

百 科 小 叢 書

家 國

著 孫 桐 樸

編 主 五 雲 王

行 發 館 書 印 務 商



圖書

4602

書叢小科百

家

國

著 孫桐樓

編主五雲王

行發館書印務商

國家目次

緒言	一
第一章 國家之語源	二
第二章 國家之源起	四
第三章 國家之進化	七
(甲) 歷史的進化	七
(乙) 學理的進化	九
第四章 國家之定義及其要素	一五
第五章 國家與其他公法學名詞之區別	一八
第六章 國家之主權	二二

第一節	主權之語源	二二
第二節	主權之性質及其定義	二四
第三節	國家主權說之批評	三一
第七章	國家與個人自由	四四
第八章	國家之任務及其目的	四九
第一節	國家之任務	五〇
第二節	國家之目的	五六
第九章	國家之根本法——憲法	六二
第一節	憲法之語源	六二
第二節	憲法之源起	六四
第三節	憲法之分類	六五
第四節	憲法之成立	六六

第五節	憲法之內容及其修改之手續	六八
第十章	國家之類別(從國內法上觀察)	七四
第一節	國體上之類別	七五
第一款	君主國體	七七
第二款	民主國體	七八
第二節	政體上之類別	七九
第一款	立憲政體	八〇
第二款	專制政體	八三
第三節	國家之種類	八三
第十一章	國家之類別(從國際法上觀察)	八六
第一節	單一國	八六
第二節	聯合國	八八

第一款 二國聯合	八八
第一項 並立關係之聯合	八八
(甲) 君合國	八八
(乙) 政合國	九二
第二項 從屬關係之聯合	九九
(甲) 保護關係 (le protectorat)	一〇〇
(乙) 主從關係 (la vassalité)	一〇〇
第二款 數國聯合	一〇二
第一項 聯盟國	一〇二
第二項 聯邦國 (Etat fédéral)	一〇六
結論	一一五

國家

緒言

在歐美諸大學中，所有關於國家之研究，每卽包括於憲法、國際公法及政治學之內。學者之著述亦然。是故國家學尙初無獨立之領域及明確之標界也。惟在日本，舊有國家學之設，我國承之。

然國家二字，實爲一切公法學之骨髓。法蘭西當代法學魁傑杜曠 (M. Léon Duguit) 氏，新著憲法通論 (Traité de Droit Constitutionnel) 五巨冊，關於國家問題 (le problème d'Etat)，及國家之普通理論 (la théorie générale de l'Etat)，竟佔三冊之多。其重要已可概見。誠以國家之觀念既明，則凡一切與國家有連屬之問題，俱不難迎刃而解。特設一科以從事於系統之研究，殆亦切要之事也。

第一章 國家之語源

國家一語係從西文 *state, Etat, Staat* 諸字附譯而來。考其最初之語源，起於拉丁；在希臘，羅馬古代之載籍會常見之。然古之所謂國家云云者，大都爲城市團體之意。現在英法學者尙每每以城市 (*city, cité*) 二字稱其國都，職此之故。

拉丁文中有所謂 *res publica* 者物也；*res publica* 者公也。二字連舉以名公共之物。近代『共和』 (*la republique*) 一語，實則由此而來。至以 *state* 一語用爲國家之意義，首推意大利。自十六世紀後，始傳播於歐陸。

若在中國，則『邦』字似在『國』字之先。書經五子之歌篇云：『民爲邦本。本固邦寧。』大禹謨篇云：『衆非元后何戴？后非衆罔與守邦。』迨後封建之制興，於是有『天下』『國』『家』之別。大學『家齊而后國治；國治而後天下平。』中庸『凡爲天下國家有九經。』又『天下國家可均也。』

孟子『國家閒暇，及其時，明其政刑，雖大國，必畏之矣！』可知昔日通稱：在天子則曰『天下』，在諸侯則曰『國』，在卿大夫則曰『家』。義各有當，未可混也。墨子不云乎？『……天下之亂，若禽獸然。夫明乎天下之所以亂者，生於無政長。是故選天下之賢可者，立以爲天子。天子立，以其力爲未足，又選擇天下之賢可者，立以爲三公。天子三公既立，以天下爲博大，遠國異土之民，是非利害之辯，不可一二而明知，故劃分萬國，立諸侯國君，諸侯國君既已立，以其力爲未足，又選擇其國之賢可者，立之以爲正長。』（尙同篇）觀乎此，則天下國家之界說，蓋亦瞭然矣。

故以『國家』二字混用而合爲一單獨名詞，其由來當未甚久。

第二章 國家之源起

昔希臘巨哲亞里斯多德(Aristotle 紀元前 384-332)曾言：『人爲社會的動物。』旨哉斯言！試觀自曠古以來，曾有孤立無羣而能競生於天地之間者乎？既羣居矣，於是互相扶助，而團體之生活及各人之關係，遂日臻於發達而繁密。然生活之情形及關係之嬗遞，則每因自然之環境而互異，而國家之源起，亦未可以一概論也。

國家種種之源起，雖不可得而詳知，然就政治形勢之推測而爲一般所公認者，要約言之，厥有數項，今分述如左：

有地處叢山，或棲居海濱，專以弋獵捕漁爲生活者，漁獵之民族屬之。

有聚居平壤，載耕載穫，以定期之出產，供生活之需要者，農業之民族屬之。

又有居地磽瘠，耕穫難施，勢惟馴養牲畜，輕土好遷者，遊牧之民族屬之。

各種民族隨地勢之交錯而關係漸興。此爭彼奪，互相劫掠，而戰爭斯起，故戰爭實可謂為外交關係中之第一現象。但因種種理由，遊牧人種每多處於戰勝之地位。於是漸漸將被征服之地收為己有；將被征服之人收為己用；使之操勞納賦，籍為臣奴，古代階級之區分，蓋即由此而起。然遊牧民族之思想簡單，性質粗躁，歷時既久，往往為溫帶農業民族所同化。法制漸作，組織益良，而近代之統治團體於是乎成立。

前美國駐華公使芮恩施氏，謂中國古代國家之構成，實以遊牧民族佔最重要之地位。芮氏謂吾國向日每稱邑宰為『牧』，牧字從牛從文，生聚而教化之，厥為領袖之責，故孟子嘗謂國君為『民牧』。華文之『義』字从『我』，从『羊』，而『善』『義』『議』等字亦皆以『羊』為語根。可知古人『正義』『公道』之基本觀念，皆與牛羊一類產業有密切之關係。其說頗新穎可信。蓋吾國學者亦向有中國民族係從西北沿黃河而下之說也。

至欲推考近代歐洲國家之淵源，又當追溯於希臘。古代希臘人民之生活，極趨重於團體。雅典全城，幾與今日之一巨廈無異。凡大自公務，小至私交，旁及學術，遊藝以及其他之一切社會關係，皆

莫不經過雅典市場及會議廳之中。故全市人民對於含有政治性或社會性之公共事務，皆抱有極大之興趣，謂之爲『政治的』活動。『政治的』(political, politique)一語，原由希臘文之 polis 而來，蓋卽城市之意也。申言之，所謂政治者，團體者也；公開者也。『總之，希臘的城中，實在是從當年的社會生活轉而爲現代西洋文明的重要關鍵。』(見羅志希譯芮恩施之平民政治的基本原理第一章第九頁)是以欲知西洋政治組織之基本觀念，實非一探考古代希臘城市國家之生活不可。故略述其梗概如此。

至在我國適得其反。大學所謂『身修而後家齊，家齊而後國治，國治而後天下平』者，惟孔子始能道之。若最大部分之人民，莫不祇以『身』『家』爲急務。所有身家以外之關係，概如風馬牛之不相及而絕無所謂社會活動或政治活動。沿習至今，未嘗多改，由此觀之，吾國與歐洲各國之源起及東西文化根本不同之關鍵，夫亦可以明矣。

第三章 國家之進化

國家之所以爲國家，非自古則然也。大約昔簡而今繁，昔小而今大，昔缺陋而今完備。其逐漸進化變遷之跡，可分歷史的及學理的兩方面說明之。

(甲) 歷史的進化 有史之初，羣居尙小，人數未繁，結合斯易，而內部之關係殊爲親密。此種國家，可以稱之曰團體國家 (community state)。如西洋古時之雅典，威尼斯及我國之唐虞等代屬之。又有稟性強悍，善戰多才，佔領廣大之土地，統率衆多之民屬，躡武窮兵，欲以力征經營天下者，可以稱之曰世界帝國 (world empire)。如羅馬帝國，查理曼之神聖羅馬帝國及拿破崙心目中之國際國家等皆是也。

(註) 但於此有應聲明者：『帝國』一語，其涵義代有變遷。昔日之所謂『帝國主義』 (imperialism) 者，本不過爲『統治』 (rule) 或『主宰』 (dominion) 之意。初非必有帝制

自爲之事也。『皇帝』(emperor, empereur)二字，實爲後來統治者所稱用，及法之拿破崙、德之威廉第一皆以帝者自尊。『帝國』與『皇帝』本無必要之關連。至近代所謂帝國主義，又應作一個極重要，極發展之『民族國家』(national state, nation-état)說。申言之，近代一般人之所謂帝國主義（如大不列顛帝國主義，法蘭西帝國主義及近日所謂『紅色帝國主義』等）係指一種政策，日以推廣領土，擴張權力爲事之國家而言。可名之曰『民族的帝國主義』(national imperialism)，所以別於昔日羅馬等之『世界的帝國主義』(universal imperialism)也。

迨後團體國家與世界帝國之缺點，逐漸發見。於是有第三種國家出焉。此種國家，係由調和上述二種國家之性質而發生，學者稱之曰民族國家。民族國家之特質有二：

一、注重天然之界域；

二、注重民族之同化。

近代民族國家之造成，當推英國爲最早；而百五十年以來，美國成就之雄偉及其民族同化之

迅速，亦殊足令人驚嘆焉。

(乙)學理的進化 政治思想之變遷與國家觀念之進化，有表裏相因輔車相依之勢。而古今中外政治思想之所以各有後先同異者，又各國之環境及政制之嬗蛻有以限之也。故政治學說與政治制度二者實相生相毀而未可以偏重。茲請先將對於國家觀念之各種學說，依次分述如左：

(一)神權說 昔者，民智未開，科學幼稚，凡統治者之命令，莫不託天神之說以布行之。後之教徒及神學哲士，又從而附會以闡揚之，謂宇宙係上帝之所手造，權無政教，咸受於天。漸非小民所能持其長短。

此說在歐洲中古時猶極盛。但主此說者既視人類社會之相維相繫，為一種全能之神力所表現，是以『超自然』解釋『自然』，有非科學所能加以批評。蓋科學者，人者也；未可與馳騁於人之外者也。

(二)君權說 降至羅馬，始稍稍別政權於教權，以法律政令為國家所創製而以最後權力

附於人民。此不得不謂爲國家觀念之一大進步。

但政教衝突，史不絕書。宗教勢力瀾漫全歐，而中古之國王究未能自脫於教皇之羈絆，致學者有『君權神授』之稱。證之吾國『天討』『君天』之義，亦復有合。〔書經〕『天討有罪，五刑五用哉。』左傳『君，天也。天可逃乎？』

(二) 強權說 以宗教爲國家之基礎卽爲神權；以君主爲國家之主宰卽爲君權——以權力爲國家之淵源而強權說以作。此說在歐洲近古頗佔勢力，而德國學者持之尤勤。當代公法學泰斗杜驥自二十餘年以來，日以否認『薩威稜帖』(sovereignty)而視爲『一種強力之表現』(la manifestation d'une force supérieure)相號於世者，蓋亦有本於此歟。

(四) 民約說 以國家係基於人民之契約而成立者，曰民約說。自十六世紀以降，主張此說者，代不乏人（如英之霍布斯 Hobbes, 1588-1675）陸克 (Locke, 1623-1704 等) 但要以法之盧梭 (F. F. Rousseau, 1712-1779) 爲集其成。此說所關於近代政治思

想之進化者，至深且巨。請就盧氏之說而略論之。

盧氏民約一書，係於一七六三年發佈於世，理論新明，文筆清麗，數年之間，傳譯遍全球。綜其大要，厥有二端：

一曰自然狀態 (un état de nature) 當文明社會尚未創立之先，有所謂『自然狀態』者焉。在此狀態中，凡一年力強壯之人，咸享有絕對無限之獨立而不屈服於任何人類勢力之前。

二曰社會契約 (un contrat social) 人既不欲長處於上述之自然狀態中而思有以建國，於是乃一致公認以創一高於個人意志之權力。至其約之爲明爲默，非所問也。由此契約乃生一無形的而集合的公體，謂之曰『公我』(moi commun)，謂之曰『公共意志』(volonté générale)——亦即『最高之統治人』(souverain)也。此公共意志爲永保而不可分，而政府卽其差委也。故『最高統治權者非他，乃各個人所組合而成之總稱耳。』

由此觀之，民約之成立有二要件：

一、必須各人一律同意；

二、契約中之條款，務宜一律平等。至於運用約章，表示公共意志之法，則一以「多數」行之。蓋凡一議之興，若必經人人之贊同而後可行，則將以至少過至多，非至一事不能行不止，而社會斷無進展之可言。至多數取決與公共意志之得以並行而不悖者，盧氏亦自有說。盧氏之言曰：『當人建議一法於人民會議之中，其所欲知者，非必人民之贊同此法或屏棄此法也。其所欲知者，乃在於此法之究能適合於公共意志否耳。公共意志非他，即人民之總意也。每人當票決之際，各於此點加之意焉，而其所得之結果，即公共意志之表現也，是以若反乎吾意者而勝，適足以證明吾意之謬，而吾向之所認為公共之意志者，蓋非真公共之意志也。』（民約第四冊二章。）

自盧氏之說行，而民權之勢盛，美之獨立，法之革命，與夫近代『國家主權』之發達，法治精神之擴舒，無不直接間接淵源於民約。盧氏之功，蓋亦偉矣。

然民約之說，現已為一般學者所拋棄。誠以盧氏之論，多出假設，於歷史往例，社會實情，均本無

何等深厚之根據也。

又民約之說，吾國舊常有之，且實行焉，左傳隱四年，『衛人立晉，衆也。』是上古立君，必出於多數人民之意。即民約論所謂『當衆相聚之時，公舉一人爲帝王，衆意僉同則可』者是也（民約第一册第五章）。孟子公孫丑篇『少助之至，天下畔之；多助之至，天下順之。』亦爲盧梭多數立法之說所適合。老子道德經上『故聖人無常心，以百姓心爲心。善者吾善之；不善者吾亦不善之。』可知民心無常，君位無定，而民約之意溢於言表。管子君臣篇『先王善與民爲一體。則是以國守國，以民守民矣。』形勢篇『人主之所以令則行，禁則止者，必令於民之所好而禁於民之所惡也。』版法篇『與天下同利者，天下持之。擅天下之利者，天下謀之。天下所謀，雖立必墮；天下所持，雖高不危。故曰安高在乎同利。』所有發令施政之方，一以從衆利民爲主。今之民治，何以異此？博稽古籍，爲例彌多。特以後學不昌，淪於湮沒，而自數十年以來，所有政制，反在在須以泰西爲法，惜哉！

依上所述，自歷史言之，則由團體而民族；自學理言之，則由神權而民約。數千年間進化之形迹，夫亦可以少見矣。若再逾數千年，果能泯民族之界域，以人道爲依歸，廢契約之拘牽，成自由之極治。

