



#### 论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### > 论文精粹

## 王天华:国家法人说的兴衰及其法学遗产

di kai os 发表于: 2012-11-03 10:55 点击: 173

内容提要: 机关法人、机关犯罪、行政主体乃至行政法人等法律或法学概念, 以及一系列以国家机关为原告的名誉侵权案、敲诈勒索政府案司法判决表明, 我国公法与公法学体系欠缺清晰的“法学国家观”。在大陆法系国家, 建构法学国家观的任务主要是由国家法学特别是 19 世纪后半期形成于德国的国家法人说完成的。国家法人说在国民主权原理的宪法秩序下受到过批判或否定, 但“国家法人”这个以法秩序的统一性为目标的法技术概念及其背后的法学思考方式却保留了下来。梳理国家法人说的兴衰过程、清算国家法人说的法学遗产, 有助于厘清我国目前所面对的一系列问题, 对建构我国的“法学国家观”具有重要意义。

关键词: 法学国家观 国家法人说 天皇机关说 国家机关 行政主体

每种公法学说甚至每个公法命题背后都有其特定的国家观, 即“法学国家观”。法学国家观是从法学角度思考国家现象所形成的基本观点。它首先表现为一个命题群, 如: 国家和法律的关系是什么? 它是法律的创造者还是法律上的一个人格? 抑或两者兼具? 或者, 国家就是法秩序本身? 国家与个人是否存在权利义务关系? 如果存在, 其内容是什么? 国家机关与国家的关系是什么? 国家机关在法律上是否具有独立的人格? 机关中的个人与机关之间、与国家之间是否存在权利义务关系? 这些命题由于其基础性, 看起来有些哲学味道, 但绝非毫无功用的冥想。一个缺少清晰的法学国家观导引的法律和法学体系, 可能只是各种元素的拼接甚或杂陈, 无矛盾的思考甚至法秩序的统一性遥不可期, 最终会以这样那样的形态给我们的法律生活添乱。

法学国家观的建构对于我国而言还是一个未竟的课题。从十余年前的一系列以国家机关为原告的名誉侵权案到两年前的敲诈勒索政府案, [1] 各地法院无视部分学者的批评, 一贯坚持国家机关是权利主体的立场。这一立场显然与我国民法通则规定的“机关法人”、刑法规犯罪以及我国行政法学中的“行政主体”乃至“行政法人”概念有关, 但与我国实定法的基本规定不尽相符。我国宪法使用了“国家所有”、“国家保护”、“国家保障”等用语, 类似用语在具体的法律规定中比比皆是。这种用语表明, 国家本身是一个权利主体。例如, 国家赔偿法虽然规定了“赔偿义务机关”, 但从“赔偿费用列入各级财政预算”的规定来看, 国家赔偿责任的权利主体显然是国家本身。将上述法院的立场和行政法学的立场与我国实定法的立场结合起来加以理解, 结论似乎是, 国家机关是权利主体与国家是权利主体并行不悖。但问题是: 国家机关是国家创设的, 它是国家的机关; 国家可以创设机关, 也可以撤销机关。既然如此, 国家机关相对于国家而言还是权利主体吗? 如果不是, 国家机关在对“公民、法人或者其他组织”的关系中何以成为权利主体呢? 此外, 个人挖出的“天价乌木”被认定为国家所有的“天价乌木案”, [2] 《黑龙江省气候资源探测和保护条例征求意见稿》规定“气候资源为国家所有”所引发的争论表明, [3] 如果说国家是权利主体, 那么其权利的内容、与个人权利之间的关系如何, 也有待讨论。为建构我国的法学国家观, 对既存的特别是大陆法系国家的法学国家观进行梳理, 是一项基础性工作。为此, 本文对大陆法系国家法学国家观建构任务的主要完成者国家法人说进行考察。国家法人说形成于德国 19 世纪后半期, 在 20 世纪初为日本所继受。第二次世界大战结束后, 德、日均建立起国民主权原理的宪法秩序, 国家法人说因此成为批判甚至否定的对象, 但其法学遗产还在, 甚至可以说, 当代公法与公法学体系潜藏着国家



## 一、国家法人说在德国的兴起

国家法人说的首倡者是哥廷根大学教授阿尔布雷希特（Wilhelm Eduard Albrecht 1800—1876）。他在1837年撰写的一篇“不引人注意的评论”中，提出了国家法人说。[4]这一年，哥廷根大学所在的汉诺威王国爆发了著名的“哥廷根七君子事件”。

汉诺威的第一部宪法制定于1819年。该宪法采用两院制，市民和农民的政治权利受到诸多限制，终酿成了1830年的市民暴动。当时的国王威廉四世为此决定制定一部新宪法，他甚至亲自对议会制定的新宪法草案中的几个条文进行了修改。新宪法大幅度地提高了市民和农民的政治权利，比1819年宪法有着更强的民主主义色彩。但王位继承人恩斯特·奥古斯特反对这部宪法。他在1837年就任国王后，立即解散议会，并宣布1830年宪法无效。哥廷根大学有七位教授对此进行了书面抗议，学生们也上街游行。当局将七位教授中的三位驱逐出境，四位免除职务，并逮捕了数十名学生。

作为“哥廷根七君子事件”的主角之一，阿尔布雷希特在上文提到的评论中写道：“今天，我们认为，国家不是为了万人、多数人或一个人（如君主）的个人目的和利益而组成的一个集合体，而是为了更高位的一般共通利益而组成的一个共同体或者公共设施（Anstalt）。国家不是统治者和各个臣民利益的简单相加。……每个人（包括君主和臣民）的生活都有两个面相，一个是以国家的名义、为国家、作为国家的头脑或四肢而被授予权利或课予义务，另一个是作为独立的个人、为自己而被授予权利或为他人而被课予义务。在第一个面相中，个人在任何意义上都不具有独立的人格（为其自身而被授予权利的存在）。所以，必然地，在第一个面相中，统治、行为与拥有权利的人格都归于国家本身。也就是说，必须认为，国家本身是法人。”[5]这段经常被引用的阐述包含三个思想要点：第一，将君主与君主的个人利益剥离开来，使之作为一个国家机关服从于宪法，成为国家整体的服务者；第二，将等级会议与君主同列为国家机关，据此为君主行使主权实际上受到限制提供说明；第三，试图在国家和臣民之间建构起权利义务关系。[6]如果说这三个思想要点中，第三个是纯粹的法学思考，那么前两个确定无疑地包含着限制君权的政治主张。此点从前述“哥廷根七君子事件”来看至为明显。阿尔布雷希特首先提示了国家法人说，但并没有使之成为德国国家法学的基本原理，完成这一任务的是格贝尔（Carl Friedrich von Gerber 1823—1891）。格贝尔是私法出身，聪颖早慧，21岁就完成了教授资格论文，23岁时便拥有了教授职位。他还做过大学校长，并长期担任萨克森文化部长。这种学术和政治背景对于理解其公法学说具有重要意义。

格贝尔法学的基本特点在于强调“体系”、“建构”、“纯粹法学元素”，以法学实证主义建立清晰、明确的教义体系。[7]（7）就国家法人说而言，他强调要在国家人格概念的独特性中去把握国家法人与私法人的区别。由此，格贝尔完成了阿尔布雷希特没有完成的任务。

“对于格贝尔而言，所有的法律关系——与罗马法体系的根本形式相对应——缩减为对人格、行为、物以及遗产的各种意思表示形式。通过这种缩减，可以从非常复杂多样的私法关系中求得人的意思这一根本要素。对于格贝尔而言，人格的意思是私法的普遍符号。”[8]他试图以意思为核心来建构法学，并将之贯彻于国家法学：“私法体系是意思可能性的体系，这种意思可能性无一例外地与各个个人的人格意思力联系在一起。国家法也是意思可能性的体系，它与政治统一的民族之力被赋予的人格联系在一起。……也可以说，国家法学是国家意思之学。”[9]

国家法人与私法人的区别，或者说国家法人的独特性，即在于其独特的意思力。这有两个侧面。第一，私法人原则上具有不受限制的绝对的意思力，而国家法人仅有有限的的意思力。“与私法上的意思力不同，国家的意思力既不是绝对的，也不能委于个人的恣意，其方向性和边界来自于其伦理基础。”第二，国家法人有一种意思力是私法法人所不具备的，即以统治为内容的意思力。“‘统治’这个词或概念，仅属于国家法。它是国家人格意思的固有内容。”[10]（10）在这两个侧面中，后者无疑更为重要。限定国家法人之意思力的基础，并非推导自国家的法人性质，而是推导自国家的有机体性。格贝尔认为，国家成员的权利义务所据以确定的客观法原理即一般意思，是有机体内在的生活原理，在国家作为法人之前，就已经存在于作为有机体存在的国家之中。简言之，格贝尔之所以说国家是法人，其意图不在于强

调君主要受国民利益之拘束，而在于强调国家意思力之特殊内容，或者说国家意思作用的特殊样态，即“统治”。

在格贝尔所建构的国家法学体系中，国家权力处于中心地位。他以国家权力为中心来说明所有的国家现象。国家权力的特质在于：“服从不是权利的减少，而是被感受为一种恩惠，因为权力关系的全部目的在于保证民族共同体的利益。国家权力必须以其统治权制定规则、命令，提供设备和对策，以所有这些在国内外提供保护，特别是权利保护。推动全体国家成员的经济和文化生活发展是国家权力的前提。国家权力作为报偿对那些服从自己的人提供这些利益。”

[11]与其说国家的法人性是为建构国家与国民之间的权利义务关系，毋宁说是为建构国家对国民的权力关系。施托莱斯评价说：“在格贝尔的国家建构中，国民是‘子民’，要求他们付出‘普遍的人格牺牲’，甚至认为他们‘屈从于权力关系之下’是‘一桩善举’；因为（包括君主和人民的）国家有机体在一定程度上要消除自身所有不和谐的东西，并服从于自身。在这种思想观念当中谈不上公民的个人法律地位，比如像以抵抗国家侵犯的前国家的基本权利这样的形式。这样的权利顶多是一种‘回应权利’，作为服从的一种回赠。国民必须服从国家，他是‘物’。”[12]这一评价可谓切中肯綮。

总体而言，格贝尔国家法人说给人的印象是：以纯粹的法学方法，表述了一种与当时的君主立宪制相契合的国家观。格贝尔之后国家法人说的代表人物是拉班德（Paul Laband 1838—1918）。

他在1871年之后的几十年中，占据了德国国家法学说的通说地位，甚至有人说其著作“完全统治不只一代德国公学家”。就法学思想而言，拉班德俨然是“格贝尔的遗嘱执行人”。[13]他也把法学对象作为人的意思加以把握，将国家理解为法人；把国家权力作为国家法人的意思，以国家权力作为国家法学的记述对象。不过，从其法学方法和核心命题来看，拉班德的国家法人说显然不只是格贝尔的延续或再现。

