的動作，其權力未有絕對的限定」(一一頁)；「憲法不是限制主權的力」(一四七頁)；「在法理上，憲法之制定和廢止，皆出於皇位主權之自由的專斷，他有阻絕憲法的權力」(一一〇頁)；「依國家本身的意思，權力的問題，是超越於現行憲法以上之根本大義」(一一一、一一二頁)。他極力主張國權的萬能性，雖憲法亦不能限制國權，國權是超越於憲法之上的，無論何時，他能廢止或變更憲法。

然這種思想以破壞憲法為法律上的正常行為，其不常自不待說。憲法——不用說其他一切的國法亦然——皆無非是限制國權的。國家本來雖有變更憲法的權力，然於不變更的時期內，必不可不服從他。即不

特被拘束於憲法之下，而變更憲法之權力的自身，亦決非無限制的，僅從憲法的規定，才可以變更憲法，或於一時期中，全然不能變更憲法的亦有，例如，帝國憲法第七十五條，『憲法和皇室典範，於攝政的期間內，不能變更，』即於此期間內，無論用何種權力，亦絕對不許變更憲法和皇室典範。若不顧此種規定，而毅然變更之，則這種乃是革命的行為，而非法律上正當的行為。法律上，國家於此期間內，全沒有可以變更憲法的意思力。而且，即令國家對於無論那種國法，可以任意變更，然國家不能把所有一切的國法全廢，而使社會全無秩序。使社會在全無國法，無秩序，無規律的狀態，這就是國家的崩壞。『應有那一種國法，雖一任國家的意思以為斷，然到底必不可不有一種國法的』(Nur des Wie nicht das Ob der Rechtsordnung light in seiner Macht-Jellinek S. 477)。然苟有國法存立，國家必常依之而受拘束。除國法之外，國家亦受國際法的拘束，國家對於國際法沒有任意變更的自由。觀此，則國權非有萬能性，更為明瞭了。

(一) 國權對外為獨立的 (Independent, unabhängig) 所謂獨立，即國家非反乎自己的意思，於法律上受外國所限制的意味。國家本來是國際社會之一員，受國際法的拘束而不能任意脫離其拘束的，然國際法是依參加於國際社會的列國之承認而成立，反乎國家的意思，就沒有效力了。國家雖有負遵守國際條約的義務，因而大受限制；然一切條約，皆依國家和國家間之合意而成，皆不失為根據於自己的意思的限制，普通謂國家有對外主權 (Souveraineté extérieure, Völkerrechtliche Souveränität)，即包含國家對外有獨立的意思力之意味。

(二) 國權對內爲最高的 (Supereme höchst) 所謂最高，即謂：在國內沒有反乎國家的意思而可以限制國家之任何的意思力的存在，而國內一切的團體和個人，皆於國家的承認之下，才可以享有權利。普通謂國家有對內主權 (Souveraineté interieure, Staatsechtliche Souveränität)，即含有國家在國內有最高的意思力之意味。

所謂國家有最高的意思力，非必包含：國內一切的團體和個人，都隸屬於國家的支配之下的意味。所謂最高，乃是不受他人的支配之消極的觀念；積極的支配他人，乃是一種完全不同的觀念。國家於何種限度內，對於團體和個人有支配權，這是依國法和國際法而定的，不一定是從國權爲最高的而生之必然的結果。在國內，全然不受國家支配之團體和個人亦有，若其不受支配，是基於國家自身的承認，則對於國權的最高性並無妨礙。例如，駐在國內的外國元首，大使，公使等，有治外法權的特權，雖在國內，亦不受國家的支配。又如於聯邦制的國家中，聯邦各州，在屬於其權限的範圍內，完全不受國家的支配，而有獨立的意思。

以上屬於國權的三種性質，皆非個別的性質，祇不過其觀察的方面不同罷了。所謂自主，是從其積極的方面而觀察的，即含有：國家能自定其意思力的界限的意味；所謂最高和獨立，是從其消極的方面而觀察，含有：國家不反乎自己的意思而受外國和國內之任何人或團體的限制之意味。這些都是同性質的發現。往往有把國家之對外主權，和對內主權，看作兩種不同的東西，以爲對外主權，即雖缺乏對外的獨立性，然對內主權，對內仍不妨其最高；雖然，這是從把國際法和國法看作兩種完全不同的東西所生的錯誤。對外不能獨立，而依他人的

權力以限制其意思者，則於對內的關係上，亦受人的限制，雖對內亦不能為最高的。例如聯邦中各州，因缺乏獨立性的結果，雖於州內，亦非為最高的權力，而為中央權力所限制；自治殖民地的人民，其最高的權力者，不是殖民地，而是國家。

二 國權的不可分性

國家的意思力，是唯一不可分的。國家的意思力只有一種，沒有兩種；不可分割，不可讓渡，這是從國家為單一的人格者所生之必然的結果。一切法律上的人格者，無論為團體，或為個人，必不可不具有法律上唯一的意思力。單一的人格者，同時有兩個意思，這個和人格的性質相反的。以國權為可以分割，這不外等於使國家分割而為數個的人格者。

對於由國權的不可分性而生的結果，要注意以下的兩點：

(一) 國家不能同時有兩個相矛盾的意思。本來國家之中，有許多機關，若機關分任一定的職務，因而於各種國家機關之間，互有意思的衝突，這是不用說的。政府和議會的對立，議會的兩院制，司法部和行政部分離，獨立的行政裁判制度等，都無非是豫期這種衝突的。然此等衝突，僅為機關意思和機關意思間之爭執，而非國家意思的矛盾。確定的國家意思未成立之前，機關和機關間有種種不同的意思，本來對於國家意思的統一沒有妨礙，因這種種不同的意思，祇不過是達到國家意思的一種確定之經過而已。所謂國家的意思的不可分，僅含有相矛盾的確定的國家意思，不能同時有效而存立之意味，若對於有效的國家意思，更有一種與之矛盾而有

效之國家意思，則前的意思，於其和後的意思相矛盾之限制內，依後的意思，而被變更。

〔註〕 有時不無與以上所說的相反的現象，例如，與憲法抵觸的法律有效而成立，與法律抵觸的裁判判決和行政行為有效而成立，就是這類。然雖在這種情形，亦並非同時有兩個相反的意思存在，依然不過是依後的意思，以變更前的意思罷了。憲法本來要求一切的法律要與他適合的，法律亦要求一切的判決和行政行為要與他適合的，然因為使此種要求能絕對滿足的制度不存在，所以有時法律常與憲法抵觸，判決和行政行為違反法律，而有效成立，因而於其抵觸的限度內，發生變更法律的結果，這是一種不得已的結果。

因為和以上所說的同一理由，國家之國際法上的意思，和國法上的意思，亦不能相矛盾的。對外的國家，和對內的國家，是同一人格者的國家，其意思不可不常為單一的。國際法的內容，在關於國內的統治的限度內，同時有國法的效力，就是根據這種理由的。

(二) 決定國家之最高的意思的機關，必不可無一種能保持統一的組織。若於國家之內，有兩個以上互相獨立的機關相對立，彼此可獨立決定國家的意思，而彼此之間，全無統一的組織，就這是國家的分裂，和國權不可分一點，是不相容的。

然國家機關之要統一，並非謂國家的意思力，不可不發於唯一的機關。舊時的主權說，雖以主權為唯一不可分的結果，又以主權的全部當然要屬於唯一的機關——在君主國，主權為不可分而歸屬於君主的一身；在

民主國則屬於國民全體——爲當然的必要，然此並不是正當的思想。假使兩個以上的機關相並立，其相互間不能一致，則國家的意思，雖不能成立，然此並非分割國家的意思，依此等機關一致而能統一的意思，即爲國家的意思。尤其在近代的立憲君主國裏面，立法和憲法的修正，依議會兩院之議決和君主的裁可而始成立，固非僅由君主的意思而成立的。以國權爲不可分而專屬於君主，是反乎真實的。

〔註〕主權爲不可分的結果，主權必不可分而須屬於唯一的機關的思想，十七八世紀的自然法學家，差不多以之爲自明的真理。法國大革命時的人權宣言和其以後的憲法裏面，屢屢說明這種意趣，人權宣言的第三條說，『主權唯一而不可分，不能讓渡，又不爲時效所拘束。主權屬於國民，人民中之無論那一部分或那一個人都不能行使主權。』其後法國數次的憲法，亦有同樣的明文。革命前以君主主義爲基礎之德意志諸邦的憲法裏面，有許多邦設『國王以一身掌握主權之一切的權利』的規定，這亦是根據於同一之思想。然當時的憲法學說，一方面以主權爲不可分，而專屬於君主或國民爲必要；而同時，一方面又以三權分立爲立憲主義的要求；以爲立法、司法和行政的三種權力，不可不互相獨立，尤以人權宣言明言這種思想，其第十六條說，『三權不立分的國家，不是有憲法的國家。』怎樣能以調和此兩種相矛盾的思想呢？關於這點，當時的思想以爲立法、司法、行政的本源，俱是屬於爲主權者的國民，唯國民當行使此等權力的時候，依憲法而設立三種機關，將其權力分屬於此三種機關之中。斯靄(Seyès, *Qu'est ce que le tiers-état*)將『作憲法的權力』(Pouvoir Constituant)和『依憲法而被作的權力』(Pouvoirs Constitués)

區別出來：作憲法的權力，必要屬於國民，而不得以之委任於他人，主權之不可分而屬於國民，於此可見；立法、司法和行政，為依憲法而作的權力，更精密地以說明此種思想。穗積提要一〇七頁為調和主權不可分和三權分立，說道：『國家主權，為一而不可分，圓滿而無限。然唯一不可分圓滿而無限的統治權，自設憲法以定其行動的形式。立法權，行政權，司法權之別，是由此憲法而始發生之國權行動的形式。所謂三權分立，乃是憲法的條規之下的制度，而非超然於憲法以上之國家統治的主權的本身，這是應該知道的。』這是全然與斯靄出於同一的思想。然這種說明，含有不可解的矛盾，這是可以容易知道的。不僅是制定憲法一事，為國家的意思力之發現；即立法，司法，行政，亦無非是國家的意思的作用；若以國家一切意思為不可分而須由唯一的機關而發，則不獨憲法的制定，即立法，司法，行政亦當然須由唯一的機關發出的。若國家依憲法的制定，而使此三種權力，分屬於各別的機關，則是使國家的意思力之所從出的地方，分屬於三種不同的機關，即不外使主權分屬於三種機關。盧梭指摘這種矛盾道：『使三權分立，恰如使一個人分為數個身體，使之或僅具眼睛，或僅具兩手，或僅具兩足。』(Contrat Social II Chap. II. 市村森口日文譯本六十三頁。) 康德謂使三權分立，是於單一主體中，更作成三個主體，把國家分割而為三個人格 (Rechtstheorie 四十五，四十八兩節。) 若主權是不可分而須屬於唯一的機關為真理，則他們之說，為論理上必然的結果。因此之故，德國許多學者，以三權分立說為破壞國家的統一，極力謂其不合理。例如，托賴斯克 (Treitschke, Politik II, S. 2) 說：『像這樣極端謬誤的學說，自古以來，甚屬少見。』(拉班 (Laband, Deutsches Staats-

recht 4. A. II. S. 6. Note 2) 說，『此說破壞國家的統一在論理上不能維持，在實際上爲不可行，其應被排斥，德國學者間久已一致同意了。』法國的狄驥 (Duguit, La séparation des pouvoirs e Assemblée Nationale de 1789, p. 1, Manuel de droit Constitutionnel, p. 140) 亦以三權分立爲論理上完全不可能的。

若果如自然法學說一樣，謂主權之不可分，是含有：主權全部爲不可分而屬於唯一的機關之意味，則主權之不可分和三權分立爲兩種絕對不能並立的思想。其實所謂國權之不可分，僅含有國家的意思力爲一而不可分的意味，而非含有國家的意思力要出於唯一的機關的意味。即使國家的意思力所從出的地方，分屬於兩個以上的機關，然若能保持其間的調和，則對於國家的意思之統一，是沒有妨礙的。因此之故，三權分立和權力的調和，相待而始能成立，若沒有能保持其間之調和統一的組織，三種權力絕對分立，則此種正是國家人格的破壞。於此意味，狄驥 (La séparation, p. 1.) 謂『絕對的三權分立，是論理上不能思考的』一語，是正當的。

三 國權的永久性

國家普通被稱爲永久的團體。這非必含有國家絕對傳諸永遠而不滅亡的意味。國家因種種的原因，而致於滅亡，世界的歷史，顯示許多例證，主張國家絕對不滅，是蔑視歷史上的事實。

國家的永久性，唯在兩點上，顯現出來。(一) 國家不是從始就限於一定的期限而存立的，這自然是不用說。

他又不是因目的之完了而當然消滅的，又不是如自然界的生物，遲早必可以豫期其死亡的。除了不能豫期之特別原因發生之外，他是永遠繼續的團體。(二)國家的意思，直至以後發生一定的消滅原因為止，具有永久的效力。在統治機關之地位的人們之更迭，不用說，對於那為國家之構成要素的領土國民和統治組織，雖發生某種變動，然此不是變更國家的人格，國家依然為同一的國家，因而國家的意思，不能中斷其效力。

然國權的永久性，並不是他的絕對的性質，僅可以說是相對的。使國家滅亡的原因為：(一)一國分裂而為數國（例如一八〇六年舊德意志神聖羅馬帝國之瓦解），(二)一國為外國所分割（例如波蘭的瓜分），(三)為外國兵力所征服（例如英國因南非戰爭的結果而合併南非），(四)依自由意思，而為外國所合併（例如日韓合併，美國合併布哇），(五)數國相聯結，而組織一個國家（例如北美合衆國，德意志聯邦，瑞士聯邦之設立）。於此等情形中，前三種是出乎純然事實上的原因，而非法律上的行為，這是很明瞭的。依着根據於自由意思所訂之條約，一國約定與他國合併而為其中之一部，又數國依其自由意思拋棄其為獨立國家的存在，從新組織聯邦，而隸屬於聯邦之下，在這種情形，從事於決定之國家機關，在憲法上，既然具有可以決定國家的最高意思的權限，則應認為其國之國法上適法的國家行為。例如朝鮮和日本合併，北德意志諸國組織北德意志同盟，又如南德意志諸國加入此同盟而建設德意志帝國，都是國家依自己的自由意思，拋棄其為國家的生存，因適法的法律行為而使國家滅亡的。

國家一時雖因革命和其他原因，喪失適法的統治組織而陷於無政府的狀態（例如革命後的俄羅斯，）

又一時雖被外國的軍隊占領領土的全部（例如歐戰時的比利時），然此不能目為國家的滅亡。國家的滅亡，須在國家於不能回復的狀態中，喪失其存立的要素，且其不能回復，已成爲確定的事實之時。假使一時事實上雖喪失其存立的要素，然此於法律的意識上是未確定的，若其後更能回復，則不失爲同一國家之繼續。此恰與一時因氣絕而後蘇生同樣。

第二節 國家的統治權

一 國家的權利

我把國權的觀念，稱爲國家的意思力，在前一節已把他的性質講述過了。統治權一語，雖往往被用爲與國權同其意義；然所謂統治權，本來爲支配權之意，乃支配某人的力之謂，以一定的客體爲前提，即所謂統治權乃支配一定的領土和國民的力之謂。然國權的觀念，與他不同，不是有一定的內容的力，而含有國家的意思力，即國家的人格本身の意味。民法學者之區分權利能力和權利，恰與此相當；統治權是國家所享有的權利，國權乃是爲權利的淵源之國家的權利能力，即意思力。因而此兩種觀念，必要明白地區別起來。

欲理解統治權的觀念，不可不先明國家爲權利的主體。主張國家有萬能無限制的權力的學者，雖以國家和國民的關係，爲絕對的權力服從的關係，而否認他爲權利義務的關係；然我們對於像這樣的思想，必要強烈的排斥。國家雖最高獨立而不受他人所支配，然決不能無限制的縱其所欲；國家依定立國法，承認國際法而自己限制其意思力，承認僅於一定的範圍內，才可以主張其意思力。國家的意思力，因乎這樣的法律上的限制，國

家即爲權利的主體，國家和國民的關係，得爲權利義務的關係。若國家有圓滿絕對的權力，國民無限制的服從於其權力之下，則國家和國民的關係，不過僅爲事實上的關係，而不是法律上的關係；然若單爲事實上的關係，則這種僅爲實力的壓服，而不得爲國家。國家並非在法律上有無限制的意思力的，僅於承認國法和國際法的範圍內，才可以適法地主張其意思力。所以國家對於國民，不單爲事實上的關係，而是立於法律上的關係之上的；其權力不單爲事實上的威力，而爲法律上的權利。對於國家權利的範圍，必要討論，即因此而生。

國家有何種權利呢？這是依國法和國際法而定；然國法和國際法之所定，依國而異，所以國家的權利的範圍，亦是各國不一樣。然於一切國家皆爲最高地域的統治團體一點看來，則各國俱同其性質，所以至少於其基本的權利一點上，各國須略有同樣的權利，就中國家於國法和國際法的限制之下，必有左列三種基本的權利。

(1) 自主組織權 (Selbstorganisationsrecht, Organhoheit, Right of Self-organization) 一切團體須有組織。團體的組織，或由團體自定的也有；或依他人的意思而定的也有。國家之下的一切團體，於國家的承認之下而存在，故其組織，亦依國家的意思而定，又至少僅於國家所容許的範圍內，以自己的意思以稱爲而定；獨國家爲自主獨立的，不賴他人的意思，而有其存在，故其組織亦不可不依國家自身的意思而定。這種可國家的自主組織權。國家自己任意定其政體，變更其政體，和充實其機關，即爲根據此種權利的作用。

國家的自主組織權，依國法，又有時依國際法，而受限制的也有。受國法上所限制的場合，如國家自己以一定的制度，爲永世不變的就是，日本憲法『大日本帝國，由萬世一系的天皇統治之』的規定，日本是以萬世一

系的天皇爲君主之君主政體互萬世而不容有所變更，這即爲其一例。國際法上的限制，其例不常見，例如永久中立國，除國內警備之外，負有不能組織常備軍之條約上的義務，可以作爲這種例證。

(1) 領土權 (Gebietshoheit, Territorial Sovereignty) 國家是領土的團體，對於領土內之一切人民，不問其爲國內人或爲外國人，爲團體或爲個人，於國法和國際法的範圍內，都有支配之的權利。這種稱爲國家的領土權，領土權的性質於後編（第二編第四章）尚有詳細的討論。於其本來的性質上，領土權不獨爲支配人的權利，支配土地上其他各物的力，亦包含在內；唯因近代的國法以支配物的權利爲所有權，把他和領土權分離，原則上一任私人之享有；故若說起近代的國法中之領土權的主要的內容來，則所謂領土權，可以稱爲支配一定地域內的人民之獨占的權利。這種權利，不獨爲國家所特有，一切地域團體，必然有這種權利，唯其他團體所有之領土權，基於國家的容許，僅於國家所承認的範圍內，能享有之，是一種由國家得來的權利。國家的領土權，不是基於他人的容許，而僅基於自己的意思而享有之，他是一種原始的自主的權利，獨於這一點與他不同。

領土權是國家之最重要的權利。以領土權爲統治權的全部，雖不是正常，然統治權之大部分，與領土權同其範圍；國家對於國內的人民之行使立法行政司法之各種權力，除屬於組織的之外，多爲基於領土權的效果。唯本國人民，基於其國民的身分，不問其是在領土之內與否，當然服從於國家的支配之下。國民之服從國家的支配，雖不是僅爲基於領土權的效果，然在領土內的外國人，服從國家的支配之下，這是專爲領土權的效果。

領土權本來是存於國法和國際法的限制之下的；國際法上的限制，如外國元首對於他國的治外法權的原則是；國法上的限制，如自治殖民地的統治，一任殖民地的自治是。

(11) 對人高權 (Personalhoheit, Personal Sovereignty)

國家是國民的團體，外國人在領土內的期間中，雖同屬於國家的支配，然這種僅為一時的關係，一離開領土，則此關係完全沒有。為國家團體的所屬員，為構成國家的一員者，祇有國民；國家對於國民，不問其是在領土之內與否，常有支配之的權利。此種權利，稱為國家的對人高權。（對人高權一語，是不適當的，然因為沒有適當的成語，故從普通的慣用，而用此語。其與領土權的區別，不是一個為支配土地的權利，一個為支配人的權利。兩者不同的地方，在於領土權為伴着土地而存在的權利，反之，對人高權為伴着國民的身分而存在的權利。於支配人的權利一點上，兩者相同；唯一是因為其人在其土地上，故支配之；其一是因為其人為本國國民，故支配之。於這一點，可以區別出來。）對人高權的效果，大部分和領土權的效果相一致，為甚麼呢？因為國民都是在領土之內，而領土權的效果，又是國家有支配領土內一切人民的力。唯對於在領土以外的本國人民，國家得有支配權，這專為對人高權的效果。

對於對人高權，國際法上的限制，特別顯著。若有妨礙外國的領土權，則對於在外國領土內的本國人民，不能完全行使對人高權。在外國領土內，其國的領土權之效果，專行使其國的支配權，而有排斥他國的支配權的力，故國家若不得那個國家的承認，則對於本國國民，亦不能行使支配權。國家除依特別的條約而得外國的承認之外，唯把本國國民召還本國，等他歸到本國領土內的時候，始能完全行使其支配權。

以上三種權利爲國家之最重要的基本權利，無論那個國家，於某種限制之下，必不可沒有此等權利。

[註] 斯多拉 (Seidler, Das juristische Kriterium des Staates) 特別謂這二種權利爲國家之

不可缺的要素。他把國家的定義定爲：Der Staat ist ein mit Personal-Gebiets- und Organhoheit ausgestattetes Hoheitssubjekt。然此定義，不獨國家，即一切統治團體，亦可適用於這一點，缺少正確。

國家的權利，必不止以上的三種。此三種之外，國家亦有基於特別條約或基於一般國際法的權利。其基於條約的，例如，基於保護條約，於被保護國所行國的權利；基於租借條約，於租借地所行使的權利；基於治外法權而行使之領事裁判權是。基於一般國際法的，例如，於戰時占領地所行使的權利是。在國內，亦有依契約或其他特別原因，而享有其他許多的權利。尤以於財產的關係上，國家所享有的權利，通常概與一般私人所享有的有同樣的性質。

所謂統治權一語，或有用於總括此等國家之一的權利的意義。日本憲法第四條規定『天皇總攬統治權，依此憲法的規定以行使之』所謂統治權者，可解爲這種意義，即謂國家一切的權利爲天皇所總攬。

然所謂統治，本來爲支配的意思，像一般私人所得享有的財產權，稱之爲統治權，是不適當的；又國家基於契約和其他特別的法律原因，對於特定人所有的權利，必要和國家之爲國家所當然有的權利區別出來。統治權一語，通常被用於除了此等的意味；於此種意義的統治權，與國家的支配權略同，總括組織權，領土權，對人高權，和國家依特別國際法的權，原於租借地，戰時占領地，治外法權區域等領土之外所有之支配權的全體。

二 統治權的性質

所謂統治權，就是上面所說的組織權，領土權，對人高權和基於國際法上特別的權原所生的支配權之總稱。簡單的說，可以稱為國家的支配權。關於其性質，尚有左列諸點要講述的。

(一) 統治權就是權利。他之為權利，依他具備權利之一切之要素而明瞭；所謂權利，就是能以自己的意思，主張一定的利益之法律上的力。其要素為：(A) 法律所承認的，(B) 以一定的利益為內容，(C) 可以主張自己的意思。統治權乃是依國法和國際法被承認為：依國家的意思，為國家的目的，而能以支配一定的領土和一定的國民的力，故於權利的要素，更無所缺。

然從來論統治權的性質的學者，多把統治權解為國家的一般意思力之意。普通把國權的觀念和統治權的觀念混為一談；即在名稱上，亦不稱為『統治的權利』(Herrschaftsrechte, Hoheitsrechte, droit politics) 而稱為『統治的權力』(Herrschergewalt, puissance publique)。這種權力，是唯一不可分的。雖然，把統治權作為國家的意思力，這點和統治權為具有一定的內容的力不相容。統治權是一種以能支配一定的領土，一定的國民為內容的力，而不是國家意思力的本身。國家的意思力，不是一種有一定的內容的力，而是一般的遂行其目的的力。此力通於一切國家而為同一的，在法律上完全有均等的地位，這個恰和國內各人皆有平等的人格一樣。統治權則反之，在各國，其範圍不同，其大小強弱不同。這恰和國內各人的權利，貧富長幼，顯然不同一樣。領土若大，則統治權的範圍，亦隨之而擴大。中央集權的國家，比之聯邦制的國家，統治權的範圍較廣。

因此之故，統治權的觀念，必要明白地和國權的觀念區別出來。把統治權作為唯一不可分，作為圓滿絕對的權力，乃是由於把此二者混為一談所生的謬誤。把統治權稱為統治的權力，不一定是當的，為甚麼呢？因為所謂權力，是要求服從的力；而統治權是支配權，包含一種強制人民的服從的力。然稱之為權力，不誤其為權利的性質，蓋雖為權力，然為自己之目的，於法律上有可以主張某事的力，於這一點上，都不外是一種權利。

(二) 統治權，是許多權利的集合，而非單一的權利，又不是不可分的東西。以統治權為唯一不可分的思想，隨歐洲主權說的發達而起，為對於中世紀封建時代的極端地方分權的反動。基於主權統一的要求，而主張國權為圓滿絕對的權力，不可分而須專屬於君主。及國民主權說起，主權不可分而屬於國民，其影響及於今日。雖在今日，統治權為唯一不可分之說，仍為普通所主張。然這是由於把統治權的觀念和國權的觀念混為一談，不明白統治權不是國家的人格本身，而為屬於國家的權利所生的謬誤。國家的人格和國家的意思，本來雖是唯一不可分的，然統治權是支配一定的領土和一定的國民的權利；而所有一切的權利，除了性質上為不許分割的，和依國法和國際法特別禁止分割的之外，是可以分割，可以讓渡的。國家的統治權，性質上既非不可分割的，法律上又非禁止分割的。統治權是支配一定的土地和人民的權利，以土地和人民為其權利的客體；然為權利的客體之土地人民，不是不可分的單一體，國家對於可以分割的各個的土地，對於幾千萬的人民，有支配的權利。又即使對於統治的作用而言，所有的作用，亦並非為不分割的一體，煙草的專買權，鐵路的經營權，鑛山的採掘權等，都是包含可以分割的無數的權利。此等一切的權利，本來都是僅基於國家自身的意思而有的。為其

源泉的國家的意思，雖為不可分的單一體，然基於其意思而生的權利，決不是單一體。新近擴張領土，則其支配地域的權利，新近加增起來；國民中有歸化於外者，則其對於此種人的支配權喪失；把鐵路的經營權，特許與私立的公司，則國家的權利之一部，給與私立的公司；把鑛山的探掘權，讓渡於外國，則統治權的範圍，失了這麼一點。國家把領土的一部，割讓於他國，是統治權之一的割讓，這是顯而易見的。於聯邦制的國家和各州之間，以統治權為唯一不可分，是舊時的主權說的影響，是混同觀念和蔑視事實的謬想。

〔註〕 把國權的觀念和統治權混為一談，以他們同為唯一不可分，這種思想，雖在今日，亦為普通所唱道。於多數的學者中，愛里那克之說，可為其代表的一例，今略述愛氏之說如下：於一切團體之中，必不可無處理其全體之目的的意思，這種稱為『團體權』(Verbandsgewalt)。於團體權之中，有統治的權力和非統治的權力。統治的權力(Herrscher-gewalt)，是不能抵抗的權力，是可以無條件的命令和強制其履行的力。國權即統治的權力(S. 427 ff.)。他把國權和統治權，視同一樣。其次，他論國權不可分的原则，謂：雖在聯邦，國權(即統治權)亦不能分割，唯有國家作用所繫之目的物可以分割而已(S. 436 ff.)。關於領土的割讓，他謂國權之不可分的當然的結果，雖領土亦不可分，唯有一個重要的例外，即依條約，領土可以割讓；然領土的割讓，並非土地的讓渡，而專為統治權的讓渡(Uebertragung S. 402, 403)為甚麼如此呢？關於這點，愛里那克除了單單謂『重要的例外』之外，沒有何種的說明。至斯德爾，因統治權不可分的原则之結果，對於聯邦制度亦加以否定，謂德意志帝國不是國家，獨有其中的各州是國家(Vorträge S. 16)

(二) 統治權、即支配權。本來欲行使支配權，要具備可以行使其支配之機關的組織為第一的要件，因而統治權亦包含組織權，這是不用說的；然就其主要的性質而言，可以稱他為支配權。

支配權可以分為支配人的權利和支配物的權利。統治權以支配人為主要的內容，然不必排斥物的支配。以統治權為在觀念上非含有支配物的力，這是錯誤的。本來於現代的國法上，支配物的權利，一般都把他作為私權，一任私人的享有，雖在國家有這種權利的場合，國家亦和私人立於同一的地位以享有私權，通常都把這種權和統治權區別起來。雖然，這亦不一定是常常如此的。國家支配道路、河川、領海、要塞等的公物的權利，明明是可以和私權區別的，不獨可以看作同為統治權的作用，而且國家不依契約而依其任意的立法，可以把某物定為屬於自己的支配權（例如，把無繼承人的財產，不屬於任何人所有之土地，未採掘的礦物等，定為國有），這是國家對於此等物，有可以任意定其法律關係的權利，這是統治權本來包含物的支配權。

〔註〕 論統治權的性質的人，多把他作為對人的命令權。拉班說，『所謂統治，是對於自由的人格者，命令他作為或不作為，及對於他強制其服從之謂』（見前所引他的著作 I. S. 64）。愛里那克說，『所謂統治，是一種可以無條件的命令和強制其履行的力』（見前所引他的著作 S. 429）。安修斯（Anschütz in *Holtendorf-Kohlers Enzyklopaedie* S. 464）所說，亦略與他們相同。在中世紀封建時代，土地屬於領主的私領，統治權和土地領有權，視同一樣，而此說則與之相反；現代的國法，以土地所有權為純然的私權，能和統治權區別出來，*dominium* 和 *imperium* 為完全兩樣的東西，而此說是他的結果；於這一點，包

含正當的思想，然全然排斥物的支配權，把統治權，作為單對人的命令強制的權力，這是過於極端而且錯誤了。尤其是愛里那克排斥公法上物權思想的理由，到底難得人首肯，他說『統治權就是命令權，而命令僅可以對於人才能够行使的，沒有對於物的命令。支配物的權利，不是統治權而是私權』（見前所引他的著作 2. 396）。公物的支配權，不必僅僅含有自己利用物而收其利益的意味，容許他人利用之，和其他可以任意立定關於物的法律關係，亦是由物的支配權所生的效果。自己利用物而收其利益，現代的國法上，把他作為所有權，雖可以和統治權區別，然此是現代的國法取用私有財產制度的結果；而以國法定這種制度，即定關於物的法律關係，其自身不外是由物的支配所生的效果。尤以把無主的土地都歸屬於國家，若物的支配權，本來非屬於國家，則對此斷不能說明。關於這點，請參照第二編第四章領土權。

然統治權的主要內容，在於支配人的力，這是不用置疑的。國家對於在領土內之所有一切的人民，和於國際法的限制內，對於在領土之外的本國人民，有支配的權利，這是統治權之主要的內容。所謂支配人，即命令其人，拘束其自由，容許其行為，承認其人格，與以法律上的能力，判斷其相互間的爭執等，舉凡一切依自己之單獨意思，而定其人的法律關係之謂。以統治權為命令強制的權利，普通雖為學者所說明，然此不是正確的。統治權於命令與強制之外，包含容許或與以權利，和剝奪權利，或確認事實等作用，單以之為命令強制，恰如以一切的法為命令的規律，同樣陷於錯誤。

支配人的力，常為意思的力，以法律上優劣強弱之差為前提。國家在國內，有最高的意思力，國內無論何人，

都不能有一種可以和國家的意思力對抗之意思力。其結果，國家除國法和國際法的限制之外，對於國內一切的人，有以自己之單獨的意思，以規律其意思的力。於國家的意思和他人的意思相抵觸的時候，國家的意思常有法律上的效力。

(四) 統治權是無條件的支配權。所謂無條件，含有非基於服從其支配者之任意的服從，不問服從者的意思怎樣，而可以支配之的力的意味。於這一點，統治權可和普通的社團權區別。於一般的社團，一切團體，於國法所承認的範圍內，對於社員，有支配權；社員之服從其權力，是任意的加入社團的結果，於自己的意思內，有其根據；又於無特別拘束的限度內，可以隨時脫離。對於脫離的人，團體沒有反乎其人的意思而扣留之的權利。統治權則與此相反，不以這種任意加入為前提，又不許任意脫離。他是一種不問受其支配者的意思怎樣，而可以無條件的支配之的力。本來於近代的國家中，承認國民之歸化於外國的自由，雖是一種原則，然這僅於某條件之下，才能容許；於兵役義務的關係中，或不容許的亦有。於怎樣的範圍，才容許之呢？這是依國家立法的本身而定，和一般社團中之可以任意脫離，完全不同。

(五) 國家的統治權，除了基於特別的國際條約而生的之外，是原始的權利。所謂原始的，含有僅於自己的意思中，有其存立的根據，而非基於他人的意思而生的之意味。於國家之下，雖有像自治殖民地，地方自治團體等有統治權的團體，然這是由國家給與的，於國家的意思中，有其淵源。即不是『原始的權利』而為『傳來的權利』。關於國家的權利，例如於租借地內的統治權，於租借條約中，有其根據，不外是一種從租賃國傳來的

權利。其他與外國締結條約的結果，如在外國的領土內得敷設鐵路的權利和採掘礦物的權利等，亦為傳來的權利。這本來是屬於外國的權利，依條約而給與國家。反之，國家之本來的統治權，即組織權，領土權和對人高權，不是由他人給與，而僅於國家自身的意思中，有其存立的根據，不能於其上以探求其淵源的，因之，為原始的權利。或有時謂統治權為國家之固有的權利，亦為同一的意義。

(二) 原始的統治權，於現代的國家中，為僅屬於國家的權利。他種團體之有統治權，皆由國家所給與的，不過為傳來的權利。這是現代的國家和舊時代的國家所不同之顯著的特色之一。於中世紀，國家的中央權力，甚為微弱，連國內的安寧亦不能保；因此，各地方的人民，除了以武力自衛之外，沒有法子，羣雄據割四方，發生以武力為基礎的自衛集團，封建制度於以出現；此種情形，東西洋皆如出一轍。此時統治權不是由國家給與，而是由各地方的領主自己行使的。現代的國家不認這種原始的統治團體，存在於國家以外，而把所有的統治權都聚集於國家一身。在今日，雖承認地方自治制度，承認地方團體的自治權，尤其是於聯邦制的國家中，聯邦各州雖有範圍廣泛的統治權；然這種統治權，是由國家所給與的權利，而不能把他看作原始的統治權（參看第四節）。總之，無條件的支配權，僅於現代的國家中有之，國家以外的團體，僅由國家所給與才可以保有之。

(七) 統治權是在國法和國際法雙方都有效力、的權利。統治權是一種以支配領土內的人民為內容的權利；第一，為國法上的權利，自不待言。而國法上的權利，僅依國家自身的意思而存立，不要列國的承認。然國家之為國家，因欲與列國交通，不受外國的障礙，安全的行使統治權，則必要使列國承認他為國家；對於國家成立

之列國的承認，乃因此理由而生。列國之承認他爲國家，即承認國家於其領土內有獨占的統治權。因之統治權爲國法上的權利，同時至於有國際法上的權利的效力。即其國法上的效力，於國內可以支配土地人民；其國際法上的效力，對於外國與其權利對抗，使外國負一種於條約和國際法的容許之外，不侵害其統治權的義務。這不是於國法上，和國際法上有兩種個別的權利，而是單一的權利在這兩方均有效力（參看第二編第四章領土權一節）。

（八）統治權是存於國法和國際法的限制之下的權利。這層依統治權是有一定內容的權利，和在國法和國際法兩方皆有效力之一點觀之，既已明瞭。以統治權爲絕對無限制的權力之思想，須要堅決排斥。統治權僅因滿足國家之正當的任務，才可發動；何爲國家之正當的任務？於什麼限制內，統治才可發動？這是依國法而定的。因此遂生統治權之國法上的限界。國家的統治權，又以世界列國的共存爲前提，僅於列國相互尊重他國的利益，不侵害他國的統治權的限度內，才可以存立。因此遂生統治權之國際法上的制限。就中領土的限界，是國際法上的制限之最重要的。以統治權爲無限制的權力，連領土的界限，亦都蔑視，這種說法，僅依國家獨爲支配世界之唯一的權力才可以維持。

（九）若總括以上所述，而下國家的統治權的定義，則所謂統治權，可以說是：一種獨占的權利，他除基於特別的國際法上的權利外，於國法和國際法的限制內，自定义的組織，支配領土內一切的人和物，及支配在領土以外的本國人民。

第三節 主權的觀念

主權 (Souveraineté, Sovereignty, Souveränität) 一語，雖屢屢被用於與國權或統治權同一意義，然此語又往往被混用於種種的意義，常為誤解之源。因而欲明其觀念，必要略溯其說之由來。

一 主權說的沿革

主權的觀念，近世之初，先在法國發達，其語出於中世紀的法語 *Sovrain*，而此語的語源，更出於中世紀的拉丁語 *Superanus*。於其本來的意義，僅含 *Superior* 即「出於他人之上」的意味，不一定含有「最高的」意味。含有這種意義之 *Sovrain* 一語，老早從中世紀之初第十世紀的時候，就在法國慣用起來，至近世之初，此語不獨適用於國王，即國王之下領有一定的封土之大小諸侯，亦皆稱為「薩威連」。(關於主權說的沿革，於耶靈氏前所引書中第四百三十五至四百七十四節中有最精確而且詳細的說明。現在所述的，多出於此。其他 *Rehm, Allg. Staatslehre S. 40 ff. Hauke, Bodin, Eine Studie über den Begriff der Souveränität* 亦有詳細的說明。)

「薩威連」一語，其意義一變而為後世主權的觀念，這與當時法國的政治狀態有密接的關係。歐洲中世紀的國家，決非如近世的國家一樣之中央集權的國家，無論國家之內或國家之外，都有可以與其權力相對抗之種種獨立的權力。第一，有神聖羅馬帝國的權力。他是古代羅馬帝國的後繼，理論上，被看作統一基督教的全世界之世界的帝國，法國亦名義上服從於皇帝的權力之下。第二，有基督教會。羅馬教王和皇帝相對，在靈界主

張世界的權力，或時具有比國家更爲優勝的權力，甚而至於壓迫國家也有。第二，有國內的封建諸侯和自由都市。此等於其領域內，差不多爲完全獨立的小國家，國王的權力，在一種不能直接及於諸侯領土和市府區域的狀態。中世紀的法國，對外受皇帝和基督教會的限制。於內有諸侯和市府之獨立的權力，這種狀態，於十三世紀後半期以降，大有變更，國王的權力，漸次強固起來，皇帝的權力，對於法國，從昔已有名無實，而許多諸侯的領地，或被征服，或被沒收，而合併於國王的領地，其所剩的，亦服從於國王之下。至十六世紀法蘭斯亞第一之後，國王得到全國的最高統治者的地位。於一方隨着文藝復興與依羅馬法學的勃興，古羅馬帝政時代之專制的帝政思想，漸次傳於西歐諸國，於當時的法律學中，祖述君主有萬能無限制的全權 (Summa potestas, plenitudo potestas) 之說的不少（就中以 Aeneas Silvius 之說爲最著。Rehm, Geschichte d. Staatswissenschaften S. 196 ff.）。雖然，中世紀的學者，以爲可以適用此思想的，僅爲神聖羅馬帝國的皇帝，法國的國王，屬於皇帝之下，本不足以當之。然法國那時候，事實上完全脫離皇帝的支配，同時封建諸侯的勢力亦衰，國王至於獨有最高的權力，故從前僅可以適用於皇帝的，此時直適用於國王，於是始生「國王主權」的學說。

法國國王主權說之最初的代表爲布丹 (Jean Bodin)。其說於他的大著國家論六卷 (Six livres de la Republique, 1876) 中論述。他以主權 (puissance souveraine) 爲獨立，最高，無上，雖依法律亦不能限制之絕對的權力 (potestas legibus soluta)。列舉立法權，宣戰媾和權，官吏的任免權，最高裁判權，對於忠實和服從的權利，恩赦權，課稅權，貨幣鑄造等種種的權利，而以爲主權必不可不具有此等權利。因主權爲唯一不可分