國 家

則亦吾儕今日所樂爲馨禱者矣。

第四章 國家之定義及其要素

何謂『國家』？此乃近代公法學中一最切要之問題，亦即公法學中最難解答之問題也。希臘古哲柏拉圖（Plato 紀元前 429-347）『以國家爲必要（la nécessité）之產品』，亞里斯多德以『國家乃自然（la nature）之驕兒』，霍布斯既謂國家係由於人人之戰爭而發生，而盧梭又以國家乃基於社會之契約而成立。法皇路易十四曾有『朕即國家』之言，而近來共產派又有國家乃『資本鷹犬』之論。他如宗教家，法學家，道德家等聚訟紛紜，迄無定說。

然國家要爲人類社會中之一種由政治關係所組織而成者也。今吾人應從社會學上立腳，以觀察國家之性質，爰可爲之下一定義如左：

凡一人類團體，共同生活於一定土地之上而有完全之主權以表示及執行公共之意志者謂之國。

依上述定義言之，可知國家之要素約有四項：即人民，領土，政府（或政治組織）及主權是也，以下分別說明之：

（甲）人民 書云：『民爲邦本。』孟子曰：『民爲重。』可知人民乃國家之源始的及基本的要素。蓋古代國家，多屬屬人主義，土地尚在次要之列。若雖有土地而無人民生聚其間，則斷斷無所謂國。此理至明，毋庸煩述。

（乙）領土 迨後人口漸蕃，封建制興，人民與土地之關係遂日形深密而有不可分離之勢。於是既有人民，又須有一定之土地歸其管領以供安着。否則雖足跡遍五洲而無尺寸託身之地，如昔時之猶太人者，亦終不足以言國家。

（丙）政府 政府者，即公同生活於一定土地之上之人類團體所恃以表示公共之意志及執行公共之事務者也。既有人民，又有領土，但若萬方散處而無持久之政治組織以維繫之，則仍不得謂爲國家。蓋此乃與自然世界無異而初無政治關係之可言。

（丁）主權 主權究爲國家一必不可少之要素與否？學者間對此問題，意見尙不一致。但吾

以爲必不可少。何也？誠以國於天地，必有與立。若無主權，國於何有？國家之有主權，猶人之有靈魂也。性靈失則人死；主權喪則國亡。二者實有不可須臾離之勢。世有所謂『半主權國』(etatsademisouverainete)者(如被保護國，屬國)蓋卽喪權亡國之別名耳。詳細討論，俟後研究國家之主權時再述。

第五章 國家與其他公法學名詞之區別

孔子曰：『名不正則言不順，言不順則事不成。』荀子曰：『同則同之，異則異之……知異實者之異名也。故使異實者莫不異名也，不可亂也。猶使同實者莫不同名也。』又尹文子曰：『形以定名，名以定事，事以驗名。』可知吾國先儒對於正名定義之間，莫不極爲注意。誠以若異實而同名或同實而異名，則『奇辭起，名實亂，是非之形不明。』而事必有難成者矣。今本此旨而就國家與其他有關係之公法學名詞之界說一論列之：

(一) 國家與領土 若就其幅員及地理上之界線言之，則中國者乃一極廣大之土地 (territoire) 也。此土地爲一定之國家所管領，故曰『領土』。是領土一語，本祇有地理上之意義。如吾國之各省及各特別區域等是也。

(二) 國家與地方 凡土地必可生產。吾國地利之富，早爲外人所垂涎，而國人之漠然棄之。

如故也。地方者，乃一住有居民以開發地利之土地也。故『地方』(le pays)一語，乃同時而兼有地理上及經濟上之意義者也。如西北荒地，固屬吾國之領土；但一日尚未移墾以開發其地利，則一日不得稱爲地方。英法等國在非洲之屬地，荷蘭在南洋之屬地，亦尚有未成爲地方者。是國家不貴有荒蕪不闢之領土，而貴能經之營之，使領土悉變爲地方。

(三)國家與人民 吾人頃所言之地方，乃爲許多開化最早之人民所佔有。人口號稱四萬萬，而有參政權者約近四分之一。因已採行民主之制也。所謂民主者，卽自由選擇代表以管理公共之利益也。此爲由居民狀態 (l'état de population) 進於人民狀態 (l'état de peuple) 所應經之過程。例如專制之民，居民也，臣屬也。必處於立憲政體之治下，方可稱爲人民或公民。是『人民』(le peuple) 者，同時而兼有地理上，經濟上及政治上之意義者也。

(四)國家與民族 上項人民，每同居於一地。久而久之，則言語，文字，信仰，風俗，習慣等事，必將漸歸於一，而共同之情感及道德之觀念於以滋植，則『民族』(la nation) 成矣。故民

族之要素，首重歷史。歷史愈久，同化愈深者，則其民族必愈純。至其原來之種族究屬相同與否，似覺猶屬次要。誠以時至今日，除極少數之野蠻部落，尚為純粹之自然種族（Race naturelle）外，餘殆皆為混雜之歷史種族（race historique），斷無一系相傳之血統可言。吾國地廣人衆，交通阻塞，歷朝政治又類取放任主義，而不努力於同化，故除文字外，所有言語，信仰，風俗，習慣，大都各不相同。共同之情感既弱，民族之觀念不深。近日歐人竟有謂吾國尚未成爲 nation 者，是亦可以促吾人之深省矣。

凡一民族，聚居於一定土地之上，獨立自主而有政府之組織者，謂之國家（l'Etat）。故民族為國家之前提；國家乃有組織之民族。有國家必有民族；有民族未必有國家。一民族可以組織一國家；一國家未必限於一民族，且有一民族而分屬於數國家者，如歐戰前之波蘭民族是也。

當歐戰告終，思潮激盪，『民族自主』高唱入雲。以為凡一民族，應自建一國，毋得凌壓。理想非不美也；惟恐實現之期，不知渺在何日耳。所望小弱民族，善自為之！

依上所言，可知民族二字，涵義益宏。申言之，則民族者，乃同時而兼有地理上，經濟上，政治上及社會上之意義者也。

(五) 國家與政府 世人不察，每有視政府 (Le Gouvernement) 卽爲國家者。殊不知政府乃國家之機關，必先有國家而後有政府。有有國家而暫無政府者矣；未有有政府而尙無國家者也。國家是抽象之名詞；政府乃具體之組織。政府固爲國家重要之要素，但不能謂政府卽爲國家。猶之腦筋雖爲人身重要之部分，但不爲謂腦筋卽爲人身也。且政府之體制時有變更，而絲毫不致影響於國家之存在；國家有永久性而政府則不能不有更易。如征伐革命，禪讓篡奪，皆爲改組政府之手段，而國家初不因之而滅亡。

第六章 國家之主權

主權爲國家要素之一。在政治科學中實佔一極重要之地位。而『主權在民』之條文，每皆明定於近世民治各國之憲法。惟自近二三十年以來，一般學者（如英之柯爾，法之杜驥）對於『主權』一語，痛加抨擊，一時和者頗衆，而基本之信仰頓形動搖。倘主權之觀念果衰，則代議之精神必變，二十世紀之公法學，或將從此另闢蹊徑。而主權二字之存亡，卽爲此後政治演化之關鍵，未可知也。茲請稍詳論之。

第一節 主權之語源

『主權』或『薩威稜帖』（*soveraineté, sovereignty*）一語似從拉丁文中之 *superanus* 及 *supremitas* 二字嬗蛻而來。降及中古法語，乃有 *sovrain* 之稱，與今文益近。然其本來之意義，祇用以表明封建采邑之性質，並無絕對之觀念。

當歐洲中古盛行封建之世，各國侯王每每自稱『受命於天』(ne dependre que de Dieu) 而不受任何他諸侯王之節制。蒲馬諾窪(Beaumanoir, 1246-1296) 所謂『每爵在其爵地中皆爲「薩威稜」(souverain)』者，卽此意也。(見蒲氏所著 *La Coutume de Beauvoisis* 第三十
四章第十一節。)

但自十六世紀後半以後，『薩威稜』三字遂一變而爲國王之專稱。封建侯王，無復有僭用此名者。帕斯揆(Pasquier, 1767-1862) 不云乎？『薩威稜一語，向之所用以通稱法國第一等貴爵者——但非絕對的，——今時移勢易，乃相與用之以稱第一等貴爵中之第一人矣，此卽國王也。』(見帕著法蘭西史索 *Recherches sur la France*)

無何，『薩威稜帖』一語，其涵義又生一度之變化。前之所用以表明王權之性質者，今乃一躍而爲王權之本體矣。首創此例者爲波當氏(J. Bodin, 1520-1596)。波氏以『薩威稜帖』乃『一共和國中絕對而且永久之權力』(la puissance absolue et perpétuelle d'une république) 故自後關於主權性質之紛爭，波氏實應負一部分之責任也。

當十七、十八兩世紀間所謂『薩威稜帖』者，即係一種命令權而以國王爲其主體。

迨盧梭興，持其『民約』之說，立爲『公意』之論。本此公意以馭萬幾，而近代『國家主權』(souveraineté nationale)之觀念乃遂確立而不可卒拔矣。

第二節 主權之性質及其定義

依上節所言，『薩威稜帖』既爲國王所有之命令權，是與其他一切之所是權無異。或毀或存，或用或舍，所有人皆有絕對之權能而斷非他人所能干涉。一七八七年美國非列得爾菲亞憲法告成，世界耳目爲之一新。法國士夫久浸潤於孟德斯鳩(Montesquieu, 1689-1755)與盧梭之說，見而狂喜，革命之思，益汲汲不可終日。且審夫十八世紀諸先哲及美憲『主權在民』之原則，與千百年信守相傳之『主權在君』所異，祇在主體，易其位而改置之，殆不過一舉手一投足之勞。至『薩威稜帖』之所以爲『薩威稜帖』，則先後初無二致也。君主之主權爲絕對無限，民主之主權亦絕對無限；君主之主權爲唯一不可分，民主之主權亦唯一不可分；君主之主權爲不可讓且不可蝕，民主之主權亦不可讓且不可蝕。故法國一七八九年之人權宣言及一七九一年之憲法，皆以『一切

主權專屬於人民全體……主權爲唯一不可分，不可讓且不可蝕。主權屬於人民……」諸語爲開宗明義。以迄於今，未嘗少改。

茲更分項略加說明如左：

(一)主權有『最高性』 所謂最高性者，凡一具有主權之國家，不受任何他方之統制或干涉之意也。對外則國家領土之保全，政治之組織與夫行政司法之設施，一惟以自國之公共意志爲衡而斷不容外人之置喙。對內則刑賞興廢，國家皆有獨裁獨斷之權而非一部分人民所能持其長短。前者可謂對外主權，後者可謂之對內主權。申言之，對外主權乃獨立之別名，而對內主權則統治之真相也。

(二)主權有『永久性』 永久云者，非真與天地同其不朽之謂也。特以國於大地，必有與立國之必有主權，亦猶人之必有性靈乎。性靈失則人死；主權喪則國亡。有國一日，則應有一日之主權，此其所以爲永久也。

(三)主權爲『不可讓且不可蝕』 主權者本於意志 (la volonté) 而發者也。意志可

讓乎？意志者存乎內而不能見於質之物也。存乎內而不能見於質之物，可以時效之取得而佔有之乎？動則用宏，靜則勢伏，渾然無所執而亦莫能執之，故曰『不可讓且不可蝕』。不可讓者，不可以私意而讓渡之之謂也。不可蝕者，不可以他力而剝蝕之之謂也。

(四)主權有『不可分性』 最高永久而不可讓且不可蝕者，則其物之必混然而常自得，其全可知。故曰『不可分』。此論理上當然之結果。但關於此點，學者間爭論尙多，而以聯邦國及分治國中之主權爲尤甚。

蓋自近代以來，聯邦及分治 (Je fédéralisme et la décentralisation) 之制盛行於世。若以主權爲真不可分乎？則聯邦國之各邦及分治國之各自治區域又果何所據而得以發令施政也？若以各邦及各自治區域所據以發令施政者自別有物而非國家主權之分裂乎？則此物與主權又將從何而別辨之也？

對此問題，有謂各地方團體之握有一二自治權者（此就分治國而言，如近來之法國）係由主權所給予之『特典』（prérogatives），分治官吏代表地方團體以運用此等特

典而多少仍須受高級權力之檢查者也。

有謂各自治團體所據以發令施政者亦主權也。係由國家主權預定界限而自願加以『特許』(concession)。國家仍得隨時撤回之。故實無妨於主權之唯一。

亦有謂各自治團體非真得享有最高之特典或主權之特許，其所據以發令施政者原非主權，乃主權之『執行』(exercice)耳。至於主權之本體則固始終如一而未可割裂。

以上三說，祇就分治國(État décentralisé)之自治團體與國家主權唯一性之衝突言之，已覺支離膚泛，不可爲訓。何則？姑就『特典』『特許』而言，當各地方團體之握有『特典』或享有『特許』也，則實際上在同一土地之上，已顯有兩個操持公權之法人可知。性質既同，則其權之爲零爲整，爲大爲小，皆非所問，而曰與國家主權之唯一不可分性固並行而無迕者，其誰信之？『執行』之說似稍是而實亦非。分治官吏(agents décentralisés)者，代表地方團體而執行地方公務之官吏也。既由民選，(分治官吏，應由各該自治團體之人民公選之。若以隸屬於中央政府之地方官吏代表及執行地方公務，是尙爲由分權

而至分治之過渡現象，而非真正之分治也。則其所執行之權能，自必屬於彼所從選之地方，明矣。而曰此係執行國家唯一之主權，是直非吾人之所謂分治矣。其得以並行而不悖也固宜。

至在聯邦國，則主權唯一不可分之說更有難言者。然國家主權說入人之深，竟致一代名宿如愛士芒 (Esmain) 者熱觀之而不覺。愛氏之言曰：『單一國 (États unitaires) 之主權一而已。至聯合國 (État fédératif) 則反是，其國家之構成，固亦全一而無所於缺，而主權即已分散……主權若干之特性，已由憲法從各邦掠取而來而移轉於聯邦之手。』(愛士芒憲法第一冊第六頁一九二一年出版) 愛氏篤信主權唯一之說而『分散』之言脫口而出，實陷於矛盾而不自知。

德國 瑞士 諸學者有見於此，乃草思焦慮而思務有以解決之。

有謂惟各邦方爲國家，而德意志帝國則絕無國家之性質者，如塞台爾 (Seydel) 見 *Kommentar zur Verfassung Kunde für das deutsche Reich* 一八九七年初版第六

及第二十三頁)是也。塞氏爲巴威產，其作此說也固宜。然以德意志帝國爲非國家，則其言之誕，自屬無庸贅辯。反之，亦有謂唯聯邦政府方爲國家，而各邦實與分治國之自治區域無少異者。(如法之波勒爾(Borel)在其所著薩威稜帖與聯合國家之研究(Étude sur la Souveraineté et l'État Fédératif)一書中卽主此說。)要亦與事實顯相違反。蓋聯邦國之各邦與分治國之自治區域，其自主之程度較然不同。使此說而果確，則將何以解此二者之區別？

於是乃有兩大公法學家拉朋(Laband)及耶里耐克(Jellinek)其人者，以爲於最高自主之國家(États souverains)外，又有雖爲國家而無最高自主之權者(États non-souverains)。蓋薩威稜帖爲中央政府所獨有也。拉耶諸氏曾旁徵曲引，反覆申明，冀有以證明薩威稜帖之非爲公權(La puissance publique)而祇爲公權之一種性質。(見拉氏所著公法學法文譯本一九〇〇年出版第一冊第五頁以次，及耶氏所著Allgemeine Staatslehre 一九〇五年第二版第四百七十頁以次)然皆罕見成功。拉

