

社會科學論叢

第九輯

目錄

主權之意義·····	沈乃正
論瑪克司·偉伯 (Max Weber) 的「近代資本主義」與「資本主義精神」·····	張漢裕
西漢與匈奴的和戰·····	傅啓學
論徵收公司財產而發生國際爭執法律上應如何管制·····	劉甲一
西漢政治制度與法儒兩家思想·····	楊樹藩
次數分配表分組方法之商榷·····	寇龍華
乘數理論的發展·····	郭婉容
臺北商情動態指數	
A note on the Multiplier: As an Explanation of Income Generation·····	Lin Lin

國立臺灣大學法學院印行

中華民國四十八年七月三十日出版

社會科學論叢

第九輯

徵稿簡章

- 一、本刊爲不定期刊物預定每學年一冊
- 二、本刊由國立臺灣大學法學院同人編著院外來稿亦所歡迎每篇以二萬字至四萬字爲宜
- 三、來稿不論著譯均所歡迎譯稿請附原文
- 四、來稿不論文體唯一律加標點符號
- 五、來稿一經刊載酌送本刊及抽印單行本若干冊
- 六、來稿請寄臺灣臺北市徐州路國立臺灣大學

法學院院長辦公室代收

社會科學論叢第九輯

定價 新臺幣三十五元

中華民國四十八年七月三十日出版

編輯者 國立臺灣大學法學院

發行者 國立臺灣大學法學院
臺灣臺北徐州路二十一號

印刷者 龍山印刷廠
臺北市西園路一段九二號

電話：三二五二六號

代售處 全國各大書局

主權之意義

沈乃正

拙稿主權論計三章——第一章主權之意義，第二章主權之特徵，第三章正統主權學說與各方對此學說之抨擊——社會科學論叢屢屢索稿，無已，以其首章塞責。版權保留。

作者識 四八、六、二七

主權學說是主觀的學說；所以支持當時當地統治者政治行為的形態，並足以反映當時當地的文物制度。

主權論或主權學說 (Theories of sovereignty) 者，政治思想的中心部分。此類學說之形成，其主要動機，乃是對於其時其地的現實政權之行使者，現實政權之性質，及現實政權之起源，要設法以解釋之，描寫之，並辯護之，使其成為合於正義的權力罷了。查所謂政治權力，自今日政治科學（亦即實在論之政治學）的觀點看來，不外乎統治者以其控制力或強制力操縱運用被統治者之謂。是以不同的主權學說即不外乎對統治者政治權力的不同活用方式，（亦即其政治行為的不同形態）在理論上加以解釋，描寫，與辯護而已。其不必與客觀的實在或事實相符，自不待言。一般主權學說，通常必明示地，或默示地，劃定一個國家活動的正當範圍（亦即統治者活動的正當範圍）。是以主權學說之內容除肯定地斷言主權為國家的特徵外；通常必同時說明主權應如何活動；並故意使用合法權力傳統權力或法律權利等等概念，藉以證明其時其地的主權活動，是正當的，是合理的。一般政治學說，常以主權觀念為其樞紐關鍵所在，而其思想即隨之轉移。至於主權之觀念，則有時以主權為整個而不可分，有時以主權為零碎而可分；有時以主權的活動為理性的表現，有時以主權的活動為上帝的意願；意見衆多，說法不一；但亦莫非是學者的一種努力，想藉此以辯護當代的社會事實，政治制度，與文化情形罷了。殊不知此種努力，雖其預期之辯護功效，未必達成；而其所欲辯護的文物制度，反能於其主權學說中，得一明顯反映。是以欲明瞭特定的主權學說，必先知該學說與當時當地的社會政治文化的關係；因為有後者始有前者；而主權觀念之所以直至今日，仍有各持一說，爭論不決者，其主因亦在於此（註一）。