的，故主張國王不可不獨掌握其主權。他又以主權爲一切國家之不可缺的要素，他下國家的定義道：國家是以主權正當的統治之多數的家族。

布丹的主權說受中世紀羅馬法學者之 *Summa potestas* 的觀念的影響，此事依布丹自己把其著作譯成拉丁文而發表之際，以 *Summa potestas* 一語譯作 *puissance souveraine*，就可以明白了。然布丹之所謂主權，並非與中世紀羅馬法之 *Summa potestas* 完全爲同一的觀念，他以主權爲適於一切的國家之不可缺的要素；其權力爲最高獨立的，此外不得有在國家上的權力之存在，而於國內，亦不得有離國家而獨立的權力之存在，這種學說，是他首先明白地講述的，他被目爲主權說的創始者，即在此點。從此時以前，「薩威連」一語，不獨爲國王，即封建諸侯亦一樣的爲「薩威連」。反之，布丹以國王應獨有唯一的最高的地位，祇有國王爲「薩威連」。即「薩威連」一語，至此而與其本來的語源爲一轉訛。本來 *superior*，單含有在他人之上的意味，自己不妨在更高的權力之下的。反之，現在 *Supremas* 含有：最上的意味，要絕對不服從其他權力之下。近世的主權說，是如此而發生的。其說從始就有政治的傾向，以壓抑教會及諸侯的權力，增進國王的權力爲目的，不一定以純正的理論爲主眼的。從純理來說，其說包含許多謬誤的地方。國家須有最高獨立不受他人之制限的權力，這是正當的；然列舉屬於國家的種種權利，而以主權爲必須具有此等權利，還不獨有把主權和國家的權利混同的謬誤，至於以主權的全部須屬於君主，把國家權力之不可分和國家機關之應該爲唯一，混爲一談，則更加謬誤了。然雖有此等謬誤，而其說與當時之中央集權的機運相合，得到頗大的勢力，對於實際政

治上的影響，頗爲著大。十七十八世紀的法蘭西，至到發生專制君主政治，這本是時勢使之如此，然其思想上之背景，則不能逃此說的影響。

雖然，布丹等之國王主權說，不能說明權力的根據，於此有一大弱點。他們僅僅謂主權不可不屬於國王，至於國王爲甚麼有此種權力？國民爲甚麼不可不服從國王？對於這種根據，他們不加以說明。關於王權所基的根據是甚麼，中世紀基督舊教法學者，僅以之歸於神意而滿足。所謂「國王神權說」就是，即謂國王的權力，是由神所給與的。像這樣的神權說，雖至後代，其主唱者尙不絕。在英國，國王詹姆士第一於其所著 *The Law of Free Monarchies* 一書中，主張君主具有神授的權力。其次，於查理斯第一之下的菲爾摩，於其死後始公諸於世的 *Patriarca* (1680) 一書中，更詳細地論列，謂專制君主政體爲適合神意之唯一的政體，國王之對於國民，恰如父母之對於子女一樣。在法國於路易十四之下，波斯埃爲王太子太傅，他於爲太子而作的 *La Politique tirée des progress paroles de l'Écriture sainte* 一書中，不示若何的論據，而極力謂王權的神聖，應爲圓滿無限的，像這樣崇高洪大的權力，僅可於神意之中，有其本源。此等學說，皆於專制的王政之下，爲辯護王權而主張的；然以王權單歸於神意，是把他置於人類的理解之外，而專訴於宗教的信仰，這與全然不解答沒有差異。其不能得欲求其合理的解答者之滿足，固無足怪。

關於王權的根據而與以合理的解答的人，就是十七十八世紀的自由法學家。他們以爲王權的根據在於國民。國民依其社會契約，自己推戴國王，相約服從於其權力之下，所以國王具有這種權力。此種思想，謂一切權

力本來爲羅馬國民 (Populus Romanus) 所有，皇帝爲受國民的委任之代理者；於一方，以古代日耳曼民族的國民總會（該民族之最初的組織）自決國事的時代之法律思想爲基礎，於十四十五兩世紀，已經有祖述這種思想的，隨着基督教的勃興，這種思想，特別依嘉爾文派而顯著的發展。在法國，於十六世紀下半年略與布丹同時的所謂 Monarchomaques 一派，以王權於國民權之中，有其淵源，爲要求國民之政治的自由的根據。然於近世，明白地論述這種思想之最初的學者，乃是浩布思。他的著作巨靈 (Leviathan 1651)，因爲主張王權，故與布丹的國家論同其目的，至於他的論據，則完全與之相異。他謂人類的自然狀態，是僅以腕力競爭的，各人彼此互相戰鬥，因爲欲脫離這種戰爭狀態，故各人相約服從於特定的人，或特定的集合的權力之下，這就是國家的起源；代替那基於此契約的條項欲求和平的生活之所有的契約的當事人，以行使其權力的人，就是主權者。即浩布思欲說明王權的基礎，反唱主權在民之說。同爲專制的王權之主張者，而由布丹的主權在君說一變而爲主權在民說，於所有的國家之內，國民爲主權的淵源，王權的背後常有「國民的主權。」

在浩布思以後和與他同時的普芬多夫、烏爾夫、洛克等哲學家，皆與浩布思一樣承認社會契約爲國家的根源，因而謂於所有的國家之中，主權必然屬於國民。唯除洛克之外，其餘這幾個皆依之以證明王權之正當，謂本來屬於國民的主權，依契約讓渡於國王。

如此，經十七十八兩世紀，主權在民說，爲不可爭議的真理，久已支配人心。至於盧梭不獨以爲主權本來屬於國民，且以爲這種主權不能讓渡於他人的，僅有國民的總意，才得爲法律。此說的影響，怎樣使法國的實際政

治變動。這是人所共知的。爲法國大革命之最初的成典之人權宣言，於其第三條，宣言：主權所有的淵源，必然在於國民；於第六條，明言法律乃是人民總意的發表。其他如北美合衆國，和美國各州的憲法，宣言國民自己制定憲法；在法國，「憲法制定權」(Pouvoir Constituant) 必須在於國民，憲法的制定，常依國民投票行之；至一八四八年政變的時候，這種思想尙有很大的影響。於新興的比利時王國憲法之中，雖採世襲君主政體，然尙於其憲法之中，規定主權屬於國民。——這些都是主權在民說影響於實際政治之顯著的例證。

於一方面，舊時的主權在君說之影響於歐洲諸國的實際政治，亦不讓於主權在民說。就在法國，拿破侖失敗，接着包本王朝的王政復古，同時主權在民的思想，完全頓挫，而主權在君說再行興盛起來。一八一四年的法國憲法中，宣言國王親自欽定此憲法，以授之於國民；規定法國一切的權力歸於國王之一身，唯行使此種權力時，容許國民之參與。其他歐洲諸國，亦於維也納條約之後，或爲神聖同盟，或爲梅特涅之干涉政策，直至十九世紀最初二三十年的時候，主權在君的思想怎樣支配歐洲的人心，這是人所共知的。尤其是在一八一八年以後至一八四八年之間，德意志諸國所制定的憲法，皆規定君主爲一國之主權者，國家之一切權利，併合於君主之一身。這是受主權在君說的影響之最著的例。

主權在君說和主權在民說，同是在歐洲發達的，對於歐洲的實際政治，有偉大的影響，這層，上面已經講過了。雖然，此說有把種種不同的觀念混合爲一之誤。此說之所以重要，在於其爲政治的變動的原動力之歷史的價值，而非在於其爲學說之理論的價值。主權在君說，可以視爲欲主張君權之政治上的勢力的政治主義，主權

在民說，亦可視為擴張民衆在政治上的權威之政治主義。若從純理上說來，則兩說皆完全不能維持。國家的權力（意思力）不反乎自己之最高獨立的意思，而受他人的限制，這是正當的思想；然這種權力是依國內何種機關構成，是另一問題，與國家權力之最高獨立，無何等的關係。所謂國家的權力最高獨立，乃是屬於國家的意思力的性質；究竟這種權力應該屬於君主或應該屬於國民，乃是關於國家機關的組織之政治上的主義。國家機關的組織怎樣，是各國政體的問題，因各國的歷史和國法之不同，政體亦隨之而異，他不是本來由國家的權力的性質而生之必然的事情，兩者全無關係，其間無何等之意義的聯合。國家的意思力，又並不是具有一定的內容的力；國家究竟可以作那種作用，這是國家的權利問題，依國法和國際法而決定，與國家的意思力的最高完全為另一問題。主權說的主唱者，列舉種種的作用，以之為主權所不可缺的作用，這不外是把國家的意思力和國家的權利混為一談罷了。最後，以國家的權力為唯一而不可分，這是正當的，然以其權力須常屬於唯一的機關，那就錯了。所謂權力的不可分，唯含有意思要統一的意味，非謂其意思出於唯一的機關。以權力之不可分為理由，謂其權力的全部須為不可分而屬於君主或國民，這是完全不對的。主權說，把所有這些相異的觀念，混為一談。於一方，把國家的意思力和國家的權利混同；於他方，把國家和君主及國民混同；這是陷於二重的誤解。主權說對於歐美的憲法史，有重大的影響，這是不能爭辯的；於憲法學的理论中，雖不能等閒視之，然欲對於他得到正當的解釋，則必須正其混同的謬誤，且不可不明白：即雖同用主權一語，而其意義完全不同。

〔註〕關於主權 (Sovereignty) 一語，混合種種意義而被人亂用，格爾巴說：「主權一語，雖被混同於

種種的意義，然其本來的意義，又歷史上唯一之正當的意義，是在於國家離他人而獨立。故所謂主權，非謂國權的本身，而是屬於國權之一種性質。主權在君和主權在民之語，不過為政治上的運動之主義綱領罷了。真正君權的觀念和主權的觀念，沒有何等的關係，然主權說則常用於與君主主義相混同』(Grundzüge S. 22 Note 5.) 英、法、美、諸國的學者，雖在現在，對於主權一語，亦不明這種種意義，以互相混同為常事。

日本的憲法學者中，把主權一語，與這種種意義混用的，亦復不少。穗積提要可作為代表的例。於此書中，取其可以視為主權一語的說明者，集之於下：「主權乃是統治國家的權力。」主權乃是主張國家的生存之權力。」「主權是獨立的。」「主權是唯一的。」「主權是最高的。」「主權是無限的。」「(二〇頁)「國家的意思就是主權。」「(二三頁)「國體由於主權之所在而分的。」「(五二頁)「所謂主權之所在，即謂造成國家的法律意思的自然意思之所在。」「(六九頁)「於君主國體，主權在於君主。」「主權乃是國家最高的權力。」「(七八頁)若能於這種種說明之中，求得沒有矛盾的主權的觀念，則可以說是奇事。這些說明，同以主權一語，以表四種不同的意味：(一)國權(二)統治權(三)屬於國權的性質(四)國家之最高機關的意思；而又不區別其意義，照樣的再蹈舊時的主權說的謬誤。

二 主權的觀念

舊時的主權說，把主權一語，混用於種種的意義，上面已經說過。欲得到主權的觀念之正當的解釋，不可不

明白的區別其各種意義。於舊時主權一語之慣用的意義中，至少要分爲以下四種：

(一) 於其本來的意義上，所謂主權就是「最高」「至上」之意。上面所說的 *Souveraineté* 一語，出於 *Superans* 一轉而至於含有 *Supremas* (至上) 的意味。 *Souveraineté* 爲 *Superans* 的名詞。即於其本來的意義，所謂 *Souveraineté* 所謂 *Supremeness* 皆含有「最高」「至上」的意味。國家的意思力，最高獨立，不受其他任何人的命令；主權一語，是爲表明這種國家的意思力的性質而用的。這是主權之第一種意義。把這種意思的 *Souveraineté* 譯爲主權，本來非適當的譯語，不如譯作「最高性」「獨立性」。較爲適當。在西洋把主權一語，用於此種意味，往往有混同之虞，故近來有一種傾向，於欲表示這種意味的時候，不用主權一語，而用 *Independence*, *Unabhängigkeit* 兩語。於此種意味，所謂國家有主權即含有國家有最高性獨立性的意味。所謂對外主權，所謂對內主權，亦是用於這種意味。前者含有國家對外爲獨立的意味，後者含有國家對內爲最高的意味，兩者皆是屬於國家的意思力的性質，並非國家的意思力之本身，又非國家的權利。關於這種意義的主權之詳細的意義，第一節已經說過了。(G. Meyer-Anschütz, *Lehrb. d. deutschen Staatsrecht* 7A, 1919, S. 21 謂「所謂主權，含有離更高的權力而獨立的意味」最能簡明地說明主權之本來的意義。)

(二) 於第二種意義，主權含有國家的、意思力的意味。即本來爲表明國權之最高獨立的性質而用的 *Souveraineté* 一語，一轉而含有國權的本身的意思。這種意味的主權，不如稱之爲「國權」較爲適當。例如謂主權爲唯一不可分，即把主權一語，用於這種意義。

(三) 於第二種意義，主權含有統治權的意味。國家的意思力（即國權）和國家的權利（即統治權）為別個的觀念，然屢屢互相混同，這層前面已經說過；而主權一語，又用於國家的意思力的意義，同時又用於國家的權利的意味。例如有時稱國家的領土權為領土主權，謂領土的割讓為主權的割讓，即用於這種意義。這種意義的主權，不一定僅為國家所持有，聯邦中各州亦於其州內有統治的權利，可以說聯邦各州，於這種意味，也有主權。於聯邦制的國家中，聯邦自身的主權和各邦的主權常相並立，主權一語，即用於這種意味。

(四) 於第四種意義，主權用於國家最高機關意思的意味。國家的意思皆依國家的機關而構成，而國家的機關，有上級的，有下級的，其數甚多，而國家的意思又必須統一，故於此等無數的機關意思中，必不可沒有一種機關意思，立於最高的地位，為其他機關意思的發現之原動力，使其他機關意思有效，且有抑制之力。這種可以稱為國家的最高的機關意思，稱他為國家最高的權力，亦為同一的意味。主權一語，屢屢用以表示這種意義。所謂主權在君，所謂主權在民，主權一語，用於這種意義。所謂主權在君，即謂以國家的最高機關意思，發自君主，為憲法的根本原則（君主主義）；所謂主權在民，即謂以最高機關意思發於國民為主義（民主主義）。在君主國，通常之稱君主為主權者（Sovereign, Sovereign, Souverain）亦屬於同一的意義。這種意義的主權，要與以上各種意義的主權區別起來。主權在君，或在民，並非含有君主或國民為統治權之主體的意味，又並非含有國家的意思力，常常發自君主或發自國民的意味。這種意義的主權，又和國家本身的意思力為最高的，全無關係。謂國家有主權，則含有國家自身最高獨立，不受他人的支配的意味；然謂君主有主權，則含有在國內可以決

定國家的意思之最高的權力，即最高的機關意思，屬於君主的意味。兩者的意義完全不同，其間亦無何等之意義的聯絡。國家的自身是最高也罷，或從屬於他國也罷，這個和所謂君主主權無何等的關係。

主權一語，混用於像上面的種種意義，故為避免誤解起見，不如從始就不用主權一語，較為適當。我打算於其第一種意義，稱之為「國權的最高性」或「獨立性」；於第二種意義，稱之為「國權」；於第三種意義，稱之為「統治權」；於第四種意義，稱之為「最高的機關意思」。不同意義的東西，亦當然要用不同之語表之，由此始可避免觀念的混同。例如，謂君主非統治權的主體，並非否定君主為第四種意義的主權者；唯這種場合之所謂主權，和統治權利的意義之所謂主權，完全用於不同的意義，所謂主權者，乃是國家最高的權力（正確地說，最高的機關意思）所從發出的地方，即不外為最高機關之意。

第四節 最高性是國家的要素嗎？

主權是否為國家的要素，是個屢經爭論的問題。若把主權一語，解為國權的意義，則沒有意思力的國家，固然不能存在；然把他解為統治權的意義，則全無統治權的國家，亦不能想像得出來。主權之為國家的要素與否，本來不是這種意味的主權之有無的問題。唯主權一語，於其本來的意義，含有國權的最高性和獨立性的意味，這種意味的主權，是否為所有的國家之必然的要素，是一個頗有爭執的問題。許多學者，以最高性非為國家的要素，承認非最高的國家的存在，以非主權國，半主權國，和一部主權國之名，以稱之。本節對於此說之果為正當與否欲加以討論。

一 聯邦中之主權的問題

承認非最高的國家的存立之說，大多隨着近世聯邦制度的發生而來的。關於聯邦的性質，下章再行講述。聯邦制度，於十八世紀之終，依北美合衆國的成立，始行實現的。在此時期以前，完全沒有這種例證。故學者關於其性質之解說，甚不相同，直至現在，尙不能完全一致。(一)或以聯邦不過爲多數的獨立國之國際的結合的有之。因此，謂聯邦各州爲有主權的國家；聯邦的全體不是一個國家；聯邦憲法，僅爲聯邦各州（獨立國）間之國際條約。(二)或有一種學說，謂聯邦和聯邦各州，並非有完全的主權，主權分割於聯邦和各州之間。因此，聯邦和各州，皆於一定的範圍之內，享有主權，雙方的主權於相並立相互的關係之範圍內，是互相獨立的。(三)或有一種學說，謂聯邦自身爲有完全主權的國家，各州不過僅有地方團體的性質。(四)最後，許多學者，認聯邦自身爲一國家，同時亦認組織聯邦的各州，亦爲國家，依此，則最高性，不是國家的要素；聯邦各州雖非最高獨立，然尙不失爲國家，聯邦乃由多數國家而成之複合國 (Staatenstaat Zusammengesetzter Staat)。

(註) 關於聯邦之法律上的性質的學說之大要，舉之如下：

(一)以聯邦爲多數獨立國、國際的結合，大多爲美國學者所唱導之說。美國前身之十三州的聯合，不用思疑，祇不過爲獨立國之國際聯合，現在的合衆國，恐這個國際聯合的能力薄弱，雖把他改造，然關於他在法律上有怎樣的性質，則無何等之規定，故合衆國成立之後不久，關於其性質，遂生激烈之爭。一方主張合衆國政府有最高的權力，各州有無條件的服從其權力之下的義務（特別以斯托里、馬斯耶爾、維

布斯塔等爲甚；)一方謂各州雖於合衆國成立之後，尙爲完全獨立的國家，合衆國政府的權力，不過唯依各州間之國際條約，由各州任意委任於他的(瑪志遜，其他所謂貞女州派和綽發遜等主張此說。)這種爭端，不獨爲學問上之爭，於政治上，亦惹起重大的結果，直至南北戰爭時，其爭論仍繼續不絕。在學說上主張各州仍爲完全獨立的國家之代表的學者，爲卡爾涵(Calhoun, Discourse on the Constitution and Government of the United States, 1814)。他主張各州尙保有完全的獨立，因而以合衆國的憲法，不過祇爲各州間的條約，其論理上的結果，第一，爲條約之當事者的各州，對於其條約，各有獨立的解釋權，因此，若是合衆國所定的法律，被認爲違反其條約，(合衆國憲法)則各州於州之領域內，有獨立的宣布合衆國法律無效的權利(Right of Nullification)。第二，國際上的結合，僅依聯合各國的合意而成立，所以若果無論那一國，不欲加入其結合，則有隨時任意脫離的權利(Right of Secession)。此說不獨作爲一種學說而唱導，於政治上，亦屢屢實現。各州中，有宣言合衆國法律無效，遂至宣言脫離的。南北戰爭之直接的動機，實爲南部諸州的脫離宣言。戰爭平定之後，至少在政治上，合衆國自身爲一國家，有支配各州的權利，各州沒有宣布合衆國法律無效，和任意宣言脫離的權利；此事爲一般人所承認。

對於德意志帝國，與上面所說的同一說，於政治上，沒有顯著的影響。唯在學說上，斯德爾從主權不可分的理論出發，完全排斥聯邦的觀念，謂各州爲有完全主權的國家，德意志帝國全然不是國家，不過僅爲國家聯合，(Seydel-piloty, Bayerisches Staatsrecht S. M, Der Bunderstaatsbegriff in Tübingen

Zeitschrift, 28) 梅那 (O. Mayer, Sächsisches Staatsrecht S. 21) 亦主張同樣之說。

(二) 主權分割於聯邦和各州間之說，普通都知道是托蓋和維斯之說 (Toequeville Weitzsche Theorie) 托蓋氏論美國的制度 (De la democratie en Amérique 1835) 實現一種完全不能以從來的國家思想而論之新思想，謂主權不如在單一國中之統一，而分割於聯邦政府與各州之間，雙方並立，各於其主權的範圍內，完全互相獨立。此說在德國，維斯更詳細地祖述他 (Grund-Zügen der Politik, 1862) 依此說，於聯邦之中，全國家生活分割於聯邦各州之間，於其範圍之內，雙方皆有主權，互相完全獨立 (哈哲斯克國法學第三卷第五十、五十一頁。此說在法國，除了莎威 (V. Sarwey, Das Staatsrecht des K. Württemberg I. S. 37 ff.) 至今仍主持之之外，因反乎主權不可分的原則，現在為一般所否定。雖然，在美國，雖在現在，此說略可視為一般的通說。依 Freund. Das off. R. d. Ver. Staaten von America S. 19 之所徵引，一八七〇年聯邦裁判所下判決道：「聯邦政府和各州雖同在一領域內，然彼此皆為分離獨立而行動之個別的主權。聯邦政府，於其權限之內，是最高的，然各州的權力，亦有不給與聯邦政府的，(用憲法追加第十條之語來說，則為「保留」) 於此保留的權力範圍之內，各州之離聯邦而獨立，恰如聯邦之離各州而獨立一樣。」——這可以代表此種通說。

在法國葉思曼 (比較及法國憲法第六頁) 並沒有何等的疑念，直接承認主權分割之說。

(三) 僅有聯邦為國家，各州僅有地方團體的性質之說，在德國特別為助倫 (Ph. Zorn, heute Bei-

träge Zur Lehre vom Bundesstaat in Hirths Annalen 1884) 所明白主張。因為主權為國家的要素，故聯邦各州，其名雖被稱為國家，而於法律上的意義，則不能稱為國家。哈那爾之說（德意志國法一九二頁以下）稍與之相類。哈那爾以所謂「權限權限」為國家的要素；於德國之中，僅有帝國有「權限權限」，故僅有帝國為完全的國家。各州不是真正的國家，僅於法律上歷史上有 Landeshoheit 而已；唯對於其所謂 Landeshoheit 之性質，則沒有特別的說明。柏洛漢姆（國家哲學三四一頁）亦謂理論上必須認聯邦各州為非國家，不過基於歷史的傳說，與國家同樣看待而已。而德國今日之通說，把他認為國家，這可以「表明學問之受感情的要素所影響，為怎樣強烈的了」（一九五頁）。瑞士學者波賴（Barel, Etude sur la souveraineté et l'état fédératif p. 103）亦謂「主權為國家性質上所不可缺的要素。因為聯邦為有主權的國家，故組織聯邦的各州，並非法律上的意義之國家，或稱為 Canton 或稱為 State 或稱為 Province，從公法上看來，皆缺乏為國家的要素之最高性。」法國的狄驥（L'Etat, les Gouvernements et les agents, Chap. I）亦主張此說。

（四）德國多數的學說，認聯邦和組成聯邦的各州，同為國家，其論理上的結果，以主權（最高性）非為國家的要素。（尤其是拉班、愛里那克、梅耶、哈哲斯克、賴姆等之國法學的著作。Brie, Theorie der Staatenverbindungen, Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in Annalen 1883, Rösenberg, Staat, Souveränität und Bundesstaat in Annalen 1905）法國的略佛（Lefur,

U. Biat federal) 亦主張此說。

然若以最高性爲不是國家的要素，則發生一困難的問題：即非最高的國家和地方團體，以什麼來區別呢？對於這個問題，學者的解答，甚不一樣，直至現在，尙不能得滿足的解答（關於國家和地方團體的區別之各種學說，請參照野村淳治國家與地方團體的區別，和宮崎教授祝賀論文集五二四頁以下。）德國近時多數學者，於其統治權的性質中，求此兩者之區別，謂國家有原始的統治權（Ursprünglicher Herrschergewalt）；反之，地方團體，祇不過有傳來的統治權（abgeleiteter Herrschergewalt）依此可以把兩者區別出來。而統治權之爲原始的，這層可依其有自主組織權（Fähigkeit der selforganisation）以說明之。（此說特別爲 Meyer-Anschütz S. 9, Jellinek, S. 489, 所主張，此外 Hatschek, Anschütz, Lönnig, Rosenberg 等亦主張略與此相同之說）

然組織聯邦的各州，果可以說有原始的統治權，有自主組織權嗎？（一）所謂原始的統治權，含有其權利僅基於自己的意思而存在，而非基於他人之承認的意味。沒有最高獨立的意思力的，怎樣能够不基於他人的承認而獨基於自己的意思以享有權利呢？所謂非最高獨立，換言之，即謂依他人的意思，以拘束自己的意思。若然，則非最高獨立者，必要依他人的意思，以限制和剝奪其權利了，然而不受其限制和剝奪而能享有權利者，則必須依他人之承認然後可。試就聯邦各州以觀察之，各州的統治權，存於聯邦憲法的承認之下，而聯邦依修改憲法的方法能伸縮各州統治權之範圍。不用說，於修改聯邦憲法的時候，各州雖爲聯邦之一員，而有參與的權利；

然這是立於聯邦機關的地位而參與之的，若既然依所定的手續而修改憲法，則聯邦各州，不管自己之同意與否，當然要依之而受拘束。不管自己的意思如何，而自己所有之統治權的範圍，可以被他人伸縮，則這個必非有原始的統治權的東西。加之，統治權乃是獨占的排他的權利。若對於同一土地同一人民，而有兩種統治權相並立，則其中之一，必須基於其他的承認方可存在。於同一領土內，有兩個原始的領土權相並立，這是與領土權之爲獨占的支配權的性質不相容。(二)謂聯邦各州有自主組織權，此事亦難首肯。不用說，聯邦各州的憲法，爲各州所自定，於這一點，和地方團體的構成法之依國家的法律而定，彷彿不同，然這可以認爲聯邦各州之自治權的範圍，其廣汎遠過於地方團體的自治權；而聯邦各州之有這樣廣的範圍的自治權，亦都一樣的不外爲依聯邦憲法所承認的結果。加之，聯邦憲法，或有對於各州的組織，定立一定的準則，僅於此準則的範圍之內，各州才能自定組織，於這種情形之下，各州之沒有自主組織權，更爲明瞭。例如，北美合衆國，瑞士聯邦，巴西憲法，皆限定聯邦各州的政體，必須爲共和政體，革命後的德國新憲法，至於各州議會選舉的方法，亦有限定。各州的組織權這樣受人限制，固不能謂爲自主的權利。於一方，在國法的限制內，自己可以自定組織，這一層，地方團體和私立的社會，於某程度內，多被承認爲有這種權利。要之，於這一點，聯邦各州和地方團體之差異，僅爲程度的差異，而非性質的差異。

要之，聯邦各州，於一般的慣例上，於公文上，被稱爲國家；多數學者亦以之爲國家者，乃是受制於歷史的因襲，而非理論上可以維持之說。若以最高性非爲國家的要素，則照助命之說，可以區別國家和地方團體的標準，

完全不能求得。柏洛漢姆說：「沒有主權（最高性）的國家，實質上並不是國家，唯在形式上為國家。若真國家是一種金貨幣，則此種沒有主權的國家是一種不換紙幣。稱他為國家，恰如稱沒有腦袋的人類為人類為同一的意味，他是有體軀而無腦袋的。」（一九六頁）此語可謂批評得當。

至於聯邦和聯邦各州共有主權之說，僅把主權一語解作統治權方為正當。主權分割於聯邦和各州間之說（托蓋和維斯之說），雖為現在的多數學者所反對，然這個依主權一語之解釋如何，而異其答案。若把主權解作最高性和國權的意義，則他之不能分割，固屬明瞭。然此種場合之所謂主權，應解作統治的權利之意；若解作此意，則此說為正當之說。同時，於同一的意義，對於地方團體，亦一樣的可以說：主權分割於國家和地方團體之間。其間的差異，僅為程度上的差異。於單一制的國家裏面，統治權原則上為一切國家所自有，唯僅對於純然地方的行政，委之於地方團體的自治；反之，於聯邦制的國家裏面，普通專屬於國家的統治權，依聯邦憲法，分割於聯邦和各州之間，在屬於各州的範圍內，各州有完全自治之權。因之，於聯邦制國家裏面，聯邦的統治權和各州的統治權，各限定於一定的範圍之內，互相並立，聯邦的人民，服從於此兩重的統治權之下；雖然，於某程度內，他和地方團體是相同的，其間的差異，祇為自治權的範圍之廣狹的差異。

二 其他所謂非主權國

聯邦各州以外之沒有最高性的國家，普通雖為保護國，從屬國，自治殖民地等，然於此等之中，保護國是依保護條約而受他國之保護的，因而為他國所限制，然因為其限制不外為依自己之自由意思所締結的條約之

結果，故法律上不失爲獨立國家，這層前面已經講過。至於所謂從屬國和自治殖民地之不能稱爲真正意義的國家，這是很明瞭的。

所有這些所謂非主權國，通立法，司法，行政的全部，其統治權的範圍之廣汎，差不多可以比於真正的國家，隨而又與國家同樣的統治組織（君主或大總統，議會，內閣，裁判所等），又有憲法；於這點，雖可以與國家相提並論；然缺乏了最高性，因而其統治權不是原始的，而是基於他國的承認而保有的，不能稱之爲真正意味的國家。像所謂半主權國，一部主權國的名稱，理論上是不能容認的。

第四章 國家的組織

第一節 國家的機關

一 國家機關的性質

國家乃是組織體。所謂組織體，乃具備機關，依機關而有活動力者之謂。國家的活動，乃一切國家機關的活動；國家機關的活動依社會意識，隨而又依國法，被認識為國家的活動。在國家機關的地位的人，本來雖為人類，然為國家機關，就不是為自己個人之目的而活動，而是為國家之目的，執行國家的事務，因而對於在此種地位的人，不把他看作獨立的人格者，而把他看作國家機關。因此之故，所謂國家機關，可以說是指國法上構成國家的活動力（意思力）的人們之在構成此種活動力的地位而言。國家之一切活動力，依其機關而生，沒有機關則國家完全不能成立。國家並非先成立然後組織機關；國家之成立，同時必不可無機關。

國家的機關，其種類甚多，然無論怎樣的機關，必要定立其機關應該行動的一定的「職分」，僅於其職分的範圍之內，才有國法上國家機關的地位，其行動構成國家的活動力。國家機關之作為機關而可以為國家而活動的範圍，稱之為「機關權能」(Organ befähigung)，又簡稱為「權限」(Kompetenz, Zuständigkeit)。機關權能，乃是機關的行為之法律上的力；於其為法律上的力這一點上，與權利同其性質；因而，不獨普通用語上多稱他為權利，即在學問上，亦往往把他和權利混同。雖然，權利常常為自己的目的而被承認的力，反之，機關權

能乃為國家之目的而被承認的，不是為自己之目的而被承認的。法律上，其目的所歸屬的主體完全不同。因此，國家的機關，並非行使自己的權利，而是行使國家的權利，例如裁判官為死刑的宣告，這並非裁判官個人有殺人的權利；收稅官之收稅，亦並非行使收稅官個人的債權，這兩種事情，其權利的主體乃是國家，裁判官和收稅官，不過行使國家的權利而已。於君主國裏面，君主總攬統治權，於民主國裏面，國民為國權發動的淵源，皆一樣的不是自己的權利，乃為機關權能而有這種力的。

國家機關，為行使其機關權能而發表的意思，謂之機關意思（Organ-wille）。因為機關意思乃是機關的意思，故於其法律效力的關係上，不用說不能把他看作在機關地位的人之個人的意思，然於一方，又不能把所有的一切機關意思直解作國家的意思，而謂他有法律上的效力。在許多的情形之下，機關意思僅有機關意思的效力而沒有國家意思的效力，唯依國法有決定國家意思的權能的機關，依國法所定的方法而發表的機關意思，才發生國家意思的效力。在其他的情形之下，機關意思僅為其特定機關的意思，而非直接為國家的意思。和其他機關意思相合，始生國家意思的效力也有；（例如，多數議員的意思相合而為議院的意思，兩院的意思相合而為議會的意思，議會的意思和君主的意思相合始成為國家的意思之法律。）或單供作成國家意思的參考的也有；（例如樞密院的決議和其他各種委員會的決議。）或僅在對於他種國家機關的關係上，才有效力的也有；（例如上官對於下關的命令。）或單對於他種機關陳述其希望的也有。（例如議院之上奏和建議。）作為機關意思而生法律上之效力的，僅限於依國法上某種一定的方式而表示的意思，在機關地位的人

之個人心理的意思，並非就是機關的意思。換言之，一切機關意思，常爲法律意思，而非單純的自然意思。這點於合議制的機關中，異常明瞭。組織合議體之各人，其心理上無論有怎樣的意思，然這個與機關意思，無何等的關係，唯僅以舉手，起立，投票等之一定的方法而表示的意思，才被認爲機關意思；依多數決或其他方法，把此等多數的機關意思統一起來，就有合議體的全體之機關意思的效力。雖在獨裁制的機關裏面，仍然是一樣的，其人的心理上的意思，無論於那種情形之下，並非直接發生機關意思的效力，依國法上一定的方法而發表的，始成爲機關意思。於一方，既然以此種方法而發表，則其意思之是否真與其人之心理上自覺的意思同一，就非所問了。例如，大臣當發布部分的時候，實際上其部令之立案起草者，乃是部內的下僚，大臣雖連其內容都不讀，而隨便蓋印，然既然以一定的方式而發布，則作爲大臣的機關意思（而於這種情形之下，其機關意思，就是國家意思）而有效力了。這是通於一切機關意思和國家意思的原則；對於一切法令的解釋，不能以立法者個人之以怎樣的意思來定法令，作爲決定解釋的標準，就是基於這種理由。

〔註〕 因此之故，穗積提要六四頁以下，八六頁，一九五頁等及論文集八一七頁以下之自然意思及法律意思一文，及八九六頁以下之法律意思自然意思之分化綜合一文，謂以國家之法律的意思，爲依自然人的自然意思而構成之說，爲根本謬誤之說。穗積氏故意避免機關一語，用「構成國家的法律意思之自然意思」一語，以表機關意思，謂國家沒有自然意思，僅有法律意思，而國家的法律意思，由自然人的自然意思而構成，尤其是在君主國裏面，君主之自然意思，成爲國家之法律意思。然此說於兩點（其他諸點，姑

置而不論)含有重大的謬誤。(一)此說缺乏法律意思和自然意思之明白的觀念,尤其是謂自然意思,僅有自然的人類才保有之,國家沒有自然意思,唯僅有法律意思,以爲沒有意思的,依法律的力,何以使之有^意思,這是與法人擬制說陷於同一的謬誤。穗積氏於一方,自己排斥法人擬制說(四三頁),謂「法不是從無生有的。」國家之有^意思,亦猶人之有^意思(六一頁)。於一方則和擬制說立於同一的立場,謂「國家雖不是固有自然意思,而是有法律意思。」這兩種思想,是完全矛盾的。因爲若國家沒有自然意思,則雖以法律的力,亦不能從無生有,然則怎樣能够把他認爲意思的力呢?法律意思常被認爲以自然意思爲基礎的,自然意思之被認爲有法律上的效力的,即爲法律意思。因而沒有自然意思者,則不能爲法律意思的主體。國家決非單單爲法律意思的主體,他乃是社會上的事實,有^意思力,有活動力的東西,同時必須爲自然意思的主體。(二)比這個更大的謬誤,就是在於以構成國家的意思之機關意思,作爲自然人的自然意思。單純的自然意思,無論在怎樣的情形,決沒有國家意思的效力。雖於純然的專制政治之下,於國王之所欲即成爲法律的時代,國王之一切自然意思亦不能作爲法律,唯以法定的手續而發表的意思,才有法律的效力。何況在立憲政治的時代呢?則君主之單純的自然意思之非爲構成國家的意思的東西,更不用說了。發生國家意思的效力者,常爲國家機關之法律的意思,而非其自然意思,自然人的自然意思,不是成爲國家的法律意思,而國家機關的法律意思,乃成爲國家的法律意思。

一切國家機關,乃是爲國家之目的而行使其權能的,故不能依自己之所欲,隨便行動,而須僅依適合於國

家之目的的方法，以行使其權能，這是從國家機關的性質而生之當然的結果。於這種一般的義務之外，國家機關又有遵循憲法、法律及其他一切國法以行使其權能的義務。又於國家機關之中，有上下階級的區別，上級機關有命令下級機關的權能，依之以保持國家意思的統一，故下級機關有必須服從上級機關之命令的義務。所有此等國家的機關，對於行使權能時所受法律上的拘束，可以謂之機關拘束 (Organpflicht, Organangehörigkeit)。這並非在機關地位者之個人的義務，而是機關的地位在法律上所受的拘束。其拘束或為對於國民的關係上的拘束，或為對於其他國家機關的關係上的拘束。對於國民行使統治權，必須遵從國法，這是屬於前者；大臣負責辯議會的質問的義務，地方長官有服從大臣的義務，這是屬於後者。

在國家機關的地位者，或為一個人的也有，或為多數人的合議體也有，或時其自身為一法人的也有。最後的情形，如聯邦各州，其自身為一法人，同時為聯邦的機關，即為其顯著的例證。而因為所有的法人皆依機關而作成其意思，故當法人在國家機關之地位的時候，其機關意思，更依其法人的機關而作成；這種意思，於第一次則認為國家機關之法人的意思，於第二次，則認為國家的意思。

無論在那種情形，在國家機關之地位者，乃作為機關，而非法律上的人格者；法律上的人格者的觀念，是以法律上自己被認為目的的主體為要素，而一切國家機關，乃作為機關，而非法律上被認為有自己之目的者；他是為國家而存立的，故當然不能把他看為法律上的人格者。

〔註〕 基爾克 (Genossenschaftstheorie S. 171 ff.) 於國家的人格之外，又把國家機關作為有不完

全的人格者，把他稱爲「機關人格」(Organpersönlichkeit) 或「不完全人格」(unvollkommene Persönlichkeit)。他說：「國會、政府、裁判所及其他這類的機關，因爲沒有一般的權利能力，故皆不是法人；然於其機關的地位，有憲法上的權限，而因爲權限包含權利，所以尙可稱爲權利的主體，因之不能以他爲完全沒有人格的。可以把他稱爲機關人格。」算於皇國行政法中，稱國家的機關爲表現「人」，把他作爲一種人格者，這大概也是出於同樣的意趣。然而法律上人格的觀念，以有自己的利益因而有權利能力爲要素，不被認爲有權利能力者，亦沒有不全人格，亦沒有若何的人格。

然而不能認他有法律上的人格，這是僅從在機關的地位行使機關權能的關係上觀察而說的，在機關之地位的個人和團體，本來不失爲法律上的人格者。在國家機關的地位，得行使國家機關的職權，這是人格者本人的權利，須遵從國法，適合於國家的目的，以行其職分，這是人格者本人的義務。一切國家機關，皆有這兩重地位的，從法律上來觀察，把他區別起來，是極爲必要的。例如國會議員之議決法律案，雖爲行使國家的權利，然議員之能列席以參加議事，這是議員之個人的權利，議員一面行使機關權能，同時又行使個人自己的權利；裁判官須遵從國法以行裁判，這是機關的拘束，同時又爲個人所負職務上的義務。若裁判官因故意陷害被告人，而下有罪的判決，則這個從機關權能的行使之點看來，雖爲國家的行爲，然同時爲個人違反其職務上的義務，不能免刑法上瀆職罪的責任。

把國家的機關和在機關地位的個人區別起來，對於說明機關意思的永續性是必要的。充當國家機關的

地位者（法人爲機關的場合，暫時不講）本來雖爲各個人，然其行使機關的權能，並非爲自己之目的，而是爲國家之目的。而其同一目的，雖經在機關地位者之個人的更迭，然亦繼續進行。故從其目的之單一這點看來，充當其地位之個人，雖無論怎樣新陳代謝，然那爲同樣目的而設立之國家機關，其前後常被認爲單一體。因而其機關意思，雖經人的更迭，然亦被認爲有繼續的效力。這點特別在機關意思直接發生國家意思的效力的時候，最爲明瞭。一經決定爲國家的意思，於國家永續的時候，其意思亦當然有永續的效力。就中，君主的行爲，不因君主的駕崩而消滅，這是古來諸國所認識的。英國法學中，爲說明這種永續性，發生 Sole corporation（單獨法人）的觀念，國王以其一身爲法人歷代相承作爲單一體，又發生 The king does not die（國王不死）的格言。然而「國王不死」自然是一種反事實的擬制，然以國王爲法人，亦與「法人須爲自己之目的主體」不相容。其正當的說明，僅依國王的行爲，不是國王之個人的行爲，而是國家機關的行爲這一點可以求得之。機關意思，單爲機關意思，雖不發生國家行爲的效力，然同樣，不因人的更迭而失其效力，這層與爲同樣之目的而存在之國家機關，一樣的被認爲繼續的單一體。