在法学方法上，拉班德同样“把目光集中到为意志关系的统一体系进行教义性的建构上”，但他“用的材料是帝国的实在国家法，通过‘纯粹的逻辑思考活动’从中找到‘统一的基本原则和主要原则’，在某种程度上找到变化不屈的实在法规定性所具有的思想本质。这和格贝尔使用的材料不同，格贝尔仍然把目标放在国家法的普遍基本概念上。因此，从格贝尔到拉班德完成了从法学实证主义到科学指导的法律实证主义的典型转变”。[14]不仅如此，拉班德认为法的根本原理存在于制定法之外，为了探究法的根本原理，要将历史的、政治的和哲学的考察纳入国家法学。国家的本质是什么，理想的国家制度是什么，这种问题也位于法的逻辑作业之外，只能用历史的、政治的和哲学的方法来解答。事实上，在其由后人整理的《国家法讲义》中，[15]拉班德大量地运用了历史、政治、哲学乃至政治社会学的方法，对国家的概念、主权的概念、国家权力的正当性、君主制与议会制的优劣等原理性问题进行了思考。

拉班德给“国家”下的定义有两个：一是“国家是保全定居民族共同体的法秩序”，二是“国家是存在于各个国家成员之上、构成其上位秩序的统一、自律的组织”。这两个定义看起来并不一致，因为“法秩序”与“组织”看起来不是一个东西。对此，拉班德的说明是，国家与国家权力的区别纯粹是概念上的区别，并非实在上的区别。从客观观点来看，国家表现为法秩序或者单纯的制度，而从主观观点来看，国家表现为存在或者人格，或者法秩序的担任者。拉班德将这一逻辑表述为“法秩序的人格化”。他指出，国家是法领域中的最高人格，因为国家这一人格自己支撑着自己的存在、意欲、行为所依据的法规则或法律。国家是法秩序的人格化，这个根本命题对于国家法学而言具有决定性意义。对于拉班德而言，国家法学是国家人格意欲、行为时所应遵循的规则，通过这一命题，国家法学的展开可能性被打开了。[16]

与格贝尔将主权概念作为政治口号加以处理有所不同，拉班德将国家权力和主权区别开来：具有最高性、别无上位权力的国家权力为主权。所以，德意志帝国作为联邦国家既有国家权力又有主权，而各邦虽然也是国家，但只有国家权力而没有主权。这种区分或者说国家权力的“分级”，无疑是对1871年德意志帝国建立的一种回应，但其理论背景耐人寻味。拉班德在讨论“主权”观念时，对博丹的主权论推崇备至，认为它是一种本质性进步，是国家法学、政治学历史与文献的基石。拉班德还上溯到中世纪对主权的形成过程进行了概括。他认为：公法的性质随着国家的发展阶段而变化。中世纪也会谈到公权力，但在那个时代，领主对庄民或属民、非自由人所拥有的高权是领主土地所有权的衍生物，基于私法权限而获得、行使和丧失。这种封建国家、家产国家缺少国家概念所必备的本质上的统一性和集中性，国家权力被分割为无数碎片。到了中世纪末期，各个邦国逐步确立为国家，邦国高权才开始具备真正意义上的国家权力的



本质要素。绝对主义国家是对中世纪的克服，使国家秩序的重建成为可能。绝对主义国家意义上的国家权力是无法割舍的真实，体现着国家法人的自立性、国家的至高意思和权力的必要性、公法与私法的明确区分。[17]

为了论证国家权力的正当性，拉班德进行了种种思想史探讨。从柏拉图到亚里士多德，从自然法理论到社会契约论，再到历史法学派，拉班德驰骋思绪、旁征博引，最后得出结论：国家是文化的产物，所以国家的存在几乎不需要正当化，因为文化不需要逻辑上的、伦理上的正当化。国家权力的正当性也与国家的根据同时获得，因为国家权力对于实现国家任务而言是不可或缺的。由此，拉班德在国家和个人之间设置了难以逾越的鸿沟：国家不是基于个人的权利而成立的，国家权力的边界存在于国家目的或任务本身。[18]

在拉班德看来，国家目的在于维护整体国民的生活秩序和提供援助，国家权力只能在这一目的所要求的范围内活动。例如：（1）只要不违反公序，国家就不能干涉市民的私生活；（2）即使关系整体利益，国家权力的干涉也只有在市民的私活动不充分时才得以正当化。但事关整体利益的事项在多大程度上依靠个人的自由活动和自由结社，或者依靠官僚制度，决定于国民的政治素养；（3）国家在性质上只能促进而不能吸收整体的利益。归根结底，国家是外在于国民生活的秩序，而非国民生活本身的代表；国家权力只有在其活动范围内才是最高权力。[19]

国家权力还受宪法规定的内在制约，其具体内容因实定法不同而有所不同，但总体而言，主要是指国民的政治自由。拉班德认为，在现代文明国家，如下命题有普遍妥当性：（1）无法律依据或不经裁判程序，国家不得侵害个人的生命、人格自由和财产；（2）行政必须遵守法律，在法律范围内活动；（3）国家权力必须尊重既得权；（4）国家不得干涉个人的宗教和学术信仰；（5）国家不得妨碍国民选择职业的自由、移民海外的自由；（6）国家必须使法院的活动完全独立；（7）宪法所规定的言论自由、结社自由、请愿权、迁徙自由等也是国家权力的边界。[20]

从上述拉班德对国家目的或任务、国家权力边界的阐述来看，其国家法人说尽管有着极强的保守性或者说集权主义倾向，但其与法治国理念并非完全水火不容。只不过在拉班德这里，国家权力的边界和制约都是客观法，归根结底来自于国家目的本身。

国家权力的正当性与边界在于国家目的，那么，国家目的是谁以何种方法来认识和实现的？谁代表国家？拉班德的回答是君主制。所谓君主制，是指大臣只要获得君主的同意，就可以违背议会的意思实施统治，也就是说，君主是国家这个团体的最高机关。由于这种君主制不能从上述思想——特别是国家目的的公共性、国家权力的正当性与边界——中推导出来，拉班德何以选择君主而非议会作为最高国家机关耐人寻味。可以确认的是，拉班德对英国的议会制表达过好感。他认为，在英国，君主几乎失去了所有的政治权限，议会才是主权的现实持有者。这种议会政治是一种非常优秀的统治形态。既然如此，拉班德为何还主张君主制呢？答案在于其对德国政治形势的悲观。拉班德认为，在德国，政党间的对立主要是基于身份间的敌对。这种敌对有历史传统，各身份总是试图以立法获取自身利益，或者至少在对己有利的方向上形成立法。同时，容克和资产阶级即自由主义者也是对立的，资产阶级的最终追求是使资本成为政治权力的唯一基础。还有工人阶级，他们的目的不是形式上的法律安定性，而是所有权的现实平等。在这种阶级关系下，议会政治是无法成立的。拉班德甚至预测，法国革命的惨剧会重演。[21]

拉班德主张君主制的思考进路是：议会政治是一种优越的统治形态，但它只有在英国那种具备了一定条件（特别是成熟的政党政治）的情况下才是有用的，不能无条件地导入；从德国的历史传统和政治现状来看，德国只能选择有利益超脱性的君主，由君主来代表国民整体的见解和愿望。这种颇有些“国情论”味道的思考进路实际上并未完结，拉班德并没有进一步论证：何以君主能够代表国民整体的利益，或者说如何保证君主代表国民整体的利益？在此意义上，有人将其作为“一个学术上飞黄腾达、获得太多荣誉、被同化的犹太人资产阶级的代表”，揣测其“前科学的基本心理状态”，也许并不冤枉。[22]

耶利内克（Georg Jellinek 1851—1911）是国家法人说的完成者。其代表作《一般国家学》[23]“语气均衡而又集中，高屋建瓴，一览国家和国家理论的历史发展。历史、思想史、法律比较和教义在此被整合在一起，其方法令人赞叹”。[24]该书被认为是对19世纪的深刻总结，一经面世很快就被翻译成外文，影响深远。

耶利内克出生于莱比锡，幼年随父移居维也纳，在此接受教育，度过了多舛的前半生。[25]（25）他23岁（1874年）就在维也纳大学取得了博士学位和教师资格，却很长时间也没有取得教授职位。年过三十后（1883年），耶利内克终于获得了维也纳大学国家法副教授职位，婚姻问题也由此解决。但其后，他又迟迟未能升任正教授。据推测，这些境遇可能与其犹太血统有关（当时欧洲“反犹”，奥地利更甚于德国）。由于职业生涯并不顺利，再加上中年丧子（1889年其长子夭折），耶利内克一度非常消沉。在这个节骨眼上，耶利内克获得了瑞士巴塞尔大学的邀请，成为其国家法学教授。随后，1890年11月底，耶利内克又获得了海德堡大学的邀请。据其夫人回忆，当时耶利内克喜出望外，甚至没有看清海德堡大学提供的待遇，只顾拿着邀请函高兴。1891年4月末，耶利内克携家眷移居海德堡，度过了其幸福的余生。海德堡时代是耶利内克学术生涯的黄金二十年。他与众多学者特别是马克斯·韦伯结下了深厚的友情，同时也深受校方信任，甚至在1907年获任副校长。但他一直未能与“官方”处好关系，这与其思想有关。作为一个自由主义者，耶利内克对当时普鲁士特别是威廉二世的反立宪主义倾向进行了积极的批判，甚至还发表过抗议性的时政评论。这种人生底色对于立体地把握耶利内克的学术思想及其生命力无疑具有重要意义。

耶利内克国家法学的出发点在于“国家的自我拘束”或者“国家的自课义务”：“国家是具有始源性统治力的定居国民社团，或者说是具有始源性统治力的领土社团”，而作为一种社团，国家的特点在于“拘束国家的法秩序是国家本身的秩序”。[26]所有的社团都可以基于章程作出决议，将规范单方面地发布给其成员。这种规范不仅拘束其成员，也拘束社团自身。但国家以外的社团不仅受其自身秩序的拘束，还受法秩序的拘束，而法秩序并非其本身的秩序。

毫无疑问，“国家的自我拘束”与国家社团的特殊属性即“具有始源性统治力”有关。但耶利内克显然别具深意，否则，他就将自己置于格贝尔和拉班德的延长线上了。

第一个深意是对“超国家的法秩序”及与之相关的封建国家的拒绝。耶利内克认为，国家学以其观察国家之方法而分为两个主要领域：一个是将国家视为社会产物的方法，以这种方法研究国家的学问为国家社会学；另一个是将国家作为法律制度研究的方法，由此而产生的学问为国家法学。国家法学是规范科学，它“不是为了把握国家的现实本体，而是为了使国家具有法学思考可能性。也就是说，国家的法学认识是为了发现一种概念体系，以便对国家的所有法律特性加以无矛盾的思考。这种国家概念必须以国家的现实存在为认识基础，但又不能等同之”。[27]