正統主權論的要點。

主權是最高的權力。

主權是無限制的權力。

主權是法律上的觀念，爲法律之源泉，但不可能違法的。

主權之意義

二

在詳論主權之前，先略述今日正統的主權論，對主權所構成的觀念若何？綜合其說，大旨如次：主權是政治學的基礎，是國家必要的成分之一。此一成分——即至高無上的意志與權力——是國家與人類的其他社會團體間，基本區別之所在。當群居的獨立人民，織組成一個政府；而由此政府制定並執行法律時，國家於以成立。在此國家團體之內，必須有一個至高無上的意志與權力的存在。換言之，在此國家團體之內，必須有一個人——如君主，如獨裁者——或多數人所組成的一個團體——如議會，如立法機關——而其命令是人民所服從的；必要時，並可使用強制力，以使不服從者服從之。有此情形時，這一個人或多數人所組成的這一個團體，即在行使主權；而其命令即稱爲法律。很明顯地，這樣一個主權機構，——個人或團體——在法律上是不能加以限制的。因爲如果在法律上承認可以加以限制的話，那就是等於說：在所稱主權機構之上，又另有一個權力更高，與權力更大的制法機構在；果爾，則唯有此機構之更高更大的權力，始得稱爲最高，而前所稱之主權機構者，不復爲最高權力了。是以既指某某機構而稱之爲主權，則主權是在法律上不能加以限制的；並且這個主權機構，是不能在法律上（指國內法）自己用任何限制，來束縛它自己的意志的。即使它自願地，在法律上加自身以限制，這種限制，除非它的自願繼續下去，是不能束縛它之意志的。因爲它的意志既在法律上爲最高，則一切法律上的限制，它都可以經由法律變更之或撤銷之。（在未經變更或撤銷前，則爲主權所自加之限制）由上推論，主權在法律上是至高無上或最高的；而秉有主權的制法機構，在法律上是無可限制其制法權的。

主權是一個法律上的觀念。當我們說：主權的意志是最高的，是不受限制的，也是從法律方面講的。（亦即從國內上講的）。當我們說：主權的意志表示，對於人民，便是他們所必須服從的法律，也是從法律方面講的。主權雖爲法律上的觀念，但主權之爲物，並非由法律創設之。此與一般法律上的權力，由主權者的法律所設定者迥異。主權不僅不是法律所創設之物，而反是一切法律的創制者。換言之，主權是唯一的並且是最終的法律的源泉。主權雖爲法律的源泉，但主權祇是能存在於法律的制度中的。一旦法律消滅，主權亦隨之消滅。因爲沒有法律，即沒有

上文之例解。

必須服從的命令，從而即沒有主權。是以主權的行使，必須出之以法律。因之，主權之行使，亦須依照法律。即使對於一種已有的法律，主權者不欲繼續遵行而欲發布命令以變更或撤銷之，但此主權者變更或撤銷之命令，亦為法律。是以主權者仍須使用法律，始得變更或撤銷法律的。主權之行爲，不可能違法，而違法之行爲，即非主權之行爲。至於政府官吏的違法行爲，表面上似爲不依照法律，而行使主權之例。殊不知政府官吏的違法行爲，法律上視爲私人行爲，而非代表國家的行爲。由此可見，主權者（以別於行使主權，而秉有『主權之行使權』的政府）實不可能違法以行使其主權的。職是之故，我們可以說：主權是法律上的觀念；主權是法律的源泉；而在法律上是不受限制的。但是主權存在於法律之中的；祇能經由法律以行使之；祇能活動於法律範圍之內；並且根據主權的性質，是不可能違法的（註二）。

上述主權與法律之關係各節，原爲分析法學者之通說。但是，思考欠精密之讀者，每感困惑不解，或竟以爲前後文義衝突矛盾。所幸其中數點，可用假設例而幼稚化之，以解其惑。今有不常在家之家長，請一補習教師以課其子女。子女頑劣，常假借家長名義；或偽造字條，或偽託傳話，強教員以變更或縮短上課時間，或減輕功課分量。家長知之，乃面告教師曰：課務事項，全部由我的意思支配之，而我的意思，必以面諭表示之；除我面諭之外，一切字條傳話，及他人之指示，一概不得遵辦。現在我即以面諭規定，上課時間爲下午六時至七時，功課分量爲每日讀一章；此之規定，以三個月爲施行期限等語。在此一例中，我們已把家長置於類似主權者之地位，而以其面諭爲法律。由此一例，可見關於課務之規定事項，家長之意思，爲最高無上之意思；而面諭，則爲此最高意思唯一表示之途徑。猶如，主權者之意思爲最高之意思，而法律，則爲此最高意思唯一表達之途徑。其次，家長爲面諭之創制者，爲面諭之源泉；但家長欲表示其最高之意思，非出之以面諭不可；從而家長權力之活動，必須在面諭範圍之內，亦必須於面諭之制度中，始得有其活動。猶如，主權創設法律，爲法律之源泉；但主權祇得存在於法律之中，因爲主權之行使，必須出之以法律，必須使用法律，始得表示其最高意思的。再其次，家長之意思，完全不受其面諭