耶兩氏終無以釐定自治區域及各份子國之何以應有歧異。且卽釐定之矣，而其說之無足取自若也。誠以此問題之癥結，要不外說明無論在聯邦國抑分治國中，何以可將公權分成片段。又有德國之謝爾克 (M. Gierke) 及法國之勒爾福 (M. Le Fur)，亦各鉤心鬪角，騁其才思，以證明聯邦國之單一性及其主權之不可分。略謂在聯邦國中與在一國中無異：介於國家單位與民族單位之間，皆有相符之共點；國家一而已，猶民族之一而已也；握有最高之統治權者祇有一人，卽組成聯邦國家之民族是矣。惟聯邦國家乃爲若干國家之結集，合各份子國以構成聯邦國之最高人格，猶之合各人民以構成單一之民主國也。各份子國參與於國家意志之構成，故亦卽參與於主權本質之建立而非僅分握執行之權已也。

要之，諸凡所述，益不過爲學者思想之遊戲，而與事物之實際咸漠不相關也。夫所謂『主權之本質』 (la substance de la souveraineté) 者，果何物乎？吾知必無人能言之也。以聯邦國之各邦比之於單一國之人民，亦屬毫無實益。蓋主權既爲民族不可分之意

志，則各地方集合體何以竟能享有數種主權之特典乎？謝勒之無以詔吾人，殆與他家同耳。

吾人之所以不憚詞費，將右舉各說略加論列者，蓋欲證明關於國家主權之問題，實已爲近代公法學家共同攻研之焦點而卒無以解決事實與理論之矛盾也。

除「不可分性」一項已引起嚴重之爭論如上述外，主權之性質，夫亦可以略明矣。於是請得而定其義曰：

『主權者一人類獨立團體所賴以維持生存及保障治安之最高權也。』

第三節 國家主權說之批評

國家之必有主權以外抗侵併而內維治安，固矣。然此至高無上，唯我獨尊之主權，其來也，何自？其往也，何屈應歸之於何人？又施之於何物？凡此諸題，自數百年以來，泰西學者，口爭筆辯，已不知消磨幾許心血矣。而今之口爭筆辯如故也。爰本所見，略陳一愚。

自美法民治勃興，主權之所持人固已易矣。昔之所持人爲帝爲王，今之所持爲民爲國。然不幸

今日之新主人翁有一過焉。其過維何？則初實際上之生存而未足以語於權利之主體也。且尤可注意者：主權之所持人雖易，而主權之性質固無異於昔之時也。所異者昔爲『個人之主權』(sovereignty personnelle)，今爲『匿名之主權』(sovereignty anonyme)而已。其爲絕對專制，神聖難犯，則同。斯賓塞有言：『昔日政治之大迷，王權也；今日政治之大迷，巴力門之權也。將所礙於獨夫之手者，移而加於喁喁黔首之上，而人蓋莫之覺也。』可謂一針見血。

蓋巴力門乃國家主權之所寄麗，其權能至爲廣大而無所底止。英諺謂英國之巴力門除『化女爲男外，無所不能』。然天下之人皆知之而未嘗怪者也。法儒懷特 (Dupont White) 不云乎？『倘政府而果爲人民自己之政府，則雖嚴被統治，夫何傷？』今之言政者，尙多奉此言爲科律而恬不爲異，亦過矣。

人民 (le peuple) 爲最高之統治主體，此盧梭之所確信不拔者也。自百有餘年以來，歐洲各國之社會之政治，無不建築於此定則 (postulat) 之上；人民既爲最高之統治主體，則代人民執行統治之議士 (les représentants) 亦處於最高之地位，此邏輯當然之結果。然時至今日，人已皆

知盧說之非確，而民約一語幾無復敢有翼使之入。但世之學者仍視主權在民之定則爲天經地義而不思從哲理上求一更爲穩固之基礎。此余之所以不揣庸陋而欲將關於國家主權之說一申論焉。

關於主權一物，自今以往，似已有二個共通之點而無爭辯之餘地者，茲先述明於左：

(一) 社會乃係自然之狀態而爲人類所必要者也。社會以外，從無生人，人固不能離社會而獨活。然則無論如何，必宜維護此社會狀態於不敝。

(二) 既有社會勢不能不有相當之秩序。無論社會之範圍爲大爲小，若無一充分之權力以維繫各人於社會圈限之內，以保障權利，以監守秩序而能存在者，未之有也。是以無論如何，又必須有一社會權力 (pouvoir social)。

所常知者，乃在此社會權力，應以何物爲其基礎乎？何人始可用其名號，握其實力以執行之乎？考諸歷史，代有不同，歸而納之，不外四項：曰『強權』 (la force)；曰『神權』 (le droit divin)；曰『習慣』 (la tradition)；曰『國家主權』 (la souveraineté nationale)。今分別略述於下：

(一)強權 社會權力，往往以強權為唯一之根據；強者治而弱者從，至弱者之何以必須受治於強者，則非所問也。法國大公法學家杜驥近著一書，竟謂在一切形式之下，強權二字，確為社會權力唯一之名分。其說之是非優劣，斷非此處所能縷述。但即有可斷言者，若以強權為一切社會關係之唯一規矩，則於論理，究屬難通。強權乃一爭鬪及破壞之元素也。故為反社會的(anti-social)元素。苟人而果不可無社會，則於強權之外，自不得不別求一社會權力之元素焉。

(二)神權 或曰：『生人而使之羣居者，上帝也。』故謂一切權力感受於神，在邏輯上初無不合。然此僅言社會權力之所自來；至此權力之應屬何人，仍屬毫末解決。上帝既未命一人以執行此權，則把持而執行之者，終不外以強權為其利器。此說之斷難圓滿，無待深辯。

(三)習慣 (la tradition) 蓋謂由於長期之佔有而取得之也。主此說者，有法之類梭(Loyseau) 及卡紮雷斯(Cazals) 但此顯係倒果為因之論。夫長期之佔有，倘非合於

理，原不足以生權，安得以其延久而遂謂爲正當哉？

(四) 國家主權 (la souveraineté nationale) 之三者皆不足據，於是乃退而求於由十八世紀哲學所醞釀而成之學理，法國革命奉爲圭臬而爲自後各國政制所倚爲基礎者，國家主權是也。

國家主權一語，歷史上之淵源本甚長，幾與人世同其悠久。初民社會似皆採行民治之形式，由簡而繁，由繁而復歸於簡，以漸漸集中於一高強勢力之下。再越數千百年而此勢力又漸漸爲一二專制之主所攫取。在法曰路易十四，在英曰亨利第八，在中國曰秦始皇，曰漢武，以逮夫遜清，其道一也。降至近代，民智大開，獨夫專制之主權，遂一反而復歸於全國人民之手，以代議之新形式行之。然其絕對無敵之性，固未嘗稍減也。

此代議之新原則，係屬十八世紀哲學之產品，而其主動力則盧梭也。故欲明近代『薩威稜帖』之源流，仍不得不上溯於民約。

盧氏之言曰：『人若將社會公約中一切無關本質之物而盡釐剔之，則可得下之結語：吾人各

將其軀幹心智共置於公共意志最高管理之下。』

又曰：『薩威稜』（或統治者 *le souverain*）非他，不過各個人所構成之總體耳。既係各個人所構成，則斷不致有違反個人利益之舉，且亦不能有之。是以最高統治權之對其臣屬也，絕無所需於保障。何則？以其不能對人人而盡侵害之也。

『天之生人，對於其人自身一切之肢體行動，無不予以一絕對之權力；社會公約，對於其社會一切之臣屬，亦應予政治當局以一絕對之權力。以此權力而受公共意志之指揮，其名即曰主權（或薩威稜帖）。』

『主權不能代表，與其不能讓渡同也。蓋主權厥在於公共意志之中，而公共意志斷無可以代庖之理；不爲主權，則爲其他，絕不容有徘徊中路之餘地。是以議員非人民之代表（*representants*），乃人民之差委（*commissaires*）耳。對於國家政事，彼等絕不能有確定之解決。凡法律而未經人民本身之批准者，無效者也。蓋此決不足以爲法律。』

盧氏之書，雖甚浩繁，抉其精華，略如上述。由此觀之，可知所謂『薩威稜帖』（或國家主權），乃

以社會公約爲體，以公共意志爲用，而其範圍至爲廣大，絕無何等之限制也。

然而盧氏之說，乃一面壁虛構之說也。

以言乎民約（即社會公約），所謂『吾人各將其軀幹心智共置於公共意志最高管理之下』者，何時事也？何地事也？其證據又安在也？不獨在歷史上從無此等契約之事例，即在事實上亦爲不可能。何則？自有生民以來，遂有社會，曾何待於契約？蓋於社會之外，斷斷無孤立生活之理。是盧梭之『薩威稜帖』乃絕對無稽之說也。

至盧氏所言之『公共意志』（la volonté générale），亦復與『社會公約』（le pacte social）同其無據：此直神話（mythe）之類耳。若單就理論上言，全體人民之意志盡歸一致，或屬可能之事；然已不過爲各個人意志之聚集，並非於個人意志外，另有一『公共意志』之存在也。至若就實際上言，則萬衆一心，斷屬難事，而『公共意志』云云，要不外爲多數意志之變相耳。觀盧氏公意立法之詭辯，則其公意之爲公意，蓋可知矣。而盧氏竟昧然以神聖無限之最高權託之，毋乃大可異乎。

是以盧氏之說，現已不復爲人所信仰。然基於民約觀念而來之國家主權，則尙安然盤踞於近

今各國憲法之中心而爲全部公法學之基礎，事之忘本而背理，當無過於此者矣。

承盧梭之衣鉢而爲國家主權辯護者，有愛士芒氏（M. Esmein）。愛氏謂『主權屬於國家；然國家非有實在之人格者也，不過爲一各個人之集合體，故國家之本身，初不能有若何之意志』。因是，愛氏復重而爲之詞曰：『欲執行主權，則此意志之等替物，殊屬萬不可少。而此等替物者又祇能於國中相當人數之同意志內求之。此相當人數表決之結果，則將視爲全國意志之表示』。由愛氏之言觀之，則無國家意志也明矣。於是人乃降而求多數意志以代之。國家主權者，在事實上，實祇爲一部分個人意志之主權耳。然則此一部分個人，又何所據而居於統治者之地位而執行國家之主權乎？此乃研究『薩威稜帖』之真正問題，惜乎愛氏及一般學者咸未得完滿之解決也。

異軍蒼頭，斯有杜驥。杜氏在其所著『國家客觀法及實驗法律』一書中，批評近代關於國家最高權諸新學說——尤以德國學說爲最——真可謂外肆內闕，淋漓盡致，惜限於時間，未能稍介一二。至其結論，殊難苟同。

杜氏之言曰：『無論在何種形式之下，就政權（le pouvoir politique）之根源言之，從未有

所謂合法者也。君主政治也，貴族政治也，民主政治也，王政也，共和也，凡此政權之種種形式，均不過爲演化之產品；若就其本體言之，則無論何種形式，初無合法政府（gouvernement légitime）之性質。有一人獨強於他人者焉，有數人或多數人獨強於他人者焉，成敗嬗蛻，強弱相因，而政權種種之形式，胥不過爲此事實之約詞。」故杜氏結論，以爲「一切政府均係強權之結晶而國家主權實絕無法律基礎之可言。」

夫強權乃一爭鬪及破壞之元素也。苟社會果爲自然之狀態，於人類生存萬難或少，則以強權爲一切社會關係之唯一主宰，揆之情理，究非可能。社會公權之合法基礎，要自非於法律規則（*regle de droit*）中求之不可。

吾人至此，似已入於斷潢絕港之境而無可通轉矣。然卻於此已得一極重要之結論：

通常所言國家主權，視爲最高之法則，乘有無限之權能，名屬於全國人民而實爲多數意志，在哲學或法理上均無絲毫之根據。

然則國家主權之說，果遂將從此崩潰而無可救藥乎？曰：是又不然。依余之意，以爲應將薩威稜

帖建築於個人自由之上，既以載之，亦復制之，務使主權真爲人民所有，而不使人民再爲主權所有。就法律上言之，凡人生而平等，固矣。此乃無待證明之真理：其所以爲真理者，因未有能證明凡人生而不平等者也。吾有以知雖歷千百年後，亦終無人能作此否定之證明也。吾之所謂在法律上，凡人生而平等者，其意蓋亦曰：無論何人，以其個人之資格言之，斷無以其意志強迫於其他各個人之權。若有人焉，必曰：吾有強迫他人從吾意志之權，則舉證之責應屬於彼，不亦明乎？一日無人能呈出證據，以證明其確有優異之權能而可以命令他人，則人羣之法律平等，不當認爲天地之科律乎？吾曰：『法律平等』所以別強權也。欲以強權作爲社會關係之準則，誠非吾所敢盲從。若就體力、智慧及道德諸事言之，人之不相若也至大且巨，吾知之矣。但強者若即自恃其強而逞意強迫，是直強權世界耳。以自號開化之人而曰惟強權是務，是誠非余之所敢知也。

是以余之結論，以爲無論何人皆無命令他人之權。此乃盧梭學說之反向：盧氏以爲薩威稜帖係共屬於人人；余以爲薩威稜帖實不屬於一人。人皆自由，自然之理也；人之所貴乎人者，以其合羣而居，且於社會狀態之外，實無孤立生存之可能，亦自然之理也。是故人皆自由，但爲欲維持羣居之

秩序又不得不將各人之自由加以必要之限制。故自由也，自然；限制自由也，亦自然。

由此觀之，凡一社會，必須有一中心之權力以維繫各個人於社會圈之內而保持其秩序，蓋亦彰彰明甚矣。然而就法律上言，凡人生而平等，無論何人皆斷無命令他人之權，則此中心權力將由何人以執行之乎？以余觀之，其爲答案，殊覺簡捷：凡按照被命令者之意志而命令，則其命令皆爲合法。所謂國家主權者無他，則凡非受國家信任及允許之人，吾人當然有不服從其命令之權也。換言之，吾人之所服從——且應宜服從者，非他人之命令；乃自己之命令也。閱者更欲一明確之界說乎？則主權者，選擇自己所願服從之首領之權也。

若凡統治之人 (*les gouvernants*) 統係被治者 (*les gouvernés*) 全體一致所選擇而出，是誠理想之極軌：統治者執行社會集中權力之名號，必無復可以抗議之餘地，且人人心悅而誠服，亦不致有抗議之意念也。但此於事實上，漸屬難能！人心之不同各如其面，所見，所思，所習，所趨，往往相異而相反。不得已而求其次，又有一必要之條件生焉。條件維何？則以社會權力付托於得大多數贊同之手而執行之是也。從學理方面言之，其所據以執行權力之名號，殆與得全體一致之贊同者

無以多異。何也？當二意歧趨之際，就社會上之必要而言，自非擇一而從不可。然則三人必從二人之言，理之常也。

至若保護少數者利益之方法，如比例代議制（*système de représentation proportionnelle*）等，在現代政治學上頗佔重要之地位，但以非本章書所能詳論，姑從略。茲請就國家主權一點而結論如後：

就實際上言，吾人之所以以個人自由作為薩威稜帖之基礎者，蓋欲以證明命令之權（或統治權）初不屬於任何個人。欲以證明『人民』（*le peuple*）之所以為人民，不過為若干個人之集合，既不能離個人而獨存，亦不能無個人而有知。欲以證明並無全國人民之公共意志而祇有各個人之意志。且欲以證明所謂最高統治權屬於人民云云者，乃純係一抽象的定則而無因之果也。

而他方又因迫於事理，不得不有一社會權力以資維持。然就此權力之本身及其內蘊之命令權言之，實非為多數強權之結果，而祇為事實上社會生存所萬不能或少之條件。此權力究應為何