将国家作为一个法学概念加以把握，耶利内克认为有三种可能性：作为权利客体，作为权利关系，作为权利主体。这三种可能性中，只有将国家作为权利主体加以把握才是正确的。如果将国家作为权利客体，则只能将管理国家的人作为权利主体。“人们相信有过这样的时代，可以将国家作为所有权的客体加以把握。但那样的时代只能属于绝对主义或者家产国家论。”[28]如果为了避免绝对主义或者家产国家论而将全体国民作为权利主体、将国家作为权利客体，那么只能得出一个荒谬的结论：权利客体（国家）将权利主体（国民）承认为权利主体。将国家作为权利关系加以把握看起来是正当的，但其最大的缺陷在于“无法说明国家的权利关系来自何处”。“所有的权利关系都必须以规范为前提，因为权利关系需要由规范来调整，权利关系的当事人需要由规范连接起来，……所以只能寄希望于一个超国家的法秩序。”[29]在耶利内克的思考中，“超国家的法秩序”以及绝对主义、家产国家论的不可接受性几乎是不需要论证的，看起来像是纯粹的逻辑推演，但其中包含着鲜明的价值取向。

“国家的自我拘束”的第二个深意是对“拟制说”和“有机体说”的拒绝。在耶利内克看来，国家通过自我拘束而成为一个法律存在即权利主体，并非“拟制”，而是一种真实的国家意思。换言之，国家作为一种社团，与其他社团一样是一个统一体，有自己的意思统一性。“在此，毋宁说，必须将法学认识与将国家作为客观现象加以观察所形成的认识结合在一起。如果国家是一个具有集合统一性的团体，那么其统一性就不是拟制，而是对于我们意识而言的必然的总合形式，它与我们意识的所有事实同样实存于我们各项制度的深处。这种集合统一体有着不逊于个人的作为权利主体的能力。所以，将集合统一体作为权利主体并非对非实在实体的拟制。在此可以宣言，该实体是与法秩序相结合的实在。法律认可其主体性的所有统一体，同样都是实在。”耶利内克明确反对那种“将国家的所有法律关系消解于国家机关相互间的关系以及与国家机关中的各个自然人之间的个别关系的观点”，这种观点无法说明指导国家的意思来自何处，以及为什么国家在法律上表现为一个行动的统一体。他甚至暗含揶揄地指出：“法人理论中的谬误，大部分起因于法学者尽管可以很容易地从奴隶的历史认识到人格和人完全是两个概念，却简单地将人格视同为人。”[30]

从上述对“拟制说”的反对来看，耶利内克是在主张一种“国家法人实在说”。这种“国家法人实在说”是其将作为社会学概念的国家与作为法学概念的国家结合在一起得出的结论。也就是说，国家的统一性（不论是组织上的统一性还是意思上的统一性）对于耶利内克来说，首先是一种科学认知。为了论证这种科学认知，他甚至动用了心理学和生理学上的知识：在肉体上，人是一个不断变化的细胞组织集合体；在精神上，人的意识不断流动，小时候所经历过的，只能通过断片式的回想和类推来察知。但这并不妨碍心理学和生理学将个人的心理行为和肉体现象总括为一个集合统一体，“将国家把握为权利主体有着不逊于将人把握为权利主体的科学正当性”。[31]

由于耶利内克强调法学认识与科学认知的结合，所以他对国家统一性的强调就此止步，没有进一步采用同样是古已有之且当时也相当有力的“有机体说”。“有机体说”可以分为“自然有机体说”和“精神、伦理有机体说”。耶利内克认为，“自然有机体说”所受到的过于极端的非难，起因于其“粗糙的感觉性把握”，而“精神、伦理有机体说”对方论研究的本质完全缺少洞察，无视自然现象与社会现象之间的本质差异，其学术价值极为有限。[32]

耶利内克的“国家的自我拘束”观念背后，蕴含着在格贝尔和拉班德那里无法看到的一个新的契机。

在讨论“国民的法律地位”时，耶利内克开宗明义地指出：“隶属于国家的人整体上构成国民。国民有双重功能，既是国家社团的一个要素，即主体性国民，又是国家行为的对象，即作为客体的国民。……克服了自然法之后的国家学说都认可国民作为国家要素的性质，但他们大多将国民的主体性认识忽略不计。时至今日，仍然有人认为国家就是政府，或者认为国家可以分为统治者和被统治者两群并无纽带相结合的人。……如果国民不具有主体性，那么在共同统治之下的人们的集合体就不是国家。因为在那种地方，不存在将各个人凝聚为单一体的任何契机。”[33]在耶利内克这里，国民作为国家的成员，不仅仅是国家意思的对象，还是国家意思的形成者，至少是国家意思形成过程的参与者。这与格贝尔和拉班德形成鲜明对比。“所有个人作为伙伴相互结合在一起组成了国家，他们都是国家的成员。国家既是统治团体，同时又是伙伴团体。这种统治的要素和伙伴的要素在国家团体中结合为必然的统一体。作为国家权力统治的结果，国民是统治权的客体，国民在此意义上是真正的从属者。而在个人作为主体的国家要素属性中，国民处于伙伴地位，他们之间完全同等。各个人作为国家权力的客体是义务主体，而作为国家的一员则是权利主体。权利主体性对国家成立。”[34]由此可见，耶利内克的“国家的自我拘束”观念背后所蕴含的是民主主义契机。

正是由于耶利内克的国家法学说蕴含着民主主义契机，其“公权论”才获得了“不朽的理论和实践价值”，成为后世公法权利理论无法绕过甚至难以逾越的典范。[35]

耶利内克“公权论”的总体特点在于强调公权与私权、公法与私法的区分，而这种区分恰恰是其国家法人说所要求的。“私权是主要为个人目的而承认的个人利益，公权是主要为一般利益而承认的个人利益。每个人都不是作为孤立的人格而是作为共同体的成员才享有公权的”，“所有的公法都是为了一般利益而存在的。一般利益等同于国家利益。一般利益虽然往往最终成为个人利益，却并非个人利益的总和。一般利益超越了形成国家时的那些人的利益，甚至涵盖了尚未出生的人们的利益。……法秩序无疑包含着为个人利益而存在的部分，但条件是促进个人利益有利于一般利益”。[36]从这些表述来看，耶利内克的“公权论”是其所主张的“国家法人实在说”的周延的具体化，在此限度内，耶利内克为国家法学所设定的目标（对国家的所有法律特性加以无矛盾的思考）得到了实现。

耶利内克所主张的“国家法人实在说”既强调国民的主体性，还追求国家的统一性，国民的主体性与国家的统一性是一个统一体。国家统一性的要求主要体现在其机关论中，要点有四：

（1）机关人格的否定。国家是一个法人，机关不具有独立于国家的人格。（2）个人（机关担任者）权利与机关地位的分离。国家与机关担任者是两个不同的人格，两者之间存在且必须存在法律关系。（3）直接机关与间接机关、一次机关与二次机关的区分。直接机关是“直接从宪法获得权利义务的机关”，直接向国家本身负责。间接机关即从属机关，其地位不直接依据宪法，总是直接或间接地从属于直接机关，并向其负责。一次机关是直接代表国家权力的机关（君主、组成选举集团的国民），二次机关是一次机关的机关（议会、总统）。（4）最高国家机关的必要性。任何国家都需要最高机关。所谓最高机关，是“拥有最高决定权的机关”。而所谓最高决定权，是指“就法秩序的变更作出最

终决定，以国家的全部存在为赌注对外宣战的权力”（如民主制下的国民或其二次机关、君主制下的君主、德意志帝国中的联邦议长）。[37]（37）

关于机关人格的否定，耶利内克未加详细论证。可以肯定的是，这是其所主张的“国家法人实在说”的必然归结。如果所有或者部分国家机关有独立的人格，那么国家法人将不再是一个实在的社团。关于个人权利与机关地位的分离，耶利内克从三个角度进行了阐释：（1）机关没有固有的权利，只有国家的权限；（2）机关的权限属于国家，而非机关担任者的权利——“特定人物作为其固有的权利而拥有国家权限，意味着国家的分裂或者主张一种超国家的法秩序……君主本身在今天的国家秩序中只是国家的最高机关”；（3）机关担任者具有“对机关地位的权利，即作为机关得到承认或者承认其机关权能的权利”（如君主、选举产生的总统、国会议员、直接民主制下的国民大会成员、代议制宪法下的选举人团体等）。从这种阐释来看，其机关论与公权论是前后呼应的，两者在“国家法人实在说”下相互融贯。耶利内克自己也说，个人权利与机关地位的分离是“从国家人格概念必然流出的”归结。[38]

耶利内克在此将民主制和君主制并列在一起，仿佛他已确信，国家法人说可以同时为民主制下的国家和君主制下的国家提供“无矛盾的法学思考”。如果耶利内克的这种确信能够获得后人特别是民主制国家中法学家的认同，国家法人说就具有了普遍适用性。

耶利内克国家法人说的民主制思想要点主要包括：（1）“代表”是指一人与另外一人或多人之间的这样一种关系：“前者的意思被视为后者的意思，故而两者在法律上被视为一个人格”。[39]（2）“代表机关”是二次机关，即一次机关的机关。该一次机关在二次机关权限所及的范围内，以二次机关的意思作为其自身的意思。一次机关只有在将意思表示特别保留于其自身的情况下，才直接作出意思表示，如以选举确定二次机关。（3）在直接民主制下，机关意思由作为统一整体的国民来形成，而在间接民主制下，机关意思由国民的特殊意思机关（议会）来形成。[40]（40）（4）“近代的国民代表在整体上，国民代表的成员作为其部分，有着直接的二次机关的性质。在代表制宪法的国家中，国民作为统一国家的要素，同时也是积极的国家分枝、合议制的国家机关。更准确地说，不论范围宽窄，他们是义务行使宪法上的国家职能的部分国民。”[41]（41）

在耶利内克看来，国民或国民代表在行使最高决定权的时候，是代表国家利益表达国家意思，而非出于自己的利益表达自己的意思。换言之，国家才是最高决定权的权利主体，国民或国民代表只是其工具。这与耶利内克一再信手拈来地引用其思想的“国民主权”或“人民主权”论者，如卢梭、西耶斯相比，不能不说是一种“降格”。而且，国民地位的这种“降格”，在耶利内克的体系中，几乎是国家人格的必然要求。不过，国民在行使最高决定权的时候，是国家意思的唯一的最高决定者是没有任何疑问的。在此意义上可以说，国民地位的这种“降格”只具有观念上的意义。在此限度内，国家法人说获得了与“主权在民”的可兼容性。

