

萬 有 文 庫

第一集一千種

王雲五主編

英 憲 精 義

(末卷)

戴雪著 雷賓南譯

商務印書館發行

英 憲 精 義

(末卷)

戴雪著 雷賓南譯

漢 譯 世 界 名 著

編主五雲王
庫文有萬

種千一集一第

義精憲英
册八

譯南賓雷 著雪戴

號一〇五路山寶海上
五雲王 人 行 發
路山寶海上 所 刷 印
館書印務商
埠各及海上 所 行 發
館書印務商

版初月十年九十國民華中

究必印翻權作者有書此

The Complete Library
Edited by
Y. W. WONG

INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE
LAW OF THE CONSTITUTION
BY A. V. DICEY
TRANSLATED BY BINNAN P. LOUIS
PUBLISHED BY Y. W. WONG

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.
Shanghai, China
1930
All Rights Reserved

英憲精義

書後一 法蘭西憲法的硬性

自一七八九年三院大會(States General) (解1) 復行召集而後，法蘭西憲法前後更改凡十二次。(註1) 試就該國憲法中，逐一審察所有關於修改憲法的條文，我們可以得到許多有興趣的結果。

第一，結果是除却兩次憲法外，(解2) 每次法蘭西憲法均顯然具有「硬性的性質。」是以法蘭西人們的思想，無論屬於何學派，概崇信同樣理論，即是國家的政治基礎必須超出尋常立法機關的活動範圍以外；萬一果有改變的必要，此類改變務必令其手續繁難與進行遲滯，必俟全國人民對於革新的條陳，深思熟慮，方能成立。

專就此旨立論，一七九一年之君主立憲至足注意。在這次憲法之下，立法機關只爲一院制，惟該院並不具有修改憲法的威權。具有此項威權的機關卻是「修憲會議」(Assemblée de Révision)。而關於修憲會議的召集與行動，憲法實費盡心機，以詳加限制。限制的方法可以約舉如下文：

一所尋常立法議會概由人民選出，其任期以兩年爲限。在這兩年之內，憲法的修改，無論如何，不許實現。實現之期必俟連續的三屆議會，在六年之內，一齊對於憲法中之某一條文之修改，詢謀僉同，修改的事業方能開始。自從同樣修改案提出與通過於這三屆議會後，下屆議會，除原定人數外，須加選二百四十九人，以共同構成「修憲會議」。

修憲會議，自成立後，凡有爲憲法可加以限制者亦無微不至，因之，該會議只能討論前三屆立法機關所已提出的問題。於是，這種修改只是限於局部的修改。又自修正案一經成立以後，加選的二百四十九人即須引退，會議組織即須變更。申言之，修憲會議自行解散，尋常立法會議復現原形。由此觀之，倘若一七九一年憲法至今尚能存在，法蘭西憲法，在任何

情景之下，必不能實現一種修正案於六個年度以前。不寧惟是，雖則有了此類制限，以防禦倉猝變易，然制憲人物尙以爲未足。（註₂）卒之，他們還要再加一種制限，卽是：剛在憲法修正罷了後，相繼成立的下屆兩次選出的議會卽不應再有提議修正憲法的威權。這是要說，依據制憲人物所有用意推究，至少在十年內（1791—1801），法蘭西政治的基礎不應變動，復不能變動。（註₃）

其次請審察一七九三年民主憲法。這次制憲人物的用意，較之前次制憲人物的用意，完全相同，惟所用方法不無相異處。申言之，前後兩者均不願立法機關能對於立國根本，有所過問，惟後者採用一種更繁重的修憲程序而已。是故在一七九三年憲法之下，憲法的修正不能發動於立法機關，而必須發動於人民本己。人民本己的意志何由表示？牠必須表示於選民大會。每逢選民大會開會於全國所有道區（departments）的半數以上，就中倘有十分一贊成現行憲法有修正的必要，立法機關卽須根據此項要求，再次正式召集選民大會，由之以徵求全國意見，而決定可行與否。

假使得到可決，制憲會議，其會員即可依尋常立法會議的選舉程序選出，必須尅期召集。在此項會議中，所有研究及討論題目惟以選民大會所已提出者爲限。所以該會議的威權至屬有限，而不能超越範圍。（註4）

其三，請審察一七九五年民主及執政憲法。這一宗憲法，恰似其他前兩宗憲法，早有一種假設，卽是主權的立法機關，如所謂「國民會議」（convention）者，他的存在至屬危險，而憲法的修正案，必須設法使難於成立。爲着實現此項願望起見，立法機關特設兩院。其一爲耆老會議；其他爲五百人會議。大凡修正草案必須提出自前一機關，而復決於後一機關。待到這種改革的條議在九個年度內，得到每三年通過一次於兩院之後，修憲會議方能召集。此項會議便構成現代美國人所稱「憲法大會」（constitutional convention）。這是特種機關，牠的成立無妨於尋常立法機關或執行機關的存在。牠的職權亦惟以討論改革條議爲限。在三個月份之內，修憲會議必須準備一個改革方案（project de reforme）以提交於全國各地方中之選民大會。自從這個方案一經成立，修憲會議當立刻解散。誠以依當代

憲法所規定，不但此項會議被禁制參加行政與日常立法事務，而且這宗被修改的憲法，在修正草案正式通過以前，仍然施行有效。

其四請審察參政憲法(consular constitution)與帝國憲法。這兩宗憲法有兩個顯著共相：其始修憲必須創始於元老院的決議(senatus consultum)；其終所有修正案必須裁可於總投票(Placite)。(註5)這兩個共相不特存在於兩宗憲法而已；其實他們盛行一時，可以稱爲拿破崙政制下之修憲標準。依此項標準，所有憲法上之變更須依靠執政所委任的一個立法會議的意志，又須受裁可於全國民衆。但在總投票的辦法運行之下，民衆對於改革條議只得全體否決或全體可決，其實就當日所有情勢論，大凡執政所貢獻的條陳，無論如何，總可以通過於大衆。換一句話說，民衆在此際實無機會以討論新法，因此之故，就是一八一五年四月二十三日所公布的增訂法案，雖則施行於拿破崙失敗之後，仍然帶有同樣旨趣，即是，修憲的舉動必須依賴元老院及人民的意志。不過在增訂法案中，有一特點，至足注意。這一特點是：凡有今後改革條議，或欲恢復布奔王室，或欲恢復封建權利，或欲再

立什一稅，或欲再設國立寺院(culte privilégié et dominant)，或欲撤回已經賣出的土地權（即變更法蘭西地主的產業權），均被絕對禁止。此項嘗試的用意所在，是在於要將特種立國根本切實將護，依之不但尋常立法不得過問，而且憲法的修正方案亦不得議及。英吉利歷史學生聞之，當不禁觸起一段往事，即是：昔在克林威爾時代嘗有若干立國大義，依這位「護國者」(the protector)的主張，不應妄被牽動；是以在一六五三年憲法之下，凡有稱爲「立國根本」(fundamentals)者，已力門，或其他政府機關，不能提議修改。

其五，請審察一八四八年民國憲法。這宗憲法依舊鄭重提示法律上之一個區別。即是，其一是立法機關所能依尋常立法程序而修改的法律；其他是憲法條文，要是不修改則已，倘若修改，必須依異常程序，又須特設一種機關。惟其如是，憲法的修改極是難事。試徵實事說明此旨。原來憲法的修改最初須提議於尋常立法機關，而此項機關的任期實爲三年。在任期的第三年中，國會得通過修改憲法全部或一部份的決議；惟此項決議的效實還要依賴三個要件的具備方能成立。這三個要件是：第一，這種決議須以隔月的時間通過於國會。

三次；第二，議員出席者須有五百人；第三，就中表同意者須佔出席人數四分之三以上。

此項決議既得通過，修憲會議應即依法選出。此項會議所有任期以三個月爲限；議員人數比尋常立法機關爲較多。在此際，修憲會議的任務當然是在於討論憲法上之改革條議，但倘遇必要時，他仍然可以商量尋常立法事務。這是要說，修憲會議是一種制憲機關，但仍爲代用尋常立法機關而設。（註6）

在第二帝國憲法之下，法蘭西憲法的修改方法又變，但仍依第一帝國憲法以變革。這是要說，憲法的修正案必須依賴元老院及總投票的結果而決定。（註7）

末後，請審察現代民國的現行憲法。現行憲政制度較之以前所有制度，頗多有異點。原來前代憲法概以一道公文製成；現代憲法，則自國民議會集會於一八七一年以來，包含於幾宗憲法的法案。此類法案，倘若尋常立法機關——參議院與衆議院——依普通立法程序以行事，不任受修改。倘若必欲修改現行憲法，兩院必須各通過決議案，表示自己的意志。決議既定，兩院必須會齊，而構成國民議會。國民議會既經依法集合，遂成制憲機關。於是憲

法始可以着手修改。(註8)

在十二次憲法之中，尚有兩次憲法略而不論；其一是一八一四年憲章，爲魯意第十八所頒行；其他是一八三〇年憲章，爲腓立所嘗接受。但此項省略並非無因，且屬有意。按實言之，這兩次憲法均不設有修改憲法的條文。倘就外貌觀察，英國人或不免得一感想，而以爲此類憲法可被尋常立法機關隨時撤廢或修改。如此推想並非毫無根據。誠以一八一四年與一八三〇年間之憲法學者嘗立意模倣英吉利憲法而製憲，於是元首與兩院，在法國中，恰如在英國中，不難集合起來，以構成所謂主權的巴力門。雖然是亦未可以一概論。(註9)

至少就腓立本人的願望推究，他似乎有意建立一個不可變易的憲政體系。而且就政治思想方面推究，法蘭西憲法學者概崇信一個法律見解，即是：憲法根本必不應依據尋常立法機關的意志，而忽受變易。

第二結果是在法蘭西政治家中，未嘗有一人能認識憲法的過度硬性所帶危險。申言之，他們蓋未嘗領會一層重大意義，即是，少數人盜弄憲法，可以阻遏憲法上之改革新機，巨

於許多歲月，馴致忍無可忍，全國卒至鬧成革命。（解3）

可是：現行憲法的制憲人物，至少已從實際經驗，學到多少成事的教訓。以此之故，他們雖則仍然保留常法律與憲法的區別，然細碎規則已被屏除於憲法以外，以免拘束過甚，遂致諸多不便。加之，憲法的修正程序並不是太過繁雜，所有制憲機關即將尋常立法機關改變；於是，立法機關中之兩院，除却不能成爲主權的巴力門外，握有絕大立法的威權。究竟此項變革爲得爲失在此際自然不易下斷語。不過我在此地必欲鄭重提示一點，即是：現代法蘭西人們漸能覺察，法蘭西憲法常有變成過度硬性的可能，由是遂不適於用，復有害於安全。（註10）

第三結果是一個英吉利政論家，見了法蘭西人們硬化憲法的多次嘗試，或不免微哂；誠以每一憲法，無論如何硬化，在平均壽命計算，仍然不能超過十年。原來此項硬性憲法的始基實造成於第一次國民議會，倘使該議會果能繼續存在，則一七九一年之君主憲法，非待到一八〇一年，不能依法得到第一次修正。顧在這十年間，不但國憲已被新造凡三次，而

且拿破崙正在建立一個獨裁帝政。抑在一七九五年之執政及民主憲法中，倘若繼續存在，非待至一八〇四年不能絲毫變更；顧在這一時期內，帝政的興盛已達於極軌。

雖然，事與願違，世間並非少有，故不應以此爲法蘭西制憲人物責。況且當法國開始作制憲的試驗之際，全世界各國憲法正在靜止，復正在停滯不進；當是時，沒有一事足以表證一國所有根本大法應徐徐演進的意思爲非是，復沒有一事足以暗示法國所有制度不應頻頻更改的願望爲乖謬。試徵實例，例如，那時英吉利憲政制度，（解4）除英蘇合一法案外，若就外國人的眼光觀察，久已定實不變，歷時百年。縱謂英吉利巴力門，以理論言，能够改變任何制度，但讀者須知佐治第三時代的巴力門在實際上必不願輕舉妄動。誠如是，讀者當不難推斷，大凡關於立國大本的法律，十八世紀中之巴力門必不欲加以變易，猶之，關於元首的地位，現代巴力門必不願撤廢。事同一律；理無二致。其實，此不但十八世紀中之巴力門爲然，即遲至十九世紀上半期中之巴力門亦然。是故在三院大會復召集於法國後之四十年（即一千八百二十九年）（解5）英格蘭的政治制度仍未有多大變動。惟其如是在英格

蘭中，或在法蘭西中，無一人能先在百年以前，預見今世和平革命的狀況；這種狀況在現代英國人民視之，因司空見慣之故，或不驚異耳。同樣，新建立的合衆國憲法在當時亦日趨於固定，至今已一百有年之久，尚無重大變易。由此觀之，一七八九年之革命領袖的見解，即一部完好憲法，應具有永久性的見解，按之時代背景，證之環境關係，實屬自然傾向，不足爲怪。

第四結果是：法蘭西憲法學者在那時所有錯誤，倘若就事實推斷，蓋有兩層。第一層，法蘭西人們常不免昧於一事，即是一部憲法可以被新通過的法律暗地破壞。因此之故，法國制憲人物遂不能設法以防閑違憲的法律之運行，一如美國制憲人物所爲。第二層，法蘭西人們常不免忽視一事，即是大凡國民議會一經開會，立法機關及行政機關即須暫時中止活動，於是這種國民議會不難在頃刻間轉變，而成爲革命式的國民大會。

第五結果是：在制憲的藝術中，一七九五年憲法，倘若本從理論方面考察當爲最有興味的試驗。從來革命運動多矯枉過正，因之往往惹起許多不能預先見及的危險；一七九五年制憲人物由實際經驗中，誠能洞見此弊。所以他們對於修憲一事，特創作新方法，以圖減

少危機。試徵實例說明，例如，他們首先設立一種修憲機關，使之獨立於現在政府以外，其次規定這種機關的唯一功能在於修憲，使之不能有威權以干涉或停止原有立法及行政機關的活動。由之，美國人民通常所稱『制憲會議』（constitutional convention）遂能實現於法國。註11此項會議，倘從大西洋彼岸所有經驗推證，自是對於硬性的憲法之修改進程中最善方法，為歷來創制所未能企及。再徵實例說明；例如，在憲法的修正草案既經過後，其批准修正案的原理仍是特別。依此原理，凡修憲會議所已經可決的條文必須取決於總投票；在未經人民的肯定接納之前，此類條文，無論如何，不能推行有效。這種原理的創立可算是後來複決制度的先驅；複決制度（referendum）最初興建於瑞士，而漸次以各種方式出現於世間各國平民政治。由此觀之，一七九五年憲法的創制者所有創作才能至值得贊賞；半因他們所有隨機應變的能力極能反襯其他法蘭西憲法的制憲人物之魯鈍與呆板；半因民主政時代（Directory）下之政府本來在行政上至屬軟弱無能，却能在制憲工夫中表示創業垂統的真本領。故為鄭重提示於讀者之前。

(註1) 分析言之，則有(1)一七九二年君主憲法；(2)一七九三年民主憲法；(3)一七九五年民主憲法(主政時代)；(4)民國紀元八年參政憲法(一七九九年)；(5)一八〇四年帝國憲法；(6)元老院及臨時政府在一八一四年所頒行的憲法；(7)復辟時代在一八一四年所製定的憲章；(8)一八一五年增訂法案(Acte Additionnel)係改造帝國憲法而得到；(9)一八三〇年憲章(頒行於腓立 Louis Philippe 時代)；(10)一八四八年之民國；(11)一八五二年第二次帝國憲法；(12)一八七〇年以至一八七五年之現代民國的現行憲法。參考耶里(Helie)所著『法蘭西憲法』(Les Constitutions de la France)及杜歸與孟尼耶(Duguit et Monnier)所著『法蘭西憲法』(第十二版)。

但有應聲明的一句話，即謂：法蘭西憲法，倘若以表列示，可以伸張，亦可以縮小，只依論者對於憲法所有異同及因革的見解而決定。

(註2) 當時嘗有人提議(但未得通過)建立一個決議於大會，即謂：憲法的條文，在三十年的期間之內，不許改變。參考耶里所著『法蘭西憲法』三〇二頁。

(註3) 參考一七九一年憲法第七章。

(註4) 參考民國三年八月二十三日(5 Fructidor, An. III.)憲法，第三百三十六條至三百五十條。比較耶里原著三三六頁。

(註5) 參考耶里所著『法蘭西憲法』六九六至六九八頁。

書後一 法蘭西憲法的硬性

(註6) 參考一八四八年憲法第一百一十一條。

(註7) 參考一八四八年憲法第一百一十一條，又一八五二年憲法第三十一及三十二條，比較耶里原著一七〇頁。

(註8) 參考一八七五年憲法第八條。

(註9) 參考本書上文第二章論腓立時代之君主立憲國家一段。

(註10) 將欲明白現行憲法的性質之所由成，學者須研究當時所有實況。參考盧兒勒 (Lowell) 所著『歐羅巴大陸政治與政黨』第一冊，七至一四頁。學者並須記取一事，即是現行憲法，比之自一七八九年後所定各宗憲法，壽世已較爲長久多矣。

(註11) 在制憲會議 (constitutional convention) 一術語中『會議』 (convention) 一名，具有特殊意義，欲得其詳，學者當參考下列書籍：

(1) 亞美利亞科學百科全書；

(2) 柏來士 (Byrce) 『亞美利堅平民國家』第一冊(第三版)附錄，論『制憲會議』六六七頁。

(解1) 按，三院大會爲法蘭西所有一種代表制度，最初召集於一三〇二年；嗣後雖則集會若斷若續，然一直到一六一四年爲止，集議時有三院本爲分立的組織：其一屬於僧侶階級；其二屬於貴族階級；其三屬於平民階級。以功能論，三院並不是立法機關，只是諮議機關。當集會時，三院各自構成一個票決單位，而每一決議必

須以三個單位的三分之二的同意，方能通過。於是，僧侶與貴族兩階級往往能互相聯合，以反對平民階級而制勝。唯其如是，三院大會的代表制度迥異英吉利巴力門制度；由後者英國人民得有所保障；由前者法國君主威權決不被絲毫減削。然即此諸議機關，法國王室自一六一四年至一七八九年凡一百七十五年間，亦斷而不與。到了一七八八年，以財政實無辦法之故，法國政府乃不得已謀就教於國內各階級臣民，翌年，纔有三院大會的復行召集。

(解2) 按，此處所謂『兩次憲法』，即指復辟時代在一八一四年所製定的憲章，與頒行於腓立時代的一八三〇年憲章，這兩宗憲法，倘若衡之以硬性憲法的義解，可稱爲法蘭西歷代憲法的例外。此旨討論於本篇下文，試玩索之，不難自得。

(解3) 按，文中所論憲法的過度硬性所帶危險具有至理，戴雪先生曾於本書上文第二章中，因縱論憲法的硬性能否取得憲法的永久性之要旨，特別切指陳硬性憲法的流弊，並以一八五一年政變一實例爲解證。試翻閱上文，學者當能恍然明白本篇在此地所有陳義。

(解4) 按，英蘇合一法案(the Act of Union)成立於一七〇七年。此法案與一七九一年法蘭西憲法的成立相距僅爲八十四年，又與一七九五年同國憲法相距爲八十六年；爲時均未到百年，故戴雪云然。

(解5) 按，三院大會復行召集於一七八九年，其經過事實已詳述於本篇第一解。至於英國的『大改革法案』(the Great Reform Act)實成立於一八三二年，距三院大會的復集共有四十三年。自從大改革法案成立後，英吉利政治制度連接變革，不復具有在法蘭西大革命時代之反動性質。戴雪在本篇中所論即指陳

英憲精義 末

此義。

書後二 聯邦國家中之權力分割

任一學生，倘若要明白國家權力在聯邦制度下所由分割的大義，必須仔細審察下列四要旨。四要旨爲何？第一要旨是要研究所謂『定實』權力 (definite powers) 究屬伊誰。換一句話說，在國家權力之中，有一部份會受聯邦憲法明白列舉，並授之於聯邦政府，或授之於列邦。第二要旨是要研究聯邦立法機關所立法案會否被限制。申言之，法院或其他機關，對於聯邦法案，能否撤廢，或宣告無效。第三要旨是要研究聯邦政府，對於列邦立法，所能拘管的範圍，究是何若。第四要旨是要研究修憲機關的性質。這是要說，憲法本來不可以一成不變；於是，一國之中在勢應有一個機關，能具有威權以修改憲法；倘若有了這種機關，她的組織，權力與制限究是如何，還待測定。

下文所論即係就這四個要旨着想，而比較研究五個互異的聯邦政制。

(A) 北美合衆國

(1) 聯邦憲法所授於合衆國者至爲有定；所授於列邦者至爲無定。換一句話說，前者係明白列舉；後者係概括提示。是以合衆國憲法有一條文明載：『所有國家權力凡未經憲法賦與合衆國者，又未經憲法向列邦禁抑者，皆應保留於列邦或人民全體。』（註1）因此之故，合衆國（即中央政府）對於聯邦憲法所未明白交付，或暗中承認的權力，皆不能攫爲己有。却是，在列邦中，每邦對於一個獨立民族所應有的權力，倘若未先被聯邦憲法褫奪，即得自由運用。

(2) 聯邦立法，一如列邦立法，同受合衆國憲法限制。所以凡遇聯邦或列邦所有法案抵觸該憲法，法院均得受請出而干涉。倘若訊實有據，該法案當被視爲無效，不與執行。

(3) 聯邦政府的行政機關不有權以撤廢列邦立法。列邦憲法初非授與自聯邦政府，亦不依賴聯邦政府然後可以責效。雖然，箇中有一要義不可不辨，即是：合衆國對於列邦，須負責保證一個『共和』（Republican）政制的存在。由此推究，我敢於斷定，聯邦政府

負有權利，實則負有義務，以剷除非『共和』政制於合衆國的列邦以內；至於何者是『共和』的真諦可以不拘。

(4) 聯邦憲法的修正，須以列邦全數的四分之三的不同意，方能成立。更由此旨推究，無論國度大小，列邦均享受平等選舉權；非至取得本邦的願意，此項平等權利不任受褫奪。
(註2)

(B) 瑞士聯邦

(1) 聯邦權力是定實；列邦權力却是不定實。(註3)

(2) 法院對聯邦立法必須尊重，不能宣告之爲無效。但聯邦立法，倘遇有公民三萬人或八個鄉邦 (cantons) 的要求，必須提出，交複決，以定去留。至於各鄉邦法律，倘若抵觸聯邦憲法，可被法院宣告無效，而不與執行。

(3) 聯邦政府的行政機關不有權以撤廢列邦法案。但列邦憲法，與其修正案，必需聯邦的保證。至於保證的獲取，必須爲不反對或違背聯邦憲法者而後可。而且依我所得

到的報告，在列邦憲法的修正案未取得聯邦的保證以前，修正案中之條文決不能施行有效。

(4) 將欲修改聯邦憲法，瑞士人民必須以多數主張，加之，列邦亦必須以多數主張。申言之，大凡憲法的修正案，非經過列邦人民多數的贊同，即不能依法成爲有效。

(C) 加拿大屬邦

(1) 屬邦政府（即聯邦政府）的威權，未經明定，故屬無限；行省，即列邦的威權，已經明定，故屬有限。其實後者所有威權被限於極狹的範圍以內。（註4）

自聯邦觀察點立論，這一點是十分可異；由這一點我們可以區別屬邦憲法於一方面，合衆國或瑞士憲法於他方面。申言之，屬邦巴力門能具有立法上之極大威權；大凡屬邦憲法所未給與各行省的立法事權，屬邦巴力門無不可爲。可是，行省立法機關僅能在憲法所已明白規定的範圍內作立法活動。惟瑞士或合衆國憲法則反之。是故在他一方面，合衆國國會（Congress）或瑞士聯邦議會，因受聯邦憲法限制之故，只能就一定範圍內以立法合

衆國內之列邦，或瑞士聯邦內之列邦，却能運用立法的無限威權，至少凡未經聯邦憲法明白給與聯邦政府者，列邦無不可立的法律。

(2) 屬邦巴力門的立法，一如各行省的立法，均受同等制限於屬邦憲法（即一八六七年不列體儲北亞美利加法案）。任何法案，不管是屬邦所立，或是行省所立，倘若違犯屬邦憲法，只是無效，而法院必將採取同樣態度，不與執行。

(3) 屬邦政府有權以撤廢行省立法機關所建立的法案。這種撤廢權有時牽動極大；甚至立法活動已經明白許可於屬邦憲法者，屬邦政府仍有權可以干涉。（註5）

(4) 屬邦憲法造成於帝國法令，因之，除該法令本身預先有所規定外，該憲法只可由帝國巴力門再以法案變革。唯其如是，屬邦巴力門，依其現有地位，必不能以立法牽動憲法的任何部份。但當一個行省立法機關相與合作之際，屬邦巴力門，在極有限制的範圍內，能變動憲法，以求產生劃一法律於屬邦的各行省以內。（註6）

至於省的憲法，依一八六七年第九十二節，第一目，該省的立法機關得加以修改。但此

項修改憲法的法律，屬邦政府仍得將其撤廢。

(D) 奧士特拉利亞的平民國家

(1) 聯邦政府的威權是一定的，故有限制；於是寄附於各邦的威權轉是不一定，故無限制。(註7)

(2) 聯邦立法（即平民國家的立法），恰如列邦立法，同受平等制限於聯邦憲法。申言之，任一法案，不管是聯邦的，或是列邦的，倘若有抵觸聯邦憲法之處，必是無效，而且必受法院不與執行。

(3) 聯邦政府不有權以直接地或間接地撤廢列邦巴力門的立法。

(4) 聯邦憲法可以下列二種方法提議修改：其一聯邦巴力門以草案提議；其二，在特種情形下，兩院中之一院亦可提議。至於批准方法則批准者須為全國選民的大多數，濟之以列邦的大多數。(註8)

抑此外尚有兩點，必須注意。第一在聯邦憲法中還有許多條文可由聯邦巴力門以普

通法案變革。(註9) 第二，聯邦憲法在實際上只是帝國巴力門所通過的一宗法案，因之帝國巴力門當然可通過別一法案，以撤廢該憲法。

(E) 德意志帝國 (解1)

(1) 帝國(即聯邦)政府的威權，在帝國(即聯邦)憲法之下，至有限制；惟構成帝國的列邦所有威權却無限制。雖然，猶有辨。第一，憲法所給與帝國政府者至爲博大；第二，帝國立法機關有權力以改變憲法。(註10) 故當討論分權問題之際，學者必須記取這兩點。

(2) 帝國立法，倘若依立法程序通過，可不至發生(註11)『違憲』(unconstitutional)與無效問題。惟在列邦立法，萬一竟有『違憲』之處，或有抵觸帝國立法之處，此項聯邦立法必被法院作爲無效。(註12)

(3) 帝國政府究竟能以違憲爲根據，而撤廢列邦立法與否，關於此點，似有許多疑點。但以外國政治家的眼光觀察所及，此項權能帝國憲法實未嘗明白給與帝國政府，故此項條文絕未見存在於帝國憲法。至於在列邦中所有憲法上之困難問題，在特種情形之下，

可由帝國政府解決。(註13)

(4) 關於憲法的修正，帝國立法機關可以尋常立法手續行之。但每一修正案，凡遇聯邦參議院 (Bundesrat) 中有十四票加以反對，即不能成立。這是一種否決權，依之，普魯士的修憲權力，或其他數邦由互相結合而取得的修憲權力，可被打消。(解2)

此外，(解3) 尚有若干權利，嘗經帝國憲法替有關係的幾個列邦保證，非先取得他們的同意，即不任受變易。(註14)

(註1) 見合衆國憲法，修正案第十。

(註2) 參考合衆國憲法第五條。

(註3) 參考瑞士聯邦憲法第三條。

(註4) 參考一八六七年不列體諸北亞美利加法案第九十一及九十二節。

(註5) 參考一八六七年不列體諸北亞美利加法案第九十節，又參考布利挪 (Bourinot) 所著，『巴力門

舊例與立法程序』七十六至八十一頁。

(註6) 參考一八六七年不列體儲北亞美利加法案第九十四節。

(註7) 參考平民國家憲法法案第五十一及五十二節，第一〇六及一〇七節。

(註8) 同上法案第一二八節。

(註9) 同上法案第七節及第十節。

(註10) 參考帝國憲法第二條及第七十八條。

(註11) 帝國議會所通過的法律，究竟帝國法院或其他法院能視為無效否，自是有辨論價值的問題。關於此

點盧兒勒 (Lowell) 討論極詳；看他的『歐洲大陸的政治及政黨』二八二至二八四頁。

(註12) 參考帝國憲法第二條；比較拉包 (Laband) 所著『德意志公法』第十節。

(註13) 參考帝國憲法第七十六條。

(註14) 南非合邦成立於一九一〇年，在本書第七板之後，茲特補入一段文字，加以論述於下文。南非合邦的憲法，依當代宗師的觀察，並不要在實際上採取聯邦政制。在合邦法案之下，南非合邦的憲法對於南非議會所有修改憲法權雖未嘗多加限制，但至為明確。是故依該憲法，第一百五十二節所明載，巴力門得撤廢或變更憲法中之任何條文，但仍以不牽動法文所已規定的法律時效為限。再依該節所明載，凡本節條文所規定各款，及第三十三節，第三十四節關於立法機關人數的規定，在憲法頒行後十年期間之內，或在該機關的人數達到一百五十人以前，又及第三十五節關於南非議會的選民資格的規定，以至第一百三十七節關於令用文字的規定，均屬有效，不能加以修改。若欲加以修改，凡修正案必須待兩院相與會齊之後加以通過，而且

在三讀會時出席人數又須爲兩院人數的全數三分之二以上。似此規定詳明，修憲者當知所趨避，不容含混。
〔參考 Keith 所著『South African Union』論文，最初載於比較立法社刊，其後印成單行本。本段文字所論見 Keith 的論文五〇及五一頁。又參考 Brand 所著『南非合邦』特別注意該書第十章。〕

〔解1〕按，本篇書後寫成於一八八五年，最後增補於一九一五年，均在德意志民國成立以前。故篇中所論聯邦憲法均爲德意志帝國憲法的內容所載。

〔解2〕按，德意志帝國憲法第七十八條明白規定：『凡帝國憲法的修正得依普通立法程序舉行。但在聯邦參議院中，倘有十四票對於某一修正草案加以反對，該修正草案不能成立。又凡聯邦中之一邦所有特權一經帝國憲法保證之後，非得該邦自行承諾，憲法的修正案不能有所變更。』

再按，聯邦參議院的議員總數爲五十八人，故投票的總數亦爲五十八票。但各邦議員必須遵從本國政府的命令以連帶投票，故同屬一邦的票數必無散漫或出入之虞。至於各邦所得票數分配如下列：
普魯士得十七票；巴維利亞得六票；撒克遜尼得四票；威丁堡亦得四票；巴丁 (Baden) 得二票；翁寫 (Hesse) 亦得二票；布龍諸城 (Brunswick) 得二票；麥克濫布 (Mecklenburg) 及諸威林 (Schwerin) 亦得二票；其餘十七邦各得一票。本來普魯士及大邦聯合時，修改憲法極易；但有了十四票反對一層之規定，此類聯合即不能爲所欲爲。