人所握方爲合法之問題，絕非此時所能解決，但已有一重要之點所可確信無疑者，則薩威稜帖之爲物，其爲合法也由於社會之必要，而同時應受範圍及限制者，亦由於社會之必要。

第七章 國家與個人自由

近代公法學之基本思想有二：一爲國家之主權以人化之民族 (La nation personifiée) 爲其原始之主體；一爲個人之自然權利 (droit naturel)，不可讓亦不可奪。所謂國家主權者，吾人上章已詳論之矣。至自然權利係指各人之生命、自由、財產等權利而言。說者謂此等權利，皆爲天賦所固有，故謂之自然權利。

由若干人組合而成民族 (La nation)。於各個人之外，復給全民族以一獨立之人格，此之謂人化之民族。於是該民族乃有意志。其意志當然高出於各個人意志之上，因集合體當然高出於單獨體之上也。此高強之意志則曰主權，或曰政權。於是該民族乃有組織。凡一獨立自主之民族，定着於一定土地之上而有政府之組織者，曰國家 (L'Etat)。故國家非他，乃一有組織之民族而統治權之主體也。國家之所以能命令人民者，即根據於此權。

至各個之人民則同時既爲公民 (citoyens) 又爲臣屬 (sujets)。公民者何？以其爲組成全國集合體之分子也，而主權卽爲此集合體所握。臣屬者何？以其統隸於政府之下，而主權卽由此政府以全國集合體之名行之。

故自其縱言之，個人之自然權利，實先於國家而存在，且直高出於國家之上。一七八九年之法國人權宣言不云乎？『一切政治結合 (association politique) 皆以保存人類之自然的及不可侵奪的權利爲目的。』(宣言第二條)。但自其橫言之，則政府所代之國權實爲至高無上而斷非各個之人民所能加以對抗。是以國家意志 (或國權) 與個人意志 (或自由) 實處於反對之地位。近世學者，皆謂國權 (le droit de l'Etat) 亦卽主權，應受民權 (le droit de l'individu) 卽自由) 之限制，而國家之舉措興革，應以保護個人自由及爲保護此自由所必要之範圍爲準。然而個人自由之本身亦應加以限制者也；必有此限制而社會生活方爲可能；此雖是極端之個人主義者亦不得不承認之。是故國家之主權固以個人自由爲其範圍，而個人之自由亦自有其相當之界限。於是有一問題生焉：應加於個人自由之界限，其範圍果何如乎？必如何而後此自由方能得相

當之保證而不致受國權之武斷乎？學者曾有以解答者矣。（且此外更無他說也。）曰：個人自由之範圍，祇能以爲保護全體自由所必要之範圍爲限。至保護全體自由之範圍，應以法律定之，所謂法律者，卽由全國人民或其代表所表決之普通處分（*disposition generale*）也。此法國人權宣言第四第六兩條所明定，亦卽近世各國公法學之圭臬也。

故自數百年以來言政之士之所慘淡經營，殫慮焦思者，厥在使此互相反對之國家主權及個人自由，互相表裏，互相牽制而適得其平。

然而就近代各國之經驗觀之，則此平衡之局殊未易得也。而溯本追源，要以『薩威稜帖』之說爲之祟。人皆以法律爲全知全能而無所乖誤，固矣，因人皆以法律爲全國人民之意志也。盧梭在其民約論第一冊第七章中曾言：『統治者（*le souverain*）非他，不過各個人所構成之總體耳。既係各個人所構成，則斷不致有違反個人利益之舉，且亦不能有之。是以最高統治權之對其臣屬（按卽各個之人民）也，絕無所需於保障。何也？以其不能對人人而盡侵害之也。』殊不知此實一可驚可怖之詭說而其患有不堪言狀者。

以言乎法律乃由人民直接制定之乎？羣衆心理與個人心理迥異，所有持執，每多出於一時之情感與煽引而斷難得理智之平。以言乎法律乃由民選之巴力門制定之乎？則國會之所謂代表全國民意者其名，而實仍不過成於少數議士之手。以言乎普通選舉或行全民總決之制乎？就表面觀之，似可慰情於一時；然遠之如法國一八五一年之大政變（*comp. d'Etat*），近之如吾國洪憲之勸進，其成效已可概見。要之，以主權之學說，作自由之根源，則主權每流於專權，而自由易陷於自殺。此非余一人之臆說，實盧梭之所自白也。盧氏在其民約論之開端則言『統治者無所拘於法；以其性不能犯法也。故就人民之總體（*le corps du peuple*）言之，無論任何基本法律絕不足加以強制——雖民約亦然。』盧氏欲證明此說，復於民約論第一冊第七章中有曰：『無論何人，若有不肯服從於公共意志之下者，則全體必將強之使從。是何謂也？蓋即所以強制之使其自由耳。』夫自由而必待人之強制，則其自由之爲自由亦可知矣！『嗟乎自由！天下多少罪惡假汝名以行也。』此法羅蘭夫人（*Madame Roland, 1754-1793, Femme de Roland de la Platiere*）臨刑時之痛言而自由之冤狀也。

以上所述，係就自由在政治原理上之抽象方面而言。姑因之以立一國家與個人自由之界說如次：

自由不可與不受約束混。自由權云者，則個人於爲所欲爲時而不侵犯或干涉他人之權利，則有爲所欲爲之權之謂也。

惟政治組織極美備及法律敬仰極發達之社會，乃有真自由之可言。至政治組織之何以爲美備，須視各國人民之特性及文化之程度以爲轉移，而法律敬仰之何以能發達，端有賴於人民之政治訓練。執此以衡吾國近年之政象及人民法治之程度則戛戛乎難言之矣。

至國家與個人自由之具體的研究，似以屬諸憲法學之範圍爲宜。茲不具論。

第八章 國家之任務及其目的

何者爲國家之任務？國家之所以得行且應行某等任務者，其目的又安在？凡斯問題，近世法學家論之詳矣。

若就國家任務之性質言之，有所謂『警察國家』(État police, Polizei Staat)者焉；有所謂『法律國家』(État-droit, Reich Staat)者焉；有所謂『文化國家』(État culture, Kultur Staat)者焉。其觀點既不相同，故持義亦多紛異。

若就國家任務之範圍言之，有所謂『干涉主義』(Interventionnisme)者焉；有所謂『自由主義』(le Liberalisme)者焉；又有所謂『無政府主義』(l'anarchisme)者，即根本完全否認國家之存在者也。

夫設國所以衛民，生民非以奉國。故國家之本身，初無何種目的之可言。申言之，國家乃不過爲

欲達人類生活目的之一種工具而已（此爲國家工具說 Instrumentalisme）。其任務斷無一成不變之理而必須與時勢相推移。茲分國家之任務與國家之目的兩節述之。

第一節 國家之任務

國家任務之性質及其範圍，皆隨各時代文化之程度而差異，非可以一概論也。

杜驥曰：『治者 (les gouvernants) 所應成就之任務果何如乎？對此問題，人實不能下一確定之答案。何也？此乃與世推移最爲嬗演變化而無定者也。卽雖欲於此嬗演變化之中而求其所以共趨之向，亦非易事。充人之所能言者，亦祇曰：文明日益進，則可以支承公務之活力 (des activités) 日益多，而公務之範圍亦卽因之而日廣。此邏輯之理也。文明者何？簡言之，實不過爲種種需要之增長而得以最少可能之時間滿足之耳。是以文明愈進步，則治者之干涉每常因之而頻繁，今日之文明，惟因治者之干涉始克有此。』（見杜氏憲法通論一九一一年版第一冊第一〇〇頁至一〇一頁。）此實不刊之論也。太古之世，地曠人稀，出入作息，惟力是視。既鮮公務之可言，夫何帝力之足有？此古聖王所以無爲而治也。黃梨洲有言：『有生之初，人各自私也，人各自利也。天下有公利而莫或

興之；有公害而莫或除之……」（明夷待訪錄原君篇）其斯之謂歟！

然人之生也，榛榛狉狉，「不能搏噬，而且無羽毛」（柳子厚封建論）若「不能愛，則不能羣；不能羣，則不能勝物；不能勝物，則養不足」而爭戰之事起矣。（漢書班固語）於是賢者出而羣之，「爲天下萬物而除其害……」（韓詩外傳卷五）除害之道，莫急於禦外患。故神農有共工之伐，黃帝與蚩尤之征。國家之任務，尤以「國防」（La Défense）爲先着。此考諸中外歷史無可容疑者也。

夫人樊然並生，既各有營私之念，必將假物以爲用。『……假物者必爭，爭而巳，必求其能斷曲直者以聽命者也。其智而明者，所服必衆。教之以直而不改，必痛之而後畏。然後君長政刑生焉。』（柳子厚封建論）蓋當古之時，法制未作。外患雖圍，內爭以興。苟無標準之觀念，苛峻之刑罰以整齊之，使民如「受雪霜之嚴，雷電之威」（杜預春秋釋例）則陵虐侵漁必不可一日居。故呂氏春秋貴公篇有曰：「昔先王之治天下也，必以公。公，則天下平矣。平得於公。」管子曰：「君臣上下貴賤皆從法。此之謂大治。」（任法篇）商君曰：「國之所以治者三：一曰法；二曰信；三曰權。」（修權篇）

公云法云，卽今之所謂『正義』者是矣。故國家之基本的及原始的任務，不外三端，卽：

- (一) 禦外患；
- (二) 維治安；

(三) 主正義是也。

欲禦外患，必有戰爭而軍務作。欲維治安，必周監察而警政興。欲主正義，必斷曲直而司法之制立。此三者國之本務也，而今日之中國尙未足以語於此。可慨矣！

自中古以降，歐洲各國，正權橫張，政治腐敗，積弊既極而反動以起。法有揆內 (Quesnay 1694-1774) 者，力倡放任之說，日以『聽其自爲，聽其自往』 (laissez-faire et laissez-passer) 號召於世，一時學者，翕然宗之。稱曰『自然力派』 (les physiocrates)。physiocrate 一語，係由希臘文 phusis 及 kratos 二字化合而來。phusis 者，自然也；kratos 者，力也。自然之力，地力也。欲盡地力，莫若務農，故亦稱重農主義。英人所尊爲『經濟學之父』之亞丹斯密氏 (Adam Smith, 1723-1790) 常二度遊法，所濡染於揆氏之徒者至深且巨。揆氏死後二年而亞氏之巨著原富 (In-

quiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations) 一書遂赫然呈露於世。世所謂『自由主義』(Le Liberalisme) 者，咸以亞氏此書爲圭臬，而間接實胎息於揆之重農主義者也。承亞氏之衣鉢者，在英有馬爾塞斯 (Malthus, 1766-1834)，李嘉圖 (Ricardo, 1772-1823) 在法有巴斯楊 (Bastiat, 1801-1850)，在德有康德 (Kant, 1724-1804) 等，皆竭力主張國家除前述諸事 (國防、治安、司法) 外，並無他項任務之可言。近世資本主義之發達，私人產業之繁興，自由學派之說預有力焉。

降及近年，歐洲皈依此說之二三經濟學家〔法之標力 (Leroy-Beaulieu) 卽其一也。〕尙堅持國家除禦外患，維內安外，一切應任人民完全自由，依照自然之機勢以滿足社會之需要。則其意究未免流於偏執矣。

自汽機發明，交通便利，文化日進，需要彌多。人民之所仰望於國家而能收事半功倍之效者，誠非復爭戰判斷而已也。凡智德藝術，經濟質力等事，均無一不有賴於國家之提挈，統籌全局，而後人類生活之目的始可漸達。

人性混芒，中品爲多。處今生存競爭之世，若不具有相當之智識，獨立之技能，則必陷於被淘汰之列。故教育之事，視昔尤爲切要。歐戰之役，法蘭西抵死撐持，卒勝強敵而雪五十餘年之積恥，論者歸功於小學之教員。英美德日之富強，莫不以教育發達爲其要素。不教而誅，在昔猶爲殘民，況處於今之世乎？故教育亦爲國家重要任務之一。務求舉國之民，咸經陶鑄，提高學術，訓練技能。雖欲不強，不可得矣。

『自秦并天下以後，以自私自利之心，行自私自利之政。歷代因之。』（呂留良四書講義卷二十三）而貧富益不均。於是『貧相軋，富相耀；貧者跽，富者安；貧者日癩傾，富者日癩壅；或以羨慕或以憤怒，或以驕汰，或以嗇吝，澆漓詭異之俗，百出不可止。至極不祥之年，鬱於天地之間，鬱之久，乃必發爲兵燹，爲疫癘，生民嗷類，靡有孑遺。……其始不過貧富不相齊之爲之爾。小不相齊，漸至大不相齊，大不相齊，卽至喪天下。』舉凡目今勞資衝突，阨陞不安之狀，龔定庵氏曾慨乎其言之矣。（龔自珍平均篇）欲救此禍，『莫高於平。』平之道，莫急於扶老幼，恤孤寡，治疾疫，濟急難。歐美各國無不本互助之精神，謀公共之福利，歲費巨萬，以事於此。故『救助』（services d'assistance）亦國

家應有之任務也。顧我國則何如！

再就經濟方面言之。自百數十年以來，萬國互市，商戰彌殷，各國政府，莫不深謀遠慮，通盤籌畫；對於國外貿易及航務，則極力鼓勵之。對於舶來品物，則視其效用而迎拒之。誠以差之毫釐，謬以千里，一約之成，足以陷舉國人民於貧蹙之域，其關係於國計民生者至巨大也。故經濟及商業之事，應以國家總其成。世界各國皆有商部之設。德國並於商部外特設一國家經濟部；自革命後，新憲成，又創立一『經濟議會』（Reichswirtschaftsrat）以別於普通之國會而專司籌議經濟問題之責。法國亦於一九二五年一月特設一『國會經濟委員會』（Conseil Economique National）以備政府關於經濟專門事件之諮詢。蘇俄政府向有『商業委員』之專官以司理對外之貿易。其故皆由於此。

國防也，治安也，教育也，道德之理想與夫經濟之轉輸也，皆必有待於宣傳及流播之法。在昔印術未明，思想隔塞，路政未興，物產壅滯，是猶血絡不通而斷難求人身之健全發展也。故交通之事亦應由國家通盤籌畫，盡量設施，方能收指臂之功，無間隔之患。所謂交通者，如郵電，鐵路，船舶，飛機等，

自近年以來，且已由一國之公務漸漸進而國際之公務。內地交通，如電車、國道等，亦每多由國家辦理。其他如自來水、電燈、煤氣等，雖非必為公務，然以關係人民日用，不可或斷，故國家亦得加以干涉。至若電力之運輸，則必將成為國家之公務無疑。觀於法國一九〇六年六月十五日所公布之電力分配法，已可概見。

此外如藝術運動、古蹟、勝景等事，在歐美各國亦往往由國家居中主持，以期深造而揚國光。自今以往，人類之需要日增，連帶之關係益密，而國家之任務亦必從而愈廣，可斷言也。

然而一事之興，究為公務與否，其標準又安在乎？請更舉杜驥教授一言以作本節之結論：

『凡事之不可須臾間斷，間斷則社會必將發生紛擾之現象者，皆有公務之性質者也。』（見杜氏所著公法之變遷 *Les Transformations du Droit Public* 一九二一年第二版第五頁。）

第二節 國家之目的

關於國家之目的，學者所說，頗不相同。有以國家在於實現道德之理想者，為『道德說』（*La théorie de la moralité, morality theory*）。有以國家之目的，在於圖謀公共之福利者，為『幸

福說』(La théorie du bonheur public, public welfare)。有以國家祇應以製定法律及維持法律爲目的者爲『法律說』。又有以國家之目的，在於立定一種可以適用於任何時代及任何國家之基礎的觀念者，『絕對說』也；亦有以國家之目的，祇在因時制宜而不能預立一一般之目的者，『相對說』是也。