总体而言，国家法人说经耶利内克之手获得了新的生命。阿尔布雷希特对国家法人说的简略阐述，重心在于以法学思考表达限制君权的政治主张，其对国家法人说的贡献只是一个起头。格贝尔和拉班德的志向在于将法学思考与统治秩序相调和，国家法人说在其手中逐渐羽翼丰满，但尚未摆脱对于统治秩序（君主立宪制）而言的工具性。而耶利内克的志向在于对国家的所有法律特性加以无矛盾的思考。这种志向上的差异使得曾经在国家法人说中占据核心地位的命题——国家是法人、君主是国家的机关，在耶利内克的阐发中退居到了一个极不显眼的角落。

“国家的自我拘束”是耶利内克国家法学的出发点，但如果国家是无所不能的，国家为什么要自我拘束呢？耶利内克的回答是：“所有法规，在其保持妥当性的期间，都同时暗含着对服从法律者的确约——国家也受其拘束”；如果没有这种确约，社会信任就无法形成；如果没有社会信任，人们相互间的交流就只能永远停留于低级阶段。[42]耶利内克进一步指出国家法关系的社会心理学基础：“所有法律的最终基础在于对法律妥当性的无法进一步演绎的确信。……在近代国家，国家受其自身制定的法的拘束，这种确信正在逐步得到强化。”[43]对耶利内克为“国家的自我拘束”预备好的这种社会心理学基础，有过而且将来也会有很多不同看法。[44]这类法哲学问题苦恼了一代代先人，后人也会苦恼下去。

## 二、国家法人说在日本的传播与挫折



1899年至1902年，日本学者美浓部达吉（1873—1948）留学德国。留学期间，美浓部虽然未曾见过耶利内克，但阅读了耶利内克的《一般国家学》。回国后，美浓部先后翻译了奥托·迈耶的《德国行政法》、耶利内克的《公权体系》和《论人权宣言》，并移植了耶利内克和奥托·迈耶的思想，对日本的宪法、行政法进行了系统阐述，奠定了日本公法学的基础。“天皇机关说”就是其将耶利内克的国家法人说运用于解释明治宪法的结果。

美浓部达吉对“天皇机关说”的阐述见于其1912年出版的《宪法讲话》。由于是普及性著作，《宪法讲话》对“天皇机关说”的阐述是概略的，甚至可以说是国家法人说的精简版。不过，美浓部达吉认为天皇对就任皇位即国家的最高机关地位有“固有的权利”，而耶利内克曾经明确指出，“特定人物作为其固有的权利而拥有国家权限，意味着国家的分裂或者主张一种超国家的法秩序”。[45]此间差异从美浓部对天皇制的赞美来看，不难得到理解：“日本的政体有史以来就是君主政体，这是古往今来万世不变之处。我们说日本的政体是万国无类的，就是因为日本君主政体的历史基础是极为牢固的。世界上采用君主政体的国家所在多有，但如日本这般的有牢固基础的绝无仅有。”[46]在此意义上可以说，“天皇机关说”是日本版的国家法人说。

“天皇机关说”尽管已经将国家法人说打了折扣，但仍然遭到了强烈的攻击。其代表人物是美浓部达吉的同事、东京帝国大学宪法学者上杉慎吉。

上杉慎吉在1906年至1909年间留学德国。他是出于对耶利内克的仰慕而赴德留学的，甚至还在耶利内克的家里住过。但回国以后，上杉转而对耶利内克及其在日本的精神传人美浓部达吉展开了激烈的批判或攻击。他认为这两人都是民主主义者。

上杉对“天皇机关说”的攻击要点有三：（1）国家是团体意味着人民即国家，所以，国家是统治权主体意味着人民是统治权主体，其结果是日本成了民主国家；（2）采用国家法人说的必然归结是，天皇成了人民的仆人；（3）天皇是统治权主体是宪法第1条明确规定的，是建国之体制、国民之确信。[47]美浓部对上杉的攻击逐一进行了回应。关于（1）和（2），美浓部说：“我既不认为人民即国家，也不同意上杉博士的观点，认为君主一人即国家。这两者都是我反对的。我所说的国家是一个团体，打一个比方，国家是一个人，君主就是他的大脑，百官有司恰如其手足耳目，而人民就是其细胞。人民是组成国家的分子，但决非国家本身。正如细胞不是人本身一样。”[48]关于（3），美浓部回答道：“权利的本质、权利的主体客体问题是纯粹的法理问题，不能仅仅依据宪法的条文来决定。”如果着眼于宪法第1条的规定而认为天皇是统治权主体，那么只能认为国家是统治权的客体。而宪法第4条还规定“天皇是国家元首”，“天皇作为统治权的主体，怎么又成了作为统治权客体的国家的元首呢？”“认为君主是统治权主体的观点，混淆了权限与权利”。[49]（49）

学说和舆论几乎一边倒地支持美浓部达吉。京都帝国大学教授市村光惠撰文指出，超国家法规只能向“君权神授说”去寻找依据，但今日之法学已不能接受此种观点。“宪法第1条好像是在说天皇在国家外，但第4条规定‘天皇是国家元首’，明确表明天皇是在国家内，是国家的一分子。法律解释应当将散见的各种条文加以对照，才能树立一个正确的见解。不能拘泥于一个条文。”他还批评了上杉慎吉的态度：“已经不像一个学者，……如果世人没有怀疑上杉博士的学力乃至人品，实属万幸。”[50]法学界外的消息灵通人士则更加直言不讳：“上杉的论文几乎已经不能称为学术讨论，因为它充满了感情上的挑衅。”[51]

从上述材料来看，美浓部达吉与上杉慎吉的论争可能并非一场纯粹的学术争鸣，而且从结果上看，上杉的攻击也丝毫没有撼动“天皇机关说”的通说地位。但事情并未到此结束。进入20世纪30年代，日本军国主义势力抬头，不受议会统制的军部开始策划通过树立天皇的绝对权威，扫清其军国主义道路上的障碍。1932年发生的“五一五事件”和1935年发生的“天皇机关说事件”就是其中的著名片段。

“天皇机关说事件”的发端是陆军中将菊池武夫1935年2月18日在贵族院本会议上的演讲。他在演讲中认为，美浓部达吉的“天皇机关说”有违国体，是一种“缓慢的谋反”，美浓部本人是“学匪”和“谋反者”。以此为契机，军部和右翼开始强化对“天皇机关说”的攻击。一周后，身为贵族院议员的美浓部达吉迫不得已已在贵族院发表了演



讲，对“天皇机关说”进行了辩解。其要旨有：[52]（1）在宪法学上，国家的统治大权属于天皇毫无疑问。但在宪法理论上，天皇的统治大权是天皇“一身专属的权利”还是其作为国家元首“总揽之权能”，需要明确。（2）在法学上，“权利”是以“利益”为要素的一个观念，如果不存在自己的利益或目的，就不可能是权利。如果将统治大权理解为天皇的权利，那么只能认为统治大权是为天皇的个人利益而存在的。（3）宪法没有明确规定国家是法人、天皇是机关，但其条文中包含着“国务”、“国债”、“国库”、“国家的岁入岁出”等表述，如果不将国家理解为一个法人、一个权利主体，这些表述就无法得到说明。（4）天皇的权力是万能的、无限制的这种观点是错误的。天皇的统治大权须依宪法的规定来行使。（5）议会是国民代表的机关，而非天皇的机关，其权限并非天皇所授予。议会与过去的元老院、今日的枢密院在法律地位上的区别即在于此。（6）上述观点在宪法学中都是“平凡之真理”、“学者之共识”。

美浓部达吉的演讲在议会中获得了掌声，菊池武夫也表示如果这样解释则没有问题。但在会场外，右翼和预备役军人的怒号未现丝毫收敛。美浓部的演讲登报之后，军部和右翼更进一步强化了攻势。在野党“政友会”也趁机将矛头瞄准两位主张“天皇机关说”的高官，企图借此发难当时的冈田内阁。而日本政府屈从于陆军大臣的要求，在议会结束后，责令警察调查美浓部达吉，并以违反出版法为由对美浓部的三本著作禁止发行。随后，文部省发布了“国体明征训令”，“天皇机关说”在学校中的讲授遭禁。美浓部达吉本人也被内务省警保局长以“不敬罪”告发，后来检方以免予起诉结案。同年9月18日，美浓部辞去贵族院议员职务。第二年，美浓部被一名右翼分子枪袭，身负重伤。1937年，文部省制定了《国体之本义》下发给全国的教育机关，对“天皇机关说”进行了盖棺论定：“天皇机关说”是对西洋思想的无批判的引进，其根源在于一部分受西洋思想影响的知识分子的“弊风”。

客观而言，日本军国主义势力将“天皇机关说”指认为民主主义并不冤枉。“天皇机关说”一方面必然在实质上否定君主主权，主张君主在国家内，另一方面必然倾向于强调议会对君主的独立性、议会的代表性。这是其国家法人说基因的必然显现。事实上，1910年后发生于日本的一系列民主运动，包括普选运动、争取政治自由运动、反对海外派兵运动、男女平等运动、反部落歧视运动、争取罢工权运动、大学自治运动等，就是以两位东京帝国大学教授——美浓部达吉和吉野作造所提出的学说即“天皇机关说”和“民本主义”为思想基础的。[53]在此意义上可以说，当初上杉慎吉认为“天皇机关说”是“用法学筛子筛出的民主主义，其本意在于民主共和”，[54]（54）不失为一种洞见。

值得注意的是，美浓部达吉本人对民主主义采取的是若即若离的态度。其对民主主义的阐述主要是在1945年日本政府宣布无条件投降、接受《波茨坦公告》之后。[55]在此之前，特别是在“大正民主运动”期间，美浓部直接论及民主的文章只有一篇，[56]其对民主主义的最积极表态也只是：“政治意义上的民主主义不仅与我国国体毫无抵触，而且有利于更好地发挥国体之尊贵”。也就是说，明治宪法下的美浓部给人的印象是，强调议会的代表性、议会对君主的独立性，归根结底是其法学思考的结果，而非基于民主主义志向的主张。

