

朝陽大學法律系
[Redacted]
義

行政法

鍾廣言述

緒論

第一章 國家

第一節 國家之兩種觀察方法

國家之性質。有兩種之觀察方法。其一。以國家爲社會現象之一。從社會之方面以觀察之者。其二。以國家爲法律現象之一。從法律之方面以觀察之者。此兩種觀察方法。雖迥不相同。然後者之研究。要必以前者爲其基礎也。

第一之觀察方法。不外解決國家果爲何物之問題。從實質上考察國家之生活現象。與生物學者研究生物之實體。天文學者研究天體之現象相同。所異者。生物天文等學。乃自然科學。以自然物體爲研究之目的物。故其研究方法。亦出於純然之客觀。國家爲人類之社會現象。其存在之基礎。全在人類之意識。因之其研究方法。亦必含有主觀之要素。而不能純出於客觀固也。然就闡明實體之性質而言。則國家現象之研究。固無異於自然科學耳。然就解決國家果爲何物之問題。而在研究法律上之觀念。則其旨趣與前者迥異其轍。非徒解決國家果爲何物之問題。而在研究法律上對於國家之觀念果爲何若之問題。蓋法律學非實驗科學之比。其研究之目的。不在實物之認識。而在人類行爲之準則。法律學雖有時論及實在事物。然其所論究者。非就事物之本體而研

究其一切之性質也。第就其與人類行爲之法則相關聯之點。以抽象之觀念而考察之已耳。故均是人類之研究也。法律學與生物學兩者之觀察點。乃絕不相同。後者注目於實在之人類之身體構造及步履之狀態等。前者則惟以之爲權利主體而想像及之。舍此關係而外。則人類之爲人類。固不屬於法律學研究之範圍也。國家之法律上之觀察亦然。從法律之方面以研究國家。不外一種之抽象觀念。判明國家對於人類行爲之法則。究有何等之關係而已。非徒以國家爲一種事實而研究其客觀之性質也。

然就他之方面而言。凡法律上之觀念。莫不以事實上之現象爲其根據。否則徒爲空想耳。擬制耳。於實際無裨也。故欲研究國家之法律上之觀念。仍不得不先就事實上之性質而論究之。

第二節 國家之社會上之性質

國家者。多數人類之集合團體也。以國家爲一種團體。自古以來。已有此思想。至今日而學者間更無異議。然則團體之爲團體。其共通之性質果何如乎。實研究國家之性質者。所當先決之問題也。團體乃人類之社會的結合也。蓋社交生活。本於人類之天性。不論何人。不能孤立而生存。必與他之人類相互而營共同生活。始克保其存在。多數之人類。因生存之必要。集合而組成爲一體。即所謂團體是也。以下就團體之性質而分析言之。

(一) 團體者單一體之謂也。團體之成立。不外多數人類之集合固已。然其集合也。非徒爲機械

的集合。必以一定之組織相合而成爲單一體。乃始得謂之爲團體耳。如人類雖由多數之細胞而成。然所謂人者。要指其各細胞之全體合一而成獨立之單一體而言。非細胞之集合。而即可謂之爲人也。團體亦何獨不然。既曰團體。必於其集合分子之多數人類外。別有一獨立單一體之存在。故縱使其分子中之各個人時有新陳代謝之事。而團體之存在。則依然如故。毫不受其影響也。

(二)團體者有合一之目的者也。團體之所以爲獨立單一體者。以其目的之合一耳。不問何種團體。要皆由於多數人類。因一定之共同目的。合羣力而使生活上之需要爲之滿足。而始成立存在。目的之共同。實團體之唯一根據。其所以必爲獨立之單一體者。亦即原因於此。否則第爲雜然之人類之機械的集合而已。無所謂團體也。如舟車之旅客。雖亦不失其爲集合。然要不得稱之爲團體者。各人各有其一己之目的。而非出於共同之目的耳。故苟有團體之組織。必以目的之合一爲前提。無論其爲營業爲宗教爲教育或關於人生需要之全體。其目的愈廣汎。則其團體之組織愈鞏固。國家之目的。實在於人類生活之全體。故在各種團體中。最強固而又最恆久也。