然而上述種種國家目的論，已爲一般學者所拋棄。誠以國家實不過爲欲達人類生活目的之工具，而非卽人類之目的也。故此所謂『國家之目的』者，卽人類所欲藉國家以達之之目的也。『國家爲何而生存？』與『國家以何爲目的？』實乃一問題之二面。國家之目的既明，則國家存在之理由亦可因而恍然矣。

『目的』(Le but déterminant ou le motif) 二字，表面觀之，其涵義似甚明顯。實乃不然。國家之任務，上節中已略述之矣。或者曰：然則辦理此等任務，乃國家之目的也，又安有其他之目的可言耶？曰：否。目的者，意識之標的也。凡人每作一事，必有意識。法國當代社會學家李播氏 (M. Ribot) 有言：『意願者何？審擇以有爲也』(Vouloir, c'est choisir pour agir)。惟有若干情形，審

擇之時間至爲短少，一若有願卽爲而意願與行爲之間初無所謂審擇之問隔者。詹姆士（William James）稱此等行爲爲『意動行爲』（action idea-motrice）。蓋謂意想一現，行動立成，知行之間，不見有遲疑之痕跡。（見詹姆士心理學法文譯本一九一〇年第二版第五六頁。）

然心理複雜，世事繁賾，每有數意紛馳，衆舉雜沓，決而行之，斯有審擇；而判斷之役，意識所司。意識之貫注厥在『對象』（l'objet）與『目的』（le but）：在於『對象』者，謂人將爲或將不爲如何如何也；在於『目的』者，謂人『爲何』而將爲或不爲如何如何也。故『目的』與『對象』劃然二事，不可混也。而對象又有直接間接之分。試明以例：盜欲殺人以行劫，舉刀行殺，是其意願之直接對象也；被害者受傷隕命，是其間接之對象也。由是而可從容揆掠；故劫取財物乃盜之目的也。此種區別在法律行爲（契約）中關係甚大；歐西法學家論之亦甚詳。但不屬吾人所研究之範圍。惟因說明目的二字而附及之云爾。

依上所言，可知上節所述國家之任務，乃國家之對象，而其目的固自別有在也。

國家之任務隨各時代文明之程度而不同，則國家之目的亦必隨各時代思想之變遷而互異。

且在同一時空之內而各個國家之目的，亦未可以一概論也。

從來學者論國家之目的，持義頗有不同。但

通同彙集起來，可得下列的結論：就是國家的初步目的，在於維持個人的和平、秩序、安全及正義。這就是建設一種保障民權和畫定民權範圍的法律。在這個範圍之內，無論是私人，是團體，是國家，都不能侵犯。第二步的目的，在於超過個人的需要而注意到社會的，更大的，集合的需要——人羣的幸福。因為公共幸福必定要得國力的幫助，不是單獨的個人所能做到的。要想到建這個希望，便不得不發展國力，便不得不完成國家的生活。最後的目的在鼓勵人類的文明。這就是德國學者洪遵導夫、斯特恩、瓦格那、伯倫智理等等『文明使命學說』（見張慰慈著政治學大綱第二二五頁）

考之吾國古賢遺說，亦多與張氏所述有暗相吻合者。書太誓篇曰：『撫我則后……』左傳襄十四年：『天生民而立之君，使司牧之，勿使失性。』荀子正論篇：『能用天下者謂之王……修其道，行其義，與天下之同利，除天下之同害，而天下歸之也。』所謂撫者，牧者，用者，非近代學者視為國家

初步之目的者乎。故楊子以爲古之道，要在『君臣皆安，物我兼利』而已耳。（見列子楊朱篇）

又荀子王制篇云：『人力不若牛，走不若馬，而牛馬爲用何也？曰：人能羣；彼不能羣也。……故度四時，裁萬物，兼利天下。……』呂覽曰：『羣之可聚也，相與利之也。利之出於羣也，君道立也。故君道立，則利出於羣。』荀子之所謂『能羣』，呂氏之所謂『君道』，在今日言之，卽建國勝物以圖社會公共幸福之意也。

至孔子言政，陳義尤高，雖今之高標世界大同之說者，類未能出其窠臼。禮運曰：『大道之行也，天下爲公。選賢與能，講信修睦，故人不獨親其親，不獨子其子，使老有所終，壯有所用，幼有所長，鰥寡孤獨廢疾者皆有所養。男有分，女有歸。貨惡其棄於地也，不必藏於己；力惡其不出於身也，不必爲己。是故謀閉而不興，盜竊亂賊而不作，故外戶不閉。是謂大同。』

由斯以言，國家之任務，自簡而繁，自小而大；國家之目的，由親及疎，由近及遠；是誠人類進化之常軌而政治應有之進境也矣。以吾國人口之衆，土地之廣，物產之豐，則其對於世界所應有之供獻，自宜如何偉大，而今則如何憶汪精衛先生於民國八年漫遊歐美時，在某處華僑歡迎會中演說，曾

言：『吾人對於國家，一面努力使向於世界之團結而進行，一面使勿返於未成國家以前之狀態。』
旨哉斯言！痛者斯言！吾國今日之『勿返於未成國家以前之狀態』者幾希！聚民以成國，積國以成
世界，未有國不能自立而可以妄冀世界大同者，猶之未有民不能自強而可以妄冀國家之強盛也。
是故吾人一方固宜努力於救國，使能達於二十世紀國家之水平線，而同時又宜放大眼光，以全人
羣之幸福爲歸宿。世有泥奉國家（『國家主義』（nationalisme））或侈說大同（『世界主義』
（cosmopolisme））者，皆偏執之見也。

第九章 國家之根本法——憲法

第一節 憲法之語源

「憲法」二字散見於吾國古籍者頗衆。書經「監於先王成憲」中庸「憲章文武」韓非定法篇「法者，憲令著於官府，刑罰必於民心……」晉書「憲令稍增，科條無限」又「稽古憲章，大釐制度」唐書「永垂憲則，貽範後昆」南史「詔以憲綱日弛，漸以爲俗……」——考其涵義，均指法度典章而言，而非今之所謂憲法。且古世法律之發達，厥以刑法爲先。故古時所謂憲法，又每指刑法而言。國語「賞善罰姦，國之憲法也」可爲明證。是以降及漢代，輒稱執法之官爲憲臺。二老堂雜志有云：「憲部，刑部也。憲臺，御史臺也。今直以諸路刑獄爲憲。」宋置諸路提點刑獄官，掌察所部疑留獄訟，勸課農桑，而按其官吏之不法，別其廉吏以聞於朝，世稱爲憲司。與漢之憲臺頗相類似。自後沿習成俗，統稱上官曰上憲，惟尹文子所謂「法有四呈：一曰不變之法，君臣上下是也……」確

與近代憲法之內容遙相吻合；但尹文未嘗稱『憲法』之名。

吾國古代政治思想，以天爲中心。『天也者；統君民而並治之也；所謂天秩天敘，天命天討，達於上下，無貴賤一焉。質而言之，則天道者，猶今世之憲法也。』此亦不過爲梁任公曲引強比之辭，未甚可據。（見梁任公中國學術思想變遷史第三頁。）

由此觀之，可知吾國現行『憲法』一語，大約係從日本採用而來；而日本又譯自西文之 *constitution*，至明治時始見流行。當時日本學者之翻譯此語，意見曾頗紛歧。有欲用『政規典則』者（木戶孝允）；有欲用『建國法』者（井上毅）；有稱爲『國憲』者（加藤弘之）；有稱爲『根本律法』者（津田真道）。直至明治十五年，伊藤博文受命使歐，於其所指定之調查要項中，始有『憲法』兩字出見於公牘之上。

此『憲法』兩字在漢文中可考之語源略如此。

至西文 *constitution* 一語，當從 *constituer, to constitute, to make up* 嬗變而來。*constituer* 者，設定也；制定也。昔在羅馬卽有 *rem publicam constituere* 之語。意謂憲法者，

『構成國家』之基本法也。故歐人所用憲法 (constitution) 兩字，又未始非取源於拉丁。

第二節 憲法之源起

憲法有成文憲法與不成文憲法之別。此所謂憲法，當然指成文憲法而言。

成文憲法之肇始於何時，學者間頗無定論。當一六二〇年九月間，有英國清教徒 (Puritans) 百許人，由荷蘭之萊特港 (Leyde) 渡洋赴美，以圖另闢一自由獨立之境界。越三月，抵美登陸，當共訂立公約一紙以資信守。無何，復引申此約而定為憲法，論者謂為近代成文憲法之濫觴。——厥後，英人之赴美者日益衆，公約制度之流播日益廣，至一六三九年孔耐克帝鳩洲之基本規則 (Fundamental Orders of Connecticut)，尤蔚然稱巨觀焉。

但法國大憲法學家杜驥 (M. L. Duguit) 氏又謂成文憲法之所以獨具剛性而異於其他之普通法律者，並非新大陸之發明而實為老法國之遺制。法國自十四世紀以來，向有『國法』 (les lois du royaume) 與『王法』 (les lois du roi) 之別；『國法』亦稱『基本法』 (les lois fondamentales) ——即現代憲法之意，而『王法』實無殊於今日之普通法。降至十六世紀

之末，咸認『王法』得由法王任意修改或撤銷之；至欲變更『國法』如增加租稅等，則必須預徵人民之同意，而二者之區別益明。故再越百數十年而有大革命之爆烈，亦以要求法王尊重『國法』爲其動機。

成文憲法之源起，大概如上。究以何說爲宜，尙有待於大家之論斷。

第三節 憲法之分類

關於憲法之分類，有以人民參與政治之權力爲標準者，分憲法爲自由憲法，民治憲法，貴族憲法等；有以憲法之性質爲標準者，分憲法爲彙集的憲法 (cumulative) 與制定的憲法 (enacted) 前者係爲歷代風俗習慣所彙積而成，而非出於一時之產品；而後者——制定憲法——又可分爲二種：一曰欽定憲法（此項憲法在西文每稱爲 *charte* 而不稱 *constitution*），由君主或皇室制定之；——一曰民定憲法，由人民組織會議而制定之。

但最普通而最重要者，厥爲成文憲法與不文憲法之區別。成文憲法之製成及修改，其手續及條件均較普通法律爲特嚴，故又稱剛性憲法 (rigid constitution)；反之，其製成及修改之手

續，殆均與普通法無以異者，曰不文憲法，亦稱柔性憲法 (flexible constitution)。英國憲法爲不文憲法之代表；美國憲法爲成文憲法之代表。此項區別係爲英國學者蒲萊士 (James Bryce: *Studies in History and Jurisprudence, Essay III*) 所發見。世界學者，翕然宗之，今已成爲憲法學上普通之用語。

第四節 憲法之成立

憲法成立之程階，可分四項言之：

(一) 曰欽定憲法。自來政體，多屬專制。降及近代，民智漸開。君主或爲順從民意，或爲保持地位起見，願將自己之權力及各機關之組織及職權詳明規定於一憲章之中，以資共守。至於君主製憲之動機，係出於自願或迫於時勢皆非所問。但憲法既製定頒佈之後，人民卽因之而得司法上之保障，不易輕加撤銷。如日本憲法及歐洲各君主國之憲法大都如此。我國清季所頒佈之憲法大綱及十九信條，雖臨渴掘井，未見實行，但論其性質亦爲欽定憲法。

(二)曰協定憲法 當一民族組織新國之時或以後，共同商議，制定憲法，謂之曰協定憲法。此項事例，在歷史上頗不多觀。惟歐戰後新成立各國——波蘭，捷克斯拉伐克，巨哥斯拉夫——之憲法當屬此類。

(三)曰由於演進而成之憲法 國體漸漸由專制而變為共和，則憲法亦必漸漸由欽定而變為民定——而主權亦漸漸由君主之手移入於人民之手。英國憲法，允稱顯例。英國憲政之發達，恰如老松換葉，陳未謝而新已萌，迤邐嬗蛻，越數百年而成今日之局。故研究英憲者未可徒據理論而已也。

(四)曰由革命而成之憲法 法蘭西共和國，北美合衆國，中華民國及俄羅斯蘇維埃共和國之憲法皆由革命而得者也。總上數種憲法之中，其成立之困難，要以此項為最。法國革命自一七八九年後，屢起屢仆，流血無算，直至一八七五年，憲法告成，共和方形鞏固。美國自一七七六年抗英獨立，經過十三年危險時期，至一七八九年，憲法始為確定。俄羅斯自一九一七年革命以後，厲行共產，政稱勞農，數年之間，犧牲至巨，然尙未脫離試驗時期，而

將來之成敗，尤爲此時所難料。我國自辛亥革命，迄今忽越十有五年。殆無日不在亂離憂患之中，而鞏固政府，真正共和，究未卜何時方能實現。但遠鑑美法，近察蘇俄，則吾人正宜奮勇努力以繼續革命工作，而斷不可以短時期之失敗，遽生悲觀之念也。

吾國自約法失靈，賄憲被棄，今尙處於無憲法之時期中。今後應如何由人民製定憲法，及憲法內容之能否適合於國情民性，實爲中華民國榮枯強弱之關鍵而爲吾人所應加以充分之注意者也。

第五節 憲法之內容及其修改之手續

憲法者，關於國家統治權活動之原則，申言之，即規定關於統治權之主體及客體之機關，並其活動之根本的原則也。故其內容可分下列三點言之：

(一)關於人民自由權利之規定 在昔人治之世，人民之自由權利，毫無法律上之保障，故生殺予奪，君主有任意專斷之權。降及近代，民智漸開，政府與國家二個觀念，完全分離而獨立，故各國憲法，對於人民之自由權利，大都有詳明之規定。自由權利者，人民在一定之

範圍內可以自由行動而政府不得加以侵犯之權利也。其最要者爲人民身體自由，法律平等，私財保障，思想自由，言論自由，及信仰自由等。世界民族之首以自由權利與君上相抗衡而戰勝之者，當推英國。英當約翰王卽位後，屢起干戈，苛征暴斂，致釀成一二一五年一月六日之革命。王知大勢已去，事難挽回，乃於一二一五年六月十九日署名於自由大憲章 (Magna Charta Libertatum)，章共六十三款，其最重要者爲左列諸端之規定：

- (甲) 非經陪審訊問或依地方法律，不得監禁公民；
- (乙) 法院判詞，不得買賣；法律上之利益，不得拒絕於民；被告被拘後，不得稽延其訊問；
- (丙) 不經國會同意，國王不得徵稅及其他非特別規定之金帛；
- (丁) 國王不得違犯已認之民權，並不得有種種劣行。

美國人民亦認自由權利之規定，爲憲法中必不可少之部分。在聯邦憲法最初的草案中，關於人民之自由權利並未提及，故當時各方咸示反對。後經一七九一年之修正，加入人民各種自由權利之規定，人民方覺滿意。自一七八〇年後，各邦所新製之憲法，莫不相同。

法國當大革命時，由貴族，僧侶，平民三階級之代表集合而爲『國民會議』。該會天責，首在製憲，故亦稱『憲法會議』。一七八九年八月二十六日之『人權宣言』(La Déclaration des Droits de l'Homme)，卽爲該會不朽之傑作。除現行憲法(一八七五年所公佈)外，法國自革命後所頒製之憲法，無不冠以人權宣言而作開宗之明義。該宣言之目的，不外兩端，卽：

(甲)對過去廢除舊制；

(乙)對未來保障自由是也。

我國自臨時約法以至雙十憲，對於人民之各種自由權，亦莫不有條舉之規定；惟因羣盜竊國，等於具文，吾人未能實際享受耳。

(二)關於統治權活動——卽政府組織——之規定。社會現象，政治需要，日新月異，未由預定。故憲法中關於政府組織之規定，總以賅括簡明而富有彈性爲尙。具體言之，略如左列：