美浓部对民主主义主张的这种若即若离，是否出于策略性考虑，如避免给上杉慎吉等人以攻击的口实、尽力保持法学思考的纯粹性或者一个学者的政治中立等等，显然难以考证。可以确认的有如下五点：第一，在“大正民主运动”期间，美浓部曾经以世界潮流论证过政党政治的正当性：“政党政治既非宪法所禁止，又非宪法所要求，它只是立宪政治的一个自然趋势。”[57]第二，1932年“五一五事件”发生后，美浓部对政党政治以及日本国民的政治能力深感失望，提出了“巨头圆桌会议”构想：“我们已经无法仅仅满足于回到立宪政治的常道。我们希望，各政党的首脑、军部的首脑、实业界的代表、劳动阶级的代表等能聚集起来召开巨头圆桌会议，抛却党派心、阶级心和私心，虚心坦怀地真正以国家国民为念，就财政与经济的确立议定根本方针，并像战时那样暂息政争，举国一致地支持内阁以推行根本方针。”[58]第三，1945年日本政府宣布无条件投降、接受《波茨坦公告》后，美浓部明确表态要维护天皇制：“我国国民将天皇奉为国家的中心有两千年以上的历史传统，其历史基础之深厚万国无类。这种悠久历史所养成的国民心理，是任何力量都不可能在一朝一夕之间加以改变的。……如果我们失去了这个国家中心，民心的统一将毁于一旦，即使在名义上采用民主主义，实际上也只能以凭实力说话的独裁政治勉力维系国家的统一。此点从法国大革命以来废除君主制的各国先例来看非常明显。”[59]第四，日本新宪法制定前，美浓部强烈反对日本政府提出的宪法修改草案，认为日本政府根据明治宪法第73条的规定所实施的修宪其实是一种欺骗。[60]在美浓部看来，1945年8月日本宣布投降、接受《波茨坦公告》时，日本已发生革命——统治权从天皇转移给国民。“国民并非依据新宪法才获得了主权，而是在投降之时即已获得主权。新宪法是根据这一既成之主权而制定的。”[61]换言之，日本政府所说的“修宪”实为“制宪”。第五，新宪法制定后，美浓部在国民主权原理下重提国家法人说。他指出：“统治权是国家的权利。‘国民主权

说’认为在任何国家中统治权都必然是全体国民的权利，而‘君主主权说’认为在君主国君主才是统治权的权利主体，这两者都不正确。统治权不是为君主的个人目的而存在的，也不是为生存于现在的国民的目的而存在的，它是为国家这个永续团体的目的而存在的。从其目的之归属来看，必须认为，统治权是属于国家的权利，统治作用是国家本身的活动。这是社会心理上的当然观念。……国家是固有统治权的地域团体。具体而言，国家是以一定地域为基础成立的，以自己的意思而非授自他者地对其土地和人民享有统治权的人类团体。在法律上，国家是一个法人。”[62]

将这些思想的断片融贯在一起可以发现，美浓部并不惮于表达其政治主张，只不过在其深深的“国家情怀”面前，民主主义只是一种手段，且由于其对政党政治、对国民素质的悲观，这一手段一度遭到弃用。在此意义上可以说，“天皇机关说事件”对于美浓部达吉而言是一个冤案，对于军国主义势力而言，也不过是其篡夺大权、加强思想控制的一个口实而已。

总体而言，“确保国家主权的恒久持续是美浓部宪法理论的最高命题”，[63]在这个命题中，“国家情怀”与国家法人说被锻造为一体。这是其作为法学者明显不同于耶利内克之处。

### 三、国家法人说的衰落与法学遗产

美浓部达吉和耶利内克都确信，国家法人说具有普遍适用性，既适用于君主立宪制也适用于国民主权制。这种确信源自其对国家法人说科学性的自信：第一，两人都基于当时的社会心理学知识，认为国家作为一种社会存在，是一个有统一意思的实在的共同体。即便一个国家分为统治阶级和被统治阶级，两者仍然会有纽带联结在一起，否则“国将不国”，“因为在那种地方，不存在将众多个人凝聚为单一体的任何契机”。[64]第二，两人都对民主制乃至国民主权原理有所了解。耶利内克虽然身处君主立宪制下，但他对卢梭、西耶斯等人的思想极为精熟，对法国大革命和美国的宪法实践与理论也有一定的了解，有着丰富的间接经验。美浓部达吉更是亲身在国民主权原理宪法下生活过，尽管时间非常短暂。但是，美浓部达吉和耶利内克的这两个自信，都遭到了强有力的挑战。

#### （一）国家法人说的衰落

对国家法人说提出有力挑战的首推凯尔森。凯尔森曾经于1907至1908年间在海德堡大学求学，师从耶利内克。作为曾经的学生，凯尔森直接将其老师国家法学的出发点——“国家的自我拘束”否定掉了。其理由有二：第一，国家并非一种有统一意思的实在的共同体；第二，将国家理解为有统一意思的实在的共同体，“具有鲜明的意识形态目的”。凯尔森指出：“如果国家理论不超越经验材料并堕落为形而上学的思辨，这种‘集体意志’或‘集体意识’就不会是同属于国家的人有所不同的一个存在的意志或意识；‘集体意志’或‘集体意识’一词只能标志某些人意志、感觉或思想相同并且由他们对这种共同意志、感觉、思想的觉悟而统一起来。因而一个实在的统一体只能在那些实际上处于同一精神状态的人中间并且也只在这种同一性实际上占优势的那些时刻才存在。但这样的同一性不像会是存在的，除非是在相对小的集团中，且这种集团的范围和成员地位也是不断在变化着的。”“当国家的实在统一体被描绘为一种‘集体利益’时，这种意识形态上的目的就更加清楚了。实际上，国家的人口是被分成或多或少相互对立的利益集团的。集体的国家利益的意识形态被用来掩饰这种不可避免的利益冲突。”在凯尔森看来，国家是“国内法律秩序的人格化”，“法律和国家的二元论是一种万物有灵论的迷信”。[65]

不能否认，凯尔森对“国家法人实在说”的否定是感觉性的。因为是感觉性的，人们对它的评价可以见仁见智。就常人的感觉而言，国家虽然看不见摸不着，但它客观存在，且现实、具体地影响着人们的生活乃至生命。即便国家是人们内心中的一种虚构，那也是国家中所有人至少是绝大多数人内心中客观存在的一种虚构。世界上的绝大多数人就是生活在这种内心的虚构之中，现实的生活、相互的关系为内心的虚构所左右，恰恰是人这种高级动物的一种特质。这正是耶利内克和美浓部达吉所谓的国家法关系的社会心理学基础，而非超越经验材料的“形而上学的思辨”或者“迷信”。诚然，国家有庞大的人口，这些人口有着多元的利益和意思，每个人、每个小团体都有自己的“小算盘”。但这些多元的利益和意思相互冲突和妥协，会形成一个平衡点，哪怕和平状态暂时打破，或者这个平衡点在很多情况下只是在挑战弱势一方的忍耐极限。只要这个平衡点得以实现，我们将其作为统一的国家意思来加以把握，在社会心理上就是完全可以接受的。此点甚至与“国家法人实在说”是否有意识形态目的或者是否发生意识形态效果无关。比如，尽管总是有些个

人或企业、有些政府机关甚至政府本身，以牺牲环境为代价谋取眼前的、局部的甚至个别的利益，但这并不妨碍德国基本法第20条将环境保护宣示为国家对未来世代的责任，即将环境保护宣示为超越现世利益的“一般利益”。这种宣示至少会对各种国家机关的活动形成一种导向，其所指向的“一般利益”也会通过众人（特别是机关担任者）的合力在各种层面、各种场合以各种程度得到实现。

凯尔森为否定国家法人说而提出的“国家的虚构化”命题，尽管并不见得有多强的说服力，但其影响极为深远。当代德国法学者齐佩利乌斯在讨论“国家作为法人”时，对萨维尼的“法人拟制说”和吉尔克的“有机体说”逐一进行了归谬。“作为生物事实，根据经验判断，联合体是绝不可能形成超越个体的真实意志的。……‘法人’只不过是人们在思维中构建出的、作为连接和过渡的归责方式。……通过法律和宪法规范，国家的统一性不仅在规范上，在现实中同样也被建构起来：规范和权限规则作为人类行为的特定协调框架，同样也在这一层面发挥着现实的整合功能。”[66]在齐佩利乌斯看来，如果说国家是一个有统一性的联合体，那么它是法律和宪法规范构建起来的，且其可以分解为各个自然人的行为。

“国家的虚构化”背后，是凯尔森及战后德国法学者基于特定的民主主义志向对纳粹时期被推上极致的绝对国家主义的反动。凯尔森在1920年就发表过《民主制的本质与价值》一文，[67]表达了对卢梭“人生来自由，但到处都是锁链”名言的共鸣。他认为，自由是人类最根本的情感，但人在没有任何支配的无秩序环境中是无法生活下去的，所以，人只能参与到国家的意思形成之中去，通过自律——自己管理自己——从自由与秩序需求的紧张中解脱出来。从这一观点出发，凯尔森揭示了一个著名命题：民主是“统治者和被统治者的同一性”。但他同时认识到“全体一致”难以实现，且其中包藏着滑向独裁的风险，故而提出了以多数决加宽容为内核的“议会民主主义”构想。这一构想是相对主义的，它不可避免地包含着认可“众愚政治”的倾向，但凯尔森认为这是民主主义必须承担的风险。“民主主义也适用于那些不欲求民主甚至欲破坏民主的多数人”，凯尔森的这种宽容意味着其所主张的民主实为一种彻底的个人主义或曰自由主义民主。[68]

凯尔森曾受命起草过奥地利共和国宪法，曾遭受纳粹迫害（1933年被开除出科隆大学），后几经辗转，于1940年远遁美国。这种人生轨迹与其民主主义思想无疑有着极大的关系。

对纳粹时期被推上极致的绝对国家主义的反动，是战后德国公法与公法学的一个基调。当代德国法学者赖纳·瓦赫尔对战后德国公法学进行回顾时指出：1949年后，公法发生了“哥白尼式转向”：之前，个人被轻视，被完完全全地编入共同体；之后，个人成为法律主体。他还援引黑伦吉姆赛宪法会议草案第1条第1款的规定和1954年联邦宪法法院作出的一个判决，对这种“哥白尼式转向”进行了阐述：“个人不再是国家的对象，不再只是整体的分枝。换言之，个人才是政治思想和设计的出发点。个人是彻头彻尾的主体”。[69]