(解3) 按，各邦所有特權曾經憲法保證者，爲數甚多，爲式亦不一。其中有爲對於某邦，憲法賦以特別權力者，譬如，聯邦政府主席權屬於普魯士是，又如，國會中之外交常務委員會主席權屬於巴維利亞，亦是。其中又有某邦所固有的權利，經憲法特許，而不受帝國政府的權力所支配者；譬如，巴維利亞邦及威丁堡邦中之移民法律，飲料課稅，鐵道系統，郵電規程及軍制皆是。

書後三 執政的兩種形式

代議政治，在這個時會中，盛行於歐洲各個國家；甚至歐洲以外之列國，凡曾經受感化於歐洲思想者，復極力推行此制。這是要說，凡是文明國家，她的立法機關不以選民的代表組織成之者甚為少有；至於選民團的普及程度如何姑且弗論。雖然，代議政治並不是各地一律同形。反之，此項政治依立法與行政所有關係推究，可分兩種形式。在第一式代議政治之下，立法機關，至少是民選部份；能在實際上任免執政，而此類執政大抵即自立法機關中之會員選出。唯其如是，這樣執政遂取得『巴力門式的執政』之稱號。在第二式代議政治之下，執政者，不管是皇帝及其大臣，或是總統及其閣員，不受任命於立法機關。唯其如是，這樣執政遂贏得『非巴力門式的執政』之稱號。本來代議政治中所有兩種區別，近代學者已漸加注意；但在英憲的研究之專著中，尙少有充分探討。讓我將箇中所含要旨三數點提

示於下文。

第一，這種區別足以供給一條新義，依之，列國憲法得以明白分類，又得以顯然呈露這兩大類憲法所有共相及別相。譬如，在這方面，則有英格蘭、比利時、意大利，及現代法蘭西民國的憲法，他們同屬於一類；因為在逐一憲法之下，各有一個巴力門式的執政。在那一方面，則有合衆國、德意志帝國，及第二屆法蘭西民國的憲法，同屬於他一類；因為在逐一憲法之下，各有一個非巴力門式的執政。此項分類純以執政的性質爲標準，蓋有長處。由此標準，我們可以將亞美利堅民治與德意志帝國劃歸一類，復將英吉利立憲君國與法蘭西民治撥入他類。箇中涵義至足耐人尋味。

第二，巴力門或立法機關的實際權力大分以所具任免執政的能力爲正比例；至少，英吉利衆民院所以能有今日之由來只是因爲牠具有這種能力。唯其如是，我們儘可以直截了當地說，即謂除非，及等到，行政機關的長官隨着巴力門的愛憎而進退；『巴力門政治』(parliamentary government) 決不會成功；到了執政的在位果依巴力門的愛憎以決

定去留，巴力門政治就達到成熟地位，而造成『巴力門主治的政治』(government by parliament)。雖然，猶有辨，辨旨爲何？即巴力門式及非巴力門式的執政在憲法上之區別未必適與主權的巴力門及非主權的巴力門在憲法上之區別互相符合是。本來以英憲論英吉利巴力門，依本書上文所已推究，正是一個主權者，而英吉利執政（即內閣）又在實際上確是巴力門的執行委員會，即爲巴力門式的執政。不過此類結合只是偶然事實，而不是必然事實。何以言之？試思英吉利巴力門取得主權的權力，其期間已歷數百年；至於巴力門式的執政之完成則爲時較暫。申言之，英格蘭的政治權能，直至一六八九年的革命爲止，只是操於非巴力門式的執政之手。又試觀德意志帝國；本來聯邦參議院（Bundesrath）與聯邦國會（Reichstag）當他們聯合起來時，總可算是一所主權的立法機關（註1）但任何人，倘若留心時事，必不敢於下一斷語，即謂德意志帝國實受治於巴力門式的執政。關於這一件事，一如其他各事，我們儘何以從愛爾蘭昔時所有巴力門政治的歷史得到相當教訓。原來愛爾蘭在一七八二至一八〇〇年間之憲政即人間通常喜用格拉坦（Grattan）

(解1) 的名字以代表者是，無論自贊賞者觀之，或自冷評者觀之，都不免有一同感。同感爲何？他是那時憲政實藏有一種稀奇古怪的事件於哀利儲巴力門的政治身分之中。誠以這一個巴力門，在那一際會中，就有關係的各方面人物看來，自是一所主權的立法機關；於是，每逢該機關專爲愛爾蘭而設立法律，英吉利巴力門中之兩院不應干涉；然而哀爾儲執政在那時對於愛利儲巴力門之關係，並不因此就變成巴力門式的執政，因爲他們，在實際上還是被任免於英國內閣。此項稀奇古怪的事實，在當日雖使格拉坦和他的同輩自觀之，似亦無以自解；但自事後觀察，我們當可恍然覺悟一事，即是主權的巴力門一制度初不必帶有巴力門式的執政一制度。唯其如是，倘若有人作成兩種假設：其一以爲這種缺陷隱藏於憲政機括中，其結果實足使格拉坦對於巴力門獨立的嘗試終歸失敗；其他以爲這一種最巧妙方法至足以將此項失敗加以挽救。凡此種種假設，不管是善意或是惡意實不免枉費心機。雖然，倘若專就當日政情立論，這種聯結即主權的巴力門與非巴力門式的執政互相聯結，固非流於失敗不可；否則，格拉坦的立憲方案亦必須出於改造耳。但此爲旁論，不關本題。

目前我們所應注意者只是，這種聯結，雖則近於稀奇古怪，然而早已存在於巴力門獨立期間之哀利儲憲法。由此類推，我們更可得一新義，這條新義，便是：主權的巴力門之存在，既不必帶來巴力門式的執政，因之，巴力門式的執政，當能與非主權的巴力門同時並存。試徵實例，則有比利時憲法，復有英格蘭的自治殖民地所得巴力門法案的憲法。

不寧惟是，巴力門式與非巴力門式的執政，所有差異，雖則涵蓋內閣政制與總統政制的區別而有餘，然而仍不能與此項區別適相符合，有如貝吉（Bagehot）所嘗反覆申論。

（註2）按實言之，內閣政制不過是巴力門式的執政中之最通行的一種制度，而合衆國的

總統政制亦不過為非巴力門式的執政中之一個方式而已。故在巴力門式的執政一制度之內，學者儘可以尋求一個非內閣制的政府；最顯著的例證便是普法戰爭後之法國。當是時，西耶先生（Monsieur Thiers）及麥克馬洪元帥（Marshal MacMahon）相繼被選於國民會議為執政，但內閣政制初未嘗存在。（註3）依同理推究，我們當可以相信，在非巴力門式的執政制度中，當必有非總統制的政府，並行不悖。必欲求取實例，學者當於德意志

帝國中尋求。試觀德意志皇帝確是帝國的行政機關之首長，他並不是一個總統；他自己，甚至他的閣臣，概不被選出或被罷免於聯邦巴力門。

第三，英憲就目前運行於國中者而論，呈露好幾個矛盾現象。譬如英吉利內閣，在實際上，及在事實上，確是一個巴力門式的執政；因為內閣全體既係由衆民院選任（不過選任方法是間接的而已），復係由衆民院罷免，加之，牠的閣員必須同時爲兩院中之議員，否則不能當選。惟自名義與外表觀察，內閣原來却不是如此。是故每一閣員只是元首的僕役；他必須受任免於君主。倘若單就法律的形式言，他既不受任免於衆民院，復不受任免於巴力門中之兩院。概括以談，英吉利內閣在創始時確爲非巴力門式的執政。今則實質變矣，而名義依舊，於是，矛盾現象在勢爲不可免。

試問英吉利內閣，在此際能否徐徐演化，遂於不知不覺之間，仍由巴力門式的執政而再變爲非巴力門式的執政？這種設想自然饒有趣味，但並不是無稽之談。誠以現代政治既日趨於平民化，選民團的威權在將來必然大增，於是，內閣政制的變形當然具有可能性。即

就目前情勢立論，每有一次普通選舉，國內人民所有視線咸集中於某一政治家；因此之故，選舉在實際上不啻專為選出此人於內閣總理的地位而舉行。更由此旨推究，我們可見縱使英憲在將來無大變更，內閣總理的地位仍不難變成人民直接選任職。蓋觀合衆國總統的選舉制度之演進？本來依亞美利堅憲法，凡每屆總統的選出首先由選民選舉代表團，然後由代表團相與集合而選舉總統。於是，全美國選民本無選舉總統的責任，而選舉總統之責任惟寄附於代表團；恰如今日英吉利選民一般，他們亦無選舉內閣總理的權力，而擇任內閣總理的權力惟掌握於衆民院之手。徒以有憲典運行於國中之故，合衆國總統的選舉制度驟受變革；卒致代表團退處於無權地位，總統一職在實際上，只受全國選民的意志所支配而選出。美國總統如是，英國內閣總理何獨不能變成民選官吏耶？果爾，英格蘭目前所有巴力門式的執政當具有變成非巴力門式的執政之可能性。

第四，就兩種制度，互相比較，各有優點，亦各有劣點。

巴力門式的執政（為着簡便起見，我們在此處姑將此式執政與內閣政制認為一致）

所有最著優點，便是行政機關與立法機關不會發生不可解決的衝突；至少，內閣與維持內閣命運的衆民院（即立法機關的一部份）決不至常時互相水火。於是，內閣政制嘗能救援英國，使之得以超度雙層困厄；其一得以避免合衆國當政府與國會軋轢時所有政治阻誤；其二得以解除法蘭西以及其他各國因兩種機關不合作時所惹起的暴動及革命。誠以內閣的存在既完全倚靠立法機關的好感，閣員對於巴力門的意旨所有變遷必須時常顧及，甚至對於巴力門的霎時間之喜怒好惡亦不忍拂逆。由是，行政與立法間之調和與合作至易取得，故有英憲的軟性，或英吉利政治體系的軟性。雖然，內閣政制亦有一個最著劣點，而此項劣點即伏於優點之中，是爲內閣的過度柔順。所以在此類內閣政制之下，政府治事，不但事事要奉承巴力門的意志，而且要將順巴力門的一時所有偶感或激憤，而且要迎合選民的一時所有幻想或奢望。誠以巴力門的助力爲內閣的命運所繫，而選民團的好感又爲衆民院中之多數黨的力量所從出，政府對之遂不得不敬謹從命。唯其如是，巴力門式的執政僅能做成立法機關的造化小兒。加之，此項制度與一般民選的立法機關蓋犯了同一

毛病，即懦弱無能是。

非巴力門式的執政所有優點及劣點適與巴力門式的執政所有者相反。每逢這一點爲前者的長處所在，牠便是後者的短處；每逢那一點爲前者的短處所在，牠便是後者的長處。徵實言之，非巴力門式的執政有一顯著優點，即比較的獨立是。本來在施行代議政治的國家中，行政首長，不論皇帝或總統，自然願意聯絡立法機關而取得其扶助。但德意志皇帝，當運用大權時，固不必服從帝國議會的宗旨；亞美利堅總統，當執政與立法違異時，亦可以反抗國會意見。唯其如是，皇帝或總統，倘是具有堅強意志的人物，必能決定大政，實施政策；縱使不幸而至於觸犯議會或選民，他亦不必忌憚。平情論之，行政首長具有此項獨立權力，對於民族利益，未嘗不無所裨補；這就是非巴力門式的執政制度所有第二優點。試徵實例，例如普魯士國王及俾士麥，當在德意志的民族統一進程中，施行一種政策，本不見諒於普魯士議會，是以屢遭反對。幸而政府的組織係一種非巴力門式的執政，所以普王及其宰相儘可不顧及議會的意思，而獨行其是。卒之，民族統一得告成功。（解二）此項成就，在今日德

國人視之，當不能不歸功於執政的獨立權力，唯其有獨立權力，故爲執政者能當機立斷。再徵實例，例如當合衆國在南北因放奴事而互闕之際，林肯總統 (President Lincoln) 亦嘗力排衆議，以主持前後一貫的政策。其結果，林肯本人固能建大功，而總統的獨立權力復能大有造於合衆國不淺。雖然，任何執政，倘若他的存在果不需助力於國會，必將有時觸犯國會而不能自禁。試觀第二次法蘭西民國的歷史，自拿破崙第三被選爲總統起迄於十二月二日政變止，這一段歷史可說是法蘭西執政與法蘭西議會鬭爭的歷史。本來此項鬭爭，必欲爲之解說，儘可歸咎於鬭爭中之主要人物，即拿破崙第三。是何則？蓋以拿破崙第三在當時身爲民國總統，實具有獨立權力；同時他又爲拿破崙朝代的遺裔，確有覬覦大位的野心。於是，大亂卒以猝發而不可遏止。但不觀諸約翰孫 (Andrew Johnson) (解3) 與合衆國國會的互闕乎？在此際，約翰孫何嘗有非分思想，而美國人民尊重法律之心又遠非法國人民比，宜乎任何衝突可以解免矣。然而執政與立法機關間之衝突仍不下於法國；此非爲非巴力門式的執政制度之流弊而何？

第五，歷來制憲人物嘗屢次設法以創立一個統治機關，在其中兩式執政制度的長處庶幾可以收取，而他們的短處庶幾可以解免。爲着達到此項目的起見，他們常採用一種方法，依之，所有執政，不論巴力門式的，或非巴力門式的，一經任用之後，可以不受罷免於議會。這就是一種半巴力門式的執政制度。此項制度雖未嘗有極大成功，然而至值得仔細研究。

在第一次民國時期，主政院（the Directory）於一七九五至一七九九年間，實構成法蘭西民國的政府。在一種複雜選舉制度之下，所有主政必須自立法機關中之兩院選出，而這兩院在實際上即爲當代民國的國會。但此項國會雖有選舉主政之權，却無罷免主政之權。於是更替之法，只賴有一種規定，依之，主政團中每年至少須有一個主政自行告退。後世憲法學者評曰：『主政時代的憲法顯然表示無限量的遠見。如此辦法不但可以防禦無謂的暴動，行政權力的侵蝕，而且可以對於大革命時期中所已發見的危險得以預先制止。所以在那年（即一七九五年）中，倘若果真有一宗憲法可以確立根基的嗎？這宗憲法便是執政時代的憲法』。（註4）論者之言如是，但徵諸事實，該憲法壽世亦不過四年。其實，執政

團中之多數，早已於憲法頒行後兩年內，即與立法機關公開作戰。其結果是：主政以革命行動制勝，繼之以放逐立法機關中之反對派於國外。

顧論者對於此項不幸事實，或能下一解釋，即謂：當是時，革命力量與反革命力量在互相競勝，惟有曾經建立大功的一個將帥能以他的威權恢復秩序，此外更無別種權力能給與自由於法國；果爾，主政時代的憲法實未嘗得到相當機會，以資試驗。這番持論並非毫無故實，讓我們再審觀第三次民國憲法。先是在一八七五年，法蘭西對於建立民國的憲法復有再次嘗試。依據此項嘗試，執政的權力既不被造成立法機關的倚賴者，亦不至被該機關看做仇敵。其結果遂形成總統政制於現代民國，而民國總統即被選出於國民會議。國民會議為衆議院與參議院（用英吉利政治術語表示，便是巴力門中之兩院）之合體；他們先集合起來，然後共同將總統選出。一經選定之後，總統便可以在一定期限內繼續任職，其任期定為七年。任滿之後，他可被再選，並得連任。總統原來具有極大權力（至少在名義上是如此）；他可以委任閣員；每逢內閣開會，他可以出席參加；他又可以得參議院的同意，解散

衆議院。迴溯現代民國，自成立以來，歷年三十有八，而現行憲法，自頒布以來，亦歷年三十有三。倘由現在以推測將來，現代民國誠有繼續存在的可能；然一就半巴力門式的執政制度考察，我們儘可斷之爲已經失敗，而且此項失敗已屬屢見不鮮。其中最顯著例證就是麥克馬洪元帥與國民會議所有衝突，而結果於他的辭職。關於此次衝突的原委，我們可以無須贅敘；一言以蔽之，這樣衝突只是反動派所以妨礙民國成立的最後掙扎。（解4）不過在此處有一要點必須提示，卽是：此項半巴力門式的執政制度的失敗並不完成於麥克馬洪之辭職；反之，這種失敗却完成於後起事變。徵實言之，格列非總統（President Grévy）與卡挪總統（President Carnot）鑒於前事，並不要做成實際上之行政首長；傅鴉總統（President Faure）及盧別總統（President Loubet）隨其成規，亦不欲再爲多事，爭攬國政。於是，先例既經確立，逐一總統均不願效法美國，以做成一個極有大權的總統；反之，他却願意效法英國，以做成一個守府的國君。卒之，法蘭西的政府遂造成巴力門式的執政。本來總統的職務既能獨立於國民會議的意志以外，每逢一個果毅有爲的政治家就任此職，他依然

可以做成民國的真正行政首長，一如西耶及麥克馬洪所爲。不過一就格列非的失位觀察，又就撒利耶（Casimir Perier）的休致觀察，此類事實至足表示一要旨，即是：凡民國總統，恰似內閣閣員，在最後一着，終須依賴國民會議的好感，以維持職守。固然總統的去留，較之閣員的去留，難易懸殊。但無論如何，立法機關在實際上終能將總統罷免；此則無可疑議。幸而總統在今日已逐漸退處於無權地位，而閣部代興，遂變成法國事實上之執政，因此之故，國會與元首的不時爭執得以解免。加之，法蘭西內閣復受控制於議會中之民選部份；以視英吉利內閣對於衆民院所有關係尤爲變本加厲；卒之，現行法憲遂發生一特殊效果，即是：半巴力門式的執政制度原爲民國創制人物所計劃，不意屢經螻蛄，乃一變成爲極端巴力門式的執政。

一八四八年瑞士政治家方從事於建立瑞士聯邦的基本組織；他們所有成就似乎足以掩蓋法蘭西政治家的兩次失敗。試徵實說，瑞士聯邦的執政實爲聯邦執政委員會（Bundesrat, Conseil fédéral, Federal Council）（註⁹）聯邦執政委員會何自產生？

生於聯邦會議 (Bundesversammlung, Assemblée fédérale, Federal Assembly) 顧聯邦會議雖則有權以選出執政委員，然而無權以罷免他們。抑聯邦會議何自成？成於國民議院 (Nationalrat, Conseil national, National Council) 與列邦參議院 (Ständerat, Conseil des États, Council of States) 相與集合而爲一集團。列邦參議院爲兩院中之一院，代表諸鄉邦 (cantons) 而參加聯邦政治；國民議院又爲兩院中之一院，代表全國人民而建造聯邦法律。國民議院爲民選立法機關，其任期爲三年，因之，聯邦行政委員會的任期亦爲三年。申言之，聯邦執政委員會自本屆聯邦會議之第一次集議選出，選出之後，牠即可以繼續任職，直至下屆聯邦會議之第一次集議爲止。這種執政制度的作用至值得注意。誠以瑞士政府本身既爲選任，但又爲間接選舉，而非爲直接選舉；於是，合衆國總統的選舉時所有紛擾情形可以避免，而每屆議會的存在又適與每屆執政的任期適相符合。自然在一經選定之後，執政在任期中不任受罷免，但在一經成立之後，國民議院在法定集會期間內，亦不任受解散。加之，行政與立法間之衝突亦爲歷來所未聞。讀者須知瑞士是世間之

一個最眞平民政治的國家，而平民政治的傾向概無恆心，卽常時變遷不定；可是，瑞士執政委員會卻具有一種永久性與固定性，爲採用內閣政制的國家所不能企及。譬如，一個英吉利內閣，倘依今代所有經驗考察，大抵不能與一屆巴力門同壽命；法蘭西內閣，在腓立（Louis Philippe）時代，倘以平均方法計算，享齡僅及三載；迨入民國，法蘭西內閣壽世尤短，大概逾月或及數月。至於瑞士的內閣（如果這個名詞可以借用），一經被選之後，任職亘於三年之久，而且被連舉者得連任。倘就事實觀察，執政委員大抵於任滿後被續選，故續選並不是變例，卻是常例。約言之，執政委員甚少變動。倘若你不憚煩，你儘可於審問事實之下，發見好幾位政治家繼續當選爲聯邦執政委員，已屆十五六年之久。這是執政者久於其位的證據。至於所以致此之由，這班執政者初未嘗逢迎大衆，亦不盡擁有絕大政治勢力。反之，其重要原因只附着於一種事實，卽是：這班執政者久爲人民所信賴，立法機關從而信賴之，既得信任之後，要是本人不願當選則已，倘願當選，他必受歡迎。譬如，在英格蘭中常有許多合資公司，其重要職員便是公司內之總經理；倘若其人已取得股東信任，他必然常時繼

續受衆人委託。瑞士執政委員會所有繼任狀況恰是此理。其實，所謂執政委員會，倘若我輩外國人可以參加末見，而加以論斷，並不是一個閣部，或一個內閣，一如英吉利人們的心目中所感覺。牠不過是一間公司中之董事會，受了人民委託，而主持國事；當在任時，執政委員必須依據憲法與順應議會的願望而主治。唯其如是，政務只是等於一種業務；執國政者只是等於一種經營業務的人物。他們決不是內閣政制下之政治家；在這方面他們剛纔做了巴力門的領袖；在他方面，他們又要做巴力門的僕役。這樣就是瑞士執政委員會的特色；此項方式的執政蓋適應瑞士的國情而發生。然而據善知瑞士者觀察，這種執政制度行將改變於瑞士。一般熱心於改革者流正在謀將行政委員的選舉交入選民之手。這是一種革命的舉動。倘若這種舉動果能實行，我們還要補說一句，必不足以造成巴力門式的執政，卻足以造成非巴力門式的執政。（註6）

（註1） 參考德意志帝國憲法，第二條及第七十八條。

(註2) 參考貝吉所著『英吉利憲法』(一八七八年版本)一六頁以下。

(註3) 參考翕里(Helio)所著『法蘭西憲法』一三六〇及一三九七頁。

(註4) 引自米泉(Mignet)所著『法蘭西革命』(英譯本)三〇三頁。

(註5) 關於瑞士執政委員會，參考盧兒勒所著『歐洲大陸的政治及政黨』第二冊，一九一至二〇八頁。

(註6) 參考亞當士(Adams)所著『瑞士聯邦』第四章。

(解1) 按，格拉坦(Henry Gratian)生於一七四六年，死於一八二〇年，爲愛爾蘭的愛國者。先是英國歷代君主早在十二世紀中即從事於攻略愛爾蘭；其間不知與師動衆幾次，愛爾蘭的征服方能成功。迨至十七世紀中，愛爾蘭復叛，克林威爾以高壓手段殲滅之。於是，英國政府復獎勵英格蘭及蘇格蘭兩國新教徒移殖愛爾蘭北部及東部，並沒收當地舊教徒所有土地以給之。這就是爲愛爾蘭南北分裂的禍端所伏。本來愛爾蘭遠在中世紀時代經已設立巴力門，但自十五世後所有該國巴力門的法案必須取得英吉利樞密院的同意，方能施行有效於愛爾蘭。一七七五年，格拉坦始入哀利諸巴力門爲議員，首先從事於刪除愛爾蘭的工商業限制。一七七九年英國政府不得已從其請。一七八二年，格拉坦復以立法獨立爲號召；當是時，英國內閣方怵於法蘭西的侵逼，與忙於應付美國的獨立戰爭，遂不能不屈服。於是自是年起，至一八〇〇年止，哀利諸巴力門所立法案可以不用英吉利樞密院的批准即能施行有效。因之，在這個期間內愛爾蘭的立法機關遂贏得『格拉坦的巴力門』之一種稱號。自一八〇五年後，格拉坦以新教徒的資格復從事於加特力教徒（即書後三 執政的兩種形式

舊教教徒)的解放運動;直至死之日爲止。迨至一八二八年英吉利巴力門乃將關於束縛舊教的法案,即考試法案(the test act)及市政府法案(the corporation act)撤消,但格坦拉已經死去八年矣。

(解2) 按,俾士麥 (Otto von Bismarck) 以一八六二年受命主持國政。當是時,普魯士國王威廉方銳意於整軍經武,將欲於德意志封建國家中取威定霸,俾士麥極表同意此項政策。特用盡心機,務使議會增加軍備的預算。顧議會中之多數黨,即「進步黨」(Fortschrittspartei)終以爲民兵制度勝於義務兵制度,大加反對,且於一八六三年拒絕政府所提出預算,不允增加。俾士麥於是以普魯士王的許可主治全國,既不用預算制度而收支財賦,復不倚賴議會而發號施令,亘於四年之久。其後,普魯士卒以兵力先勝丹麥,繼勝奧地利亞,終勝法蘭西。其結果是德意志民族得以統一,德意志帝國得以成立。故戴雪云然。

(解3) 按,約翰孫以一八六五年繼林肯爲總統,即欲繼死者遺志,實行南北調和政策;徒以適當林肯被害之後,國會仇視南人的心理驟增,約翰孫不但不見諒於國會,反受不忠於合衆國的譏評。未幾約翰孫復勸告國會,請復許南方議員加入共治,顧國會不納,反謂南方列邦應多受軍治數年。約翰孫遂行使總統的權力,否決兩院所通過的草案;兩院又以大多數重複通過爲報復。卒之,以總統未得參議院的同意而更換之故,約翰孫受兩院彈劾,而至於躬受審訊;雙方交鬩直至大選期屆而總統退職之日爲止。

(解4) 按,麥克馬洪以一八七三年被選爲民國總統,其任期原定七年。當是時,拿破崙第三之帝國方去,第三次民國方建,而根基未固;即在國會中王黨仍居大多數。麥克馬洪身爲民國總統,而心在王室,於是,反動的勢力大張。幸而甘必大(Léon Gambetta)借其同黨,極力支撐,於是,復辟之舉無由復現。迨至一八七七年民

黨獲勝於下院，一八七九年，民黨又控制上院，麥克馬洪自知大勢所趨，人心已去，遂不待任期滿而自行辭職。繼任者爲格列非 (Jules Grévy)，乃是民黨中之一個忠實同志，守法惟謹。自此之後，民國的基礎遂以漸次奠定。

書後四 自衛的權利

捍衛自己的人身，自由，或財產，以對抗暴力，自是個人所應具有的權利；試問個人具有如此權利到若何程度？換言之，在英吉利法律之下，自衛的權利（所謂『自衛』 self-defense 在此處純爲廣義的用法）究竟以何種原理爲根據而（註1）確定其範圍？

歷來所有對於這個問題的答案不但是游移，而且是曖昧；於是，確實斷語當然不易得到。然而此項困難的發生至不足怪，誠以所有關於限定自衛權利的規則不過是事理上之矛盾的一種調和。是故在一方面，則有容許個人對抗他人侵犯的必要；在他方面，又有壓抑私人間之互相尋仇啓釁的必要。此項事理上之調和，萬一不善爲之，必至貽社會以隱憂。譬如，自助受制，則弱者將常爲強者所凌迫；又如，自己的權利主張得到過分獎借，則械鬪將成爲積習。唯其如是，法院的公斷乃不得不出而代用，而謀有所以止息私自仇讐。

讓我們再補說一句，即謂：縱使自衛權利確受法律承認，自衛者『決不能因此遂取得進攻權利，誠以在法律修明之世，凡人對於已往或目前受害均不須自行報復；他只須訴諸法院，便可以求伸雪。』（註之）

方今尚有一種流行意見，大抵來自律師的隨感，或來自法律教本的浮言，即謂：凡人爲自衛權利計，得用相當武力，但不應用過量的武力。這種意見無論如何通行，只是謬誤。果如此說，復推類至義之盡，舉鎗殺人之事必將時有。雖以九歲兒童，倘遭十八歲青年扭耳，便至殺人；此亦是意中事。約在七十年前，母鴉大佐（Captain Moir）即實行此旨，以至陷於殺身之禍。先是大佐有空地一塊，嘗受人騷擾及踐踏蹂躪；大佐忿不能平，因豫先通告禁絕，並謂：自通告以後，倘有明知故犯如前時，犯者必受鎗擊。詎意頑童一人乃毫不顧忌，大佐於是先之以警告，繼之以鎗擊而傷其手臂。傷者旋被送往醫院，仍由大佐補貼藥費。不幸，傷者因受傷太重，猝然死去。於是，大佐旋以殺人罪被控，陪審員坐實其罪，審判員判以死刑。隨之，大佐卽於星期一日受絞。平情論之，大佐所行事固屬有罪，但以身爲軍人之故，大佐平日本習

於服從軍令，一旦以軍令繩人，遂至於犯罪而不能自禁。然則他所以致死之由純由於不知法律；惟其不知法律，而妄自執法，故至於有罪。由此觀之，個人的權利必不能概以武力衛護而至於動手殺人也明甚。

誠如是，武力為自衛的必要而使用時至有商榷餘地；其使用時之合法與否只可由兩種理論判斷。換言之，本篇於開端時所發問題可有兩個答案，惟答案只限於兩個而已。

第一理論——為着擁護一人的自由，人身或財產起見，本人可以依據兩種準規而使用武力。這兩種準規是：其一必須為『需要』(necessary)，這就是適可達到目的而止，此外不再濫用武力；其二必須為『合於情理』(reasonable) 或為『比例差』(proportionate)，這是要說，以武力對待冒犯者所生的效果應與本人所受的損傷為正比例。果能如是，武力的使用便是合法。反言之，凡人以武力衛護自己所有權利而至於違犯上列兩種準規，他的行事必至於犯法。(註³)

這個原則，即所謂『需要的及合理的武力自衛』之原則實被採用於刑法起草委員

會。茲引用原文於下方：

『就管見所及，我們竊敢解釋常法中之一條大義如下文，即是：雖則常法許人對抗非法的暴行，以衛護自己所有自由，人身及財產，而且許人使用武力以遏抑罪惡，以維持公衆和平，以置犯罪者於法，然而箇中有一重要制限必須顧及。這種制限就是需要，這是要說，橫逆之來勢兇猛，除卻用武外，再無別法可以抵禦，而且用武後之所生效果，對於本身所受的損害，未嘗超過正比例的數量。此義至爲重要，因爲牠極能申明草案內所有各種條議。徒以世人未能領會其間義蘊之故，此條精義尙未見普遍採用。惟其如是，我們特於草案內附帶提示一句，即謂：此項法理，不但應被承認爲未來時代的法律，而且應被承認爲現代法律。』（註4）

玩味上文，我們不禁得一感想，即是：『需要』一詞的用法殊爲奇特，因爲如此用法不特包含『必要性』（necessity），而且概括『合理的可能性』（reasonableness）。不過除此一點外，委員會的意見，與本文關於第一理論的敘述，大體無異。重複言之，凡人可以依法

使用武力而擁護自己所有權利；所應注意者只爲：用武時實是出於萬不得已，而且武力的分量能與外來橫逆成正比比例。（或從別一方面觀察，可說，能與所欲擁護的權利之真值成正比比例。）這條原則，依我看來，自是十分公允。惟其如是，國中著名的四大審判員遂以之陳請於巴力門，而求其採用。又惟其如是，英格蘭的現行法且將努力於實現原則中所含義蘊。雖然，尚有一個較簡明的見解，向爲第二理論所主唱者，其旨趣似乎更能切實表現本國法學宗師的學說。讓我叙論之於下方。