國家機關雖不是權利的主體，然而，被認爲法律上意思的主體。而國家的機關，尤其是在近代的國家當中，其組織極爲複雜，故機關意思和機關意思之間，發生種種複雜的法律上的關係。這個恰與人格者相互間的關係相類似。國法不獨規律獨立的人格者與人格者間之意思的交涉；而且規律機關和機關間之意思的交涉。或在上級下級的關係，其一命令其他，其他要服從之；或於相並立的兩機關之間，其一機

關的決定，有拘束他機關的力；或一機關對他機關爲事務上的囑託，或兩機關之間，發生類似契約的關係，或一機關立於原告或被告的地位，受他機關的裁判，或一機關質問他機關，他機關有答復的義務。所有此等的關係，恰與權利義務的關係相類似，皆一樣的是爲國家之目的行爲，唯不過爲國家組織內部之機關意思和機關意思的交涉罷了。其作爲權利義務看者，其實祇不外爲機關權能和機關拘束而已。

二 國家機關的種類

國家機關，或依其組織，或依其權能，而分其種類。從其組織來說，雖可以分爲獨裁機關，合議機關，法人機關各種，然這是不待特別講述而明瞭的。國家機關之最重要的分類，爲從其權能而觀察的種類，茲述其大要於左：於國家機關之中，必須認直接機關和間接機關的區別。（此種區別是依照 Jellinek, Gesetz u. Ver-

ordnung S. 206, Allg. Staatslehre S. 644 ff. 等）

(一) 所謂直接機關，乃不基於他機關之委任，而直接基於國家的組織法，以充當國家的地位者之謂。因爲不是從其他機關接受其權能，而僅直接的於國家的組織法中，有其權能的根據，故稱他爲直接機關。直接機關對於行使其權能，不受他機關的命令，常獨立的行使其權能。

直接機關爲國家組織的基礎，國家的政體，依之而定。若沒有直接機關，則國家完全沒有活動力，不能有國家的存在；若直接機關變更，則國家的政體變更。

直接機關和國家之間，沒有委任的關係。不是國家先成立，然後設立直接機關，國家一成立，則同時不能無

直接機關。於國家成立之初，直接機關的組織，與國家的成立同時而定，其組織為國家的根本法，從此以後，依國法之所規定，直接機關當然就其地位而行使其權能。本來直接機關的組織，並非永久不變的，依國法的變更，而改變其組織，從新設立直接機關的亦有。如於從來獨以君主為直接機關的國家，新設國會，使之為直接機關，就是這種例證。於這種情形，雖依國家的意思，新設直接機關，然此為組織法之變更，而非權限之委任。國會直接的依國家的組織法，而就國家機關的地位，並非從國家或君主把權限委任於他。

〔註〕 以君主為國家機關的思想，往往為學者所反對。於日本反對的尤多。雖然，這種多為基於感情之說，沒有法理上的議論之價值。穗積提要二二三頁說，「此說的前提根據，是國家和其機關本來為不同的東西；既經完全存立的國家，為統治之用，而設立機關，若不是這樣，則此說之存在的理由，不能諒解。這就是以君主為國家最高的官吏之說，本來與我國國體不合。」雖然，此說不明國家機關的本義，尤其是不辨直接機關和間接機關的區別。謂君主為國家的機關，本來不是謂君主為最高的官吏，又非謂既經完全存立的國家，為統治之用而設立之的。這個恰與以下的事相同：頭腦、呼吸器、血行機，雖皆為人類的機關，然並不是人類既經完全存立後，然後始設備此等機關的。穗積把以君主為國家機關，為民主的革命的思想，（二〇〇頁）極力反對之，然於一方，他亦以為君主代表國家，君主的意思，在法律上有國家意思的效力，故其思想完全與君主為國家機關的思想無所異。其所反對的，僅在於用機關的名稱與否這一點。然機關的名稱，不獨在學問上通用，即在商法上亦用為法律上的公定之語，無避而不用之理由。穗積氏之外，上杉氏亦

強烈的反對把君主作爲國家的機關，以此說爲「關於國體的異說」。然而他自己亦嘗主張此種「異說」。他於其明治二十八年出版的舊著帝國憲法內，明言「把天皇看作國家的機關之學理，在理論上實驗上無所疑，我常主張之。」他於法學協會雜誌二十九卷第一號（四四年）所載國體及政體一文內說，「所謂國家，乃是法律上爲統治權的主體之抽象的人格，組織這抽象的人格之實體，乃是自然人。稱之爲主權的總攬者。我之所以不欲直把他稱爲主權者，是以抽象的人格者，和其實體的區別，爲觀念上的必要。」承認國家人格說，承認統治權的總攬者和主權者的區別的必要。然他於次年對於拙著憲法講話，特別發表一論文，題爲「關於國體的異說」（國家學會雜誌及大陽，四十五年），謂國家法人說，爲民主思想，君主爲主權者，乃「自家的確信。」又謂「我以天皇爲主權者，美濃部博士以我國爲民主國。」又謂「天皇乃是國家的機關，乃是團體的職員，團體乃是人民全體，天皇乃是爲此團體勞動之使用人——這實爲美濃部博士之所說，唉！這果是我國建國的體制嗎？」此種駁擊，是否果有評論的價值，依以上所述，已經明白了。

直接機關之就其地位，或不要何等的行爲，祇因一定的法律事實的發生，在國法上當然就其地位的有之。例如，因前君主駕崩，王儲當然登王位，因君主未成年，攝政當然就任。或有選定何人應就其機關的地位的機關，依其選定行爲而就其地位的也有。例如依選民之選舉而就國會議員之任；依國會選舉而就大總統之任；在選舉的君主國裏面，君主依選舉機關的選舉而即位。雖於後的情形，其選定行爲，僅爲指定何人當其機關地位的行爲，並不是依之以委任其權限；雖於要選定行爲的場合，其權能，亦同樣的依組織法，直接屬於被選定的機關。

國家的直接機關，更要分爲原始的直接機關和代表的直接機關，所謂原始的直接機關，並非代表他機關的，乃是在組織法上，自己有固有的權能者之謂。所謂代表的直接機關，乃代表他直接機關，以行使本來屬於他機關的權能之謂。原始機關與代表機關的關係，與民法上所謂法定代理關係相當。代表機關，在法律上當然代表原始機關而行其權能，其行爲在法律上與原始機關自己所作的發生同一的效力。唯民法上的代理關係，乃人格者與人格者間的關係，而原始機關與代表機關的關係，是國家機關與國家機關的關係。又民法上的代理關係，僅對於法律行爲才有效力，反之，這種機關的關係，其範圍及於法律行爲以外之意思行爲和其他精神作用。代表機關，亦不是依原始機關的委任，而受其權限的，組織法上當然有其權能，尙不失爲直接機關。代表機關，或臨時設立者有之，如君主因故，攝政代君主而行使其權能，就是這個例證。或爲常設的也有，如國會代表國民行使其權能，就是這個例。國民爲原始的直接機關，因爲不適宜於自己行使其權能，故設國會爲其代表機關，由國會行使其權能。共和國的大總統，亦是一樣。國會兩院及議員，爲組織國會的分子，亦爲國民的代表機關（部分的代表機關）。日本幕府時代的將軍，亦爲君主之常設的代表機關。在幕府時代，國家的統治權能，差不多全屬於將軍，然尙不動搖君主的地位者，是因爲認將軍代表君主以行那本來屬於君主的權能。

直接機關，又要依其權能，以分爲統治機關，參與機關，選定機關的區別。所謂統治機關，乃是自己有代表國家，對國民行使統治權能者之謂。君主國的君主，民主國的大總統及國會，皆是統治機關。參與機關，自己沒有單獨行使統治權能，唯不過參與統治機關之行統治，有限制之的權能罷了。君主國的國會，通常有這種

性質。選定機關，乃單有選定直接機關的權能者之謂。選舉國會議員的選民團 (Corps électoral) 即屬這種。

原始的直接機關，因國家之不同，或祇有一個的也有；或兩個以上並存的也有。於專制君主政體裏面，祇有君主為原始的機關，其他一切機關，皆為君主的代表機關，或間接機關。即雖於純粹的民主政體裏面，原始機關祇有國民，其他之直接機關，皆為國民的代表機關。於立憲君主政體裏面，則與之相反，原始的直接機關有二：一為君主，一為國民。立憲君主政體，為君民同治的政體，君主並非獨自行使統治權的全部，國民亦有參與的權利。於這一點，與專制政體不同。（日本的憲法上論裏說：『朕念朕所親愛的臣民，即為朕祖宗所惠撫慈養的臣民，深望依其翼贊，與俱扶持國家的進運。』此語表明在君主國裏面，君主主要得國民的翼贊以行使統治權。）於聯邦制的國家中，亦有兩個以上的原始機關。其一為聯邦各州，其一為國民，於君主的聯邦國裏面，除各州和國民之外，君主亦為原始機關。

於僅有一個原始的直接機關的時候，國權的全部，在國法上總以這個機關為其源泉。其他一切機關，皆由這機關所委任始有其權能，或祇不過代表這個機關而已。專制君主政體的君主，及民主政體的國民，即屬這類。隨而於這種時候，此機關，即為國家的最高機關，這更不用思疑了。（唯雖在此種時候，君主和國民，因為不是為自己的權利而領有統治權，故不能把他稱為統治權的主體。因此，法國學者之稱國民為 *vulnaire de la souverainete* 「主權的本體」德國學者之稱君主為 *Träger der Staatsgewalt* 「國權的主持者」）不一定（是適當的名稱）。普通謂主權屬於君主，或屬於國民，即含有君主或國民為國家最高機關，為國權的全部之泉

源的意味。

雖於有兩個以上之原始的直接機關的時候，其中統治機關，祇有一個。其他機關不過僅爲參與機關和選定機關；於此情形，向國民發動統治權之原始的權能，僅屬於唯一的統治機關，其他的統治機關或爲其代表機關，或祇不過依其委任而受有權能罷了；故至少從向國民發動統治權一方面言之，可以說，其一切的泉源，發於那唯一的機關。立憲君主政體之君主的地位，多屬於這類；因而於此等國家裏面，君主爲國家的最高機關；於此種意味，可以謂主權屬於君主。不用說，他與專制君主政體不同，君主的機關意思，不能單獨的構成最高的國家意思，必須得參與機關的參與，然後始能構成。雖然，這是對於意思構成之內部的關係，至於代表國家，作爲國家的意思，而把他發布，則專屬於君主的權能。

(二) 間接機關，不是直接基於國家的組織法，而有其權能的，乃是由他機關之委任，始有權能。其權能於國家的組織法上，本來屬於直接機關，因依直接機關之委任行爲而授給他，故稱他爲間接機關。間接機關，乃直接受這種委任的機關，但間接的爲國家的機關。對於行使其權能，直接機關不受他人之命令，常獨立行使之；反之，間接機關，原則上服從他機關的命令，唯特別對於須要獨立的權能的事項則作爲例外，不受其命令。（例如裁判所、審計院、行政裁判所、樞密院。）

間接機關，亦可從各點來分類。就中，於立憲君主政體中，有重要的區別：(一) 君主可以任意設立或任意廢止，(二) 須依憲法和法律以設立而不許君主任意廢止的。前者稱爲任意的間接機關，後者稱爲必要的間接機

關。就日本的憲法而論，國務大臣，樞密顧問，裁判所，行政裁判所，審計院，乃是憲法上必要的機關。

間接的機關，又從其權能上說來，可以分爲輔弼機關，諮詢機關，補助機關，執行機關，作業機關等。就中爲間接機關之統治機關，普通稱爲官廳，更依屬於其權能的事項，分爲行政官廳，司法官廳；此種機關之詳細地方，除於後編講述之之外，應歸行政法及訴訟法中論之。

第二節 國家組織的種類

一 概說

國家是具備機關的組織，依機關的組織而有活動力的東西。於這一點，可和自然的有機體相比較，因此，發生『國家有機體說』。然自然的有機體，其機關的組織，常依自然的法則而爲一定的，反之，國家機關的組織，不是僅依自然的法則而定的，他包含許多人爲的分子，故因國家之不同，而有許多的差異，依此，可以區分國家的種類。

亞里士多德於其政治學一書中，基於國家的組織以區分國家的種類，這種古典的分類，在今日大體上仍通行。他謂每個國家必不可無最高的權力者，而其權力，必須屬於一人，少數人，或多數人，因之而生『君主政體』(Basileia 今稱爲 Monarchy) 『貴族政體』(Aristocracy) 『民主政體』(Politeia, 今稱爲 Democracy) 之別。而其腐敗的形態則爲『專制政體』(Tyranny 或 Despotism) 以君主自身的利益爲主而行統治。『寡頭政體』(Oligarchy 爲富者階級自身的利益之故，而行統治。Oligarchy 一語，現在不適用於這種意義。)

和『貧民政體』(Democracy)乃是依一般民衆之擅斷的政治，現在 Ochiocracy 一語用於這種意義。Mobocracy 用於暴民專政的意義。馬克維尼更把國家的組織分爲兩種，謂一切國家或爲『君主政體』或爲『共和政體』。此等之外，尚有許多學者承認一種既非屬於君主政體又非屬於共和政體之『混合政體』的存在。(混合政體的觀念，從古已爲人所承認了。十八世紀的學者多承認他，盧梭的民約論中，也有一章題爲混合政體的。現在如 G. Meyer-Anschütz, S. 34, Fsmein p. 5 等皆承認他。)又有許多學者以『神政』(Theocracy)另爲一種政體(例如，Treitschke, Politik II, S. 6 ff. Bluntschli I. S. 378.)

近時多數學者認把國家組織的種類分爲『君主政體』(Monarchy)及『共和政體』(Republic)兩種爲正當。貴族政體及民主政體，是共和政體中再分別出來的，此說在論理上是正當的。此外如專制政體，寡頭政體，貧民政體等觀念，乃是統治的實質，乃是依究竟是否適合於國家的目的而生之觀念，而非法律上的區別。又所謂神政，亦不過當時的思想以君主爲神之代表者，皆不外爲君主政體。混合政體的觀念，亦由不能正當了解君主政體及共和政體之性質而生的，若非君主政體，則必爲共和政體，那末兩者之間，就不能有混合政體了。像這樣依國家的組織，把國家的種類分爲君主國及共和國，學者之間是頗一致的，然其區別標準，應於那裏求之，對於這層學說就頗爲紛繁了。

〔註〕 關於君主政體及共和政體的區別，其學說的大要，舉之如左：

(一) 或於統治權的主體，求其區別，統治權的主體爲一人時，則爲君主政體，爲多數人時，則爲共和政

體。尤其是斯德爾 (Votinge, S. 679.) 之說屬於此種。在日本，上杉述義 一四四頁以下，略與此說相類。然統治權乃是屬於國家的權利，君主和人民不能把他作為自己的權利而領有之，若以統治權解為統治的權利之意，則為統治權的主體者，僅有國家，如是，則不能以之為國家組織的區別。

(二) 或依一切統治的權能，是否出於一人，以區別之者，亦有。此乃從來的通行之說，謂主權屬於君主或謂主權屬於國民，多是依這種意義而說的。穗積提要說：『國體由主權之所在而分(第五頁)所謂主權之所在，即作成國家的法律意思之自然意思的所在(六九頁)；在君主國，國家的法律意思，出於一人的自然意思(第七八頁)；在民主國，以人民各人的自然意思之綜合，成為國家的法律意思(八九頁)』他在日本可為此說之代表。然此說僅可適合於君主政體，(自然意思法律意思的觀念之謬誤，於別的地方述之)於立憲君主政體中，君主的意思，並不是最高的國家意思，尤其是對於憲法修改，法律的制定，君主不得國會的同意，則不能實行，所以若從此說，則其理論上的結果，必為：一切立憲君主國，老早就不是君主國了，而日本亦不能不說是非君主國了。穗積氏於一方承認憲法的修改必須依憲法的規定，謂『不依憲法之憲法的變更，在法理上為不可能的事……若以暴力變更憲法，則這種不是法的變更，乃是對法的叛亂……故不依憲法而修改憲法，可以斷言他不是法的修改而是法的破壞。』(一七一，一七二頁)然於他方，為維持他的學說——即雖在立憲君主國，主權仍屬於君主之說——起見，直蔑視前言，謂『法理上，憲法之制定和廢止，皆出於皇位主權之自由的專斷，絕沒有能阻止他的權力。』(二一〇頁)是主張不依憲

法，而可以自由改廢憲法的暴說，這些祇不過是從謬誤的前提所生之論理上的結果，可以作一種表明怎樣危險的例證。

(二)於立憲君主政體中，國家的最高意思（尤其是憲法及法律）老早已非依君主一人而作成，而是依君主和議會間一致的意思而作成，這是不可爭辯的；然把立憲君主國作為共和國，此事反乎一般的法律感情。所以現在的學者，皆於別的地方求其區別的標準。愛里那克 (S. 679 ff.) 謂「君主國的要點，在於君主表現國家的最高權力。所謂最高權力，乃維持國家之活動的權力，詳言之，乃國家作用的範圍——此種範圍，除法律的限制外，其內容沒有限定，且可以決定各事的方向。君主的權力若中止，則國家立即失其最重要的作用而陷於無政府的狀態，這是一切君主國所共通的。」而且君主政體與共和政體的區別，不一定在於最高權力者之為一人與否的。其唯一的區別之標準是「其權力是由自然意思 (Physischer Wille) 而成的呢？或由法律意思 (Juristischer Wille) ——即把自然意思，按憲法上一定的方法，而成為法律的結合——而成的呢？」然正如哈哲斯克 (Allg. Staatsrecht I. S. 8) 對於此說的非難所云云，國家的意思，常為法律意思，雖在君主國裏面，君主之自然意思，亦並非國家的意思。且以君主常常表現國家的最高權力，此事對現時某君主國，亦不適合於實際。（請參照森口民主政治論四〇頁以下。）

(四)波呂那齊克 (Republik u. Monarchie) 以為權力者之數，與君主政體及共和政體的觀念，完全無關。於君主國裏面，國家的最高機關，對於其機關的地位，自己有一種權利，反之，於共和國裏面，一切機

關皆爲委任的，依這一點，可以把兩者區別出來。托拉慈克（Politik II. S. 8）喀林列特（V. Herrreiff, Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung u. Verfassungsänderung S. 26）枯拉（Kohler, Einführung in die Reichswissenschaft, S. 109）亦與此說略同。枯拉說：『君主政體的本質，不是在於以一人爲君主，行無限制的支配，又不是在於他有大而且高的統治權能。其本質是：君主不是基於全體的委任而行動，乃是基於自身的權利而爲全體之最高機關。君主不是接受統治權能的，而是有統治權能的。』然於共和國中貴族政體的國家裏面，貴族不依他人委託，依自己的權利而立於最高機關的地位；於民主政體國家裏面，國民之爲國家機關，亦是同樣。不是受他人所委任，基於自己的權力而爲國家的機關，乃是一切原始的直接機關之共通的性質，不限於君主。唯此說以君主的特色，不在於其權限的範圍，而在於：不基於他人之委任和不是代理他人，於這一點含有真理。

（五）賴姆（Allg. Staatsl. Göschen. S. 61. f.）以君主政體的特性，在於：行政首長之特殊的稱號及其他之君主的榮譽權。森口（見前面所引他的著作第三十三頁）之說，與此說頗似。然榮譽權不過伴着君主的地位而生之外部的屬性，不能把他作爲君主的本質。

把君主政體與共和政體區別的思想，從其最初的起源說來，乃是一人統治與多數人統治的區別，這是不着思疑的。詳言之，國家的最高意思出於一人時，則爲君主政體；出於多數人時，則爲共和政體，這是本來的區別。然及至近代，立憲政治發達，雖在君主國裏面，於君主之外，設立國會，國家之最高的意思，（尤其是憲法的修

改及法律的制定)老早已不是僅依君主的意思而作成,而是要依國會的同意,而後能成的;故若依從來區別
的標準,則立憲君主國,老早已不能稱為真正意義的君主國了。然立憲君主政體與普通的共和政體之間,尙有
一種顯著的差異,所以學者或把他稱為混合的政體;或附以一種國家最高意思(或最高權力)的觀念的意義,
以為雖在立憲君主國裏面,最高的意思,仍然僅從君主發出;或不於君主的權能中,求君主政體的特色,而於其
他附屬的性質中求之,以維持立憲君主國仍為君主國的說明。

細想起來,依這種抽象的獨斷的標準,把國家的組織來分類,這並非對於國家組織的種類得到明確的觀
念的辦法。對於國家組織的種類之所以必須討論者,乃對於現實的國家現象,欲知各國組織的異同而已。而國
家的現象,隨時代的文化而變遷,因而國家的組織亦生變遷,故就古代的國家而定之國家組織的種類,不能照
樣的適用於近代的國家,這是不足為怪的。就中立憲政治及聯邦制度,乃是近代才發達的制度,此等制度,早已
不能以亞里士多德以來所傳來的區別,以明其本質的了。

國家組織的基礎,乃是直接的機關,故於區分國家組織的種類,亦必不可不於直接機關的組織如何中以
求之。尤其是不可不把原始的直接機關的組織,作為區分國家組織的基礎。亞里士多德以來所傳來的區別,假
設原始的直接機關是唯一的,則以其機關由一人而成或由數人而成,為其區別的唯一標準。然於近代的國家
機關裏面,原始的直接機關,不一定是唯一的,或分為兩個以上的亦有。這種傳來的分類,早已不適合於近代的
國家,就是因為這個理由。

從這種見地以觀察近代各國的國家組織，則可於其中明白的分出四種不同的形體來。

第一，原始的直接機關，僅爲唯一的，而他又爲獨裁制（依一人的意思而裁決）的機關，其意思和其代表機關的意思，爲國家的最高意思。這種稱爲專制君主政體（absolute monarchy）。

第二，原始的直接機關之爲唯一，與前相同，然這種機關，並非獨裁制的機關，乃是由全國民而成立的合議機關，全國民，或直接或依其代表機關，以決定國家的最高意思。這種稱爲民主政體（democracy），共和政體（republic）一語，在今日，亦用於同樣的意義。

第三，兩種原始的直接機關並存，其一爲獨裁制，其他爲由全國民而成的合議制，依雙方之一致的意思（國民的意思，通常由代表機關表示）而決定國家的最高意思，這種稱爲立憲君主政體（constitutional monarchy）。專制君主政體和立憲君主政體，可以統稱之爲君主政體，在此種意味之君主政體的特質，在於原始的直接機關，至少有一個爲獨裁制的機關。

第四，兩個以上原始的直接機關並存，其一乃由國家所由構成之多數統治團體集合而成的合議制，這種稱爲聯邦制（federal state）。在聯邦制裏面，聯邦各州，必爲其原始的直接機關之一。此外全國民亦與之相並立而爲原始的直接機關之一。因國家之不同，此外尚有獨裁制的原始的直接機關的也有。前者爲民主的聯邦，後者爲君主的聯邦。

除以上各種之外，從諸國制度之現於歷史上的觀察起來，尙能舉出許多種類。原始的直接機關，由國民中

之一階級成立的，謂之貴族政體 (aristocracy) 由法律上所定的少數人而成立的，謂之寡頭政治 (Oligarchy) 除君主之外封建諸侯，為原始機關之一的，謂之封建制度 (feudal state)；君主之外有選舉君主的特定選舉機關，君主依其選舉而即位的，謂之選舉君主政體 (elective monarchy)。然此等皆為歷史上過去的現象，於近代的國家裏面，完全不見其例。至少，近代的國家的組織，舉以上四種就夠了。

要之，對於國家的組織，分為君主政體及共和政體，此乃傳來之說，老早已不足以說明現代的國家現象了。此外尚有一種特別的形體，就是聯邦制。對於君主政體及共和政體的區別，老早已不能用一人統治及多數統治的標準區別了。其區別的要點，在於原始的直接機關，皆為合議體，或至少其一為獨裁制，君主於法律上的特色，老早已不在於君主有統治的全權，又不在於作成國家的最高意思。其特色雖不是為構成國家的最高意思之唯一機關，然至少亦為這種機關中之一個，他的特色在於其權能不是由他人委任的，又不是代表他人的。於一方，立憲君主政體，民主政體，及聯邦政體，皆有共通的性質，皆以國民至少為原始的直接機關之一；因此，此等近代的政體，或可以總括稱為立憲政體。這種意義的立憲政體，乃是以國民至少為原始機關之一的政體。

二 君主政體

於近代的國家裏面，君主政體的特質，不能於「國家最高的意思，僅出於君主」中求之，這層上面已經說過。近代的國家之君主政體的特質，是君主雖不是國家之唯一的原始的直接機關，至少亦為其中之一。

對於君主在法律上的地位的思想，隨時代的文化之不同，而大有差別。(一)或有一時代，認君主爲神，或神的子孫，和其代表(君主神權說)。此種思想於人類崇拜權力者的天性中，有其根柢。權力者和其左右的人，他自欲維持其尊嚴的傾向，此事無論在東洋，西洋，雖從古已經盛行，然把君主視爲神明和君主在國家之內，爲構成國家之一要素的思想，絕對不能調和。爲甚麼呢？因爲國家乃是人類的團體，祇有人類才能爲組織國家的一員；若君主爲神，則君主必立於國家之外，國家僅爲其目的物了。(二)或有一時代，以國家爲一大家族，君主立於家長的地位(族父說)。這種思想的基礎是：「全國民出於同一的祖先」之神話的傳說，和「祖先的神靈傳於君主」之宗教的信仰。可以認爲以君主爲神的思想之一分派。(三)或有一時代，以國家爲君主的所有物，君主領有土地人民，作爲自家的財產(家產說)。這種特別爲歐洲中世紀封建制度時代所顯著表現的思想。(四)於近代的國家思想裏面，普通都承認君主非立於國家之外而支配國家的，而是自爲構成國家之一要素；又不把國家作爲自家的財產而私自領有之；國家的本身乃是一個團體，君主之行使統治權，並非爲君主自己之個人的目的，而是爲國家全體的目的。約言之，君主爲國家機關一事(用機關一語與否在所不論)，除那勉強閉目不容受真理者之外，可以謂爲一般所承認的思想。這種亦不一定爲西洋所特有的思想，雖在東洋，從古已能認出這種思想了。(孟子曰：「民爲貴，社稷次之，君爲輕，是故得乎丘民爲天子，得乎天子爲諸侯。」仁德天皇詔曰：「天之立君，是爲百姓的。然則人君以百姓爲本。是以古之聖王，以一人的飢寒，自責於其身。今百姓貧，則朕貧；百姓富，則朕富；未有百姓富而君貧的。」日本書紀)皆略與此種思想相同。)

君主的地位，至少在近代的國家中，是世襲的。雖然，依歷史上的事例，選舉的君主政治，亦不乏其例。尤以中世紀德意志神聖羅馬帝國為其最顯著的例，雖在選舉君主政體裏面，其被選舉的人，通常限於同一的血族之中；於此種限度內，以混合世襲主義的分子在內為普通。雖在世襲君主政體裏面，對於君位繼承的順序，沒有確定的法則，或君主自己選定其後嗣，或於沒有王嗣的時候，某種一定的機關，擁立其後嗣，於某程度內，混合選舉主義的分子在內；唯於近代的諸君主國中，對於君位繼承的順序，必豫先立確定的法則，不須何等之選舉行為，依其法則而當繼承之位的人，當然就君主之位。約言之，近代諸君主國，沒有例外，皆為世襲君主國，這種世襲，乃是與共和國的大總統區別之最顯著的外形上的特徵。

君主的權能，不是從其他任何機關所委任的，又他之行使其權能，並非代表其他機關。君主於國家的組織法上，當然就其地位，當然行使其權能，普通謂君主對於其地位，有自己的固有的權利，即表示這種意味。雖在選舉君主政體裏面，選舉僅為一種決定何人應該即位的行為，並非委任權能的行為。

君主在國內，不特社會上有最大的尊敬，即於國法上，亦有唯一無二之尊貴的地位，更於國際法上有特別榮譽權。共和國的大總統，僅為平等的國民中之一員，不過有特別職務上的權利罷了，反之，君主的一身，有與一般國民不同的尊貴的地位。

君主為國家機關，他的權能依時代之不同，而大有差異。君主的權能，雖有這樣的大差異，然皆不失為君主政體者，乃因君主政體能通乎古今，適應社會文化之一切變遷，而與國家共傳於無極。若反之，以國家統治之一

切的權能。盡出於君主的專權，爲君主政體之不可缺的要件，則君主政體與現代的文化恐怕到底不能相調和的。

君主的權能，有這樣的差別，由此必先要區分君主政體爲專制君主政體和限制君主政體 (limited monarchy)。

在專制君主政體裏面，君主爲唯一的直接機關，以國家統治權的全部，作爲自己的權能，其他一切機關，除了爲君主的代表機關，代君主以行使其權能外，皆依君主的委任，於其命令之下，處理國家的事務。這不一定是說，君主的權能，法律完全沒有限制。因爲君主爲國家的機關，行使國家的權利，所以一切的權能，常要爲國家的目的，而不能爲自己私人的目的。於這一點，雖在專制君主政體裏面，君主的權能，在法律上，亦受限制，此事尤其是在所謂開明的專制政治 (Aufgeklärter Absolutismus) 時代，明白地爲人所意識。然於專制政治裏面，其一切限制，僅依君主之自律法而能實現，君主之外，沒有獨立的直接機關，一切國法，除了於習慣上基於其他事實上的勢力之外，僅專依君主的意思而成，而不要其他獨立的機關之同意，於這一點，與限制君主政體有別。十七八世紀歐洲大陸諸國，皆在這種狀態之下，此外二十世紀初期的俄羅斯及土耳其，清朝時代的中國，明治二十三年以前的日本，都是一樣。

限制君主政體，於君主之外，有其他直接機關，不立於君主的命令之下，重要的國家行爲，僅依君主的意思，不能成立，必要依其他機關而行，和要其他機關的同意爲其特色。

限制君主政體在歷史上可舉出來之顯著的實例，第一爲中世紀以來，歐洲諸國之所謂等級的君主政體 (Ständische Monarchy)。這種是從封建制度而起的，國王之外，有封建諸侯和其他特權階級的會議，國王對於種種重要的統治行爲，尤其是對於租稅的賦課，不得他們的同意，就不能實行。然這種是屬於過去時代的，他於那種與現代全然不同之社會文化上成立。近代的限制君主政體之形態，不用說是立憲君主政體。

立憲君主政體之最著的特色，在於君主和國民同爲國家的直接機關。唯因國民不適於自己行使其權能，故設國會爲代表機關。國會用國民的名義參與統治權。君主與國民間之權力的分配，因國家之不同，而大有差異。因此，雖同稱爲立憲君主政體，然有君主主義的色彩特別強的，和比較的近於民主政體之之差異。其詳細的地方，於下節論之。

君主政體，從其他的觀察點看來，又可以分爲直接君主政體和代表的君主政體。前者乃君主親自行使其權能之謂；後者，乃君主以代表機關行使其權能之謂。君主政體之通常的形態爲直接君主政體，唯於君主年幼的時候，和因臨時故障，攝政爲君主之代表機關的時候，則爲例外。代表的君主政體之爲平常的制度，其歷史上最顯著的實例，爲日本幕府時代的制度。將軍不由於君主之隨意任免，而世襲其地位，又並非受君主之命以行使其權能，而獨立的處理其權能，同樣的爲直接的機關。唯其權能不是其固有的權能，他是君主的代表機關，行使本來屬於君主的權能，於這一點，與君主的地位不同。

三 民主政體

民主政體或共和政體（共和政體於本來的義意上，是於民主政體之外，包含貴族及寡頭政體，然因為貴族政體及寡頭政體，在現在，老早已不存在，故現在專用於民主政體之意。）乃是國民全體，為唯一的原始的直接機關的政體。所謂全國民為國家的機關，僅可在思想上成立，而不是事實上可實現的事。國民之中，有無完全能力之未成年者，有精神病者，有囚人，此等人不能沒有例外而盡為國家的機關，是不用說的。因為國家為人民的團體，故為其構成員的國民，當然不可沒有自己處決國事的權能，所謂全國民為國家的機關，乃是於這種意思中有其根據，不一定含有全國民，一人都沒有例外，皆有此種權能的意味。除了不適宜於參與國事者之外，唯被認為有適當能力的國民，才有其權能；而這個在思想上被認為全國民的權能，為國家機關之國民的觀念，於有殖民地的國家中，通常把殖民地的人民除外。殖民地於本國支配之下，有特別的統治組織，因情形之不同，於一定的範圍內，除了被允許參與本國的政治之外，一般以沒有這種權能為通常。所謂國民為國家機關，通常僅對本國的人民而言。

國民之行使其為國家機關的權能，或自己直接行使之的也有；或由其代表機關以行使之的也有。因此，民主政體，要分為直接民主機關，和代表的民主機關。在君主政體裏面，直接君主政體為常例，代表的君主政體，不過僅為例外，反之，在民主政體裏面，因依全國民的合議而處決的困難所生之當然的結果，代表的民主政體為一般的常例。

在直接民主政體裏面，國民行使其權能的方法有兩種。其一於一定的地方，開國民總會（Volksgemeinde

Landsgemeinde) 而議決。這種方法，於其性質上，僅在小國裏面才能實行。古代希臘的諸市府國家，及在日耳曼民族之古制中的各部落，即其歷史上的實例。在近代的國家裏面，瑞士的六小州 (Appenzell-Aussere-Roden, Appenzell-Innere-Roden, Obwalden, Nidwalden, Uri, Zug) 尚有僅維持日耳曼民族古來的習俗，保有這種國民總會制度的例。其他一州，附以國民投票制 (Plébiscite, Referendum)。近代的直接民主政體，差不多皆採此制。無論採那種方法，國民直接處決國事，在此事的性質上，僅可對於某一定的事項，才能行之，而不能及於一般的統治的權能；故雖承認直接民主政體制度的國家，同時又無不設國民的代表機關，其代表機關，代國民以行使一般的統治權能。因此之故，雖稱爲直接民主國，然同時又混合代表的民主政體的分子，且通常以後者的分子爲主要。

代表的民主政體，乃是直接或間接從國民中所選舉之國民的代表機關，用國民的名義，以行使最高的統治權能之政體。國民的代表機關，通常分爲兩種，一爲合議制的機關，一爲獨裁制的機關，前者乃是議會，後者通常爲大總統。設立大總統的民主國，外形上略似立憲君主國，君主與大總統之間，其權能難以發見判然的差異。不用說，在許多君主國裏面，議會僅爲參與機關，自己沒有發動統治權的權能，又僅依君主召集之命而集會，沒有自行集會的權能。於此等國家裏面，君主與大總統，從其權能之大小上，雖可以明白地區別起來，然這個不一定是一切君主國的共通性質，尤其是於其憲法的根本思想傾向於民主的之君主國裏面，從其權能上，必難以把兩者區別出來。對於區別君主國與民主國的標準之所以有種種的學說，大多以此爲其原因。君主與大總統

之法律上的區別，第一在於君主爲原始機關，並不是任何機關之代表，其權能在憲法上認爲自己的固有權能；反之，大總統直接或間接依國民而選舉，在法律上，爲國民的代表，其權能本來屬於國民，大總統以國民之名而行使之。此種區別之外形的特色是立憲君主國的君主，皆爲世襲的；反之，民主國的大總統，直接或間接由國民選舉，有一定的任期，爲甚麼呢？因爲他爲國民代表機關，故國民當然不能不選定之。因此之故，同爲獨裁制的直接機關，其權能雖沒有特別的差異，然他若爲世襲的，則即令憲法中明言國民主權主義，如比利時憲法一樣，亦爲君主國；若他是以一定的任期，從國民中選舉出來的，則可以稱爲民主國。

四 聯邦制

聯邦制的國家，在近世始發生，以十八世紀的八十年間成立之北美合衆國爲其最初的例；十九世紀中，在歐洲有瑞士聯邦（依一八四八年的憲法而成立）、德意志帝國（一八六七年以北德意志同盟之名而成立，因南德意志之加入，由一八七一年一月一日起爲德意志帝國）、在美洲大陸，有墨西哥（依一八五七年的憲法而成立）、阿根廷（依一八六〇年的憲法而成立）、巴西（依一八九一年的憲法而成立）、委內瑞拉（現行憲法，成於一九〇四年）諸聯邦成立。最近經歐戰後的革命，而新成爲共和國的有奧大利（一九二一年的憲法）、中華民國現在亦趨於聯邦制。此外尚有非獨立的國家，然其統治組織，可以完全與國家同一而論的，其取聯邦制者有：英國自治殖民地澳洲聯邦（Commonwealth of Australia 一九〇〇年）、坎拿大（Dominion of Canada 一八六七年）和南非聯邦（Union of South Africa 一九一〇年）。

聯邦制的國家 (Etat fédératif, Bundestaat) 與統一制的國家之區別的地方，在於統一制的國家，以中央集權為主義，統治權（支配國民的權利）在原則上統一於國家，唯僅對於範圍狹小之地方行政，才認地方團體有自治權，反之，聯邦以地方分權為主義，把統治權分配於國家和聯邦各州之間，僅對於外交、軍備、交通、貨幣及其他通於全國而必須統一的事項，國家才保有統治權，其他一般的內治，則屬於聯邦各州的自治權。（但其權限的分配之程度，各聯邦之間，大有差異，依其程度之如何，而比較的近於統一制的也有。）聯邦各州，服從國家的支配之下，並非獨立的國家，雖對於自治權的行使，亦於國法所定的範圍內，服從國家的監督，沒有能與國家的意思對抗的意思力，又不能任意脫離。於這幾點上，聯邦各州，與地方自治團體同其性質。唯聯邦各州，對於廣泛的一般的內治，保有一種普通僅屬於國家的統治權，其權利的範圍之廣泛，為普通的地方團體所不能比較的；因而於統治組織裏面，亦具備略與國家相類似之各種機關，可為君主政體又可為共和政體；若為君主制，則君主在國法和國際法上，有一種與國家的君主同樣的榮譽，又關於其統治組織及統治的方法，亦有與國家同樣的特別的憲法，於這幾點上，與其謂他為地方團體，無寧謂他為國家，較為近是。

聯邦與邦聯 (Confédération, d'États, Staatenbund) 的區別，在於邦聯為多數獨立國間之國際條約的關係；反之，聯邦的自身為一國家，於各州之上，有支配權，各州沒有最高性。其結果：（一）在邦聯裏面，聯合政府的權限伸縮之權 (Kompetenz-Kompetenz) 專屬於聯合各國，一依各國間的條約而定；反之，在聯邦裏面，聯邦自身依修改憲法的方法，可以伸縮聯邦及各州間的權限範圍。（二）聯邦有直接支配一般國民的權力，以聯

邦的權力，發布直接拘束國民的法律，且可以執行此等法律（但關於其執行，以委任於各州的權力為多）；反之，在邦聯裏面聯合政府僅可以決定一種拘束聯合各國的議決，而無直接支配國民的權力，聯合政府所定的法律，聯合各國更將他向本國的國民發布，依此始可以發生拘束國民的力量。

於統治組織上，聯邦之最著的特色為：聯邦各州在於原始的直接機關的地位。一切聯邦有兩重的性質，一面為國民的團體，一面又為由聯邦各州的結合而成的團體。其結果，國民為國家之構成員，立於國家機關的地位，同時聯邦各州亦必立於國家機關的地位。（拉班——德國國法一卷五十六頁——說：「單稱為『複合國』（Zusammengesetzter Staat）則不一定以一定的統治組織為觀念上的要件；稱為「聯邦」則必以一定統治組織——即聯邦各州，參與於一般意思的構成之組織——為其觀念的要件。」）因為聯邦各州，其自身本來為一團體，故各州因為行使為國家機關之權能起見，更不能不依機關，這是不用說的，因而於聯邦中，必要設置代表各州的機關，這種機關要有參與國家的最高意思的權能。就中，於一切聯邦裏面，議會必採二院制，其一院（例如美國之 House of Representatives，德國之 Reichstag，瑞士之 Nationalrat）代表全國民；其他一院（例如美國之 Senate，德國之 Reichsrat，瑞士之 Ständerat）代表聯邦各州。其他關於憲法的修改，例如，美國特別以之付各州議會（又特別開各州憲法會議）討論，為最後之決定的也有。

然聯邦各州，並非聯邦中唯一的直接機關，此外尚有直接機關，與之並存。其機關的組織，因各國而有不同，因之，於聯邦中，發生民主的聯邦和君主的聯邦之別。（把聯邦分為這兩種的區別，特別以 Archiv f. off. R. Bd.