相形之下，日本的情况要更为复杂。第一，“天皇机关说事件”后的十年间，大学自治和学术自由在赤裸裸的力量面前几乎完全噤声，国家、统治权主体这样的问题成为公法学的禁区，曾经采用国家法人说的学者纷纷将研究重心由宪法转移到行政法。[70]这至少意味着学术研究的停顿。第二，日本与德国不同，战后新宪法的制定事实上受到了外力的强力介入。尽管学术上有各种观点，联合国占领军总部曾经强力介入这一历史事实是无可争议的。时任枢密院审查委员的野村吉三郎1954年在“内阁委员会公听会”上回忆说，既然已经无条件投降，面对麦克阿瑟的强加只能选择服从。[71]这一历史事实无疑会对新宪法的社会心理基础造成影响。第三，日本新宪法第1条虽然明确规定了国民主权和天皇的象征性，但天皇制毕竟保留了下来。这虽然有利于占领期间的稳定，但同时也会助长“宪法变了、国家还在”的社会心理。所有这些都不利于日本公法学对国家法人说的清算，甚至相反，可能形成有利于国家法人说复活的社会心理。事实上，国家法人说在“天皇机关说事件”之前曾经占据通说地位三十年，有很深的历史积淀。美浓部达吉在新宪法制定后重提国家法人说，就大有“复权”的味道。而在此之前，曾经在“天皇机关说事件”中遭受迫害的金森次郎作为负责宪法问题的国务大臣，在审议新宪法草案的帝国议会中所作答辩，就更具国家法人说色彩了：“日本国体之根本在于国民以天皇为中心统合在一起。在此意义上，我国国体并未发生任何变化。……最近日本学界的讨论有一个不太好的倾向，将那些仅适用于特定情势的原理作为国体之根本原理。而在我看来，那些都只是政体上的原理。根本而言，我国国体未发生丝毫变化，这和‘水河流不流’是一个道理。”新宪法草案第1条中的“日本国民”，“在理念上，不仅仅指现在的瞬间生存于世的日本国民，还包括与此有同一性的过去及将来之人”。[72]



由于这种特殊的政治和历史背景，战后日本公法学对国家法人说的批判要更为温和。美浓部达吉的弟子兼后任宫泽俊义在积极肯定国家法人说政治和历史意义的基础上，对“作为本质概念的法人格”和“作为技术概念的法人格”进行了区分。“作为本质概念的法人格”意味着法律规范的统一复合体。“我们说一个法社会具有法人格，不过是在简略地、且拟人化地描述构成该法社会的法秩序已经形成一个完结的统一体。这种意义上的法人格在概念上伴生于所有的法社会。

在此意义上，无论是国家还是国家以外的其他法社会都是法人。”而“作为技术概念的法人格”是为了在特定法秩序下确定“权利的归属点即主体”，“这种意义上的法人格，归根结底而言，是基于法技术性需要而创造出的一个概念，绝非从法秩序中在概念上必然发生的一个概念。……所以，国家是否具有作为法技术概念的法人格，只有各国的实定法才能决定。不能在理论上决定国家通常是否具有法人格”。宫泽俊义认为：“所谓的‘国家法人说’，没有将作为本质概念的法人格和作为技术概念的法人格清晰地区分开来，所以其带有缺陷。如果我们要在理论上使之能够成立，就必须先将上述区分加以明确。……果真如此操作，‘国家法人说’所带有的历史意义和政治意义将会归于消失。”[73]

政治学者丸山真男在其回忆录中披露了“天皇机关说事件”前后宫泽俊义在课堂上表达的一些思想。他回忆说，宫泽俊义认为日本宪法学的发展分为三个阶段，神学阶段、形而上学阶段和实证主义阶段。穗积八束及其弟子上杉慎吉属于神学阶段，美浓部达吉属于形而上学阶段，而宫泽俊义本身属于实证主义阶段。之所以说美浓部达吉是形而上学的，是因为他将价值判断注入了宪法解释之中，试图对明治宪法进行民主主义解释，这不是科学认识。实证主义在方法上以凯尔森为基础，对“存在”与“当为”，即认识与价值判断加以区分。运用实证主义方法才能科学地认识宪法。丸山真男还披露，宫泽俊义在课堂上几乎每次都会对其师美浓部达吉的国家法人说进行“痛烈”的批判，仿佛看到了凯尔森对耶利内克的批判。[74]

从丸山真男的回忆来看，宫泽俊义对国家法人说的批判不可谓不彻底。但不能忽略的是，宫泽俊义在其教科书中这样阐述“主权”概念：“主权（不仅意味着对国家政治形态进行最终决定的权威、国家权力的最高独立性）还意味着国家的权利。这种意义上的主权又被称为统治权或者国权。国家的权利必须以国家法秩序下可能的内容为内容，所以，将其个别具体地列举出来是不可能的。”[75]从这段表述来看，即便我们将其中的“国家”替换为“法秩序”，也无法彻底抹去国家法人说的痕迹。美浓部达吉的另一位弟子田上穰治的表述就更具国家法人说色彩了：“国民主权或君主主权之主权，是指为国家而最终决定统治权的权力，即作为决定国家意思之最高机关的地位。”[76]

宫泽俊义的弟子芦部信喜则将重心放在了日本宪法第96条的解释上。他指出：“国民主权原理源自国民的制定宪法权力（制宪权）思想”，它“包含两个要素，一个是权力性契机，即最终决定国家政治形态的权力由国民行使；另一个是正当性契机，即将国家的权力行使加以正当化的终极权威置于国民”。[77]在“权力性契机”中，“作为主权主体的‘国民’是指能现实作出政治性意思表示的有权者”，而在“正当性契机”中，“作为主权保持者的‘国民’不应限于有权者，而是全体国民”。芦部信喜据此对国家法人说进行了批判：“国民主权观念生成于与君主主权的对抗，君主主权则非国民主权，国民主权亦非君主主权。两者不能并立。所以，战后常见有人说主权既不属于君主亦不属于国民，而是属于国家，或者主权属于包括天皇在内的全体国民，这都是基于政治考虑而提出的观点，在理论上难说正当。……（国家法人说）发挥了对宪法的神权主义性格加以缓和的作用，但在已经确立国民主权的日本国宪法之下，已经失去其理论有用性。”[78]如果我们将芦部信喜所谓的国民主权之“权力性契机”中的“主权”替换为“权能”，那么其观点与国家法人说有着充分的可兼容性。质言之，他并未进一步言明谁才是“统治权的权利主体”。

对国家法人说的内在批判、对“统治权的权利主体”的言明存在于更晚近的著作中。宪法学者佐藤幸治指出：“从以个人‘自然权’为基础的彻底的立宪民主主义观点来看，‘国家法人说’一方面回避了国家统治的正当性契机（过去的君主主权抑或国民主权的问题转化为提供国家意思的国家机关的组织方式问题），另一方面设定了国家的绝对性，与个人自由的观念难以调和（常见的表述是，国家所固有的统治权是一种可以无条件地支配团体成员、调整其意思的力量），因而是难以接受的。”[79]〔79〕宪法学者杉原泰雄的表述更为直接：“如果认为国家法人是统治权主体，则日本国宪法下的统治权行使将成为一种‘不基于人民意思’、‘不为人民利益’的统治权行使。”他还援引西耶斯的表述，“代表所行使的权限并非其自身固有的权利，那是别人的权利”来解释日本宪法：“日本国宪法在前言中宣布了



国民主权，同时有这样的表述：“国政基于国民的严肃信托，其权威来自于国民，其权力由国民的代表行使，其福利由国民来享受”。这一规定表述的是‘民有、民治、民享’，应该认为，日本国宪法将国民作为统治权的权利主体，同时是为了国民的利益而将作为权限的统治权授予了国会、内阁等机关。”[80]

总体而言，战后日本公法学的情况较为复杂，各种观点并存，其对国家法人说的清算并不彻底。例如，宫泽俊义的学说本身深受凯尔森的影响，其思想实质应该是对国家法人说的否定，但由于其坚持宪法学方法的科学性——将认识与价值判断相区分，其“宪法解释”所提出的观点有着或多或少的国家法人说残存。也许，这种残存应当归因于日本宪法本身。

## （二）国家法人说的法学遗产

第二次世界大战前曾经长期占据通说地位的国家法人说，战后成了批判乃至清算的对象。究其原因，是因为国家法人说所提示的基本命题“统治权的权利主体是国家”与国民主权难以调和。该基本命题所立足的国家观——国民个人尽管是权利主体，但全体国民作为“国家伙伴”所形成的共同体即国家本身是一个更高位的权利主体，它代表“一般利益”，有权利要求国民个人服从，即便最高国家机关由国民或国民代表组成（直接民主或间接民主），这些国民或国民代表也不过是形成国家意思的工具（机关）而已——有可能兼容绝对国家主义，而不见容于对纳粹和军国主义深恶痛绝的民主主义者。

然而，正像我们在“天皇机关说事件”中看到的那样，国家法人说本身也是绝对国家主义的受害者。这一历史事实反证了国家法人说的民主进步性。换言之，如果不拘泥于“权限”或“权能”与“权利”的区别，国家法人说完全可以为国民主权原理下的直接民主制或间接民主制提供说明。这是国家法人说的代表人物耶利内克和美浓部达吉确信国家法人说具有普遍适用性，战后部分公法学者仍然坚持国家法人说的原因之所在。[81]从这个角度看，国家法人说的基本命题“统治权的权利主体是国家”及其所立足的国家观，是其在民主主义志向之上，又设定了一个共同体志向的结果。凯尔森出于对绝对国家主义的反动对此视而不见，甘愿冒着“众愚政治”的风险而主张彻底的“国家的虚构化”，显然有些矫枉过正了。

根本而言，公法的“哥白尼式转向”是否意味着“公共领域可以完全还原为个人利益”，或者说“公益不过是私益的集合”呢？国家是个人实现幸福的手段，是历史的产物或曰“人造物”，是否意味着国家完全是虚幻的呢？如果答案是否定的，那么“国家的虚构化”与“绝对国家主义”不过是对立的两极，物极必反，“国家的虚构化”观念本身也应当成为反省的对象。[82]进入21世纪以来，在世界范围内广泛发生了恐怖事件、食品安全事件、大规模传染病事件、经济危机等突发事件，从人类对这些突发事件的应对来看，国家的存在感在日益强化而不是相反。

当然，国家法人说带有兼容绝对国家主义的可能性，这是不能否定的。此点从其所诞生的制度环境——君主立宪制就可以很明确地看出来，如果国家法人说与君主立宪制完全无法调和，那么它很难获得立足之地。在此意义上，巧妙地将国家法人说内在的民主主义志向和共同体志向组装在一起，对国家与个人之间的关系做出符合当代基本价值的调整，并预备好防止其滑向绝对国家主义的装置，是一个有益的姿态。

国家法人说的法学遗产可以粗略例举如下。

### 1. 国家法人

对国家法人说展开强烈批判的凯尔森认为：法律和国家的二元论是一种万物有灵论的迷信，国家不过是国内法秩序的人格化；“在这种意义上，没有什么国家的义务或权利。义务和权利始终是个人的义务和权利”，国家只是一个“归属的主体”。[83]凯尔森的这一观点影响深远，德国的齐佩利乌斯、日本的宫泽俊义都深受其影响。就晚近的行政法学者而言，德国的毛雷尔认为：