(三)團體者活動力之主體也。團體成立之根據。既存於一定之目的。則不可無達此目的之活動。其活動力之發現。蓋在團體之機關矣。團體乃活動力之主體。非賴其機關各應乎其職分。而

爲種種之行動。則團體之活動。既無自而生。即不克保其存在。與人類之依四肢五官等機關而活動者。無以異也。團體之機關之構成及其職務之分配之秩序的全體。曰團體之組織。凡團體莫不有一定之組織。故又可稱爲組織體。

(四) 團體與團體員之關係。命令服從之關係也。團體之活動力。一面對於外部因欲達團體之目的而發動。而他之方面。又於團體之內部。對於團體員而發動者也。故在團體之目的之範圍以內。團體員不得不服從團體之意思。當此之際。團體與團體員之關係。命令服從之關係也。苟團體員對於團體。絕不服從其命令。各爲獨立之行動。則團體即將瓦解。不復可以成立。故團體對於團體員有命令之權力。團體員負服從之義務。乃各種團體共同之要件也。

綜上所述者而觀之。可知多數人類。因一定之共同目的。集合而爲活動力之主體。對於其各分子有命令之權力者。實爲團體之共同性質矣。國家雖亦團體之一種。然僅此性質。猶未足以明國家之真相。何則團體之種類甚多。其最簡單者。爲家族團體。他若社會若宗派若學會若政黨若軍隊。莫不皆然。於是而欲研究國家之性質。則不能不考察國家與此諸團體相異之特徵矣。其最著者有三。

第一 家國者領土團體也。領土團體者。團體之結合。以定住於一定地域之事實爲其基礎者也。他之團體。不過人類之集合。而國家之爲國家。則非徒人類之集合體。而爲定住於一定地域

之人類之集合體。近世之國家思想。以領土爲國家成立要素之一。苟失領土。則雖人民依然存在。而已無所謂國家矣。

第二 國家者有統治權之團體也。不論何種團體。在團體之目的之範圍以內。對於其團體員。皆有指揮命令之權力。前既言之矣。顧一般團體之權力。祇存於其團體員有服從之意思之間。以各團體員之自由意思爲條件。團體不能反其意而行使強制之權力也。若國家則爲有統治權之團體。統治權者。非徒可以命令之。並可反乎服從者之意思。而強制其服從之權力之謂。故在他之團體。其權力以服從者之意思爲限界。而國家之權力。得以無條件而拘束服從者之意思。並可強制之而使之受其拘束。此其所以異於各種團體也。國家之活動。不僅統治權之一端。而統治權實爲其主要之性質。統治權如薄弱。已不免使國家之基礎爲之動搖。若統治權全行喪失。則已無國家之可言矣。

第三 國家者有固有之統治權者也。國家之統治權。乃國家所固有。一己所固有之統治權。惟國家者得以有之。他之團體。雖間亦有得以有統治權者。然其統治權。要必由於國家所賦與。僅得於國家許容之範圍以內行使之已耳。非若國家之統治權之基於一己固有之原始力也。從社會之方面。研究國家之性質。可依上述諸點而概括之。得其定義如左。
國家乃一種之團體。由定住於一定地域之多數人類集合而成。而有固有之統治權者也。

依此定義。可知國家之成立。有必不可缺之三要素。

(一)多數之人類。組織國家之人類之全體。曰國民。

(二)土地。國民之結合而成爲國家也。必先占有地球表面之一部而定住之。苟無一定之地域。雖有多數之人類。不足以爲國家也。人民乃國家之人之要素。土地乃國家之物之要素。此國家之構成要素之土地曰領土。

(三)統治權。多數人類。定住於一定之地域。集合而成爲團體。雖已具備國家之物質上之要素。然此多數之人類。苟非服從於唯一之統治權之下。則仍不足以爲國家。故國家之成立。必在國民領土及統治權之要素具備而後耳。