18 所載梅耶的 *Republikanischer u. Monarchischer Bundesstaat* 一書爲最。但其所說，與這裏所說的大不相同。

民主的聯邦，於聯邦各州的集合之外，僅有全國民爲原始的直接機關；各州的代表機關之外，一切直接機關，乃是國民的自身，或國民的代表機關。現時世界的諸聯邦多屬於此種。

君主的聯邦，聯邦各州及國民之外，君主亦爲原始的直接機關之一。一九一八年革命前之德意志帝國，乃其最著名的實例。德意志帝國，是君主國呢？或是共和國呢？對於這個問題，在德國學者間，其說亦紛紛不一，或以之爲混合政體，或以之爲共和政體，或以之爲君主政體；雖然，以之爲共和政體者，爲梅耶之說，此說漠視德意志帝國之政治的特色。德意志皇帝，其權能雖與其他君主國的君主不同，然同爲世襲的，而非從國民選舉的，又不是代表國民，而明明爲原始的直接機關之一，於這種意味，一樣的可把他看作君主。若問他爲君主國或共和國，則革命前的德國爲君主國，德王爲君主，此種見解很適合於普通的法律思想，又在法律上是正當的。

五 國家內的統治團體之組織

統治組織的問題，不獨爲關於國家的問題，關於國內的統治團體，亦生同樣的問題。尤其是聯邦內各州及自治殖民地，缺乏最高性，於這一點雖與國家不同，然他有範圍很廣的統治權，亦可略與國家相比較；因而其統治組織與國家爲同樣的組織，於這一點，沒有把他與國家區別而論之必要，關於組織的種類，以前所說的，可以照樣適用，或爲君主政體的也有，或爲民主政體的也有，或爲聯邦制的也有。例如一九一八年革命以前之德意

志諸州，有三個漢薩自由市，此外皆爲君主政體，美國及瑞士諸州，皆爲民主政體，英國殖民地、澳洲、坎拿大、南非聯邦，皆爲君主的聯邦制。

六 國體及政體的觀念

國家的統治組織，可以分爲以上數種，此種區別，專爲統治組織的區別，依以上所述，已經明瞭了。此種區別，以甚麼名稱來稱他，單爲名稱的問題，並非足以置重的問題。我打算稱之爲政體的區別（西洋普通以 *Form of State, Forme de l'Etat, Staatsform* 稱之）。於這種意味，所謂政體，與所謂統治組織完全同意義。然或稱之爲國體的區別，亦單爲名稱的問題，沒有應強烈反對的理由。（唯因國體一語，如後面所述，以用於完全不同的意味爲慣例，故若以之用於統治組織的意義，則必要與之區別，而不使混同，是爲至要。）

然日本有許多憲法學者，當其論國家種類的時候，都承認依國體的區別，和依政體的區別之兩樣不同的區別。君主政體和民主政體的區別，乃是依國體的區別；專制政體和立憲政體的區別，乃是依政體的區別；此兩種分別的方法，全異其區別的標準，明白此種區別，爲憲法上最重要的根本原理。其說大抵爲故穗積博士所熱心主張，清水、副島、寬、市村、上杉等諸氏，大體皆與之同意。依穗積氏之說，國體乃依主權之所在而分，有君主國體及民主國體之別，前者乃主權在一人的國體，後者乃主權在國民的國體。政體乃依主權行動的形式而分，其中有專制政體及立憲政體之別；前者爲權力兼併的政體，後者爲權力分立的政體。其他諸氏之說明，大體略與此相同。（其有多少的差異，於後面再說。）

(註) 從穗積提要(五二頁以下)抽其學說之要點如左，作為代表的例證。他說：『國家具有主權，而於國家組織中，主權存立的體樣不一。指此體樣之異同，而稱爲『國體』之別，國體由主權之所在而分……單數或複數之自然意思，構成團體之統一的法律意思，而表呈這種意思的關係稱爲代表。國體由國家代表的態樣而分……主權之所在，即構成國家的法律意思之自然意思之所在……君主國體，乃以特定的一人爲國家的主權者的團體。以他爲主權者，乃是於其人的自然意思即成爲國家法律的意思之意義上，謂主權在於其人……以特定之一人的自然意思，充實和構成國家的法律意思，爲君主國體之特色……民主國體，乃是以人民爲主權者的團體。以人民爲主權者，乃是於以人民各人之自然意思的綜合，成爲國家的法律意思之意義上，謂國家的主權即爲人民的權力……『政體』乃是統治權行動的形式。統治權行動的形式，沒有不變動國家統治權自身之所在，而能變遷的。政體之異同，與國體之異同之事自別，二者不可混同……誤解憲法大義，沒有比出於把國體與政體的觀念混同更甚的……國體乃是以怎樣的自然意思，充實國家的法律意思的問題……政體乃是已經自然意思充實之國家的法律意思，怎樣行動之形式的問題……今政治上顯著的政體之異同，爲專制政體及立憲政體之別……所謂立憲政體，乃是以權力分立爲主義的政體，所謂專制政體，乃是以權力兼併爲主義的政體。

此說之要點可分爲以下五點：(一)君主政治與民主政治，依主權之所在而區別，於君主政體裏面，主權存於一人，於民主政體裏面，主權存於人民。(二)立憲政體與專制政體，依主權行動的形式而區別，這是既經充實

的國家意思，如何行動之形式的問題。(三)立憲政體之特色，在於權力分立這一點。(四)君主政體與民主政體，為國體的區別；立憲政體與專制政體為政體的區別；二者為完全異類的區別。(五)雖在民主政體裏面，亦有立憲民主政體與專制政體之別。

這幾點皆含有重大的謬誤，或者前後互相矛盾。就中(一)君主政體中的主權(統治的全權之意)在於一人；一人的自然意思(正為獨裁機關之法律意思)直接構成國家的法律意思；這個僅可對於專制君主政體而言，不能適用於立憲政體。(二)謂立憲政體，為權力分立的政體，與主權在於君主一人，由君主總攬統治的全權完全矛盾，畢竟不能兩立，前面已經述過。以立憲政治之特色，在於權力的分立，亦完全誤解立憲政體的本旨，這層以後再論。於茲所應說的，僅為所謂國體的區別與政體的區別，果是否如論者所云云，是否完全為異類的區別這一點。

依穗積氏之說，所謂國體的區別，乃是依主權之所在的區別；而主權之所在為如何之問題，即怎樣的自然意思成為國家的法律意思的問題，亦即國家代表的態樣的問題。換言之，所謂「主權之所在」不外為依怎樣的機關而作成國家的意思之問題，即與我所謂統治組織的種類，其意義一點沒有差異。(穗積氏自己明言道：「今茲謂主權之所在為國體問題，乃是問國家內部的組織如何。」——五五頁)而立憲政體與專制政體的區別，亦同樣不外為統治組織的種類，若以穗積氏之語來說，則為「國家內部的組織如何」之問題，為「成為國家的法律意思之自然意思之所在」的問題。為甚麼呢？因為在專制君主政體裏面，國家之最高的意思，在法

律上，僅出於君主的意思，尤其是法律僅依君主的意思而制定，反之，於立憲君主政體裏面，國家之最高的意思，綜合君主和議會雙方的意思，始行成立，君主不得議會的同意，不能修改憲法，不能制定法律。於前者，君主的意思，直為國家的意思，反之，於後者，君主和議會之合同的意思，為國家的意思。這個不是論者所謂『成為國家的法律意思之自然意思之所在』的問題是甚麼呢？然論者無視這種明白的條理，以立憲政體和專制政體的區別，單為統治權行動之形式的問題。然憲法的修改，法律的制定，僅依君主的意思而成的呢？或依君主與議會雙方的意思而成的呢？這是國家的意思，依怎樣的機關意思而作成的問題，決非單為既經作成之國家意思的行動之形式的問題。雖然，論者以法律制定之前，國家意思既經作成，法律的制定，不過僅為既經作成的意思之行動的形式嗎？且論者以三權分立為立憲政體的特色，然所謂權力分立，乃是使行使統治權的機關分立之謂，即不外為『國家內部的組織』的問題。一面認權力分立為立憲政體的要素，一面以立憲政體為不是組織的問題，而為行動之形式的問題，這是明白矛盾的。

〔註〕 其他諸氏之說，多與穗積氏相同，副島憲法論九十四頁說：『國體乃是國權總攬者（國家最高機關）之組織的形態，政體乃是國權總攬者之作用的形態。』市村憲法論九十八頁以下，亦完全相同，謂國體的區別，乃是統治權的總攬者為一人，為數人，或為國民全體的區別。所謂政體，乃統治權行使的形式。清水憲法篇五十五頁之說，全然與穗積之說相同。上杉國體及政體（法學協會雜誌二十九卷一號）雖以國體於國家存在的限度內，永久不變，政體應時勢而變遷，為兩者區別之特徵。然這個全然蔑視世界上

歷史的事實，又非爲論理上所容許之事件。如袁世凱使中國共和政體遷爲君主政體，欲自即帝位，使國民行所謂國體投票之後，即宣言：因爲主權既屬於國民，故依國民的意思而變更國體，毫無違法，這事比之上杉之說，較爲合於論理。

要之，許多論者之所謂國體的區別，與政體的區別，皆爲國家組織的區別，決非爲不同性質的區別。所謂國體的區別，即是政體的區別。且此等之所謂國體論，往往雖於立憲政體之下，亦尙用主張國家統治的全權，無制限的屬於君主的論據，以蹂躪憲法的大義，而帶鼓吹專制政治的思想，這種觀念，有強烈的排斥之的必要。

〔註〕 在日本所謂「國體」一語，依德川時代之水戶學派而普及，其本義決非爲法律的觀念。神皇正統紀說：「大日本乃是神國，從天祖開基，日神傳極長之流，獨我國有此事，別國無其例，因此，故稱爲神國。」這種思想爲發生後世的國體說之根柢（參照內務部版國體史論）。於這種意味的國體，不能把他全然作爲法律上的觀念而論的，把這樣有特殊的用例之語，用爲法律語，徒滋觀念的錯雜，應該要避免的。

第五章 立憲政體

第一節 立憲政體的發達

立憲政體一語，是由英語之 *constitution* 而來的。此語本來不過單爲組織之意，一轉而用於組織法，即憲法之意。然所謂立憲政體 (*constitutional government*)，並非單有憲法的政體的意味。此語的意義，與英國之歷史的發達相關聯。英國於中世紀以後，漸次發達，當時其他歐洲諸國，尙在專制政治之下，而英國獨備代議制度，確立國王不得國會的同意，不能行立法和其他重要的統治行爲之原則。英人以之爲本國特有的 *constitution*，國王偶然有反乎此傳來的法則時，則以之爲 *unconstitutional* 而非難之。此種英國代議制度的原則，經美國及法國的革命，普及於歐洲諸國，做英國傳來的用例，稱英國式的代議制度爲 *constitution*，稱以此種制度爲基礎的政體爲立憲政體，這是一般的慣例。因此之故，所謂立憲政體，乃是指具有爲國民的代表機關之議會制度的近代的政體而言。此語通用於立憲君主政體和近代的民主政體。其法律上的特色是：國民至少，爲原始的直接機關之。這種意義的立憲政體，在今日，差不多爲世界的文明國之共通的制度，日本的政體，亦爲其中之一，這是不用說的。本節打算先極簡單的略述此種政體怎樣成爲世界共通的制度之經過的大要，於次節論究其制度之根本思想。

一 英國代議制的發達

近世的代議制度，其前身爲中世紀歐洲諸國之所謂等級會議(Ständeverammlung)。等級會議，是由封建制度而起的，他是封建時代之特權階級——貴族(封建諸侯)、高僧及市民——的會議，或稱之爲三級會議(Three Estates)。最初的時候，封建君主召集爲宮廷所側重的家臣，爲顧問會議，家臣有參列該會議的義務，三級會議即肇端於此。國王亦爲最高的封建領主，於其下有諸侯的會議，而高僧亦參加該會議，及後隨着貿易發達，市府的勢力強大起來，市府的代表亦參加此種會議，三級會議的形體，於茲確立。這種三級會議，其發生雖有遲早之分，然於十二世紀至十四世紀之間，差不多所有西歐各國，都有此種會議，如法國的 *Etats Generaux*，德國的 *Reichstag*，西班牙的 *Cortes*，皆是這種例證。英國於十三世紀的時候，成立一種略與其他諸國同形體的三級會議。此等等級會議的任務，大多爲對於關於此等階級的權利義務的法律之變更，尤其是除照常例的貢金之外的課稅的時候，與以同意。其權限雖非一定，然承諾租稅及參與立法之權，於某程度內，可以說各國的等級會議無不有之的。即近世的代議制度之可以發達的萌芽，西歐各國都已具備了。

然事實上，此種中世的等級會議漸次發達，而爲近代的代議制度的，僅有英國。於其他各國，迨至近世，或完全消滅，或僅存形體，而實力無有。

爲甚麼等級會議單獨在英國能以如此發達呢？對於這層，有種種的理由。其重要原因大概是：(一)在英國地方自治的制度，已經充分發達，國家的會議，亦基於其自治的經驗以舉其任務；(二)英國的等級會議，從始就不是僅爲一種特權階級的會議(如大陸諸國之嚴格的意義)，而於某程度內，能代表全國民；(三)各階級間

的差別，亦不如大陸之嚴重，可以互相融和而共同行動；（四）大陸諸國十四世紀以後漸次使王權強大的原因，不現於英國。無論其原因在什麼地方，總之，於歐洲諸國裏面，獨有英國能從舊時代的等級會議之形體，發達出一種為真正的全國民代表會議之議會。

迨至近世，於歐洲大陸諸國中，大多數的國家，其王權統一之勢漸盛，封建諸侯之勢力全衰，僅於瑞士的山中，留傳自古傳來之民主的制度；於德意志及意大利國內，自由市府維持勢力；除此之外，可以說：君主專制政治經十六世紀，十七世紀，及十八世紀而為歐洲文化的基調。王權為軍隊和官僚的力所擁護，能保國家的統一，及使國力增進。

獨在英國，由中世紀傳來之國會制度，於中世紀之終，已經得有確定的組織和權限，以傳於近世。於中世紀中，國會為全國民的代表會議的思想，已經略為一般所承認；經國會之同意所立的法律，若不得國會之同意，則不能變更或廢止；租稅若無國會之承諾，則不能賦課，已成爲確定的原則。而國會分爲貴族院和庶民院；貴族院乃是從前的諸侯會議的繼續，由高僧及世襲的大貴族而成；庶民院由各州之武士、地主及市府的代表而成，兩院各另開會議。

迨至近世，及歐洲一般的風潮之君權主義，及於英國，在傑特王朝時代王權的實力大爲增加；亨利第八及伊利薩伯，差不多沒有國會的干與而執行國政，雖然，這是國會信賴國王，一任國王自由行事，尚不失爲國王得國會的同意執行政治。然斯多亞王朝之世，這種狀態全變，查理士第一基於君主神權的思想，蔑視國會的權限，

以行專制的權力，遂與國會生激烈的衝突，經長時期的論戰和內亂，國王被殺，從一六四九年至一六六〇年，英國一時爲共和政體。王政復古之後，斯多亞王朝的國王，尙不改其舊政，再與國會起激烈的衝突，遂生一六八八年之第二次革命。國會兩院宣言詹姆士第二退位，迎阿連基公威廉，擁之爲國王。所謂 *Glorious Revolution* (榮譽革命) 就是這一次。於迎威廉之前，國會先起草權利典憲 (*Bill of Rights*) 列記詹姆士蔑視國會的權能，妄行專制的權力之種種處置，宣言此種行爲爲不法，要求威廉的承認，得其誓約，始擁他爲國王。這樣，斯多亞王朝的國王與國會之爭，國家的完全的勝利，英國的憲政史，於茲開一新紀元。國會不獨爲立法的地方，他供給每年的收入，議決每年的軍備，國會拒絕其承認，則無論何時，杜絕國家的收入，可以從國王手裏把支配軍備之權取而去之。國會之有政治上的優越勢力，是不能動搖的。英國憲法之近代的形式，可以說依此而略爲確定。

在國會裏面有主要勢力的爲大地主階級。貴族院全部爲土地的領主所占，庶民院亦大部分屬於地主階級。這不獨單爲從各州選出的，市部的議員，亦多是一樣。不用說，此外雖有外國貿易的商人，法律家，然於大體上，國會的勢力，即地主的勢力，因而此時代之英國政治，可以謂之地主階級的貴族政治，這種狀態直至一八三二年的選舉法改正時爲止。

十七世紀國會的勝利，並非含有國會左右政府之進退的意味。所謂政黨內閣，議院內閣的思想，當時的革命政治家全想不到，那時寧以政府及立法院各守其領域，不相侵犯爲當然。於 *Act of Settlement* (踐祚令) 之中，規定一切國王的官吏 (包含大臣在內) 不能充庶民院議員。即在當時，所謂三權分立主義的思想尙能

維持。然實際的經過，完全反乎這種思想，政府之重要的大臣，必從國會議員中而出，在國會中占主要實力的，同時亦支配政府，政府與國會，在同一的勢力之下，爲英國憲政之最重要的特徵。此事與民黨 (Whigs) 及皇黨 (Tories) 兩大黨之發生相關聯，民黨之富力和勢力，遠出皇黨之上，以革命的效果爲自己的責任。爲確實的維持其效果起見，以一切的手段，巧妙地占領政治上一切的機關。貴族院從始即爲其勢力範圍，於庶民院，亦以種種手段常維持多數。Act of Settlement 之禁止條項，於一七〇七年已被取消，政府的重要大臣，亦以自己的黨派充任，於繼續舊時代的國王的樞密會議 (Privy Council) 中，更作小樞密會議 (Cabinet Council)，決定一切國政，國王之一切權能，在事實上，差不多移於此小會議之手。尤其是在佐治第一以後，哈諾華王朝，以德國人承英國人的王位，此生長於外國的君主，不諳英國的國情，所感的利害，亦甚冷淡，此事更加助成這種趨勢。英國的議院內閣制，起源於這樣的事情，一點都沒有根據於哲學的理論，又並不是從始就把他作爲適當的制度而實現之的。唯基於一時政治事情，作爲權宜之計，雖一面認爲違反傳來的憲法而仍使之實行，因爲其實行的結果，甚能適應於政治的實際，遂成爲英國憲政中不可動搖的習慣。

不用說，此種政黨內閣制並非從始就沒有何等障礙而發達的。政黨內閣的端緒，雖已於十七世紀中威廉在位的時候開其端，然至十八世紀中葉，尙屢受激烈的反對，佐治第三一時打破民黨的勢力，於一七六六年，設立非政黨內閣。然於此內閣之下，國家的禍害，相繼而起，於美國的獨立戰爭一役失敗了，遂失美國。在一七八四年，於威廉彼得得之下，組織皇黨的內閣，政黨內閣主義，老早成爲確實的原則。自是以前，所謂政黨內閣，雖常僅

爲民黨所占，皇黨不能得到政權，然至此始承認兩大政黨輪番掌握政權，依議會的向背以決定進退。舊時的樞密會議，僅存空名，其一切實權，完全歸於內閣，同時又確認一總理大臣爲內閣的主腦，有統轄閣員全體的地位。

二 美國獨立及法國大革命

近世式的代議制度及與之相關聯的議院內閣制，首先在英國發達，已如上述，於這一點，英國被稱爲立憲制度的祖國；然立憲制度廣爲普及於其他諸國，至成爲世界的制度者，則並非直接出於英國的影響。英國的政治，常爲實際的。其政治組織的變遷，亦常隨着實際上的必要而行，並非基於高遠的理想，又非把他提供出來，作爲他國應該做效的模範。其一切制度，乃是繼承英國所特有的，祖先傳來的遺風，他國做效之，決不能得到效果。沒有何等思想的背景，一國的特有制度，當然不能於其他諸國之上有重大的普及力，若其他的新勢力不加入，則立憲制度恐怕不會有這樣普及於世界的結果罷。有普及世界之主要的勢力者，實爲美國，又特別爲法國，而此兩國各於英國的制度中，把不能見的新思想，提供於世界，使世界的文化史上開一新紀元。

美洲大陸的英國殖民地，從始即已經建築在本國傳來的自由主義之上，他是一種新設的社會，不受本國之傳統的習慣所束縛，土地廣闊，人口稀少，天然的富源，取之不盡，沒有貧富的懸殊，故無階級的差別，所以從始即當然已比本國更爲民主的了。於一七七六年，十三州的殖民地，決定與英國分離，發布獨立宣言，於戰爭之後，遂獲得獨立，獨立之後，更改那種僅爲十三州間之國際條約的關係之各州的聯合，於一七八七年，議定北美合衆國憲法，樹立由十三州的結合而成的聯邦，於是世界歷史上始有完全民主的民族國家出現。

在美國所樹立的立憲制度，不用說大部分是繼承英國的，然他與本國有別，因為不受何等傳統的習慣；他於其政治組織裏面，除了由本國傳來的之外，尚有強烈的哲學的理想之表現。

就中依美國獨立而實現之新的政治上的思想，對於以後諸國的憲法，與以顯著的影響者為：(一) 民主權主義，(二) 自由平等主義，(三) 三權分立主義，(四) 成文憲法主義（此等思想於次節述之）。此外聯邦制度，亦依美國憲法始見於歷史上。這種制度不一定是基於理想，惟因十三州各有獨立的歷史，完全把他統一起來，實不可能；故這種制度為實際上的必要所不得已而作的。尚有屬於同一民族，而各有獨立的歷史者，他於某程度內，一面維持其獨立，於對外的方面，又作為一國而遂行共同的目的，則這種制度，為最適當的制度。十九世紀中葉及二十世紀之初，許多國家倣效此制，這層上面已經說過。

這種美國的新制度，始大規模的實現純粹民主主義的國家，對於歐洲諸國，亦與以不可少的刺激；然因為相距過遠，與歐洲大陸諸國差不多沒有外交上的關係，故美國的制度，直接影響於歐洲諸國的，比較的很少。自由民主主義的運動，於十九世紀中之所以普及全歐，遂生世界的政治上之改造者，不是英國或美國之直接的影響，而法蘭西的大革命，實為其原動力。

法國大革命最著的特色為：不單以救濟目前的弊害，滿足實際的欲求為滿足，而以人類社會之高遠的理想為目標，差不多以一種可稱為宗教的信仰和狂熱，猛然募進。英國及美國的制度，對於他雖與以重大的影響，然為革命思想的根柢者，不是英美兩國，而實為十七十八世紀的哲學，就中孟德斯鳩及盧梭的思想，有最大的

勢力。

革命政治家之第一任務是：以抽象的哲學的文辭，嚴肅的宣言人類所應有的權利和國家之正當的任務。一七八九年的人權宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) 就是這種東西。該宣言不獨以法國自身的政治組織爲目的，他宣言通於一切的人類，通於一切的国家，人類之爲人類所必有的權利。該宣言爲抽象的漠然的，然把高尚道德的理想，現於法律的明文上，以之爲實際的目標，其影響於一般人心，極爲偉大，差不多沒有別的東西可以比得他上，其影響迄於今日，依然不衰。

其次，廢除一切階級的特權，實現一切人類在法律上皆爲平等的主義，更以自由，平等，博愛 (Liberté, égalité et fraternité) 的標語，樹立一種基於完全的民主主義的新政府，於是始制憲法，規定其詳細的組織。一七九一年的法國憲法，就是這個。

然此等之一切的改革，太過急激猛進。法國不像美國從始已有具備民主的基礎之社會，他是數百年來在君主政體之下的社會，突然把其歷史的傳統破壞，故其當時的結果僅如混亂的狀態，這是不足爲怪的。於一七九三年，雖依雅可賓黨之手，修改憲法，然這種憲法，沒有施行，即歸消滅。自由主義的新制度，差不多完全中止。國政初歸公安委員之手，次歸執政官政府之手，再次歸督政官之手，最後歸皇帝之手，議會制度，僅存其外形，其勢力漸衰。

法國大革命，於法國自身，樹立成爲永久的制度之立憲政治，這一點雖沒有得到直接的成效，然其民主的

自由主義的思想，普及全歐，於這一點，其勢力極爲偉大，其影響不獨迄於今日，恐怕永遠傳於後世。

三 十九世紀前半期歐洲諸國之政治的改造

十九世紀前半期的歐洲，大體上可以說是政治的改造的時代。社會革命的主張，於此期之終雖已頗廣，然尙未成顯著的運動。拿破侖失敗後，歐陸諸國，互相聯合，以權力壓抑自由主義的思想，這是法國革命時代的反動，對於這事，諸國裏面，相繼發生革命運動，這種運動皆根據於自由主義，以政治上的改造爲目的。此等革命運動，大多爲中流階級及智識階級所指揮，勞動階級的運動，尙未顯著。革命之發生分爲前後兩期。前者以一八三〇年爲中心，後者以一八四八年爲中心，各國皆發生革命。

於一八一四年，拿破侖戰敗退位，法國再由包本王朝，迎路易十八，回復王政，國王制定英國式的新憲法，向國民頒布之。此種憲法，以君主主權的思想爲基礎，其名稱爲 *Charte Constitutionnelle*（憲章），表示由國王欽定以許與國民之意，而且選舉權極受限制，要有很高的財產資格，才有選舉權，中產階級的大部分雖亦被除外，然尙有議會制度，尙有憲法，在當時歐洲大陸，爲比較的能維持自由主義的國家。一八一四年的法國憲法，對於其他大陸諸國，有重大的影響，尤其是南德意志兩三個國家由一八一八年至一八二〇年所制定的憲法，（一八一八年的畢林憲法，同年的巴丁憲法，一八一九年的瓦丁堡憲法，一八二〇年的哈先憲法）一八一五年的荷蘭憲法，皆倣倣這個模範制定的。

在其他大陸諸國裏面，於一八一五年維也納會議的時候，除瑞典、挪威及瑞士之外，沒有具完全議會制度

的國家。尤其是從一八二〇年至一八三〇年之間，爲反動思想最盛行的時代，大陸諸國，互相聯合，努力壓抑自由主義的勃興。然雖有一切的壓抑，而自由主義的思想，於內部益以釀成。於一八三〇年，新革命運動初起於法國，繼起於意大利，德國，波蘭諸國。此種革命運動，多歸失敗，獨於法國比利時及英國成功。在法國，依七月革命，傾覆包本王朝而代以阿里安王朝，修改憲法，大大的擴張其選舉權，政權大多歸於中流社會之手。比利時，從一八二五年以來，隸屬於荷蘭之下，於一八三〇年，公然翻反叛之旗，成爲獨立的國家，於一八三一年，以自由主義的思想爲基礎，制定憲法。此憲法雖採世襲君主政體，然尙明言國家的主權，屬於國民，不獨承認選舉權擴充到下列階級，而且內閣對於國會負責任。在英國，一八三〇年改革運動之主要的結果，依一八三二年的選舉法改正，中流階級得到選舉權，傾覆從來大地主的政治，政治的重心，移於中流階級之手。這三國的革命，實可以謂爲十九世紀中，民主運動之最初的成效。此三國之外，德意志諸國，特別受法國七月革命的刺激，建設一種以君主主義爲基礎之立憲政治（一八三一年的薩克遜憲法，一八三一年的克阿哈先憲法，一八三二年的波拉文修威憲法，一八三三年的漢諾瓦憲法）。西班牙亦從一八三四年起，名義上爲立憲國，葡萄牙於一八二六年，希臘於一八四三年，形式上爲代議制度的國家。

從一八三〇年至一八四八年間，在表面，表現於政治上之顯著的變動，雖沒有發生，然在裏面，爲自由主義的宣傳之最盛的時代，革命的機運益以成熟。革命運動遂於一八四八年，突然相繼在各國爆發起來。最初起的爲法國，由二月革命傾覆阿里安王朝，樹立依普通選舉之民主政治，所謂第二共和政府就是這個，起於法國的

革命運動忽傳於隣近諸國，德意志諸國與意大利及意大利諸國皆爲動亂之區，這幾個的民衆皆要求民主的政治上的改造，政府除服從其要求之外，別無他法。在德意志裏面，不獨普魯士及其他諸國，制定自由主義的憲法，因爲欲統一全德意志，依普通選舉而組織的國民會，集於佛蘭福，議定統一的德意志帝國憲法草案。在意大利諸國，在奧大利，一時到處設立由普通選舉選出來的議會，民主運動，似乎得到完全的勝利。然於一八四八年之秋，反動已經開始，至一八五〇年，一切已建設的民主制度，大半爲所傾覆，舊制度差不多完全回復。在德意志，統一運動，完全挫折，再把舊時的德意志同盟回復其勢力。與意大利歸於比前更甚的反動政策。意大利再陷於小國分立的情形，除薩地尼亞之外，其中一切的小國，皆回復專制政治。在法蘭西自身，一八四八年的共和政府，於一八五二年變爲拿破侖第三的帝政府，議會雖有如無。

一八四八年的革命運動，能以得到這樣多的效果，其結果不獨於荷蘭，丹麥，薩地尼亞，法蘭西，普魯士五國的政治組織上，留有永續的結果，而其影響及於十年之後，於六十年後之立憲制度的傳播中顯現出來。茲先將因一八四八年的運動之直接效果而留傳的，畧爲說說。荷蘭自身，雖沒有革命，然受隣國革命運動的刺激，國王把一八一五年的憲法改正，制定一八四八年的新憲法。這種憲法，比以前的憲法較傾於自由主義，擴張選舉權及於中產階級，又樹立責任內閣制。丹麥於一八四九年始制定憲法，至是將純然的專制君主制一新，而設立議會制度。於意大利，在一八四八年，雖則各國皆相約樹立立憲制度，然忠實地維持其約束的，祇有薩地尼亞一國而已。薩地尼亞一八四八年的憲法，爲後來意大利的憲法，與一八一四年法國路易十八的憲法略同其主義。

大抵是做倣英國式的選舉權雖則是頗廣，然不是普通選舉。在法國，依一八四八年的運動所遺留之唯一永續的結果，就是普通選舉制。然法國不久，即立於極端獨裁的帝政政治之下者，實爲此普通選舉制，及與此制相關聯之總統民選制的結果。一般無智識的民衆，眩於拿破侖的偉名，惑於其煽動政策，投票選舉，遂以拿破侖爲世襲的皇帝，樹立專制的政治。最後，普魯士於一八一五年雖已把國王以爲應樹立代議制度的宣言書公布，然其約束久經拋棄，其他許多德意志國家，雖已經建立立憲制度，然尚維持專制的政治。一八四八年擾亂的結果，國家爲制定憲法起見，遂召集依普通選舉而組織的國民會議，此會議雖由五月起集於柏林，商議制定憲法之事，然與政府之間，意見不能一致。是時革命之趨勢寢衰，國王遂於是年十二月解散會議。同日以欽定憲法之名，發布新憲法。此憲法直接交議會討論，議會以爲其全部應加修正，國王解散議會，後於一八四九年依三級選舉法所選出的議會，議決其全部的修正，新憲法遂於一八五〇年一月三十一日公布。這種憲法，於大體上，至歐戰時，仍有效力。

在十九世紀前半期之終，歐洲各國，至少在形式上樹立代議制度。唯除奧大利及薩地尼亞之外，在意大利諸小國裏面，反動政策尙完全維持其權力。俄羅斯及土耳其之君主專制政治，不受何等的動搖。

四 十九世紀後半期立憲制度的普及

在十九世紀後半期，除俄土兩國之外，立憲制度爲歐洲各國之共通的制度。於已經有立憲制度的國家裏面，依修改憲法的方法，使民主的傾向更爲進步的，亦復不少。除立憲制度的普及之外，此時期尙有政治上重大

的現象，就是：(一)民族統一運動，(二)社會主義的傳播，(三)帝國主義的旺盛。第一民族主義的傾向，雖在前一時期，已顯然與自由主義運動相關聯，一八四八年的革命，雖一面為自由主義的運動，一面又為民族統一的運動，然民族統一的傾向，於此時期，益加顯著，意大利的統一，及德意志的統一，在此時期完成。第二，社會主義的運動，亦從前期已經表現過，在英國有摩利西 (Maurice) 金斯黎 (Kingsley) 歐文 等；在法國有聖西蒙，傅立葉，蒲魯東，路易柏蘭 等；於德國有為將來社會主義之最大的領袖馬克斯；於一八四七年，馬克斯的共產黨宣言，已經發表了。然社會主義廣為傳播於各國，而為政治上重要的勢力之一者，乃在此時期以後。社會主義不單以政治上的改造為滿足，且把社會的革命，作為主義，以現代的社會為資本主義的社會，一切社會上的罪惡，乃是資本主義的結果，不把資本主義絕滅，則人類的幸福不能得到，為達到這個目的，遂宣言永久不斷的階級鬥爭，糾合萬國勞動者對抗所謂資本階級。其勢力特別於此時期之終，益加顯著，初起於德國，差不多歐洲各國，無不受其影響。第三，此時代乃歐洲諸國間帝國主義的趨勢最盛的時代。各強國爭相努力以擴張領土，尤以那迄於前一期時，尚稱為黑暗世界的亞非利加洲，一時之間，為歐洲諸國所分割奪取。其勢及於二十世紀，遂為惹起歐戰的原因。

此等現象，對於憲政的發達，雖皆有重大的影響，然把他詳細敘述，非本書之目的，故將他讓於特別的政治史的研究，此刻僅把起於諸國的立憲制度之外形上的發達，簡單摘記如左。

意大利 諸小國，除薩地尼亞之外，雖皆尚在於專制政治的狀態，然於一八五九年乃至一八六一年，一八六

六年及一八七一年，此等小國，相次與薩地尼亞王國相合併，而合併的諸國，皆將薩地尼亞的憲法，照樣施行。因而於一八七一年意大利成爲統一的王國的時候，意大利遂成爲具有英國式的議院內閣的立憲君主國。

瑞典雖有中世式等級的組織的國會，然於一八六六年，改正憲法，新設置二院制之近世的議會以代替之。

丹麥敗於普魯士的戰役，於一八六六年，不得已容納國民的要求，改正憲法，改造議會，增廣其權限。

德意志自一八六四年與丹麥戰爭之後，於一八六六年，依普奧戰爭，奧大利完全失敗之後，德意志在普魯士指導之下，於一八六七年，組織北德意志同盟，作爲聯邦。更於普法戰爭之後，南德意志諸國，加入此同盟，改稱爲德意志帝國，普魯士國王同時稱爲德意志皇帝，新德意志帝國憲法，從一八七一年一月一日起，發生效力。而奧大利完全與德國分離。

奧大利以前雖最頑強的壓抑自由主義，然一八六一年以後，不得已於某程度內，容納自由主義的思想。從一八六一年至一八六五年間，經數回嘗試之後，於一八六七年，決定與匈兩國的協約。奧大利與匈牙利爲獨立的兩國，唯共戴同一的皇帝，僅對於某種事情，以共同的政府處理之。而兩國皆設立近世式的議會制度。唯奧匈都是由種種異民族成立的，民族間的軋轢疾視特甚，故議會制度雖設，然於事實上，議會不過僅爲少數的一民族——即在奧國爲德意志民族，在匈國爲麥耶爾民族——維持其專制的勢力的機關罷了。

在巴爾幹半島的諸國裏面，希臘於一八六三年制定新憲法，修改一八四三年的憲法，擴張議會的權限。羅馬尼亞於一八六六年制定二院制的新憲法。塞爾維亞亦於一八六九年設立一院制的議會。於一八七九年，保

加利亞新脫離土耳其的羈絆，得到獨立，亦設一院制的議會。

瑞士雖於一八四八年成爲聯邦組織，然於一八七四年更改定聯邦憲法。

法蘭西於普法之役，大敗於普，拿破侖第三不得已而退位，國民於敵軍包圍之中，先選舉一院制的議會，使之決定講和的條件，及當改造政治組織之任。在此議會中，占多數的爲王黨，再回復包本王朝的君主政體，雖爲大多數所希望，然因爲得君之難，遂不得已而拋棄此種希望，經五年的躊躇，至一八七五年，始議定新憲法，而創設第三共和政府。此憲法有許多點，與前二次共和政府的憲法大不相同。雖在外形上，此憲法亦不是如以前一切憲法一樣，由單個的法典而成，卻是分爲數個法律的。於其外形上，他不是以德國式之一貫的理想爲基礎而作成，卻是從實際的見地，爲妥協的結果。其內容亦並非如前兩次的共和憲法一樣取一院制的議會，而取二院制；大總統不由國民直接選舉，而由議會選舉；又不取三權分立主義，而取責任內閣主義。此憲法中之不基於理想，而成於妥協的結果，這或者是他之所以比前諸憲法爲較能永續的原因。

在英國，此時期中之憲法上的改革之主要的，是一八六七年及一八八四年兩次的選舉法改正。前者把選舉權擴張到職工階級，後者把選舉權擴張到農民。然無論依其中那一種，皆未達到普通選舉。於立憲主義裏面，大陸上後進諸國，於十九世紀的下半期，已大部分取用普通選舉，反之，於世界最古的立憲國的英國，普通選舉反留存着爲二十世紀的問題。英國政治之實際的傾向，於這一點表現出來。

西班牙於一八三四年始制定憲法，自是以來，屢有政治上的動搖，遂以一八六九年的憲法，確立二院制的

議會，下院以普通選舉選出。然西班牙的政治，雖在今日，亦差不多僅有外形，在政府地位的人，隨時皆可利用其權力，在選舉上占勝利。

於此時期之內在東洋方面，日本先成爲立憲國。日本憲法於西曆一八八九年制定。歐美以外，採用代議制的，以日本爲最先。

五 二十世紀立憲政治的趨勢

自入二十世紀以來，迄於今茲，二十年間，爲有史以來所未有之政治上多事的時代。於歐戰勃發之前，從二十世紀初年戰爭相繼而起，或雖不至於戰爭，然歐洲諸國的外交關係，屢屢危機四伏，且革命運動復於諸國頻發，遂生一九一四年乃至一九一八年的世界大戰。此等複雜的政治上外交上經濟上的事情，茲不贅述。現在僅對於此時期立憲政治發達的趨勢，述其最顯著的而止。（關於此項的敘述，請參看小野塚歐洲現代立憲政况一斑，及現代歐洲之憲政。）

第一，顯著的事情，就是於至此時尙堅固的維持專制政治的俄羅斯，土耳其，及中國裏面，革命相繼而起，遂至傾覆專制政治。

就中俄羅斯的革命是最悲慘又最堪注目的。俄羅斯乃是多年最極端的行使專制政治的弊害的國家，政府極端腐敗，人民自由，極端被剝奪。國民的大部分，全無智識，全無政治上的經驗，而於少數的智識階級間，盛唱西洋式民主的思想，於都會地方的工業勞動者及地方之一部的農民間，傳播過激的社會主義及無政府主義。

的思想，革命的機運，久已成熟。而於這種情形之下，革命一起，則必惹起最破壞的最無秩序的混亂狀態，這是可以預先知道的。第一次革命，乘日俄戰爭戰敗之機，於一九〇五年勃發。這場革命的結果，最初似覺略有成效。設置國會，與以立法權及監督行政之權。第一次議會，於一九〇六年五月集會。俄羅斯遂加入立憲國之列。雖然事實上政府的專制權利，毫無損失，第一次的議會急被解散，於一九〇七年三月，召集第三次議會，因為此次議會也多數屬於自由派，故亦被解散，皇帝依其獨裁，以勅令定選舉法，發布新選舉法，使選舉的結果多歸於農村地主階級的勝利。這種制度，大體上繼續到一九一七年。這種雖非真正意義的自由主義的制度，政治上的主要勢力，本來雖在政府的官僚，然議會制度，總已設立，於立法事項，原則上要議會的同意，若照此種制度，平穩的進行，漸次加以改良，則不特俄國之幸，抑亦世界之幸。不幸革命反乎這種希望，於歐洲中俄國政府之無能和不誠實，釀成一九一七年三月的革命。帝政府忽然覆滅，混亂重混亂，革命復革命，遂產生以列寧為主腦的勞農政府，至於實現世界未曾經驗過的共產主義國家的企圖。

這個共產主義的國家，有怎樣的運命，乃是將來的問題，然據今所傳，則其所與於一般國民的結果，甚屬悲酸。產業萎靡，交通破壞，人民離散，食料缺乏，其政治，在形式上雖不是獨裁專制，而實質則為獨裁專制，加以與外國的親交斷絕，陷於完全孤立的狀態，故其維持久遠，到底為不可期待的。

與俄羅斯長久的維持歐洲專制政治的殘墨之土耳其，亦免不了革命的命運。土耳其立憲政體的企圖，已於前世紀嘗試過，於一八七六年，憲法亦經發布，翌年，議會亦經一度開會，然因同年俄土戰爭所起之結果，議會

無期的停止，憲法全成空文，純然專制政治，繼續下去。其積弊之所發，遂於一九〇八年七月，革命突然爆發，國王不得已承認憲法的復活。這樣，土耳其形式上雖為立憲國，然因革命而握政權之共同進步派，其政治上的能力，比不上專制時代的官僚，內憂外患相繼而起，其在歐洲的領土，漸次喪失，歐戰的結果，差不多完全把他驅逐於歐洲之外。

中國立憲政治的運動（請參照吉野作造支那革命小史）因中日之戰所刺激，從前清時代既已盛行。這種運動不獨為智識階級所盛為鼓吹，清政府自身亦認有改革之必要。於一九〇八年，雖定憲法準備清單，約定以九年為期。實施立憲政治，然急於打破積年的弊政之進步主義的人，不以之為滿足，一九一一年革命先起於四川，宣布獨立，其他各省，發布獨立宣言的，相繼而起。清政府無力壓抑，不得已起用已經退隱的袁世凱，使當鎮定革命之任，袁氏遂掌握北京政府的全權。然革命軍之勢益盛，革命方面的各省，互相聯合，樹立共和政府於南京，稱中華民國。一九一二年一月，孫逸仙被選為大總統。中國一時分為南方政府和北方政府。袁氏巧說孫氏，與之妥協，議決廢清朝，建設統一全中國的共和政府。一九一二年二月十二日，清朝的幼帝以上諭宣言退位，袁世凱為大總統，改國號為中華民國，中國的君主政體，於是永久消滅。