(甲) 政府機關之組織；

(乙) 政府機關之職權；

(丙) 各機關互相間之關係及其職權之分配；

(丁) 選擇或任用官吏之方法；

(戊) 選舉團之組織。

美國憲法總計不過四千餘字；法國憲法，三種合計，亦不過八千字。然自公布以來，各能適合時勢，應付裕如，實得個中三昧。近來各國新憲，每多連篇累幅，詳密無遺。雖因時代之文明不同，要亦未能高掌遠蹠，流於繁屑有以致之歟。

(三) 關於修改憲法之規定 關於此點，各國憲法頗有不同：有對於修改手續，並不加以規定者，意大利憲法屬之；有否認修改某種條文者，法國一八八四年八月十四日法律第二條（係修改一八七五年二月二十五日憲法第八條）第四項云：『不得以共和國體作為建議修改憲法之客體』即其例也。但此種規定，在事實上能否有效，學者間頗多爭論。

惜以限於範圍，未能細述。有規定修改憲法之手續者，大多數成文憲法屬之。

關於修改憲法，有應先注意之點：立法權與製憲權不同；在行不成文憲法之國家，憲法之修改，屬諸執行立法權之機關，與普通法律殆無以異，如英國是也；——反之，在行成文憲法之國家，如美法等，普通國會（即立法機關）無修改憲法之權，必須特組會議，以製憲權之資格行之，故吾人此所謂憲法修改之手續，當然指成文憲法而言。

茲將美法兩國憲法所規之修改手續，摘要譯述於下，以資參考。

按照美國憲法之規定（一七八七年憲法第五條），修憲提案權有二：

- （一）有各邦議會總數三分二以上之請求時，則聯邦議會應召集修憲會議；
- （二）聯邦議會上下兩院各有三分二以上之提議時。

修正案提出後，須經聯邦議會三分二議員及各邦議會四分三議員或各邦國民大會之認可，方能成立。

法國修改憲法之手續，較美國為簡單。一八七五年二月二十五日法律第八條規定：

兩院或本於自動之建議，或因大總統之要求，各因分別討論而各得絕對多數之贊成時，有宣告修改憲法之權。

兩院既各爲前項之決定後，應即集合而組成國民會議以實行修改。

關於修改憲法之決議，不問其爲全部或一部，必須以國民會議全體議員之『絕對多數』行之。

至同條第四項『不得以共和國體作爲建議修改憲法之客體』係一八八四年八月十四日法律所增修，前已述及，茲不贅。

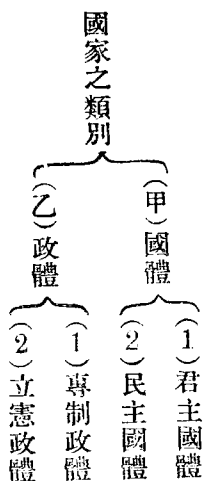
第十章 國家之類別（從國內法上觀察）

茫茫大地，萬國林立。就其國境言之，有大國焉，有小國焉；——就其國力言之，有強國焉，有弱國焉；——就其產業言之，有農國焉，有工國商國焉。然凡此種種皆為事實上之區別，嬗蛻變更，靡有底定。茲吾人所欲研究而區別者，乃在以科學之方法，求理論之標準，事實上國家之強弱大小，非所問也。

關於國家之類別，往往因標準之不同，生種種之差異。然在國內法上最為切要之類別，雖自希哲亞里士多德以降，標新析異，言人人殊，要以『國體』(la forme d'Etat) 與『政體』(la forme du gouvernement) 之區分為歸宿。

國體者何？主權所在之形體也。申言之，即以主權存在於全體國民或君主一人為區別者也。政體者何？主權行使之形體也。申言之，即以主權如何行使所定之形式為區別者也。

持上兩義以辨別近代各國之體制，雖未能包舉無遺，亦不難得其梗概矣。茲先將國家之類別列表如左，而後依次說明之。



第一節 國體上之類別

抽象言之，國家為主權之主體，已成近代公法學之通義，無待贅述。然若僅以抽象的方面為觀察國家之點，則世界上萬國林立，某為君主國乎？某為民主國乎？將未由窺其端倪。故必更於具體的方面觀察國家主權之所在而國體之類別乃明。

對於國家為具體的觀察，而知其若者主權在民，若者主權在君，或在於少數之貴族，固矣。然其主權所在不同之原因何在，似亦不可不一言也。

夫主權者，國家一切法制之源泉也。有主權而後有國法，斷非因有法律而後見主權之存在。詳言之：各國憲法，不問其爲成文抑爲不文，而主權之何屬，要非因於法律而定。何則？主權之何屬——屬於國民全體或君主一人——由國民之信仰而定。因之國民之信仰若何，即各國之國體若何。如其國民之思想而皆爲自由平等也，皆有政治生活之需要及訓練也，則國家之主權，必不任爲一特定之人或階級所有而深信不疑；必爲一般之國民所有而其願乃償。反之，如國民性偏被動（Passive），政想不伸，不論其人實際上之智識如何，學問如何，腕力如何，僉以其人應爲全國之統治者，則主權即存在於特定之一人也。故國體之更迭以人民思想之變遷爲其先導——而人民思想之變遷及智識之通塞，又斷非旦暮可期之事。吾國自數千年以來，政治活動以君主爲唯一之主體；人民不獨無參政之能力，且亦不覺有參政之需要。辛亥鼎革，一躍而爲共和，十餘年來，變亂相乘，生民塗炭，盛名之下，不易有以副其實，宜矣。此絕非謂吾中國之必不宜共和也；亦欲證明國體之變更，須以人民思想之進化爲其先導，而願吾人有以共勉之耳。——若國民內部對於主權究應何屬之思想不能一致，則相激相隨，勢不至起革命之風潮，或內亂之變局不止，而主權之所在亦暫呈無定之現象矣。

各國國體之異同，既因爲國民之信仰，則主權之何屬，非法律所能強定，明矣。但基於國民信仰所生之國體，又莫非由於國法之所認也。國體既由於國法之所認而始入於國法學，應加研究之問題，則統治者亦不因於國法之所認而始由事實上之統治者變而爲法律上之統治者也。——此之謂正統 (gouvernement légitime)。若夫甲國何故爲君主國？乙國何故爲民主國？則探源揣本，寧屬於社會學及歷史學之範圍，有非此處所能縷述。

國體向有君主 (la monarchie)，民主 (la démocratie)，君民共主 (l'Etat mixte) 及貴族 (l'aristocratie) 等之分。但以前兩種——君主國體與民主國體——最爲普通而重要。分款說明於後：

第一款 君主國體

君主國者，以主權爲屬於君主一人所有之國家也。而此特定之一人——君主——其所有之主權，並非由於他人之委付而爲自己固有之權利也。故君主之地位大都世襲（但亦有例外，如中世紀之德意志，神聖羅馬帝國爲其明例。）

君主地位在法律上之根據，隨時代文化之不同而大有差別。

(一)有認君主爲神或神之子孫及其代表之時代，是爲君主神權說。此種思想，在初民社會中最佔勢力。但國家乃人類自然之團體，斷難以超自然之神附會而說明之。

(二)或以因同一祖先之故而生君主國體者有之；君主係處於家長之地位，是爲家族說。

(三)有因征服封建諸侯而取得君主之地位者。故君主之視國家，一若其私有之財產，是爲家產說。歐洲中古之世，此例最多。

(四)在近代國家思想中，一般學者咸認：君主非超出於國家之外，而支配國家，而君主亦爲構成國家之一要；國家不爲君主之私產，國家之本身乃爲一人類團體；君主之行使主權，並非爲君主個人自身之目的而爲國家全體之目的。簡言之：君主亦爲國家機體 (*organe de l'Etat*) 之一，可謂已爲一般學者所共認。

在近代各君主國中，前述三種之性質已屬罕見；惟第四種最爲流行。至其區別，俟末節述之。

第二款 民主國體

民主國體者，即以國民爲主權所在之國體也。其國會及大總統皆由於國民之委托而爲行使政治之機關。故國中無論何人，皆不能以個人固有權利之名義統治其國。蓋民主國中國民之理想，專主自由平等而又富於政治之常識，非若君主國中之君主，得以個人自己固有權利之資格而超出於被治者——人民——之上也。

雖然，在理論上，民主國之主權，固以屬於全體國民爲原則；但就實際上觀之，在近代國家，欲使全國國民一律以同樣之資格執行政權殆爲不可能之事。蓋實際上之民主國體，不過爲消極的意義（negative）。曷言乎消極的意義？即不以特定之一人——君主——爲主權之主體而已。各民主國憲法中，有所謂『主權屬於國民全體』云云者，其『全體』兩字，非真謂舉國之中，無男女老幼，智愚賢不肖皆一律有參政之權也。若是者，世界歷史未之前聞。故『全體』兩字應作『多數』解——而『多數』又非比較之意義而爲獨立之意義；申言之，即國中之有政權者不止一人而爲『若干人』耳。

第二節 政體上之類別

以主權如何行使所定之形式爲區別者，爲政體之區別，前已言之矣。

上節所述國體之類別，以主權存在於何處爲標準。若主權之存在不能確定，則事實上將與無主權等，而國家必陷於分崩流離之象。至政體則僅爲主權行使之形式，其形式雖變更無定，而國家依然存在。何則國體與政體之區別，固自有本末輕重也。

惟國家之有主權者，其於政體，雖得自由採取而規定之；至一旦規定以後，亦不可不受羈束而永遠遵奉。否則徘徊岐路，今是昨非，乃事實問題而非政治學所與知也。

政體之種類甚多，茲先舉其最要者兩種如後：

第一款 立憲政體

立憲 (constitutionnel) 云者，以憲法爲立國之本之意也。立憲政體，係基於三權分立之精神而成立。

三權分立論 (Separation des Pouvoirs) 爲法國孟德斯鳩 (Montesquieu, 1689-1755) 所倡，學者莫不知之。而孟氏之說實又取源於英國。蓋英國之制度，實際上以立法司法及行政三權分

立，而人民得享有自由之權；號稱自由民族，爲世界憲政冠。

分權之說，亞里斯多德氏曾已論之於前，由來甚遠。惟當孟德斯鳩以英制露佈於世之時，正值歐洲各國中央集權之弊害已達極點，將激成革命運動之動機。忽得孟氏之說騰噪各國，遂如水銀瀉地，而植近世立憲之基。孟氏之功亦偉已哉。

孟氏略謂：若以一人或一團體而兼握立法與行政之權，則人民之自由，必無存在之餘地。何則？蓋同一君主或同一議會而有行政立法兩權，勢必恣意出入而流於專橫。若以司法權而兼立法權，或以司法權而兼行政權，則人民之自由亦難得鞏固之保障。何則？『裁判官同時而能興廢法律，或同時而能干與政務，則其予取予求，勢亦不至專橫不止。』

誠以權而濫用，人之常情。倘國家大權，歸於獨佔，則獨佔者之爲一人或爲團體俱可不問，而其專橫之弊必不能免。故必將國權分爲立法司法行政三部，使之勢成鼎峙，各不相侵，以防杜治者之專橫而保護被治者之自由也。

近世各大國中，厲行孟氏之說者首推美國。但學者已漸漸起懷疑之態度，因分畫太嚴，實反足

以妨害政務之進行而難得外交之敏捷。至孟氏留學之英，誕生之法，對於立法行政兩權，從未有明確之分界——且實際上，相維相因，亦殊不易加以明確之標別。若夫司法一權，則近之學者皆謂爲行政之支流而無真正獨立之性質。要之三權分立之說，已漸爲一般學者所輕忽，此吾人所宜知也。

如有所述，爲理論上立憲政體之源起，茲再將近代各國實行之憲政要素一說明之。

立憲政體者，以主權之作用分爲立法行政及司法三者，而使立法由議會，行政由政府，司法由法院行之之政體也。依此定義分析如左：

(一) 立憲政體之立法權 (*pouvoir législatif*) 須由議會行之。

在立憲政體之國家，其立法權由一般國民公舉所組織之議會執行之。此亦祇就大體言之耳。實則政府對於立法權，並非全無關係。此不可不注意也。

(二) 立憲政體之行政 (*pouvoir exécutif*) 由於與立法及司法機關相異之政府行之。

茲所謂行政權，當然非指制定法律及審判民刑訴訟之權，乃指其他一般行政事務也。故行政權爲廣義的，爲概括的，與立法司法兩權之範圍，頗有廣狹之別。

(二)立憲政體之司法權 (pouvoir judiciaire) 由法院行之。司法爲保障人權之機關。故在立憲國家中，司法權皆由獨立之法院執行之。然此所謂獨立，非云司法權本身之獨立；乃云執行司法權之法院，不受立法及行政機關之干涉或監督，而可以一本法律之規定，作良心之主張之意也。

第二款 專制政體

凡立法行政司法之各種作用，專爲一人或一團體所攬，故國中雖有多少機關，而其存廢興革，仍一以統治者之意旨爲衡之政體，謂之專制政體 (despotisme ou absolutisme)。

此種政體，當民智未開之世最爲發達。今已成爲歷史上之陳跡。蓋素所號爲世界諸大專制帝國——如俄羅斯，中國，土耳其——者，皆已變爲共和也。

但有應注意者：專制政體雖以君主國爲多，然卻不限於君主國。其詳俟後節述之。

第三節 國家之種類

本章標題爲『國家之體類』，蓋欲表明國家體制之分別也。先有國體政體之分，而國體又有

君主民主——政體又有專制立憲之別。但此僅就其大要言之耳。國體與政體之配合不同，而國家之組織亦即隨之而異。故再設本節以列舉國家之種類。

(一) 君主專制國 (monarchie absolue) 主權在君而無分任統治之機關者，如十七十八世紀歐洲大陸諸國，明治二十三年以前之日本及革命前之中國、俄國、土耳其皆是也。

(二) 君主立憲國 (monarchie constitutionnelle) 主權在君而別設分任統治機關者，如日本是也。

(三) 君民同立憲國或混合國 (mixed state, Etat mixte) 主權分屬於君主與國民而又別設統治機關者，如英國是也。蓋英國法律上之主權在國會，政治上之主權在國民，而形式上卻為君主國，故稱之曰君民同立憲國。

(四) 民主專制國 (mobocracy) 主權在國民而不設分任統治機關者，古代雅典及共和時代之羅馬是也。

(五) 民主立君專制國 主權在國民，國民選舉一人為君主使之行使統治權而不別設分

任統治機關者，拿破崙三世時代之法國是也。

- (六) 民主立君立憲國 主權在國民，選舉君主一人而別設分任統治機關者，比利時是也。
- (七) 民主立憲國 (démocratie) 主權在民且設分任統治機關者，美、法、中國、德意志等是也。

茲尙有一言所應附帶聲明者：吾人每稱吾中國爲『中華民國』，猶法人之每稱法國爲『法蘭西共和國』 (La République Française)，法國衙署，公共建築品或紀念物上常鐫 R. F. 二字，卽法蘭西共和國之縮寫也。——或德人之爲『德意志共和國』也。然則『民生』 (démocratie) 與『共和』 (république) 兩語，其意義同乎否乎？夫『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』 (見日本，美濃部達吉著憲法學原理中文本一八四頁)。在近代國家中，最高意思已無復有出於一人者，則是國盡共和已乎？故民主與共和兩語似屬同義而可互用。吾人常以『共和民主』連舉，實未免有語病之嫌。