第三節 關於國家之性質之諸學說

以上所述。現今之通說也。此外關於國家之性質。尙有衆多之學說。舉其重要者言之。

(一)國民即國家說 關於國家之性質之通俗見解。恆有以國家之構成分子。而視爲國家之本體者矣。國家之構成分子。爲土地人民及統治權之三種。此三者之中。其以土地與國家同視者。在封建時代。以土地之領有。爲一切權力之原因之際。雖往往有此傾向。學說上則主張者尙屬少數。故執國家之構成分子。而即視之爲國家者。要不外國民與統治者之二派。國民即國家說。乃其一也。

國民即國家之見解。乃古來一般之思想。國家本爲一種之團體。團體成於人類之集合。故以組織國家之分子之國民爲國家。似亦未爲失當。雖在近世。諸國之政治上。猶有重大之影響。所謂主權在民之觀念者。蓋以國民爲一切國家權力之源泉。其根據亦未始不存於國民。即國家之理論耳。徵之實際。北美合衆國之憲法。其弁言云。我合衆國之人民。制定此憲法。(We the people of the United States do ordain and establish this Constitution) 其各州之憲法。亦多以此文句開始。即其例也。

國民即國家說。雖迄今猶未盡泯。然其思想之誤謬。固不待煩言而自闢也。國家雖不外多數人類之集合。然既成爲國家。則固於其分子之人類而外。自成一獨立之單一體。有不能與其分子之集合同視者矣。故謂國家成於人類之集合則可。若謂集合之人類卽爲國家。則不免於矛盾。何則。人類之爲人類。常有新陳代謝之事。國家之團體。則雖千百年有如一日。常以同一體而永久繼續也。

(二)君主即國家說。以君主爲國家之思想。起源於以實際行使統治權力者視爲國家本體之通俗見解。與上所述之國民即國家說。正相反對。蓋一以主權在民之思想爲其根據。而一則淵源於主權在君之思想也。此說徵特雄才大略之君主。樂於引用。如路易十四世所謂朕卽國家者是也。近世國法學者中。法律上之解釋。亦有唱道之者。然其矛盾之點。較諸國民即國家說爲

尤甚。夫國家一團體耳。君主與國民。皆係國家之分子。而存在於國家之內者也。君主既非立於此團體以外而統治國家。國民亦非立於此團體以外而受國家之統治。無論君主與國民。要必合其全體。而始成統一全部之國家。故君主之爲君主。第爲國家之一種機關。行使國家之權力耳。若以實在之個人之君主爲國家。則君主之崩御。即國家之消滅矣。有是理乎。關於此點。次節當更詳論之。

(三)統治狀態說。謂國家爲被治者之人民。統治於治者之狀態。乃自然法學派之國家論者所嘗主張之學說也。此種見解。驟觀之似若無可非難。然要不足以說明國家之統一的性質也。何則。國家非治者與被治者相對立之狀態。乃治者與被治者相融合而成立之渾然一體耳。若以國家爲統治之狀態。則不足以表明此統一全部之性質。且轉以國家分裂爲多數獨立統治關係矣。被治者之國民。不足以爲統一之全部也。統治云者。國民之各個人。爲所統治之謂。非合國民之全部爲一體而受統治之謂。故統治之關係。祇存於治者與被治者之各個人之間。謂國家爲統治關係或統治狀態者。不外此等多數關係之集合耳。

統治狀態說。微特說明國家之社會上之性質者。主張之已也。即法律上之解釋。亦多有唱道之者。次節當更就此點而研究之。

(四)國家有機體說。以國家爲有機體。亦自古以來所盛行之學說。其最極端者。至以國家與動

植物同視。而謂其爲自然有機體之一種。Bluntschli氏即此派之代表也。此極端之思想。在今日固已鮮有主張之者。近時學說中所謂國家有機體說。非謂國家爲人類之機械集合也。亦謂合其全部而成爲單一體。此全部單一體之生存。與其分子之各個人之生存。互有密切之關係耳。此說也。雖不得謂爲不當。然有機體之觀念。既不能精密而表示其定義。謂國家爲有機體。其根本之思想。仍不外以國家爲團體。則有機體說之正常理由。可以團體說賅括而詳盡之。故此說雖非誤謬。要未若團體說之較爲明確耳。