“从组成国家的法律关系来看，将国家视为法人具有合目的性”。[84]日本的小早川光郎认为：既然国家是“国家法

秩序本身的拟人化”，那么“‘国家有统治权’这一命题看起来就是没有意义的。……但是，在实定法学以及法律实务中，将各种国家机关依据各种法规介入人民生活作为‘国家’的‘权利’加以总括，换言之，加以透彻的概念化，不能说没有意义”。[85]（85）这些都或多或少地受到了凯尔森思想的影响。

从上述材料来看，国家尽管已经“虚构化”，但“国家法人”作为一种法技术概念还在。而作为一种法技术概念，“国家法人”所表达的是“权利的归属”。这正是阿尔布雷希特已降的国家法人说论者特别是耶利内克一贯的问题意识。

## 2. 国民主权与选举权的性质

由于国家法人说内在的命题“统治权的权利主体是国家”与“国民主权”难以调和，“国民主权”是国家法人说最大的生存危机。那么，“国民主权”的意涵是什么呢？我们看看日本国会的见解。[86]（1）“国民主权”是指“最终决定国家意思的最高权力”，“国家的所有行为都以该最高政治权力为根据或源泉”，“在旧宪法下主权属于天皇，……本宪法在此宣布‘主权在于国民’，意味着主权从天皇转移到国民”。（2）本宪法所表述的，国政的“权威来自国民”、“权力由国民代表行使”、“福利由国民享受”符合林肯在葛底斯堡演讲（1863年）中所提到的“民有、民治、民享”。前者说的是“主权”决定的“国家意思”性，后者表明所谓的“国家意思”是以“国民的福利”而非“一般利益或国家利益”为内容。换言之，国民作为主权者而非作为国家的机关在行使主权，与国家法人说有重要区别。

但是，国民行使主权的主要方式是选举。关于选举权的性质，学说中有两种有代表性的观点。“一元说”认为选举权是宪法（实定法）上的权利，它是一种政治性、主权性权利。[87]“二元说”认为选举权是国民所具有的“最重要的一种参政权”，它既是一种权利，又有着作为“公务”的属性——选定作为国家机关的公务员。[88]这两种观点中，“二元说”至今仍是通说。

从选举权观念的学说史来看，“二元说”源自国家法人说。其大致流脉如下：拉班德的“公务说”（选举是实定宪法的反射）→耶利内克的“二元说”（选举是任命国家机关的活动，但选举权是以能动地位为基础的主观权利）→美浓部达吉的“二元说”（既是参政权又是参政义务）→宫泽俊义→芦部信喜。从这一流脉来看，选举权性质的“二元说”暗含着国家法人说的残余。

## 3. 人权体系

日本学者中，从宫泽俊义到芦部信喜，再到主张彻底清算国家法人说的佐藤幸治，虽然对耶利内克的公权论多有批判，但其体系都无法脱离耶利内克“公权论”的窠臼：人权分为三大类即自由权、参政权和社会权。德国的情况也基本类似，尽管有学者意识到在基本法下“借用19世纪基本权理论”的局限性，但仍然沿用着耶利内克的框架。

## 4. 机关关系、机关地位与个人权利的分离、行政组织法研究

国家法人说的必然归结是，国家机关不是法人，不具有独立的法律上的人格。相应地，国家与国家机关之间的关系、各国家机关之间的关系即“机关关系”是“国家法人”这个人格内部的关系，如果实定法对其有所调整，那也是“客观法”而非“主观法”。这就是所谓的“国家法人说的不渗透性”。[89]

“国家法人说的不渗透性”是我们解读传统行政法学轻视行政组织法研究的密码。德国学者奥托·迈耶把行政组织问题从行政法学中排除出去，日本学者盐野宏将行政组织法研究定位为“行政手段论”，都或多或少是这种思考方式的反映。我国行政法学甚至也不例外。

不过，耶利内克强调“个人（机关担任者）权利与机关地位的分离”，即个人具有独立于国家的人格，这种人格并不因其担任机关而丧失。所以，公务员与国家之间的关系并非一个人格内的内部关系，两者之间存在且必须存在法律关系。[90]（90）但战前德国和日本，公务员与国家的关系长期受“特别权力关系”理论的统治。这一理论在战后也是

经过了一段时间的艰苦努力才得以废除或克服。这意味着奥托·迈耶所引领的行政法学在相当长的时期里包藏着比耶利内克的国家法人说还要保守的法律思想。

## 5. 行政行为理论

奥托·迈耶明确表示反对国家法人说。作为一个以自由主义加形式法治为志向的法学者，奥托·迈耶敏锐地感知到国家法人说的共和国倾向，所以他借助重提阿尔布雷希特，以“企业国家观”与之对抗。[91]奥托·迈耶认为国家是一个企业：“君主为了统治各个邦国而以人或物的各种手段的计划性秩序来处理事务。民族、居民是其活动的对象。其中，民族的特权部分成为市民阶级，参与该企业的运营。但这没有改变什么。”在今天，“国家已经进入社会生活之中，在私人之间，与私人同样地但采取与私人不同的方法处理其事务。为了实现这一目的，国家准备了人或物的各种手段，用这些手段与人民发生各种关系，通过这些活动对人民的生活和经济加以助长或者利用。国家是一个伟大的企业，其目的在于公共福祉，即以实现公共利益所必需之所有便宜为目的而被设立和管理的伟大企业”。[92]

奥托·迈耶虽然否定了国家的法人格，但是承认国家法人概念在法律技术上的有用性，同时，其行政法学上的说明全部都是以前国家法人概念为前提的。在此意义上，奥托·迈耶对国家法人格的否定并不见得成功，也并未直接影响其行政法学的构造。由此看来，奥托·迈耶对国家法人说的反对，并不意味着他采取了完全不同于国家法人说的思考方式。根本而言，其所提示的“企业国家观”与国家法人说相比，只是更有利于容纳和说明国家功能（其法学上的典型表现为“公权力”）的扩张。而这一倾向正好与当时德国已经出现的行政国家现象相符。[93]（93）耶利内克本人就曾评价说：奥托·迈耶的根本观念是在法国法的影响下形成的，他在很多场合试图将异质于德国法的要素植入进来；特别是其对国家高权性的过度强调——在很多情况下，这种过度强调完全侵占了私法的领地，在那些按照传统观念应当由社会自由活动的领域也容认了国家统治权的行使。[94]（94）

这种以容纳和说明国家功能扩张为志向的“企业国家观”，直接影响了其行政行为理论。奥托·迈耶认为，行政行为是“行政官厅的宣言，它对人民规定，对于他而言什么才是法律”，“行政行为的基准是法院的判决”。他还从行政行为与判决的等价性，推导出行政行为的四个原则。第一，合法性原则。行政行为如果缺少合法性，则“不发生其所指向的法律效果，必须归于无效”。第二，自立性原则。“行政行为不同于私法中的法律行为，其法律效力并非全部源自法律；只要没有特别限制，它就是自我规定的公权力行使。”第三，两面拘束力原则。“行政行为与具有确定力的判决相同，有着个别官厅行为所具有的拘束效力。”第四，自力执行力原则。“警察上的强制执行是以民事诉讼为范本的。警察命令是以之为执行标的的判决的替代物。命令作为对自由的侵害必须有法律依据，被命令者的服从义务内在于其命令本身。”这四个原则中，第一、第三和第四是其“行政司法化”主张的延长，第二则是其“企业国家观”体现。盐野宏指出，行政的自立性原则看起来与合法性原则相矛盾，但奥托·迈耶将其与行政行为的自我确认力结合在一起，使之共同服务于行政的司法化要求。而这种自我确认力“既非源自法律，亦非源自程序，甚至也与在具体情况下创造法律，换言之，对法秩序加以补缺这一形式法治国功能无关”，它是一种“赤裸裸的公权力”。[95]奥托·迈耶自己也曾明确表述：“公权力相对于个人而言，是在两者交会之处永远‘在法律上处于优越地位的意思力’。”[96]

奥托·迈耶的行政行为理论特别是其中的“自我确认力”理论所表达的法律思想，其实质是公权力的先验优越性。这种公权力的先验优越性，与耶利内克所谓的国民的“被动地位”及与之对应的国家的“服从请求权”相比，可以说有过之而无不及。

对耶利内克和奥托·迈耶的法律思想都精熟于心的日本学者美浓部达吉在其行政法学著作中，把这种公权力的先验优越性概括为“公定力”：“公法关系作为不对等关系的特色首先体现于，只要在公法关系中国家的意思有效成立的，其自身就具有决定这种关系的效力；只要这种国家意思没有被正当有权限的机关所撤销，这种国家意思就被推定为合法，任何人不得否定其效力。可以称此为国家意思的公定力。……（行政行为的）要件到底是否充足，作出这些行为的官厅有权以公定力进行认定，即使事实上这些要件并不充足，人民也只能对此服从，然后在法律认可行政争讼手段的情况下采取相应的争讼手段。”[97]公定力理论影响深远，至今仍以这样那样的形态存在着，只不过其基础、内容、范围等随着实质法治主义的确立而有所调整，因各国法秩序与法学传统的特殊性而有所区别。[98]

“公民”的转变)或者删节(如独立行政行为的排除),但其基本观念未见动摇。当代德国法学者毛雷尔明确指出,奥托·迈耶“揭示了行政行为本质特征,至今仍然具有决定性的影响”。[99]

从上述粗略的例举,我们可以确认国家法人说法学遗产的总体分布情况。第一,“国家法人”作为一个法技术概念,或者说作为确定公法关系之权利归属的一个工具,至今仍获普遍认同,不论是法理学、国家学还是公法学,甚至在国家法人说的反对者和批判者那里都不例外。第二,“国家法人”是一个实在的共同体或机构而非法秩序的拟人化思考方式,在行政法学中仍然占据着支配地位。这种状况既与行政法学本身的特点有关,也与行政国家现象有关。在此意义上,从法治主义对国家法人说乃至行政国家现象加以清算和评价是行政法学的一个未竟的课题。就我国“法学国家观”的建构而言,上述“国家法人说”的第一个遗产即“国家法人”概念,已经充分的思想交锋和时间检验,可堪重用。相应地,将国家而非国家机关理解为权利主体,是我们今后对“机关法人”、“机关犯罪”、“行政主体”以及“行政法人”概念进行推敲、改造乃至决断其存废时的基本指针。不过,第二个遗产是作为今后的指针还是清算的对象,尚需审慎讨论。因为,将“国家法人”理解为一个实在的共同体或机构而非法秩序的拟人化,尽管被凯尔森们批判为一种意识形态或形而上学,却可以容纳国家功能的扩张、公权力的优越,而这对于特定时期的国家任务而言是必要的。只是,这种容纳还包含着一种与公法上的“哥白尼式转向”背道而驰的可能性,对于“法治国家”目标而言,不能不说是一种极大的风险。如何处理这种容纳与风险之间的关系,如何处理发展与法治的关系,如何确定国家与个人的权利领域,不论是“国家法人说”还是其批判者都没有提供现成的答案。归根结底,建构我国“法学国家观”的任务只能由我们自己来完成。