第二理論，——爲着防禦他人以非法侵害他的人身或自由起見，凡人不得不使用相當武力，甚至不得不出於殺傷；此事應爲法律所容許。雖然，有一極嚴謹限制於此，不可忽視，即是：凡重傷或殺害不應輕加於犯者；倘若竟至以重傷或殺害相加，行事者必須純然出於自衛而後可。何謂自衛？凡個人對抗他人，不使侵害自己的生命，四肢，或永遠自由，皆是自衛。

（註5）

這個理論可被稱爲『武力需要的正當自衛』的原則。此項原則的主旨是：處置于犯

者以死或重傷的權利應造端，或限制於每一忠實國民所有自衛權利，依之，他可以採用任何方法，以制止行將蒞臨於本人所有身命，自由的危險。

比較觀察，第一理論與第二理論，雖則立論不同，然而實際上之收效只是一樣。

試設假例。假如，某甲受某辛毆辱，至於危及生命，當是時，倘若某甲再無別種善法以作抵制或避免，依據兩個理論之任一個，某甲都有權以擊斃某辛。由第一理論的見解觀察，武力在這種場合下之使用純然出於自衛。雖然，猶有辨：這是要說，假使某辛故意闖入及踐踏某甲的私產，某甲在此際決無權以鎗擊某辛；萬一竟有鎗擊之事，某甲的行事必不為任一理論所容許。誠以某甲對於某辛所還報的損害——即某辛的生命所遭危險——是不合於情理，又是不能與某辛所干犯者成爲正比例；復以闖入田園之故，而至於開鎗射擊，是則明明以武力衛護財產，而非以武力衛護自己。不寧惟是，兩個理論對於殺人，以自衛的權利，均造成嚴密規矩，以示限制，而且此類規矩所有主旨復互相暗合。（註6）主旨爲何？牠是，除非待到費盡心機，

設盡方法，以避免用武，但最終惟有使用武力方足以自衛時，凡人必不可殺傷他人。試設假例明之。假如，無賴子某辛無端拳擊某甲，而某甲在此際却有短鎗在衣袋中。爲着避免犯罪起見，某甲必不可遽爾開鎗射擊；反之，他必須盡力退避。倘若某辛仍然進迫，以致某甲無路可逃，只得背牆挺立。到此時，又必須待到了此時，倘若某甲再無別法可以解圍，他方能使用武器。本來這樣場合只屬假設，未必真有，卽曰有之，此項報復亦已屬於過去時代的社會，未必遭逢於今代。雖然，立於此類假設事實的原理乃不可磨滅，至今仍然是簡明至要。這條原理所含義蘊便是：縱使惡人無端進攻，身受者不能遽爾用武力自衛；用之之時必爲十分需要，然後使用武器乃爲法律所容許；而且於萬分有一之中，身受者如能退避，自以退避爲合。在此際，使用武器仍非是必要。換言之，於萬分有一之中，身受者如能尋出藏身地方（譬如，四方市場的公衆處所），當不妨暫時放棄法律權利，而避卻衝突。（註7）由此觀之，兩個理論的重心均是在於不輕許可動用武器，而動用武器的標準，惟歸宿於『需要。』是以某甲縱受攻於某辛，但使尚有別種安全方法（譬如，閉門相拒）存在，以殺傷爲自衛的方法必須

避免。雖然，假使對方的攻擊力量增加，依這兩個理論推究本方的自衛力量即可隨比例增加。於是，在實際上明明擁衛私有財產之舉，一轉變間，可以解作對於人身的擁衛。故曰：「擁護所有物的戰鬪有時亦可視為合法，是何以故？則以此事雖則造端於保衛財產，然而終能結局於保衛人身故。」（註8）這句斷論最能洞中肯綮，不過讀者在玩味此語之際，必須記取黑石所遺下箴言，即謂：自衛的權利不能用作攻打他人的工具。（註9）

倘若更進一步推究，而至於問及這兩種理論在實施上所得結果是否相異，此項問題在學理上自是饒有趣味，但在訴訟上似無關宏旨。誠以每逢此類訴訟發生，法院所急須解答者只是：凡人為自衛計，而至於不得不使用武力，在此際，用武可達於什麼限度，仍然合法？至於決定合法的標準無論依據情理，或依據自衛的性質，均屬不十分重要。但必欲於兩者之中加以別擇，則後者理論，就英吉利律師的實際經驗着想，比諸前者理論，或較為穩實可靠耳。申言之，所謂『極端』武力，在使用時，當以完全出於自衛的舉動為易於得到法律的許可。

雖然，或者對於自衛理論的見解，當然不免發生一個反響，即謂：如此持論似乎限制國民的正當防衛所應有權利，過於苛刻。

這種反對論調只是不思之甚，因之，我們可用兩項思考，爲之解釋。

第一，爲增進公衆直道計，每一個人，依法理運行所至，皆有權利以使用武力，甚而負有義務以使用武力，縱使在特種場合中至於殺人，亦所不恤。此爲第一項思考。

惟其如是，凡屬忠實國民，遇有爭鬪發生於目前，他儘可以出而干涉，庶幾公衆和平不至受累。爲着達到此項目的起見，他可以準情度理而使用相當武力。（註10）又惟其如是，任一私人，遇有橫暴發生於目前，他應負制止橫暴的義務。萬一見義不爲，甚至縱惡行兇，使得安然於事逃逸，這個身在場中的私人必至受累，而不免入獄。（註11）故曰：『凡遇兇徒作

惡』有人已身受重傷，或該兇徒欲於事後逃遁，在此際，任何公民的均應盡能力所及以防閑犯惡者漏網。倘若窮追不得，而至於開鎗射擊，使該兇徒無所逃罪；在此際，縱令兇徒中彈身死，開鎗者可解脫殺人罪。誠以此項追捕不但爲法律所容許，而且爲法律所命令；倘有故

意忽略不爲者必將身受法律制裁。』(註12) 雖然此項極端武力使用必須審慎用之之時，惟有用以制止行兇或用以防閑犯法者倖免，爲能合於法理。但『能如此做去，而有所以制止殺傷無辜良民，則雖至於殺死兇手，依據現行英格蘭的法律，亦屬正常。是故任何人，倘若因爲要行劫要行刺，或要在夜間破戶闖入人家，而至於身死人手，實爲罪所應得。在此際，殺人者不管是對手，屋主，或前項人物所用的僕役，或毫不相干的個人，但皆以防閑罪惡爲事，此人可不至受法律治以殺人罪。雖然，法律的寬容只以對待兇手爲限；倘若遇有扒手，或遇有人白晝闖入人家而志不在於焚劫殺害，法律均不許可殺人。』(註13) 以是之故，人間本來同是一事，但行爲倘若用之以衛護財產，往往不爲法所允許，惟用之以衛護人身而志在禁止行兇，或逮捕兇手則必爲法律所寬假。試設假例。假使羣賊劫略某甲家中所有財物，某甲追之，他們遂圖越過園場，並攜去珠寶以圖遁逃。當是時，某甲的生命本不陷於危險，但當追蹤羣盜之際，經已屢次警告，務求壁歸原主，但此外更無別法，以促他們覺悟。於是某甲開首奮擊，羣盜中有某辛倒地。在如此場合之下，某甲的行爲，倘若依據伏士惕 (Foster)

的理論推究，不但爲無罪，而且以履行公衆義務之故，特爲有功於社會。（註14）

末了，讓我再補說一句，卽謂：在某甲可以依法拘捕某辛之地，某辛或不免希圖抵抗，而至於傷害某甲，於是，某辛對於某甲所受傷害，必須負責。（註15）

第二，任何人，當在運用自己的法律權利之際，所有行爲均能合於法理。不寧惟是，將欲運用此類權利，而得到實效，凡人可以（甚至必須）使用適當的武力。此爲第二項考慮。

試設假例。假使某甲正在沿大路緩行，某辛橫加阻止；某甲大憤，揮之路旁，於是，某辛倒地至於受傷。本來某甲安然返家，未嘗做錯了事；他只要維持自己在道路上之行動自由的權利，在勢遂不能不反抗他人的無理取鬧。詎意某辛不知自責，竟敢拔劍相向，意圖進攻。在此際，某甲只得推倒某辛於地上，否則亦須設法遁逃，而不攔其鋒。倘若兩者均不能做到，復無別種和平方法可以衛護自己，他儘可以用盡一切武力以圖自衛，申言之，他可以踢暈某辛於地上，否，則鎗擊某辛，雖斷送一命亦所不恤。

雖然，討論至此，我們卽不免遇一點困難。困難爲何卽某甲必須維持自己所有權利果

至如何程度是申言之某甲正在步行於路上這種權利是任何人所應有；徒以橫逆驟加之故，某甲良不能隱忍，在勢不得不爭，且將陷於殺傷他人的危險；在此際，某甲果以何者爲標準，依之，他可以決定權利與危險間之取舍？

試設假例說明之，假使某甲明知某辛行將聲明其自己有封路的權利，而且明知某辛實無此項權利。不寧惟是，假使某甲明知別有一路，由之，雖則多行許多步，但他可安然抵家。在此際，他必須讓步，不可使用武力，以傷害他人。必如是，然後足以言自衛。

本來專就權利立論，某甲在需要時儘可用相當武力以自衛。果爾，某甲對於某辛在開首時即可以麾之於道旁。自此之後，每當某辛的暴行增加一分，某甲的反抗力即可增加一分。誠如是，行路權利的互闕且將一變而成爲生命上之混戰局面。申言之，爲着自衛生命起見，某甲或不能不依法以殺害或重傷某辛。這是一種看法，依之，某甲的用武當可以受維持於法律。不過這種看法實有不妥善之處。何以言之？誠以在未放鎗之前，某甲必須審察當時所有情勢究竟適合於訴諸武力與否；如其不然，某甲的行事必至差之毫釐，謬之千里。譬如，

假使避開數步，他便可以擺脫某辛的侮辱，在此際，某甲卽不應遽爾動武；因爲一經動武，他的行爲，倘若揆之上方兩種理論，卽無有是處。試徵實說，鎗擊某辛在此際，不能算做合於情理，因爲某辛所爲也許不過是要強迫某甲，於行路歸家時，遠行數步，但某甲竟以鎗彈相餉；於是，雙方所有過舉的比例差未免是太不相等。再徵實說，鎗擊某辛，在此際，亦不能算做自衛，因爲改行他路，某甲尙可以避免種種意外危險。然則某甲所以決然用武者，並非出於不得已而自衛，實則要主張安行於一定道路的權利而已。誠如是，我們對於英格蘭的法律，自古以來，卽極力維持一條老例，至無足怪。這條老例是：凡人被毆辱之頃，法律必限令身受者極力退避；必至無可再避，法律然後許此人以殺害或重傷對手。

但此不但老例爲然。是故在 *Reg. v. Hewlett* 一案中，法院於遲至一八五八年之頃，尙交下一宗判決案，以表彰同樣原理，而維持原有法意。先是，某辛毆打某甲，某甲拔刀相對，遽以刺傷某辛。法院於是下一斷案，卽謂：除非該囚犯（卽某甲）感覺劫略將至，或相似罪惡臨頭，或生命有絕大危險，或身體有嚴重傷害（但非推跌於地上），他遽然用刀劍以

自衛，必不爲法律所容許。（註16）簡約說，這宗斷案的主要論旨是：雖則用刀一舉嘗救某甲於危險（即被打倒的危險），然而此舉對於某甲所有身體、四肢或財產的衛護並非是必要；所以這番用武在法律上實屬不合。及今觀之，這宗案件對於本文的題旨是特別重要；因爲某辛在此地並非是尋常主張自己權利的一個人；反之，他卻是此次禍變中之一個戎首。

試將前案略加變動，而設爲假例。設某辛不是一個惡作劇者，卻是一個警察。又設這位警察嘗奉警長命令，謹守海特公園（Hyde Park），在此地，某辛即禁止某甲，使之不得由雲母石拱門（the Marble Arch）進入。更設某辛所奉的命令是由於警長的錯誤，於是，欲阻止某甲通過某一特殊門戶在法理上爲不合。在如此情形之下，某辛的行爲既屬非法，似乎某甲儘可以推開某辛而不顧。（註17）但某甲果能因推之不動之故，遂致拔刀刺人以闖入公園耶？此則在法理上不能有如何根據。按實說，持刀刺人在此際不但非是合理的舉動，而且非是自衛的舉動。

綜觀以上辨旨，我們當不難得一結論；即謂凡人間所有關於法律權利的爭端必須取

決於司法機關，『因爲君主及其法院原來是社會中之一種平反的場所，在其中身受冤屈者必將得直。』（註18）惟其如是，任何人，倘要仗着自己的武器所有威風而表示在爭持中之法律權利，當爲法律所不容許。換言之，法律爭端不應以拳頭解決。昔在十八世紀間，曾有主教一人，竟欲以暴動與打人爲工具，由之，他平日所懷恨的，一個登記官可被罷斥。卒之，法院於受理此案時，大不直該主教所爲；陪審團且決定之爲有罪。詎意爾士愷恩（Erskine）（註19）橫加干涉，該主教卒賴其浮詞與荒謬論調而倖免刑事罪。

因此之故，自衛的權利所有問題，不論從那一方面研究，均可以得到同樣結論，即謂：凡人果欲以極端武力而主張自己的權利，必須謹守用武時所有限制非法行動的規則。此類規則至爲重要，故本篇特加闡發。若問箇中要旨所在，我以爲其旨趣大抵側重嚴格的自衛所有需要。

（註1）關於自衛的權利所有問題參考下列典籍：

（1） Report of Criminal Code Commission, 1879, pp. 48-46 (C. 2315), Notes A and B.

(2) Stephen, *Criminal Digest* (6th ed.), art 221;

(3) 1 East, P.O. 271—294;

(4) Foster, *Discourse II* ss. 2, 3, pp. 270 271.

(註2) 參考 Stephen, *Commentaries* (8th ed.), IV pp. 53, 54.

(註3) 這個原則，據刑法起草委員會在一八七九年所報告有人稱之爲斂挪爵士 (Lord Leonards) 所倡導。由鄙見觀察，斂挪爵士的持論曾否適與此處所論者相符合，自是一個疑點。參考 *Criminal*

Code Bill Commission, Report (C. 23—45) p. 44, Note B.

(註4) 參考刑法起草委員會報告書，一一頁。

(註5) 參考 Stephen, *Commentaries* (14th ed.) Ip. 79; III p. 267; IV p. 42 46.

伏士惕 (Foster) 有言：『在合法的自衛之情景下，受損傷者爲衛護本身住所，或財產計，得以武力還攻武力，而對抗行兇作惡的個人。在此類情景中，他並非負有退卻的義務，反之，他可以緊追敵手，直至本身得以脫險爲止。倘若殺人事變竟由此惹起，本人可不負法律責任。』

伏士惕又曰：『凡遇一個兇徒圖謀劫略或暗殺，身受者儘可以武力制止武力；就是他的僕役適於是時候主人，或其他外人適在事變所起的場所，他們均得仗義以出而干涉。倘若殺傷由此惹起，仗義者得免於罪。在此際，天性與社會義務適相合作。』(參考他的 *Discourse II* Chap. III pp. 273—274)

(註6) 參考並比較下列書籍：

書後四 自衛的權利

- (1) Stephen, *Criminal Digest* (6th ed.), art. 221;
- (2) Stephen, *Commentaries*, (8th ed.), IV pp. 54—56;
- (3) I Hale, P. O. 479.

上列諸書對於某甲擊傷某辛的權利之斟酌，似未能大家一致。但以普通原理論，彼此尙互相融合。總而言之，被攻而退避是身受者所應守的一條重要規則；禁制行兇是人人應有的權利，又是人人應有的義務；捍衛住宅卽所以保護人身一節似乎受法律視爲一件重大事實；凡在斟酌某甲所有權利時，論者必須將上列規則與上方所列權利義務聯合着想，復須將上方所列規則與上方所列事實着想。是故哈勒(Hale)有言：『倘若一個竊賊在屋外或在屋內，要劫略或殺害一個善民，這個善民不應退讓，儘可以殺死竊賊。此項殺戮不是刑事罪。』(見 I Hale, P. O. 481) 關於捍衛住宅之理由，參考 East, P. O. 287。

(註7) 參考 Stephen, *Commentaries* (14th ed.) IV pp. 42—46. 比較下列書籍：

- (1) I Hale, P. O. 481, 482;
- (2) Stephen, *Criminal Digest*, art. 222;
- (3) Foster, *Discourse* II Cap. III.

不過在此地有一點必須注意，卽是這條規則（卽限令身受者在未用武以前必須退避的規則）惟須應用於極端武力的使用，依之，殺害或重傷個人成爲不可免的事實。

(註8) 原文載於 Rollés Ab. Trespass, g 8.

(註9) 參考 Blacks. Comm. IV pp. 188, 184.

(註10) 參考 Timothy v. Simpson, 1 Q. M. and R. 757.

(註11) 參考 Stephen, Commentaries (14th ed.) IV p. 309; Hawkins, P. O. Book II Cap. 12

(註12) 原文載於伏士惕 (Foster) 『法學講話』第二講論殺人罪二七一及二七二頁，比較原書在二七二與二七四頁中所論。

斯梯芬有言：『爲着拘捕叛賊兇徒，或海寇起見，又爲着囚禁上列各類惡人之已被捕而復逃出者起見，任何人倘若不幸而至於殺害此輩，可被看作無罪。至於殺人者雖出於有意，及被殺者當在逃時，初未嘗還手抗拒；此類情節均可略而不論。』(見 Stephen, Digest (6th ed.) art. 222.

(註13) 參考斯梯芬 (Stephen) 的『解詁』(第八板)第四冊，四九及五〇頁，比較原書第十四板四〇頁。

(註14) 審判員威勒士 (Willes) 爲一代名人，並爲博學多能的法吏，相傳有一次談話，其大致如下。

或問：『倘若望入我的會客室內，我看見一個竊賊，正在捲起室內掛鐘，但他本人卻不能看見我。在此際我應該怎樣對待他？』

答：『站在一個人的地位，站在一個律師的地位，又站在一個英吉利審判員的地位，我可以貢獻你幾句話如下，即是提起一桿後膛鎗裝入彈子，不動聲色地瞄準他的心頭，一發而中，而射之至死。這就是我的贈言。誠以在如此場合之下，你儘可以有權做出此事；其實我覺得這樣做法不但是你的權利而且是你的義務。』(見 Saturday Review, Nov. 11, 1893, p. 534.)

書後四 自衛的權利

(註15) 參考伏士惕的『法學講話』第二講，二七二頁。

(註16) 參考 Foster and Finlason, 91, per Crowder J.

(註17) 這宗假設的案件應有一前提，必須說明，即是：巴力門在此際未嘗通過任何法案，以授權於警務長，使之得有權以管理該處公園。這是要說，當討論本題時我立心要撇開國都警衛各法案 (the Metropolitan Act) 的效實，及警務長所有權力的範圍，略而不論。

(註18) 參考 Stephen, Commentaries (14, head.), IV p. 44.

(註19) 參考 The Bishop of Bangor's Case, 26 St. Jr. 463.

書後五 公眾集會的權利所有問題

在公眾集會的權利之中，有四個問題焉，必須商榷。這四個問題是：第一，在公眾地方中曾否有關於集會的普遍承認之權利存在？第二，所謂『非法會議』當作何解？第三，元首及其臣僕應有權利以對付非法會議，但此類權利究為何物？第四，合法會議，當被外力干涉或解散時，究有什麼權利以資對付？

將欲確切明白各問題所含義蘊，讓我先提示兩點要旨，本來這兩點要旨至屬明顯，但可惜常遭忽視。因此之故，學者對於他們所有義解與關繫必須融會貫通。

其一要旨，是：英吉利法律，對於為政治目的或任何其他目的而集會，不承認其有若何特殊權利。（註一）申言之，英格蘭的法院，對於個人所有人身的自由及言論的自由常有一定見解，而由此項見解，實以形成集會的權利。惟其如是，集會的權利並不有任何整個性的

存任。

因此之故，凡遇合法集會橫被干涉，此項事變並不能視同公衆權利的侵奪，反之，他只可作爲某甲或某乙所有個人權利已受蹂躪。於是，將欲解決此項事變所惹起的爭端，公衆集會的權利當析爲多數會員的私家所有權利。任何人，倘若曾經解散一羣民衆，不能讓他人以破壞集會起訴。然而這位過舉者卻隨時得被某甲或會中之各個私人控告以損害私家所有權利罪。（註₂）誠如是，將欲更進一步，而求出一個正當答案，即是各個私人，在會場中究有幾許權利，以抵抗外來力量對於集會的干涉，如此答案，只能依賴法律所規定，公民某甲在抵禦外侮時所應採取之方法而決定。

其二要旨，即緊隨上列要旨而產出。誠以依上文所論述，公衆集會本來不有整個性的權利，惟在會中之各個會員得以私人所有抵禦外侮的權利，而抗拒非法解散；顧箇中所有根本困難即隱伏於此地。這是要說，一個公民在法律上究竟具有幾許權利以衛護他自己的人身，或自由，或財產（或就廣義的用法，竟可統稱之爲自衛），這是十分深奧的一個問

題；而這個問題的深奧性質又起於法律的一種固定性之缺乏，即所謂「自衛」的權利所有準規至不易確定是。（註3）綜合言之，凡此種種困難實構成第二種要旨，而這種要旨與上列要旨，學者對之，必須先行澈底明白，然後關於集會權所惹起的四個問題，方可以迎刃而解。故兩種要旨均為解決上方四個問題之前提。

此為本篇文字的緒論，其主旨是在於申明集會權利的本身問題與其兩大前提之關係。學者再進而玩味下文，則雙方所有關係的切要自能灼見。

（甲）在公衆地方中曾否有普遍承認的集會權利之存在？

這個答案至是容易。英格蘭的法律從不有這樣普遍承認的權利。誠然，英吉利人們常喜以政治問題或其他問題，為集會的宗旨而開會於公園，或公衆場所（commons）或其他可以聚集的開陽地方。誠然，英國人民，不同比國人民，每有露天集會，動受特殊限制。是以一羣民衆聚集於公衆地方，不管他們要開同樂會，來同看跳繩者打翻筋斗，或要開討論會來共聽一個政治家申辨他的政策及行事，兩者在集會上所有權利，以視在大庭內或在客

廳中集會，並無絲毫差異。約言之，大凡集會，其宗旨是純正，其地方是公衆地方，其活動是正大（即不至激起善良百姓的恐慌），皆是合法的集會；合法的集會皆應受法律所保護；至於所謂公衆地方，究爲扼克士惕院（Exter Hall）或爲哈特斐勒（Hatfield）的空地，或爲柏鍊海（Blenheim）的空地，或爲倫敦市內各公園，皆可以不必措意。對於這種集會，無人能加以干涉；參加了這種集會，無人須負什麼法律責任。

雖然，英吉利法律未嘗禁止露天集會，固矣，但就大概說來，此項法律仍未嘗獎借露天集會。申言之，英吉利法律未嘗明白規定一條規則，即謂：四境之內，應隨在設有空地，俾公衆得因政治討論或娛樂而公開聚集。自然，在英格蘭國中本來不乏有特設場所，早經法令或習俗指定爲公衆集會之用。但英吉利法院，就大體說，必不因之遂對於某一地方加以這樣承認。唯其如是，千人以上之羣衆，較之一介匹夫，同立於齊一地位；兩者並不有絲毫差異。試即就一介匹夫所立地位而論，譬如，倘若某甲要作一次學術講話，或一次政治雄辯，或一個展覽會，他必須首先覓取一塊空地，或一所房間，在其中他可以依照法律而使用之，以償素

願。他必不可佔用私家所有產業，以致犯了無故闖入他人的園地罪。他又不可強霸公家所有地方，以致犯了故意搗亂罪。

由此觀之，通常所有一種謬見，以爲世間應有這種權利如所謂公衆地方的集會權利者，蓋起於許多誤會與混淆。是故在這一方面，則有一種權利，依之，人們可以相聚於法定地方，而作合法的集會，尤其是政治集會，即所謂公衆集會的權利；在那一方面，則有英國人民誤認的私人權利，依之，人人覺得凡是在公衆地方，任一個人可以召集開會；其實這兩類權利，在英格蘭中，一爲真有，一爲假有，不意邦人不但弄假成真，而且混兩者爲一事。若以他國法律觀察，這兩類權利，縱使同有實際的存在，亦是截然兩事，安能混爲一談耶？抑誤解又是在於牠是在於一種設定，即以爲路道街坊既爲人人公用之物，當不妨以之爲集會之所。其實此項設定至爲大謬不然。良以一羣民衆攢聚道上，在勢必至阻誤行人，即不免牽累其他公民所有使用該地段的權利，在法律，必至釀成了障害權利罪。誠然，大路本來屬於公衆，人人可用，但用之必須得當。申言之，行人來往可由大路；惟大路仍以通過行人爲限。（註4）因

之，法律必不許任何政客改變之爲公開討論場所，恰如，法律不容劇員改變之爲露天戲院。兩事的性質迥異；法律的用心概同。惟其如是，不論以何種目的集會，凡召集開會者，與赴會者，在此際，一齊陷入障害他人權利罪而不自覺。（註5）然則這一輩人物方自以所行事爲合法，由之，人數多少可以不管，時間長短可以不計；他們都不知此項行爲『早已侵害他人所有同樣權力，而不能並行不悖於自由來往的權利。故就我們探討所能及，此項行爲未嘗受法律名家所稱許。』（註6）抑此不但大路爲然，卽在一塊公衆場所（*a common*）（註7）他們仍不有權利以召集大會。然則法律至是分明若此，其奈衆人尙不察及何！倘若深求其故，此項謬見蓋導源於兩端：其一端起自一種意念，大概以爲法律表同情於一切政治集會；其二端起自一種默許，大概以爲凡權利曾經法律承認其存在者法律必爲之準備實地行使的方法。按實言之，此類意思至無根據。從來英吉利固未嘗特別重視政治集會的權利。政治集會的權利，自法律觀之，只等於其他權利（譬如聽樂的權利及飲食的權利），任何人都有傾聽政治雄辯的權利；任何人亦有同等權利以靜聽一部鼓吹，或啖食一個甜餅。然而

每一權利，在使用時，必須受限制於各種法律，即是闖入私家田園有禁；障害他人權利有禁；盜竊財貨亦有禁。

或者因此當不免生一反感，即以爲演講廳的存在至是重要；萬一無有，千百數善良公民將必失去極好機會，依之，他們所有政治願望幸得以表示。這種反感自是實情，但此項實情，若自律師視之，都是無可如何。試設譬明之。譬如，人人均有權以看傀儡戲；可是倘若傀儡戲竟在戲院中收費而後表演，凡貧不能出一先令者即不能飽眼福。再如，人人均有權以聽一部鼓吹；可是，倘若就近不有一塊空地，在箇中不但大衆可以使用，而且使用者復不至惹出障害權利罪，千百數良善公民在此際，只得放棄聽樂的權利。又如，人人均有權以任何儀式崇拜上帝；可是，倘若當地居民都不願讓賣地段，在其上一所監理會的寺院庶幾得以建築，則許多崇尚衛禮宗派的教徒只好不能如願以償，而徒喚奈何已耳。

(乙)通常所稱『一個非法會議』當作何解？

原來此項稱謂的指意所在並不是在於『誅意』這是要說，縱使任一會議帶有非法

的宗旨在內，法律亦不遽下判決，卽定之爲非法。譬如，有欺騙者五人相聚於一室，以作成一個行騙計劃，以撰著一篇毀傷名譽的文字，以偽造銀行鈔券，或以同謀做成一套假立誓詞，他們所有集會動機固是不正，但他們決不以此遂犯了『非法會議』的罪狀。其實，『非法會議』(unlawful assembly)幾個字，在英吉利法律中，早經成爲美術上之沿用語。這是要說，這個名詞的意義本來具有多少確定性，徒以歷代法律宗匠常自出心裁而造成定義，(註8)於是字句間遂不免有互相參差之弊。但就大致立論，此類定義的別異，與其謂成於實質，毋寧謂成於字句。唯其如是，這樣別異的存在遂具有兩點重要結果。第一，非法會議果以何種條件構成，此類定義未嘗剴切開示；因之由此項缺點所惹起的許多問題，尙待詳細討論。第二，歷代所作據以測定公衆集會的權利之規則概構成於司法判決，卽構成於法院的立法，而此項立法，一經流傳之後，仍可再由後代審判員推演，以成新例，因之，任何律師，倘要尋求所以測定某一集會是否合法的依據；不但須玩味判決案中之字句，而且須探討字裏行間之語氣。

果能這樣做工夫，任何人當不難灼見所謂『非法會議』的一個顯著性質。是故凡人相與聚集，倘若犯了破壞治安罪，或將要違犯破壞治安罪，或令他人發生這種恐慌；在如此情形之下，法律均稱之爲非法。申言之，實際的或脅迫的破壞治安，就是測定一種集會究竟是否『非法』的準規。不過更進一步而審察所有刊載於斯梯芬爵士（*Sir James Stephen*）的刑法彙考中之定義或解詁，以及刊載於刑法起草委員會的刑法草案中之敘論，我們儘可替所謂『非法會議』下一比較明確的界說。

大概言之，凡有三人或三人以上之集會，在其中會員犯了下列條件之一者，皆可被稱爲『非法會議』。試徵實說，凡會員

- （一）相與聚集，而破壞治安，否則於聚集之後，其行爲結果竟至於將治安破壞；或
- （二）相與聚集，而立心使用武力，以破壞治安；或
- （三）相與聚集，而嚮向同一目的，在此際，姑勿論此項目的爲合法或爲違法，但比隣居民只由集會方式已經惹起將來或有擾亂的恐慌；或

(四)相與聚集，而謀有所以煽惑元首的臣民，使之對於國憲及政府頓起仇視，其結果將至實行謀叛，或準備實行謀叛。(註9)

由此界說，遂惹起下方幾點要旨必須注意——

(1)凡人集會而至於擾害治安，或至於產生隣里間之恐怖心，依之，人人皆以為危亂將至；此類集會皆為非法。

因此之故，當在測定某一集會是否非法會議之際，許多複雜情形必須顧及，例如：在開會期間隣人究作何種感想；參加集會者為何種人物，與到會人數共有若干；集會景況究是何若（即曾否挾帶武器）；開會地點是空曠郊野或是人烟稠密之區。凡諸如此類之情形必須先調查清楚，然後加入統計，而決定其是非。

(2)凡屬非法會議均有同樣罪名；此項罪名初不因集會的宗旨正大而未減。

譬如，一羣民衆以請求開釋一個囚人而集合，或以觀閱一個武術家演戲而集合，雖則集會的性質是合於法律，但此類會議儘可以變成非法會議。申言之，縱使有千百人於此，本

以合法目的而聚集，但隣人或且因此誤會，於是羣以爲危亂將至。果爾，所有此類集會皆成非法，而會議的宗旨所有合法性質依然不能挽救，使之不至陷於非法的罪狀。

(3) 凡以非法的動機而集會，依上文所已論證，未必就使會議本身成爲非法。

是故會議的性質，將欲加以檢驗，只有一個標準，即『君主的和平』將至破壞與否是。分析言之，則箇中所有研究實變成兩個問題：其一，某一次集會究竟有動用非法武力的傾向否？其二，隣右曾大起恐慌，而至於憂慮非法武力的動用爲不可免否？