第四節 國家之法律上之觀念

國家之法律上之觀念。乃以國家爲法律現象之一。從法律之方面而觀察之者也。國家一已制定法律。而又自行受法律之制限。於法律之範圍以內。爲種種之活動。故國家之爲國家。乃一種法律現象。決非立於法律之外者也。夫國家既爲法律現象。則研究其性質者。不能不注重於法律上之觀念也明矣。

從法律之方面。而觀察國家。不外三種之見解。其一。以國家爲權利主體說。其二。以國家爲權利目的說。其三。以國家爲權利關係說是也。

第一 國家客體說。國家客體說者。以國家爲權利目的物之見解也。其說明之方法。雖有種種之不同。然要之不外以統治者爲國家權力之主體者。近是國權主體之統治者。統治國家。國家

乃其統治之目的耳。此等見解。昔嘗盛行於君主國。其最舊之思想。恒視君主對於國家之關係。與私法上之所有權相同。君主以之爲世傳財產。而領有其國。國家者。君主所有權之目的物也。歐洲中世封建時代之國家思想。大率類此。學者恒稱之曰家產國。(Patrimonial State) 蓋即以國爲君主之世傳家產之意耳。

至近世之國家思想。則上述之見解。殆已絕跡。現今之所謂國家客體說者。非視國家爲君主所有權之目的物也。君主與國家之關係。純爲公法上之關係。君主之權利。非因其一身之利益而存在之私權。乃因全團體之利益而存在之統治權。就此點而言之。雖較舊說似進一解。至以此二者之關係。爲權利主體與目的物之關係。且認君主爲權利主體而國家爲目的物之觀念。則與舊時所謂家產國之見解。仍無以異耳。

近時此派學說之最顯著之代表者。巴威倫之國法學者 Savigny 氏也。氏因反對國家之抽象觀念。而求國家之本質於實在之土地及人民。一面又謂統治之權力。專屬於君主之一身。而認統治者之君主與國家之關係。爲主體與客體之關係。其說之大要云。民法上凡物之爲所有權之目的者。稱爲所有物。本於此意。可稱服從於統治權之土地及人民爲國家。當此之際。國家乃目的物。而統治者乃權力之主體也。Borchers 氏之說。亦大略相同。謂君主國之君主。乃統治權

之主體。國家一切權力。皆由君主而出。君主與國家。同一之觀念也。此說以君主爲統治權之主體。土地及人民爲其目的物。與 Seydel 氏全然相同。惟在 Seydel 氏以統治權之目的物之土地及人民爲國家。而在 Bornhak 氏則以統治權之主體之君主爲國家。兩者之間。稍有差異。至其根本思想。則固如出一轍也。Seydel, Bornhak 等之見解。與近時之國家觀念相矛盾之點甚多。一般學者已莫不否認之矣。舉其最著者言之。

(一)此等見解。與國家之統一團體之性質。不相容也。何則。若以統治者爲權力之主體。土地及人民爲其目的物。則不免使國家之構成要素。分立於國家之外。而與國家相對立矣。無論以土地及人民爲國家如 Seydel 氏之說。或以統治者爲國家。如 Bornhak 氏之說。其結論要自相同。由前之說。是以君主立於國家之外。而爲統治國家者。由後之說。是以土地及人民立於國家之外。而爲受統治者。要與國家之團體之性質相矛盾。不甯唯是。二以上之國家。以同一之君主而統治之者。古今非無其例。若依此見解。不將合二以上之國家爲一體乎。然實際則二以上之國家。依然如故。非能合而爲一也。