之拘束。他可以隨意變更撤銷其先前所爲之面諭，如改定上課時間，變更功課分量之類，並且即在原定三個月期限未滿之前，亦可由家長改變一切關於時間與分量之規定。良以三個月之期限一項，亦僅面諭之規定，故亦可由家長變更或撤銷之。不過其變更或撤銷，必須同樣地以面諭爲之，不得以字條或傳話爲之罷了。是以家長不可能以其後之面諭行爲，違反其先前之面諭的。（於此，讀者須知：主權者，除非自願，並繼續自願，是不受其自己之諾言所拘束的。此與普通之人不同。後者之所以必須遵守諾言，乃以道德上有『信』之觀念，與公私法上，『法律行爲』均發生法律效果所致）猶如，主權之意思，不受法律之拘束，可以隨意變更撤銷先前之法律，即使主權不依先前憲法（憲法在此處視爲法律之一種）所規定之程序，而採用新的憲法，或以革命或改變之方式，改定憲法，亦無違憲或違法之可言，因爲憲法亦不過主權意思之表示，與其他法律無異，可由主權變更或撤銷之。（行使主權之政府而違憲或變更憲法，自當別論）。是以主權可以使用法律，以變更或撤銷一切法律，（憲法視爲法律之一種），而且是不能因之違法的。再其次，唯面諭，始爲最高意思之表示；故我們唯於面諭中，始能見到，想到家長之最高地位，與家長之最高意思的。是以家長與其最高意思，爲面諭中之觀念。猶如，唯法律，始爲最高意思之表示；故我們唯於法律中，始能見到，想到主權之最高地位，與主權之最高意思的。是以主權之觀念，爲法律上之觀念，脫離法律，則主權之觀念，即模糊不清了。至於國家與政府間之區別，主權與『主權之行使權』間之區別，及本章上下文關於釋明主權其他各點，絕對不能以此例而譬喻解釋之。（詳見第二章）慎其思考，銳利其分析以得之，則在讀者。良以複雜之思想，非一概能以日常事例而幼稚化之的。

有主權的國家
高出於無主權
的社團。

惟因主權者的命令始爲法律，始爲必須服從的命令；是以國家以外其他的社會團體，雖亦能發表意見，制定規則，但是，因爲各該社團並無最高權力，並無主權；故其所發表制定者，並非法律。除經國家承認其爲『法律行爲』，而予以效力者外，社會團體之所發表制定者，概無強制力以必其實行，必其服從的。職是之故，當社團的意志與國家的意志相衝突時，社團的意志即爲違法的意志；非但原則上於法無效，且其行爲將受法之制裁。

主權在事實上並不是儘量行使的；其自加之限制，所在多見。

國家在法律上，固如上文所言，有無限制的權力了；但在事實上，國家祇行使此無限權力的一部分而已。例如，國家常對於許多個人的活動，不以法律規律之；而在此法律未加規律之範圍內，即聽個人自由活動，不加干涉的。其所以聽個人自由而不加干涉者，並非謂國家無權干涉，乃因國家以為若使用權力而干涉之，於政策上看來，反為不智。又例如，國家不僅對於許多個人活動，如上文所稱，不加干涉，且常進而經由法律，給予個人以特定種類的權利；而於每次給予權利之時，通常即同時對於國家自己的活動，加以限制，俾不致侵害業經給予的權利。此種法律上權利的給予，原無傷於主權的最高性，與其無限制性的。良以主權所經由法律而給予者，主權亦可經由法律而撤銷之，停止之，或變更之。但在此類權利，未經最高權力撤銷停止變更之前，其為主權者所自願加於自己活動的限制，至為明顯。又例如，國家對於所屬殖民地或地方政府，亦常經由法律，給予以一定數量的自治權力的。換言之，國家為建置自治制度起見，對於自己的活動，亦常加以自願忍受的限制的。凡此，皆足以說明國家的主權，在事實上，並非到處在儘量地行使着的（註三）。

主權學說的起源。

上古與中古的歐洲學者，已有少許關於現代主權的意識。但因當時尚無若今日我們所習見的享有主權的國家，是以當時這班學者，關於主權的意識，曖昧模糊，不可為訓。洎乎中古末造，所謂民族國家，漸具雛形；並起而與當時國外及國內的各種勢力，如神聖羅馬帝國，羅馬教皇，封建諸侯等，抗爭政權。當其時，今日的主權觀念，始見諸文字著述中了。其在法國，此種抗爭尤稱激烈。法國君主嚴厲抨擊當日皇帝，教皇，諸侯的僭越；而肯定地宣稱國家係由君主於馬上得之；並惟受命於上帝云云。法國的法學家，為辯護君主的最高威權，藉以制敵取勝起見，於是發為法理學說，是為主權學說的起源。但其時所謂主權，是屬於君主的；故為主權屬君的學說；而非如現代之以主權為國家的成分的。是以 Beaumanoir 氏之言曰：『君主是居於一切之上的主權。當我們指稱此主權時，我們即以君主一語代之。』其初，主權一語，尚無君主係完全超越，而獨立於其他權力機關的涵義；迨十六世紀末葉，主權始有至高無上權力的意義，且為不可分割的權力。