(4) 邇來嘗有少數法家，陳說一條新義，即謂：凡一種聚會，倘以煽惑叛亂爲事，或以鼓動某一階級以反對其他階級爲事，或以淆惑聽衆，使之藐視國憲與政府爲事，在事實上皆足使會議本身成爲非法。(註10) 他們又謂：縱使一種集會未嘗直接地發生和平將受破壞的恫嚇，但依然蓄有陰謀，以獎進一種妨害公安的舉動，這種集會仍不免成爲非法集會。

雖然，此項陳議固是新奇動聽，但我以爲不可遽信。申言之，我們對於此項陳議亟應抱着懷疑態度；非至英吉利法院確然作同樣主張，我們切不可遽逞臆說。若就平穩切實方面

着想，我們不如略變前議，即謂：凡一種集會，其所懷目的不但是兇惡異常，而且在實施時之運行所至且足以擾亂公安，就是在實際上成爲非法會議。

(5) 於此遂有兩個問題亟待將來解答。

假設有一次集會，雖則會議本身至屬安和，然而會外人終不免懷懼，於是，國內和平的擾害之恐怖心遂以惹起。這番集會遂構成非法集議否？具體地說，在政治領袖向一個政治大會演說之際，慷慨激昂之氣概充滿會場；因之，局外人或起疑懼，以爲會場散後當不難激出大擾亂。這樣會議當作如何看待？

將欲解答此問題自是不易，良以所有答案至今尙未屬定實。（註11）

更進一步，假使隣右懷懼果足以構成集會的非法性質矣，這樣懼怕心，或破壞治安的事變，必須自會中人物主使然後他們的罪名方足以成立否？此爲第二問題。

關於第二問題，我在本書上文曾勉爲解答一遍，學者可以覆閱。（註12）

就原有答案審察，箇中涵義大概可析出兩層意思。第一層意思是：假使某一次集會，以

宗旨論又以會員所有言動論，完全合於法律，則這次集會決然不是一個非法會議。縱有會外人三數輩，以其偏見動加反對，馴致公眾和平受擾；這種擾亂的可能性及或然性實於該會議無與，而該會議必不因此遂成非法。（註13）第二層意思是：設有某一次集會，其會議本身並不帶有非法性質，惟其開會宗旨，或會員所有言動，究竟帶有幾分非法；由是激起反對者公憤，遂釀成破壞和平的變故；卒之，這次集會便以此變成非法會議，此亦為未可知之數。（註14）更進一步設想，縱使會議本身，開會宗旨，以至會員所有言動，概屬完全合法，但使破壞和平的事變竟起釁於反對者之手，惟地方當道在此際更無別法可以恢復和平；誠如是地方有司或其他執事，迫不得已，只好勒令該會自行解散；萬一會員抗命，不肯散會，這個集會由此故遂以最終成為非法會議。（註15）

（丙）元首及其臣僕究竟有什麼權利以處置此類非法會議？

（1）逐一個人，凡曾經參加是會者，概犯了行為不端之過，因之，元首遂得提起公訴，使行惡者不得逃罪。

不過在如此場合之下，會中人物某甲，雖則參預此會，然而究竟有罪與否，尙待研究。申言之，逐一個人的罪名成立與否，常依事實而決定。

假設某甲雖則身臨會場，然未嘗入會爲會員；他的赴會或者只是逢場作興；他儘可以不悉會中底蘊；而且全羣會衆或者竟以合法目的而集會；况復這種際會（設如，動用武器，或猝起暴動）的遭逢，其結果雖足以促成該會議的非法化，但其開端實產出於開會之後，當是時，某甲或者竟至始終不參預此項事變。誠如是某甲不能被指爲有罪。不過在這樣際會當中，最重要的事實便是有司（譬如，中央政府的閣部部长，或地方政府的邑宰）所出文告。假使在文告中有司既明明指出某一會議確是包藏禍心而召集，當地居民卽不應赴會；假使既經讀過告示之後，一個公民依然赴會，他明明自蹈危險。萬一這次會議竟釀成非法會議，他不能再以不知底蘊爲詞，而希圖卸脫參加會議之罪狀。（註16）

（2）邑宰，警士，以至忠實公民，不但有權利以解散非法會議，而且負有義務以解散此項集會。萬一竟有必要，雖訴之武力，以圖達到解散目的，未嘗不可。是故世間嘗有一種假想，

即謂此輩人物須少安毋躁，必俟暴動發生，或俟暴動法案（the Riot Act）既經宣讀，他們纔能動手。這種假想只是大謬。（註17）正惟有了這種謬見，倫敦市常在戈登暴動（the Gordon Riot）之際，遂陷於暴民之掌握，凡數日，且無人敢攔其鋒。『生於其心，害於其政』此之謂矣。由此觀之，解散非法會議的方式及態度，與使用武力以解散此項會議的高下程度，大抵隨逐一案件所有實際情形而變異。

（3）倘若任何會議變成暴動（申言之，即是此項會議開始作擾害公安的舉動），一個邑宰在聽聞十二人或十二人以上相聚，而大呼，而大跳，而有心於擾亂和平之際，即負有義務，亟須發出緊急命令，通常稱之為『暴動法案的宣讀』（reading of the Riot Act）（註18）勒令自行解散。

宣讀後之果效是大致如下：第一，任有十二個人，倘在一小時內尚不散開，他們便犯了擾害治安罪；第二，邑宰及其僚屬在此頃使得逮捕犯人，而使用武力以衝散大會，縱有殺死或重傷，法律對之，必加以迴護。簡約說，邑宰實受命於『暴動法案』，始則將其宣讀，繼則將

其執行，倘待至一小時之後，會中人尙敢違抗，邑宰即得命令軍警，開鎗射擊，或舞劍衝殺。

(註19) 由此觀之，暴動法案所授與邑宰的制止暴動權力，較之，常法所授與邑宰及逐一公民的遏抑破壞治安權力，蓋兩不相上下。(註20)

(丁) 一個合法會議的會員，當集會橫被武力干涉或解散時，又有什麼權利以相抵抗？譬如，設有救世軍，以講解新舊約而開會，故其宗旨至爲正大；以私人借用的空地爲會場，故其開會地點亦爲合法。詎意少數個人逞其私見，輒以此項集會爲可惡，甚至指之爲非法；因之，他們必欲設法解散之，至於不恤使用武力，以求遂願。在如此情形之下，救世軍人，本因來聽講經而赴會將爲奈何？這是一個問題，用具體實例說出，亟待考慮。(註21)

原來從英吉利法律觀察，大凡解散集會的嘗試，不管成功或失敗，都足以牽動與會人物，如某甲、某乙，及某丙者所有權利。是故依上文所已提示，任何人干涉了他人的集會，他的行爲雖未嘗侵犯該會的權利，(因爲該會本身，不有整個集體的權利之故；)然而此項行爲，無論如何，究已冒犯會中之某甲、某乙及某丙。此數人者或遭推倒，或被夾榨，或遇毆打以

至其他侮辱。

於是，此際亟待解決的問題在實際上便成爲某甲，即某一集會中之參加者，究有什麼權利？此項尋問，倘若追蹤下去，可再析成兩個題目。這兩個題目，爲着得到眉目清醒起見，應仔細分開，各附詳論。

第一，某甲對於這番戮辱究應有何種補救方法以求得直？

此題的解答自是易事。某甲在此際儘有權利以提起民事或刑事訴訟（惟提起刑事訴訟時，須受制於一條保留條件）以對抗任何對方，至於對方爲何人（譬如，或是官吏，或是軍人，或是警長，或是邑宰，或是警士，或是無賴）都可以不管。不寧惟是，萬一某甲竟死於此項變故，這個仇家或這班人物皆將按據實際情形，被控以殺人罪。

雖然，上方議論爲關於某甲所有權利之提示，又爲關於攻擊某甲者所負責任之確定（其實這兩事只是一事，不過從某甲的視點觀察則爲權利，從某甲的對方的視點觀察則爲責任而已）；此項權利的行使，或此項責任的負擔，應受限制於一條保留條件，不可不知。

保留條件爲何？這就是關於軍人（警士或者亦可包括在內）在奉命行事時所發生的責任。試徵實說，譬如，以上官命令之故，軍人做了一件行爲（例如，逮捕某甲，或槍擊某甲）本來專就表面看來，此項行爲並不爲非法，惟其結果往往至於釀成非法的禍變，且不爲奉命行事者所能預料。是何以故？則以某一會議本身並不在法律專門研究上確爲非法會議故，或以該長官在發出命令時確有越權嫌疑故。

是以審判員威勒士（Villiers, J.）有言：『我希望我在將來永不被請決定這個困難問題，即所謂長官命令足爲下屬犯罪者辨護的程度問題。萬一推卻不去，我或者要鄭重揭示一旨，即是在交戰進行之際，此類命令就是極堅強保障，依之，下屬犯罪者得以辨護無礙；此旨在最低限度，至少可適用於對待敵人或外國人。就是本國臣民，依鄙見審察，亦可適用；惟當命令本身確屬違法之際，則此項變故似又須作別論。我深信全國較高明的法律宗匠概有同一主張，即謂：除卻命令本身是明白地或必然地違法外，所有軍官或軍士的行爲均得

以長官命令爲辨護。』（註22）

威勒士原爲法界泰斗，他的判決隨感，比之別人的最熟思考，亦爲較有勢力，因之倘有批評家竟敢加以鄙棄，我們只可謂之不自量。不寧惟是，這番議論，自其本身觀察，確是情至義盡。假使有人對之，竟要否認，則將來所得結果不但是無情，而且是不義。何謂無情？以此項法律問題，至精至微，即在長時間問難之後，尙足以迷瞽一個有經驗的律師；而謂一個普通軍士能決定是非於俄頃，復無舛誤乎？何謂不義？以就軍人的職務言，倘若不從上官命令，這個軍士必至遭軍事裁判所審訊而定死罪，但又以公民的地位言，倘若服從上官的亂命，他復將被尋常法院判決，而斷爲犯了殺人罪，並處絞刑。然則爲軍人者，豈不是左右爲難？

雖然，我們在此地鄭重提示一要旨，即是：審判員威勒士先生所持大義，雖則現在經得到刑法起草委員會的贊許，（註三）然而以實用言，實則只能適用於刑法上所起之責任而已。唯其如是，這個軍士或警士，倘若逮捕或侮辱了人民，而無法律根據，必然須完全擔負在民事上所起之責任。

第一，假使某甲迫不得已而使用武力以對抗敵人，在此際，他果有幾許權利以維持自

己所有參加合法會議的利益申言之，某甲本來先得地主的許可，然後前來靜聽救世軍領袖的演講，而參加一種合法會議；詎料干涉橫來，聽講遂至不成功；然則某甲究有幾許權利以維持自己所站立地位耶？

將欲取得一個正確答案，我們首先須記取關於自衛的原則，（註24）再次考慮在那幾種別異情形之下，縱然不先取有法律許可證狀，解散救世軍的會議仍屬可行。按實言之，攻擊集會，或（換一個稱謂，即為）攻擊某甲，可出於兩途：其一出於市中無賴所為；其二出於負責任的人物。後者確信自己所為係運用法律權利，或執行法律義務。此類別異情形讓我們分開討論。

第一，讓我們姑且首先假設救世軍（包括某甲在內）受所謂硬骨軍或其他狂徒攻擊。讓我們再進一步假設：這番攻擊純以衝散會場為事；倘若某甲與會中人員自行散走，他們儘可不至陷入傷身或害命的危險。

依實際情形看來，某甲與其友人似乎應該依舊站立，至多亦不過略用力量以主張自

己權利，他們當可以維持原有地位。而且某甲與救世軍人以不屈不撓自持最後還可以破壞和平之罪歸咎這一輩硬骨軍人，使之不能作惡。無奈對方愈鬧愈衆，馴至聲勢洶洶，當是時，如果救世軍人尙欲維持原有地位，自非用武不可。故自救世軍的視點觀察，在那時動用武力，純屬必要。但自法律的視點觀察，這樣武力的行使果爲合法否？必欲替某甲及其朋輩辨護，則最強有力的法律根據莫如作一種聲明，卽謂：此項行事蓋出於不得已；蓋以惟有開槍射擊，惟能將破壞和平的暴動鎮壓得住。雖然，這樣辨護，倘若綜合全體事實觀察，不能成立。誠以依照自衛的權利所有原理，凡個人必欲出於極端行動，以對抗他人的侮辱，自非經再三退讓，卒至忍無可忍而後可。抑此項原理不但適用於一個人，而且適用於多數個人；於是此項原理不但爲某甲一個人所應遵守，而且又爲某甲，某乙，某丙以至救世軍中各個會員所應遵守。況復救世軍人在此際，所極力維護者並不是他們自己的生命，卻不過是他們所有開會權利而已耶？

第二，讓我們假設：當救世軍人集合，復有外人闖入，謀有所以解散該會；惟這番解散的

主動人物不是硬骨軍人，卻是警察。警察因受了警長的命令而執行此舉；警長復因誤解內務部長的訓示，（註25）遂以救世軍人集會為非法會議，故加以禁止。

在如此情形之下，警察的行動確是錯誤。由是一個警士毆辱了某甲，某乙及某丙，並沒有法律根據。當是時，縱使有人提出一件事實，以求解釋，此項解釋亦不易成立。所謂一件事實者何？即警察原係元首的僕役，而這次舉動又不過遵行命令以迫使某甲離開會場是。

雖然，警察的地位，較之一般狂徒的地位，究有別異之處，而此項別異之處，可自兩方面看出。第一方面是事實的研究。是故當警士某辛通知某甲行開甚至強使退出時，某辛並不置某甲於傷身或致命的危險，因為某甲明明知道，倘若他肯離卻此地，他必不至再受警察騷擾，他又明明知道，倘若他甘受逮捕，他雖則暫時受囹圄之辱，以至對簿公堂，然而審判員必能秉公處理，以維持其所有權利。第二方面是從法律觀察。是故當警士某辛強使某甲退出會場之際，某辛蓋深信某甲不有權利以站在那一處所。然則某辛的行動實出於守法奉公的誠意，而由此舉所惹起之問題，遂成爲介於雙方間所爭執的法律問題。原來法律問題

只應以法律方法解決而不應以法律以外之方法解決惟其如是某甲某乙及某丙儘可利用自衛者的地位以擁護原有站立該處的權利。(註26)萬一竟受逼迫，他們仍可堅持不退，但仍不可動用武力以傷害某辛及其他警士。假設再進一步，警察依然不見諒，相逼太甚，在勢，救世軍非出於用武再不能繼續開會；於是，短棒，利劍，短銃，遂不能被用，於是大禍遂以闖出矣。平情論之，救世軍人本不應使用此項武力，因為某甲和他的友人並未遭生命的危險，徒以維持原有站立於某一地位的權利之故，他們乃不恤殺死警士以行事。夫以區區小故而至於行兇殺人，較之，某甲所身受的侮辱與所欲抵擋的事變，實屬太不相稱。(註27)因此之故，某甲的行爲絕不能以自衛權利的原理爲自己辨護。

討論至此，我們還要提示一事，即是在上方設題中警察所佔地位可謂不優越至極。其實，就執行公務着想，他們隨時可以佔居較優越地位，而不至自儕於橫逆者之列。譬如，他在救世軍未開會之先，他們儘可先奉命令，早將開會地點佔據及守望。迨至救世軍人蒞止，他們自然看見再無隙地可以集會。在如此情形之下，只有武力，而且要動用極端武力，警士們

方被斥逐。不過此項武力救世軍必不敢使用；萬一竟敢使用，他們的行事竟是等於變亂，再不能等於自衛。況且他們所爭執者還不過是一塊特殊空地的使用權利，在此際，惟有向法院起訴之一法方為正當手續。

稽之古代成案，就中以暴力抗拒非正當手續的逮捕事件，多有成案判決不過若欲引用之以解證本題（註28）所討論者此項嘗試不易成功。誠以這些成案所着意之點不是在於研究某甲究竟有無反抗的權利，卻是在於指示此項行為係有意殺人，或係無意殺人。雖然，此亦未可以一概論。申言之，最近亦有三兩成案，就其邏輯推究，頗能相助解決公衆集會中之會員所有使用武力以維持開會的權利之問題。而這三兩成案，倘能用綜合方法觀之而得到正當了解，確能為上文所有自原理方面推究得來的論調張目。試徵實例。例如，*Reg. v. Hewlett*（註29）一案嘗下判斷，即謂除非嚴格地出於自衛，縱使某辛確係惡人，某甲亦不應傷害他的身體。此為最重要的法律精義之一。再如 *Reg. v. Fursey*（註30）一案嘗對公衆集會的權利，直接地下一斷案。先是在一八八三年間，某甲參加一次大會於倫敦市，

並手持合衆國國旗一面以遊行。警士某辛遇之，驟然奪去該旗幟；於是，某甲大怒，遂刺某辛。卒之，某甲實以佐治第一代法令擋案第九册第三十一章第十二節所規定而受判決爲有罪。在該案中審判員特遺下一條精義，即謂：倘若此項集會果係合法，某辛自然不有權利以奪去某甲的旗幟；然就某甲方面着想，縱使該會的召集爲合法，某甲亦不有權利以刺殺某辛，萬一某辛果以此致死，某甲必不能逃脫無意殺人罪，甚至不能逃脫有意殺人罪。能與上列成案大致符合者便是近日 Reg. v. Harrison (註31) 一案。該案所用詞句，倘若就報章的短促記載觀察，誠不能不令人有所訾議；但倘若我們不以詞害意，案中所下斷論至爲精當不易。這個斷論的要旨是：一個兇徒決不能爲着主張自己在某一街道行走的權利之故，刺殺警士或援助警士的一個公民。這是一條良律，同時亦是一句公道話。(註32)

關於此類成案尚有兩宗，通常被人稱引，以證明法院對於使用短銃或短棒以主張法律權利一種行爲，深加贊許。此項引證殊有商榷的必要；茲請申論之於下文。

兩宗成案之一是爲 Betty v. Gillbanks (註33) 一案。這宗案件的要旨是要表明

一事，即是某一次合法集會，不能因嘗受市井無賴試加摧壞之故，便成非法會議。換一句話說，凡集會所以至於因破壞了公衆和平而變成非法者大概須由該會中人甘爲戎首；（註34）倘若破壞和平之舉造成於不願見該會開成的市井無賴，會中人不負責任。（註35）

其他成案便是 *Mr. Olenaghan v. Waters*（註36）一案。倘若細釋判決文所有字句，學者儘可稱引之以解證一條大義，即是：當警察被命執行解散合法會議之際，他們的行動不能視同被命『踐履本分內事；』因此之故，該會會員即可以不顧警察的反對，而繼續開會。究竟這條大義是否絕對正確，大有辨論餘地。但無論如何，該條大義所有指意仍不過是爲着對抗他人以擁護自己所有權利起見，少量武力無妨運用。這是要說，這宗成案絕未嘗下一種判決，即謂：凡屬合法集會，其會員即可有權利以使用充分武力而制止他人解散該會的行動。至於該成案更未嘗立心要替救世軍的用武舉動作辨護，更可以不待深論。申言之，救世軍人在上方設題所有情形之下，不惟不放棄所謂集會權利，而且還要撞破警士的腦髓；此類行動必不能取得該案中之法理的維持。再進一步研究，這樣極端武力的使用以對

抗警士固是不可就是少量温和武力的使用以對抗警士能否被贊同於本案，尚是一個疑問。誠以本案實根據上案，即 *Beatty v. Gillbanks* 一案而成立，因此之故，無人能詮釋本案的旨趣，謂爲超越上案所遺下的法則。況且本案所要測定的問題只是：『本案事由，依據上訴書所陳述，係因上訴人等（即救世軍人）以開會而受警察干涉，隨之警士受辱，終之他們的列隊遊行旋被制止；故本案所有法律問題遂集中於警察在那時所有干涉行動是否合法一問題。』換一句話說，就是救世軍人的集會是否一個合法會議。對於這個問題，在本案判決書的詞句觀察，只有一個答案可以交下。而這個唯一答案法院確能明白說出。他們以爲：參加遊行原爲合法行動，故上訴人們確能謹遵法律以行事；至於相信此舉足以惹起反應，以致他人做出違法事件一節，殊不足替干涉遊行的舉措作辨護。法院所下判決，依原案觀察，是大要如此；究竟他們曾否還要說什麼過分的話，有如論者所擬議，我不敢知。但縱使他們當真如此說出，即說出所謂任用幾許武力以對抗警察仍是合法的法律意見，我以爲此項意見尚不至與前此法院嘗用重法以懲治哈利孫（*Harrison*）之舉措發生衝突。

雖然，無人在今日敢於否認一件事實的存在，即是：盡量用武以衛護權利而所為依然合法，與使用武力以應付反對人物而至於違法，介於兩者之間不能容髮。由是大凡集會合法，而至於遭逢意外干涉，會中人究有幾許抵抗的權利，箇中誠煞費思量，而惹起許多不能即時解決的問題。將來倘有愛國志士，或市井無賴，不求瓦全，寧為玉碎，竟至不恤殺卻警士，以維持集會權利，此項行動，自法律理想方面觀察，可以算做一種法律上之實驗，其結果大足以為法學者研究之一助。不過此項實驗，因為進行程序太過鹵莽之故，縱使不受法律斷送行為者的生命，亦要受法律犧牲他的自由。（註37）

（註1） 參考本書上文第七章。

（註2） 參考下列成案：

Redford v. Birley, 1 St. Tr. (n. s.) 1017.

（註3） 參考上文書後第四篇。

（註4） 參考下列成案：

Dovaston v. Payne, 2 Hy. Bl. 527.

(註5) 參考下列兩成案

(1) Rex v. Cartlie, 6 Q. and p. 628, 636;

(2) The Tramways Case, the Times, 7th September 1885.

(註6) 參考下列成案

Ex Parte Lewis, 21. Q. B. D. 191, 197, per Curiam.

(註7) 參考下列兩成案

(1) Bailey v. Williamson, L. R. 8 Q. B. 118;

(2) De Morgan v. Metropolitan Board of Works, 5 Q. B. D. 121.

(註8) 參考下列典籍

(1) Hawkins, P. O. Book I. cap. 65, s.s. 9, 11;

(2) Blackstone, iv. p. 146;

(3) Stephen, Commentaries (14th ed.), iv. p. 174;

(4) Stephen, Crimimal Digest, art. 75;

(5) Criminal Code Bill Commission, Draft Code Sec. 84, p. 80;

(6) Rex v. Pinney, 5 Q. and p. 254;

(7) Rex v. Hunt, 1 St. Jr. (n. s.) 171;

書後五 公眾集會的權利所有問題

(α) Rodford v. Birley, *ibid.* 1071;

(β) Rex v. Morris, *ibid.* 521;

(γ) Reg. v. Vincent, 3 St. Tr. (n. s.) 1087, 1082;

(δ) Beatty v. Gillbanks, 9 Q. B. D. 308;

(ε) Reg. v. M'Naughton (Irish), 14 Cox. C. C. 576;

(ζ) O'Kelly v. Harvey (Irish) 15 Cox. C. C. 435.

(註9) 括弧〔 〕內之文字係引自 O. O'Kelly v. Harvey (Irish), 15 Cox. C. C. 435。這條定義的一部份之包含於括弧內者在英格蘭中或不能成為定論，但試一參考下列兩成案，其一為 Reg. v. Ernest Jones, 6 St. Tr. (n. s.) 783；其二為 Reg. v. Fussell, *ibid.* 728, 764。審判長威勒德 (Wilde C. J.) 在兩案中均有概括的結論，學者可按上列頁數翻閱。抑在一定情形之下，叛逆者的行為已暴露於公眾集會，其結果且將擾亂和平，當是時，該定義之括弧部份（即第四項）雖在英格蘭中亦應適用。

(註10) 參考下列八宗成案：

(1) Redford v. Birley, 1 St. Tr. (n. s.) 1071;

(2) Rex v. Hunt, *ibid.* 171;

(3) Reg. v. Morris, *ibid.* 521;

(4) Reg. v. M'Naughton (Irish), 14 Cox. O. C. 572;

(5) O'Kelly v. Harvey (Irish), 15 Cox O. C. 455;

(6) Reg. v. Burns, 16 Cox O. C. 355;

(7) Reg. v. Ernest Jones, 6 St. Tr. (n. s.) 733;

(8) Reg. v. Fussell, *ibid.* 723.

【註11】參考下列兩成案：

(1) Rex v. Hunt, 1 St. Tr. (n. s.) 171;

(2) Rex v. Dewhurst, *ibid.* 509.

審判員貝梨 (Bailey J.) 有言：『論及恐慌一層，儘有許多次集會，在其中，苟自全場空氣推究，非待到會議解散以後，此類集會可不至發生何等擾亂之憂懼，將欲聲討該會以一種罪狀，有如在上文所提示，我以為在此際，非確有暴動可猝發於散會以前的景象，不能適用此項手段。雖然，倘若你所采證據確實證明暴動在所必有，而公眾和平必隨暴動而破壞，我希望你能以便宜行事，即使用所謂「特別決定」(Special verdict) 勒令即刻解散。』參考下列兩成案：

(1) Reg. v. Ernest Jones, 6 St. Tr. (n. s.) 783;

(2) Reg. v. Fussell, *ibid.* 723.

【註12】參考本書上文第七章。

書後五 公眾集會的權利所有問題

(註13) 參考下列兩成案：

(1) Beatty v. Gillbanks, 9 Q. B. D. 508;

(2) Reg. v. Justice of Londonderry, 28 L. R. Jr. 440, pp. 461, 462. (看審判員何

母上 Holmes J. 的斷案)

(註14) 參考下列成案：

Wise v. Dunning (1902) 1 N. B. 167.

(註15) 關及此點，特別參考 Humphries v. Connor, 17 Tr. C. L. R. 1.

(註16) 參考 Rex v. Fursey, 6 Q. and p. Sl, 3 St. Tr. (n. s.) 543.

(註17) 參考下列兩案：

(1) Reg. v. Neale, 9 Q. and p. 481;

(2) Burdet v. Abbot, 4 Taunt. 401, 449.

並參考本書上文第八章。

(註18) 見 1 Geo. I stat. 2, cap. 5, §. 2.

(註19) 參考斯梯芬所著『刑法史』第一冊，二〇三頁，刑法起草委員會所擬『刑法草案』第八十八及九

十九節。

(註20) 參考下列成案：

Rex v. Fursey, 6 Q. and p. 81, 3 St. Tr. (n. s.) 648.

(註21) 爲着便利起見，我特地提出救世軍以爲合法會議示例。其實救世軍所有權利，比之任何一羣人民的集合（譬如音樂大會）所有權利，終是相等；兩者決不因集會的性質而判明權利的數量之多少。此意讀者不可不知。

(註22) 原文見於下列成案，卽是：Keighly v. Bell, 4 F. and F. 703, 790. 參考本書下文書後第

六則

(註23) 參考刑法起草委員會所擬『刑法草案』第四十九至五十三節。

(註24) 參考本書上文書後第四則。

(註25) 參考 *Bentley v. Gilbanks*, 9 Q. B. D. 328.

(註26) 就是這樣少量的武力被用以抗拒警察一節，究竟合法與否，尚是一個疑問。故審判長威勒特 (Wilde, C. J.) 有言：『任何人倘若當警察正在馳到以解散某一次集會之際，竟敢勸告衆人以並肩站立於原有地位而寸步不動，這種勸告，雖未至鼓動會衆以毆打警察爲抵抗，但顯然立意慫恿他們以消極手段爲抵制，卽成爲非法的勸告。在如此情形之下，倘遭干涉，他們不能有權以抗拒警察，他們應卽自行解散，解散之後，他們儘可提起訴訟，向法院求直……誠以這是一隊警察，其行事有法律爲之負責任，又有發令的長官爲之負責任。而發令的長官身膺重寄，以維持和平爲本分，倘遇非法集會，他必下令解散，自從下令之後，倘若尙有人故意好爲多事，這是自貽伊戚，於該長官無損……在座諸君，凡是好和平的公民，倘若當變故將來，尙並肩壁立』

書後五 公眾集會的權利所有問題

而坐視不動，他們實未免放棄本分。倘若當受警察解散，尙淹留那處，恍如充耳不聞，他們不但不履行職務，而且做成了非法會議。』(見 Reg. v. Ernest Jones, 6 St. Jr. (n. s.) 783, 811, Summing up of Wilde, C. J.)

(註27) 參考下列成案

Rex v. Fursey, 6 C. and P. 51, 3 St. Tr. (n. s.) 543.

(註28) 參考下列四宗成案：

(1) Dixon's Case, 1 East, P. O. 313;

(2) Barthwick's Case, *ibid*;

(3) Wither's Case, 1 East, P. O. 233, 309;

(4) Tooley's Case, 2 Lord Raymond, 1296.

(註29) 載於 1 F. and F. 91.

(註30) 載於 3 St. Tr. (n. s.) 543. 參考刑法起草委員會報告書，四十三及四十四頁。

(註31) 載於泰晤士報，係一八八七年十二月十九日出版。

(註32) 審判長威勒特 (Wilde, C. J.) 有言：『倘若在警察既命令散會而依然抗命之後（著者按，抑在此

項命令之前又如何）竟有了幾顆頭顱受傷，這幾顆頭顱，倘若不自量度還要帶來法院求直，讓我老實說出，必然更要遭逢厄運。任何陪審團，必不加以姑息，却必簡直斷之爲有罪，任何審判員，必不加以愛憐，却必立即

執行罰則。(見 *Keir v. Ernest Jones*, 6 St. Tr. (n. s.) 783, 781, 812, Summing up of

Wilde, O. J.)

(註33) 載於 9 Q. B. D. 805.