然中國共和政體的樹立，不一定含有自由主義的政治的意味。共和政體樹立之後，雖經臨時參議院之議，先制定臨時約法，然袁世凱蔑視之，漸次收專制的權力，於一九一四年五月，修改約法，確立純然的專制政體，遂於一九一五年十二月形式的舉行各省的所謂國體投票，廢共和政體，宣言立憲君主政體，袁世凱遂即帝位。然

於未舉行即位式之先，標榜反對帝政的革命運動，於十二月中，先起於雲南，南方諸省，相繼響應，外國的干涉亦起，袁氏不得已將帝政延期施行，然革命軍之勢，毫不稍衰，再成南北對峙之勢。一九一六年六月，袁世凱忽然病故，副總統黎元洪繼任爲大總統，使以前袁氏所廢棄的舊約法復活，召集一九一四年一月以來被停止的國會，於八月一日開會。然中國政治，依此亦毫未得到安定，於一九一四年六月，有清朝復辟運動，於七月一日雖以宣統之名，宣布立憲君主政體，然此種政體忽然覆滅，黎總統與之共退，馮國璋代之爲大總統。自是以來，至於今日，紛亂相繼，大總統及內閣，屢經變動，南北更不相融和。最近新起一種改中國爲聯邦組織的運動，以聯省自治之名，以進行此計劃。若此運動成功，則中國將來或者稍有希望。

此三國之外，有些國家至少在形式上實行立憲制度，這些國中，羅革命之災的亦復不少。一九〇三年塞爾維亞發生悲慘的革命，國王及王妃同遭殺害，舊王朝回復。於一九〇五年，依和平的革命，挪威和瑞典分離，而成獨立的王國。於一九〇八年，葡萄牙的國王加羅斯一世與其皇太子，共爲刺客所擊斃，於一九一〇年，國內革命爆發，新王瑪諾葉爾第二逃走，首都里斯本爲革命軍所占領，宣布共和政體，於一九一一年開憲法會議，確定王朝的廢立與共和政體的採用，更議決新共和憲法。

然比之這些國家更爲顯著，而對於世界政治有重大影響的，就是因歐戰之結果而起的德國及奧大利的革命。

德國的革命，其主要的遠因，不用思疑，雖爲多年根深蒂固的普魯士官僚及軍閥政治，然其直接的原因，不

用說乃是歐戰的經過。一九一八年十一月，德國戰敗的命運確實，革命先起於基爾，漸次及其他諸市，畢林的首府珉罕於十一月八日，廢立國王，宣布共和，其次於柏林，容納社會民主黨的要求，皇帝於十一月九日自己宣言退位，宰相瑪格斯亦退職，社會民主黨的領袖愛巴德與其他五人共組織國民代表委員會（*Rat der Volksbeauftragten*），以當臨時政府之任。革命幾乎不用流血，於和平中實行，帝政被廢除，二十二聯邦各君主國的王朝，皆或自退位，或被廢立。其後為制定新憲法起見，準備召集國民會議，選舉基於平等、普通（無論男女，在二十歲以上的，皆有選舉權），比例代表的主義，於一九一九年一月施行。於會議中有重要勢力的，多數為社會黨，中央黨及民主黨。會議於二月在韋瑪開會，先選愛巴德為正式大總統，其次，於是年七月三十一日議決新憲法，於八月十三日公布。德國新憲法，以純粹民主主義為基礎，混合直接民政的分子在內，尤其是顯著的帶社會主義的色彩，於這一點，與從來諸國的憲法不同，其於取聯邦制一點，雖與以前相同，然比之從前混合許多統一的傾向在內。於新憲法裏面，又規定聯邦各州必要為民主國。

奧大利之哈布斯般王朝亦與浩享梭倫王朝同其運命，於一九一八年十一月十二日，宣布共和，雖於一九一九年二月組織國民憲法會議，然奧大利之國步的艱難，遠超德國，憲法的審議，亦趨起不進，及一九二〇年十一月一日，新憲法始行發布。依此憲法，奧大利成為聯邦的共和國，於其他諸點，亦多模倣德國新憲法。

匈牙利於一九一八年十一月十六日與奧大利分離，宣布為獨立的共和國，於次年三月，一時落於勞農政府之手。是年九月，勞農政府傾倒，再樹立國民的政府。於一九二〇年三月，更宣布王政，國家尚在紛擾混亂之中，

似不能容易得到安定。

歐戰的結果，又發生許多新興的國家。如捷克斯拉夫，芬蘭，波蘭等是。而此等國家皆取純粹民主共和制度。其他諸國於此時期內，其憲法上發生重大變化的亦甚多。如英國貴族院改革問題，及一九一一年之國會法，婦女參政權問題，愛爾蘭自治問題，內閣制度的變遷，及自治殖民地與本國的關係，法國政教分離的問題，雖皆對於憲政上有重大的影響，然這些問題不能一一於此處討論。唯所有各國於此時期內之顯著的憲法上的變化，可以說是：一般國民之政治上的權利，益加增進，對於選舉權，一切國家不獨幾乎都採用普通選舉制；而女子參政之承認，亦為一般的趨勢；對於選舉，普通多用比例代表主義；社會黨及勞動黨，為政界之重要的勢力，又除了少數的極端的一派之外，其主張都是穩健着實的。

第二節 立憲政體的基本思潮——(一)國民的自治

立憲政治的基本思潮，可分為二。一為國民的自治的精神；一為自由及平等的理想。此兩種主義，從立憲政治的發達之初以迄於今日，雖長相一貫而為其根柢，然至於實現他的程度和方法，則因國家的不同而大有差別。又從十九世紀末期以至二十世紀，其思想上發生顯著的變遷，今尙在變化的途中，本節先討論第一點。

所謂開明的專制政治之特色，可以用 *Alles für das Volk, durch durch das Volk* (一切事情皆為國民而行，而非依國民而行) 一語表之；反之，立憲政體的主眼，不單在於為國民而行的政治，而在於國民自己參與國家的政治，國政從國民的意思而行，這種思想首先依自然法學者成為國民主權說，把此說照樣實

現的，乃是近代的民主國。於君主國中，本來雖不一定以國民主權說為根據，然尙至少使國民參與國政。國民參與國政的方法有種種：第一，有國民的議會制度；第二，有國民的政府制度。此外因國家之不同，尙有國民自己直接決定重大的國事之直接民政的制度。對於此等諸點，分項說明如左：

一 國民主權說

近世國民主權 (*la souveraineté nationale, sovereignty of the people, Volkssouveränität*) 說於國家契約說中有其根據，就中對於近世有最大影響的，乃是盧梭的思想。盧梭與浩布思、烏爾夫、普芬多夫等契約說的學者相反。他們承認服從契約的思想，以國民相約服從於國王之下，而承認國王的權利；盧梭則全然否認國王的權力，以為主權必不可不存於國民的全體。依他的學說，國家契約必須依國民一致的意思。為甚麼呢？因為無論何人必沒有反乎自己的意思，而失其天然自由的道理。既然依其一致的意思，則其條件必然對於一切須要平等，無論何人都不應有可以壓服他人的權力。因之，主權必屬於全國民；組織全體之各個人的總意 (*Volonté générale*) 必須為構成主權的東西；因為主權為國民的總意，故決不能讓與的。唯此種總意，不一定要為全國的一致的意思，國民多數的意思就夠了。

這種國民主權的思想特別在十八世紀的時候，對於政治上，有最大的影響。美國十三州的獨立宣言中說：『一切人類，皆為平等，生命自由及幸福的追求，為不可讓與的權利，政府是為確保此等權利而設的，其正當的權力，唯基於被治者的同意而生。』法國的人權宣言中說：『一切主權的本體，必然屬於國民，無論如何的團體，

如何的個人，對於非明白由國民而出的力，則不能實行之」（第三條）這卻是明言此種思想的。

然國家契約說對於說明國家的起源和國家存立的根據，完全錯誤，此事在今日老早已爲一般人所不能爭辯的了。雖然，在今日尙往往有基於別的理由，以主持國民主權說的，例如葉思曼（比較及法國憲法二三三頁以下）以兩種理由爲其根據。（一）一切統治權，必須爲全國民的利益而行使。（二）統治權必然僅依國民對之心悅誠服，才能維持。統治權既然爲全國民的利益而行使，既然基於國民的意思而存在，則統治權的主體，必不可不爲國民自身。

國民主權說之根本的謬誤在於：以國家僅爲國民各個人的集合而觀察，而不明白的認識國家自身爲有目的之永續的團體。國家爲國民的團體，因而國家一切的統治權，必須爲國民的利益而行使；又統治權於國民的心理中有其存立的根據，此雖爲真理，然此種情形之所謂國民，非謂現在生存之各個人的集合。現在生存的國民，只不過爲那從過去，以互於將來長久繼續的單一團體的國家之現在的構成員而已。統治權決非僅爲現在的構成員之利益而行使的；又非僅於現在的構成員的心理中，有其根據。現在的國家，乃是過去幾代的思考與活動的結果，又爲發生將來幾代的前提，非單爲現代的國民各個人的集合體。約言之，國家爲有永續的存在之一團體，其自身爲目的之主體，因而統治權必然屬於那爲團體之國家。於此團體的內部，什麼機關應居國家活動之主要的地位，這是國家政體的問題，依各國的歷史，國民的性情和社會的事情而定，決非與國家相伴之必然的性質。可以謂爲與國家相伴之必然的性質者，僅有國家自身爲統治權的主體一事，其活動所從發出之

主腦，在於君主及君主的官僚也好，或在於國民的合議也好，然此非從國家的性質所當然發生的事情。因此之故，國民主權說若解為國民為統治權之主體的意味，則不獨與以君主為統治權之主體，陷於同樣的謬誤，而且雖把此說解作國民為國家活動力的主腦，為國家活動力的源泉，亦不能適用於一切的國家。

〔註〕 主張國民主權說的人，雖對於君主政體，亦謂君主依國民的委任用國民之名而行使主權。尤其是十八世紀以前之自然法學者，多把主權的體和用 (*Maiestas reális et personalis, la propriété et l'exercice de la souveraineté*) 區別起來，以為主權的實體屬於國民，其行使屬於君主，依此把國民主權說與君主政體相調和。一七九一年的法國憲法，一面維持世襲的王政，而一面尙宣言國民主權主義，其第二章第二條說：『一切的權利，由國民發出，除了依國民的委任之外不能行使其權力。法國憲法為代表的代表者，乃是立法院及國王。』一八三一年的比利時憲法，亦一面有世襲的國王，而一面於第二十五條裏說：『一切權力，由國民發出，其行使，依此憲法之所規定。』法國第一及第二帝政政府，於名義上亦認為皇帝基於國民的委任而行使職權，就是基於這種思想。然非由國民所選舉，而卻依世襲的權利，在君主之位的人，被看作從國民所委任，這是沒有事實的根據之架空的擬制。

因此之故，國民主權說雖可作為使立憲制度普及於世界的原動力之一，然他不是可以維持的學說。現代立憲制度的根柢不是國民主權說，而是國民的自治精神。統治權用君主之名行使也好，或用國民之名行使也好，無論如何總得要求他順從國民一般的意見而決定，這是立憲制度的本質。

二 代議制度

實行國民自治精神之最普遍的方法，不用說就是代議制。即以那從國民中選出來而定期改選的議會，爲國民的代表，使他爲發表民意的機關，這個實爲近代立憲制度的中心思想，代議制度 (Parliamentarism) 屢與立憲制度 (Constitutionalism) 用於同一的意義，就是爲此之故。

欲依代議制度以實現國民自治的精神，有兩個條件是必要的。第一，使議會有一種組織，在事實上能盡量代表民意；第二，使議會有決定國家政策的實權。一爲組織的問題；一爲權能的問題。

第一，欲使議會能盡量收國民的代表機關之效，不用說必須使國會由國民中選出；而且，其選舉須不爲不正的勢力所左右，惟隨國民的良心以行之；其從事選舉者對於國事有相當的理解力與見識；且其選舉的結果，必須公平的反映社會上各種勢力。議會組織，怎樣而後可以滿足此等條件，乃是極困難的問題，到現在仍未能完全解決。

在爲世界最古的立憲國的英國裏面，議會從始爲二院制度，其中一院，依中世紀以來的舊習慣，至今尙爲貴族及高僧所組成，而非民選的。於這一點，英國的貴族院離真能收國民代表機關之效頗遠，英國從來常以衆議院爲議會的重心，貴族院不過僅於異常的時候，有制抑衆議院的任務，依一九一一年的國會法，法律上限制貴族院的權限，大多出於這種理由。其他諸國之採用議會的二院制的，雖大多數模倣英國，然其兩院多直接或間接從國民中選出。僅有少數的國家，其一院雖不是出於民選，然亦沒有一國全然依英國的模範的。設立不依

民選主義的議院，雖似乎不適於國民代表的意趣，然依國民的選舉，亦不能完全收國民代表之效，設立其他一院，其組織與他全然不同，使之相俟以行使其權能，反能於實際上適當的代表國民中各種勢力亦未可知。不依民選的議院，僅於這一點上，有其存在的理由。

無論在那一國裏面，議會中至少有一院是由國民公選的。然怎樣能使其選舉真能副國民代表之實呢？對於這個問題，不一定能以求出一種通於一切國家的解答。現在多數國家都採平等普通選舉主義，在最近的時，與女子以選舉權的趨勢，漸次及於諸國。然平等普通選舉，不側重社會上各種勢力單位，專以各個人為單位，又蔑視各個人之社會上一切的不平等，而欲與以平等的權利，於這一點上，含有理論上的謬誤，因之，難期他為完全的國民代表機關。國民決不是為獨立的個體而生存之各個人的機械的集合，而是經濟上，社會上，政治上利害不同思想不同之種種階級，集團，及其他勢力單位的集合。各個人除了為獨立的個體而生存之外，又為此等階級集團之一員而生存，欲得真正意義之國民代表，必不可不顧慮此等勢力單位；平等普通選舉，完全不顧慮這一點，這是一種大缺陷，現在通行的可以補救此種缺陷的方法為比例代表法。比例代表法與普通選舉相聯合，於最近的時候漸次及於各國，大多是基於這種思想。

關於議會的組織，可為其主要的要素之政治上的勢力單位，特別為政黨。因為於民衆的政治裏面，僅依集團的勢力，才能在政治上佔重要，故政黨組織為民衆政治之必然的條件，因而國民的選舉，多為政黨的選舉，國民的代表為政黨的代表。比例代表法側重這種事實，以政黨為選舉的單位，欲使各政黨按其勢力的比例以出

代表於這一點，有補充普通選舉的缺陷的長處。

第二關於議會的權能，從憲法之表面的規定說來，大多數的立憲國，大體上頗相類似。其被認為最主要的權能，就是立法權及議定預算權。（關於立法權雖有經議會議決直接成爲法律及經議會議決之外，尙要經君主裁可，依其裁可始成爲法律的差異，然這種在事實上並非重要的差異。）此外尙有質問政府及批評政府政策的權能。於這幾點上各國雖略同其軌，然其實際的勢力怎樣，則各國大有差異。

各國議會之差異大多依其有無左右內閣大臣之進退的實權而分。議會之憲法上的權能，雖以立法及豫算爲主，然從十九世紀下半期以後，關於國家任務的思想之變化，與國家應辦的事業，益增其範圍與複雜，而對於充當此複雜的任務，必須專門的智識和經驗，議會不過爲許多平凡的人所集合之合議體，到底不能充分的審查之，判斷之；立法及豫算形式上雖經議會的議決，然其實多是依政府而立案的，議會祇不過形式的與以承認罷了，因而政治上主要的勢力由議會移於政府，爲各國共通的趨勢。此種趨勢，不獨於議會從始就沒有勢力的國家爲然，即像英國於十九世紀中葉以議會中心主義爲政治組織的本體的國家，亦從十九世紀末葉起，政治的重心不在議會而在內閣，成爲不可掩的趨勢。

因此之故，在今日的實際上，議會之主要的權能，與其謂在於立法及豫算的議決，無寧謂在於其批評的任務，尤其是代表國民對於政府表示信任或不信任的意思，爲其最重要的存在的理由。現實的掌握國家的政權，決定國政的方針的，雖則不是議會而是內閣，然內閣基於議會的信任而就職，若失其信任，則必須去職，議會有

左右內閣之進退的實權，爲多數立憲國的議會之主要的權能。

依議會之有無這種實權，而生議院內閣及官僚內閣之別。議會若沒有這種權能，則議會不能不謂之缺乏爲國民自治機關的效果了。歐戰前德意志帝國及其國內各州，奧大利，匈牙利，西班牙，巴爾幹諸國及俄羅斯等諸國，形式上雖爲立憲國，然有實質上有能否稱爲立憲國之疑，都是爲此之故。

三 對於代議制度的非難

代議制度，如上所述，雖爲國民的自治之最主要的機關，爲立憲政體的中心點，然此制在性質上含有不可蔽的弱點。於一方，由十九世紀中葉至二十世紀，立憲政體，益加普及於世界，差不多成爲世界各文明國的共通制度，同時，於一方，對於此制的非難，各方面蓬起，尤其是從十九世紀末葉起，反對的趨勢在各國皆漸次益加顯著。

其反動特別在兩方面爲最著。一爲反動的保守思想，多爲舊時代獨占政治上的勢力的階級及其黨與所唱道。他們從始對於民衆政治，沒有同情，隨着民衆的政治上的勢力益加增大，其反感益甚，不見議會制度之所長，而單張大其弱點，以爲政黨及政治家，僅爲私利及黨利而活動，不顧國家之禍福，國家僅爲黨爭的犧牲。加之於君主國裏面，或從君權主義的主張以反對代議制度的也有。尤其是議院內閣制使君主政體的基礎動搖之說，在君主政體時代，爲許多德國學者所主張。他們以立憲政治與議院政治爲完全異其觀念的東西，既然採用議院內閣制，則老早已非立憲政治，與君主政體完全不能兩立（試於最近的著作中舉其一例：Hasbuck, Die

parlamentarische Kabinetsregierung, 1919) 於日本亦往往聽見同樣之說。此等君權主張，其實不外爲官僚政治的主張，與舊勢力階級的反動思想，全同其傾向。爲甚麼呢？因爲君主的權力，事實上常依官僚的輔助而行，使君權的增加，即不外爲官僚勢力的增加。

其他一方面，與他立於正相反對的極端者，可以稱之爲革命思想。此說多爲極端社會主義者所主張，以爲現在的議會制度，選舉權雖無論怎樣擴張，然結局祇不過爲資本階級的代表，因而反對議會制度。即使形式的依着普通選舉，然在現在資本主義的社會裏面，選舉亦必然受資本主義所支配，議會祇不過爲擁護資本主義的機關，因而改造社會的企圖，不能依議會而實現，對於議會全然絕望，而訴之於所謂直接行動，以達其願望。否認議會的思想，初時雖特別依馬克思派的階級鬥爭說而養成，然即在信奉馬克思主義的人們中，其在政界得到勢力的，多漸次變爲溫和，自願加入議會，欲依議會以圖社會的改造，最近在西歐許多國家裏面，占有確實的地位。否認議會說，僅由其最極端的人，才能維持，尤其是法國及意大利之工團主義派，爲其代表。雖於工團主義的勢力不及的國家裏面，亦依大規模的同盟罷工，不特與資本家對抗，且又使全社會困苦，尤其是斷絕一般人民的日常需要品——如石炭——的供給，又杜絕鐵路及其他交通設備，不依議論而依實力，以達其政治上的目的，這種傾向，益加顯著。不獨經濟上的主張是如此，歐戰前的英國婦女參政運動，及從歐戰前起始，經戰時至戰後而仍繼續的愛爾蘭新芬黨之獨立運動，雖爲關於純粹的政治問題，然全然蔑視國法，訴諸於暴力，欲貫徹其主張者仍頻頻而起。而其傾向，在議會制度比較的最發達的國家，更爲顯著。

然雖在不屬於這兩種極端的思想之一般的人民間，對於代議制度的不滿之感，亦到處都頗顯著。此種感想，於十九世紀中葉以前，差不多是不能出現的。此時於可稱爲英國的代表的著作彌兒的代議制度（Representative Government, 1859）及白芝浩的英國憲法（English Constitution, 1868）兩書裏面，皆以英國式的代議制度，爲政治之理想的組織，人類所能想到之最完全的政治組織，除此之外，就不能希望別的方法了。（唯彌兒以爲選舉的方法，對於得到適當的代表一層，頗不完全，他贊成喀阿（Quare）式的比例代表法。至於白芝浩，則無條件的以英國的制度爲完全而讚美之。）於這個時候，起於大陸諸國之政治上的改革運動，恰如日本明治十年的民權自由主義的運動一樣，以代議制度爲可以增進人民的自由，確保人民的權利之理想的制度。然於近十九世紀末葉的時候起，人民對於代議制度的感想，發生顯著的變化。這種變化有種種的理由。

第一，國家任務的範圍非常之廣，議會的事務也就跟着他變爲非常複雜，議會對於立法，對有豫算，老早已設有適當的盡其任務的能力了。每年提出於議會的法律案之數，大爲增加，議會到底不能一一慎重的審議之，有許多不過祇照政府提案的原案可決的，對於財政之有效的監督，亦到底不能依議會而收其實效。

第二，隨着政黨組織而來的弊害，漸漸顯著。英國式的代議制度，從始就以二大政黨對立爲基調而起的。直至十九世紀下半年期，此基調雖沒有失去，然八十年以來，關於愛爾蘭自治問題，而愛爾蘭民族黨發生，入二十世紀，而獨立勞動黨發生，在議會中占有勢力，此時老早已不能維持舊時期的純然兩大政黨主義了。於大陸諸國，有許多從始即有許多小黨分立。於有多數小黨分立，而其中沒有一黨有控制議會多數的能力的國家裏面，不

外由兩個以上的政黨聯合而維持政權，而於混合內閣裏面，保持相互間的調和，頗屬困難，內閣基礎不免甚為薄弱。

政黨政治不獨有這樣的根本的弱點，而政黨內部的組織，與代議制度之本旨不相容的分子，亦復不少。第一，隨着政黨間競爭激烈的時候，以黨議束縛議員，也就非常嚴重。議員或從政黨的本部受選舉運動費的供給，即不然亦要政黨的援助，若不受政黨的援助，就差不多沒有當選的希望，所以不得已反乎自己的本意以服從黨議，其結果，議員的獨立失掉，議員的議決，不依議會之公開的議論而定，必依秘密的黨議而定，議員之各自的意思更不足為重了。第二，政黨必要莫大的資金，而此資金多賴資本家供給，故資本家於政黨之上，有重大的勢力，政黨一握政權，則政權為資本家不正的利用，這種傾向，亦屬不少。不特如此，各國政黨，欲得資金起見，從始就以不正當的手段，與資本家相結託的，亦不乏其例，而政黨的會計，完全秘密，故沒有從外部監視之的方法，這層亦為世人對於政黨更增加疑惑的原因。第三，隨着政黨的分立，各政黨為擴張黨勢起見，用盡所有的手段，不是從公平無私的見地以討論國事，却大抵僅從對於本黨是否有利之點以討論之。政府黨自然利用政權以擴張勢力，反對黨僅為反對而反對，或時故意以妨害議事的手段，以紊亂議會的秩序，使議會單成為騷擾之府，亦所不恤。

政黨政治之此等弱點，為使世人對於代議制度感覺不滿足的原因。其結果，於立憲制度初期，當然屬於議會之權能的，至此時期，在各國或在法律上移於其他機關的也有，或於法律上雖沒有改正，然事實上的勢力，離

議會而歸於其他機關的，亦復不少。

在法律上限制議會的權能，把他移於其他機關的，特別以美國諸州爲最著。對於議會制度表現不滿的國民感情最先表現的，乃是美國；美國各州的憲法，起初雖沒有例外，都採議會中心主義，使議會有國家之至上的權力，然迄於今日之憲法上的變化，漸次傾向於限制議會的權能。議會雖更於其所應有的權能內，以一部分歸於政府，然比之這事更爲顯著的就是：瑞士式的直接民主主義，由十九世紀末葉起，已爲許多州所採用。對於憲法的修改付國民投票的制度，在美國諸州裏面，頗早已被承認了。（因此，於美國諸州內，事實上應該屬於普通立法的事項，亦規定於憲法中，隨而僅以議會的議決不能變更，這樣的傾向，於十九世紀中，非常顯著；其結果，各州的憲法，比之憲法之最初的規定，皆非常之長。）從十九世紀末起，對於一般的立法，亦依國民的投票而決定的制度，漸漸擴張起來。

於美國諸洲之外，尙有在法律上限制議會的權能的。於最近稍表現其傾向者，乃是於議會之外另設「產業會議」，以爲協商和議決經濟上的問題之機關之制度。德國新憲法規定：於議會之外，設一種以勞動者及資本家的代表所組成的中央經濟會議，關於重要的社會問題及經濟問題的法律案，政府於提出議會之前，先交此會議討論，此會議又有自行提出法律案的權利（一六五條）。在英國，這樣的產業會議，亦既經着手試驗。

然比之此等法律上的限制更爲顯著的就是：議會的勢力，於事實上退減，漸移於其他機關。其程度雖依國而大有不同，然於某程度內，差不多可以謂之各國共通的現象。其勢力所歸屬的地方，第一，爲政府及政府的官

僚。在議會政治從始就不能有充分的根據之德意志帝國及德意志諸州裏面，從立憲制度之最初的時期起，至革命時止，官僚的勢力，始終有壓倒議會之力；法國自拿破崙以來，政體雖經數次的變遷，然官僚的勢力，牢不可破；在議會制度最能發達的英國裏面，從十九世紀將終的時候起，政府應為的事情，於質的方面和量的方面，皆膨脹起來，其程度為前時期所不能比較，官僚的勢力，以急激之勢突進。第二，為國民。雖於法律上不承認直接民政的制度的國家裏面，亦不依議會而依國民的輿論，依其示威運動，和依現於總選舉或補選舉的結果之國民多數的意向，直接的左右國家之政治，這種傾向，漸漸顯著起來。第三，為新聞紙。新聞紙廣為通行於國民之一切階級中，沒有新聞紙，差不多好像缺乏日常生活的要素似的，新聞紙之政治上及社會上的勢力，極為偉大，國民的輿論，差不多依新聞紙而製造。

此等一切的事情，搖動代議制度的基礎，二十世紀的立憲政體，可以謂為彷徨於不安的狀態之中。

四 代議制度之政治的價值

代議制度，有以上的弱點，雖不能不承認，然有甚麼適當的制度可以代替他呢？若說起這一層，則只可以說，迄於今日，出現於世界的諸制度，無一適當的。回復純粹官僚政治的舊態，為今日國民自治的趨勢所不容，固不待言；採用依國民投票制的直接民主主義，只不過使民衆政治的弱點，更趨於極端罷了；若議會對於立法的任務為不適當的機關，則一般民衆，更不適於這種任務，自不待說。至於所謂直接行動，蔑視國法，破壞國家的秩序，差不多與否認國家本身相等，此種行為，固不應承認。

代議制度，雖有這種弱點，然尚為國民的自治機關，尚可以看為比較的最健全的制度，其將來的趨勢，不在於打破他，而必須向改善他那一方面做去。其改善的方針最應考慮類的是：特別使民選議院的選舉，可以極端公平的代表社會上各種勢力；（尤其是比例代表法的採用，在今日已成爲一般的趨勢。）改善第二院的組織，使之能適當的補救民選議院的缺點；（尤其是在承認貴族院制的國家裏面，其組織的改善，爲將來的重大問題之一。）使政黨的會計收支公布出來，置於一般的監督之下，以免除爲資本家及其他不正的勢力所左右之弊。此外，已有一兩國，顯示出這種端緒，設立產業會議制，對於經濟問題，使之爲評議的機關，這或者是補救議會之缺點之有力的手段。

代議制度之政治上主要的價值，不在於其立法權和豫算權，而第一在於爲組織政府的原動力。爲國政的中樞，荷國家的重寄，決定政治的方策者，其性質上必不可不爲少數者。如議會之多數者的集合，決非當此任務的適當機關。尤其是隨着國家的任務，益加複雜和重要的時候，政治的重心離開議會而歸於政府，可以說是當然的趨勢。然若如舊時的官僚政治一樣，政府獨握全權，沒有可以監督他抑制他的機關，則國民無論對於怎樣的壓制，亦唯有不得已盲目的服從而已。依十八世紀末年以後的自由主義運動所贏得之國民的解放，不免再遭喪失了，議會實爲代國民當監視政府之任的。沒有控制議會的多數的能力的人，不能組閣，依此，內閣直接以議會的信賴，間接以國民的信賴爲基礎而成立的，議會爲內閣的原動力。國民本來對於複雜的立法問題，政治問題，雖不能自己有適當的判斷之的能力，然至少於大體的傾向上，有能力判斷那個政黨最足信賴，堪爲自己

的代表，其判斷的結果，依定期或臨時舉行之總選舉表示出來，由是國會雖不能正確的代表國民的意見，然於大體上可以表示國民的多數對於那一個政黨比較最多信賴。其結果，議會的多數黨組織內閣，即內閣基於國民多數的信賴而組成的。現在立憲國的議會之最重要的任務，即在這一點。代議制度之政治的價值，亦須於這一點求之。

代議制度之政治的價值，第二在於：打破政治的祕密主義，把他移於公開的論壇，因而喚起國民的注意，爲刺激輿論之重要的原動力。於官僚政治時代，國政多於祕密中決定，國民完全不能知道，然祕密往往爲發生腐敗的原因。代議制度於打破此弊這點上，有重要的效果。議會的豫算議定權，對於財政的監督上，其效果雖不免甚爲薄弱，然對於政府之各種設施，公然議論和批評，於這一點，有重大的效果；尤其是議會的質問權，以公衆的權威，可以要求政府的答辯，爲唯一的手段，因之對於使政府自覺其施政的責任這一點上，有重大的效力。代議制度，無論有怎樣的缺點，然把他和無責任的專制官僚政治比較起來，則僅於這點上，已經有充分的存在的理由了。

最後，代議制度之最大的政治的價值是：現時失掉政權的政黨，若他日能得議會的大多數，則有掌握政權的希望，因而對於防止訴諸於暴力以求達到目的之革命運動，大有功效。然議會制度之這種效果，以國民全體爲同一民族，感情一致，民族的，宗教的，及階級的不睦和敵視不很利害爲要件；若反之，國民之間，有種族的差異，有宗教上的反對，又階級之間，甚相軋轢，而其一方常在被壓服的地位，到底沒有掌握政權的希望，在這個時候，

不能期待完全得到這種效果。歐戰前奧匈同君國之不絕的擾亂，英國中之愛爾蘭獨立運動等，皆由民族間不睦而來的，最近各國的大同盟罷工，同盟怠工（sabotage）等運動，以依階級鬭爭的宣傳所養成之階級的不睦爲其原因。然於此等之外，在十九世紀前半期，歐洲諸國屢屢發生革命運動，反之，於後半期除了因特別的原因而起的之外，革命運動，差不多絕跡。在日本，從明治七八年起，經過十年，以西南戰爭爲始，運動的暴動，甚爲頻繁，反之，於憲政實施之後，這樣的暴動差不多完全不起，這或者大抵可以歸功於代議制度的效果。

五 國民的政府

國民的自治精神，不單爲代議制度，對於政府的組織，亦要求基於國民的意向而作成。尤其是在政治的重心與其謂屬於議會無寧謂在於政府之近時的狀態之下，國民的政府的組織，更爲重要的問題。

國民的政府的組織，或直接從國民中選出擔負國政之一切責任的人，作爲政府的主腦。此種制度，特別於美國通行，美國大總統自當國政的責任之衝，恰如他國的內閣總理所處的地位，而大總統是正式由國民選出以居其位的，在任期內，無論議會信任與不信任，都能保持其地位。國民自行選舉政府的主腦，此事於形式上雖有最能明瞭的表白國民的意思的長處，然於一方面，因爲選舉運動之故，數月之間，使舉國陷於政爭的狀態，因之不特發生國務停滯的缺點，而且此種制度以三權分立主義爲前提，而這種意義的三權分立主義，如後所述，是到底不適於實行的。

國民直接選舉政府的制度，於瑞士大多多的州裏實行。而此制並非像美國一樣單選舉一個主腦，而是選舉

合議體的政府之全體人員。

於多數國家裏面，國民的政府的要求，依議院內閣制而滿足。議院內閣制是內閣依議會的多數（或有控制多數的力之兩個以上的政黨聯合）而組織，多數黨（或聯合諸黨派中之任一黨）的首領，同時為內閣的主腦，而內閣連帶對於議會負責，若失議會的信任，則當然退職。英國的議院內閣制的發達，前節已經說過，此外議院內閣制在法國，於一八一四年以後之路易十八的王政復古時代見其端倪，於一八三〇年以後之七月王政時代，成為確定的形體。比利時亦於一八三一年的獨立憲法以來，常採此制，意大利荷蘭等諸王國，亦是一樣。然此等諸國的議院內閣制，僅為政治上的習慣而發達，並非定為法律上的制度，這祇不過為一種所謂習俗的規律，並非真憲法，因而時常發生多少的變化。反之，至於革命後的德國新憲法，把議院內閣制認為憲法上的制度，於憲法內不特規定政府要得議會的信任，若議會通過不信任案時，必須辭職（第五十四條），而且對於聯邦各州的政府，亦規定同樣的條件（第十七條）。

六 直接民主主義

國民的自治精神的表現，不獨在於代議制度及國民的政府的制度，因國之不同，除選舉之外尚有認國民對於種種事項，有直接決定或參與重大的國事之權利的。

可以稱為直接民主主義的祖國者，為瑞士。此種制度從十九世紀末亘於二十世紀，傳播於美國多數的州內，於最近時候，為革命後的法國及德國諸州的新憲法，與大憲法等所採用（關於直接民主主義，請參照森

口民主政治論第二章。

此等諸國的直接民主主義的制度，除瑞士六州的國民總會制之外，皆依國民投票行之。

國民投票制 (Plébiscite, Referendum, Volksabstimmung) 起初是對於憲法的制定及修正而起的。基於國家契約說，憲法乃契約的約款，故必須基於全國民的意思而定，國民投票制是以這種思想為基礎的。法國革命當初之一七九一年的憲法，雖未交國民表決而決定，然一七九二年九月二十一日之議會，滿場一致議決，謂未經國民同意的憲法，不能有效，即基於這種意趣。一七九三年的憲法，共和三年（一七九五年）的憲法，共和八年（一八〇〇年）的憲法，皆經國民表決，得多數而決定的。拿破崙於共和十年成為終身督政官，又於十二年成為世襲的皇帝時，皆依國民表決，但於此時，不是把憲法的全部付投票，而僅把拿破崙可否為終身督政官，可否為世襲的皇帝這一點付投票。一八一四年的王政憲法，完全以不同的思想為基礎，故自然不交人民投票，一八三〇年的七月王政憲法，亦是一樣。依一八四八年二月革命後之憲法會議所決定之第二共和政府的憲法，於議員中雖有建議將他付人民表決的，然為極少數。然於一八五一年之政變 (Coup d'état) 後，路易拿破崙做共和十年及十二年的先例，於一八五一年，依國民表決，把制定憲法之權委任於自己，於一八五二年，又依國民表決，而為世襲的皇帝。由羅馬傳來之 Plébiscite 的名稱，從此時起始為人採用。反之，當制定一八七五年現行共和政府的憲法的時候，付國民投票，完全不成問題。關於普通的法律，付國民投票，此事在法國雖未嘗實行，然於一七九三年的憲法裏面，把法律和命令分開，命令僅以立法院的決議而確定，然對於法律，與人民以抗

議 (reclamation) 之權，從其公布之日起，四十日以內，於過半的縣裏，選民十分之一否定他的時候，則抗議成立，更要把法律交國民表決；於抗議不成立的時候，則照法律的原樣確定。然一七九三年的立法，完全不見實行而歸於消滅，實際上，法國對於立法未嘗舉行國民投票。

在美國，於諸州初離英國獨立，各定憲法的時候，祇有麻薩朱色（一七八〇年）及紐亨波沙（一七八四年）兩州依國民投票以決定憲法，其他各州，都不做他。入十九世紀後，密西西比及密梭里二州於加入合衆國的時候，依國民投票以決定其憲法（一八二〇年）；其次，紐約於修改憲法的時候（一八二一年）採用同樣的方法；自是以來，此方法漸次推行至其他諸州，對於憲法的制定及修改，必須得國民的同意，成爲一般所承認的原則。美國各州中，不獨對於憲法，即對於普通的立法，亦規定關於特定重要的事項（如首都的位置，州債募集，發行銀行的特許等）交國民投票，像這樣的州，於十九世紀前半期，業已不少了。

然可稱爲國民投票之真的發祥地者爲瑞士。於瑞士首先實行國民投票的爲一八〇二年的聯合憲法，此憲法受法國的思想所影響。各州之採用此制，遠後於他，採用之者以一八三〇年，一八三一年的仙加爾，一八三二年的巴薩爾市爲最早，漸次及於各州。國民投票之通行於瑞士，雖後於法國，然其制度不單對於憲法，對於一般立法亦常實行，使之恰如本國特有的制度而發展的國家，實爲瑞士。Referendum 的名稱，亦起於瑞士 (Referendum 的名稱，是從十六世紀傳來的，其起源在於十五六世紀時諸州的舊習慣。是時州的自身爲小聯邦的組織，例如威里斯是從十二村 (Zehnten) 所組成，此等的村，各自獨立，州的總會，沒有完全的立法權，村

中所出的代表，對於州議會議決的事情，更歸村報告（ad referendum），各村對於承認與否，行一種表決。Referendum之名，是由這種報告而起的。對於瑞士此等沿革，Curti, Geschichte der schweizerischen Volksgesetzgebung 2te Aufl. 一書，可認為有權威之作。）從一八四八年至一八七〇年之間，除佛里堡之外，其餘各州皆有國民投票制，聯邦憲法，亦於一八七四年以來，採用這種制度。

更依瑞士的影響，由十九世紀之末起，美國諸州採用此制者，非常之廣（但合衆國憲法，完全不採此制。）歐戰後，更及於歐洲大陸的新興諸國，這層前面已經講過。於一九一九年對德和約中，關於依國民投票的結果以決定領土的所屬者，亦屬不少。

國民投票方法，可以分爲左列各種形式：

(一)國民抗議 (Popular veto, Referendum veto) 法律公布之後，於憲法規定的期限內，若有足法定數的人民，表示反對這種法律的意思時，則必須將這種法律，交一般國民投票，若選民有過半數反對之，則此種法律，當然失其效力。此制於一八三〇年至三一年，最初爲仙加爾市所採用，現在瑞士各州因爲皆採用國民表決制，故國民抗議制差不多完全消滅了。於美國諸州裏面，除了議會所議決的法律，尤其是作爲緊急法律而議決的時候之外，其施行日期爲八十日或九十日之後。於其期限內，容許以若干國民的連署提起抗議，（這是後面所述的任意的國民表決）若於作爲緊急法律議決的時候，雖立即施行，然即在這種時候，若抗議成立，則交國民投票，可以廢止之，像這樣的州爲數頗多（後的情形，乃所謂真的抗議。）

(1) 國民表決 (Referendum, plebiscite, Volksentscheidung) 與國民抗議不同。關於憲法及普通法律，不僅以議會的議決而確定，更把他交有選舉權的全國民投票，依之爲最後的決定，這種制度，謂之國民表決制。國民抗議，乃是對於已成爲法律的東西，由國民表示反對的意思，使之失其效力，反之，在國民表決制，法律未曾成立，依國民的投票，始發生效力。國民表決，若從其所表決的事情來說，可以分爲『憲法的國民表決』與『立法的國民表決』。其制度首先對於憲法而起，在今日，廣及於立法，這層上面已經說過。關於財政上的行爲，特別於此兩種之外稱爲『財政的國民表決』。於瑞士其他諸州裏面，關於州與州的條約，及行政上的命令，亦有交國民表決的。在新德意志諸州裏面，於這幾種之外，對於應否解散國會，亦交國民表決（如普魯士憲法第六條第十四條）。從其付表決的方法說來，可分爲『必要的國民表決』 (obligatory referendum) 與『任意的國民表決』 (optional referendum)，前者對於一定事項，必要交國民表決，若不得多數的贊成，則不發生效力。對於憲法，這雖是各國普通的制度，然對於一般的立法，僅有瑞士一部分的州行之。在對於立法採用此制的州裏面，每年一次或數次，把州議會所議決的法律案，於各村市中，依無記名投票法交國民投票，國民對之表示可決或否決。任意的國民表決，乃僅當特定的機關有要求的時候，才交國民表決。行於瑞士諸州的，稍與國民抗議制相類似，即法律案在議會中決定的時候，先行公布，在法定的期間內，有足法定人數的人民請求將他交國民表決時，則付國民表決，若沒有這種請求，則經過法定的期間後，遂生法律的效力。美國諸州，依議會之任意的議決，無論那種法律，都可以交國民表決。德國新憲法規定，若有議會三分一的議員請求，則法律的公布，延期兩個