以君主主權的權力為主權，以君主為主權者的過去學說。

當主權學說起初之時，主權被視為君主個人的屬性之一，既如上述。其後，法國學者 Jean Bodin 氏，於一五七六年出版共和國六冊一書，是為現代主權學說的基石。氏為以主權為國家必要成分的第一人。但氏於無意識中，仍不無矛盾地，主張以主權為代表國家之政府所有，而為政府中的特定一個機構的權力。其在法國，氏以為此一機構，即為君主；而法國的主權，即為君主主權的權力云云。氏與其他早期學者，又都不免因襲謬誤，以為法律上或法律眼光中，國家的主權，即等於法律所設定之政府的權力。惟因混此二者——國家與政府——為一物，故氏列舉主權的特點為制法權、宣戰權、媾和權、設官權、審判訴訟權云云。殊不知此類權力，不過依法律規定，為各該特定政府機構的法定權力而已；初非無所不有，無所不包，無從列舉的主權所可相互比擬的。至於何以十六世紀學者以國家的主權視為君主主權的權力，以致混同國家與君主，而視之為相等者，亦非無因。良以主權觀念之興起，實種因於當時君主致力維護君權之努力。其後，經與其他權力機關抗爭的結果，君主及君權獲勝，則主權自非君主莫屬，亦猶戰利品之必屬於獲勝者，同其意義的。

主權的定義。

主權的定義一如國家的定義，言人人殊，悉視學者的見解為轉移。Bodin 氏為提出主權定義的第一人。其言曰：「主權者，為國家的最高權力。憑此權力以支配國民及人民，並不受法律的制限者是也。」其後五十年 Grotius 氏以為：「如有人於此，其行為非任何他人所能干涉，其意志非任何他人所能制御，則此人之最高政治權力，即為主權。Jellinek 氏以為，主權者，國家的特徵，國家憑恃其主權，在法律上，除其自己的意志外，不受其他意志的拘束；除其自己的權力外，不受其他權力的限制。Duguit 氏以為：依法國最通行的學說，主權者，是國家發為命令的權力，亦即國家的下令權。又稱：民族的意志，而經由國家的組織以表達之者為主權。主權又為對於領土範圍內的個人，發為必須服從的命令的權力。Burgess 氏以為：主權者是支配人民個人，及人民所組成的社團的一種權力。此種權力，是固有的，而非由任何在上者所給予的，完全，而無所不可為的，並且不受限制的。氏又稱：主權者是原始有的，而非自其他權力所獲致的；並且是獨立於其他權力的。憑此主權，可以發為命令，而強制人民服從

不同意義的主權。

一、以虛名元首為主權者。

之。以上各家定義，雖因人而異，但綜合觀察之則主權的特性，已班班可考（註四）。主權為支配人民之最高權力，亦彰彰明甚。（關於主權的特性，詳見第二章）

主權學說，既各不同；主權的觀念，亦相差異；而其所稱的主權，除自法律的觀點立論外，亦有自其他的觀點立論者。且主權誰屬，意見又不一致。因此造成許多種不同意義的主權。學者有稱此為主權的種類者，分析稍欠精密。蓋與其稱之為主權的種類，毋寧稱之為不同意義的主權。茲分別敘述如次。

許多公文書，至今因襲過去以君主為主權者的習慣，而稱一國的元首為主權者。但時至今日，這個元首事實上是否兼有主權，在所不問。職是之故，常有一國元首的大權早已旁落，而其地位僅等於政府中機構之一者，至今仍以主權者稱之。例如大不列顛聯合王國的君主，至今在公文書上，仍稱為「主權者」(“Sovereign”)。今日英國法院中的刑事起訴書，仍以君主的名義行之，而稱君主為「我們的主權者」。此類名辭，始於君主擁有最高無上權力之時。現在君主雖僅擁虛名而無實權，但舊日君主為主權上的主權者之名義，仍與英國古代許多過時的法律名稱，同受保存，至於今日而不替。是以當學者以「主權者」一語指一種虛名的元首時，讀者須明知其為法律用語上的一種遺留下來的名義，而非所以描寫當代英國「法律主權」的現實情形的。這樣意義的主權，稱為虛名主權 (Titular sovereignty)。其與法律所承認之主權，迥然不同；茲存其說，意在使讀者知其為非政治學上之所謂主權耳（註五）。

二、法律主權與政治主權。

正統的主權觀念，向為一種法律上的觀念。但有時，亦有學者用主權一語，以表示政治上的一種主權觀念的。於是，主權一語，顯然即有法律意義與政治意義的對立。當用此主權一語時，用之者究何所指？法律主權乎 (Legal sovereignty) ？政治主權乎 (Political sovereignty) ？讀者必先明瞭兩種意義的區別，始能確定其所指者為何。