(二)此等見解。又與國家之永續的性質不相容也。蓋既以君主爲統治權之主體。則主體消滅。國家自隨之而消滅。君主一日崩御。國家即以滅亡。新君主之卽位。不啻新國家之創立矣。有是理乎。吾知雖主張此等學說者。亦決非承認如此之結論也。欲避此結論。勢不得不更進一

解。謂以君主爲統治權之主體者。非指實在個人之君主而言。乃指無形之君位。不因人之更迭受其影響。永久不變之制度而言耳。信如是也。謂非擬制之最甚者乎。學者因欲排斥法學上一切之擬制說。採此等見解。卒不免自陷於極端之擬制。夫亦不思之甚者矣。

(二)以土地及人民之二者爲統治權之目的物。尤非正當之見解也。統治權者。命令權也。命令權。惟對於人可以行之。決無對於物而可以命令之之理。領土之不能爲統治權之目的物也。明矣。至人民爲國家之團體之分。雖應服從國家之意思。然以是爲權利之客體。則亦有所未當。蓋人民非奴隸。而權利之主體也。其服從於統治權者。亦第爲義務之主體耳。固非能與物之爲所有權之目的者同視。而謂其爲統治權之目的物也。

要而言之。國家客體說。不問其說明之方法若何。究與國家之爲永續統一的團體之性質。大相矛盾。理論上決非可以是認之說耳。

第二 統治關係說。以國家爲治者與被治者之間之統治關係或狀態者。與前述之國家客體說。雖異其形式。而其根本思想。要仍相同也。何則。此說之真意。不外以治者爲國權之主體。以被治者爲其客體耳。其與前說之所以異者。惟在不以國家構成分子之一部分之治者或受治者爲國家。而以兩者之間之統治關係爲國家之一點。前節論述國家之社會上之性質時。所舉示之國家狀態說。以法律上之見地表明之者。卽此是也。

以國家爲統治關係。古來主張此說者甚多。以 Kant 爲始。他若 Haller, Zopff, Brischof, Zachariae 及 Linde 等。莫不皆然。其最近者。爲 Jellinek 氏。殆可謂爲此派學說之代表者也。前代以國家之國民。分爲治者與被治者爲二。治者行使統治權力。被治者服從於其權力之下。此固彰明較著之事實也。夫既有此事實。則即以被治者受治於治者之統治關係爲國家。似亦非不足。以明國家之真相。此所以反對抽象觀念。而欲從實質上說明法律現象。所謂實驗法學派者。恒樂於主張之也。然如前所述。以國家爲統治關係。究不足以說明國家之爲單一體之性質。凡法律關係。必具備權利主體。權利客體及權利內容之三者。而始克成立。此等要素中。苟缺其一。其關係即爲之消滅。縱非缺少。但使有所變更。則變更後之法律關係。與變更前之法律關係。已非同一般之關係。故若以國家爲統治關係。則其結果統治之主體更迭。國家即隨之而更迭。統治之客體。爲多數之人類。則國家亦將爲多數。統治之內容有變化。國家亦不得不因之而更新矣。然徵之實際。統治者縱有更迭。或統治之方法有所變更。國家之爲國家。依然如故。且被治者之人民。不問其數之若何衆多。要必合其全部而爲一體。苟執此見解以說明之。不幾窒碍而難通乎。又況國家乃活動力之主體。以對外之方面言之。則條約乃國家與國家間之條約。戰爭乃國家與國家間之戰爭。此現今國家思想上一般之理論也。苟以國家爲統治關係。則又何解於國家之此種活動力乎。蓋關係斷無締結條約實行戰爭之理耳。

第三 國家人格說 國家乃永續單一之團體也。欲從法律上之見解而說明此性質。其惟國家人格說乎。國家人格說者。以國家爲獨立之人格。統治權之主體之說也。此說在今日幾成爲一般之通說。實際亦較正當耳。

所謂人格者。其意與權利能力相同。權利能力者。堪以爲權利義務之主體之能力之謂也。謂國家爲獨立之人格。蓋即謂國家爲有權利能力耳。凡非自然人而在法律上爲人格者。通常稱爲法人。依此見解。國家亦法人之一種也。