月，於此期間內，有選民二十分之一的要求時，則其法律案交國民表決，又大總統由法律議決之時起，於一個月內，可以任意將他交國民表決。

(三)國民發案 (Popular initiative, Volksinitiative, Volksbegehren) 這種爲比較的新方法，由國民方面，以法定的人數之連署，提出法律案，有請求把他交國民表決的權利。此種方法類於請願，唯政府對於請願不負有必須依從的義務，反之，政府對於國民發案，必受須付國民表決的拘束。國民發案無論對於憲法及普通的立法，皆可行之。其方法之行於瑞士的，有兩種。其一，由足法定人數的國民，向議會請求其起草及議決關於特定事項的法律案，若立法議會，不從這種請求，更要求他付國民表決，決定應否使議會議決這種法律案。依此方法，則作成法律案者，不是發案者的國民之自身，而常爲議會（瑞士稱之爲 *motion*）。其二，爲發案者的國民，自具法律案，提出議會，要求議會必將他交國民表決。唯於議會反對之的時候，可以附反對意見，交國民表決。（瑞士稱此種方法爲 *formulated initiative*）於美國諸州中，國民發案分爲「直接發案」(*direct initiative*) 和「間接發案」(*indirect initiative*) 兩種。直接發案乃是由定數的選民將法律提出國務院，國務院當然要將其提案交國民表決。間接發案，乃是提出於議會，議會若同意，則直定爲法律（對於憲法的發案，議會雖同意，尚須交國民表決。）議會若不同意，或州長否認，則交國民表決。德國新憲法，僅承認間接發案，選民十分之一可以提出憲法修正案及法律案，僅於議會不同意的時候，才交國民表決。

(四)國民解職 (*popular recall, Volksabberufung*) 乃是依國民的投票，使大臣，其他重要的官吏，及

議會議員解職的方法，一八五二年瑞士之阿爾哥及亞耶和金兩州首先採用此制，其他諸州亦倣效之。此制是由定數的人民，對於特定的官吏或議員，提出要求罷免的發案為基礎，交國民表決以決定罷免與否。美國諸州於最近的十年間，有幾州對於官吏，採同樣的制度。在德國，議會三分二的多數之決議，對於大總統之應解職與否，交國民表決。

國民投票制，像這樣於最近的時候，急速進步，漸漸擴充到許多國家裏面。從主張此制的方面說，此制是達到國民自治主義之最終的階段，革命危險，依此始能安全的被防止。（例如 Felix Bonjour, *Real Democracy in Operation* Eng. transl. by Leese, 1820, p. 83）從反對此制的方面說，一般的民衆，不特對於立法沒有正確的判斷能力，而不用何等的討論，單依投票，斷不能得健全的結果，又因為不許修正，僅對於全部為可決或否決，故使其結果更不健全。（例如 Esmelin, *Elements*, p. 378 et suiv.）兩方雖皆含一面的真理，然依國民投票制，欲得健全的結果，不用思疑至少要以下列各項為其要件：國民的政治訓練，充分普及；一般的智識亦增進；責任的自覺與國家的公共心的發達，至相當的程度。

第三節 立憲政體的基本思潮——(一)自由主義

立憲制度從其形式上說來，乃是國民自己決定國政，或至少參與國政的制度，從其實質上說來，可以說是使國民從專制的權力解放出來，保障其自由及平等的制度。自由平等的思想，與國民自治的精神相伴而為立憲制度的根源，立憲制度普及各國，同時，自由權之憲法上的保障，無論在那個國家裏面，皆為憲法的規定之主

要的部分。保障國民的自由之最有力的手段，爲三權分立主義，其實行至如何程度，雖因國而有極大的差異，然於某程度內，一切立憲國，皆採此種意趣。自由主義的思想，又於最近的時候，因社會主義的思想之普及，而受顯著的變化。以下打算對於這幾點略述其大要。

一 自由平等說的由來

近世自由主義的思想，其起源在於反抗十六七世紀的專制主義，依自然法學說，而普及於一般。其思想之最初的表现，可以於清教徒對於英國斯多亞王朝之專制政治的革命中求之。其成爲學說而傳於世，在英國，特別有賴於洛克、柏竦斯登等。洛克把權利分爲：爲人類而有的權利，與由構成國家而有的權利。爲人類的權利，乃是於自然狀態中已經爲各人所自然保有，及至設立國家亦不能喪失的。柏竦斯登以爲各個人基於自然的法則，享有絕對的權利，國家之主要的目的，即在於保護此種絕對的權利。盧梭以爲各人依社會契約，雖絕對服從人民的總意，然各人依社會契約所拋棄的，僅爲其權力、財產、及某種自由——一行使起來，就與社會全體有關的幾種自由——除此之外，各人有不可奪的自由。

自然法學者，以人類的自由，爲超乎國家以上之絕對不可侵犯的東西，以國家契約說以說明之，本來不是正當的說明，依此說，人類於其天然上是絕對自由的。雖依國家契約，拋棄此種絕對的自由，而設立國家，然其所自行放棄的，僅限於構成國家之不得已的必要的部分，於此之外，保有天然的自由，故雖以國家的權力，亦不能侵犯之。雖然，這樣的說明，與國家契約說一樣的不能維持。

然自然法學說的誤點，僅在於其理由。其根本的思想，含有不可疑的真理。其思想可以說實為近代立憲政體的真髓。尊重各人的人格，使各人能盡量自由，應乎自己固有的能力而活動。這實為近代文化之最重要的倫理的要求。文化之發達的歷史，即稱為人格解放的歷史，亦無不可。依專制的權力，強人盲目的服從，是掠奪人類的人格，如李布斯所說：「絕對的服從的原理，為道德的原理的破壞，專制主義常等於道德意識的破壞的意味。」（阿部次郎日譯倫理學的根本問題一三六頁。）法律及國家之終極的目的，必須在於使各人發展自由的人格，能自由的實行其善。（同書二九七頁二九九頁。）

把人民的自由，認為人民的權利，以成文的法律保障之，此舉首先在英國見其實例。於一六二八年使查理斯第一承認的權利請願（Petition of Right）及榮譽革命後於一六八九年得威廉王承認之權利典憲（Bill of Rights）為其最著的例。然自由權的思想之更能大加發展的，實為美洲大陸中之英國的殖民地，就中以成文法宣言人類的權利之最早的實例之一，則為一六七一年紐布里斯的 General Fundamentals（據哈哲斯克一般國法學第二卷第一三四頁之所引用。）及美國諸州與英國分離於各州新定的憲法中，首先冠以權利宣言（Bill or Declaration of Rights），設立關於人民的自由權之多數的規定，宣言雖以國家的權力，亦不能奪。就中以一七七六年威金尼亞的憲法為最初，賓西爾溫尼亞（一七七六年），米里蘭（同年），北加羅里那（同年），威豪特（一七七七年），麻薩朱色（一七八〇年），紐亨布薩（一七八三年）諸州的憲法，皆為同樣的例。此等皆顯然與英國的權利典憲異其意趣，在英國，舊時人民已經享有的習慣法上的權利，為斯多亞

王朝的專制所侵害，英人對此宣言其爲不法，欲回復從來的權利，反之，美國的權利典憲，把人類爲人類所應有的權利，以成文法宣言之。與根據舊來固有的習慣法，欲應付政治上的必要者正相反，他根據於以人性的自然爲出發點之哲學的思想，宣言通於一切人類之抽象的主義。

次於美國的權利典憲，而爲法國革命議會之第一事業者，乃是依拉斐瑞的提案，於一七八九年八月二十六日所發布的人權宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) 之十七條款。其後於一七九一年的憲法裏面，將其原語照樣採入（關於法國人權宣言與美國諸州的權利典憲的關係及兩者的由來，請看照拙譯愛里那克人權宣言論）。於其他諸國裏面，受法國的影響，於制定憲法之時，差不多沒有例外，皆設立關於自由權的規定，人民自由的保障，爲憲法的最主要的目的之一，此事至爲普通所承認。

二 關於人民的自由之憲法上的保障

於這些國家的憲法裏面，設立關於人民自由的規定，從其目的說來，可分爲兩種：

一、立法主義的宣言，即以宣言國家對於將來的立法所應採的主義和方針爲目的。爲此目的之最顯著的例證，就是法國的人權宣言。這種宣言，將十八世紀的哲學思想差不多照原樣以文字表現於書面上，他與普通的法律，完全異其意趣，不是規定現實的權利義務，卻明言合理的國家組織的基礎，必須如此，以定將來實行的方針。他是一種純然主義的宣言，與他有類似的外形的，爲英國之權利請願及權利典憲，此兩種以現實的權利之保障爲目的，與人權宣言，全然異其性質。當時的革命政治家，自己明白的意識此事，不是欲依此宣言，以直接

人民的權利，唯簡潔的以明瞭的文字，宣言其所信以為千古的真理，欲使其永傳於後世，而為政治的保障方針。其所着眼的地方，與其謂在於直接的法律的效果，無寧謂在於影響於人心之倫理的效果。他們以之為自由及正義的新福音而傳之。人權宣言之及於世界的偉大影響，大多在於這一點。

先於法國的人權宣言，而包含於美國諸州的憲法中的權利宣言，亦一部分出於同樣的意趣。法國一七九一年的憲法，把人權宣言照原樣加入為其前文，於一七九三年的憲法裏面，雖加入三十五條，於共和三年的憲法裏面，雖加入二十八條之同樣意趣的宣言，然此等於後世差不多毫無影響。反之，自共和八年的憲法以後，在法國，除一八四八年第二共和政府的憲法之外，可以認為純然主義的宣言之規定，全不加入，在法國以外之其他諸國的憲法裏面，保障人民權利的規定，各國雖差不多沒有例外都設立之，然此不單為宣言立法主義的意趣之規定。其原因約有兩種：（一）如法國革命時偏重抽象的哲理之自然法學的傾向已衰，實際的精神旺盛；（二）人權宣言所傳播的思想，已普及於一般，而成為世間之普通的思想，老早已沒有從新把他宣言的理由。

至最近，歐戰所賜之政治及社會組織的改造，再使基於二十世紀的新思想之權利宣言出現，就中一九一八年的俄羅斯蘇維埃共和國憲法，其第一部題為勞動者及被剝削者的權利宣言，聲明勞農政府之八條基本主義，一九一九年的德國新憲法，包含像從來諸國憲法關於權利的許多規定，又包含婚姻的性質，經濟生活的基礎主義，勞動的尊重，各人勞動的權利，中流階級的維持等許多事項之純然主義的宣言之規定。（德國新憲

法，雖於社會黨的勢力之下制定，然並非以極端社會主義的思想為基礎，承認私有財產制度，保護所有權。）

一爲人民權利的保障。此與單純的抽象主義的宣言，完全不同。其目的是擔保人民之特定權利的享有，雖以國家的權力，亦不能侵犯之；他不單聲明理想，而是欲使之有真正的法律的效果。（法國憲法學者把 *Déclaration des droits* 與 *Garanties des droits* 區別起來，恰與此種區別相當。請參照萊斯曼四九十二頁以下。）於憲法中設此種規定的，以美國諸州的憲法爲最先，於此等憲法中，一面含有許多宣言立法主義的規定，同時亦含有頗多直接保障人民權利的規定。北美合衆國的憲法起初於憲法會議議定的時候，雖完全不含此種規定，然當交各州會議的時候，許多州要求加入此種規定，因而於一七八九年第一次議會裏面，追加十條關於保障人民權利的規定。法國一七九一年一七九三年及共和三年的憲法，皆於權利的宣言之外，另設許多關於權利保障的規定，共和八年憲法以後的憲法，雖不設權利的宣言的規定，然對於權利的保障，尙常設綿密的規定。其他諸國亦無不設立基於同一趣味的規定。僅有一八七五年的現行法國憲法及一八七一年的德意志帝國憲法爲顯著的例外，法國憲法不像其他許多憲法一樣，系統的把應爲國家的基礎法之各種原則，總括起來而規定，而是單應政治上實際的必要而規定的，加以人權宣言所傳的思想，已成爲當然的事理，故實際上沒有更明言之的必要，德意志帝國憲法於普魯士及其他各州的憲法裏面，已設有關於保障權利之綿密的規定，帝國僅對於憲法上所列舉的事項，才有權限，故亦一樣的不見有權利的宣言之必要。

保障人民權利之憲法的規定，有兩種不同的目的。一爲對於立法權的限制，一爲對於行政權及司法權的

限制。

第一。對於立法權的限制，僅於那承認憲法與普通法律之間有形式的區別，不能依法律以變更憲法的國家裏面，才可以實行。制定成文憲法，以他爲高出乎普通法律之上的思想，依美國及法國的革命而傳於世界，關於這點，後章再述。於像英國一樣之沒有成文憲法的國家裏面，憲法與法律之間，沒有形式上的區別，法律爲國家之最高的意思，因而對於立法權之憲法上的限制，在觀念上，完全不能存在。於成文憲法的國家裏面，與之相反，依憲法而保障人民權利之第一目的是，使人民的權利有高出普通的法律以上的力，依立法權的本身，不能限制及剝奪之。（法國的憲法學者，稱依憲法而保障的權利爲 *droits garantis par la constitution*，即含有可以與立法權對抗的，有普通法律以上的力的權利之意味。法國一七九一年的憲法第一章中，明言此種意思：「對於本章規定受憲法所保障的自然權及公權的行使，立法權不得定立任何侵犯他及妨害他的法律。」）憲法中如禁止法律溯及既往的效力；一切刑罰僅依已成的法律而賦課；擔保法律上的平等；禁止一切階級的特權；禁止奴隸制度，及人身的買賣；保障出版自由而禁止出版檢查制度；承認受陪審裁判的權利；擔保信教的完全的自由等；其目的皆是限制立法權本身的。

對於立法權之憲法上的制度，在像美國憲法一樣，以三權分立主義爲基礎，以立法權與司法權爲對等的權力，而互相對立的制度裏面，最能收其效果。在美國裏面，無論在聯邦，或在各州，司法權於對立法權不是立於服從的地位，對於法律是否違反憲法，有獨立的審查權，其結果，若法律出乎憲法上的限制，損害憲法所保障的

權利，則裁判所可以宣言此種法律爲無效。換言之，在美國，裁判所乃是擁護憲法所保障的人民的權利的機關。（一九二〇年的捷克斯拉夫憲法，雖不像美國一樣，承認普通裁判所有法律的審查權，然尙設特別的憲法裁判所，有審查法律是否違反憲法之權。）其他諸國，與之相反，司法權對於立法權，居於服從之地位，關於法律的內容，是否適合於憲法，沒有審查之權。立法權爲國家之最高的權力，其他無論何種機關，皆沒有可以與他對抗的能力，因而對於法律是否違反憲法，立法權者的自身，有最終的認定權。即使法律出乎憲法的限制之外，侵犯憲法上所保障之人民的權利，其法律尙不失能完全發生效力。這層不問像法國一樣的民主國，或像舊德意志諸國一樣的君主國，皆是同樣，在此等國家裏面，即令保障憲法上的權利的目的，在於限制立法權，然其實現，不外專俟立法權者本身的自制，於實際的效果上與主義的宣言，無大差異。（僅有主義的宣言的時候，要待基於此主義的立法，始生法律的效果，於權利的保障的時候，尤其是於禁止規定的時候，不待特別的立法，僅以憲法，即發生法律的效果，兩者之間僅有這樣的差異。）

第二，對於行政權及司法權的限制，於多數的國家裏面，爲憲法上的權利保障之主要的目的。學者普通稱他爲「立法權的保留」(Vorbehalt des Gesetzes)。此語出於梅耶，廣爲通用於法國學者之間，其意趣是：不依法律的規定，不許依行政權及司法權的擅斷，以侵犯人民的權利，限制其自由。他與前一種不同，對於立法權的自身，不加何等的限制，若以法律規定，則即使無論怎樣限制人民的自由，亦不爲違反憲法。憲法所要求的，僅爲於限制人民的自由之時，必須依法律的規定。而法律僅依議會的議決，（又於直接民政主義的國家裏面，則依

國民投票。)才能成立，故人民爲國家的權力限制其自由，僅於人民由其代表機關自願與以同意的時候爲限，於其不同意的範圍內，人民不受國家的侵害，而自有其自由的範圍。約言之，可以限制人民自由之國家的權力，僅專保留於立法權內。

關於人民權利之憲法上的保障的內容，本來各國不同，尤其是最近的產物之德國新憲法，有許多顯著的特色。(立於完全不同的基礎之上俄國蘇維埃憲法除外。)雖然，這個暫且不說，僅就從來諸國的憲法以觀其內容，大體上可分爲四種。其一爲平等的原則，各人於法律之前，皆爲平等的原則，雖差不多爲一切國家的憲法所承認，然關於其實際的適用，則各國不同，尤其是君主國與民主國之間，對於這點大有差異。由平等的原則而生的結果，通於各國而爲普通所承認的，爲下列諸點：對於一切人類皆承認其法律上的人格，不許奴隸制度的存在；除特別的例外之外，不承認階級的特權；於同一事情之下，各人有平等的權利能力。其二爲個人的生活的自由。法國的人權宣言對此下定義道：『所謂自由，乃是可以作不損害他人之任何的事；各人自然權利的行使，除了保障社會上其他各人能享有同一的權利之外，沒有界限；這種界限，祇可以法律定之。』(第四條)居住移轉的自由，職業選擇的自由，身體的自由，營業的自由，契約的自由，社交的自由，婚姻的自由，信教的自由，教育的自由，學問藝術的自由，思想發表的自由等，乃其重要的適用。其三，普通稱爲不可侵權，就中所有權的不可侵，住所權的不可侵，書信秘密的不可侵，爲其主要的。其四，爲團體的生活之自由。即保障爲經濟上，社會上，政治上，宗教上等，各種目的之任意的結社，對於此等結社，皆與以法律上的保護，又依法律之所定，使之有法律上的人格。

三 三權分立主義

在美國及法國革命時的政治家，皆相信三權分立為確保人民的自由之最有效的手段。所謂三權分立，乃是使國家統治權的作用——立法，行政，及司法三種作用——分屬於別種的機關，使各機關各自獨立的行使其權能。三種機關互相牽制，防止權力的濫用，可以使人民的自由安固。此種思想已於英國清教徒革命的時候出現，又洛克會明白的論立法權與執行權須要分離。(Essay on Civil Government §§ 143, 144, 說，法律不絕的被執行，其效力方可永續，然制定法律，不需許多時候，故不須使常設機關掌之。而於一方，若法律的制定者，同時又為執行者，則自己可以自由的隨便更改法律，因之恐怕會至到反乎社會及國家的目的，反乎一般的公益。故於良好的國家裏面，立法權，另委任於一種人，這些人時時會合，或單獨的或與他人會同制定法律，其制定之後，即行解散，自己亦服從於其法律之下。然一經制定的法律，其有永久的效力，端賴不絕的執行，故執行權不可不為常設永續的權力。立法權及執行權可以這樣分離。)然三權分立說，對於諸國有大影響者，大多因乎孟德斯鳩之說。(Montesquieu L'esprit des lois 1748, liv. XI, Chap. III, VI.)

孟德斯鳩把國權之一切作用，分為立法權 (puissance législative)、行政權 (puissance exécutive) 及司法權 (puissance de juger) 三種。他說：「於各國裏面，有三種權力，就是：(一)立法權，(二)屬於國際法的事件之執行權 (la puissance exécutive des chose qui dépendent du droit des gens) 及(三)屬於國內法的事件之執行權 (la puissance exécutive du celles qui dépendent du droit civil) 依第一種權力，制

定廢止或變更一時的或永久的法律。依第二種權力講和作戰，派遣使節，接待使節，保全安寧，防禦攻擊。依第三種權力處罰犯罪，裁判各人之間的爭訟。第三種的權力可以稱為司法權，第二種的權力可以單稱為行政權。』他這樣把國權分類之後，以為此三種權力，在理想的國家裏面，必須分屬於不同的機關。他講明其理由道：「政治上的自由，雖於限制的政府之外不能存在，然即使限制的政府，政治的自由，亦不一定存在，若治者濫用其權力，則自由不能存在，徵之古來的經驗，凡有權力的人，皆有濫用權力的傾向，其濫用直至達到其世限仍不止。此事誰亦不能否認，雖在道德，亦尚有界限的必要，故欲使權力不被濫用，除將權力分配，使權力限制權力（*Pouvoir arrête le pouvoir*）之外，沒有法子。」他更進而論三種權力應該分立的必要道：「若同一人或同一的會議，兼有立法權及行政權，則自由不能存在，為甚麼呢？因為同一的君主或同一的會議，欲為專橫的執行，故恐怕要制定專橫的法律。司法權若不與立法權及行政權分離，則自由亦不能存在。若他與立法權相併合，則對於人民的生命及自由的權，變為擅斷，為甚麼呢？因為裁判官同時為立法者。若使他屬於行政權，則裁判官會有壓制者的力。若同一的人，同一的諸侯，或人民的會議，併行此三種權力，即有制定法律的權，有行政公共決定的權，有處罰罪人，裁判人民的爭訟的權，則一切自由，完全消滅。」孟德斯鳩以為這種三種權分立，在英國完全實行，把他作為他國所應倣效的模範。他以為立法權應屬那由民選議院及貴族院而成的議會；行政權因必要不絕的即時的動作，故以多數人行之，不如以一人行之較為適當，因而行政權應完全屬於君主之手，若以此權給與立法會議的議員，則妨害人民的自由；司法權應委任於由人民選出的臨時裁判官（這不用思疑其心目中已

有英國的陪審制。他謂三權分立說爲巧妙的混合君主政體貴族政體及民主政體之所長。

孟德斯鳩此說於許多點上含有謬誤的地方。第一，其分類甚不完全，其所謂行政權，不過僅含有執行屬於國際法的事件之權的意味，故今日之所謂行政權的大部分，完全逸於其分類之外。第二，此說誤解英國的制度；英國決非實行像他的意義之三權分立，國王不單爲執行權的機關，同時亦有立法權，而且於他著作印行的時候，議院內閣制已現其端倪，民黨占議會的多數，同時組織政府。關於司法權，爲立法院之貴族院，同時又爲最高裁判所；第三，立法權與行政權從內部互相聯繫，如他所說一樣，判然互相分離，事實上是不可能的。使機關的區別與作用的區別全然相一致，僅於空想的國家裏面，才可以想像出來。然關於其根本的思想，孟德斯鳩之說，不用思疑含有一部的真理。許多學者以其說爲破壞國家的統一，使國家分割爲三個人格，（參照前面所引的著作二二九頁）殊非正當的批評。所謂三權分立，並非謂承認國家之內有三個互相獨立對等的權力的存在，而是對於行使單一的國家的權力，將其權能分配於三種機關，使各於其權限的範圍內，以某程度的獨立以行之。其獨立並非絕對的獨立，對於其權限範圍內的行爲，三種機關要互相尊重，不得破壞之。若三種機關絕對互相獨立，能各以對等的權力，決定國家的意思，則這個真是使國家分割爲三個人格了。然依立法權而判定的法律，司法權及行政權，必要遵奉之；司法權所下的判決，立法權及執行權必要尊重之；於行政權範圍內所作的行爲，其他機關亦要同樣的服從之；三權各守其畛域，不相侵犯，則於國家意思的統一，毫無妨礙。

三權分立說並非妨害國家的統一，上面已經說過。然如孟德斯鳩的主張嚴格的使立法權與行政權分離，

這層對於爲國家政治組織果爲適當與否，完全爲另一問題。於十八世紀中，他的學說無論在政治上在學問上（英國法律學者柏棘斯登於這一點繼承他的學說）皆有極大的影響。在十八世紀制定的憲法，受此說的影響最烈，其中有些極端嚴格的使三權分立。法國一七九一年的憲法，即是這一類。就中美國的憲法直至今日，仍有效力，關於此層，次節再述。然司法權暫且不講，立法權與行政權有極密接的關係，使之全然互相分離，決不能使國政的進行圓滿。不假政府之手，僅以議會行使之法權，於事實上迨爲不可能。又不得議會的後援，僅以政府行使行政權，亦沒有行使無礙之道。因之於十九世紀以後制定之諸國的憲法，不採像這樣的嚴格意義的三權分立主義，於與之反對的諸國裏面，多行英國式的議院內閣制，以保持議會與政府之間的調和。

〔註〕 穗積提要一〇三頁乃至一三五頁，以爲立憲政體的特色，在於三權分立，像英國的議院內閣制的國家，因爲不是分權，故不是立憲政體，而是專制政體（議院專制）。美國憲法爲立憲政體之最純白的，他說：「所謂立憲政體的本領，本出於英國，今傳於美國。」照後面所述，其實，雖在美國，亦依政黨組織及議院內委員會組織，以保持政府與議會之不斷的交涉。嚴格的三權分立，事實上恐怕不可能。若從穗積氏之說，則立憲政體差不多爲不可能的政體，尤其是像日本政友會內閣，其距立憲政體的本旨甚遠。這樣的奇說，此地不評論其是非。

然即在行議院內閣制諸國，亦決非全然否定三權分立主義的，尙可以說是於某程度內行其意趣。本來在今日的大多數的國家裏面，三權並非嚴格的分離，如所謂立法權屬於議會，行政權屬於政府，司法權屬於裁判

所；政府之行使裁判權，同時亦與立法權有關，（尤其是在君主國裏面，君主為行政首長，同時又行使立法權，唯立法要經議會的同意。）議會為立法權的機關，同時又與行政（尤其是財政）有關，而且政府與議會保持相互間不絕的交涉，尤其是在議院內閣制的國家裏面，議院多數黨的領袖，同時組織內閣，兩者的關係，最為密接。這幾點把像孟德斯鳩一樣之三權分立主義攻破了。於此等國家裏面，三權分立主義之尙能維持者，唯左列數點：

（甲）立法權的機關與行政的機關，相互間雖有密切的關係，然尙非完全同一。行政權歸政府單獨行使，立法權則非為政府所專行，而必須經議會的議決。這個雖為議院內閣制，然其壓抑政府的專制之效果，尙屬不少。

（乙）內閣即使為議會的多數黨所組織，然於法律上則為君主或大總統的機關，為君主或大總統所任命，隸屬於其下，決不能如白芝浩 *English Const.*, p. 11 所說一樣，可以「議會的委員會」目之。議會的委員會僅有議會所委任的權能，其權能的基礎在於議會，反之，內閣並非基於議會之委任而有其權能，其權能之發源，單在於君主或大總統。

（丙）為行政首長之君主或大總統，雖在議院內閣制，亦不對議會負責任，而有獨立的地位。大總統雖由議會選出，於其任期中，議會沒有搖動其地位的權能，因而內閣雖依議會的信任之有無而交迭，至少，行政首長有全離議會獨立的地位。

（丁）關於司法，各國皆把他與立法權及行政權對立，即雖非絕對的獨立，亦於某程度內有獨立的地位，這

是不用說明的。

於以上的限度內，三權分立主義可以說是至今尚爲立憲諸國所通行，唯僅於此意味，三權分立爲近世立憲政體之普通原則。

四 自由思想的變遷

自由主義的主張，其最初的形式，立於純然個人主義的基礎之上。自由主義從其起源上說，爲對於國權的專制而起的，其主張是務必限制國家的權力，國民受國權的束縛至極少限度，使各個人得沒有束縛而自由活動。此種思想在政治哲學上爲「法律國家說」(Rechtsstaat，以國家的任務僅限於法的維持之說)在經濟上爲「自由放任主義」的主張。就中，其思想的表現最爲強烈的，爲關於經濟生活。斯密亞丹和其他所謂孟哲斯脫學派，代表此種思想，以「任爲任行」(laissez faire, laissez aller)爲其標語。避免依國家的權力之一切保護干涉；因之可得最上的結果。十九世紀的前半期，爲此思想在歐洲最有勢力的時代。此種思想與當時的經濟事情相關聯，此時代爲歐洲的大工業勃興的時代，而資本的企業家務必不受他人的束縛，得自由活動，方能期其成效。因而又於大工業發達最著，資本的企業家階級的勢力最強的英國裏面，此種意味的自由放任主義，生了最強的根苗。依此種思想，則國家支配人民的行爲的權力，須限於極狹的範圍，依國家的權力以全成一切國民的福利，此事超越國家的任務；國民的福利，應僅依國民自身的活動而達，國家所應爲的，是僅限於維持安寧秩序，防禦外患之最少限度而止。英諺 A free field, and no favour, and the devil take the hindmost

(自由的廣野，沒有特權，最後的爲魔鬼之所取)最能表現此種思想。

此種個人主義的自由思想，本來於某程度內不用思疑乃是正當的思想。人類的活動，依自己負責任之自發的活動，最能得到成效，不必要的保護干涉，使其活動力萎靡，阻礙文化的發達。雖然，極端個人的自由主義，將社會一任全然實力的競爭，故其結果，力弱者不免爲強者所壓迫，尤其是在經濟生活裏面，此種壓迫最爲顯著。經濟上的自由，事實上爲強者掠奪的自由，弱者階級永久爲少數富者階級的犧牲；而人口之大部分屬於弱者，故個人的自由主義之結果，使社會差不多成爲少數資本家的社會，多數的無產者在事實上完全不享有自由，沒有得到人類的生活利益。

因此之故，對於極端個人的自由主義，必須緩和其缺點。就中反對個人主義，對於今日的國家政策，與以最有力的影響者，乃是從十九世紀中葉以後，特別依馬克斯及其後繼者的影響，漸次成爲世界的勢力之社會主義的思想。

社會主義的主張，不用思疑，包含許多過激的不健全的思想。就中(一)以資本階級與賃銀勞動階級爲永久利害不同，不能相調和的；勞動階級所應爲的是：僅依不斷的階級鬥爭，以打破資本階級。欲達此種目的，必須撤去國家的境界，世界的勞動階級相聯合，以對抗資本家，以「萬國的無產者相聯合！」(Proletariat aller Länder, vereinecht euch! —— 一八四七年的共產黨宣言之語)爲標語，這不用說是一種甚不健全的思想。此種思想，僅側重於資本家與勞動者有反對的利害關係，這一點，至於兩者相賴相待而達生產之目的，其利

害至某程度可以調和這一點，則沒有顧及。又國家爲人類生活之重要的要件，雖勞動階級亦不能沒有國而能營其生活的，社會主義的思想蔑視這一層，對於國家自身亦生敵視，於這幾點，對於社會上發生甚有害的影響。且其所謂階級鬥爭，其目的何在，若說起來，則僅在於欲造成無產者專制的社會。然無產者專制與其他一切的專制，其弊害正相等，且恐怕他爲最有弊害的。(二)極端的社會主義尤其是共產主義的思想，否定私有財產制度，欲使一切財產公有，這亦是破壞人類活動力的源泉，使國民恰如監獄的囚徒一樣，不基於自己的衝動，而僅依紀律以服勞役。(三)爲社會主義的基調之所謂唯物史觀，亦陷於謬誤，蔑視社會上的力之大部分爲精神的力，單把他作爲物質的經濟的力觀察。

於這幾點上，極端的社會主義的思想，與健全的社會組織不能兩立。然社會主義明白個人的自由主義的缺陷，於經濟的生活上面放任於無限制的自由競爭，決非所以真正保全各人的自由；私有財產制度必須基於社會的見地，加以限制，把在經濟上弱者階級的無產者，尤其是賃銀勞動者，從資本家的壓迫解放出來，爲國家正當的任務；一言以蔽之曰：使「須以社會的倫理主義加於個人的自由主義」一事，爲一般所意識，這實爲社會主義之偉大的功績。

對於國家政策，此種思想的變化，從十九世紀之七十年的時候起漸次益加顯著。德國從一八七八年之社會的鎮壓法以來，俾斯麥雖極力欲絕滅社會黨，然俾斯麥所敵視的，爲社會黨之民主的反國家的思想，於社會改良的方面，他自己於第八十年的時候，已設立大規模的強制勞動保險（後改稱爲社會保險）制，使勞動者

階級的地位安固，於這一點，遠在其他諸國之先。對於社會黨之法律上的限制，亦於一八九〇年爲威廉第二所撤廢，自是以來，德國社會黨的勢力，駸駸日進，同時除了少數極端的一派外，其思想次第成爲穩健的，至一九一八年的革命後，德國的政權，多歸於溫和社會黨之手。在法國，於一八九九年，密爾蘭始以社會黨員入閣，自是以來，社會黨爲政界主要的勢力之一；迨入二十世紀如布里安，威威阿尼等，有力的社會黨政治家，當內閣之衝。然其變化最爲顯著的，爲個人的自由主義的本國之英國。多年掌握政權的自由黨，失掉勢力，從十九世紀第八十年以後，政權全歸保守黨之手，除了一八九二年乃至九五年之短期的自由黨內閣之外，直至一九〇六年，常在保守黨的勢力之下，已表示傳來的自由思想發生動搖；於一九〇六年自由黨內閣組成之後，自由黨全然拋棄舊時的自由放任主義，起初爲改善無產階級的地位，次第實行養老年金法，以後復有許多大膽的社會的立法，其規模之宏大，在他國沒有其例；自是以來，迄於今日，社會的政策，除戰時之外，不絕的爲國家之最重要的政策。

這樣，在今日，如舊時的意義之個人的自由主義，並非給與真自由的，欲得真自由，必須使經濟上弱者的階級有一種能與資本階級對等並立的力，這層爲一般人所承認。所謂自由，就是從一切專制解放出來的意味。完全的自由不單解除治者的專制，又僅依解除經濟上的階級專制，始能達到。自由主義的運動，最初是反抗治者的專制而起的，依十九世紀的政治改造，略能完全達其目的。二十世紀，爲社會改造時代，絕滅一切的階級專制，使人類完全享有其人格，爲二十世紀的使命。極力限制國家的權力，使各人，各階級，各團體，自由活動，雖爲社會文化的重要之發達要件，然這層僅於所有的國民完全能享有人格的條件之下，才能實行。

第四節 立憲政體之各種形式

於泛稱爲立憲政體之中，其政治組織，因國家之不同，而有種種的差異，依之可以把立憲政體分爲數種的形式。前面所述之君主政體，民主政體，聯邦政體的區別，雖爲其一種分類的方法，然此種乃是專從法律上觀察的區別。不僅偏重法律的形式，且依實際上政治的實權之所在，對於現時世界諸國，區別立憲政體的形式，則可分下列四種：(一)直接民主主義的立憲政體；(二)三權分立主義的立憲政體；(三)議院主義的立憲政體；(四)官僚主義的立憲政體。此外尚有俄羅斯的蘇維埃共和國，已爲國家而有確定的形體，其憲法若能長保其效力，則第五種爲共產主義的政體，然這是未定的問題，因現在得不到可以判斷其前途之正確的材料，故暫略而不講。

一 直接民主主義的立憲政體

直接民主主義的國家，可於瑞士聯邦及瑞士的諸州中求其代表的制度。瑞士之外，國民投票制爲美國諸州，新德國及其諸州所採用，這層前面已經說過，然此等諸國比之瑞士，其施行直接民主的範圍，限於比較的狹小的部分。因之此地專以瑞士爲例，僅舉其政治組織的特徵而止。(關於美國諸州，請參照拙著美國憲法之由來及特質。)

瑞士聯邦及其各州之政治組織，比之其他立憲國，在許多點上，有顯著的差異。

(一)第一，顯著的特色在於政府（執行機關）的組織。瑞士無論在聯邦也好，在各州也好，都沒有像其他諸國一樣的責任內閣或政黨內閣的制度，國務大臣對於議會沒有責任，亦沒有所謂內閣由同一政黨組成，同其

進退之事。先就聯邦來說：在聯邦中，沒有像大總統一樣的獨裁制的首長，執行權的機關，祇有合議制的理事會（Bundesrat），大總統也就是他，內閣也就是他。理事會的會員，即各國務大臣，是在聯邦議會兩院的聯合會議選舉的，此種選舉，通常是從議員中選舉的，各大臣差不多常同時為議會的議員。大臣是從各種黨派（不單為政黨的關係；言語、宗教的差異亦有）而出的，略為代表議會中各種勢力。大臣除了自行辭職或有特別事情的時候之外，通常於任期終了之後，能再當選。約言之，理事會立於議會的委員會的地位，遵從議會的議決，而執行政務，議會的多數黨雖無論怎樣變更，然理事會不因此種變更而去職。在各州，執行權的首長，雖一樣的為合議制的理事會（Regierungsrat），然與聯邦不同，差不多於各州裏面（祇有福里堡及瓦里斯二州由議會選舉）都直接由國民選舉。大臣的人數，為五人乃至九人，其任期通常為三年或四年。邦理事會亦必由種種黨派組成，依州之不同，其選舉方法取比例代表主義，保障各黨派能選出大臣的也有。無論在那一州裏，大臣絕對不依議會的不信任而左右其進退；像多數立憲國的大臣責任的制度，在瑞士，則完全不知。理事會及各大臣無論自己屬於那一黨派，凡依國民投票或依議會多數議決的，皆忠實的執行之。唯於最近的時候，有許多州採用直接依國民投票可以使大臣解職的制度，於此等州裏面，可以說大臣直接對國民負責。

（二）關於立法。有國民總會制的諸州，是不用說，而其他諸州亦普通採國民投票制。關於憲法是不用說，而關於普通的立法，亦大多由國民自行決定；議會所占的地位，不及一般立憲國的議會之重要。其結果，瑞士諸州的議會（Grossrat），皆為一院制。僅於聯邦裏面，因為除國民的代表機關之外，必要設立各州的代表機關，故採二

院制（國民的代表機關 Nationalrat）及各州的代表機關（Standera）

（三）國家重要的事情，皆直接依國民總會或以國民投票而決，這種不一定僅爲關於立法的事情，關於行政的事情，例如募債，恩赦，官吏的任命等，亦能及到。

二 三權分立主義的立憲政體

代表這種主義的爲北美合衆國。合衆國的憲法是於十八世紀末孟德斯鳩的三權分立說最有勢力的時代產生的，當時參與制定憲法的人們，相信欲保持人民的自由，須把權力分於各種互相獨立的機關，權力與權力之間保持平衡，使之互相牽掣；以權力之最終的源泉，保留於國民自身，國民依選舉以行使其權力，同時立法行政及司法三種權力，各委之於個別的機關，此等各種機關，極端互相完全獨立以行使其權限。

其政治組織的特徵，特別以左列三點爲顯著。

（一）關於政府的組織。爲行政權的首長，且同時自當責任之衝者，爲大總統。美國的大總統，不像法國及其他多數共和國的大總統一樣，依國務大臣的輔弼而執行政權的，他是以自己的責任以行使之的，他的地位與別國的內閣總理大臣相當。大總統之下，雖有內閣，然內閣大臣，不像他國的國務大臣一樣自己負責任的，不過僅受大總統之命以補助之的。其任免全由大總統自身的信任，而非基於國會的信任。形式上，大臣的任命，元老院對於大總統的推薦，沒有異議而與以同意。這種成爲確定的原則。

（二）政府與議會的關係。兩者差不多有完全獨立的地位，議會與政府獨立而行使立法權，政府又不立於

議會的勢力之下，而以獨立的權能，以行使行政權，這已成爲一種原則。美國憲法與其他立憲國之最不同的特色，即在這一點。其結果：(甲)大總統不像法國及其他共和國一樣，由議會所選舉，而是直接由國民選舉，以擔保大總統不爲議會的勢力所支配。(乙)大總統非依議會的信任如何而決其進退的。議會雖無論怎樣反對，他於四年任期之間，亦能在任。(丙)大總統及爲其補助官吏之國務大臣，不特不能同時爲議會的議員，除了大總統報告政務，陳述希望之外，大臣及部下的官僚全然沒有出席議會發言的權能。因而議院內閣制，在法律上，絕對不可能。(丁)立法權屬於議會的專權，政府完全沒有提出法律案的權能。無論豫算法也好，募債法也好，稅法也好，一切法案沒有例外，獨議員有提出權，獨議會能議決，政府的大臣沒有參與其討論陳述政府的意見的權能。(戊)大總統關於立法權的權能，僅能於抗議權(Veto Power)表現出來。即大總統認議會議決的法律爲不當的時候，有將他交還議會，請求其再議的權能。於再議的時候，沒有各院三分二的多數，更將他可決，則不成爲法律。此種抗議權，其效果雖有類於君主的不裁可權，然君主的不裁可權，無論在那國，都差不多有名無實，實際上都沒有行使，反之，美國大總統的抗議權，常常行使。(己)議會沒有質問政府，議決不信任政府，及監督政府施政的權能。(庚)議會不待召集而定期自行集會，自行閉會，大總統完全沒有解散他的權能。