法律主權的命令，法律承認其有法之最高效力，其他規

正統學說中的所謂法律主權，乃與法律發生密切關係之人——如法律學者，律師，法官及其他職責在執行法律

之人——的心目中，所謂國家的主權。他們依規範科學的正常方法，並不於實在情形中，探求實在的最高權力之所在；而祇於法律規範中，依法律規範之所指示，以探求最高權力所歸屬的機關而已。職是之故，所謂法律主權者，

範之與之抵觸者，失其效力。

主權之意義

(如我人不為國家與政府之分，而逕於政府中找尋主權的話)必係一個可以確切指定的權力機關。該機關必能經由法律的形式，以表示國家最高無上的命令。該權力機關之所以被視為法律主權，乃以其命令，能在法律上，壓倒一切法律以外各種規範的效力之故。不論此類被壓倒的非法律規範，為神授律典，道德原則，輿論旨意，無效法規，或其他種類的規範，均無不可。要皆不能抵觸法律主權者的命令，而仍繼續有效的。易詞言之，法律主權者乃法律所承認的最高發令之權力，亦即最高制法的權力。舉其實例，如英國的國會，亦稱「國會中之英王」(King in Parliament)者是也(註六)。

政治主權的命令，法律主權有遲就之的必要。但其命令，除業由法律主權表達之為法律者外，法律否認其有法之效力。

法律所承認的最高制法權力。誠為法律主權矣；而此一主權，在法律上有其最高效力，亦已如上文所述矣。但是，法律主權，在事實上，——以別於在法律上——並不一定就是最高的權力。換言之，我們如不顧法律承認其為最高制法權力與否的問題，而專就實在的情形，以探求實在的最高權力，則此實在上的主權機關，非必法律上的主權機關。斯二者，有時可能為同一機關，但通常不是同一機關的。良以我們如不以法律的承認為已足，進而探求實在，則隱藏於法律主權的背後，我們常發現另外一個，法律不認為更高但事實上常為更高的權力。此一權力，常無有形的組織。法律縱承認其存在，但並不承認其為最高的權力；亦不承認其有發布必須服從之命令，或制法的權力的。——亦即法律不承認其得以法律的形式，表示國家的意志之謂——但是，法律雖不承認其有最高的權力，而此一權力的旨意，如果與法律主權之旨意相背，則法律主權，在事實上，必須向之委曲遷就，而從長時期的見地看來，最終且必有向之降伏之一日。此一更高的權力，為事實上的最高權力。對於事實上的最高權力，法律學者固可視若無睹；但政治學者，則以必須兼顧實在，而不能自限於法律規範的研究；故除瞭解法律主權之外，尚須明知事實上的主權之所在。此所以事實上的最高權力，稱為政治主權；而為政治學者所必須兼顧之最高權力也。

政治主權的實例，猶如站在英國國會背後的英國人民便是。嚴格立論，唯人民中之有投票權者，——亦即選民團——始可視為政治主權。但比較寬泛的講法，則人民的全體，包括動亂時期之革命民衆在內，凡有影響輿論之力

有制法權的人民大會既爲法律主權，又爲政治主權。

在法律上，法律主權之命令有效。政治主權之意旨，無論其實力如何強大，在法律上，概屬無效。

者，雖無投票權，亦應視爲政治主權機關的成分。查政治主權的勢力，雖超越乎法律主權之上，雖可要求制法機關遷就其意旨，而當其意旨確定明顯，無可解脫規避之時，制法機關對之，雖亦從不敢輕慢不顧，且終必遵行勿失，凡此固爲政治主權的特性；但是政治主權究不能以法律的形式，表達其意志，而使法學者，律師，或法官視之爲有法的法律的。一旦政治主權的人民，如果可以自己制法，一如直接民治國家的人民大會，而使法學者，律師，或法官視之有效的法律的話；則其時之人民大會，既爲法律上的法律主權。又兼爲事實上的政治主權了。且其時兩種意義的主權，雖仍各自代表不同的概念，但其適用的對象，亦即其所指稱之物，則爲同一的機關了。——亦即人民大會便是。

我們如從法律的觀點看來，——亦即自正統主權說學的觀點觀察，或自法學者，律師，與法官的觀點觀察——則當法律主權與政治主權的命令或意旨相衝突時，唯前者的命令，始爲有效。因爲祇有前者的命令，始得用法律的形式以表達之。又因爲，祇有前者的命令，始必須由法庭承認其爲法律，而執行之。至於政治主權的命令或與意旨，不論其如何明智可取，如何合於正義，要不得用法律的形式以表達之；要亦不得由法庭承認其爲法律而執行之。法律主權與政治主權之不可混爲一物，於此可見。是以 *Richie, Gilchrist, Garner* 三氏均作類乎如次的說明：