(註34) 此點在本篇上文我已論及，學者可以覆按。

(註35) 我在本篇上文經已提示一要點，即是 *Beatey v. Gillbanks* 一成案所主張的精義，其爲合理與否，尙屬疑問。

(註36) 載於泰晤士報，係一八八二年七月十八日出版。

(註37) 審判長威勒德在判決 *Reg. v. Ernest* 一案中所下概括結論之全文(載於 5 St. Tr. (n. s.) 783, 807-806)至值得特別注意。判決書的詞句，倘若真能正確地詮釋法律的用意，自是十分強有力。由是凡遇警察真以誠意執法而解散某一次集會，此項守法奉公的誠意，依判決書的詞旨推究，至足以使任何抗拒終歸於無權。而在事後研究，縱使該會在最終結果仍不至做成了非法會議，此項情節亦可以姑置之弗深論。

書後六 軍人在被命解散非法會議時所應守本分

昔在一八九三年九月七日，巴施隊長 (Captain Barker) 方率領一隊軍人，駐守阿克屯煤礦山場 (Ackton Colliery) 以防禦暴徒襲擊。是日果有一羣人暴動，相與持竿執棍而集合於礦場後庭，並強行要求軍隊退出。既而來者漸增，旋有人打破窗戶，復自窗外以石子擲投駐防兵士。再進一步，暴動者復欲以放火爲恫嚇，而當是時，確有人從事於拾取薪柴，旋即燒柴起火。軍士不得已乃圖退讓，但又被二千人圍困。於是，暴動法案當即依法宣讀，依之，暴徒須即於一小時以內自行解散。詎料羣衆不聽，碎石仍亂投不已。但礦場必不能棄而不顧。殊不得已，在一小時將盡之前，司令官只得發令開槍。槍聲一起，羣衆四散，但不幸有旁觀者二人被擊斃。全國聞之大震；士師布恩 (Lord Justice Bowen) 於是被命偕諸位特派員親臨其地查明肇禍原委具覆，並評議該隊軍人的行爲之得失。下文所徵引幾段文字

即從布恩爵士 (Lord Bowen) 所參加的特派委員會之報告書引出；這幾段文字可視為法家對於軍人在被命解散非法會議時所應守本分的法律觀察。

『繼此，請商榷這一個十分重要問題。即謂：軍人開槍射擊羣衆的行爲究竟是否合法。將欲得到明白答覆，我們亟須先將有關於答案的法律簡約敘述。按本國法律，人人均負有相助彈壓暴動之責任，此則毫不疑議。不過關於用武的程度問題至須斟酌。此項程度爲高爲下須視暴動的性質而別異；誠以武力原是不得已而使用，必須略帶和緩，又須順應當時所有緊急情形而達到維持和平的希望。』

『誠如是，因彈壓暴動而至於殺害人命，除非有了下文所舉三種需要之一，纔能許可。三種需要爲何？其一是在於對抗各種行兇舉動，以保護身體及財產；其二是在於解散行將闖禍的暴民集合；其三是在於壓倒不聽暴動法案的命令之羣衆，即在暴動法案既經宣告後，而仍然拒絕解散之羣衆。今觀阿克屯煤礦山場之暴動羣衆所爲，他們的行爲所生危險是在於燒燬礦山財產的企圖，又是在於打擊保護礦產的人員。所以這種行爲直是等於行』

兇罪，他們便成爲一羣搗毀他人所有財產的羣衆。當是時，大凡一切在場人物，如果酷愛和平，必須同負平亂的義務。因之，武力在此際而使用，以至有所殺害，當爲法律所原宥。

『論及軍官與軍人，他們對於上項法律原理，並不負特別義務，亦不具有特殊權利。一個軍人，當在建立或恢復秩序時，仍然是一個公民，不過帶有武器而已。倘若在非需要時，殺傷人命，他不能以軍人的身分而要求原宥。惟其如是，地方有司，當請調軍隊以資彈壓時，必須審慎。他們究竟應調遣軍隊與否，須依照同樣準規而測定。武器原爲兇器，用之足以傷殺他人，而軍人又只能以所帶武器而行動。矧在今日，槍炮的製法愈精，彈子的炸力亦愈猛，要是不被用則已，倘若被用，一個軍人少不了要有所殺害，甚而至於殺害旁觀者亦是難免。然則地方有司平時本負有維持地方治安之責，在此際所負責任尤爲重大；倘非在萬不得已時，不可輕易求助於軍隊。但一經求助，而援助的機會又是緊急萬分，軍隊中人不可置之不理；倘或置之不理，該隊軍人即不免犯了過舉罪。』

『是故軍隊在此際所有行動，自始至終，均應依據大無畏的精神與力行的原理，以遏

抑亂萌，復應以小心及機智，時時審慮所做出的舉動，是否合法。本來在事機危急之際，倘欲求出一套定則以確定行爲的方向，至是難事；但箇中有最穩妥習例一則，卽地方有司隨軍出發是。地方有司在法律上本不負有隨軍的義務，但此項隨從在此際最有重要關係。誠以軍隊或來自遠方，因之未必熟悉地方情況。一旦被調來守衛，旋卽有軍事行動，他們必須倚賴地方當道爲其耳目。雖然，假使地方當道實不能隨從，軍人依然有保衛地方之責，初不以該當道不在遽爾自甘放棄，不過該軍人在此際所有行事務須格外審慎而已。萬一竟以地方有司不在軍中爲辭，遂袖手旁觀暴徒的惡行，英吉利法律必不能爲之恕。

「至於開槍射擊一羣暴衆之舉動果應以何時起首爲合宜，此一問題，我們曾經提示，端視當時所有緊急情形而決定。這種槍擊的行動，有如此項行事，倘若欲揆之法理而適合，必須從速遏止暴動的惡化，不可怠懈，亦不可放任。假使此項需要確實存在，軍人以職責所關，當不能不放槍；惟放槍時仍不能毫不經意，必須止於適可保護生命及財產之限度。倘若邑宰從軍，則依照軍事行動的慣例所訂定，軍士必須俟邑宰下令，然後開槍。這條慣例爲審

慎計，爲明決計，自當盡量遵守。雖然，邑宰的命令在法律上並無效實。倘若邑宰發錯了命令，這種命令雖有亦等於無；這是要說，該命令必不能爲槍擊的過舉作辨護。倘若事機果是危急，使用武力果有必要，縱不有邑宰命令，軍人仍須以暴止暴。如果軍人在此際尙袖手旁觀，他不能藉口邑宰無命令而求脫罪。

上方所論列的英吉利法律大義係從常法 (common law) 得來；『暴動法案』 (the Riot Act) 未嘗干涉及之。暴動法案的效實只要鄭重申明一要旨，即謂：凡在該法案既宣讀一小時之後，倘若集會依然不自行解散，這一羣民衆即犯了行惡罪 (a felony)；罪狀既成，此項集會即可以用武力解散，雖至殺傷人命亦可不恤。今觀阿克屯煤礦山場之變，情形頗有違異處，即是：暴動法案雖經宣讀，但宣讀後未經過一小時，軍隊即已開槍。然則這種舉動必不能託庇於暴動法案也明甚，而審訊此案當不能再依據該法案以作判決亦明甚。不過事變之來既屬驟急如此，暴動法案宣讀後未及一小時的事實決不能褫奪軍人的行爲能力，與懈怠軍人所有保衛地方的本分。申言之，所有在常法所規定的公民義務與軍人

義務依然存在，於是維持和平人人與有責焉。何況軍人是故巴茄隊長與其部下的行爲，在法律上之解釋，不應依據暴動法案，惟應依據常法。究竟此項行動，對於惡行罪的防禦，果屬必要否耶？倘果爲必要，究竟他們亦常運用小心與機智，使此項行動，庶幾能避免無謂犧牲否耶？

『倘若上方兩種考慮果能滿意解說，縱使曾有人民無辜受害，此項慘變亦不能課軍人以法律上之責任。是故死者倘爲肇事領袖，則死當其罪；倘爲旁觀者流，則無辜被累，洵可謂爲无罔之災。法律對於此項慘變良不欲起死者於九泉，使之自怨自艾；誠以死者在事前或未能自覺危險而預先避開，故無可責備。然而法律對於此項用武必欲爲之解釋，庶幾此輩軍人不至受累，誠以該軍人在此際，除履行職務外，更無別路可行。』

『迄今從事後考察，我們就采證所得以估量當日所有實際需要情狀，當不難想見此輩軍人實處於極困難地位。第一他們原有軍備，在肇事前，已有半數被抽調往娜士鐵煤礦山場 (Nostell Colliery)；其留守者爲數甚僅，已不足以防禦驟起於夜間之變故。第二這一羣

民衆，在肇事前，數小數時間，已明明看見軍隊的警備，但對於此項警備仍然藐視。第三，所有調解工夫經已用盡，但依然無效。當是時，巴茄隊長誠不知來攻者數目之多少，復不知外面包圍之實際聲勢。雖以邑宰親身請求羣衆解散至於六七次，奈羣衆竟不聽從。甚至暴動法案亦既宣讀，亦不有何種果效。而且軍隊曾有一度衝鋒，事仍未息。礦場中財產已有許多受焚，羣衆仍洶湧前進，或打擊救火機，或舞棍舉棒以直取軍士。爲着防禦礦場財產盡被摧毀起見，爲着謀自身留一出路起見，巴茄隊長只得率其部下緊守格林連大門（Green Lane entrance）不開。倘若不然，羣衆在黑夜當中早已侵入山場，毫無阻礙。倘若引退一步，礦山辦事處必受焚燬殆盡；倘若堅持不退，軍士必至受傷，防禦力必至減少。攻打四至，襲擊迭承，在此際，我們以爲：巴茄隊長及其部屬更無別法，只得開槍，而哈特梨先生（Mr. Hartley）處此亦無良法應付，遂不能不請求軍隊用武。

『不過從羣衆方面着想，就中不少有從旁觀看者流；他們在如此聲情激越之下，未必能與邑宰及駐防軍士共懷抱同一見解。他們誠不能察覺此輩軍人所負責任之重與所受

危險之大。唯其如是，間有少數遂不免無辜受累，誠屬不幸！雖然，我們對於死者，無論若何哀悼，對於邑宰許久未到及軍力太過單薄以致事變愈形惡化的事實，無論如何惆悵，我們終不能一味瞎說，尙謂軍士的開槍爲非需要的舉動。我們再不能尋出何種理由，依之，我們便可以發見開槍雖是不可避免的事實，但仍然不是出於審慎與機智的行爲。誠以黑夜漫漫，安能辨誰爲暴徒與誰爲安分民衆？而況即在槍聲有三四次發出之後，其爲效或多或寡，甚至或有或無，亦在不可知之數耶？然則綜合以上各種事變觀察，假使我們所下各種結論爲不謬（我們於此實敢相信其爲不謬），此輩軍人的行爲實得法律容許。』（註一）

（註一）此爲巴力門特派委員會對於一八九二年九月七日在羽石（Featherstone）地方所發生的變故之調查報告。原文見 Report of the committee appointed to inquire into the circumstances connected with the disturbances at Featherstone on the 7th of September 1892 (O. 7284)。

書後七 「違憲」法律的義解

『違憲』(unconstitutional)一名詞，常用以形容憲法時，至少有三種不同義解；此類義解蓋隨所適用特殊憲法的性質而變異。其要旨如下——

(一)常被用以形容英吉利巴力門的法案時，這種稱謂要指明某一特殊法案（譬如，即以一八六九年所通過的哀利儲寺院法案為例）顯然違反英憲的精神。但該法案決不能因之被解作破壞了法律，或解作無效。

(二)當被用以形容法蘭西議會的法案時，這種稱謂的指意是：某一宗延長議會任期的法案顯然背違法蘭西憲法的條文。然而這一宗法案，倘依法蘭西憲法的原理推究，仍不能因此之故遂被斥為無效；誠以任何法蘭西法院未嘗有一次以違憲為藉口，而拒絕執行某一宗法案。但在法國政治習例中，每逢法國人稱用此項稱謂，大抵意含譴責。

(三) 常被用以形容合衆國國會的法案時，這種稱謂便具有特殊意義，即謂：凡法案一被指爲違憲，該法案即變成無效，因爲國會本無權以通過此案今竟得通過，是謂越權。然而『違憲』一名在此地並不蘊蓄譴責的意思，而至於斥該案爲惡法。反之，一個亞美利堅人儘可獎借一宗法案，謂爲有利於國與益於民，而視之爲良法；同時仍可指斥該法案爲違憲，爲越權，復爲無效。兩種批評，當適用於合衆國國會的同一法案時，可以並行不悖，而發言者本身決不至蒙出乎爾與反乎爾之譏誚。

書後八 瑞士聯邦主義(註1)

自皮相者流觀察，瑞士聯邦憲法似乎由抄襲合衆國憲法而成。此爲過當之論，不待深辨；惟在其中究不免有一二要旨，特別是聯邦參議院的組織，實屬刻意模倣參議院而成。雖然，除此之外，瑞士聯邦主義究竟由於自然生長，因此之故，遂形成許多特性。誠如是，瑞士聯邦主義至值得仔細研究。

立於現代瑞士的制度之後，共有三個基本理想。

第一理想是國民的直接主權，自古迄今，未嘗變改。

在瑞士國中，人民的意志，每逢依據憲法的方式而發表，自是至尊無上。此項至尊性，在四境以內，無一政客，亦無一地方，敢於爭辨，而加以非議。國中制度咸建立於民治的基礎以上，無人夢想其變革。試觀法蘭西至今尚有一羣反動派，他們有時還要覬覦非分，而傾覆民

國但瑞士決無此輩人物。在人民的社會中，無一部份敢於反抗中央政府，有如布希眉安人（Bohemians）對於奧國或如阿勒薩斯（Alsace）地方中之法蘭西種人對於德國所爲。是何以故？則以這個中央政府實爲人民所共立故。此之謂人民至尊。人民既爲至尊，故以人民全體組成的民族必須直接地行使威權。於是，人民的至尊性與民族的直接威權兩旨遂在理論上與實際上，同遭承認與尊視。而過去時代所有政府對抗人民的古老思想已成陳跡。政府中之任何部份，不論行政或立法，均被認爲人所有公務的經理；人民本已仍時時可以親身干涉立法。簡約說，所謂主權在民之旨在於現代瑞士中，恰如君權獨裁之旨。在昔日君主政體特盛時代的歐羅巴國家中，確然建立，不可搖動。更嚴格說，瑞士人民所佔居地位，較之伊理沙別君后（Queen Elizabeth）在英格蘭所佔地位，實有相稱而無不及。倘若將兩者所有威權對勘，我們當知此語非謬。試觀歷史伊理沙別在英國中所有威權，無論如何鉅大，她決不是一個暴主；但她究竟能主治全國；當代閣臣不過是她的僕役，專備驅使而已。至於立法的活動她本來未嘗直接參加；惟以否決權及其他權力尙在，她即可以控制重要

立法。這樣尊貴地位，就大體說，較之瑞士人民所佔地位，並無軒輊。惟其如是，聯邦執政與聯邦議會一向只得謹依人民的意旨行事，而不敢有所造次。加以在複決權的名義之下，瑞士人民隨時可將不慊於心的國會法案，毫不客氣地撤廢；更在創制權的名義之下，他們復隨在可以直接地立法。究竟此類制度爲得失，此時姑置勿論；但立於制度後之意思所在至可概見。國民全體原來是統治者；所有行政人員及立法人不過是人民的經紀，即不過等於君主國中之臣僕。

第二理想是：政治並非異物，只是日常事務。惟其如是，政治系統必須有條不紊，政事措施必須受命於賢能。由之賢者得以在位，能者得以在職。他們還須體察民情，以忠實地執行人民的意志。

第三理想，即末後一種理想，爲瑞士人民所獨創；吾輩外國人，生長於別異的憲法之下，最難了解。此項理想爲何？牠是一國雖有政黨的存在，但此國並不一定要採用政黨政治。

凡茲三種理想，或基本概念，實潛滋貫徹於瑞士國中之一切制度。他們不特互相繫屬，

而且浸潤於憲法全體，運行無間，固然瑞士憲法較之其他聯邦憲法，儘有許多共相。然而其相而外，尚有許多別相；而且此類別相大抵生成與支配於上文所列舉的三項基本理想。將欲明白此旨，讓我們審察瑞士國中之重要制度。

(I) 聯邦執政委員會 (the Federal Council) —— 這個機關，若在英格蘭中，是謂內閣，實以委員七人組成。此七人者皆由兩院集合而構成所謂聯邦會議的機關於第一次集會時選出。執政委員的任期為三年，聯邦會議的任期亦為三年。當全國選舉完成之日，聯邦會議即新舊更迭；當聯邦會議開會第一次，聯邦執政委員會即被改選。執政委員不必自聯邦會議的會員選出，但在實際上大概當選者以該會該會員為多。每逢當選之後，執政委員即失去議員資格，但仍可參加議場中之辨論。於是，執政委員在實際上仍與議員無異。委員會所有權力至為鉅大，誠以該會既為聯邦政府的執行機關，故照例自應具有中央政府的權能。不過此中尚有一異點，在英國人或美國人視之，必且生怪，即是，聯邦執政委員會並執行許多司法事務。唯其如是，所以常有許多『行政法』 (administrative law) 問題移

交該會議決，甚至少數問題，自英國人或美國人視之，純爲法律問題，該會亦得過問與處理。試徵實例，例如：數年以前，執政委員會實嘗判決救世軍的集會權利之爭執，並明定各邦立法能約束此項權利至於若何程度。再徵實例，例如：每逢列邦製憲或修憲，執政委員會實有權以裁可新製定或新改訂的條文；在未與裁可以前，該會必須測定此數條文究竟違背聯邦憲法的精神與否。按實言之，執政委員會簡直是聯邦政制全體的中心；介於聯邦政府與列邦政府之間所有相互關係賴之以調和；全國公共秩序賴之以維持；法律的運行於四境賴之以督促。不寧惟是，外交事宜，在瑞士現有國勢之下，最爲重要；監督外交之責又完全有賴於執政委員會。

雖則執政委員由聯邦會議選出，他們卻不受罷免於聯邦會議。是故專就此旨着想，委員會本身可謂爲獨立機關。但就別方面着想，委員會決不有如此獨立權能，恰如旁的營業機關一樣，執政委員會中之委員，不過被視同業務經理；後者固須忠實地執行雇主的命令；前者亦須誠懇地奉行聯邦會議的議決案，尤須敬恭地在最後一着奉承民族的意旨。惟聯

邦會議雖能對於執政委員會的行政，依憲法而加以裁可或否決，然而對於執行之責仍不侵奪。是故每當執政有所報告，而聯邦會議加之以一定訓示，此項訓示必且見諸實行。不過任何執政或執政委員會全體，倘若對於聯邦會議嘗有所條陳；或嘗提出法律草案，縱使條陳與草案竟遭拒絕，決不因此辭職。再進一步，縱使此項條陳或法律草案在通過於聯邦會議之後，仍被人民以複決方法而加以否決，該執政或該委員會決不隨之退位。不寧惟是，以政治慣例論，執政委員固然由聯邦會議選出，復依通例多為議員一分子，更須時時顧及議會的情意；然而此輩人物決不代表巴力門中之多數黨，有如英吉利內閣或法蘭西內閣所為。執政的任期原定三年，但被連舉者得連任；而在事實上觀察，他們確以連舉而繼續任事。以此之故，同此一人可以接連任職達於十六年以上。於是政治舞台中之角色並不驟然受迭次更換。以此之故，議會中之多數黨屬於某一政黨，而執政委員的多數卻又屬於別一政黨，如此雖奇事實，在瑞士中誠為屢見不鮮；不過立法與行政機關所有相互關係未嘗因黨籍不同而發生不便。然則這個悶葫蘆又將如何解答？自我觀之，此項解謎的祕鑰所在不應

求之於政治文範，但應求之於營業通例。原來執政委員會在實際上並不等於法蘭西或英吉利內閣，卻不過等於一種營業的董事機關；而所謂聯邦總統，依通例概由執政委員每年互推一人擔任，在事實上不過是董事會的主席而已。將欲明白此旨，讓我們試將聯邦執政委員會與一所股份公司的董事會互勘一番。董事會，倘依營業通例觀察，本不有獨立權能。誠以該會董事既由股東選出，股東即有權以控制該會的行動，甚至大反其所為亦屬常事。不過就我們所有經驗觀察，董事會究竟終能舉措自由，而不至常受掣肘。是故公司事務只求善於管理，股東決不會發願干涉，即欲干涉，亦有不能。何則？誠以他們蓋深知董事對於營業所有知識及技能，遠非股東所能企及；倘若貿然干涉，公司營業必受牽累。故為股東者自應以信任董事為得計。聯邦執政委員會所處地位正是同樣。該會固常稟承聯邦會議以行政；但這種依賴性決不是弱點所在，卻為政府強有力的源泉。誠以信任既經取得，執政委員會即不難造成一個固定機關，依之，執政委員遂可以運用政治權能，所向無礙。簡約說，該會原來不過以營業界中人物組成，實以經營國家事務為其本分。

我們討論瑞士聯邦執政委員會的組織與作用不覺言之冗長，但這樣仔細研究卻非費詞，因為該會實足以代表一種行政制度，不但異於英吉利或法蘭西內閣政制，而且異於亞美利堅總統政制。試先取之以與內閣制比較，原來該會並不直接地代表最有勢力的政黨，因之，某一政黨在議會中得勢或失勢決不影響執政的地位。所以他們常能任職長遠，不但長過任期無定的內閣閣員，而且長過任期有定的總統。雖然，就我的研究所得，執政委員會固大異於內閣，但我們仍可稱之爲巴力門執政或半巴力門執政。（註²）唯其如是，該會制度遂迥殊亞美利堅總統政制。這是要說，以直接地選出於人民之故，合衆國總統常有獨立權能，以超越國會，甚至反抗國會。顧自兩國憲政史觀察，瑞士自一八四八年以來，未嘗有一度試過立法與行政間之衝突，而在合衆國中，此項衝突竟至數見不鮮。然則瑞士的執政制度所以異於英美制度者有如是。倘若要在歷史上求取相似制度，惟有在克林威爾所頒布的憲法下之國務院或能近似。假使這一宗憲法確能依照當日反對派的主張而修改，務使巴力門得以接連選任同一國務員，則國務院所佔地位尤能酷肖執政委員會目前所佔

地位。(註³)倘若要在現制中求取相似制度，我們只好舉英國吏治制度（解¹）以為對。是故執政常能久任職守，恰如各部常務次長一般；兩者同是國家的終身僕役；他們縱未嘗參加立法，但一經建立之後，此法必須奉行；他們縱未必表同情於某一法案，但一經通過之後，該法案必須實施。其實在瑞士聯邦中，此項常任吏治制度本未嘗存在，於是，執政的舉措，與其稱之為運用閣員的威權，毋寧稱之為執行常任役吏的職務。故將執政委員會與英吉利吏治制度兩相比較，至為有益。換言之，此項比較至足以解明執政委員會所居地位。

(2) 聯邦會議——這個立法機關誠有多少模倣合衆國國會之處。顧聯邦會議中之兩院則常因許多事故而相與集合以開會。試徵實例。其一事故則為選舉聯邦執政委員會；此為上文所已論及。其二事故則為受理行政訴訟的上訴，即繼執政委員會之後而構成最終審訊機關；此項功能殊罕見於別國所有立法機關。但聯邦會議的最重要功能卻為接受執政的報告與通過法案。聯邦會議每年集會期至為短促，故所行事殆盡限於處理要務。該會議所立的法律，倘若交人民複決，可由人民以否決權推翻。議員於任期終了之後通常

續被選舉。簡言之，會議本身在世界各國所有巴力門中最爲平穩而特有秩序。

聯邦會議，以組織論，共分兩院：其一爲國民議院；其他爲列邦參議院。列邦參議院 (Council of States) 爲着便利起見，可稱之爲參議院 (the Senate)。(解 a) 代表諸鄉邦 (the cantons) 以參加聯邦政治。每一鄉邦概派出二人爲代表。國民議院 (the National Council) 恰似合衆國衆議院 (House of Representatives) 直接地代表人民。院中議員的人數常隨人口增加而變異；每一鄉邦所出議員的多寡概與本邦人口的數目成正比例。

聯邦會議，有絕異於合衆國國會者一事。在合衆國中，參議院常比衆議院爲較有勢力。在瑞士聯邦中則反是。本來依製憲者的希望，國民議院所有勢力應比列邦參議院爲較遜一籌；但此節未免令製憲者失望。誠以在憲法運行之下，國民議院極爲顯赫；列邦參議院反須退讓一步。倘若進而推求其故，自有多種。其一爲關於報酬；所有列邦參議院議員均由本邦給與薪俸，多寡不一。其二爲關於任期；每邦代表的任期各由該邦規定，而且定期極短。其三爲關於任務；原來參議院的設置所以代表列邦，在瑞士者本與在合衆國者無異，但以功

能言，瑞士參議院不及合衆國參議院遠甚。因之，政治領袖都欲棄列邦參議院而就國民議院。況且尙有一個重要原因，至足使列邦參議院失卻領袖地位，此旨實爲製憲者所不及察覺。此項原因實起於聯邦執政委員會所佔地位與所有功能以至長遠任職及所受於立法機關的寵任。古語有言：隣之厚者君之薄也；故執政委員會日隆，則參議院必日替。凡此種種皆足以使瑞士參議院，比之合衆國參議院，較爲減色。此項減色，自比較憲法學研究，至足注意。原來外國經驗，對於一國憲法，在製定時雖足以爲他山之攻錯；然而當在運行之際，假使不洽國情，則外來制度仍不得不變異遷就以適應環境；非此之謂歟？

(3) 聯邦法院 (註4) —— 聯邦法院，在初設立時，卽爲製憲人物立心用之以模倣

合衆國大理院，誠以大理院在合衆國中所具權威久爲瑞士創制者所欽羨。顧天下事理仍有出人意外者：卽爲聯邦法院，自起始以迄今日，不但迥異合衆國大理院，而且在權力上遠遜合衆國大理院。以組織論，該院共有審判員十四人，其任期爲六年，任滿之後，新任審判員由聯邦會議選出。院中設院長一人，副院長一人，其任期各爲二年，期滿由聯邦會議就審判

員中指派。以功能言，該院所有活動極爲廣大。是故關於重大刑事罪狀行惡罪狀以至叛道罪狀，聯邦法院均有管轄權；惟此項管轄權殊少運用。每逢聯邦與各個鄉邦，或一鄉邦與其他鄉邦，若有爭訟，此類訟案概由聯邦法院受理；甚至兩造之中若有聯邦或列邦之一爲一造的訟案，其管轄權亦屬諸聯邦法院。該院並有權以判決公法範圍內之爭端，而且爭端之惹起於聯邦立法者，其爲數若達三千佛郎以上，該院並得爲列邦法院的上訴機關。此外，倘有人民的權利，凡曾受聯邦憲法或列邦憲法保證者，若受侵犯，聯邦法院常有管轄權。本來此項司法機關的設立最初只欲用之以解決由公法問題所惹起的爭訟，同時並欲用之對此項爭訟作成司法判決，以資遵守；嗣後民事訴訟竟紛至沓來；此則非製憲者所及料。然而管轄權無論如何廣大與無定，聯邦法院，不似合衆國法院，能運用憲法上之無限威權。試徵實例，例如：凡關於『行政法』上之爭端，聯邦法院並無管轄權；此項管轄只屬於聯邦執政委員會，最後仍屬於聯邦會議。（註5）況復『行政爭端』（administrative controversies）一名詞挾有極廣泛的涵義，由是，該院遂被奪去最高司法機關所應具有的威權不少。列舉

言之，則有許多難題，或為營業權利，或為締訂商約權利，或為消費稅問題，或為遊獵法律問題，或為匠師執業憑照問題，或為工廠法律問題，或為銀行兌換券問題，或為度量衡統一問題，或為公立小學問題，或為衛生警察問題，或為列邦選舉的有效問題。（註6）凡此種種法律爭訟，學者於驟見之下本可以不問而知其所應屬；徒以『行政爭端』引伸義太過擴張之故，聯邦法院均不能有所干涉。加之，該院雖能宣布列邦立法為違憲，使之變為無效，然不能對於聯邦立法採取同樣手段。申言之，聯邦法院不有權以宣布聯邦立法作為無效。（註7）

聯邦法院的審判員係選任於聯邦會議，任期極短。該院係獨立機關，故對於全國司法制度，該院毫無權力統率。加之，聯邦法院不自設置執行官吏，故所下判案常無屬吏為之奉行。此類判案的執行通常須賴列邦官吏；假使列邦官吏不聽命令，執行之責只得望之聯邦執政委員會。（註8）顧在聯邦執政委員會管理下之聯邦官吏，聯邦法院對之，亦不有極徹活的指揮權力。任何國民儘可有權以控訴聯邦官吏，但所謂行政爭端，依上文所提示，隨時足以抵制法院，不使過問。倘若管轄權問題惹起，則每一訟案究應歸法院管理，或應歸執政

委員會受理此爲未決問題尙有待於研究。惟研究與判斷之責不是在於法院本身卻是在於聯邦會議。而聯邦會議的判斷又時常左袒執政委員會。綜括觀之，聯邦法院所謂權力至屬有限。（註9）惟其如是，該法院遂在威權上遜於合衆國大理院，至無足怪。

雖然，聯邦法院，在種種不優越地位之下，尙能逐年進展，至今還未有止境。此誠是一件可異事。蓋觀宗教自由一事，本來關於此事所有爭訟，以至各教會應有權利問題直至一八九三年爲止，一向待裁決於聯邦會議。顧自是年開始以後，此類訟案概撥歸聯邦法院處理。這種管轄權的轉讓，以至聯邦法院，或聯邦會議，或聯邦執政委員會，對於執行法律的關係，凡尋常英美兩國所明認爲法院的管轄權者，瑞士尙視之爲未決問題，凡此種種至足以解證一要旨，而喚起讀者注意及之。此一要旨爲何在？一方面，則有「法律主治」之大義久已確立於英格蘭，而在他方面，又有「權力分立」的原則久已切實推行於其他大陸各國；兩者卻未能完全施行於瑞士。（註10）

（4）複決權（註11）——倘若在聯邦法院的組織中，又在列邦參議院的組織中，我們

隨在可以尋出所有前此倣效合衆國的陳跡，我們對於複決權制度卻不能發覺同樣事實或傾向。這是要說，複決權在瑞士中只是一種土生制度，其發展比任何國家所有者較為根深與蒂固。然則何謂複決權？倘若刪除枝節，惟就瑞士聯邦憲法以觀察此項制度，我們可以簡約敘述之如下文，即謂：複決權是一個佈局，依之，無論任何憲法的修改條文，甚至聯邦法律之爲人民重視者，一概須交付人民投票公決；除非待到票決之後而取得多數同意，此項條文或此項法律不能發生效力。此外我們還要補說一句，即謂：憲法的修改案，除卻投票公決以多數同意票通過外，還須待列邦公決，並得到多數鄉邦（cantons）的贊同。至於發生地點，則除一個鄉邦外，複決權實以變異的方式存在於列邦，因此之故，我們雖稱之爲瑞士憲法主義的特殊彩色亦無不可。申言之，複決權直等於全國民衆的否決權。誠以瑞士人民具有複決權，恰如英吉利君主或君后具有否決權；不過後者在古代英格蘭中（譬如在伊理沙別時代）是一件事實，及今則已成爲一種理論而已。而兩者當被運用時同足以制止立法者之鹵莽從事則無二致。是故每一宗草案，非至取得元首的同意，必不能自成法案。若

以普通用語之意義言之，每逢此項同意不能取得，這宗草案便稱爲被元首否決。但依法術語的用法而敘述元首的行動，我們應說，君主把這宗草案棄置不用，一如貴族院或衆民院所爲。蓋兩院之一通過一宗草案，其他一院仍可拒絕之，不與通過，君主亦然。是故任何草案雖已通過於兩院，元首仍可拒絕之，不與同意。這樣恰是瑞士國民在投票公決一宗聯邦法案時所佔地位。倘若他們表示贊同，這宗法案就成法律；倘若他們表示不贊同，這宗法案即被否決，或較正確地言之，應謂，這宗獻議的法案不見諒於國民，不能通過，即在實際上不能成爲法律。

由此觀之，複決權一制度實具有一種否定的效力。惟其如是，所以在許多邦憲中，又在聯邦憲法的一定範圍中，製憲者常謀以創制權爲補充。（解3）何謂創制權？創制權是一種方法，由之，國民自相邀約，待至滿了一定人數，便可提出議案，交由全國人民公決；縱使立法機關曾經拒絕採用此項意見，亦可不顧。（註12）創制權在聯邦憲法之下，向未有許多嘗試機會。究竟此項制度，在任何場合中，亦能推行無礙與否，自是一個疑問。但我在此時姑置之。

勿論，且惟欲提示一旨，卽謂：創制權一制度，無論在理論上或在事實上，固不必一定要爲維持複決權而設置；其實兩種制度都不過是實在的例證，依之，凡瑞士國民所有直接立法的活動可以概見。