政府與議會，如上面所述一樣，相互間差不多立於沒有交涉的地位，其對於實際的施政上，發生難堪的不便，這是容易想像出來的。立法與行政決不能這樣分離的。立法的大部分，是爲滿足行政上的必要而行使的，尤其是豫算及其他財政上的法律案，非當行政之衝的人，則完全不審其利害。而政府沒有提出法律案的權能，又

不能參加其討議這樣差不多使國家施政陷於停頓了。

此種不便，在美國有兩種方法，於某程度內可以避免之。其一為政黨組織，其一為委員會制度。

美國的政黨，有共和黨及民主黨兩大黨相對立，其他政黨沒有甚麼勢力。因為一切選舉，常依政黨的勢力而行使，故大總統不用說必然屬於此兩大政黨中之一黨，而於議會裏面，其中之一黨亦必占多數。在通常的時候，於大總統的選舉得勝利的政黨，於議會的選舉，亦必為占多數的黨派，因而大總統與議會的多數，通常屬於同一政黨，內閣亦自然從大總統自己的黨派選任，故依之政府與議會之間，能以略保調和。唯有時大總統與議會的兩院或其中一院的多數異其政黨，於這時候，三權分立主義的弊害，尤為顯著。

政府與議會的接觸，又依議會的委員會制度而保持。政府的大臣及其他官僚，雖不能出席於議會，然議會的委員會，因審查之故，有召喚證人的權能，因而可以用證人的名義，要求大臣及官僚出席。依之，委員會不絕的與政府聯絡，而議會的實權，差不多移於委員會，議會祇不過作一種形式的議決而已，故委員會與政府的接觸，即具有議會與政府接觸之同樣的效果。三權分立主義之實，於某程度內，經已失去。豫算及其他法律案的提出權，因為僅在於議員，故重要的委員會於施政上，有重大的勢力，尤其是豫算委員長，其地位差不多可比他國的財政總長。

(二)三權分立主義，其結果產生美國憲法之其他一種顯著的特色，就是裁判所的法律審查權。於其他像英國一樣，於憲法與法律之間，不認有形式上的區別的國家裏面，是不用說，而於像大多數的國家一樣，把憲法

與法律區別出來，法律不能與憲法抵觸的國家裏面，法律的內容是否違反憲法，立法權者自身有最終的認定權，裁判所沒有審查之的權能，即使與憲法抵觸的法律，裁判所亦有須把他作為有效的法律而適用的義務，（如捷克斯拉夫之特設憲法裁判所的國家，祇有憲法裁判所才有審查法律的違憲與否之權，通常的裁判所完全沒有這種權能。）反之，獨於美國裁判所對於決定法律的解釋，有離議會而獨立的最高權能，因而於憲法解釋上，亦不為立法權者的解釋上所拘束，即使以法律規定，若裁判所謂他為違反憲法，則有宣告他為無效之權（參照法學協會雜誌三九卷高柳貫三美國憲政中的司法優越權）。

三 議院主義的立憲政體

現代大多數的立憲國，屬於這種主義的，普通稱他為議會政治（parliamentary government）。其最顯著的特色，是行政權的首長，並非自己當責任之衝，其一切政治上的行為，僅依其輔弼機關——內閣——的進言而行使，內閣專負擔責任，而內閣以得議會的信任為其在職的要件，失其信任則必須去職。故稱他為『責任內閣制』或稱他為『議院內閣制』。

議院內閣制，於君主國裏面亦可以行，於共和國裏面亦可以行。其制度或單以之作為政治上的習慣而行之的也有，或把他認為法律上的制度的也有。

君主國中的議院內閣制，可以英國為其代表，其他意大利，比利時，荷蘭等多數的君主國，皆屬此例。而於此等諸國裏面，這種制度僅於事實上作為習慣而行使，並非憲法上的制度。憲法上的制度，大臣的任命權專屬於

君主對於使何人爲大臣，沒有何等憲法上的限制。唯議會有預算的決定權，有監督政府施政的權，其結果政府必然要維持與議會調和，欲保其調和，則必須選任有控制議會的多數黨的勢力之人爲內閣，故事實上的習慣，君主常以議會多數黨的領袖爲內閣總理，這種遂至爲確定的法則一樣而行使。

共和國的議院內閣制，作爲政治上的習慣而行使的，可以法國爲其代表；規定爲憲法上的制度的，可以舉新德國及其諸州。

四 官僚主義的立憲政體

此地稱爲官僚主義，就是謂議會沒有左右內閣進退的勢力，故政府對於議會維持獨立的地步，內閣專依君主或大總統的信任而被選任，非依議會的信任如何而進退的。政府與議會，互相獨立，於這一點，雖與三權分立主義的立憲政體相類似，然於三權分立主義裏面，憲法上的制度，政府與議會是沒有交涉的，議會的議員，不許同時爲大臣，議會沒有質問政府的權能，議院政治爲法律上不可能之事；反之，於官僚主義裏面，政府與議會，於法律上並非沒有交涉的；國務大臣可以同時爲議員，即不然亦有權出席議會發言，政府有提出法律案之權，政府可以解散議會，議會可以質問政府，而課其責任；於這幾點，與議院主義的立憲政體沒有差異。唯因議會之政治上的勢力不足以控制政府，故於政治上的實際上，內閣雖與議會沒有關係而組織，然政府或巧妙地操縱議會，或威壓之，或支配國民的選舉，總可以執行國政。因此之故，官僚主義與議院主義（規定爲法律上的制度者不在此例）並非憲法上制度的差異，不過爲政治上習慣的差異罷了。因而其差異又不一定是判然的，雖於

同一的憲法之下，亦依其時政治上的情況而變化。

官僚主義的立憲政體，於一九一八年革命以前，可以德意志帝國及其諸州，爲最著名的代表的例。在德意志裏面，官僚政治之所以發達，大多是基於普魯士的勢力，尤其是以俾斯麥的武斷政治與普奧及普法兩大戰爭之赫赫武功，爲馴致這種大勢的原因。其轉機實爲從一八五九年亘於一八六六年普魯士議會與政府間之激烈的衝突，其衝突是因一八五九年政府決定擴張軍備，要求經費，議會把他否決而起的經兩次解散的結果，衆議院的大多數，依然爲反對派所占，新爲宰相的俾斯麥，從一八六二年至一八六六年，雖每年經衆議院否決，然他完全蔑視其議決，執行豫算的原案，賦課及徵收租稅，以這樣擴張起來的軍隊，擊破奧大利併合漢諾瓦，克喀，仙佛蘭福諸州，這種偉大的戰勝，使普魯士國民專崇拜政府，謳歌政府，議會的反對如烟消霧散，繼續七年之政府與議會間的衝突，完全的勝利終歸於政府。普魯士及德意志帝國的官僚政治，於此根深蒂固；自是以來，迄於二十世紀初頭，社會民主黨的勢力，雖漸次增加，然官政治之勢，更無所搖動。迨入二十世紀之後，議會中反對政府的勢力，雖有漸次強大的傾向，然若這場歐戰，再歸於德國的勝利，則官僚政治之勢，恐怕尙能長久維持。但運命不福德國及官僚政治，與悽慘的戰敗，急轉直下，不特官僚政治，即君主政體，亦忽遭傾覆，官僚主義的立憲政體，遂長葬於過去的歷史之中。

除德國之外，可爲官僚主義之顯著的實例的，爲奧大利及俄羅斯；然他們因革命而根本傾覆，在今日於重要的諸國中，老早已不見官僚主義之例了。

第六章 憲法

第一節 成文憲法主義

憲法一語，用於種種的意義。其中須分爲實質的意義，與形式的意義兩種。實質的意義的憲法，含有關於國家的組織及作用的基礎法之意味。詳言之，凡關於國家領土的範圍，國民資格的要件，國家統治組織的大綱，尤其是處於國家最高地位的機關如何構成，享有什麼權利，怎樣行使他的權能，各種機關彼此間有如何的關係等的法則，及關於國家與國民之關係的基礎法則，都是屬於此種意義的憲法。

屬於此種意義的憲法，無論何種國家都不能沒有的。因爲欲使國家成立起見，至少關於他的領土，國民的範圍，他的最高機關的組織和權能，及其與國民的關係，均須定爲法律。不是國家成立之後，才制定憲法的；有國家，則同時不可無憲法。無論怎樣專制的國家，既然是國家，則屬於此種意義的憲法，必定存在；無憲法即無國家，不能成爲國家。

然而於近代的意義，所謂憲法，並不用於這樣廣泛的意味。與專制政治的國家相對，而承認國民的參政權，國民直接的或由代表機關參與國家的統治，單是這種國家始稱爲立憲國；單是這種國家的基礎法，才稱爲憲法。屬於此意義的憲法，至近代始行發達，除英國外，無論何國都不過最近約一百五十年間才發達出來的。

實質的意義的憲法，從形式上言之，有與一切國法相同，或作爲制定法，而以明文規定者有之；或僅爲不成

文的習慣法和理法而止者有之。十八世紀美國及法國革命以前，各國的憲法，大部分僅由不成文法而成立。此乃由於憲法爲國家之基礎法的性質所生之自然的結果；若對隸屬於國家下的團體，特許以某種範圍的自治權時，即有用一定的文書明示其所特許的權利，和其所應負的義務之必要；至於國家的自身，是最高獨立，不隸屬於其他任何東西，故若無特別的理由，則似無用文書表示其所應準據的根本規律之必要，其規律僅如事實上的習慣而發達，這是他的自然的傾向。迨十八世紀美國及法國革命以後，此種趨勢，完全變更，立憲制度普及於世界各國，同時除英國及匈牙利之外，各國皆以文書書明其國家的基礎法，作爲本國的憲法而公布之。此與普通的法律有別，且含有特別強烈的效力。這種形式的被規定爲憲法而與普通的法律有別的東西，可以稱爲形式的意義之憲法，又可簡稱爲成文憲法。本節對於此種所謂成文憲法主義的歷史的發達，及其在國法上的地位，將加以說明。

〔註〕憲法一語和英語 constitution 一字相當；此語於明治時代始行使用。於明治時代以前，與此語相當的觀念，在日本，完全沒有，因而沒有可以表示這種觀念的語辭。聖德太子憲法十七條，大都皆規定關於政治的道德的訓戒，自然不能與屬於今日的意義的憲法相當。「憲」之一字，其本來的語義，是「法」則「法度」之意，與「法」的意義略同；雖在合此二字而稱爲憲法的時候，亦等於含有一般的法的意味。德川時代所編纂的憲法部類，憲法類集，和明治時代編纂的憲法類編，憲法紀錄等，都是把「憲法」一語，廣泛地用於一般的法規的意義（穗積陳重法窗夜話一六九頁以下）明治七年，太政官等所定的議院憲

法，是單單規定地方會議的組織權能的，以今日的話來說，僅可以稱為地方會議令。Constitution 的觀念，從西洋傳入之後，直至明治年間，才定立與此觀念相當的名稱，有人稱為『政規典則』，『明治六年木戶孝允的意見書』有人稱為『建國法』，『明治八年井上毅的普通士憲法譯文』有人稱為『國憲』，『慶應四年加藤弘之的立憲政體略』亦有人稱為『根本律法』，『慶應四年津田真道的泰西國法論』各人用各人所想出來的用語（『法窗夜話』一七二、二頁）至成為公共的名稱，則在明治九年，當時元老院議長有栖川宮熾仁親王被命調查憲法的詔敕中，已用『國憲』一語，謂以定『國憲』云云。立憲政體一語，在此時以前，（慶應四年）出版的加藤弘之所著的立憲政體略，已經用過，自是以來，頗為通行，於明治八年的詔敕中，有『漸次使國家為立憲政體』等語，此語遂被認為公定之語。至此『憲』之一字，由其本來的意義一轉而用作含有國家的根本法的意味，更由此一轉，連合憲法二字，以用於此意義者，不過尙差一步而已。至明治十五年，伊藤博文被差遣出歐洲時，於其所指定之調查要項中，『憲法』之語，始被公用於此種意義。此後憲法一語，遂確定而為今日的意義。

一 成文憲法主義的淵源

謂憲法與普通的法律有別，憲法為比普通法律特別重要的國法，其效力亦特別優越，此種思想，尤其依十七八世紀的自然法學說而廣為傳播於世。固然，憲法與法律之區別，於希臘及羅馬古代哲學中已被明白的認識，尤其是亞里士多德，他謂憲法為構成國家的基礎，依此然後國家才可以有法律的統治組織，憲法與政體一

樣，憲法變更，則國家早已失其爲同一的國家了。法律是基於憲法而發生的，依憲法而定的統治者，依之以行其統治。於羅馬人的思想中，亦承認國家的憲法與基於憲法而生的各個的法律，其間有明白的區別；對於規定憲法的事情，特別以 *rem publicam Constituerere*（構成國家）之語稱之。（*Jellinek, Allg. Staatsl. S. 506* 依愛里那克則謂十八世紀以後，一般人所慣用的 *constitution* 一字，恐怕是由 *rem publicam constituere* 一語而來的。）雖於中世十六世紀以來，亦有許多論者謂有與普通法律不同之特別的國家的基礎法（*Lex fundamentalis, lois fondamentales de l'état*）——於所謂莫那哥，馬芝克派所說的議論中，此語始行發現。然而於此等議論中，關於必須以一定的文書按條文書錄憲法的思想，則完全沒有。把憲法規定爲成文法的思想，於十七世紀以後，始行發現，而於此可舉出三個不同的淵源來。

（一）自中世以來，歐洲諸國的國王，有以下之習慣：即對於市府及其他的團體，又對貴族，大地主，教會等，與以某種的特權，且免除其義務時，則給與以特許狀。對於國家自身的基礎法，雖沒有認爲有用文書表示之必要，然對於在國家以下的團體，若國家公然承認之的時候，則關於其團體如何構成，享有何種的權能，有用明文表示之必要。因此之故，此種習慣，於中世紀以後流行甚廣。就中如北美大陸的英國殖民地，由英國國王公認爲殖民地時，凡關於國王所給與的特許狀，及從其所有主（若爲個人私領的話），給與的特許狀等，即規定殖民地的政治權能，及政治組織的；這可以說是後來即爲憲法的前身。（尤其是於十七世紀中，給與威芝尼亞的第二次和第三次的特許狀，及一六八二年，由威廉亞姆賓給與賓蘇威尼亞的特許狀中，採用 *constitution* 之語。）

(二) 國王與國民間締結約束，擔保國民的權利，於此限度之內，限制王權，將來不侵害國民的權利，這種的誓約，亦於中世以來屢見其例。其最顯著的，就是英國。其中如一二一五年的 Magna Charta Libertatum (自由大憲章)，一六二九年的 Petition of Right (權利請願)，一六八九年的 Bill of Right (權利典憲) 等，與其說是國家的法律，毋寧把國王與國民當作相對立的當事者，而謂這些東西，就是他們雙方所締結的條約。君主國把憲法當作限制王權的東西，爲使此種限制，永久確定之故，因而用成文表示之，此種思想，即爲成文憲法的淵源。

(三) 至於直接傳播成文憲法主義的思想之最重要的淵源，即依十七八世紀的自然法學說而傳播的『國家契約說』。就是國家乃依自由的國民之契約組織而成，此契約即爲國家的基礎。依浩布思的意見，所謂國家的基礎法，即構成國家的契約，此種契約於國家存續的期間內，不能變更的；破壞此種契約，即破壞國家的存立，變成絕對的無政府的狀態。浩布思以後，洛克，普芬多夫，烏爾夫，華達爾，盧梭等諸學者的學說，雖彼此大異，然關於國家乃依契約而構成，憲法即國家的契約之根本思想，則互相一致。其中華達爾 (de Vattel, Le droit des gens) 對於憲法與普通的法律，區別得最爲明白。他說：立法權者沒有變更基礎法，即憲法（至此時自然法學者多僅用「基礎法」一語，反之，華達爾則特別地用 constitution 一語）的能力，國民除了明白地給立法權者以變更憲法的能力之外，憲法對於立法權者爲神聖不可侵犯的東西，國民先制憲法，然後委任立法權；故憲法當然在於委任之外，且立法權者乃基於憲法而被給與權力的，怎樣能够變更那爲其權力的淵源之憲法

呢？既以憲法爲構成國家的契約，則契約自然有依書面而明示其條款之必要，故以明文規定憲法，乃當然的事。

近代成文憲法主義，由以上的淵源發生，加以十八世紀以降，關於一切的國法，成文憲法主義的風潮正盛，此種主義，遂成爲世界共通的主義。

二 成文憲法主義的發達

基於國家契約的思想，欲以成文記錄國家的基礎法之最初的企圖，就是起於十七世紀英國清教徒的戰亂之時。於清教徒內，尤其是以列爾般爲首領的列成拉斯一派，主張最極端的民主思想。此派於一六四七年十月，在所謂『國民契約』(The Agreement of the People) 的名稱之下，起草國家憲法草案，提出於克林威爾的軍事會議 (council of the army)。軍事會議將他加以種種的變更，於一六四九年一月，把他提出長期國會，經其議決之後，更要求全體國民的同意。於此國民契約 (其全文載於 Gardiner, Constitutional Documents of the Puritan Revolution p. 207 以下) 內，關於國家性質之自然法學的見解，很明瞭地表示出來；把委任於國會的權力，與保留於國民自身的權力，區別起來。國家的憲法，就是爲國家組織的基礎之根本契約。既然是嚴肅的契約，必須以成文記載，以明立法權者自身亦不得超越的界限。關於此種契約的變更，與後世的憲法不同，他不規定何種改正的方法，是永久不能變更的。此種國民契約被克林威爾所阻，雖至於不能實現，然至克林威爾解散國會，自爲執政官的時候，爲使人明白其新政體起見，認爲有另以成文規定之的必要，乃於一六五三

年十二月以政體書 (The Instrument of Government) 的名稱規定新的政治組織而發布之。(其全文載於 Gardner, 前書 p. 314 以下) 這是自那時以迄今茲在英國曾經成立過之唯一的成文憲法; 而其失敗, 同時也就是英國成文憲法的歷史完全告終。

有繼續的效力之成文憲法的歷史, 始於北美諸州。自一七七六年美國十三州宣言與英國脫離關係, 各自成爲獨立國之後, 於同年及後數年間, 各州相繼特別地制定憲法, 又將歷來的殖民特許狀照樣保存, 而與以國家的憲法之性質, 這可以看作世界上最初的成文憲法。其次, 依十三州的聯合, 於一七八一年定立邦聯規約 (Articles of Confederation); 更依一七八七年的憲法會議, 改定此種規約, 議定北美合衆國憲法, 此憲法至一七八九年時, 始得各州的同意而確定成立。

在歐洲, 法國大革命爲使立憲制度與成文憲法主義普及於世界之最大的原動力。在法國, 由一七八九年憲法草案的討議開始, 於一七九一年九月三日, 發布第一次的憲法。此後法國雖繼續經幾次的革命, 政體屢屢變更, 然其所稱的成文憲法主義, 並不變更, 以至於現行的一八七五年的憲法。依法國革命而傳播的思想, 對於歐洲大陸諸國, 與以顯著的影響; 做效法國憲法主義而制定憲法的國家, 實在不少。一八一四年拿破崙的失敗, 對於此種趨勢, 與以一大頓挫; 再, 反動政策雖然支配歐洲, 然在法國尙有一八一四年路易十八的欽定憲法; 其他各國亦有做此主義制定以君權主義爲基礎的欽定憲法的。自是以後, 立憲制度漸次普及於世界各國, 同時各國皆採成文憲法一義, 這層前章已經說過了。

時至今日，爲成文憲法主義之例外者，僅英國而已。本來在英國關於憲法的成文法，並非完全不存在。憲法上的許多重要的條項，都規定爲成文法，其範圍最近有愈益擴張的傾向。（除以前所舉的 Magna Charta,

Petition of Right, Bill of Rights 之外，如 Habeas Corpus Act (出庭狀 1679) Act of Settlement (踐

祚令 1701) Act of Union with Scotland (英蘇聯合法 1706) Act of Union with Ireland (英愛聯合

法 1911) The Representation of the People Act (人民代表法 1919) 等皆是包含許多憲法上的條項之

成文法規。然而此等成文的法律，都是僅關於特別的事項，改變從來的習慣法；又僅對於國王的專制的權力，保障國民的權利，而決非對於國家的統治組織的全體，規定其原則的。關於此點，與近代的所謂成文憲法，其主義完全不同。所以英國在今日普通被稱爲不成文憲法的國家。除英國之外，匈牙利亦沒有如其他諸國一樣的成文憲法，他大都依習慣法而行使支配的。（譯者按匈牙利於歐戰後已制定成文憲法。）

三 成文憲法之國法上的意義，憲法制定權的思想

成文憲法主義之國法上的意義是：憲法與普通的法律有別，憲法比普通的法律有特別強烈的效力，依普通的法律手段不能變更憲法。

在不成文憲法的國家裏面，憲法於形式上完全與普通的法律和習慣沒有區別；憲法在由習慣而成立的場合，那更不用說，即使規定爲成文法，依普通的手段，亦可以制定和變更之。在採用成文憲法主義的國家裏面，則與此相反，關於憲法的制定及變更，普通皆不能以單純的立法爲之。

於憲法與法律之間所以承認有此種效力輕重之分其初乃基於這種思想就是以憲法為構成國家的契約的條款；國家契約說即為此思想之端緒。憲法既為國民的契約，故僅依國民自身一致的意思，才可以制定和變更之；立法權既為依憲法而造成的權力，故僅於憲法之下，依憲法才能行使，他不能有變更憲法自身的權力。這種思想，如從前所述依克林威爾部下而造成的國民契約案中，業已明瞭地表現，至其成為學說，乃依華德爾之明白的述說。始初實際履行國家契約說，就是十七世紀之初，那些因受宗教上的壓迫，由英國逃至荷蘭，更由荷蘭而移住美國的清教徒；他們於其所移住的地方，欲建設理想的新英國，盡量地實行國家契約說。移住者互相締結契約書，以規定將來的國家組織，各自約束使服從國家的權力。於此等所謂移住契約（Plantation Covenants）中，其時期最早，且最有名的，就是一六二〇年新普里穆斯（New Plymouth）殖民地的Pilgrim Father 在他們的移住船 Mayflower 號內，同行者四十一人盡行簽名的契約。其後尚有數次的移住人民，締結同樣的移住契約，其中較重要的，為一六三八年由麻沙朱色（Massachusetts）移住於康內狄卡（Connecticut）的人於翌年（一六三九年）所締結之康內狄卡的根本規律（Fundamental Orders of Connecticut）。在這種規律裏面，詳細地規定其政治組織，差不多如同真正的憲法的體裁一樣。這些契約都是完全依移住人民之一致的意見而定的，最忠實的實行國家契約說的思想。美國諸州自脫離英國獨立以後，於新定國家的憲法的時候，因為人口已經很多，欲求所有人民的意見之一致，於事實上有所不能，所以有許多州，特別因為制定憲法之故，召集由人民選舉出來的代表會議（convention），其憲法單是在此會議中議決的，唯麻沙朱色州於

一七八〇年把憲法會議所議決的憲法案更提交一般國民討論，而求其同意（但非直接屬於國民各個人的投票，乃提交各地方團體的（town meeting）討論，而求其同意）他州亦有倣此辦法而行的。但他們雖然是行這種辦法，却並不依照一致的意見，不過僅採多數決定主權而已。北美合衆國憲法的制定，先於憲法會議議定後，更提交各州內特別選出的各州憲法會議加以討論，俟得其一一切同意，始行確定。而此等憲法——無論是合衆國的也好，是各州的也好，——皆於前文內明示國民制定此憲法的。

若嚴密的理論的解釋國家契約說，則憲法之制定和變更，必須依全國民的一致的意見然後可，但如此則事實上使憲法的制定和變更爲不可能，故美國各州之憲法的制定，並不嚴密的依從此種理論，這層上面已經說過。在法國，關於此問題，革命時代的政治家和理論家斯霽（Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat）亦曾論及。

斯霽所說的要點，第一，在於區別「造成憲法的權力」（Pouvoir Constituant）與「由憲法而造成的權力」（Pouvoir Constitué）。前者其性質上不受何等的拘束，而爲絕對自由的。立法權行政權和司法權都是依憲法而造成的，受憲法的拘束，僅依憲法始能行使；獨國民自身纔是一切的源泉，自己有制定憲法的能力，因而毫不受憲法的束縛，其所希冀的，就是法律，他沒有何等形式的拘束，且不能受拘束的。第二，此憲法制定權，除由國民自己行使之外，還可以委任於國民的臨時特別代表，由他們行使。於依代表而行使的時候，同樣的，不受何等的拘束。國民之通常的代表，僅於憲法之下，依憲法被委任行使立法權行政權；至於臨時特別的代表，則可以依

國民的所，欲授以無論那種新的全權而於大的國民裏，面自己召集大會事實上有所不能故於非常的時候選舉此種臨時特別的代表，實屬必要。於此種情形，其代表代表全體國民，故與國民自身同樣的不受何等形式上的拘束，得隨意制定和變更憲法。此與普通立法機關的性質完全不同。

然而斯霽此說，於理論上是不能維持的；於實際上，其原來的形式，亦不爲法國所採用。國民在憲法之上，不受憲法的拘束，就是承認國民有不斷的革命的權利；恰與專制主義的君主主權說，主張君主的權力超越於憲法之上，無論何時皆可廢止和變更憲法，陷於同樣的謬誤。

關於此問題，盧梭的學說，頗帶特異的色彩。依盧梭的民約論（*Contrat Social*）所說，國民總意，不能自己拘束自己的，又一切的法律是國民總意之表現，故其理論上的結果，是憲法與普通的法律之間沒有效力輕重的差異，憲法亦沒有拘束總意的能力，然而盧梭並不推到此種論理的結果，而以爲關於普通的立法，可依多數的意見而決定，其事情若愈益重要，則所要得之多數，亦必愈大，愈有要求近於全體一致之必要，僅有社會契約的本身，其性質上必定要全體一致的。（市村森口日譯民約論二四三頁二四七頁）依他這種說法，憲法與法律是有區別的；關於法律則承認多數決主義，反之，獨關於憲法，則要求全體國民的一致。然於他論波蘭政治一書（*Considerations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en 1772, Chap. IX*）內，緩和此種抽象的理論。他承認憲法與法律間的區別，承認憲法有難於變動的必要，這一層，雖與民約論所說的相同；然關於憲法的變更，不以全體的一致爲必要，而謂依憲法所自定的方法，即可變更之。他說：『以法律爲

絕對的不可變更，雖反於社會結合的性質，然總意規定非以與制定法律同樣的嚴重，不能變更法律。如是則既不違反於自然，亦不悖於道理。(Il n'est ni contre la nature ni contre la raison qu'il ne puisse revoguer lois qu'avec la même solennité qu'il mit à les établir) 這是總意將來自己給與自身的一切的拘束。』即盧梭承認關於憲法的變更，憲法自身所規定的，有拘束主權者的國民之自身的能力，此點與今日的國家學說中之國家自律說頗相近似。

憲法制定權 (pouvoir constituant) 與普通的立法權 (pouvoir législatif) 區別的思想，其發達的情形，已如上述。於今日，以國家契約說為謬誤，這一層，久為一般人所承認，無所爭論，因而關於憲法與一般的法律有別，唯有依國民的一致意見始能變更的思想，亦為一般人所否定。憲法制定權與立法權，又沒有一則在憲法之上，一則在憲法之下的差異；憲法是必須與國家共同存在之國家的根本法，決不待特別的制定行為始行存在。雖將憲法制定為成文法的場合，而此種憲法，是根據於已經成立的不成文法而制定的，此點與普通的立法權毫無差異。既然憲法是被制定，則憲法制定權亦與普通的立法權一樣的處於憲法之下，僅依憲法始可行使，無論君主也好，國民也好，皆不能有超越於憲法以上的權力。

雖然如此，近代的國家，普通都把憲法制定權與普通的立法權分別起來，以為憲法不能藉普通的立法權而變更；此非根據於國家契約說，乃是基於實際的見地，以為憲法為國家的基礎法，應該特別尊重，不許輕輕變更罷了。關於變更憲法的方法，在國家契約說最盛的時代，使憲法之變更甚為困難，反之，近來的趨勢，對於憲法

視爲有應時勢而變更的必要，因而有使憲法的變更比較的不困難之傾向。憲法之變更，非但不必依國民的一致意思，而且沒有求得國民多數同意之絕對的必要。憲法變更的方法，可以依憲法自身的規定，僅依憲法所規定的方法，始得修正憲法，且僅取這種方法就夠了。

四 成文憲法之制定

就各國之實際的歷史，考察成文憲法怎樣規定，可分以下四種：

(一) 欽定。於君主專制政治的時代，立法權專屬於君主，故關於憲法之制定，在君主國裏面，於由專制政治新變爲立憲政治的時候，除了因革命及臨時的原故，開設特別的國民議會之外，僅依君主的權力而成。僅依君主的權力而制定的憲法，稱爲欽定憲法。於歷史上最顯著的實例，即一八一四年路易十八的憲法。(Charles Constitution) 一初，一八一四年四月，帝國政府的元老院宣言拿破侖退位之後，急與立法院共同議定新憲法，以國民的名義，迎路易十八即王位；於路易即位之前，要求他宣誓承認憲法，路易拒絕承認，另於同年六月規定以君主權思想爲基礎的憲法，宣言此憲法乃依國王的意思，依王權自由行使 (Volontairement et par le libre exercice de notre autorité royale) 的旨趣而規定，而公布之——於德國，受法國憲法的影響而制定的一八一八年五月伯倫的憲法，及同年八月巴丁的憲法，同屬於此例。就中一八四八年十二月，普魯士國王因與國民議會之協定，不能調協，專根據王權而發布的憲法，亦屬於同樣的例。(但此憲法直接交付議會審議，經其全部修正，更於一八五〇年一月公布之。) 此外日本的憲法，及一九〇六年的俄皇的憲法等，亦是一樣。

欽定憲法乃專制君主政體中，君主依其專制的權力而制定的；因此，在欽定憲法的國家裏面，君主動輒立於憲法之上，而不受其拘束，無論何時，皆能中止和改廢憲法；關於憲法的解釋，得依君主的意思而決定——這種思想流行頗易。例如俄羅斯憲法制定後，因自由派在議會內占多數，於是解散議會，後來又以敕令改正選舉法，使成爲非常限制的複雜的東西，以壓抑議會之反對，凡此種種，皆是顯然根據於此種思想——這種思想，不用說是應該要絕對排斥的。憲法所以僅依君主的權力而制定者，不外因爲於制定的時候，仍然是專制政體，一切統治的權力，都屬於君主的原故。憲法既已制定，專制政體既變爲立憲政體，君主早已不能單獨享有立法權，自然更沒有中止和改廢憲法的權力了。於制定憲法的歷史裏面，憲法雖僅依君主的意思而制定，然這是君主作爲國家的機關而制定的，既經制定之後，憲法是具有爲國家的意思的效力，而非具有爲君主的意思的效力。因而君主及其子孫，當然依此而受法律上的拘束，僅依憲法自身所定的方法，始能變更憲法。

(二) 協約。於君主國內，當制定憲法的時候，往往君主不是依其單獨的權力而制定，乃依君主和國民及國民的代表機關之雙方的同意而制定，外觀上恰如兩當事者間的約束，這種情形也是有的。普通稱之爲「協約憲法」。英國的大憲章雖不能稱爲屬於近世的意義的成文憲法，然而尙含有憲法的條項；而這是國王與貴族軍戰鬪的結果，國王因貴族軍的要求，不得已而簽押的，外形上恰如雙方間的講和條約一般。此外，英國於一六八八年的革命，國會迎威廉，使即王位，當時先議決權利典憲，使國王宣誓遵守之。法國於一八三〇年的革命，迎路易菲立爲國王的時候，議會修正一八一四年的憲法，而削去其前文，使國王承認遵守之；以上所舉，就是協約

憲法的實例。在德國，一八九一年的威爾丹特爾希的憲法，因制定之故，先於一八一七年召集國民代表的議會協定後，由國王公布之，此與一八三一年的薩克遜的憲法屬於同一的例。

此等所謂協約憲法，從外形上言之，雖恰如君主與國民間的約束一樣，然其法律上的性質，決不能看作雙方當事者間的條約，其一樣的有國家的制定法的效力，固不待言。若於憲法制定之前，國民的議會既為國家的機關，而依法成立，且有依法參與憲法的制定之權能，則這是於憲法未制定以前已有立憲政治，憲法的制定，其實不過是憲法之修正及以成文規定習慣法罷了。若於憲法的制定之前，是專制君主政治，依憲法始為立憲政治，則縱令實際上雖依可以看作國民的代表的合意而定，然這祇不過是事實上的經過罷了。議會是法律上的權能，而非參加於憲法的制定，從法律上言之，等於僅依君主的權力而制定，與欽定憲法的性質無異。

(二)民定。憲法制定之第三方法，即國民自己直接的或依其代表機關而制定憲法。這是於成文憲法的歷史中最初發現的方法。從國家契約說言之，這可以看作他的當然的方法。由此方法而制定的憲法，於歷史上可以分為三種情形：

第一，依革命而傾覆從來的政體，國民議會事實上掌握最高的權力，自己制定憲法，——這是獲得社會的認識而有法的效力的情形。為法國革命之結果的一七九一年的憲法，即為其第一顯著的例。當時的議會，起初雖為等級會議，由國王召集，於集會之後，第三階級自己脫離那種性質，而改稱『國民議會』，不依國王解散的命令，更改稱為『憲法議會』，遂制定憲法，以自己的名義公布之。當時在名義上雖仍保存王政，但憲法不是依

國王的權力而制定，不經國王的裁可的。國民議會，並非基於合法的權能而制定憲法，單是事實上掌握權力，純然是革命的行為。法國的第二及第三共和政府的憲法，亦是革命的結果，是依國民議會而議定的；而於此等情形，皆先有臨時政府成立，然後以臨時政府的命令，依國民的選舉，組織國民議會，以制定憲法。此外尚有最近的實例：即德國一九一八年革命，其結果，於一九一九年韋瑪的憲法會議議定的德意志新憲法。德國諸州的憲法，與大利憲法等，亦屬於同樣的例。

第二，是還未成爲國家，而處於他國支配之下的人民，當新與他國分離獨立而成爲一國家的時候，依國民的代表會議，制定新與國家的憲法的情形。屬於此例的，是歷來爲英國殖民地之北美十三州於獨立後所制定的憲法，（但其中有二州仍以歷來的殖民地特許狀的內容，照舊作爲其國的憲法的。）及從前屬於荷蘭治下的比利時，於獨立後制定的一八三一年的憲法等。最近世界大戰之結果，新變爲獨立國的捷克斯拉夫，波蘭，芬蘭等諸國的新憲法，亦同屬於此例。此等情形，皆不是成文憲法制定之後，國家始行成立的。國家於憲法未制定之前，已經成立；國家既然成立，同時不成文憲法亦當然成立，根據此種不成文憲法，則由國民選舉而成的議會，可認爲行使制定成文憲法的權能的機關。

第三，是歷來爲民主政體的國家，從前不過僅有不成文憲法，後來始從新制定成文憲法的情形。如瑞士諸州的憲法即屬於此例。

（四）聯合各國的協定。關於憲法制定之最特異的情形，就是多數獨立的國家，從前僅爲國際法上的結合，

(邦聯)後來改爲依各國相互間的協定，以其全體組織成一個聯邦制的國家。北美合衆國憲法，瑞士聯邦憲法，及德意志帝國憲法等，即屬於此例。

於此情形中，最特異的事情，就是依成文憲法的成立，新的國家始行成立，而同時歷來爲獨立國的聯合諸國，失其獨立。於普通的新興國家的時候，國家先成立，然後使其憲法變爲成文，國家之成立，雖則不因乎成文憲法，然於新組織聯邦的時候，憲法未成立之前，不過是多數的獨立國，聯邦仍未存立，迨憲法既成，聯邦方始成立，而同時聯合各國自己拋棄其獨立；這是國家依其自由的決意，適法的拋棄其爲國家的存立之一種稀有的情形。於聯邦憲法未成之前，僅爲多數的獨立國，憲法草案的協議，必然由國際會議進行，而此種國際會議的決定，有新聯邦的憲法的效力。其行爲的性質如何，學說上或以之爲僅屬事實上的行爲者亦有，（此說尤爲愛里那克 *Allg. Staatsl.*, S. 275f. 774f. 所主張，其他如助倫，哈普斯克及美國斷章羅貝等亦主張之。）其所持理由，謂凡法皆於國家成立之前，不能存在，故設立國家的行爲，無論於若何的場合，常爲事實上的行爲。然而謂法要先有國家然後存在，並不是正當的思想，此層上面已經說過。國家之設立，雖爲一種行爲，但不能說是事實的行爲。有許多時候，國家是由於事實上有威力者，因維持其威力而成立的；此種時候，固然是事實的行爲；但於兩個以上的國家相聯合而構成一國家的時候，依相合併的國家之有意識的意思行爲，而國家於以成立，這不用思疑是法律的行爲。然設立聯邦的行爲，究爲具有怎樣性質的法律行爲呢？關於這層，或有人把他當作屬於普通的意義的國際條約（尤其是梅耶主張此說），或有人把他當作與設立公司的行爲一樣，同爲『合同行爲』。

(坎愛鐸里白爾、班登克等主張此說) 聯邦的設立，與國內法上的行爲比較起來，恰如公司的設立一樣，這是很易看出來的；就是依相結合的各國的合同之意思，建設新的國家。聯合各國的代表，有依各本國的國法，而正當代表其國家的權能，基於此種權能而表示設立聯邦的意思。此種意思表示，依各國的國法，是適法的國家的意思，決非單是事實上的革命行爲。而此合法的各國的意思，若相一致，則從其意思的內容，建立新的國家；由各國的協定而成的憲法，含有新國家的成立和新國家的意思之效力。

五 成文憲法的修正，剛性憲法的觀念

在有成文憲法的國家裏面，承認於憲法與一般的法律之間，有形式上的區別；憲法不能依普通的方法來修改。

有時候，關於憲法之修改的方法，憲法上不設何等的規定。英國的清教徒戰亂時代的國民契約，不規定修正的方法，這一層上面已經說過。十九世紀以後的憲法中，法國路易十八的欽定憲法，關於修正一層，不設何等的規定，使他永世不變；然這種憲法，僅繼續至一八三〇年的革命而止。意大利的一八四八年的憲法，關於修正上亦無何種規定；起初解作國王爲憲法的制定者，自己保留有修正的權力；後來解作憲法的修正權，當然屬於立法部；依普通的立法手段，曾加以數次的修正。此外挪威及希臘的憲法中，規定根本的法則，永久不能變更；但什麼是根本法則，就很不明瞭。法國的現行憲法，亦規定共和政體，永久不得變更。美洲合衆國的憲法，規定各州有舉出同數的代表於參政院之權利，非得本州的同意，不能修改之；而各州斷沒有肯自己同意於失去自己

的權利的；故關於此點的修正，法律上可以說是不可。日本的憲法，規定在置攝政的期間內，完全不許修改憲法。

然而憲法自身，雖則無論怎樣使憲法的修正成爲不可能，然若維持此種憲法之事實上的力，一經變動，則憲法亦不免發生事實上的變化，這是當然的事情。無論什麼憲法，欲使之永世不變，是不可能的。使憲法的修正過於困難，或使之不可能，恐有增加國民的不平，促進革命的機運之虞。

現在各國的憲法，差不多沒有例外，都規定修改憲法之一定的方法。其方法大體可分爲二種：其一，基於憲法的制定權 (*Pouvoir constituant*)，必須存於國民自身的思想，而以憲法的修正，不屬於普通的立法部的權能，而屬於國民之直接的權能，屬於僅爲此目的而組織的憲法會議 (*convention*) 的權能。其二，關於憲法的修正，委之於普通的立法部的權能，唯其議決的方法，須比普通的立法較爲鄭重。此外於聯邦制的國家內，亦有以憲法的修正，須交付聯邦各州討論的。關於此等情形的各種方法，略述如左：

(一) 以憲法的修正，爲國民之直接的權能。的制度，僅見於民主國內；這種制度，起初由國家契約說開其端，後來則與他沒有關係，而依然流行着。採取這種制度的，爲美國及瑞士諸州，其中有種種的方法。

或有不承認國民的發案權，其草案由普通的立法議會或特別組織的憲法會議議決，唯其最後的決定，則由國民表決的。美國諸州近來多採此制，最近國民發案的制度，漸次擴張於諸州。法國大革命時代，屢屢採取此種方法，這層上面業經說過。

或於立法議會或特別憲法會議未舉行憲法修正的審議之前，先將有沒有修正憲法的必要一問題，交國民投票，更依其表決而組織特別憲法會議；或於普通的立法議會裏面，議定憲法的修正，要依國民的表決，而為最後的決定的亦有。瑞士及美國諸州之中，屬於此例者不少。亦有依州的情形，於一定的年限，必定以憲法有沒有修正之必要的問題，交國民投票決定的。（美國諸州之中，有於七年，十年，或二十年不等，必定以開憲法會議與否的問題，交國民表決的。）