第十一章 國家之類別（從國際法上觀察）

上章所述國家之類別，係就國內公法上之觀察而言。本章更就國際公法以觀察國家之性質，得類別如次。

第一節 單一國

單一國 (État unitaire) 亦稱單體國。此類國家之主權，完全專屬於一處而不可分。又可細別爲二：

(甲) 單純國 (État simple) 何謂單純國？其主權之主雖或爲一人，或爲數人，或爲人民之全體，但不屬於甲，即歸於乙，不屬於乙，即歸於丙，旗幟鮮明而絕無相維相繫，紛歧牽制之象者也。例如中華民國、法蘭西共和國及日本等皆是。——以一人爲主權之主體者，曰君主國 (la monarchie)；——以數人爲主權之主體者曰貴族共和國 (l'oligarchie)

ou la république aristocratique) —— 以人民全體爲主權之主體者，曰民主共和國 (la république démocratique)。此國體之大別也。

(乙) 混合國 (État mixte) 自十六世紀以來，西歐學者向有『混合政府』 (gouvernement mixte) 之稱；至盧梭著民約，並曾特設一章 (第三册第七章) 以討論之。是其由來歸矣。近代採行君主立憲之國家多屬此類。所謂『混合』者，蓋謂國家之主權，初不專屬於一人，數人或人民之全體，而爲數主體同時所共有。此數主體，一方爲一國王，而他方則爲一個或數個之代議院也。故學者亦稱此等國家爲君民共主國。混合國之內容，又可顯分爲二，卽：

(一) 認定主權爲人民全體所有，但由人民自願與一君主共行之。一八三一年二月七日所公佈之比利時憲法其明例也。

(二) 以君主爲主權之絕對主體，但准人民選派議士以參與之。一八一四年之法國憲章是也；一八五〇年一月三十一日所公佈之普魯士憲法，實際上亦屬此類。

第二節 聯合國

聯合國 (l'Etat fédératif) 亦稱集合國。

聯合國者，二個或二個以上之份子國 (Etats particuliers ou états-membres) 對內——就原則上言——各保其固有之主權，法律及政府。對外則共樹一幟之組合也。其聯合形式共有數種，茲分別說明於下。

第一款 二國聯合

關於二國聯合之國，又可分為並立關係之聯合與從屬關係之聯合兩種。但於此有應聲明者：茲所謂二國聯合，非謂此種聯合在學理上之原則祇限於二國；但事實上未見有超過於二國之上耳。

第一項 並立關係之聯合

並立關係之聯合，有君合國與政合國兩種：

(甲) 君合國 (union personnelle)

兩國同戴一主，此爲君合國之特質。外此則一國有一國之組織，一國有一國之主權，更無絲毫關聯之處。

近代政治史上此項聯合之事件頗多，如

(一) 自一六〇三至一七〇七年蘇格蘭與英格蘭之聯合；

(二) 自一七一四至一七三八年英格蘭與哈諾威 (Hanover) 之聯合；

(三) 至一八四八年止納沙德爾 (Neuchâtel) 與普魯士之聯合；

(四) 自一八一五至一八九〇年荷蘭與盧森堡之聯合等皆是也。

君合國最新近而最重要之例，厥爲自一八八五至一九〇八年，比利時與孔哥之聯合。當一九〇八年時，孔哥由獨立國一變而爲比利時之殖民地，兩國君合之性質遂因以告終。

自一九〇八年後，惟在德意志各小王國中尚能發見君合國之遺跡。至一九一八年之革命，而此等聯合亦遂隨各小王國而俱亡矣。

就司法上觀察之，君合國普通之性質有三：

(一) 兩國共主；又可分爲兩種：

(甲) 身合君合國 兩國之聯合，僅限於兩國所共戴之君主一身而止。比王萊育寶第二 (Léopold II) 兼爲孔哥自由國之君主，但祇限於其身，其明例也。

(乙) 世合君合國 兩國共戴一主，主死子立，兩國仍共戴之，此爲世合君合國。世合君合國爲君合國之通式；前項之祇限於一身者，其變例也。

(二) 兩國共主 君合國之各國，各保其完全之主權；且兩國所行之政權，亦未必相同。當一八〇八年前比孔聯合時，比利時爲君主立憲國，而孔哥卻爲君主專制國。

關於君位繼承法，兩國憲法亦各有自由規定之權，而無強同之必要。當一八三七年維多利亞皇后登英國君位之日，則爲英哈聯合告終之期；——當一八九〇年惠來彌納登荷蘭王位之時，則爲荷蘆聯合解散之日，皆因君位繼承法不同之故也。其他關於國際條約，兩國亦各自由。

(三) 無國際人格 君合國非爲兩聯合國以上之政治團體，故在國際上無法人資格。

由上觀之，可知君合國之形式，在十九世紀頗爲發達。今則君主國體，漸歸消滅；則附隨此國體所生之聯合，亦已與世長辭，無復存者焉。

(2) 政合國 (union réelle)

政合國或稱物合國。與君合國有一相同之點：則兩國同戴一主是矣。其次，政合國之團體，通常祇包含兩國，亦與君合國同。此爲政合國與聯盟國之異點，後於聯盟國時自詳，茲姑不贅。

然則政合國與君合國又何異乎？

二者之異點，僅在兩國關係之淺深：蓋君合國除兩國共主外，餘皆自主而無共通之關係；至政合國則不然，除兩國共主外，尚有共通之機關，處理共通之政務；此乃政合國之特點也。

政合國之性質如下：

(一) 政合國之基礎爲條約——而君合國乃一純然之事實耳。此亦二者不同之點。由此性質，可得數結論如下：

(1) 政合國兩聯合國之關係爲國際關係而非國內公法之關係；

(2) 政合國之兩聯合國，各爲國際法人；

(3) 普通條約消滅之原因，可以適用。申言之：如兩國同意，則聯合之條約可以隨時取消。

(二) 兩國共主 此爲政合國與聯盟國區別之要點。因聯盟之各國，各奉一主而無共同之元首也。

兩國共主，與君合國無異：俱爲君主好大喜功之表見。故政合國普通祇能包含兩國而不能包含多數國者，以此；政合國祇能適合於君主國而不能適合於共和國者，亦以此。

雖然，兩共和國，各有元首，而締結爲一政合國，設共通之機關，辦共通之事務，棄嫌修好，和衷共濟，亦未始非不可能之事：此種未來之結合形式，可名之曰共和聯盟 (confédération républicaine)。亦國際和平之一保障也。蓋政合國實與聯盟相似，其區別之要點，不過政合國有共同之元首，而聯盟國則每一份子國各有元首而已。再者，政合國祇聯合兩國；而聯盟國每聯合兩國以上，此亦二者不同之點。

(三) 介於政合國之兩聯合國間，有相當之機關以處理共通之政務。其最要者如國防、軍事，

外交等。此等共通政務之範圍爲列舉的；外此則一切公務，兩國各有自主之權而無連帶之關係。

(四) 政合國非國 政合國既有共通之機關以處理共通之政務，而曰非國者，何歟？蓋因政合國之共通機關，爲兩國自由意思所創造，亦得由兩國之自由意思以撤消之。且其組織及職權，均由兩國之自由意思而規定。就司法上言之，此種共通機關之權力爲繼承的，而非固有的（或原始的），故曰：政合國非國。

(五) 政合國有國際人格 國際公法之主體爲國家或國際聯盟會會員（國際永久法庭規約第三十四條）。今政合國既不爲國而有國際法人之資格，亦公法學上一特別之現象也。

政合國既有國際人格，故能依照國際公法執行相當之職權，如外交，戰爭等是。政合國中之一國與他國（第三國）有疆界之爭議時，政合國亦得出而干涉，因彼有代表外交之權也。

政合國之性質既如上述。茲更舉例以明之。

(一)奧匈聯合 自歐戰之終，威爾遜總統倡民族自決主義，而昔日號稱強雄不可一世之奧大利帝國，遂致土崩瓦解，身無完膚，本已無研究之必要。但自一八六七至一九一八年間之奧匈聯合，實爲近代政合國最著名而最發達之事例。故就其組織而略論之，亦殊饒歷史的興趣而爲治法政之學者所樂聞也。

在一八六七年前，德奧學者對於奧國政治之組織頗多爭議：有主聯合式者，有主單一式者。其時奧人野心未死，尙有高掌遠矚，席捲一切之概，故單一黨頗佔勝利。但匈牙利民族之語言，習慣，風俗皆迥與奧異；反抗之聲，日必數起。奧帝知異類之必難強併也，遂於一八六五年冬與匈牙利商議聯合之法。其目的務在緩和匈人歷史權 (droits historiques) 之要求而保存奧大利帝國之統一。經年餘之久而奧匈之聯合乃告成立。其調劑雙方權利義務之處，截長補短，煞費苦心，史家謂爲開從來未有之新局云。

一八六七至一九一八年間之奧匈聯合，以一八六七年之約章 (Ausgleich, compro-

ius) 爲唯一之基礎。此約章雖無條約之形式，然就其內容言之，實與條約無異。蓋此約章係由兩道法律併合而成：一爲規定共通政務施行於奧境之法律，一爲規定共通政務施行於匈境之法律。此兩法律施行之國土雖不同，而規定之內容實雙方一律，毫無差異。具二者俱爲聯合約章之化身，有存亡與共之關係而不能須臾離。學者稱此種法律曰符合法 (lois concordantes ou lois identiques)，職此故也。

奧匈兩國各有憲法，議會，政府及行政組織而不相混。奧國有奧國之國籍，匈國有匈國之國籍而無奧匈共同之國籍。故輿籍上亦以『奧大利匈牙利』相提並舉。不過奧帝以一身兼爲匈王，兩國共生存於飛鷹耽耽之國旗下，故對外似與一國無異耳。

至約章上所規定共通之政務可分爲二類：

(甲) 永久的共通政務，即：

(一) 外交，

(二) 軍事，包括海陸軍而言；但軍額及軍隊內部之編製，兩國可以自由規定。

(三) 財政（但以關於共同費用者爲限）是也。

(乙) 暫時共通政務 如商業，關稅，幣制，工業法等。

前項永久的政務，可統稱之曰政治的共通；乙項暫時共通之政務，則爲經濟的共通也。

兩國既有共通之政務，必須有共通之機關以處理之。因政務性質之不同而處理之機關亦異。

(甲) 關於永久的共通政務，以奧國之外交，軍事，財政三部長掌之。此三部長爲奧帝所任命；但同時須對奧匈兩國議會負政治之責任而受兩國委員會之監督。

(乙) 關於暫時的共通政務，由兩國議會各選一委員會以掌理之。每國議會選舉委員六十人；每年互在奧匈兩京開會。此委員會非爲兩國共通之國會；不過各受兩國議會之委託而取決一般之共通政務而已。此應宜注意者也。此兩委員會祇能表決而無討論之權。各以國語分別開會，開會之結果，各以公文互相咨達。倘遇二方不能一致時，始開聯合會以共決之。此兩委員會所議決者，不過爲一臨時之草案，必須各經兩國議會之

通過始發生法律上之效力。此項兩國議會所議決之法律，學者稱爲符合法；蓋其內容雙方一致也。

(一) 一八六八年匈牙利與克羅西亞 (La Croatia) 之聯合。

(二) 自一八一五至一九〇五年間瑞典挪威之聯合。至一九〇五年時，挪威已完全脫離瑞典而獨立，故聯合已散。

以上兩政合國，均與奧匈兩國之聯合大體相同，茲不贅述。

但最近猶有一新政合國發生於歐陸之北者：即丹麥與哀斯蘭 (Tand) 之聯合是也。哀斯蘭孤處北冰洋中，向爲丹麥屬地。自歐戰告終，於一九一八年十二月一日宣佈獨立。但地曠人稀，一時究難自露頭角，故與丹麥仍訂政合之約。其關係與昔日瑞典挪威之聯合略相似。惟有數點所應注意者：

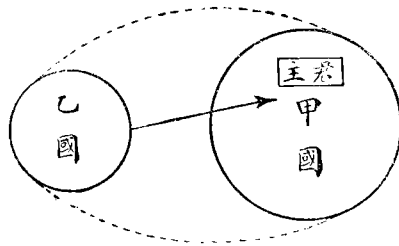
(一) 哀斯蘭既爲獨立國，則其與丹麥之關係爲國際關係；

(二) 關於外交事件，其效力僅及於哀斯蘭一國者，非得哀政府之同意，丹麥政府不能自由

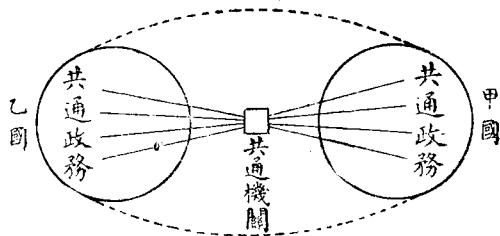
代庖。換言之：丹麥政府在哀斯蘭獨立後，與他國新訂之條約，非經哀政府之同意，不能發生效力於哀境。反之，其條約之效力僅及哀斯蘭一國者，哀政府當然有自由締訂之權，一九一九年哀斯蘭加入萬國郵政聯合會，其明例也。

除丹哀兩國外，最近大不列顛帝國與愛爾蘭之聯合，亦屬政合國之範圍。蓋愛爾蘭自一九二一年十二月六日英愛條約成立後，愛爾蘭已明明一自由國而非英國之屬國也。蓋英屬其他各大殖民地，如加拿大，南非洲，奧斯坦利等，雖各有憲法，但其憲法均須經巴力門之批准。故在法律上，巴力門亦能修改或撤回之。而今之愛爾蘭則不然。自由政府之主權，非由英倫政府所讓與，而以一九二一年十二月六日之條約爲基礎。此條約以英愛兩政府之名義結成之，又經英愛兩國議會之批准，當然爲國際條約。非得相手方之同意，任何一方無自由修改之權。故不列顛帝國此後對於愛爾蘭之政權，非預得愛政府之允許，斷難加以任何之限制。且一九二三年九月十日，國際聯盟會一致通過愛爾蘭爲該聯盟之一份子。故愛爾蘭已自成一國，而與英屬其他各大殖民地之不同亦瞭然矣。

茲再將君合國與政合國各內部之關係及其在國際上之地位列圖如左，以資比照。



(格人際國無)國合君



(格人際國有)國合政

第二項 從屬關係之聯合

從屬關係之聯合，其聯合之一方，必為半主權國或一部主權國 (Etats mi-souverains) 其

詳屬於國際法之範圍。茲分保護關係與主從關係二者略說明之。

(甲) 保護關係 (Le protectorat)

所謂保護關係者，即保護國 (l'État protecteur) 與被保護國 (les États protégés) 之關係而係國際法上所設定者也。

保護關係以條約爲基礎，故被保護國仍保存其國際人格。如從前日本之於朝鮮；近來法國之於突尼斯，安南，緬甸，摩洛哥等皆係因條約而生保護與被保護之關係。惟英國與埃及之保護關係，乃由於英國單方行爲而成立，而無條約之締結。此爲國際法上之一例外。但自歐戰後，凡爾賽和約第一百四十七條規定德國應承認埃及歸英國保護，故已受法律上之認可矣。（自一九二五年後，埃及已爲獨立國。）

(乙) 主從關係 (la vassalité)

所謂主從關係者，即主國與屬國 (les États vassaux) 之關係而爲國內法所設定者也。蓋主從關係，從國之對於主國，當然完全服從。此係國法上所設定，而從國實與主國之領土無異。如昔