[1]参见侯健:《舆论监督与政府机构的“名誉权”》,《法律科学》2001年第6期;庄庆鸿:《山西临县上访村民被判敲诈勒索政府获刑三年》,《中国青年报》2010年5月6日。

[2]参见杜玉飞等:《乌木国有奖你七万》,《成都商报》2012年7月4日。

[3]参见李克杰:《风和阳光,能收归国有吗》,《中国青年报》2012年6月20日。

[4]参见[德]施托莱斯:《德国公法史:国家法学说和行政学(1800—1914)》,雷勇译,法律出版社2007年版,第107页。

[5]Wilhelm Eduard Albrecht: Rezension über Maurenbrecher's Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, Göttingische Gelehrte Anzeigen, 1837, S. 1491. 转自[日]柳瀬良干:《元首と机关》,有斐阁1969年版,第57—58页。

[6]参见[日]门肋雄贵:《国家法人と机关人格(一)——机关诉讼论再构筑のための覚书》,《都法》48卷2号(2007)。

[7]关于格贝尔的法学方法,参见[日]西村清贵:《G·F·v·ゲルバーの国制论——“国家と社会”の观点から》,《早稻田法学会志》57卷(2007)。

[8]Walter Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 101. 转自上引,西村清贵文。

[9]Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrecht, 3. Aufl. (1880) S. 4, Note, 2. 转自前引(7),西村清贵文。



[10]同上书，第21页。转自前引〔6〕，门肋雄贵文。

[11]前引〔9〕，Gerber书，第50页。转自前引〔7〕，西村清贵文。

[12]前引〔4〕，施托莱斯书，第444页。

[13]同上书，第452页，第464页。

[14]同上书，第456页。

[15]Paul Laband / Bernd Schlüter (hrsg.), Staatsrechtliche Vorlesungen. Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts, gehalten an der Kaiser-Wilhelm-Universität Straburg 1872-1918 (2004). 本文所参考的是日本学者西村清贵对这部讲义的介绍和分析。[日]西村清贵：《パウル・ラーバントの国制論——“国法讲义”を中心として》，《早稻田法学会志》第58卷第2号（2008）。

[16]参见前引〔15〕，西村清贵文。

[17]参见前引〔15〕，Laband书，第63页以下。转自上引文。

[18]同上文。

[19]同上文。

[20]同上文。

[21]前引〔15〕，西村清贵文。

[22]后世的德国法学家对拉班德颇有微词者不乏其人，甚至有人对其抱有“反理性的厌恶情绪”，“含沙射影地恶意指攻击拉班德的犹太人出身”。参见前引〔4〕，施托莱斯书，第462页以下。

[23]Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1900. 笔者阅读的是该书1960年重印版之日译本，G・イエリネク：

《一般国家学》，芦部信喜ほか訳，学阳书房1974年版。

[24]前引〔4〕，施托莱斯书，第616页。

[25]关于耶利内克的生平，参见[日]初宿正典：《近代ドイツとデモクラシー：G・イエリネクを中心として》，《圣学院大学综合研究所纪要》6号（1995）。

[26]前引〔23〕，イエリネク书，第145页以下，第298页。

[27]同上书，第125页。

[28]同上书，第165页。

[29]同上书，第127页。

[30]前引(23)，イエリネク书，第127页以下，第145页。

[31]同上书，第129页。

[32]同上书，第117页，第121页以下。

[33]同上书，第329页以下。

[34]同上书，第331页。

[35]参见徐以祥：《耶利内克的公法权利思想》，《比较法研究》2009年第6期；[日]山本隆司：《行政上の主观法と法关系》，有斐阁2000年版，第117页以下。

[36]Georg Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, . Aufl., 1892. 转自上引，山本隆司书，第125页。

[37]前引(23)，イエリネク书，第442页以下。

[38]同上书，第451页。

[39]同上书，第459页。

[40]前引(23)，イエリネク书，第465页以下。

[41]同上书，第470页。

[42]同上书，第297页以下。

[43]同上书，第298页以下。

[44]参见[日]新正幸：《ケルゼンの基本权论(三)》，《金沢法学》47卷2号(2005)。

[45]前引(23)，イエリネク书，第451页。

[46][日]美浓部达吉：《宪法讲话》，有斐阁1912年版，第49页。

[47][日]上杉慎吉：《国体に関する異说》，《国家学会杂志》26卷6号(1912)。

[48][日]美浓部达吉：《上杉博士の“国体に関する異说”を読む》，《太阳》18卷10号(1912)。

[49][日]美浓部达吉：《国家及政体论》，《国家学会杂志》26卷8~10号(1912)。

[50] [日] 市村光恵: 《上杉博士を难す》, 《太阳》18卷10号(1912)。

[51] [日] 南木摩天楼: 《上杉博士と美浓部博士》, 《太阳》19卷10号(1913)。

[52] 参见[日] 众议院“最高法规としての宪法のあり方に関する調査小委员会”: 《明治宪法と日本国宪法に関する基楚的资料(明治宪法の制定过程について)》, 《众宪资》第27号(2003)。

[53] 参见[日] 古川江里子: 《美浓部达吉と吉野作造——大正デモクラシーを導いた帝大教授》, 山川出版社2011年版。

[54] 前引(51), 南木摩天楼文。

[55] 如[日] 美浓部达吉: 《インタビュー・民主政治を阻んだ宪法解釈の誤り》, 《朝日新闻》1945年10月15日。

[56] [日] 美浓部达吉: 《近代政治の民主的倾向》, 《太阳》24卷8号(1918)。

[57] [日] 美浓部达吉: 《帝国宪法と政党政治》, 《国家及国家学》1卷5号(1913)。

[58] [日] 美浓部达吉: 《非常時日本と国难打开》, 《中央公论》1933年1月1日。

[59] [日] 美浓部达吉: 《天皇治下の民主政》, 《真日本》第1卷第1号(1946)。

[60] 参见[日] 美浓部达吉: 《私は思ふ》, 《京都夕刊》1946年9月22日, 载宪法研究会编: 《新宪法と主权》, 永美书房1947年版。

[61] [日] 美浓部达吉: 《日本国宪法原论》, 宫沢俊义补订, 《有斐阁》1953年版, 第106页。

[62] 同上书, 第21页以下。

[63] [日] 林尚之: 《日本国宪法と美浓部达吉の八月革命说》, 大阪府立大学《人间社会学研究集录》第5号(2009)。

[64] 前引(23), イエリネク书, 第330页。

[65] [奥] 凯尔森: 《法与国家的一般理论》, 沈宗灵译, 中国大百科全书出版社1996年版, 第207页以下。

[66] [德] 齐佩利乌斯: 《德国国家学》, 赵宏译, 法律出版社2011年版, 第125页以下。

[67] Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929.

[68] 参见[日] 古贺敬太: 《H・ケルゼンとC・シニミットー—J・J・ルソーの民主主义论の相異なる继承》, 圣隷学园圣泉短期大学《人文・社会科学论集》8号(1991)。

[69] [德] ライナー・ヴァール: 《1950年代のドイツ公法学の创成期》, 山田秀訳, 《熊本法学》118号(2009)。参见Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworte

[70] 参见 [日] 村上义弘: 《行政法における基楚理论の再检讨》, 《大阪府立大学经济研究》48号(1967)。

[71] 参见 [日] 《押し付け宪法论》, 载《ウイキペディア (Wikipedia) フリー百科事典》。

[72] 1946年6月25日众议院本会议答弁, 7月3日众议院帝国宪法改正案委员会答弁。见于“国立国会图书馆 帝国议会会议录检索システム”。

[73] [日] 宫沢俊义: 《宪法・改订第五版》, 有斐阁1980年版, 第2页。

[74] 参见 [日] 《丸山真男回顾谈〈上〉》, 岩波书店2006年版, 第114页以下。

[75] 前引(73), 宫沢俊义书, 第8页。

[76] [日] 田上穰治: 《日本国宪法原论》, 青林书院1980年版, 第18页。

[77] [日] 芦部信喜: 《宪法》, 岩波书店1993年版, 第38页以下。

[78] 同上。

[79] [日] 佐藤幸治: 《宪法》第3版, 青林书院1997年版, 第57页。

[80] [日] 杉原泰雄: 《日本宪法学と“統治権の权利主体としての国家”论》, 《圣学院大学综合研究所纪要》48号(2010)。

[81] 参见前引(70), 村上义弘文。

[82] 德国近年有“国家理论的文艺复兴”之说, 就包含着这种反省。参见 Andreas Voßkuhle, Die Renaissance der “Allgemein Staatslehre” im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, Jus 2004, S. 2。

[83] 前引(65), 凯尔森书, 第222页。

[84] [德] 毛雷尔: 《行政法学总论》, 高家伟译, 法律出版社2000年版, 第500页。

[85] [日] 小早川光郎: 《行政法》上册, 弘文堂出版社1999年版, 第133页。

[86] 参见 [日] 众议院“最高法规としての宪法のあり方に関する調査小委員会”: 《日本国宪法前文に関する基楚的资料》, 《众宪资》第32号(2003)。

[87] 参见 [日] 辻村みよ子: 《选举权の本質と选举原則》, 《一桥论丛》第86卷第2号(1981)。

[88] 参见前引(77), 芦部信喜书, 第196页。



[89]参见[日]小林博志:《“行政庁”概念の位相》,《早稻田法学会志》第31卷(1980)。

[90]参见前引(23),イェリネク书,第451页。

[91]参见[日]盐野宏:《オット・マイヤー行政法学の构造》,有斐阁1962年版,第86页。本文对奥托·迈耶行政法学背后的企业国家观的分析,主要以此书为据。

[92]O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 54 f. 转引自上引书,第83页以下。

[93]参见前引(91),盐野宏书,第87页。

[94]参见同上书,第17页以下。

[95]转自前引(91),盐野宏书,第123页,第131页以下。

[96]O. Mayer, Finanzwirtschaft und Finanzrecht, S. 87 (Herausg. v. W. Gerloff. u. G. Meisel, Handbuch der Finanzwissenschaft, 1926). 转自前引(70),村上义弘文。

[97][日]美浓部达吉:《日本行政法》,有斐阁1936年版,第86页。

[98]参见王天华:《行政行为公定力概念的源流——兼议我国公定力理论的发展进路》,《当代法学》2010年第3期。

[99]前引(84),毛雷尔书,第181页。

(王天华,中国政法大学法学院副教授,法学博士。本文原载《法学研究》2012年第5期)  
转载于北大公法网