(註七) 法律主權者是律師與法官，以律師與法官的資格，站在律師與法官的立場，並在其執行律師與法官的職務時，所看到的，所承認的主權便是。除此法律主權之外，律師與法官，爲保持法律的統一與完整起見，對於事實上更高的政治主權，雖明知其存在，但不得執行其命令，參考其意旨，而於行使律師與法官之職權時，亦無可顧慮及於政治主權焉。良以律師與法官，如於法律主權之外，又承認另有所謂政治主權，則方其行使職權時，究應執行那一個主權的命令，將無所適從了。從而法律的統一與完整，將被破壞；人民亦將失所依據，而不知究應服從那一個主權的命令，始可免除違法的制裁了。職是之故，設有法律於此，業經正當立法程序，由法律主權的國會（如英國式萬能的國會）制定之，但恰巧又爲政治主權的選民團或一般人民所反對者，則自律師與法官的觀點看來，此項法律

主權之意義

，仍完全有效。至於政治主權的反對，則祇能置若罔聞；且其反對，亦無傷於法律主權，在法律上，為最高無上的權力的。換言之，律師與法官，當其以律師與法官的資格而執行職務時，對於選民團的願望觀感，縱於事實上與無意識中，有時不免受其影響，但在法律上，則祇能執行法律主權的命令，而無權過問政治主權的意旨的。政治主權的意旨，除非業經法律主權予以法律化者外，必不得為律師法官等所考慮與執行的對象云云。

『主權』一語係指法律主權或政治主權，必須審問明辨之。

再則，律師與法官，當其以律師與法官的資格執行法律時，固如上文所述，理應祇知有法律主權，而不知有其他，但當他們不以律師與法官的資格，且不在執行職務之時，則又不妨就事實立場，擁護政治主權的意旨，稱之為最高權力的表現，而主張應由向之所謂『法律主權』之國會，予以遵循的。（此處『法律主權』一語，加有引號，良以律師與法官，既已拋棄其職務立場，而暫以政治主權為主權，則以前之所謂法律主權，實已不得再稱為主權了，故以引號別之。因為一人不可能於同一時間與同一立場，看見有一個以上之最高權力的。）政治學者一如法律學者，亦可將其觀點隨時變更之。當他們研究任何國家的公法制度時，應以各該國的法律主權，為唯一最高之權力。但當他們在研究一個國家實在的指導意志的活動時，則又須探求政治主權之所在。是以同一學者，以其前後立場之不同，其用『主權』一語，有時係指法律主權而言，有時則又指政治主權而言的。究何所指，須由讀者審問明辨之。又在同一文件中或同一著作中，前後所用『主權』一語，有時係指法律主權，有時則又指政治主權；亦悉依用語當時，所採的立場，係法律的立場或事實的立場而異。例如，一般憲法所稱主權屬民一語，此之所謂『主權』，係指政治主權而言，以一般人民無能制作法律之故；而同法內，如設定制憲與修憲之人民，或人民之代表機關；則此機關始為法律主權之所在。凡此亦有待於讀者之審辨判斷的。

Bryce 氏的解釋。

關於法律主權與政治主權的區別，Lord Bryce 氏言之極中肯。其言曰：法律主權與政治主權之所以必須加以區別，實因法律學中與常識中的主權概念，不相一致之故。一般人常識中的所謂主權，即凡一個人，或人的團體，如其地位被認為高超於他人之上，其自己既可以自由作為，並可使他人聽其自己之指揮而行事，從而其自己的意志

政治主權與法律主權的並存，不足以否定主權不得分割之說。

，得優越地通行於全國者；這樣的人或團體，即為主權者。此為一般人常識中的所謂主權。（按即政治主權）。但依法律學者的見解，則主權的概念，不應那樣的空泛而難於捉摸。是以法律學者以為：稱為主權的人或團體，必須他的命令，是由法律予以法之效力的，並且必須在法律上，他有最高制法的權力的。此即所謂法律主權。簡言之，法律主權者乃法律學者的主權概念云云。查法之效力之有無，與最高制法權力之所在，為比較易於證明，易於確定的條件；因為至少法院之法官對於法之效力之有無，及最高制法權力之所在，必須有以確認之，否則，無以判案焉。此所以在一般國家內，法律主權，是比較政治主權，為易於明確指定的緣故（註八）。