或承認由國民方面，提議修正憲法（constitutional initiation）者亦有。由一定數目的人民，具備議案，提議修正憲法。依國民的表決為最後之決定。這種制度，多行於瑞士諸州；最近美國有許多州亦做行之。瑞士諸州中之保存國民總會制的，承認一個人亦可以提議修正憲法。

或有把憲法之部分的修改（amendment）與全部的修改（revision）區別起來；部分的修改，於普通的立法議會中，可以行之，但關於全部的修改，必須經國民的表決。（美國諸州之中，僅 Delaware 州對於部分的修改不須國民表決。）

（二）關於憲法的修改之第二種方法，就是為議決憲法的修改起見而開設特別憲法會議的方法。這種制度是基於斯靄所主張之同樣的思想；即普通的立法議會，僅有行使憲法所委任的立法權之權限，而無議決憲法自身的修改之權，議決憲法自身的修改之權限，必須由受特別委任之特別代表會議行之。美國諸州皆基於此種思想，關於憲法的全部修改，必須開特別憲法會議，根據此會議的議決，再由國民表決，以最後的決定。（部

分的修改，普通都是經普通的立法會議決後，再交國民表決。）不依國民的表決，而僅以憲法會議的決議爲最終之決定者，於南美諸共和國中，其例尤多。

(三) 一切的君主國及一部分的共和國，關於憲法的修改，皆以之爲屬於普通的立法機關的權能。這個亦可以分出種種的方法。

從發案權說來：(甲) 君主主義的色彩最强的地方，發案權僅保留於君主，不許由議會提案。如舊俄羅斯帝國的一九〇六年的憲法(第八條)規定：『帝國憲法，僅依皇帝之提案，而交帝國參議院及帝國議會審議。』在今日，除日本的憲法之外，沒有這種例。(乙) 最普通的就是政府及議會的兩院雙方皆可以提案的制度如革命前的德意志諸國，雖爲君主主義的精神頗强的國家，然皆承認君主與議會雙方的提案權。雖於共和國內，除依三權分立主義者之外，普通大總統及議會皆可提案。(丙) 亦有承認國民的發案權的。德意志新憲法在原則上，雖則普通的立法機關可以議定修正憲法，然亦承認可以由國民方面提議修正；普魯士及其他諸州的憲法，亦與此相同。

從有最終的決定權者說來：(甲) 於君主國內，普通皆以君主的裁可而認爲成立。(乙) 雖然於君主國內，完全不承認君主的裁可權，僅以議會的議決權爲最終的決定者亦有。希臘及保加利亞的憲法就是這樣。(丙) 於共和國內，除應交國民表決者外，當然僅以議會的議決爲有最終的效力。

雖在以憲法的修改爲屬於普通立法機關的權能的國家裏面，大多數皆認憲法的修改與普通的立法不

同，須要有特別鄭重的手續。其方法亦有種種：(甲)法定人數（爲開會議事及議決事項之必要的出席議員人數的最少限度）的規定，比普通的議事特別增高，非有議員總數三分二或四分三以上之出席，不能開議修改憲法；(乙)關於議決的投票的多數，特別定高，非有出席議員人數或法定議員總數的三分二或四分三之同意，不能可決，這都是多數國家所採用的。依國家的情形，亦有(丙)於議會內，議決修正憲法之後，爲徵詢國民的意思起見，舉行議員的總選舉，而於新選舉的議會內，再爲同一的決議，如是始爲最終的決定。如比利時、荷蘭、瑞典、挪威、丹麥等國的憲法皆屬之。(丁)法國的憲法，規定以議會兩院單純的過半數議決有修改憲法之必要後，再由兩院聯合組織國民會議，依該會議的過半數，以決定憲法的修正。(戊)亦有須隔一定的時期，重行爲同一的決議的，例如革命前的普魯士憲法，規定議會各院，隔二十一日依過半數，爲二次同一的決議，就可以修改憲法。(己)於意大利及西班牙的憲法內，關於憲法的修改，並沒有規定必須與普通立法相異的手續。

(四)於聯邦國內，關於國家的構成上，及憲法修正的手續上，有許多與他國不同的特色。美洲合衆國憲法，把憲法修正的發案權與最終決定權分開，兩者各規定兩種方法，選擇那一種都可以。對於提案權，或由聯邦議會的各院三分二的多數可決，或依各州三分二以上的立法議會之要求，開特別憲法會議議決。關於這種已經決定了的修正案之最終的決定，依聯邦議會的選擇，或須得各州四分三的立法議會的同意，或各州四分三的特殊憲法會議的同意。直至今日，美國所施行的憲法修正，無論關於提案權也好，關於最終決定權也好，都常常依照第一種方法。瑞士的聯邦憲法，依聯邦議會的過半數之決議，或五萬人以上的公民之提案，更交聯邦各州

議會討論，得其過半數之同意之外，尚須交國民表決，得其過半數之決議。舊德意志帝國憲法，於聯邦參議院內，若有十四票之反對，（投票總數共五十八票，僅普魯士已有十七票）則憲法之修正，即當作被否決。（其他與普通的立法一樣）藉以擔保普魯士的裁決權。德意志新憲法則與他相反，不承認如此優越權，唯於議會內得議員三分之二之出席，與出席議員三分之二之多數，且於參議院內又得有效投票之二分二的多數，則可以修正憲法。

如以上所述，成文憲法的國家，與不成文憲法的國家不同，憲法的修正，比較的困難，因為成文憲法不如不成文法之富有彈性，英國的學者蒲徠斯（James Bryce: *Studies in History and Jurisprudence*, Essay, III.）稱之為剛性憲法（rigid constitution）與柔性憲法（flexible constitution）相對。依蒲徠斯之說，雖稱為成文憲法的國家，憲法上一切的法則，並非盡以成文表示，而亦包含許多不成文法的；雖稱為不成文法的國家，憲法的全部却不是都為不成文的；故成文憲法與不成文憲法的區別，很不明瞭，因之代以剛性憲法與柔性憲法的區別。所謂剛性憲法（固定性的憲法），即不能以普通的立法手段而變更的憲法之謂；所謂柔性憲法（彈性憲法），即可依與普通的立法同一的方法而變更的憲法之謂，此種區別是頗為重要的區別；而因其名稱對於說明此種區別，頗為便利，故今日英國以外的學者，多沿用之。

雖然，這並不是想以此種區別，表示其兩者的性質大相懸殊。雖說是剛性憲法，其修正的困難程度，有種種的不同；如美洲合衆國，則極為困難；至於法國憲法，與普通的立法，不但沒有多大差異，其修正上雖有如何的困

難，但於形式的修正的場合之外，依事實上的習慣，裁判所的判決，政府及議會的先例等，憲法不免自然的會變遷於此限度內，法國憲法是含有彈力性的。他方面，雖說是柔性憲法，而關於憲法的法則，即令對於其形式上的修正手續，與普通的立法無異，然一般仍有尊重之的感情，故比之普通的法律或習慣法，普通帶有某種程度的固定性。要之，所謂「剛」「柔」的區別，僅程度的差異，而非性質的區別；以之代替成文憲法與不成文憲法的區別，並不見得適當。

六 成文憲法的內容

成文憲法所規定的內容，各國不同。其最普通的內容，通常是：（一）國家的構成，和在國家最高地位之各機關的組織，權限及其相互的關係；（二）關於國家內國民的權利義務之基礎法則；（三）規定憲法修正的手續等三種事項。

然而一方面，有時雖屬於此等事項的事情，然因其稍涉及細綱，則以讓之於普通的法律為宜。他方面，有時雖不屬於此等事項的事情，然因為欲其難於變更，特別把他規定於憲法中。基於此兩方的傾向，各國憲法的內容，彼此有頗大的差異。

或於憲法上的通常法則之外，應屬於行政法，刑法，訴訟法，及民法的法則，規定於憲法中，因而憲法成為非常的長文的也有。其最著名的例，就是美國諸州的憲法；其目的大抵有兩種：（一）使此等的事項脫離普通的立法機關的權限，僅依人民的投票方可變更；及（二）若以普通的立法規定，恐裁判所有因其違憲而決定為無效。

之虞，把他規定於憲法中，可以免去可虞之處，因此有這種的傾向。就是不問事件之大小，凡見得稍為重要的，無論什麼事，皆規定於憲法中。如最近依美洲合衆國憲法的修正，而命全國實行禁酒，從此事件之性質上言之，是單純的警察規定，本來屬於各州的權限，自然不是憲法的法則；然因為欲達到使全國強制執行的目的起見，而以爲合衆國的法律，是屬於其權限之外，不能有這樣的規定，故於合衆國的憲法中規定之。

或與此相反，而於憲法中僅限於規定重要的法則，其餘在性質上雖屬於憲法的法則，然亦盡量讓之於普通的立法，採取這種方針者亦有。法國一八七五年的憲法，即爲顯著的例；於此憲法內，關於國民的權利義務，完全沒有規定。日本的憲法，亦爲比較的最簡單之一例。

憲法的內容，其繁簡詳略，既有如此的大差異，憲法的固定性之實際上的效果，因之亦有很大的差異。憲法的內容，除實質的意義的憲法之外，如果尚及於多數的事項，則由其剛性憲法而生的結果，使此等一切的事項，亦帶有固定性，而難以順應時勢的進化；若其內容僅限於最重要的原則，則其爲固定性的範圍比較小，且與柔性憲法的差異，並不顯著。

七 成文憲法的維持

成文憲法，如上所述，是不但不能以普通的法律去修正，而且有許多國的憲法，爲保障國民權利的結果，甚至限制立法權，不許以法律規定某種的事項。此等對於立法權的限制，怎樣能够去維持他呢？

於美洲合衆國及其他各州，此種手段，依裁判所的法律審查權而被給與。於美國憲法內，雖非以明文給與

此種權利於裁判所；然因為有法律不得違反憲法的原則，和裁判所對於一切訴訟事件，有決定法的解釋和適用之最高權能的原則，故其解釋上之當然的結果是：裁判所當行使其裁判權的時候，若認適用於該事件的法律，違反憲法，則該法律為無效，有拒絕其適用之權。此種解釋，無論於美國內，及聯邦各州內，早已普遍認為憲法上之確定的原則，更不容有疑問之餘地。因此種結果，於美國內，議會所議決的法律，因訴訟之結果，而變為無效者頗多。美國各州的憲法，除真正的憲法的法則之外，更包含許多屬於普通的立法的法則；在他國用法律規定的事情，獨於美國則規定於憲法之內，此種傾向，愈益增加。其原因一部分由於避免此種裁判所的無效判決之故。

於美國之外，如墨西哥，阿根廷，巴西等國，皆受美國憲法的影響，而制定本國的憲法，亦與美國採取同一主義。

然其他諸國，完全不採用此主義，皆以裁判所關於法律的內容，沒有審查其適合於憲法與否的權能，為確定的原則。這層在像英國一樣不承認於憲法與法律之間，有形式上的區別，而以法律為國家的最高意思的制度之下，固屬當然；然雖在像歐洲大陸諸國，以憲法為居於法律之上，法律不能與憲法抵觸的國家裏面，也是一樣；立法權者既以正當的形式，制定法律，則該法律之適合於憲法，於其自身上業已證明，不能以裁判所的權能，再行覆證。此原則在法國於一七九〇年的憲法會議內曾經聲明過（於一七九〇年八月十六日的法律中，有以下的條文：「裁判所不能直接或間接參與立法權的行使，且對於經國王裁可的立法部的法律之執行不得

妨礙或停止之。』Esmein, p. 476) 自是以來，此原則仍常常保持着。於比利時、意大利、德意志諸國裏，面此項原則，更無何種爭論。瑞士雖然在許多點採用與美國相類似的制度，然關於此點則與其他歐洲諸國相同，不承認裁判所有藉口於法律違憲而拒絕其適用之權。（但於聯邦制的國內，聯邦各州的法律，若遇違反聯邦的憲法或法律時，聯邦裁判所得宣告該法律為無效，這是當然的；因為聯邦各州是屬於聯邦之下的統治團體，恰與違反國家法令的各地方自治團體的法規為無效一樣。）

若果此等多數的國家，皆不承認裁判所的法律審查權，則法律不得牴觸憲法的原則，怎樣能夠維持呢？爲答覆此問題，往往有於通常的裁判所之外，更設特別的擁護憲法機關，使之負審查法律牴觸憲法與否之任；若牴觸憲法，則有宣告無效之權。此種制度，特別於法國內爲斯露所主張；（共和曆三年八月二日在憲法會議中的演說。Esmein, p. 536）他謂：必須設置特別的機關以決定違反憲法的法律及其他行爲爲無效，這是由區別憲法定權與普通的立法權所生之當然的結果；而可當此任的機關，不是裁判所，而必須爲政治的代表機關。他稱這種機關爲 *Jurie constitutionaire*。依法國共和八年的憲法所設的 *Senat conservatem*（維持元老院），就是實現斯露此說，這機關大多是當擁護憲法之任；政府又對於裁判所認爲違反憲法，而要求審查的法律，命令及其他行爲，與元老院以宣告其無效之權。（尤其是關於違反憲法的法律，第三七條內特別地規定說：『立法部所規定的法律，自決定之日起，於十日以內，得以其違憲之理由，起訴於元老院；若過十日之後，則由第一執政官公布之，既經公布後之法律，不得起訴。』）此種制度，於拿破侖任終身執政官及帝政時代，雖依

然保留着，但完全等於空文，從來未有實行過。（法律皆由政府提案，立法部沒有提案權；而裁判所於一八〇七年廢止，故自此以後，無論何人亦不能起訴。）王政復古時，此制度遂被廢止，拿破侖三世再做拿破侖一世之制，於一八五二年的憲法內，設置元老院，以為擁護憲法的機關；第二帝國政府時，名義上仍然存在。最近一九二〇年的捷克斯拉夫的新憲法，亦明言一切牴觸憲法的法律為無效。（一九二〇年二月二十九日的憲法施行法第一條）為裁決此事之故，特設置憲法裁判所（*Tribunal constitutionnel*），該裁判所由裁判官七人（由最高行政裁判所及最高司法裁判所的裁判官中各互選二人，其他裁判官二人，裁判長一人，由大總統任命之。憲法施行法第三條）組織之。

單從抽象的理論言之，憲法既與法律有別，而且是在法律之上，法律與憲法牴觸時，當然無效。又關於決定之權，應歸之通常的裁判所呢，抑特別設置當此決定之任的機關呢？然而於一方面，假使雖由無論怎樣的機關去當維持憲法之任，然該機關的決定，又殊難確保其絕對無誤；若果其所決定有違反憲法，則維持憲法的制度，却不免陷於破壞憲法的結果了。憲法維持機關的制度，或由通常裁判所當之也好，或設置特別的機關也好，其機關之所決定，假定常常是正確的；於此假定之下，方能達其目的。如果不這樣假定，則欲達到完全維持憲法的目的，無論用什麼制度，到底都是難以期待的。（如美國依裁判判決例，而憲法大受變化，這層亦不能爭辯的。）

因此，像今日多數國家之以立法機關自己所決定的，作為最終的決定，不承認其他有審查其決定的權能

的機關的制度，與美國之承認裁判所的法律審查權及捷克斯拉夫之設置特別的維持憲法機關的制度，於此兩者之中，若問何者最爲適當，這個問題，到底祇不過是：什麼機關應該有解釋憲法之最高的權能，及何者爲最可信賴的問題罷了；決不是有僅於後一種制度，憲法始可維持，於前一種制度，則憲法不能維持，那樣的性質上之差異的。

那一種制度是適當呢？這是與國家組織的全體的構成互相關聯的，而且是依裁判官的人格與信用，及由歷史的傳說所養成的國民感情等而受影響的問題，雖然不能一概答覆，但至少從今日多數的立憲國言之，是以立法權的機關，代表國家的最高權力，爲政體的根本原則；於此種政體之下，憲法依立法機關自身而維持，這是當然的。從實際上的見地言之，與少數的裁判官以立法權者以上的權力，使之爲解釋憲法的最高的權力者，這不僅有與裁判官以過大的勢力之虞，且因欲免裁判官的審查，遂易起以下的傾向：凡應該用法律規定的事項，亦故意加入於憲法中，（如現在美國諸州所盛行的情形。）於是發生遠離憲法與法律區別的本旨之弊。又裁判官所審查的僅限於由訴訟事件而起的，故有發生法律狀態的不安定之虞，就是：不起訴訟的時候，則認爲有效的法律而施，偶因某事件而起訴，遂被宣告爲無效。要之，憲法的維持，須依政府及議會的自制，及其相互的抑制，社會的輿論，學者的議論等之政治上的勢力，始爲適當；若因這種目的而設特別的擁護機關，使之擔負憲法維持之任務，這決不是適當的制度。

第二節 憲法學

一 憲法學在法學上的地位

憲法學是法學一部，以關於國家的組織及作用的基礎法則，為其研究的對象。

今日的法學，基於羅馬法學的傳統，承認法有公法與私法的區別，於法學的研究上，普通亦分爲公法學與私法學，而憲法爲公法之一部。

關於公法與私法的區別，依羅馬法學者之說明，雖謂公法是爲國家的公益的法，私法是爲個人的私益的法。然此種的區別，第一，是不明瞭：公益的法與私益的法其間不能有判然的區別，有許多法是爲公益的，同時也是爲私益的；第二，是不確當：謂公法是以公益爲主，亦不能適合於一切的公法，譬如刑法，不用說自然是屬於公法了，然而他的大部分，是以保護各個人的生命自由財產爲主眼，可以說是以私益爲主的。

或有於法律關係之性質上求其區別，謂公法關係常爲權力關係，其特色在於一方對他方命令及強制；反之，私法關係常爲對等者間的關係，支配權僅存於物質之上，於人與人之間，僅有請求權（此爲哲姆，羅莊，拉班等之說，穗積提要內所說，亦與此相同。）然而這種說法亦是不正當的。此說第一把原因與結果倒置，謂公法關係大多爲權力者與服從者的關係，私法爲對等者間的法，這些話，至某程度內，雖是正當的，然他是公法爲國家生活的法，私法爲私生活的法之結果，不過是他的第二次的性質罷了。第二，是有不適合於公法與私法的全體之謬誤；國際法且不必說，單就國內法而言，公法關係中，國家對於人民的關係，雖可概稱爲權力關係（但也不能常常這樣說的）然人民方面對於國家所有的權利，決不能看作權力，不過是請求權罷了；支配物質的權利

亦不是常爲私權，而有承認其爲公法上的物權的觀念之必要。在他方面於私法上亦可以有如親子關係的權力關係之存在。

凡法皆爲人類的關係的規律，故公法與私法之區別，亦必爲由其所規律的生活關係之差異而生的區別。人類第一有爲個體的生存，第二有爲團體之一員的生存。前者可稱爲個人的生活，後者可稱爲團體的生活。團體生活之最著者，即爲國家生活，此外尚有於國家之下而構成的種種團體。於此等團體之內，或有與國家具同樣的目的，由國家承認其公的性質的（以國家的事業爲目的者）；亦有僅具私的性質的（非以國家的事業爲目的者）。前者稱爲公共團體，後者稱爲私團體。公法是直接關於國家及公共團體的法；私法是直接關於個人的生活及私團體的生活的法。公法與私法的區別，僅可於此點求之。

然而不能謂公法與私法有絕對的區別，兩者能完全相分離而存在的。兩者的關係，異常密接，於兩者接觸的地方，不能判然認出其區別，這種情形，亦屬不少。就中於左列諸點，其關係尤爲顯著：

（一）爲各個人的個體的生存，依爲國家的一員始得完全，一切個人生活，以國家的保護爲其存立之基礎。因而可以說私法的全部立於公法的基礎之上。一切私法上的關係不僅爲私人相互間的關係，同時爲對於國家的關係；包含對於國家，得請求其承認，要求其保護的權利。例如所有權不僅爲可以對抗私人的權利，同時亦爲可以對抗國家的權利；債權是對於債務者的權利，同隨又是由國家承認而受保護的權利。

（二）國家是統治團體，同時亦是經濟團體；爲經濟團體之國家的生活，與個人生活相近似的地方很多。國

家賣出土地，買入需要品，雇用夫役，包辦工事，舉行借款，又償還本息，發行鈔票，擔負保證；於此等的關係，國家爲之，與私人爲之，法律上並無區別。於此等情形，私法——本來爲私人間關係的法——亦適用於國家。關於公共團體，亦是一樣。國家或公共團體，於某種情形，亦適用私法，這不免使公法與私法的區別，很不明瞭。

(三)公共團體與私人團體的區別亦不一定是很分明的。公共團體，雖然是由國家承認其爲有公共目的的團體，但國家之承認其爲有公共目的，僅由國家與以某種特權一事，始可認識；而其所給與的特權的範圍，有廣狹的不同；其範圍狹者，甚至與私團體間的區別，很難分辨出來。公共團體與私人團體的區別的不明瞭，又爲使公法與私法的界限不明瞭之一原因。

(四)國家是國民的團體；國民於其個人的生活中，能過安全的幸福的生活與否，直接關係於國家之盛衰存亡。於自由放任主義的國家內，私人相互的關係，普通皆任各個人所自定，反之，近代的文化國家，雖關於私人間的生活關係，亦不放任之於私人間的自由契約，而由社會的見地，加以種種的保護及限制。就中如使經濟上的弱者——尤其是勞動者——免除強者的壓迫之所謂社會的立法，成爲二十世紀中各國的重大任務之一，因之契約自由的原則，遂受很大的限制。國家之參與這樣的私人間的生活關係愈多，因而公法與私法的關係愈益密接，其限界不免愈難分辨。國家參與和自身利害有直接關係之私人間的關係，不單依民事裁判，且依刑罰權，及行政上的權力以勵行和強制之；那末，這個即使是關於私人間的關係的法，但早已不能看作純粹的私法，同時含有公法的性質。於此意味，可以說是所有權之公法上的限制，及契約自由之公法上的限制。

因此，雖然可以說：公法是國家及公共團體的法；私法是個人及私人團體的法；但是這不過僅表示大體的區別的標準，欲藉此而求兩者之判然的界限，實不可能。判然的界限，於兩者之間完全沒有存在。因此公法與私法的區別，在法學上，不是重要的區別，過於置重兩者的區別，不是正當的。至於說公法與私法之間，其法律關係的性質完全不同，而其研究的方法亦異，那更是完全錯誤了。（最近，Franz Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, Archiv f. öff. R. Bd. 26及Hans Kelsen, Zur Lehre von öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv Bd. 31皆完全否認公法私法的區別。）

公法是國家及公共團體的法，故公法學上所可論述的，包含左列各種部分：

1 國家的構成的法——領土的範圍，國民的要件，統治組織（中樞組織，行政組織，司法組織，軍隊的組織）

2 國家與外國之關係的法——平常的關係，戰時的關係。

3 國家與屬於國家支配下的人民（包含個人及團體本國，國民及外國人）之關係的法（基礎原則）——為行政權的主體的國家與人民之關係，及為司法權的主體的國家與人民之關係。

4 公共團體之構成，及其與國家的關係，與其他公共團體的關係，和與其支配下的人民的關係之法。

於此等各種部分之中，須首先區別的，就是關於國家與外國的關係的法，這是屬於國際法學所研究的。國家與外國的關係，本非權力者與服從者的關係，其關係雖恰如私法關係一樣，是對等者間的關係；然國家於對國內人民處於有支配權的團體的地位，他在此地位，與外國相交涉，一切國際法上的行動，沒有不是那處於統

治權的主體之地位的國家的行動，因而國際法，自然亦爲公法之一部。公法的全部，除去國際法之外，其餘的稱爲國內公法。

於國內公法中，更要區別的，是關於司法權的組織及爲司法權主體的國家與人民之關係的法，這可以稱之爲司法法。司法法更分爲刑法，刑事訴訟法，及民事訴訟法三部，各部皆作爲特別的學科研究。刑法是規律國家的刑罰權，對於犯罪者科以服從刑罰的義務的法；訴訟法是規律關於民事及刑事訴訟，規律國家與訴訟當事者的關係的法，不用說，皆是屬於公法。唯刑法及訴訟法，在公法中，發達最早，又其法則受一種與公法上其他部分顯然不同的原則所支配，故在公法中，占有比較的獨立的地位，而與公法上其他部門有別。國內公法中除去刑法及訴訟法之外，其餘的稱爲狹義的國內法。

狹義的國內法，更分爲憲法及行政法。行政法比較的發達最遲，於專制政治時代，國家的行政，概依官憲的擅斷而行，不受既定之法所規律，因而行政法，除了關於行政組織的法之外，差不多沒有發達的理由。於近代的立憲政治之下，雖行政作用，亦須依法而行，於行政組織法之外，如國家與人民的關係等之行政作用，亦恰與司法法一樣，爲法所規律；因而行政法遂成爲公法中之特別的一部門。國家內的公共團體，亦與國家一樣，具有公共的目的，其作用亦一樣的爲公的行政之一種，因而關於公共團體的法，亦屬於行政法，狹義的國內公法除行政法之外，即爲憲法。（表示此種意味的憲法學之語，在英語則用 constitutional law，法語用 droit constitutionnel

德語亦有用 Verfassungsrecht —— 組織法，—— 而學科上，普通稱爲 Staatsrecht —— 國法。此語

在廣的意味則包含憲法與行政法二者於狹的意味則僅用於憲法而已。

公法的全體，分爲憲法，行政法，刑法，民事訴訟法，刑事訴訟法，國際法六部——這是今日的法學之普通的分法。然而此等的各部門，無論是那一部門，都決不是與其他部門判然分離的，無論那一種，都是一樣的爲關於國家生活的規律，彼此之間有密接的關係，不能與其他完全沒有關係，而可以獨立研究的。

就中憲法是國家的基礎法，公法的全部，爲他的基礎，故不僅論及關於國家的構成，國家最高的各機關的組織，權限，行使的方法等的相互間的關係，對於司法權及行政權的組織權限，至少亦有論及其基礎原則之必要；關於國內人民的權利義務，其詳細的地方，本來雖可讓於行政法及司法法的研究，但其基礎的原則，必須在憲法內論及。又關於國家對外國的關係，在可以影響國內法的限度內，亦屬於憲法的研究之範圍。

二 憲法學的研究方法

憲法學的任務，與一般法學的任務相同；第一，在於尋求什麼是現在的國家的憲法；第二，對於所尋出的法，加以系統的說明。而爲達此等目的之故，其所應取的研究方法，與一般的法學無異。約言之，憲法學的研究方法，常常應該爲法學的 (Juristische methode)，這是不容爭辯的事情。

憲法學的研究方法，必須爲法學的，此說在德國尤爲拉班所極力主張，於其影響之下，至於支配德國近代的公法學界，日本的憲法學者，亦頗受其影響。然而德國的公法學者之所謂法學的研究方法，往往逸出其正當的途徑，而失去真正意義的法學的方法之正鵠者，實屬不少。

拉班之所謂法學的研究方法，其主眼的地方，在於兩點。其一，必須把憲法與政治學分離，關於論政治上之得失，記述政治上之事實，專歸於政治學的任務；而憲法學則離開此等的政治論，專從事於用法律眼光觀察現在的制度。而所謂用法律的眼光觀察，依拉班所說，則為：『分析公法上的法律關係；而定其法律上的性質，尋求其所屬之廣泛的一般觀念。』（德意志國法學第一版序文），無論什麼制度，沒有不可以入於廣泛的一般的觀念之中的。（第一版的序文內說：『造成一種完全不能入的更高的，更一般的法律的觀念中的新制度，恰與製造論理上的新範疇，和使新的自然力發生，一樣的不可。』）他說：『法學的理論之學問上的任務，是使各個的法規，歸屬於一般的觀念；一方面在於由此等的觀念引出其結果。這是純粹論理的思索的作用，欲盡此種任務，捨論理的手段外，別無他法。』（第二版序文）其二，以憲法學為特定的一國的成法（Positives Recht）之學，而與比較憲法學（Allgemeines Staatsrecht）及自然法學相分離。依此說，則一國的憲法，是以其全體為統一的全部，更無所欠缺的。（四版四卷五二七頁）德國近時的憲法學，概以此種思想為其研究方法的基礎。

憲法學與政治學的研究方法，彼此不同，又以他為特定的一國的成法之學，這不用思疑，其自身是正當的思想。然而以憲法學之主要的任務，為在於從論理上的構成觀念，以一國的憲法，作為無欠缺的統一的全部，乃誤解法的本質，使法學的任務，陷於偏狹，這到底是不能首肯的。處於德國的憲法學及其影響之下的日本的憲法學，其主要的缺陷，即在於此點。

依論理的力而構成一般的觀念，更由此觀念而推論其結果，僅可以用為說明法的補助手段。憲法學與一

切的法學相同以說明法爲任務之一，而爲盡此任務之故，從論理上構成觀念，而使各個的法規，歸屬於此等的觀念之下，這不用思疑是必要的補助手段，但這不過是憲法學的任務之一，不特不是其全部，而且不是其主要的任務。比較他更重要的任務，即在於發見什麼是法。而爲達此目的之故，德國憲法學者所取的所謂法學的研究方法，（日本的學者有許多比較更甚）很不滿足，且有與憲法的真相距離頗遠之憾。

他們以爲：一切的法與憲法，即爲立法者的意思，而立法者的意思所成的憲法，是無缺的全部，即令於成文法的規定中，雖有遺漏，而從一般的觀念由論理上去推及，即可以尋求出來的。

然而第一，以爲依立法者的意思所成的憲法，是無缺的全部，乃大大的錯誤。成文憲法及許多補充他的法令，雖經如何慎重的審議，如何綿密的規定，仍難免有許多的欠缺，這是不用再舉實例，即已明瞭的事情。試舉一二件最顯著的例來說，譬如日本憲法內關於領土的租借，委任統治，保護國，他國的合併等，並無何種規定。於取得新領土的時候，憲法當然施行於新領土內與否？能否置日本的軍隊於他國軍隊司令官統率之下？國家與神宮及神社，法律上處於如何的關係？關於此等及其他的許多問題，憲法完全沒有提及。而此等的憲法的欠缺決非依單純的論理的力可以補充的。

第二，以爲立法者所定的成文憲法及其他的法令，於其原來的形式就有現在的法的效力，亦是大錯。成文憲法及法令，概皆僅規定抽象的規律，而抽象的規律，非必常常有確實的規律各個具體情形的能力。具體的規律，雖以依抽象的規律而施行爲原則，但此原則，不一定是常常遵守的，有時關於具體的情形，定立一種與抽象

的規律相違反的規律亦有。這種具體的規律，其自身亦是一種法，關於特定的情形，於其限度之內，抽象的法失去其爲法的效力。因此，欲考查現在的法是什麼，不僅要觀察抽象的規律，而對於就各個情形而規定的具體的規律，亦有觀察的必要。

就中最切要的，就是憲法學超越於法學之其他的部門。成文憲法與其他一般的國法不同的顯著的特色，可以特別的舉出三點來：（甲）第一，是他的固、定、性。成文憲法的變更的手續，比之普通的法律較爲困難，上面已經說過，所以使成文憲法的變更比普通的法律較爲困難者，因爲以憲法爲不應容易變更，乃是一般的國民感情。無論他的原因如何，成文憲法比一般的法令帶有更強的固定性，這層是不容疑惑的，而成文法的固定性增強，則不能形式的改定之之程度亦增強，因而實質的變化的傾向亦顯著。（乙）他的第二特色是其規定爲最抽象的。成文憲法是國家的根本法，其規定比之其他一切的國法，更爲抽象的，其大部須待法令的補充始得爲完全的法。然即使法律的內容是違反憲法，（除了如美國之承認裁判所的法律審查權者之外）仍完全有法的效力，這一層上面已經說過；因而假使關於憲法的形式修正，雖然規定要用比普通的立法特別鄭重的手續，但實際上制定違反憲法的法律，而且此種法律是完全有效力的，因此不免有：依普通的立法，從實質上變更憲法的事情。即使不是明白的違反憲法，而憲法的規定，普通是依普通的法令，以限定其意義，限制其適用的，欲發見什麼是現行的憲法，必要觀察此等法令。（丙）他的第三特色是：運用憲法的規定的，是處於國家之最高地位的機關，他的上面，沒有監督者。當運用憲法之任者，爲政府及議會，而政府及議會，於其權限之內，各有獨立的解

釋權，即使其解釋錯誤，亦沒有可以矯正他的權力。政府及議會關於具體情形所採取的決定，為直接關於該情形之具體的法，對於將來發生之同樣的情形，有尊重之為先例的傾向。憲法遂有因此而發生實質上的變化的傾向。

憲法上所有此等的特質，就是使憲法超於其他一切的法令，於明文上雖沒有生何等的變更，而實質上發生極大的變遷的原因。

第三，以公法上一切的制度，為可以歸屬於一般的觀念，是由以下的謬誤而生的，就是：以變化無極的人事上的現象，為可以與自然現象一樣，常隨一定的定型。法律的觀念，不過是為法的說明的手段而構成。現實的法的變遷，決不受既成的觀念所拘束，其發生不與任何觀念相當之異例的法的現象，實為不少。以為依觀念可以說明一切的法，則有陷於觀念法學之弊。

要之，憲法學之研究方法，當然必須為法學的，然其所謂法學的，決不是解作：以成文法為唯一根據而構成觀念為目的。憲法學之主要的任務，在於尋求什麼是現實的憲法，而現實的憲法，乃歷史的發達之成果，又於成文的憲法之外，依各個的法令，政府及議會的運用而不絕的變遷，於其運用之中，各種政治上的勢力，與以很大的影響，且立憲政體於某種限度之內，發達而為近代的共通的制度，所以無論是那一國，沒有完全不受他國影響的。因此欲尋求現實的憲法，僅觀察成文的憲法決不能達到目的，欲達到這種目的，自然要對於補充憲法及使憲法發生變化的各個命令，加以觀察，又須遠溯於歷史，調查政府及議會所採取的先例，考求運用憲法之事

實上的勢力，更比較各國的憲法，而尋求立憲政體中的普通的原則。依此等種種的材料，然後可以尋出什麼是一國的憲法，至如觀念的構成，祇不過是為說明憲法的一種手段而已。

三 憲法學參考書

關於討論憲法上某特殊問題的著作，略而不舉，茲僅把關於討論憲法全體之可以參考的重要書籍，列記如左：

(一) 日本憲法 伊藤博文著憲法義解，皇室典憲義解（這是集合與憲法的發布及憲法起草有關係的人，對於憲法及皇室典憲的理由書而作的；雖作為伊藤公（當時是伯爵）的私著而公布，然而可以說是半官式的書。欲知憲法起草者的意見，這是最有力的材料。）穗積八束著憲法提要二卷（明治四十三年）有賀長雄著國法學二卷（上卷三十四年下卷三十五年出版）清水澄著國法學第一篇憲法篇（大正四年八版）副島義一著日本帝國憲法論（二十八年年初版）市村光惠著帝國憲法論（大正四年改版）上杉慎吉著帝國憲法述義（大正七年改版）美濃部達吉著憲法講話（大正七年縮印版）。

(二) 關於比較憲法學及一般憲法學近時最有力的著作，是 Georg Jellinek, Das Recht des modernen Staates Bd. 1. Allgemeine Staatslehre。此書於一九〇〇年初版，一九〇五年再版，第三版是於著者死後由其子 Walter Jellinek 修補過的，在一九一四年出版。現已翻譯為數國文字，不僅於德國，即外國的憲法學亦受其影響。他的著作，除此之外，尚有多種，其中較為一般的，為 Gesetz und Verordnung (1887)

及 System der subjektiven öffentlichen Rechte (2A. 1905)。此外，德文的書最近出版而較好的爲 J. Hatschek, Allgemeines Staatsrecht 3 Bde (Sammlung Göschen, 1909) Fritz Berolzheimer, System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie, Bd. III Philosophie des Staates samt den Grundzügen der Politik (1906)。此外，尚有 Laband 與七人共同編纂的 Handbuch der Politik 3 Bde. (2A. 1914) 揭載關於一般憲法學的種種論文，其中也有頗爲有益的著作。Conard 與二人所編纂的 Handwörterbuch der Staatswissenschaften (A3. 1911) 一書，其中亦有 Löning 起稿的關於 Staat 之項，及其他的論文。

此外，關於一般憲法學的德文的著述，尚有左列諸書：

Bluntschli, Lehre vom modernen Staat Bd. I, II (6 A. bearbeitet von Löning 1886) Bd. III (1 A. 1876.)

V. Treitschke, Politik 2 Bde (2 A. 1897-98.)

M. V. Seydel, Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrecht (Sonderabdruck aus den Annalen des deutschen Reichs, 1903.) Grundzüge der allgemeinen Staatslehre (1873.)

Gareis, Allgemeines Staatsrecht (in Marquardsen's Handbuch.)

A. Aförster, Grundzüge des allgemeinen Staatsrechtes 1892.)

C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre (2 A. 1909.)

Stier Somlo, Politik (2 A. 1911.)

Gumpłowicz, Allgemeines Staatsrecht (1907), Die soziologische Staatsidee (1902.)

Oppenheimer, Der Staat (1905.)

Rehm, Allgemeine Staatslehre (Sammlung Göschen 1907), Allgemeine Staatslehre (in

Marquardsens Handbuch, 1899.)

Cherke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts (unveränderte Abdruck aus der Zeitschrift für die
gesamte Staatswissenschaft, 1874, 1915.)

Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911.)

Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, 3 Bde (1901.)

英文的書比較最近出版的有下列各種

Burgess, Political Science and Comparative Constitutional Law (2 ed., 1902.)

Goodnow, Principles of Constitutional Government (1916.)

Willoughby, An Introduction to the Study of the Government of Modern States (1918.)

J. S. Young, The State and Government (1917.)

J. W. Garner, Introduction to Political Science.

L. H. Holt, An Introduction to the Study of Government (1915.)

Edward Jenks, The State and the Nation (1919.)

H. J. Laski, Studies in the Problem of Sovereignty (1917), Authority in the Modern State (1918.)

P. Ashley, Local and Central Government (1906.)

法文的書最多，應該要讀的是：

Esmelin, *Éléments de droit constitutionnel Français et Comparé* 5 ed. (1909.)

Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2 vols, (1911), *Manuel de droit public Français*, Vol. I,

Droit constitutionnel (1907.)

這些都是很好的書，雖然不是以一般憲法學為主，然而有一半是與他相關的

(二)關於歐美各國的憲法的書籍，不能一一列舉，唯舉關於英國憲法的最重要的著作如下：

Anson, *Law and Custom of the Constitution*, 2 vols. (1909.)

Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution* (7 ed. 1908.)

Lowell, *The Government of England*, 2 vols. (1912.)

Courtney, *The Working Constitution of the United Kingdom and Its Outgrowths.*

Bagehot, *English Constitution* (13 ed. 1905.)

Ridges, *Constitutional Law of England* (1915.)

Hatschek, *Englisches Staatsrecht* (Bd. I, 1905 Bd. II. 1906), *Das Staatsrecht des Vereinigten*

Königreichs Grossbritannien-Irland (1914.)

關於法國憲法的書除前記 Esmein 及 Duguit 的著述之外尚有：

Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (8 ed., 1917.)

De Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel* (1912.)

關於美國憲法的書：

J. Bryce, *American Commonwealth*, 2 vols.

C. A. Beard, *American Government and Politics.*

Willoughby, *The American Constitutional System.*

關於意大利憲法的書：

Orlando, *principi di diritto costituzionale* (5 ed., 1919.)

關於討論德國革命前的舊德意志憲法的書最重要的是：

Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht 4 Bde. (I. II. 5 A. 1911. III 5 A. 1911, III 5 A. 1913, IV 4 A. 1901.)

G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes (7 A. bearbeitet von Anschütz. 1919.)

Hänel, Deutsches Staatsrecht (in Bindings systematisches Handbuch, 1892.)

Anschütz, Deutsches Staatsrecht (in Holzendorff-Kohlets Enzyklopädie.)

Ph. Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reichs 2 Bde (1895 u. 1897). Die Verfassungsurkunde des deutschen Reichs (5 ed. 1913.)

A. Arndt, Das Staatsrecht des deutschen Reichs (1901), Verfassung des deutschen Reichs (5 A. 1913.)

關於德意志新憲法 Stier-Sornlo 其他二三注釋書，雖然說是已經公布，然而還未接到。

此等之外，Lowell, The Government of France, Italy and Germany (1914) 一書是併合討論法、意、德、三國憲法的。又於德國 一九〇七年以後，由 Jellinek, Laband, Piloly 三人所編纂而創刊的

叢書 Gas öffentliche Recht der Gegenwart 集合各本國有名的學者論述世界各國憲法的著作；欲知各國憲法，這是獨一無二的最良的參考書。該叢書又於同年以後，各年出 Jahrbuch des öffentlichen Recht 一卷，報告各國憲法及行政法上之顯著的變動，歐戰中暫時停止，戰後仍繼續出版。

(四)雜誌 關於憲法的學術雜誌其最重要者有: Political Science Quarterly; American Political Science Review; Archiv des öffentlichen Rechts; Annales des sciences politiques; Revueur droit public; Revue Politique et parlementaire; 國家學會雜誌; 法學協會雜誌; 法學會議誌等。