從來關於法人之本質。學說雖有多端。然大要可別之爲三種。

一 法人擬制說。此等見解。發源於羅馬法。至近代則於[Savigny, System des heutigen rö-

nischen Recht 1840]之影響之下。一時歐洲各國。幾若視爲法律學家之定說者。然現今各

國之法律之明文。亦尙有此等痕跡之存在也。其說之要旨。謂權利乃意思之力。苟非有意思作用者。即不得爲權利主體。故足以爲權利主體者。本以人類爲限。自有法律依其萬能之力。乃以本無意思之物。而假定其爲有意思。使之得爲權利主體。法人之名稱。善即由法律作成之人之意耳。Savigny氏之言曰。權利主體或人格者之觀念。本與人類爲同一之觀念。故惟個人爲能享有權利能力。然法律一面加以制限。對於真正之人類。而或剝奪其權利能力之全部或一部分。一面又擴充之於各個人以外。對於非自然人。而賦與以權利能力。即以人爲

的而製作法律上之人格者。法人之謂也。顧此種說明。與法人之本質。大相刺謬。固不待煩言而解耳。何則。既以權利爲意思之力。意思非人類不能有。則其當然之結果。必歸著於非個人。不能有權利之一點。夫除個人而外。既無可以爲權利主體之理。而顧謂可依法律。假想其爲有意思。不徒爲滑稽之談。而無當於法人之說明乎。勃凌刺 Brin 氏。嘗於其著 *Lehrbuch der Pandekten* 中。痛論此說之非。謂以本無意思之物。視爲有意思。而以之爲人格者。殆如吾人欲懸衣帽於牆垣。其牆垣本無釘之設備。而乃假想其爲有釘。試行懸掛。實際其果可能乎。由此觀之。可知不問何等巧妙之擬制。決不能無中生有也明矣。無意思者。終於無意思。其不能依法之力。而使之成爲有意思之物。固與英諺所云不能使男女兩性相爲變易者。正自相同也。

二 法人否認說 法人擬制說。既不足以闡明法人之性質。於是學者中有全然捨棄法人之觀念而否認之。謂其不足以爲權利之主體者矣。凡不欲贊同擬制說。而又反對法人實在說者。大都主張此說者也。惟不問其爲公法上之現象。或私法上之現象。於一個人以外。以多數人集合之團體。而視之爲獨立之權利主體。固屬彰明較著之事實。若否認法人之思想。則又別無適當之理論。可以說明此種現象。故此派學者之立說。又各有所不同。舉其最著者如左。

(1) 謂法人之本體。不外供特定目的之用之無主財產說。 (*Theorie des subjektlosen*)

(Zweckvermögens) 此說謂法人本屬毫無實體之空物。而爲第一種之無主財產。此種財產。乃因特定之目的而存在。與特定之個人脫離關係。故視爲與屬於個人所有權之財產不同。而爲特殊之物耳。Brunz 氏即主是說。

(11) 以受益者之全體爲眞之權利主體說 (Destinatarentheorie) 此說亦祇認個人之存在。而不認法人之存在。所謂法人之權利者。其結局要不外屬於享受此利益之各個人之權利云。Jhering 即主張此說者也。見其所著之羅馬法精神論。Jhering Geist des römischen Recht

(11) 謂法人之本質。雖不過無主之財產。惟以此無主財產。視同權利主體說。Bohian 及 Binding 等主張之。

(四) Holder 及 Binder 等之說。Holder 氏最近所著自然人及法人論 (Natürliche und juristische Personen, 1905) 中。謂法人非權利主體也。權利主體。必爲現實之人類。至其可以視若法人之權利者。要當以其擔任職務之人 (如國家之行政首長官吏地方團體之職員等) 爲其主體。Binder 氏所著之法人問題 (Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907) 大體亦與此相同。關於財團法人。全與 Holder 氏有同一之見解。即以其管理者爲權利之主體。至於社團法人。則謂其實質不外社員全體。故以社員全體爲眞之