日埃及之於土耳其及今印度之於英國皆其例也。

主國對於從國（即屬國）或於外交上加以限制；或與以完全治理內政之自由；或并此而干涉及之；皆主國之意思所能獨斷獨行，從國不能拒絕也。

茲再就學理上說明保護關係與主從關係之界說：

- (一) 被保護國並非為服從關係；即有時保護國干涉其內政，亦仍為兩個分離之國家。若從國與主國之關係，即使從國之內政，不受主國之干涉而得以自由，亦不得稱為獨立國。
- (二) 被保護國原為獨立國，因自己難於圖存而欲仰求於他國，始生保護之關係。故除以任意的條約委任保護國外，仍可行使一切之主權。若從國則有主國領土之關係；故除主國政府所明與以權利之外，皆非其所有。故其一切之行動，不能超過賦與權利之範圍。
- (三) 保護國與被保護國原係條約之關係，故不得互相超過規定權利行使之範圍而同受條約之拘束。至於從國，則其權利悉為主國之恩典所付與，故不能對抗主國，而主國得隨時限制其權利及自由也。

第二款 數國聯合

數國聯合者，二個以上之國家互相團結之聯合也。其最著名而重要者亦有二種，即：

(甲) 聯盟國

(乙) 聯邦國

是也。茲再分項說明於後。

第一項 聯盟國

聯盟國 (la confédération d'Etats) 亦稱「邦聯」或「國家聯合」。邦聯者，係對聯邦而言——國家聯合者，係對聯合國家而言。只將「邦」字或「國家」兩字互行倒置而欲標準二種性質不同之聯合，其法似覺不無可議。且「聯合國」係為「單一國」之對待名詞，今日「國家聯合」「聯合國」尤易與「聯合國」之總名相混。故本書特用「聯盟」兩字，於義似較可安。

二個以上之國家締結條約，以施行共同之政務，並對他國而為共同防衛，以永久存續為目的而連結者謂之聯盟國，單言之：聯盟國者數國之結社也。故各社國仍各完全保存其國之資格；不過

在各社國外另有常設之中樞，握相當之權能而具國際人格耳。

聯盟國之各社國，仍保存其國際人格：有派納使臣，締訂條約及宣戰構和之權。但關於宣戰構和一項，每因與他國聯盟而受相當之限制。一社國不能對聯盟各國橫加侵害，妄啟釁端。否則違犯聯盟之義務而各國得共禦之。聯盟國之所貴乎聯盟者以此。然而一社國對於其他社國之宣戰，究爲行使主權之作用。故就司法上觀之，此爲國際戰爭而未可與一國之內爭同日語也。

由此言之，則

『聯盟與同盟 (alliance) 之異點又安在哉？』

曰：在聯盟國有超於各社國而獨立之國際人格。聯盟國既有國際人格，當然有組織，有職權。一言以蔽之：聯盟國自有政治的生命也。

同盟則不然：雖因盟約之關係，各同盟國亦有互相協助之義務；然除各同盟國外，渺然無物；非如聯盟國之除各社國外，另構成一第三國際人格，此不可不別也。

但就歷史方面觀之，聯盟國之成立，每以同盟爲其先導。瑞士聯盟爲各郡同盟之蛻變，則其例

也。

聯盟國既有國際人格，故亦有派納外交官，締訂條約及宣戰構和之權，此自然之理也。聯盟政府之號令，有拘束各社國之效力；但事實上每須恃各社國爲媒介，方得施行其號令於各社國之境內。蓋因惟各社國始對於其國之人民有強制之權，而聯盟政府則無之。故聯盟政府之號令施行於各社國之範圍，祇以各國政府所願爲執行者爲限，此爲聯盟制之一大弱點。近代各國如美國瑞士皆先後舍聯盟而取聯邦；此亦由離而合，由散而聚，人類政治進化之常軌乎。

聯盟之基礎爲條約；故普通條約消滅之原因當然適用。申言之：各社國得互相協議而退社也。聯盟解散之原因，卽預載於聯盟條約之中亦無不可。

以上所述，關於聯盟國之性質可以明矣。茲更舉例以資佐證。

(一) 一八一五年之日耳曼聯盟，爲聯盟國最著名之先例。

該聯盟以一八一五年六月十八日之盟約爲基礎。其常置機關爲聯盟會議或的耶脫 (assemblée fédérative ou diète, Bundesversammlung)，由各國所委派之外交人

員組成之。此會非爲國會；委員非爲議員；凡遇一事，必須各請命於其政府。故運用之遲鈍，爲從來會議所罕有。況普奧互爭雄長，積不相能，一八六六年普奧之戰起而聯盟遂以告終。

(二)瑞士聯盟 當一八一五年時，與日耳曼聯盟同時誕生。其中心機關亦爲聯盟會議，由二十二郡各派代表組成之；其職權亦與上項所述相同，不過爲一外交會議而已。

瑞士各郡，因宗教關係，向分兩黨。是以當一八四五年宋德龐（Sonderbund）七郡聯防之事興而聯盟乃告一段落。

(三)北美十三洲聯盟 當北美十三洲脫離英國而獨立時，亦爲一聯盟國也。此聯盟成立於一七八一年，至一七八七年爲止。其最高機關亦爲聯盟會議；其權限亦與日耳曼聯盟、瑞士聯盟之會議同。美人新得自由，富團結力，知此種結合之難以持久也，故遂於一七八七年集合二十三邦而成爲一聯邦國，以固唇齒之誼而應時勢之要求。至今遂漸增至四十八邦。星旗飄展，泱泱大風，爲世界唯一富強之國，可謂盛矣！

按諸理論，驗諸事實，關於聯盟國制度之優劣及其趨勢，可得三結論如後：

(一) 聯盟國與各社國之關係太不鞏固；因聯盟政府之號令，不能直接施行於各國。

(二) 就司法方面觀察之，聯盟國與政合國頗相彷彿，但就歷史及政治方面觀察之，二者實有重大之區別：蓋政合國之兩國，有共通之政務，如外交、財政、軍事等；至聯盟國則並無明確之規定。故政合國之組織實際上實較聯盟國為鞏固也。

(三) 聯盟成立之後，稍久則弱點自露：欲去此弱點而鞏固聯盟之關係，則必一變而為聯邦。法國憲法學家愛士芒 (Esmein) 謂聯盟為單一制與聯邦制中間之過渡制度，良有然也。

第二項 聯邦國 (Etat fédéral)

亦有稱此種聯合為『聯合國家』者，其不妥之處已如上述。故『聯邦』一語，已為近來吾國公法學上之統一名詞。

法國當代著名公法學家何理育 (M. Hauréau) 氏有言：「就原則上言之，凡國皆為聯邦；凡

聯邦皆爲集權 (Tout État est fédéral et tout pouvoir fédéral est centralisateur) ……
集權云者，蓋謂一國之政權，盡歸諸於中央政府之手，而以國爲政治，外交，立法，司法，軍事之單一體也。』此言也，將聯邦與集權融爲一爐而能洞悉化合調劑之妙，視一般斷斷於集權分權，聯邦單一之爭者，實進一層。吾國十餘年來，政局蝸蟻，變亂百出，而『聯省自治』『聯邦建國』之說遂一時風靡，動人聽聞。實則吾國國情民性，雖欲求一完整鞏固之單一政府尙不可得，又安足以言聯治？兵必能守然後能戰；國必能合然後能聯。吾未見其民之未能實行建立一強固之單一國而能舉聯邦之效者也。故聯省自治四字，名旣不妥，義亦難安。倘三五強暴不法之徒，羅致一二無聊政客學者以爲羽翼，假聯治之美名，行割據之妄想，致使莽莽中原長陷於四分五裂之局而不收拾，是則先覺之士所宜深思而遠慮者也。

多數地方團體 (collectivités territoriales) 對外棄其國際法人之資格，對內保其獨立之主權，依據共同之憲法，而結成一國者，謂之聯邦國。故聯邦之產生，非因於偶然之事實與國際法上之條約，而基於憲法。於其組合之各國外，更發生一個國家而別爲一個之權利主體也。依此定義，可知

聯邦國之要質有三：

(一) 各邦祇有對內之主權而無國際人格。但各邦之自主權，亦非全無限制者：有數項重要之政務，每為聯邦政府所獨攬。

(二) 惟聯邦有國際人格。故聯邦政府對於全國有立法、司法、行政之權。其所制定之法令，為各邦人民所應遵守。聯邦政府且每每設有法院以處理訴訟。聯邦制之所以異於聯盟而優越之者，此亦其一端也。

惟聯邦政府有國際人格，故亦惟聯邦政府有派納使臣締結條約及宣戰構和之權。反之：亦惟聯邦政府負國際上之責任。申言之：外人對於聯邦國有所要求或抗議，無論其為屬於聯邦，抑屬於各邦，皆須向聯邦政府提出之。但各邦有自主之權，聯邦政府每有鞭長莫及之感，以致事權不清，而尤以外交問題為最，此亦所謂聯邦制之美中不足者乎。

(三) 聯邦國以聯邦憲法為基礎。憲法者，國內公法也。聯邦國既以國內公法——聯邦憲法——為基礎，故邦與邦間之關係為國內關係而非國際關係；故各邦無自由退出聯邦

之權。

關於退出聯邦一點，當十九上半紀間，美國學者頗多爭論；但自南北戰爭後（一八六〇至一八六五年），北勝南敗，恢復統一，而此問題遂實際解決，無復疑義矣。

聯邦之要素既如上述，請舉數例以明之。

(1) 北美合衆國 (Les États-unis de l'Amérique du Nord) 在一七八七年前，美國各洲本屬聯盟。美人以其未甚強固也，遂於是年結爲聯邦而制聯邦憲法以統治之。

聯邦政府有立法，司法及發令施政於全國人民之權。此爲聯邦憲法唯一之目的。百餘年來，美國政治之趨勢，顯屬集中。不獨外交，軍事，條約，和戰等權，盡操諸聯邦政府之手；即各邦之郵政及幣制亦皆屬聯邦政府之職權，政權日集，國勢日強，名號聯邦，實趨單一。此爲美國聯邦制之概括。高談聯治或聯邦者可不加之意乎？

聯邦政府之立法權由聯邦議會 (congress) 行之。行政權付托於合衆國之大總統，司法權則有聯邦法院，而尤著者厥唯美國之最高法院（即大理院）也。美國聯邦係聯合四

十八邦而成。每邦各有憲法，由各邦人民自由制定之。惟國體必取共和，此爲聯邦憲法所明定而各邦應行遵從者也。

各邦各有立法，司法，行政之權，且尤以立法權最爲擴大，民，刑，商等法，均係邦法而非聯邦法也。

(二) 瑞士 聯邦之第二要例當推瑞士。瑞士之聯邦亦由聯盟蛻變而成，此爲歷史上與美國相同之點。

瑞士聯邦以一八四八年之憲法爲基礎。但關於此點有應注意者：一八四八年之憲法，仍沿一八一五年盟約之舊，稱瑞士爲聯盟 (confédération d'États, Staatenbund) 而非聯邦 (État fédéral, Bundesstaat)。實則瑞士之聯邦，雖視美國爲後進，而青出於藍，其集中之趨勢尤有過之。讀瑞士憲法者，幸勿以詞（聯盟）害義（聯邦）可也。瑞士聯邦係由二十二自主郡組成之。各郡皆爲自主，除讓與於聯邦政府者外，各郡有行使一切之權。但：

(一) 『各郡憲法不能與聯邦憲法有反動之規定；』

(二) 『各郡憲法應依照民治原則行使政權；』

(三) 『各郡憲法應經人民之批准。遇有公民過半數之要求時，得修改之。』

由此觀之，可知瑞士各郡雖稱自主，而關於基本法之數大原則，卻須受聯邦憲法之限制。大法既立而統一功成。故瑞士一八四八年之憲法，實爲一種調劑各郡自主及中央集權之和約。茲將其要點略述於後。

瑞士聯邦政府之機關有三：

一曰聯邦議會 (Staatsrat, conseil des Etats ou conseil national) 立法權屬之。此議會係仿美制，以各郡各選兩議員代表各郡，及全瑞人民每二萬公民選一議員代表全國之兩院組成之。

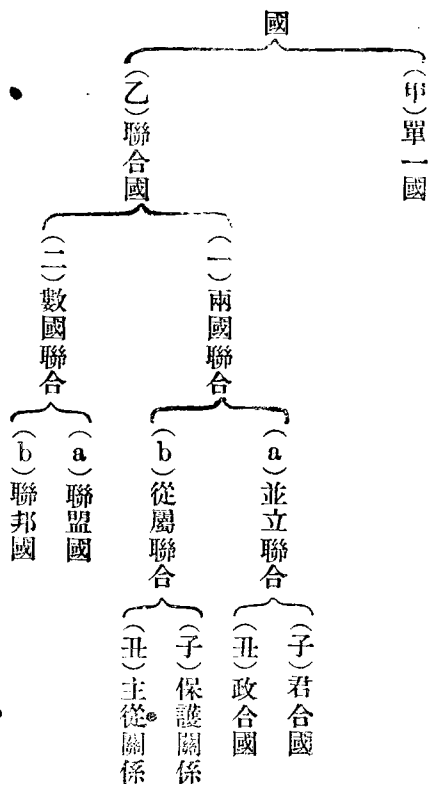
二曰聯邦委員會 (conseil fédéral) 以聯邦議會所選之七委員組成之，任期三年，中舉一人爲委員長，任期一年，不能連任。此蓋防微杜漸，以免僭竊之意。世人所稱

瑞士行委員制云云者卽此是也。（事實上每一委員各掌一部，而委員長卽爲內閣總理。）

三、曰聯邦法院，司法權屬之。其法官亦由聯邦議會所選舉。但此法院無評判通常法律是否違憲之權。此爲美國大理院大別之點。

當一八四八年時，瑞士全國鐵路，與憲法同時落成。法統立而交通便，獨立各郡，至是而咸歸一共同憲法之治下，實爲瑞士歷史開一新紀元。五十年來，人口日繁（自一八三七至一八八八年，瑞士人口由二百十九萬增至二百九十萬），工業日盛，至於教育之發達，政治之修明，尤爲舉世所嘉許。吾國自清季改革，至今數十年，而民勞財盡，國勢瀕危，相形之下，豈不愧哉！

從國際法上觀察國家之類別及四種聯合國之性質，均已略如上述。茲更分別列表於左以清眉目。



(表二)

名稱	性質	聯合之基礎	聯合之國數	聯合之關係	聯合各國有無國際人格	聯合國有無國際人格	聯合各國間有無共通政務
君合國	事實	兩國	最淺(國際)	有	無	無	無

政 合 國	條 約	兩 國	頗 深 (同)	有	有	有
聯 盟	條 約	兩 國 以 上	稍 深 (同)	有	有	
聯 邦	憲 法	兩 國 以 上	最 深 (國 內)	無	有	

結 論

就近代之公法學言之，國家之爲國家，吾人已可知其崖略矣。

雖然，自十九後半世紀以來，因機器發達，工業勃興，貧富日益不均，而鬱然不祥之氣遂磅礴瀾漫於茫茫宇宙之內。於是先覺之士，對於政治制度，頓覺懷疑，思想所趨，約分兩派：一從道德上觀察而鼓吹世界之大同；一從經濟上立言而提倡社會之革命。二者之主張雖根本不同，而其歸結於推翻現有之國家畧別則一。皆非吾人之所敢苟同也。吾人以爲國家乃一歷史之產品而人類政治『卽社會』生活之要素也。人不能一日離羣而索居，則不能一日無社會之關係；既不能一日無社會之關係，則不能一日無政治之組織以維持秩序而發展人性之自由（參觀藍三立 *Lassalle* 何謂革命書中）。英國人，吾知其必終將爲英國人也。日本人吾亦知其必終將爲日本人也。吾同胞乎！豈將高談世界大同或盲從世界革命而不自願爲四千餘年來一脈相承之中國人乎？