間有學者若 Sidgwick 氏，以為主權不應有政治主權與法律主權的區別。因為如承認這樣兩種主權，即無異承認在一個國家內，有了兩個主權了；那麼，就與主權不能分割的傳統見解相違背了。但我們如詳細審察，則與其說主權被分割，而為政治主權與法律主權；毋寧說主權並未分割，仍為一個，不過，這個單一的主權，係經由兩種各別的程序，以表達其意志罷了。所謂兩種不同的程序者：其一。為經由政治的程序以表達的，如選舉，輿論，與革命等程序是也。其二，為經由法律的程序以表達的，如制憲，立法等程序是也。難者曰：主權既為單一的，則主權意志，亦應僅有一個。然則同一的意志，經由不同程序表達的結果，亦應彼此相符；但是政治主權的表示，常與法律主權的表示相互衝突抵觸，又將何說以自解。對於此一反駁，我們應當這樣解釋的：政治主權的表示與法律主權的表示，二者每不相符，而常有衝突抵觸，確是實情。但此乃表達過程中有所錯誤所致，並不足以因之證明有兩個意志，或兩個主權的存在。假使表達過程中並無錯誤，則政治主權與法律主權的表示，必然兩相符合的。是以抵觸衝突的存在，適足以證明表達上錯誤的存在，未可藉此否定主權僅有一個，且不能加以分割之傳統見解的。

上述一節可以說明政治主權與法律主權之區分，並可說明，此種區分不足以否定主權不可分割之說。但上述一節，亦已同時附帶地承認，主權在表達方面，是常有錯誤的；而此種錯誤，又適足以造成主權的真正意志委屈而不得伸張的弊病，查主權表達錯誤之害，實為今日學者所公認。是以時論莫不以為國家的法律，應與經由正當程序

法律主權的表示應追隨政治主權的表示。

主權之意義

一一

，所表示的輿論相互適應的。又以爲，制法機關，應依從選民的意旨；設不如此，政府即不足以代表民意云云。Richie 教授更明白指陳曰：所謂政府的善惡問題者，大致即爲法律主權而政治主權間，如何適當調整其關係的問題云云。換言之，政治主權與法律主權如能步伐一致，即爲善良政治的特徵（註九）。

直接民治國家
表達上不能錯
誤。間接民治
國家始有表達
上的錯誤。

我們如能想像一個直接民治的國家，則政治主權與法律主權既同屬於人民；而人民所表示者又不僅爲政見，且同時爲法律；則兩種主權間的衝突抵觸，自爲不可能了；表達上的錯誤，亦爲不可能了。但在現實的國家，鮮有直接民治者，於是法律主權必脫離政治主權，而自成一種組織。此種法律主權，或爲永久性的機構如英國的國會，或爲暫時性的機構，如特別召集的憲法會議，以及其他政府機構之所以表達國家最高的意志，制定國家基本大法者皆是。凡此法律主權，要皆與一般人民之爲政治主權者有別。唯有在此類現實的國家，政治主權與法律主權間的各別意思表示，始有表達上的錯誤可言。亦唯有在此類現實的國家，法律主權與政治主權二者間，始有相互衝突抵觸的可能；而二者間的關係，始有調整的問題發生焉。

英國的法律主
權與政治主權

法律主權與政治主權間，區別最爲明顯的，莫如英國那樣的國家。在英國，憲法的修改，係由立法的國會，依制作普通法律的程序行之。因此，憲法與普通法律，就制法之機關與制法的程序方面講，無可區別。故英國的國會，一方面爲普通立法機關，另一方面，又爲制憲機關。換言之，英國的國會（其法定名稱即 King in Parliament），在法律上，是唯一的表示國家最高意志的機關。它在法律上是無所不能爲的，亦即萬能的。它的立法，有時亦必須遷就道德規範之指示，確是事實。但道德規範之於英國國會，原無強制之力；遷就之與否，悉憑國會的自願與自擇，故不能視爲加於國會立法權上的限制的。至於物理上所做不到，而無可強制執行的事項，國會自亦不能使用立法權以爲有效的規律的。除受道德與物理的影響之外，英國國會的立法權，即不受任何限制的。任何英國其他機關，均不能廢止或變更國會的法律的。Dicey 氏說：『英國國會在法律上是萬能的；它可以宣告未成年人爲成年處已死的人以叛逆之罪刑，以私生子女爲婚生子女，甚至至於使訴訟當事人的一方爲法官，而審判自己的訟案；凡此雖