試將複決權一制度，參合憲法中之各種條文與瑞士聯邦主義的公有性質，作一綜合研究，我們可見兩種效果由之產出。

第一，立法機關與行政機關向來所有地位必受影響。這是要說，聯邦會議與聯邦執政委員會從此便變成瑞士人民的經紀。譬如，一個執政委員，或執政委員會全體，提出一宗議案，旋即通過於聯邦會議。但一經交付，複決，這宗法案，讓我們假設，竟被否決。於是，該會議與該委員會只得對於公衆的判決而表示屈從。但執政委員或議員亦不必因爲此事而遽然自行引咎以辭職；誠以選民雖對於某一法案加以否決，然對於主持該法案的提議人們往往仍照舊將他們選出。所以從政者雖遇主張有一次失敗，儘可以不介於懷。誠如是，他仍可以繼續主張從前所持論，縱使公然反對選民的見解，亦可以不必顧慮。第二，政黨政治必不

能充分發展而毫無限制。故凡在選民對於法律不滿意而旋即加以否決之地，縱使當時傳有政治領袖所懷政見不能與選民的大多數相投契，選民當可以不必措意。是何以故？則以人民實有權以操縱此輩政治領袖故。惟其如是，選民遂不必斤斤注意於執政委員會或聯邦會議究竟能歸某一政黨支配與否。而且這種參加立法的習慣一經取得及養成，瑞士國民遂不期然而傾向於政治的自由批評。申言之，他們對於任何法律必不盲從，必加以審問而決定其良否。至少我們可以斷定一語，即謂：瑞士人民，必不似他國人民，蔽於黨見，而輕信政黨所羅列的方案。自然，或者對於此項斷語儘可以發生異議，遂謂：這是政黨政治尙未成熟於瑞士的證據；正是因為政黨還在幼稚時期，所以尙未能成功領導國民，故複決權得以被人民行使。兩說孰是孰非，我們於此姑不置辨，但無論如何，我們總可明見一事，即是：這種特殊制度所以存在於瑞士，實與瑞士政黨不能主治的實際情狀具有密切關係。

繼此請將瑞士聯邦主義與亞美利堅聯邦主義作一種比較研究。原來瑞士聯邦主義，依上文所已提示，實私淑於亞美利堅聯邦主義。惟其如是，兩國所有歷史及制度，無論同點

或異點，均爲極有趣味的比較材料。

合衆國與瑞士爲天然的聯邦國家；除卻受治於聯邦憲法之下，兩國之中無一國能希望能有今日的發達興盛；而且時至今日，兩國又爲天然的民治國家。邦的組織，在兩國中，同先於聯邦而成立；人民愛邦之心，在兩國中，同爲極盛，且遠盛過於民族統一的感念。至於民族統一的事實只生成於必要；但一經生成之後，此項感念必將戰勝邦的權利或邦的主權之愛護心。以上所陳皆爲兩國制度相互酷肖之處；但此不獨制度爲然，即在聯邦歷史亦大致如是。是故在合衆國中，一如在瑞士中，各有離心力長期存在，而此類離心力推行所至，且於末後一着還要破壞民族統一。譬如，畜養黑奴與釋奴之爭端，史不絕書，卒之，遂釀成北美合衆國南北戰爭；而新舊宗教的衝突在瑞士中實爲屢見不一見，最後幾乎造成全國的分崩離析。又如，在合衆國與瑞士歷史中常有少數較貧，較強悍好戰，但較能團結的列邦，其行動輒足以妨礙多數較富，較文明，但較少合作的列邦之進步。爲了放奴問題未能解決，畜奴在國內劃分界誌之爭常不絕於美國；爲了新舊教未能調和意見，宗教宣傳的公有領土之

運動常繼續進行於瑞士。南方列邦脫離合衆國之舉實先遭逢於瑞士，而釀成加特力聯邦（Sonderbund）的建立；後來格蘭（Grant）將軍戰勝南方，而杜夫（Dufour）將軍亦先已克服敵黨。至於兩人的戰功均足以救民族統一於危亡，自是兩相媲美。不寧惟是，這兩次戰役，在兩個歷史上，還有許多共通性質。第一，戰事結束，從前所有啓釁的爭訟亦隨之結束，於是武力在兩國中同有鎮壓內爭之效。第二，戰場上雖有勝敗之分，戰後在待遇上乃無彼此之別，於是言歸於好之後，雙方敵手仍成爲同一民國的忠實國民。不寧惟是，兩國在今日所有興隆國運大抵造成於兩國所有制度，而兩國所有制度，倘就重要色相觀察而互相比較，實具有顯著同點不少。

同點之外，兩個聯邦政治仍有許多異點；此類異點復值得注意。合衆國爲聯邦中之最大者；瑞士卻爲其最小。在四十八邦中之各邦，除一二小邦外，以人口論，以面積論，其多過與大過瑞士聯邦全體者，不一而足。美國全國均以新造之邦構成；瑞士聯邦中之各分子卻同爲舊邦。其實就武功着想，瑞士先民以多年血戰，創業垂統，當是時，尙未有一個歐人，涉足於

美洲大陸。於是，瑞士獨立，早過北美殖民地獨立，實有百年以上。亞美利堅制度大概孕育於英吉利民族思想，而且此類思想大抵盛行於十七世紀的民權運動中之英格蘭；因之，亞美利堅社會實未嘗少受支配於封建主義。瑞士的民治卻隨在帶有歐洲大陸的封建政治之彩色；所以直至法蘭西大革命為止，瑞士社會尙有許多不平等的事實及制度存在。合衆國中之列邦一向熟習於代議制度；瑞士聯邦中之鄉邦卻生長於非代議而賢能的或平凡的政治之下，歷有年所。在如此場合之下，兩國制度縱帶有許多共相，但其中仍不免包含殊異性質；此誠爲事所至及理所當然耳。

反勘之餘，雙方所有對峙地方可以綜括語提示如下文：合衆國聯邦主義之強點所在適爲瑞士聯邦主義之弱點；合衆國聯邦主義之弱點所在適爲瑞士聯邦主義之強點。

試觀合衆國參議院及司法機關，在合衆國憲法之中，最能聳動異邦人視聽。由是，瑞士聯邦的創業人物對之十分羨慕，遂欲有所觀摩與倣效。顧兩項嘗試皆未見完全成功。在一方面，聯邦參議院並不取得合衆國參議院所有威權；在他方面，聯邦法院，雖則院中之司法

勢力日形增加，然究不能與合衆國大法院並駕齊驅。其實若外外國政論家的眼光觀瑞士司法制度，最足以惹起不滿意的反感；而就中尤以聯邦會議與聯邦執政委員會操有司法威權一着爲不能與今代司理直道的理想相和諧。

顧亞美利堅制度亦有不良者在；此類弱點，雖有心中愛慕美國制度的批評家，亦不能曲爲隱諱。試徵實例，例如總統的選舉方式，執政與兩院的關係，政黨的法外發展，以至由黨魁或黨徒所造成無謂耗費及賄賂罪惡，皆是極顯著的證據。

惟瑞士的執政制度則不然。其實，試取聯邦執政委員會，以之比較任何國家所有極善的執政制度，亦無愧色。於是，世間遂不乏有外來的政論家甚至指此制爲巴力門制與非巴力門制的結晶，故只有兩者之長，而無兩者之短。（其實，此則未免言之過當。）但無論如何，執政委員會究竟有一特殊優點，即是：雖則委任於聯邦會議，在執政委員大概連舉連任，故能久於其位，遠非內閣制的閣員或總統制的總統所能及；同時，行政機關與立法機關極能和諧一致。至於政黨組織雖則存在於瑞士，黨見有時亦以愈鬧而愈深，政黨政治卻非是必

要物。於是，由政黨政治而起的弊病絕未嘗爲害於國中。所謂「政黨的祕密會議」與「政治的機器」復不見出現於瑞士。其他，若合衆國中之總統選舉運動隨在可以惹起全國騷動，又若英格蘭國中之大選舉時時可以決定政黨的運命與政局的前途；瑞士卻了無所有，得以逍遙自在。由之，所謂分賦制度瑞士人民固未嘗夢見，而賄賂公行之弊尤爲一塵不染。

（註一）關於瑞士聯邦主義參考下列書籍：

(1) Lowell, Governments and Parties in Continental Europe, ii. Switzerland, pp. 180-336;

(2) Orelli, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft;

(3) Marguardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, iv. i. 2.

（註二）參考上文書後第三則。

（註三）參考『護國政府第二次巴力門的憲法草案』(Constitutional Bill of the First Parliament of the Protectorate) 第三十九章及賈地納 (Gardiner) 所編纂『清教徒革命時代之憲法文庫』三三六頁及三三七頁。

(註4) 參考盧兒勒 (Lowell) 原書第二冊三四頁及博列理 (Orlin) 原書三三八至四四頁。

(註5) 參考瑞士憲法第八十五條第十二款及第一百十三條。

(註6) 參考盧兒勒原書第二冊三八頁。

(註7) 參考瑞士憲法第一百十三條，及郭克斯 (Brinton Cox) 所著『司法權力與違憲立法』八六頁。

(註8) 參考亞當士 (Adams) 所著『瑞士聯邦』七四及七五頁。

(註9) 參考盧兒勒原書第二冊三〇頁。

(註10) 參考盧兒勒原書第二冊二八及二一九頁。

(註11) 參考盧兒勒原書第二冊第三章，亞當士所著『瑞士聯邦』第六章。覆決權一制度亦存在於合衆國中之列邦，不過名稱不盡相同而已。但一就合衆國憲法考之，此項制度並不見遊端於該憲法，即類似制度亦不見存在。參考 Oberholzer 所著 (Referendum in America)。

(註12) 參考盧兒勒原書第二冊二〇頁。

(解1) 按戴雪在此地提出英吉利吏治制度 (the English Civil Service System) 以比喻瑞士聯邦執政委員會制度，最爲精密。英吉利吏治之優良在今日政治學界中，久爲人所樂道。考其主要特性共有四事：其一爲無政黨臭味；其二爲專家行政；其三爲專業精神；其四爲賢能政制。凡此四種特性，瑞士執政制度均具有之。參考 H. Finer, The British Civil Service (London, 1927)。

書後八 瑞士聯邦主義

(解2) 按，參議院 (The Senate) 本為合衆國國會的上院，而聯邦參議院 (the Council of States) 乃為瑞士國會的上院。名稱雖異，實際則同，故戴雪云然。

(解8) 按，創制權 (the initiative) 在今日已久經試用於瑞士及合衆國，且與複決權 (the referendum) 並用而昭著極大成效。申言之，兩者在現代民主國家中同視為民衆直接立法的重要制度。惟在戴雪立論時，創制權實採用未久，故有此言。將欲補足此書所未及而詳考兩種制度在現代民主國家中之作用，參考 (A. Lawrence Lowell, Public Opinion and Popular Government.)

書後九 澳士特拉利安聯邦主義(註1)

奧士特拉利安政治家 (Australian statesmen) 當從事於起草平民國家的憲法案時，蓋具有雙層目的：其一要盡量假借聯邦的與民主的憲法精神於合衆國，甚至有一部份假之於瑞士；其二要盡情保留英格蘭所有單一國(註2)的與君主的憲法精神。前者被用爲骨幹，以樹基礎；後者被用爲筋絡，以資繫屬。除此之外，他們還要在一方面替平民國家本身創造介於自治殖民地與母國間之相互關係，在他方面替平民國家內之自治殖民地保留彼此對於母國向來所有相互關係。

因此之故，平民國家的憲政表現四個特性：第一是一個聯邦式的政治；第二是巴力門式的執政；第三是有果效的修正憲法之方法；第四是介於合一王國與自治殖民地間相互關係的維持。

(A) 聯邦政治

平民國家，以嚴格論，純然是一個聯邦政治。原來這一個平民國家的誕生實造端於全國人民所有一個欲望，與全國人民所有一種決心。欲望爲何？牠是民族的統一。決心爲何？牠是列邦對於平民國家的相當獨立權力。（註³）前者推行所至便要造成一個奧士特拉利安民族；後者却要在這個統一的民族之內保留各殖民地向來所有自治權利。將欲達到造成此項聯邦式的國家之鵠的，製憲者即盡心依據（但並不一味盲從）亞美利堅聯邦主義所有基本原理，以謀進行。譬如聯邦憲法在合衆國中爲四境以內之至尊法律；平民國家憲法本來亦是如此；（註⁴）徒以尙有母國與殖民地間之關係存在之故，該憲法遂不能不屈服於帝國巴力門的主權之下。又如，合衆國特於憲法中規定中央政府與邦政府所有權限；平民國家亦然。而且平民國家在規定此類權限時，復切實參照合衆國憲法中之一條原理，即是：中央或聯邦政府（行政與立法機關均包含在內）所有權力固屬極大，但必須列舉以求定實；其餘凡憲法未經賦與聯邦的權力概歸列邦所有（較正確說，應謂概歸列邦

中之巴力門所有。(註5)關於此旨，奧士特拉利亞不但同於合衆國，而且同於瑞士，惟獨與加拿大立異。不寧惟是，平民國家憲法所以劃分中央與列邦所有權限爲兩組之方法亦係採用自合衆國的經驗。是故平民國家的巴力門之設立即負有保證列邦所有權利的使命。誠以巴力門中之衆民院固然以各邦人口爲比例而定各邦所出議員的數目；但參議院仍然以邦數爲基本單位，不管面積大小與人數多寡，列邦各出同數的代表。(註6)加之，參議院一機關，依據憲法原有用意而組織，至足以造成一種極有威勢的制度。譬如，以任期論，參議員在職實較衆議員爲長；以選任方法論，參議員又較衆議員爲特別。特別之處何在？在於更番選舉。而更番選舉更足以防止參議院全體受解散。凡此種種皆所以使參議院能比衆民院爲較有永久性的機關，亦爲較有經驗的機關。以視衆議院所有任期僅爲三年，而在三年之內該院尙可以隨時被解散者，其地位高下爲何如？不甯惟是，參議員之地位尤有特殊者在。特殊之點爲何？即代表邦政府而出席是。

再就列邦與中央政府的關係觀察，列邦實能保有一定數量的立法權之獨立。譬如，維

多利安巴力門 (Victorian Parliament) 通過一宗法案，對之，聯邦執政或聯邦議會均無權以撤廢。此又為襲用合衆國憲法的一證。

更就法院的職權觀察，平民國家的憲法亦自襲用合衆國憲法得來。這是要說，諸凡法院，尤其是聯邦法院，同為憲法的監護人。是故凡遇訟案發生，法院往往被請求出而判決某一法律的憲德問題。申言之，聯邦巴力門，或維多利安巴力門，既通過一宗法案，法院得乘受理訟案之便，進而審問該法案究竟合憲與否，而決定其有效或無效，誠然，此項詮釋憲法的權力，平民國家憲法固未明白地授於澳士特拉利安法院，但合衆國憲法又何嘗以此權明白地授於亞美利堅法院耶？惟其如是在英吉利律師中，遂無一人尙能懷疑一事，即是：各級法院（最後仍歸宿於聯邦大理院）實立心要做成憲法的詮譯者，隨之，還要做成憲法的監護人。關於此旨，澳士特拉利安法院頗與瑞士法院立異。誠以後者對於聯邦法案的違憲問題無權過問，前者則有之。

由此觀之，平民國家的創制人物大概由模倣合衆國而造成一種真正聯邦政治；此則

似無多疑義。雖然，倘若更進一步研究，我們當可發見一要旨，即是：他們於追蹤合衆國外，還要參合加入自英格蘭傳來的法律思想於聯邦憲法。箇中所有義例最顯著者便是巴力門式的執政。

(B) 巴力門的執政

原來平民國家的執政制度純然是一種內閣政制；這種政制不但存在於英格蘭，而且存在於各個不列體儲自治殖民地。誠然，『內閣』(the cabinet) 一名稱概不見於平民國家憲法，不過此處正是他們能篤信謹守英吉利先例所在；因為內閣一制度雖存在英格蘭政治，顧英吉利人們常喜用其實而諱其名。是故當時制憲人物不但不提起內閣的稱謂，而且並不在憲法中明白地規定一句，即謂：聯邦執政須對於聯邦巴力門負責任。然而無論何人，倘若熟悉英吉利憲史，或洞曉列邦憲法在平民國家中之各個殖民地所有運行狀態，必不至懷疑一事，即是：聯邦執政，試就制憲人物的用意觀察，確要做成巴力門式的閣部。更就事實觀察，確已做成巴力門式的閣部。因此之故，這個閣部，雖則在名義上被委任於總督，

然在實際上直從巴力門中之多數黨得到扶助，於是，只以該多數黨的領袖人物組成。是故英吉利內閣制原有各種本性，就中尤以解散巴力門的權力為最特別，而聯邦執政確能具有此項權力。所以每逢聯邦執政與巴力門在政策上不能互相諒解，前者往往將後者解散，轉而訴諸選民以求扶助。不過在此處我們還要補足一句，即謂澳士特拉利安執政，比之英吉利閣部，較有勢力。這是要說，英吉利內閣雖能解散巴力門，但只能解散巴力門中之衆民院，而絕不能解散巴力門中之貴族院。反之，澳士特拉利安執政，在一定情形之下，竟能間接地解散參議院。誠如是，倘若學者真要研究平民國家憲法，他必不可不於此加意。按實言之，解散巴力門的權力不獨不為合衆國總統所有，而且不為瑞士聯邦執政委員會所有。即在法國，只有現行憲法授之於法蘭西總統，但仍加許多限制。因此之故，縱使法蘭西總統得到參議院許可，於是，確實知道他有權以解散衆議院，在此際，尙無一人敢於斷定一句，即謂：總統必徇內閣之請而解散議會。（註8）然則解散議會權，雖在巴力門式的執政之下，如法蘭西者，尙有許多留難若此，顧平民國家的執政竟能有之，復可以自由運用；此豈非大可異耶？

其實在此處尤有應特別注意者一點，即是：此輩制憲人物本以聯邦主義相號召，然則關於執政制度似宜做合衆國所爲而採用非巴力門式的總統政制，否，亦宜做瑞士所爲而採用半巴力門式的執政委員會政制。在前一政制中，行政首長由人民公選；在後一政制中，諸位執政委員雖由聯邦會議選出，但不受罷免於聯邦會議。今此輩制憲人物對於兩種制度，均不採用，乃惟將執政的權力概置之於內閣的掌握中者何故？或有爲之解者曰：此舉至爲不得已；誠以倘若不依此做去，則殖民地有一非巴力門式的執政或半巴力門式的執政，母國政府又有一巴力門式的執政，果爾，雙方所有關係必至發生困難，至爲不幸。但困難誠是矣，然而我敢信此項困難尙非絕對不可解決。故此項解釋似不能成立。將欲加以推究而求得真正原因，我以為只有求之於政治經驗。是故平民國家所以決然採用內閣制者，其主要原因只是因爲惟有內閣制能爲當代在母國中與殖民地中之政治家所習用。

雖然，就中有一特點，依之，我們可以概見平民國家中的執政制度還要比英格蘭所有巴力門式的執政更進一步。試觀英吉利法律，一個政治家，至少依理論上之見解觀察，雖則

不是兩院中之一院的議員，仍可以入閣爲內閣閣員；惟平民國家的憲法決不是如此。按之憲法，某一政治家，除非在三個月內，真能當選爲參議員或衆議員，他必不能繼續任職過於三個月以上。（註⁹）但在此地我們仍可謂制憲者所爲並非是創舉，且依然遵照英吉利先例；不過此項先例不出於法律而出於典則耳。誠以專就憲典考察，英吉利內閣在習慣上常以衆民院或貴族院中之議員組成，至於以非議員入閣在今日已爲事實所無有。要而言之，平民國家憲法未嘗不有違異英吉利憲法之處，但此類違異仍出於遵守英吉利憲法的誠意。這是要說，前者所着意採取乃爲後者所有現代憲法精神，而不斤斤於株守古法。譬如，平民國家憲法嘗有一項規定，即謂：凡遇巴力門中之兩院所有意見終不能一致，馴致相持不下，選民應爲之作最後公斷。而自有此項規定，政事完全停頓之弊於是可解免。故此項條文當然是一種良法。不過倘若有人因此遂歸功於制憲人物，稱之爲獨創；這是大誤。誠以此項規定雖未嘗見於英吉利憲法，但久已垂諸英吉利憲典，而且帝國巴力門遵行之，已歷年所；於是，制憲者所爲不過將英吉利政治習慣著之於法律耳。

(C) 憲法的修改

任一聯邦憲法，以需要言，必須具有硬性；平民國家憲法當然不能居於例外。不過平民國家中之自治殖民地（譬如，維多利亞）大抵各有軟性的憲法；這是要說，自治殖民地巴力門得以容易改易該地憲法，一如改易其他法律。因此之故，我們可以推知一事，即是：澳土特利安人民實在不願意拋棄軟性憲法的利益，或換一句話說，他們殊不樂意專用聯邦政策，有如合衆國所爲，務使聯邦憲法等於不能修改，或如加拿大所爲，務使修改之權一概掌握於帝國巴力門。由是，澳土特利安聯邦主義者乃以平民國家爲一聯邦國家之故，不能不採用硬性憲法，同時仍欲參合與輸入軟性於憲法之中，庶幾當地人民，對於此項立法權的運用，不至毫不與聞。（註10）

解決之法至爲精密，具見匠心獨運。

是故就全體觀察，平民國家憲法自是一部硬性憲法，因爲該憲法不能以尋常立法程序改變。

惟此項硬性終受調節於三條辦法。

第一，平民國家的巴力門，憲法特授以極大立法威權。惟其如是，遂有許多問題素爲合衆國國會所不能議及者，這個巴力門得取之爲題目以建立法律；亦有許多題目素爲加拿大屬邦議會所不能議及者，（註11）這個巴力門仍得取之爲題目以建立法律。在此處有一要點至值得注意，此一要點是：聯邦立法機關與列邦立法機關往往在同一題目，均有立法權限；但每逢聯邦法律與列邦法律衝突，倘若聯邦巴力門未嘗越權立法，聯邦法律應佔優勢。這是一種優越地位，聯邦巴力門得之益足以擴充立法權力。（註12）

第二，平民國家憲法有多數條文，僅能繼續有效，「至於聯邦巴力門別立法爲止。」因此之故，此類條文即可由巴力門依尋常立法手續將其修改，有如普通法案一般。換言之，該憲法帶有許多條文均具軟性。（註13）

第三，憲法本身復備載修正程序，（註14）並含有瑞士通行制度即所謂「複決權」者於其中（但複決權之名，未嘗見於憲法）。此項程序至爲寬大，可以敘出之如下：大凡修改

憲法的議案必須以兩院的絕對多數通過；通過之後，此項法律草案必須提交全國選民公決；倘若在多數的列邦中，各有多數的選民投票以贊成該草案，而且贊成者在全國選民中復居多數，該草案必須送交總督，以求元首的同意，當同意既經取得，該草案乃成爲巴力門法案。於是，修憲程序的原理遂可以一語約舉，卽爲：先之以巴力門可決，繼之以多數選民及多數列邦的同意，聯邦憲法卽可修改。

關於此旨尙有一個要點，必須注意，卽是：凡一宗修憲草案，在某種情形之下，僅能以絕對多數通過於巴力門中之一院，其他一院或以絕對多數打消之，或不能以絕對多數通過之；誠如是，此項草案必須提交選民公決；倘若該草案竟能依上列程序受選民與列邦贊同復取得元首同意，該草案卽成爲巴力門的法案。

除此之外，尙有少數變革，譬如，變革任一邦在聯邦巴力門中之任一院所有比例代表人數，必須該邦選民以多數投票，復以多數可決，方能有效。（註15）

將來此類新憲制度究竟收效如何，此則無人敢於逆觀與預斷；但一國政論家儘可以

懷抱一種無窮希望，即謂：澳士特拉利安政治家殆可以成功創造一種憲政，在其中硬性與軟性憲法的長處，庶幾能並採兼收，因之，平民國家憲法固不能造次受變革，但每逢全國人民的多數要求有所變革，則修改之事亦非是絕對困難而等於不能實行。

(D) 平民國家與合一王國所有相互維繫

在制定憲法之際，常有兩種力量至足以感應當代創制人物：其一為澳士特拉利安民族的生長感念；其二為竭力擁戴母國的忠心。自有聯邦政治的設立，在其中一般民衆取得極大自治權利，同時復不至妨害殖民地與母國所有密切關係，於是前一感念得以滿足。至於所以滿足後一要求之法，制憲者在一方面安置平民國家自身於自治殖民地之列，在另一方面極力保留列邦向來與母國所有繫屬；只求其不至妨害聯邦政府的生存便足。這兩種舉動至足注意。

平民國家本身，對於元首與帝國巴力門，並非他物，即始終仍為一處龐大的自治殖民地。於是，總督(Governor General)一職仍被任命於元首，實即被委任於英吉利閣部，而此

項職守，在聯邦政府未成立以前，亦已存在，實即爲維多利亞的巡撫 (the Governor of Victoria) 所擔任。凡一草案，在通過於平民國家的巴力門之後，若爲尋常法律，須即送總督轉求元首的同意，若爲牽動憲法的法律，則必須先提交選民投票可決，然後咨送總督辦理。這是要說，任何草案，非候得到元首批准，不能成爲法案。(註16) 而且元首在此際固有權以否決任一宗法案，恰如前時以至現在對於維多利亞的巴力門所爲。不寧惟是，帝國巴力門仍保有一種權力以替澳士特拉利亞立法，甚至修改平民國家憲法；不過此項權利，除非當地人民實在願意，殊少運用而已。又在司法方面，聯邦大理院所下判決，倘有不服，上訴者可以英吉利樞密院爲上訴機關；縱使此類爭端爲有關於平民國家憲法的問題，其上訴權本已受諸多限制，但此類制限條件的本身在許多地方中仍可以有多少變動，於是上訴人仍得進行上訴如故。(註17) 由此觀之，自平民國家本身立論，合一王國初不因平民國家既成立，遂與澳洲各個殖民地斷絕統屬關係，因之，帝國巴力門的主權並不受損害。

更就平民國家中之列邦立論，每邦對於合一王國，仍維持從前逐一自治殖民地（譬

如，維多利亞）所有維繫。任何草案，在通過於維多利亞的巴力門之後，必須請求元首與以同意，方可以成爲法案。至於平民國家的聯邦政府決無權以否決此類草案。又在司法方面，維多利亞自治殖民地的人民對於當地法院的判決，仍保有上訴於英吉利樞密院的權利，一如在澳士特拉利安平民國家法案（the Australian Commonwealth Act）未通過以前所有。不過箇中權利在此時實有一例外，不可不知。例外爲何？即上訴機關可爲英吉利樞密院又可爲聯邦高等法院是。誠以「平民國家憲法明白給與自各邦法院而上訴於聯邦高等法院的權利，但仍不撤廢人民向來所有自殖民地法院上訴於樞密院的權利，因之，此項權利並未受損害。」（註18）

將欲明白澳士特拉利安聯邦主義所有稀奇性質，莫如取平民國家憲法，以與加拿大屬邦憲法互相比較。（註19）

屬邦與平民國家自其對於母國所有關係觀察，究竟孰爲較多或較少受治於帝國巴力門？此一問題的解答須依視察點而別異。是故自某一視察點立論，屬邦比平民國家爲較

多受治，因為前者所有憲法之大部份只能以帝國巴力門的法案而修正（註20）而後者所有憲法却可由當地人民自動修改。不過此項區別，驟聞之，似乎令人覺得十分重要，細察之，並無重大關係。誠以某一項修正案，倘若果為屬邦內之多數行省與多選民所願望，帝國巴力門自然為之着急通過，於是其結果應與平民國家的人民自具有修憲權者相等。更自別一視察點立論，屬邦比平民國家為較少受治，因為前者所有行省，對於帝國巴力門，甚少直接地發生關係，而後者所有列邦，對於帝國巴力門，極多有直接地發生關係的機會。

討論至此，我們遂觸及介於屬邦與平民國家間之重大區別一點。此點為何？即聯邦政府與列邦，或行省，政府之相互關係是。試自屬邦憲法觀察，大凡該憲法所未嘗給與行省的權力概為屬邦所有；復自平民國家憲法觀察，平民國家僅能具有憲法所賦與的權力，其餘則盡歸之平民國家內之列邦。

不寧惟是，屬邦政府，對於各行省立法機關的立法，以至各行省的行政，常能運用極大量的監察權。試徵實言之。第一，屬邦政府在許多地方能將各省議會所立之法加以否決。第

二、屬邦政府有權以委任各省法院之審判員。第三及末後，屬邦政府還能任免任一行省的巡撫副使；於是，巡撫副使並不是帝國官吏，亦不是行省官吏，而為屬邦官吏。凡此種種皆為平民國家憲法所無有。

(註1) 關於澳士特拉利安聯邦主義參考下列典籍：

(1) The Commonwealth of Australian Act (澳士特拉利亞的平民國家法案) 載於維多利亞代檔案第六十三及六十四冊，第十二章；

(2) Quick and Garran 所著，『澳士特拉利安平民國家的憲法註疏』(The Annotated Constitution of the Commonwealth of Australia)；

(3) Moore 所著，『澳士特拉利亞的平民國家』

(4) Bryce 所著『歷史及法學的研究』第一冊，第八論文。

(註2) 參考本書上文第三章。

(註3) 參考本書上文第三章。

(註4) 參考平民國家憲法第五十一及一百零八節。

(註5) 同上，憲法第一百零六及一百零七節。

(註6) 同上，憲法第七節。但以過去八年所有經驗觀察，參議院對於所謂列邦權利的維持，頗具有嫉視態度。此項態度，參議院較衆議院尤爲顯著。

(註7) 同上，憲法第七節。

(註8) 參考 (Esmelin) 所著『憲法』自五五五至五六三頁。

(註9) 參考平民國家憲法第六十四節。

(註10) 同上，憲法第五十七節。

(註11) 比較下列憲法：

(1) 平民國家憲法，第五十一至五十二節；

(2) 合衆國憲法，第一條中之第一及第八節，

(3) 不列體儲北亞美利加法案（一八六七年通過，載於維多利亞代檔案第三十及三十一冊第三章）

第九十一至九十二節。

(註12) 參考平民國家憲法，第一百零九節。

(註13) 同上，憲法第五十二節第三十六款，比較同憲法第三節，第二十九節及第三十一節。

(註14) 同上，憲法第一百二十八節。

(註15) 同上，憲法第二十八節。

(註16) 同上，憲法第一節第五十八節第五十九節及第一百二十八節。

(註17) 同上，憲法第七十一、第七十三及第七十四節。

(註18) 參考 Quick and Garran 所著，『憲法註疏』七三八頁。

惟其如是，大凡列邦各級法院所下判決，倘有不服，可以上訴於該邦大理院，倘仍不服，可以依照此旨而上訴於英吉利樞密院；其各該法院所有管轄權，則又已明白規定於從前所建立各級法院的法案，而且任何該案的上訴於樞密院，照例必須先取得該院的許可。這是一條重要上訴於樞密院的規則，當適用於任何管轄權（本邦的或聯邦的）之曾經賦與列邦各級法院（譯者按，此指各該邦大理院以下之各級法院）者之運用方式。不過我們還要補說一句，聯邦各級法院對於聯邦司法的管轄權並不完全具有，試設例明之，則有關於此邦與彼邦事務的訟案，又有關於本邦與聯邦事務的訟案，凡此類訟案非該各級法院所能過問。

凡訟案不上訴於英吉利樞密院，而惟上訴於平民國家的聯邦高等法院；兩種辦法之一，實為平民國家憲法所許可。在此際，凡有關於本邦或聯邦事務的訟案，其管轄權及其上訴程序一一須遵照平民國家的巴力門在一九〇三年通過的司法制度法案所規定。上訴者究將何往，他可以有權作主，而自行決定。凡遇上訴人因不服各邦法院的判決之故，進而陳請聯邦高等法院出而決定，究竟某一宗特殊訟案曾否受了平民國家憲法第七十四節的條文規定所限制，各邦法院無法可以阻止其進行。又凡遇有各種爭端，假使不惹起於聯邦的，各邦的，或諸邦的憲法權力所受限制之問題，又使不惹起於兩邦或兩邦以上所有憲法權力的制限問題，高等法院對之，自不能依據一定憲法條文以作斷案，於是，此類斷案，萬一竟有互相矛盾之處，即亦無法可以避免。而且高等法院對於樞密院的判決，並不須一定接受，而視同上級機關的判決。不過關於此旨，尚有

一例外，卽是倘若這種判決不是因爲要推翻各邦大理院的原有斷案而交下，却是因爲要推翻高等法院本身的原有斷案而交下，高等法院在此際必須尊視樞密院的判決。

(註19) 參考門祿 (Munro) 所著，「加拿大的憲法」。

(註20) 雖然，屬邦巴力門，以至列省立法機關，各受權於一八六七年不列體諸北亞美利加法案，在極狹範圍以內，得修改屬邦或各省憲法（見門祿原書二二九頁）。參考一八六七年北亞美利加法案，第二十五，第四十一，第四十五，第七十八，第八十三及第八十四節。

書後十 戒嚴法在外戰或內亂時期之問題 (註一)

本篇所要考慮的問題先有一種假設的事實，其原委可以簡約敍出如下：在英格蘭的邊外適遇有敵軍正在侵入，或在境內適遇有叛徒正在用武力以抗拒元首的行政威權，於是爲着應付外患或內憂起見，元首或其臣僕，或其忠實國民，做出了這種或那種行爲；此類行爲，倘若專就平時的法律眼光觀察，不免違犯法律，倘若以變時應遷就事實的眼光觀察，究竟可受原宥與否，尙待研究。因之，法律問題遂以惹起，這個法律問題是：處如此事變之下，此類行爲，究竟將以何種原理爲依據，或以何種限制爲範圍，而取得法律的原宥？這個問題，正是我們在本篇書後中所要研究及解決的主要問題。

在未着手考慮這個問題以前，尙有兩項前提，我們必須記取。

第一前提便是：本篇書後並不要把所有包括於所謂『戒嚴法』(martial law)

的一個游移無定的名詞中之幾個問題，逐一加以答覆。譬如，試舉實例以示證：其一爲關於『軍法』(military law) (申言之，即陸軍法案及戰時治軍條例)的條例；其二爲關於約束統帥與軍人當正在外國境內作戰或正在防禦外敵侵擊之際，所有行動的一切規則；其三爲關於英格蘭的境外之交涉，或關於英格蘭本身以外之國法 (例如，蘇格蘭或者西 Jersey 的法律)。凡此種種法律，本篇均將不引用，而由此類法律所惹起的问题，本篇亦不論及。

第二前提便是在研究本篇書後的主題時，我們，必須常時記取英吉利法律的一個基本原理，即是任何不列體儲臣民，當在英格蘭四境以內，隨時都具有他的常法權利 (common law rights)，特別是他的人身自由權利；除非等到一種確實證據，能證明他在那時正當於特殊情形之下，確被某一宗巴力門的法案或被大家共信的一條法律原理，褫奪此類權利，他所有權利必須常時設定其存在。這種設定就是那個『法律主治』(that rule of law) (註²) 的主要成分，而法律主治又是英吉利制度的主要特徵。因此之故，倘有人

要宜稱戰事存在，由之，英吉利人們所有常法權利，應一概被褫奪（即將戒嚴法頒布，或將軍官放置於尋常法院的管轄權以外），這個人必須負責尋出此項議論的法律根據之義務。

本篇所要研究及解決的題目可分三層考慮：第一層爲戒嚴法的性質；第二層爲由研究此項性質有所得後之推論；第三層爲相異於本篇所有推論的別種法律見解。

(A) 戒嚴法的性質

『戒嚴法』(martial law)的意義在於本篇書後中，係用之以指明元首及其僕役（換言之，即是政府）的權力，權利或義務，依之，政府爲着達到維持公共秩序（在法律上之用語則爲君主的和平）之目的起見，雖至犧牲若干數量的生命及財產，亦所不恤。因此之故，戒嚴法的存在大抵爲內亂或外敵發生之時，與內亂或外敵發生之地，在當時，又在當地，君主的和平再不能以尋常方法保持，戒嚴法遂應需要的運會而生成。（註⁵）此項政府的行動有時被稱述爲元首的特權；其實這種稱謂尙未爲十分正確。誠以維持公共秩序，全

國之中，人人有責。所以凡在外患憑凌或內憂驟起之時與地，敵人或叛徒正在謀以武力反抗法律，於是，任何忠實國民均應投袂奮起以恢復及維持君主的和平，甚至使用幾何武力都可不計。這是一種權力或權利爲國內人民所應有，又是一種義務，爲國內人民所應負。此實爲事理的自然，並無人爲作用於其間。所以生在今世，人們對於元首的特權所受限制，或不免言人人殊，但對於忠實公民用武力以抵抗敵軍侵入一節，無人敢否認其爲（註4）人民的本務。而且此項行爲，若在他處雖成爲侵害民事的行爲，而在此處，無人敢斷之爲不合法。（註5）

『每逢敵人來攻，及於海岸，任何人可以奔至我的土地之與該處相毗連者，掘戰壕，築城堡，以捍衛社稷。誠以社稷本爲公有，人人皆賴之以得庇護。因此之故，愛德華第四代檔案第八冊第二十三章有謂：依常法的規則所昭垂，人人得趨赴此間及使用我的土地，以拱衛社稷。在如危急情形之下，他們甚至得向地中掘取沙礫以建築寨堡，而從事於堵禦工作，因爲國家本是人民所公有，而且人人都得享受其保護。……故在此一訟案，古代有一條規則

十分適用；這條規則是：君主與民國，爲了正當防衛可以佔用我的財產。』（註6）

同理，被告的律師，在『船稅的成案』（The Case of Ship Money）中亦以此旨替被告辨護。其言如下：

『諸位爵主，（譯者按，此爲律師對審判員的稱謂）在如此危急時期，我以爲不但君王陛下，就是任一平民，只求爲其力之所能及，必然攫奪四境內任何人所有財貨，以紓國難，甚至焚燬他家的積穀以斷敵糧的補充，而且還要做出了許多破壞行動；至於所謂財產權此時姑且不計，但圖有所以拯救國家於危亡。』（註7）

就上文所已徵引自法律宗匠的言論觀察，我們當可洞見言者所有詞旨只及於財產權的干涉，而未嘗及於人身自由權的干涉。而介於兩種干涉行爲間究有輕重的區別，自無待論。不過就上文詞旨引伸，而作推論，我們實敢於作一斷語，即謂：每當敵軍侵入，一個統帥及其部屬，爲着奉行元首的威權起見，得以做成許多行事，此類行事若在平時必爲犯法，而害及人身自由；甚至爲着應付緊急的需要起見，他們還可以致不列體儲臣民於死地，亦不

爲過舉。在如此場合之下，有一要點，我們必須緊記在心頭，即是這樣運用戒嚴法的權力，惟有美國法院通用的稱謂「交戰權力」(war power)爲能相稱。依此術語的涵義，交戰時所使用的權力造端於某一種場合下之需要，亦受限制於某一種場合下之需要。(註8)

坎別勒爵士(Sir J. Campbell)及魯勒弗爵士(Sir R. M. Relfe)嘗謂：「戒嚴法的運行只是普通法律的停止；牠的運行倘真爲時勢的迫切要求，即受法律容許。」(註9)此語最爲中的，且可稱之爲要言不煩。是故在一方面，此語能道破戒嚴法所以能存在之緣由；在別方面，牠又能翹示此法在使用時之制限。將欲闡明此旨，試一再觀麥堅多儲爵士(Sir James Mackintosh)的議論。茲引之於下方：——

『英格蘭的法律所以能容許世間所謂「戒嚴法」的出現，只根據惟一原理；這一原理就是需要。試問戒嚴法何自起？我必曰：起於需要。又問戒嚴法由何事爲之維持，使得以繼續存在？我亦必曰：由於需要。倘若需要既消滅，戒嚴法還要多留戀一分鐘時候，這就變成無法妄動。惟當外敵正在壓境內賊正在猖獗之際，尋常法院至於不能行使職權，或至於不能執

行司法判決，在勢遂不得不尋出一個粗拙代用物，而至於使用陸軍，因為軍力在此際就是殘留於社會中之惟一制裁力量。正惟法律既以武力猖狂而自甘緘默，軍事領袖必須盡情懲治一般害人自害的罪惡，不稍瞻徇。但此類行動，無論如何，不應超過需要的時間。」（註10）

戒嚴法的存在既作如此解釋，常法所責難於逐一忠實公民的本分，又有如此嚴重規定，一般人民，尤其是奉命禦敵的軍官，遂取得極大威權。首先他對於武裝軍士加以控制，他們一概受治於軍法；（註11）其次，他對於一般民衆亦加以同樣控制；民衆雖則不是軍人，然仍須受治於軍法。不寧惟是，元首及其臣僕本來有權以徵調逐一國民以捍衛社稷而抵抗外敵侵逼，（註12）於是受治於戒嚴法的人物，其人數必且有加無已。加之，任一統將，倘自上文引用語考察，常有權以佔用任何土地或財產而用兵，而建築防禦工事。又在需要時候，他復可以對於不協助本國軍隊的人民及內奸，加以重罰，甚至處以死刑。其實任何軍事行動，倘若必要見諸實行，一個統將極難始終不侵犯法律絲毫。此不獨一個統將爲然，就是一個平民，奉了下級軍官、邑宰、或其他別個平民之命以行事，而求其絲毫不至違犯法律，亦屬難

事。於是，迫切需要不但足以逼出這種行動，而且足以庇護這種行動。此外，許多法學著作家還要加入一種考慮，即謂：方今電報來往敏捷，現代戰爭狀況爲之大變；於是，一件行爲方在倫敦做出，往往足以牽動發生於北虎姆別蘭（Northumberland）間之戰務；因之需要在境域上之擴張度遂以大增；惟其如是，戰務雖則進行於北方英格蘭，而干涉人身自由的行動，或不能不波及倫敦或白理士涂（Bristol）的居民亦未可定。由此綜觀，我們可見戒嚴法的使用必有待於需要，而需要的存在又必有賴於逐一事變所有實際情形。

雖然，惟有需要爲能使戒嚴法出現於外戰與內亂時期，而至於暫時停止英吉利國民的尋常權利，這是一件事實，至足以昭示限制；申言之，這件事實仍足以約束元首及其臣僕的運用法外制裁力量。本來依上文研究所及，外敵侵入或內亂發生於北方英格蘭固然能影響全國，遂不得不容許法外行動的存在於英格蘭四境以內，但我們須知此項因果並非隨緣而至。查觀歷史第一當僞主（the Pretender）率軍侵入英格蘭，迭獲勝利，遂長驅直入打擺（Derby），然而居於倫敦市的國民並不因此遂被褫奪常法權利。當是時，必無一人

敢於獻議，即謂：一個英吉利人既已被軍事裁判所訊明有叛逆罪於太班(Tyburn)，即應就地正法，不再延宕。第二、當一七四五年之役，內亂方殷，然而任一英吉利人，縱使已經被人告發為有叛逆罪，決不至受遞解於戰場所在地方，使之受軍事裁判所審訊，旋受刑戮。(註13)萬一竟有此事，無人能替當局辨護，謂其行動尙不至於違法。常是時，假使辨者竟欲肆其巧辨，即謂：雖則叛徒應受審訊於尋常法院，並應依據尋常審判程序以置之於法，然而「治亂國用重典」，故依迅速與爽快辦法以殺人，實所以遏制亂事之蔓延。此說雖能動聽，然必不能見諸實行；即能見諸實行，此類刑罰必不能成為合法。雖然，違法之舉固不限於刑罰而已；即有輕於刑罰的舉動，或為逮捕，或為監禁，倘不依尋常程序行之，亦為不當。本來政府當局，倘能動輒以嫌疑罪狀，對於個人加以逮捕或監禁，自是快人快事，然而依法律的眼光觀察，此類逮捕與監禁，除卻出於需要外，必不受法律許可。(註14)綜括以觀，倘有論者聲言這種由法律的敬畏心而加於元首及其僕役的制限未免是太過不便，而且流毒無窮。此項批評至含有真理在內，我們可以承認。雖然，猶有解說。第一、我們須知大凡國民的尋常權利之維

持，在英格蘭中自是最重大而又寶貴，英吉利人民將抵死不肯放棄。第二，我們須知每當國家有難，爲着受了需要或受政治便利之驅使，違法行爲竟至發生，至非得已；在此際，犯法者不管是一個統帥，或是元首的一個臣僕，倘若所有行事出於誠意，又出於赤心衛護公眾利益，總可以希望將來得受庇護於赦免法案。

討論至此，我們可以提出一個有類似性的法理理論，以資解證。是故在一方面，爲着自衛起見，一個私人得有權以使用武力，雖至於殺人亦可不顧；而在他方面，爲着捍衛社稷起見，一個軍官，或任一忠實國民，亦得有權以使用法外威權，雖至於犯法仍可不計。此兩類行動的辨護皆歸宿於需要。一個私人，倘遇橫逆驟加，儘可使用任何大的力量，以避免身受重傷或死亡；（註15）但使他竟然殺死一市井無賴，他必須能自行以事實證明此舉祇出於自衛的需要。同理，一個將官在戒嚴法之下而行動，至於監禁或殺死一個不列體儲臣民於英格蘭，他必須受罰；倘若要取得免罰，他必須尋出需要的證據。此項類似性自然不是十分完全，但仍比較研究的絕好材料，足供參考。

讓我們再補入一個綜括觀察，即謂：這條需要的大義，不但能昭示在戒嚴法下之行動以明白制限，而且可以適用於決定邑宰、警士、或忠實國民在奉命解散一種集會或遏抑一種暴動時所有義務與權利。誠然，一個將官爲着抵禦敵人侵入而使用武力的威權，其權力高下程度及其地域廣狹範圍，常比邑宰、警士、或忠實國民在上列場合之下而行動時，所有程度及範圍，判然成爲兩事。不過雙方所使用的威權實具有同樣目的，復來自同一淵源。此項威權在被使用時，概以維持君主的和平爲事，且惟有需要一原理爲能容許其運行。惟其如是，所以每逢你要測定戒嚴法所受制限，你必須研究君主對平尼一案（*the case of R. v. Pinney*）（註16）在該案中，審判員並不要考究一個將官在統率士卒時應有什麼權力與威權，卻要仔細審問白理士涂邑宰在抑制暴動時所有義務。

抑此豈惟君主對平尼一案爲然而已，即任何成案亦是如此。是故在任一成案中，凡有關於使用武力以維持君主的和平之法律權利與義務，箇中常露有兩個普遍特徵。第一，凡將官或邑宰，爲了保持公衆秩序，而至於跨越尋常法律，這是一種相對的法律權利及義務。

第二、此項權利或義務只能賴時勢的迫切需要而存在；每遇需要一滅，此項權利或義務隨即消失。更徵實說，戒嚴法只能當在交戰時而存在；邑宰使用武力以制止暴動的權利應隨秩序恢復而消失，猶之，他應使用武力以制止暴動的義務，應隨暴動開始而發生。由此觀之，在英格蘭四境以內，如有使用非常權力（或謂法外權力）之事出現，惟有需要一大義爲能庇護此項行動。申言之，只有維持或恢復君主的和平之需要，能成爲此項權力的運用之法律根據。

（B）斷論

從上文研究戒嚴法的性質所得，（註17）我們可以綜結之，而作成四個斷論。

第一、戒嚴法不能存在於和平時期。

這句言陳涵義昭著，復經一般法律宗匠承認。（註18）

不過在此處尙有一標準問題必須解決；申言之，究竟和平時期在於一定和平地方（譬如倫敦）當以什麼標準測定其存在。

將欲答覆此問題，我們須知此項標準並非一望而知；反之，這是一種事實，尙有待於法院的測定。法院在測定此項事實時，常遭遇許多困難，並與測定別種事實的困難，毫無異趣。

(註19)

求之古代論主，則有許多法學大師，以爲戰爭狀態絕未嘗存在；至少當尋常法院開庭之時，與在尋常法院開庭之地，和平狀態即可視爲保存。就事實論之，這條規則似乎不能確立而視同法律原理；誠以事實告訴我們，雖在戒嚴法施行之地，亦有一二尋常法院照常處理公務，但我們絕對不能因此遂謂該地無戰事。(註20) 雖然，該條古例固不能被接受爲確定規則，但亦不妨視同一條精到法理。當在某一時期，與在某一地方，尋常法院果能開庭，又能完全地與自由地運用其權力，我們當可假定和平狀態的存在。和平既能存在，戒嚴法即不應施行。

故曰：『倘若丁內亂或外戰之秋，法院果真關閉，馴致依法律以處理刑罰竟成不可能之事；誠如是，軍事行動已正在進行，戰爭狀態已正在完成，當是時，總應有一代用民政的威

權之物，以維持公衆秩序。這種代用物就是戒嚴法，因為除軍權外，當時再無別種權力遺留。於是，戒嚴法遂得運行，直至尋常法律能恢復原位爲止。顧需要既能造出戒嚴法，即能限制戒嚴法的運命。誠以在法院既恢復原位之後，倘若軍政仍能繼續主治，是謂權力的篡奪，所以在法院能開庭問事之地，在其中法院又能完全行使職權毫無窒礙，軍治即不能存在。申言之，軍治的存在必須爲實在戰爭之地。』（註21）

第二、戒嚴法的存在不必盡由於戒嚴法的頒布。

除非經過巴力門以法案規定，戒嚴法的頒布並不能增加政府固有的權力或權利，依之，政府得使用武力以遏制亂萌或抵抗外敵。申言之，此項權力或權利爲政府所固有，戒嚴法頒布與否未嘗有所增損。至於戒嚴法所以頒布，無非欲通告居民，使之明白何處爲戒嚴區域，又明白政府之用意純然在於捍衛國家或恢復公衆秩序。（註22）

第三、法院在秩序恢復之後，對於軍事裁判機關及其他機關在交戰時所有經手事件，均有管轄權。（註23）

故曰：「任何特殊案件，在戰時處理，所以能見許於法律者，只以其能於最末後一着尙受裁成於法院之故。至於在某一時期中與某一地點中，究竟曾否有戰爭狀態的存在，此爲事實問題，必須就當時及當地已發生事實測定。」（註24）

上方引用文爲普洛克（Pollock）的言論，其爲正確至無疑義。試設例明之。設如，某甲以無端受辱復受監禁之故，訴某辛於高等法院。顧某辛自辨則謂：某辛在行爲此事時，實任軍職爲團長，當是時，戰事正在進行，戒嚴法亦已頒布，而且關於某甲所受侮辱及監禁，實係奉總司令之命而行。此項辨護究竟能成立與否，我們且不必深論，不過我們總可下一斷語，即謂：法院至少在和平既經恢復之後，能有管轄權以審問此案的事實，就中尤要審問當某甲被逮捕時，究竟曾否有戰爭狀態的存在。誠然，最近卻有一判決案，（註25）在其中樞密院似乎要作一種法律主張，即以爲軍事機關在戰時所已做的行爲，尋常法院無管轄權。但着實考察樞密院判決馬列一造自訟成案（*Ex parte D. F. Marais*），所有詞意，該院即鄭重申明，此項斷論僅能適用於原案所有特殊情狀。而且原案判決文的用意，亦不外要反覆

提示一點，即是：法院必不願（其實亦不能）於軍事進行之頃干涉軍中行動。申言之，當戰爭正是劇烈，法院殊不欲受理控訴軍人在戒嚴法下所做行爲的訟案。至於在和平既經恢復之後，法院對於戰時所做了的行事應否有管轄權之問題，樞密院在該案中絕未議及。法律大家如普洛克，且謂：即在戰爭時候，法院並不以別種機關自代，不過以戰事關係，法院實從行使職權而已。故其言曰：『世間通常有一問題，即謂戒嚴法當實施時，究能代用尋常法院至如何程度？其實這種問題……絕不應提及。誠以依哈勒爵士（Lord Hale）所論，戒嚴法在實際上並不是法律，牠不過是一種東西，本不被許可成爲法律，但又不能不稍加寬假而姑且作如是觀。至於牠所以卒被寬假之由，則以叛亂方來，別種法律實不能運行而已。於是戒嚴法的存在不能謂爲替代尋常法院，因爲這些法院實已不能行使其管轄權，然後戒嚴法方有發生機會。』（註26）

第四、軍人及其他役吏，在戰爭時期，所做的法律處務或檢舉行爲，事定後受人控告爲非法行動，倘若查明屬實，但所行事仍出於誠意，而且純爲國家服務而受累；在理，該軍人或

該官吏應受法律保護，而此項法律實爲一宗赦免法案。（註27）

一宗赦免法案是一道法令，其目的是在於使原來不合法的法律行爲變成合法。換一句話說，該法案的用意所在，是要把曾經做錯事而犯了法律的個人們解除法律責任。屬於此類的法令，大概成立於內亂戰或騷動（譬如，卽以一七一五及一七四五年之革命（註28）爲例）之後。誠以在這種變亂期間，役吏及其他人物，爲着保護國家的利益起見，曾經不依法律塗徑以行事（譬如，他們本來不有權以監禁國民，然當時竟做禁錮他人的行事。）因之，巴力門不得不於事後通過此項法案以圖補救。此項法案的真容必須澈底明白，然後本論題旨方可以繼續討論下去。第一層，我們須知所謂赦免法案，對於合法行爲，無論如何殘酷，並不適用。譬如，一個地方有司，在適當情勢之下，使用武力以解散一個非法會議。又如，一個司令官，在適當情勢之下，令部下開鎗射擊一羣暴衆，以迫其解散，因之，羣衆中遂有三數人受擊斃。兩種行動在事後均不用通過法案以求赦免。誠以依照常法所昭告，全國人民在需要時均負有用武力以維持君主的和平之責任；今茲所爲，只是履行此項責任之一種行

動，故得受許可而免除議處。惟有一個邑宰、一個警士、或一個將官，竟在戰爭時候，或和平時候，不遵行法律塗徑以行事，遂至損害一個英吉利人的財產，或干涉他的自由；誠如是，行事人將不免負行爲上之法律責任，而此項責任實爲犯法者所必負。不過這個犯法者所以甘冒大不韙而行事的動機究竟與尋常不同；此則不可不注意。此項動機儘可以發於愛國心，於是，他的行動在政治上實爲當機立斷，而萬姓胥受其利。雖然，凡此種種利益，倘若這件事終不能見諒於法律，必不能解他所負行爲責任，甚至不能逃避控告。惟其如是，惟有一宗赦免法案爲能庇護此人。關於此旨，請注意一位鼎鼎大名的審判員所發議論；我們須知這位審判員並不是一個故意藐視元首及其僕役的威權之人物。

『倘若我們要問，究竟一個官吏越權行事，是否至於犯了民事侵害罪，這個原理大抵從同上方所已論列；換言之，該原理不過要補足「君主對平尼 (Rex v. Pinney)」一案所交下原理而已。倘若這個官吏做了一種行爲，而越過法律所嘗授與他的權力，這種行爲無論在如何情勢之下，終不是他的本分所應有，於是，他必須依行爲的性質而負起相當責任。

縱使此項不法行爲純出於愛國熱誠，且是救國舉動，事後且足爲巴力門通過一宗赦免法案張本，此時終不能制止受害者，使不能提起刑事訴訟。這是要說，倘若他已經越權行事，他必須自負行爲的責任。反之，倘若這種行爲確是一件行事，不但行於適當情勢之下，而且行於法律範圍以內，誠如是，他的忽略不爲，依君主對平尼一案所交下的原理，轉足以陷此人於罪惡。此處所有案情，較之上列案情，適兩相反。』（註29）

上方一段引用語，係自白拉克布恩（Blackburn）的發言徵引；這段引用語還可以解釋反對派關於需要一大義所有反對主張。

反對者言曰：一個人做了一件應該做的事，他必需一宗赦免法案以求免咎，但不做此事，他又要因忽略不爲而受重罰。在如此情形之下，他豈不進退維谷？

我的答案是，這種假設的困難決不至當真實現。法律本屬至公，一向毫無爲難私人之意；至於表面上所有困難或不合情理之處，大抵起於『義務』（Duty）一字的混淆。混淆何自起？起於混道德的義務於法律的義務。我們須知一個人所有法律的義務必須履行；倘

若不履行，他自然要受處罰。但在此際，他並不需一宗赦免法案以解免行爲之罪，顧在別一方面，履行道德的義務迥異履行法律的義務，而有時因履行道德的義務之故，他或不免侵害了邦人的尋常權利，於是遂形成違法的罪狀；在此際，縱使他的行爲是合理，他本來可以不負道德的責任；但他必須負法律的責任，故非有赦免法案的通過不能免罪。所以法律上不爲與道德上不爲自然是十分異趣。試設例明之。設如，白理士涂（Briggs）的市長，在需要的情勢之下，不使用相當武力以解散一羣暴衆，此項忽略不爲必須受罰，因爲他已經忽略了法律的義務；但倘若他還能履行這種義務，即能使用相當武力以遏抑暴動，在此際，他並不惹起法律責任，因之，並不須求庇蔭於赦免法案。設如，在別一方面，當外敵侵入或內亂乍起之際，一個邑宰竟不依法律塗轍，遽以不忠心疑人，即以嫌疑而逮捕而監禁若干人民。倘若此項嫌疑後來屬實，他自然造福於國家不淺；所以他的行事在道德上並不是錯誤。不過合理是一事，違法又是一事，因此之故，倘若不有赦免法案，他必不能脫卸非法禁錮他人之罪。雖然，在此處我們必須注意一點，即是：假使這位邑宰明於利害，而不勇於任事，他

必不越權行事以逮捕在法理上所不容許逮捕的嫌疑人物，果爾，他的行為必將不見諒於愛國之士，但無人能以此故控之於法院。由此觀之，一個人對於法律的義務忽而不為，此項不為實屬有罪，必須受罰；但既履行之後，他再不須求助於赦免法案。顧在別一方面，此人做了一件行事，按之道德為合，按之法律卻為不合，他必須託庇於一宗赦免法案，以求免罪，但在此際，他必不以忽略道德的義務之故，至於受罰。

(C) 關於戒嚴法之別種見解

本篇書後對於戒嚴法的施行，特以『迫切需要的大義』(the doctrine of immediate necessity)為其根據；異於此項見解者，尚有三派學說，各樹一幟。第一學說以御用特權為戒嚴法的使用之基礎。第二學說則以軍人的身分為出發點，由之，更進而測定軍人在軍事進行中之誠意的行為所有性質，末後遂歸結於這種行為惟對於軍事法院而不對於尋常法院負責任。第三學說更將『需要』(necessity)一義盡量引伸至於極廣，特提出政治的需要或便宜為戒嚴法的使用之根本。茲當逐一討論而辨駁之。

(1) 特權的大義——主此說者，以爲元首依據特權的威力，得於戰爭時期發布戒嚴法，以停止或跨越尋常法律所固有的效力。這個見解亦自有其考據，並非爲無稽之談，而此項考據即來自人權請願書 (the Petition of Rights)。論者謂該書並未嘗反對戒嚴法在戰爭時期之運用，故有此說。

這一條大義有極大弱點，即是在於缺乏法律根據。關及人權請願書的推論，白拉克布恩嘗加以駁覆，至足參考。其言曰：『倘若因爲人權請願書未嘗抨擊戒嚴法，論者便要硬派之爲贊成戒嚴法；此項推理只是完全錯誤。』不過白拉克布恩後來仍補足一句，即謂：『人權請願書誠未嘗將反對的態度流露於書中文字。』(註30)

(2) 超越法院管轄權的大義(註31)——此項主張可以賅括言語敍出如下文。一個將官，在統率士卒以抵抗敵人之際，自不免跨越財產或人身自由的尋常權利。古來法律宗匠主張此說者頗不乏人；原書具在，可以覆按。(註32)依此見解，這個將官固有權以侵害他人所有財產（譬如闖入私有土地）而不負行爲上之法律責任。加之，一切法律權利本

來站立於同一水平線上；倘若因爲作戰而出於不得已之故，一個將官既能佔用或摧毀私人財產而不至違法，依同理，他卽可以禁錮一個英吉利人，甚至罰之，或殺之亦無不可。約言之，爲着作戰之故，他可以干涉任一英吉利人的任何權利。說者以爲此項主張的確實可以幾項要旨作證。第一、法院對於履行軍人本分的行爲不能審判；第二、法院在戰爭期間，不願抑亦不能干涉司令官的作戰事務，及他的行動，以至奉他的命令而做出的行爲。由之遂得結論，卽謂：軍人在軍事行動下之出於誠意的行爲，不但在交戰時期，而且在和平恢復以後，均應超越尋常法院的管轄權。（註33）凡上方所陳述皆爲超越法院管轄權的大義之要旨；將欲以一語括舉，我可以用極明顯的簡式提示之如次，卽謂：戰爭的發生卽可視爲尋常法律的效力卽時停止；此說至少可以適用於統率兵士而從事於抵抗外敵的軍官。依此見解，一個司令官在此際所佔地位，恰同一個審判員在履行其本分時所佔地位。申言之，軍官在軍事行動下之出於誠意的行爲，不任受控訴於尋常法院，猶之，審判員在執行職務下之行爲，亦不任受檢舉於尋常法院。

依鄙見觀察，這種主張可以惹起最堅強的反對，試問一個將官在禦敵時得隨意佔用私人財產的權利，究竟有何事實以為根據？此問題一經究詰，我們將見此項權利實不過適用一條原理，即是：為着維持君主的和平起見，尤其是為着擊退侵入境內之外敵起見，一個忠實國民可緊隨需要情狀而做出任何行為。但除卻佔用私人財產的權利之外，倘若更有較擴大的別種推論，亦欲以此一事實為根據，我誠未見其可。

將欲以學理解證這條超越法院管理權的大義，求之法律典籍，殊不易得。反之，這條大義不但齟齬審判長郭克布恩（Cockburn, C. J.）在君主對臬勒遜（R. v. Nelson）一案所發言論，而且違反審判員白拉克布恩在君主對埃鴉（R. v. Eyre）一案所下評語。抑主張此說者，何不觀諸赦免法案乎？赦免法案所以通過，即不外要救濟在內戰或革命時做出的非法行為。假使超越法院管轄權的大義果能成立，巴力門又何以竟不憚煩而建立這宗法案？不寧惟是，在此說中尚有一種推理，因為法院在交戰時無權力以干涉司令官或其部屬的行為，論者遂以推斷法院在和平恢復以後仍無權利以問及此類行為，這種推想，殊