以國會爲法律主權。

於情理不合，但國會果欲如此，亦無所不可』云云。一七一六年的國會法律，將國會自己的任期，自三年延長至七年；即此，可見國會在法律上爲萬能；在法律上爲至高無上的。其後在緊急時期，又常自己延長自己的任期；例如，一九一〇年選出的國會，延至一九一八年始行改選；一九三五年選出的國會，延至一九四五年始行改選；而在一九一一年，國會又用自己的法律，將國會法定任期自七年縮短爲五年。這樣地以自己的意思表示，決定自己生命的久暫，唯法律上的最高權力始得爲之。推而廣之，任何憲法性質的規定，在英國莫不可由國會用普通的制法程序以變更之；此即國會在英國之所以被公認爲法律主權的緣由。

唯因國會爲英國的法律主權，而在法律上，法律主權的意思表示莫不有效；是以英國的法庭，對於主張國會法律爲無效的各種抨擊，照例一概置之不理。即使國會的法律，抵觸所謂傳統憲法最神聖部分的規定，法庭亦決不變更其無條件地維持國會法律的態度的。但否認英國國會爲萬能者，亦有其人，如 Sidgwick 氏是也。亦有僅承認國會於觀念中爲法律主權；但不於實在上承認之爲法律主權，如 Laske 氏是也。要皆非公認之說，存備參考可耳（註一〇）。

以選民團爲政治主權。

查英國國會爲法律主權，固爲衆所公認；但如自實在的觀點看來，則又有不得稱之爲至高無上權力之理由在。良以英國國會之上，尚有選民團在。選民是於下議院改選之時，表示關於政策的意志的。此種選民的意志，一經確切表示，英國國會最終必須遵照施行，無可迴避。但此選民團的最高權力，律師與法學者是不予承認的；法官與法庭也是不予承認的。即國會本身，有時亦可暫且拒絕照辦的。但如選民堅持成見，而確定表示非實施之不可，則國會唯有服從民意，完成立法程序以執行之。是以選民在英國，是實在觀點上的最高權力；亦即英國的政治主權了。欲探求英國實在的最高權力，非窮究至於選民團不爲功。但如僅求法律規範中所承認的最高權力，則祇須推及於國會爲止，而以之爲法律主權即可。

三、選民團主

主權之意義

在英國，如上文所述，以政治主權屬諸享有投票權的選民，稱爲選民團主權 (Sovereignty of the electorate)

主權之意義

一四

權。

，此為政治主權各說中之一說。但此外，復有學者以政治主權屬諸人民，而泛稱之為人民主權 (Popular sovereignty)，亦有以政治主權屬之國家，而稱之為國家主權 (National sovereignty)；茲分別就後二說釋明之。

四、人民主權

所謂人民主權者，即以主權空泛地歸屬之於一個國家內許多不確定的人的集合，而名之曰「人民」。人民主權的概念，起始於十六與十七世紀的反君主專制的學者。其中尤以 Marsiglio of Padua, William of Ockam, George Buchanan, Thomas Barclay, Francis Hotman, Boucher, Saurez, Bellarmine, Althusius 諸氏為最著。他們以自然法與契約學說為基礎，倡言主權在民之說，以抨擊當時最流行的專制君主制度。他們大致是這樣說的：主權原屬於人民。他們並未以之讓予君主；亦決不因久未行使，以致受時效的影響，而會歸於消滅云云(註一一)。

十八世紀中 Rousseau 氏大聲疾呼，而以人民主權之說為號召(註一二)。其後，法國革命人物，崇拜人民主權之說，有如神的啓示。Jefferson 氏在寫作美國獨立宣言時，亦擁護人民主權；所以他說：由於被統治者的承諾，政府始獲得正當的權力云云。氏所說這句話的涵義，自那時直至今日，業已被視為民治的真諦所在。Bryce 氏亦以為人民主權，是民治的口號，也是民治的基礎云云(註一三)。

但是何謂人民主權？學者用此一語時，常未予以確定的意義。由於意義之含混，常引起許多錯誤的觀念。良以學者之以主權歸屬於人民，而視人民的意志為最高之意志者，鮮有明言何為「人民」。考「人民」一語，既可用以指全體人民中，有選舉投票權的那部份人民；也可用以指一個國家內，並無組織，難以指定的個人，所集合而成的全部民衆。——有人稱此之所謂民衆，為「一個生有無數的頭腦，意志紊亂，而不能有共同政治行為的一個怪物」。——然則所謂人民主權，究應指前者之選民團，而實即無異於上文所稱之選民團主權；抑應指後者之民衆，而成爲別於選民團主權的一種人民主權呢？

Garner 氏以為，人民主權不應作為民衆主權的意義解釋的。氏之言曰：如把人民主權一語，解為一般民衆的主權，殊與事實不相符。因為所謂人民的最高權力，祇能由業經法律授予投票權的部份人民，依照法定手續，始能