未易尋出其名理。更就法律史考察，這種推論殊不合於最明顯的事實。按實言之，在英格蘭中之法院，以至在合衆國中之法院，絕未嘗對於其本身所有在戰爭時期中之非法行動的審問權稍懷疑慮。

(3) 政治需要或便宜的大義 (註34) —— 國內著名律師，其意見至值得尊視者，亦有以此旨爲戒嚴法的使用之根據。他們以爲當在外敵入境內之際，一個將官、一個市長、一個邑宰、或任何忠實國民，可以做出任何行事，甚至犯了民事侵害罪，或刑事罪，倘能向陪審團證明所行事爲出於至誠衛國，即得免罪。此項大義（爲着討論便利起見，我稱之爲政治便宜的大義），直要從法律立論以辨護許多不起於迫切需要的非法行爲。爲着澈底明白這條大義所有廣漠範圍起見，我特地徵引普洛克爵士 (Sir Frederick Pollock) 的言論：——

「敵軍已在北方英格蘭登岸，而且要長驅入約克 (York)。當是時，倫敦與白理士涂兩市尙能保持和平；法院尙在開庭審事。惟據偵探所得報告，知有謀爲不軌之輩，正在設法別

處口岸上陸，以圖響應及報告軍情。白理士涂市適爲此類口岸之一。然則該市市長爲之奈何？我以為在如此情勢之下，法律問題姑置勿論，他所有國民的道德義務至少足以驅使他舉辦下列各事：第一要防止嫌疑犯登岸；第二要逮捕及禁錮已經登岸的惡人；第三要嚴密稽查鐵道往來行旅，不使此輩惡人得以北上；第四要檢查郵電。凡此種行動皆是侵擾他人的罪狀（或者惟有禁止外國人登岸一事可以除外）因之，只有曾經法案規定的郵務總長所有權力之使用爲能許可於法令外，其餘行動只可希冀常法權力之起於需要者出而解救。學者在此地必須注意一事，即是我現在並不提及審訊與刑罰等事。誠以普通見解（有時官吏亦懷此見）往往因有了戒嚴法，便憶及軍法裁判，此層意思最易惹起糾紛，故審訊之事在此地特被略去。至於特種緊急處罰在戒嚴法運行時可爲必要，亦可爲不必要；是以我亦闕之勿論。惟專就此類緊急處分觀察，市長在此際所有威權，直等於船主在航海時所有威權。

假使白理士涂市長竟不能辦理這些事務，他必然要蹈他的前任（著者按，此指平尼

先生 Mr. Pinney) 的覆轍，而感覺困難。縱使他欲以下列情形自辨，即謂：市內和平尚在保持，法院尚在開審，因之，他只能遵依法律途徑以行事；我深恐其無大效力。此外，他本來還可託詞自解，即謂：他正在等候樞密院令，惟此項命令乃始終未見到。但這種解釋，依我觀之，仍未必比上項辨論較為優勝。即使有所優勝，他的罪名亦不見得到極大減輕。」（註35）

此項見解，比之我在上文所謂『迫切需要的大義』，在根本上截然相異；我們對之誠不能與以贊同。其理由是：這個理論，除卻君主對平尼 (R. v. Pinney) (註36) 一案外，罕有成例可以依據；即以該案而論，倘若仔細審察其特殊情勢，我們亦不敢信普洛克先生所有推理為確實。誠以平尼市長在此案中所以受罪之特殊情勢是大致如下述：第一，平尼先生，在當時身任市長，即負有維持自理士涂市的公眾安寧之責，詎料常暴動初起，他竟然溺職，不能預加制止；第二，在君主的和平既受破壞以後，監獄旋被開放，主教的宮室以至其他住宅旋被焚燬，他仍然不採取相當步驟以逮捕暴徒或恢復秩序。然則當日所有情勢既是迫切如此，即比之任何假設案件，亦是迫切莫過，為着恢復秩序起見；武力的使用實屬迫切。

需要。在痛定思痛之餘，倘若元首的控訴詞可以盡情吐露，平尼先生便是地方大吏所犯瀆職罪狀的絕好榜樣之一個。他的行爲固然是懦弱無能至無疑義；然而一經反覆審訊，他仍然被陪審員視爲非明知而故犯刑事罪者比，審判員亦以爲然而與以同意。抑在此案中尚有一要旨，我們必須特別注意。此一要旨是，原案對於一個邑宰在公衆便宜的相當理由之下，得以越權行事而不至違法一項陳義，絕未嘗加以商榷。所以該案本身僅能確立一則原理，即謂：凡一個地方有司，倘若在事實上失於維持公衆和平，便犯了刑事罪。至於由此則原理以作推想，遂假設一個白理士涂的市長，因爲外敵正在侵逼，便要感覺到便宜行事的需要，即謂：跨越常法的一切尋常規則以實行非常舉動於一所太平地方，確是他的本分，此項想像實難令許多律師敢相信其所有行動爲合法。抑箇中猶有更難處在，即是一個市長，在普洛克爵士所假設的特殊形勢之下，何以必要懷抱如此恐懼，即以爲在此際倘不當機立斷，必至有蹈平尼先生的覆轍之憂；此層曲折處尤令人不易於索解。然則平尼一案實不足以解證所謂政治上之便宜的大義，至爲明白。倘若該案尙不能爲之解證，此外我更不知尙

有別種成案可充此役。

不寧惟是，這個理論還有可以極力反對處在。反對處何在？在於歷來赦免法案的通過。此旨亦爲主張此項理論的極偉大宗匠所深悉。是故普洛克爵士有言：『他人聞之，或不免生一反對論調，卽謂：倘若此項見解是正確，則歷來所有赦免法案只成爲多事而已。其實不然。原來一宗赦免法案不外是一種審慎周詳與慈祥愷悌的立法，所以該法案所有作用，並不要庇護在事實上已經成立的非法行爲，卻要祛除社會上一種疑懼心理，庶幾雖有由合法行爲所產生的損害，凡照常例必不能依法訴請賠償者，亦得依據該案以起訴。』（註37）

此項答辨可謂精心結撰，但有缺點。缺點何在？在於缺乏一宗赦免法案的完滿解釋。這種法令固然是一種審慎周詳與慈祥愷悌的立法，但並不是如此單純。按實言之，此類法案在實際上確着意於庇護做了非法行爲的個人或少數人們。試觀實例。例如，自從考試法案及市政府法案 (the Test and Corporation Acts) 通過以後，直至他們受廢棄爲止，非國立寺院的信徒常有陷於非法行爲的可能，因之，巴力門特於每年通過一宗法案，不論命

題何若，其用意均在於庇護此類非法行爲。不如，在一七一五年及一七四五年革命之後，巴力門各於此時通過一宗赦免法案。又如，哀利儲巴力門在一七九八年革命之後所通過的赦免法案，因爲條文太苛細之故，當時尚不足以庇蔭斐格拉 (Mr. T. Judkin Fitzgerald) 酷烈對付革命黨徒之暴行，後再通過一宗法案，其條文極爲寬大，乃足以解免斐格拉於刑事罪。(註88)更如，者麥加 (Jamaica) 立法機關亦嘗建立同樣法案，依之被告人在腓立對挨鴉 (Phillips v. Eyre) 一案中得以有所申辨，遂獲勝訴。凡此種種法案，其命名儘可相異，其用意卻無二致。申言之，此類法案均着意於赦免犯法的行爲。凡人因爲履行了政治的義務，而至於破壞國法，倘依通例，必應受罰；惟有在赦免法案的運行之下，此人方可以免於罪戾。由此觀之，所謂赦免法案，只是補救非法行爲的一宗立法。這一要點必須被十分看重，因爲介於『迫切需要的大義』與『政治便宜的大義』之間之爭辨，概須被測定於下一問題，即謂：何爲赦免法案的真性質？倘若這種法案，依上文所推究，果爲補救非法行爲的一宗立法，則『政治需要或便宜的大義』所有主張不待攻而自破。

從來有兩種場合，至足以在表面上使人對於政治便宜的大義感到殊有必要的印象，但此亦不是表面工夫而已。試分析言之，第一場合起於一個矛盾理論，即謂：爲國家的利益而行動，儘可合於道德，但仍不免違於法律；因之，這種矛盾的解救，惟有賴於一宗赦免法案。其實此處所謂矛盾，上文剛已提示，不過是在於表面而非是實在。是故加以剖解，這個理論實具有兩層意思：其一、要表明一個人的日常本分，只是在於守法；其二、要提示這個人以一條出路，即謂，倘若真爲着政治利益而行動，而至於跨越範圍，他必須求救於主權權力（即君主在巴力門中之威權。）第二場合起於盛行於人間的觀感，即謂：凡在大變故時，你不好過於勇敢任事。但此項觀感，仍不過是一種幻想。誠以百數市長在通國中藉公衆利益之名以輕舉妄動，其流害當比外敵將次侵凌所生的危險，較增十倍。

（註一）關於本題論旨參考下列典籍：

（一）Law Quarterly Review, XVIII.

- (2) Holdsworth, *Martial Law Historically Considered*, pp. 117-132;
- (3) Richards, *Martial Law*, *ibid.* pp. 133-142;
- (4) Pollock, *What is Martial Law?* *ibid.* pp. 152-158;
- (5) Dodd, *The Case of Marais*, *ibid.* pp. 143-151;
- (6) *The Case of Ship Money*, 3 St. Tr. 826;
- (7) *Wall's Case*, 28 St. Tr. 51;
- (8) *Ex parte D. F. Marais* (19'2) A. C. 109;
- (9) *Forsyth, Cases and Opinions*, Ch. VI p. 188;
- (10) *Clode, Military Forces of the Crown* II Ch. XVIII.

此外尚有美國方面之典籍：

- (1) *Ex parte Milligan* (Am.) 4 Wall. 2;
- (2) *Thayer, Cases on Constitutional Law* II. p. 2376.

這種美國的成案及書籍以及其他成案及書籍之關於戒嚴法者，雖則不為英吉利法院在折獄時所根據，但隨在仍有討論常法對於戒嚴法的正當觀察各種論旨，至值得注意。

參考本書附錄中之書後第四則，論自衛權利；第五則，論公眾集會的權利；第六則，論軍人與非法集會。

(註2) 參考本書上文第四章。

(註3) 參考乾德(Keene)所著『合衆國憲法解詁』第一冊，三四一頁；坎別勒爵士及魯勒弗爵士之法律意見，載於服西斯(Forsyth)所編憲法意見，一九八及一九九頁。

(註4) 特別參考船稅的成案(the Case of Ship Money, 3 St. Tr.)八六〇頁，九〇五頁，九七四頁，九七五頁，一〇一一至一〇一三頁，一一三四頁，一一四九頁，一一六二頁，及一二一四頁。

(註5) 參考 I Dyer, 36 b.

(註6) 見法律報告，第十二冊，一二頁。

(註7) 參考船稅的成案，八二六及九〇六頁。比較荷勒木(Holborne)的言論，見同案九七五頁，及布列審判員(Buller J.)的言論，見 British Cast Plate Manufacturers v. Meridith, 4 T. R. at p. 797.

(註8) 參考 Henley 及 Yorke 的意見，載於服西斯原書，一八八及一八九頁；Hargrave 的意見，載於同上書，一八九及一九〇頁；坎別勒爵士及魯勒弗的意見，載於同上書，一九八，及一九九頁。

(註9) 參考服西斯原書二〇一頁。

(註10) 此段文字曾被克盧(Clode)徵引於其所著書『元首的陸軍力量』第二冊，四八六頁。

(註11) 參考本書上文第八章及第九章。

(註12) 參考船稅成案(Case of Ship Money, 3 St. Tr.)八二六及九七五頁。

(註13) 倘若審判員白拉克布恩在君主對挨鴉(Reg. v. Eyre)一案八四頁中所發言論被引用，以證明這種法律處務爲合法，我們必須記取一事，即是白拉克布恩替挨鴉總督所辨白，純以者參加立法機關所立

法案爲根據；而且審判長郭克布恩 (Cockburn, C. J.) 在君主對臬勒孫 (Reg. v. Nelson) 一案中所發言論之傾向，固明明表示戈登 (Gordon) 的殺身實爲非法。

(註14) 注意荷勒本的言論，見船稅的成案，九七五頁。

(註15) 參考本書上文書後第四則，論自衛權利。

(註16) 君主對平尼一案載於 3 St. Tr. (n. s.) 一一頁，比較審判員白拉克布恩在君主對挨鴉一案所發議論，五八及五九頁。

(註17) 見郭克布恩在君主對臬勒孫一案所發議論，八五頁。

(註18) 比較馬列一造自訟成案 (Ex parte D. F. Marrais, [1902] A. C. 109) 又彌力檢一造自訟成案 (4 Wall 2 (Am).)

(註19) 當從事於測定戰爭狀態的存在一事實時，究竟法庭開審與否一事是否即爲戰爭狀態的存在之明證，而法院必須注意及之否，此爲一未決問題。

(註20) 比較馬列一造自訟成案。

(註21) 見彌力檢一造自訟成案 (Ex parte Milligan, 4 Wall. 2) 參考瑪耶 (Thayer) 的憲法成案，卷四，二二九〇頁。

(註22) 參考坎別勒及魯勒弗的意見，載於服西斯原書一九八頁。

(註23) 參考下列成案：

書後十 戒嚴法在外戰或內亂時期之問題

- (1) Cockburn's Charge, Reg. v. Nelson;
(2) Blackburn's Charge, Reg. v. Eyre;
(3) Ex parte Milligan, Wall 2.

比較下列成案：

- (1) Wall's Case, 28 St. Tr. 51;
(2) Wright v. Fitzgerald, 27 St. Tr. 759.

(註24) 參考普洛克論文「何為解嚴法」載於法律季刊第十八冊，一五六及一五七頁。

(註25) 參考在馬列一造自訟成案(A. C. 109, 114, 115,) 中之樞密院的判決。

(註26) 參考坎別勒及魯勒弗的意見，載於服西斯一九九頁。

(註27) 參考本書上文第一章及第五章。

(註28) 參考克盧所著「元首的陸軍力量」第二冊，一六四及一六五頁；又佐治第一代檔案第一冊，法令第二號，第二十九頁；及佐治第二代檔案第十九冊第二十章。

(註29) 此為審判員白拉克布恩在君主對挨鴉(Reg. v. Eyre) 一案所發言論，見原案五八頁。

(註30) 此為審判員白拉克布恩在君主對挨鴉一案所發言論，見原案七三頁。除本頁外，翻讀六九至七三頁，在其中讀者當可明白人權請願書所以略去在戰爭期間所有戒嚴法之理由。

(註31) 利查(H. Erle Richards) 嘗著論文，即以戒嚴法為題，對於本篇書後在此處所批評的理論主張

極力，其言甚辨，學者可以參考。該文載於法律季刊第十八冊一三三頁。

(註32) 覆按本篇上文論戒嚴法的性質一節。

(註33) 參考法律季刊第十八冊，一四〇頁。

(註34) 參考普洛克所著論文『何爲戒嚴法？』載於法律季刊第十八冊一六二頁。

(註35) 參考同上論文，見法律季刊第十八冊，一五五及一五六頁。

(註36) 參考君主對平尼 (R. v. Pinney, 3 St. Jr. (n. s.) 原案一頁)。

(註37) 參考普洛克論文，『何爲戒嚴法？』見法律季刊第十八冊，一五七頁。

(註38) 參考來特對斐格拉 (Wright v. Fitzgerald, 27 St. Jr.) 七五九頁；又列基 (Locky) 所著，

『十八世紀中之英格蘭』第八冊，二二至二七頁。

書後十一 平政法院的組織^(註1)

平政法院(Tribunal des Conflits)以下列人員組成——

(一) 院長一人，由司法部長 (Garde des Sceaux) ^(註2) 兼任。以法律言，部長可於開會時出席參加，並任主席，同時並有票決權；但以事實言，部長出席之時甚稀。

(二) 審判員八人，皆由選任，其分配方法如下：——

(1) 最高法院審判員 (Conseiller à la Cour de Cassation) 就院中審判選出三人為代表。

(2) 國務院中之參事 (Conseiller d'état en service ordinaire) ^(註3) 就院中參事選出三人為代表。

(3) 上列兩組代表再會同選出兩人。此兩人照例應從上列兩院以外之審判員及

參事選出，但依習慣，則爲最高法院一人，國務院一人。

以上八人依法得接連被舉，其實接連被舉乃爲常事。是故連司法部長在內，平政法院實有審判員九人。

此外尚有代理員二人，由兩院自行分舉。當在平政法院審判員中有一人不能出席時，當由代理員分別頂替。

此外更有所謂政府委員 (Commissaire du Government) (註4) 二人，由總統委任；其一自國務院中之上訴主事 (Maîtres des requêtes) 選委；其他由最高法院中之高級律師 (avocats généraux à la Cour de Cassation) 擇任。

(註1) 參考別高列層 (Berthélemy) 所著『行政法綱要』(Traité Élémentaire de Droit Administratif) (第五版本) 八八〇及八八一頁。沙董 (Chardon) 所著『法蘭西的行政』四一一頁。

(註2) 副院長由全體審判員就八人中選一人爲之。副院長通常於開會時任主席。

(註3) Conseillers d'état en service ordinaire (國務院參事) 爲國務院中之常務官吏，通常能終身任職。此類官吏正與 Conseillers en service extraordinaire (國務院參議) 相反。參議爲臨時職。

因處理特種事務而委任。

(註4) 「政府委員」的名義與事實殊不相稱。誠以他們並不代表政府而參加平政法院；反之，他們常具有獨立意見，而不受政府指揮。他們並非是審判員，卻是法律的代表。每逢政府代表（譬如，州長 the prefect）提出管轄權的衝突問題（例如，尋常法院干涉及於行政法上之訴訟，是否即為越權的問題）於平政院，這兩位政府委員的法律意見，常與該代表所有者不能苟同。

書後十二 論控訴元首

就法律本質立論，控訴元首，在英吉利法律之下，幾乎是絕不可能之事，而此項不可能性，大抵基於元首不能做錯事之一原理。因此之故，熟悉政情的外國政論家，甚至英吉利人們，常時以爲關於元首行爲的救濟辦法，闕然無有。申言之，私人所受於政府的損害，或爲

(1) 與元首所訂契約，以至與政府各部所訂契約頓被毀棄；或爲

(2) 元首的侵害行爲，以至役吏的侵害行爲，似乎漫無限制，亦不有若何方法以圖補救。

雖然，此項見解未免在事實上爲謬誤。

關於契約的毀棄

倘若政府各部替代元首訂約而至於毀約，此時有人權請願的程式在此項文書所載

固然是一種請願，而且必須先取得總檢察長許可；但他的允許必定可以得到，而文書一上，其所有效力直等於起訴。

政府各部之中，尚有若干部（譬如，即以工務委員會為例）因為有管理公衆建築物之故，通常只被看作法人團體，因之，即可以受人作為法人團體而起訴。

由政府各部，或其代表所訂契約，其代價照例須從巴力門每年所通過預算項下支付，而且此項支付方法大抵訂明，有時即不訂明，亦可以作為雙方默契。至於巴力門究竟能依期通過預算以準備該款的支付與否，此則非訂契者對方所願與聞。

關於侵害行為

倘若官吏因處理公務而有侵害行為，受害者對於元首不能以法律訴訟起訴，亦不能以人權請願書請願。

在此際，受害者惟有將親身行事的官吏，或參加行事的官吏，起訴於法院。但就大概情形立論，該官吏雖受控告，亦不至因公受累，因為元首（實即政府）對於此項損害的賠償，

概代如數墊出。譬如海軍軍艦，因艦長不慎之故，常時衝壞商船，於是海軍人員往往以之受控告。倘若控告得直，所有商船所受損害的償金，均由海軍部支付。

倘有巴力門法案規定，從今以後，凡遇元首的僕役以奉行公務之故，至於犯了民事侵害罪，受害者得以人權請願向元首申請賠償；誠如是，此項規定直等於將原有法律加以修正。不過元首超越於此項侵害行爲的地位，久經習慣，巴力門立法即不便妄事紛更，而再立新法；同時，倘依原有慣例辦，侵害者與被害者仍各得其平，而不至於使一方受枉屈。

此外，我們還須記取一事，即是：許多政府事務在外國概爲國家的役吏爲之者，在英格蘭多由法人團體（譬如，鐵道公司，市政府等）處理。大凡法人團體，若有經紀爲之代訂契約，必須負起完全責任，若有雇員因執行公務而至於侵害他人所有權利，又必須擔任賠償。

(註 1)

(註 1) 參考盧兒 (Lowell) 所著，『英格蘭的政府』第二冊，自四九〇至四九四頁。

書後十三 一九一一年巴力門法案

（著者按，該法案載於佐治第五代檔案第一及第二冊，第十三章。）

法案題目

規定貴族院與衆民院相互關係及限制巴力門任期法案。

（著者按，該法案通過於一九一一年八月十八日。）

正文

因爲巴力門中之兩院所有相互關係亟應確定：

又因爲現行貴族院將來亟須謀改爲巴力門中之第二院，其議員在將來必須由人民公選，不再仍舊世襲，但如此改革尙不能即時實現：

又因爲巴力門將來尙須計劃所以限制及規定第二院所有權力，但本案仍以明訂條

文即以約束現行貴族院的權力爲切要：

決議

因此之故，君王陛下，以宗教爵主及世俗爵主以至衆民之輔導與同意，同於本任巴力門之本屆會議，即依巴力門所有威權，而通過決議如下：——

第一條 財用草案

第一款 倘若一宗財用草案，曾經衆民院通過，並經在本屆會議閉會前之一月咨送貴族院，惟貴族院不能於咨送後一個月內以無修正而通過，這宗草案，除非衆民院再下別種命令，應即呈送君主陛下，一經御旨批准，即成法案，雖則貴族院未嘗表同意亦可不理。

第二款 一宗財用草案爲公家草案 (Public Bill) 之一宗，該項草案，依衆民院議長的見解決定，只能包括下方所列各款，即是賦稅的課取，撤廢，發還，更改，或酌定；爲清還公債而征取的課稅，或爲其他財務上之應付，例如，固定資金或巴力門所給款項，而征取的課稅，以至此類課稅的變更或撤廢；供給金額；公家款項的賬目之交付，收入，保管，支出與清查；

任何公債的徵募或保障及其清還；以至與上方各款有關連的款目。所有列在各目中之稱謂，例如「賦稅」、「公家款項」及「債務」等名詞，並不包含由地方政府為當地支用而籌措的賦稅、公家款項及債務。

第三款 逐一財用草案須經簽押，然後咨送貴族院，而每逢此項草案呈送元首請批准，該草案須由衆民院議長親具證明書並署名於書上，以證實其為財用草案。在未膳具此項證明書之前，議長倘在可能範圍內，應諮詢院中人事委員會會員兩人，此類會員應於每屆第一次會議用該會委員長的羊皮紙文書而委任。

第二條 公家草案

第一款 倘若任一公家草案（財用草案除外，又凡公家草案之具有超過巴力門五年任期的時效者，亦除外）曾經接連三屆會議（不論其為同一任的巴力門與否）被通過於衆民院，而且曾經於每屆會議閉會前一月咨送貴族院，惟貴族院竟接連三次反對，這宗草案，除非衆民院再下別種命令，應即呈送君主陛下，一經御旨批准，即成法案，雖則貴族

院未嘗表同意，亦可不理；但尙有一種限制，即是：除非介於該草案在衆民院第一屆會議中之第二讀會的時期，與該草案在衆民院第三屆會議而通過的時期，其間相隔已經過兩年之久，該法案方生效力。

第二款 當一草案依本節所規定，呈送君王陛下請與批准，衆民院議長須親具證書，並署名於書上，以證實該草案曾經遵照本條所規定辦理。

第三款 倘若一宗草案不以無修正，或不以兩院可表同意的修正，而通過於貴族院，這宗草案仍視同被拒絕於貴族院。

第四款 倘若一宗草案，當在咨送貴族院時，適與前屆所咨送的草案互相符合，或僅含有一種修改，以時日及事實變易之故，經衆民院議長認爲必要者。又或爲照抄貴族院在前屆會議時所修改者，甚至可爲任何修正案，惟曾經議長具書證明其爲貴族院在第三屆會議時所修改，而又爲衆民院所願與同意，因之，特將其插入原案，乃遵照本條所規定，而呈送元首請與批准者，這宗草案應視同前屆所咨送於貴族院的草案。

但衆民院，當這一宗草案通過於該院第二屆或第三屆會議時，倘若他們認爲合宜，可以獻議修改，但仍不作成修正案而插入之於原案，此項獻議即可供貴族院考慮。倘若該院能與同意，此項獻議即可作爲經貴族院修正而又經衆民院認可的修正案；但當該草案全體受拒絕於貴族院時，此項權力雖經衆民院使用，亦無礙於本款法文的法律效力之運行。

第三條 議長證書

衆民院議長依本法案所規定而具出任何證書；該證書應爲絕對有效，不應受審問於任何法院。

第四條 本法案的應用

第一款 凡每一草案，若依本法案所規定程序而進行，當呈送君主陛下時，應將決議本文依照下方款式草成，這是要說：——

「君主陛下，由衆民之輔導及同意，並依衆民之輔導及同意，特於本任巴力門之本屆會議，遵照一九一一年巴力門法案所規定而進行，又根據同法案所授威權而立法，用特通

決議如下文。』

第二款 凡一宗草案的任何修改，倘若爲着要求本條所規定得到施行實效起見，不應被認爲該草案的修正案。

第五條

在本法案中『公家草案』的稱謂，不適用於爲追認一宗臨時法令而通過的任何草案。

第六條

衆民院原有權利及特殊利益，不以本法案成立之故而有所減削或變更。

第七條

在一七一五年七年法案之下，巴力門任期向爲七年，繼自今此項任期應改爲五年。

第八條

本法案當被引用時，應註明一九一一年巴力門法案。

戴雪先生略傳

戴雪教授 (Professor Dicey) 名 Albert Venn，生於一八三五年二月四日，死於一九二二年四月七日，享年八十七歲。戴雪先生出於英格蘭的望族；其父爲 Thomas Edward Dicey (愛德華戴雪)；其母爲 Anne Mary Stephen (安妮斯梯芬)。在十九世紀上半期中英格蘭有一風行一世的週刊，名北暗燈文匯報 (Northampton Mercury)，卽由愛德華戴雪主撰。其實，文匯報自創辦於一七二〇年起，至轉賣於一八八五年止，戴雪氏一家四世迭主筆政，並經營印務。至於斯梯芬氏家人，尤多能以政治法律及歷史學問聞名於世；Leslie Stephen (列士梨斯梯芬) 卽爲其最著者。列士梨斯梯芬與戴雪教授爲中表兄弟，相交甚契。列士梨嘗爲其姑及姑丈作傳，各有切實稱獎；前者被稱爲淑女賢母及言語名家，大有斯梯芬氏家風；後者被稱爲精通數理，及深明世界大事，蓋是一個極有修養而又有智慮的學者。戴雪教授共有兄弟四人：長者名 Henry Thomas Stephen，次者名 Edward James Stephen，第三者爲 Albert Venn，第四者爲 Frank William。長者爲名律師，次者爲名主筆，季者亦以美術爲業。一門之內，兄弟共有四人，卻無姊妹；大家

同受教於賢母，直至入大學爲止。

一八五四年戴雪教授始及第於牛津大學的入學考試，旋入巴理倭勒 (Balliol) 學院爲學生；一八六〇年畢業於牛津大學。在修學時，戴雪先生能博學深思，長於辨論，尤能擇交良友持之以敬愛。當是時，求學於牛津，劍橋兩大學者人才濟濟，極一時之盛會。一八五六年，戴雪與倪可勒 (John Nichol) 糾集同學設立青年勵志會名 Old Mortality Society，卽以道德智識互相砥礪。會中著名人物，除戴雪二人外，則有格林 (T. H. Green) 後成名爲政治哲學家，又有荷蘭 (T. E. Holland) 後成名爲法律哲學者。牛津大學原有牛津協會 (the Oxford Union Society) 其與會者多以審問明辨著稱，常戴雪修學時，除其本人與格林外，文學者摩梨 (John Morley) 亦稱健者。顧乍克孫博士 (Dr. W. W. Jackson) 於後來追憶，則斷然謂：每逢辨論會開會，戴雪在會中常能出類拔萃。抑終戴雪一生，其友朋間之進德修業，恆賴有一學社名 Ad Eundem Club 者，爲之中介，以團聚舊朋與歡迎新友。會中著名人物有政治家柏徠士 (James Bryce) 憲法學者安生 (William

Anson) 政治學者依勒別 (Courtney Ilbert) 宗教家紐門 (W. L. Newman) 皆爲牛津畢業生，又有政治學者西域克 (Henry Sidgwick) 歷史學者列士梨斯梯芬 宗教家約翰溫 (John Venn) 歷史學者阿克頓 (Lord Acton) 皆爲劍橋大學畢業生，諸友之中，柏徠士與戴雪尤爲死生道義之交，中間雖以哀爾蘭自治問題主張各異，然朋友交誼始終保持不變。柏徠士以一九二二年死去，戴雪黯然傷神，既悲老友，復念來者，乃遺書拉特 (Robert S. Raib) 告哀，復殷殷然以結納後進爲勸告。書中詞旨不盡纏綿惻怛，讀之如見其人。書發後未及數週，此老亦淹然物化。

戴雪先生既畢業於牛津大學，旋來倫敦執行律師業務，中間復好以餘閒從事著述。倫敦市之『旁觀』(the Spectator) 紐約市之『國民』(the Nation) 常有其論說。一八七二年，戴雪先生與本咸架惕 (Elinor Mary Bonham Carter) 女士結婚。伉儷敦篤，終其身，在學問上事業上相互爲伴侶。每逢遠行暫別，戴雪先生必追憶每日行事中之最有興趣者馳書相告。本來戴雪爲人和易，長於書翰，故生平與其愛妻畏友所有往來書札，積之成

帙。死後，摯友拉特教授（Prof. R. S. Rait）受戴雪夫人委託，爲之編輯生前言行錄（Memorials of Albert Venn Dicey）卽根據此類信札成書。

一八八二年，牛津大學有微臬特設常法講座（the Vinerian Professorship of Common Law）出缺，戴雪先生遂被召歸母校而擔任此一講座。該講座原爲名律師微臬（Charles Viner）捐款設置，自其設立之始，黑石（Blackstone）以著名法律學者被聘爲微臬講座之第一任教授，嗣後，雖代有名人繼起，以承其乏，然求其能紹承黑石遺緒，以樹立宗風者，戴雪實爲黑石後之第二人。先是，戴雪在修學時，素以能以審問明辨著稱，離校以後，嘗懷抱一種宏願，欲於遲早間入巴力門爲政治領袖。故當被召任常法講座之際，他十分猶豫，不欲應命。顧一經鄭重考慮之後，戴雪乃毅然接受此職，並決定將努力使用其職權與休閒時間，以做成兩種事功。其一爲改進全魂學院（All Souls College），務使之成爲牛津大學的極優良法律學校；其二爲殫心著作，務使自己能於法律文學上有所貢獻。及今觀之，戴雪教授至能實踐生平所有願望，了無愧色。關於前一層願望，他盡心與院長（the warden）

安生爵士 (Sir William Anson) 合作，全魂學院 在今日，不但成爲一優良法律學校，而且成爲全國極有名譽的法律學校。安生爵士 原與戴雪 教授爲同學，其所著有『英憲的法律及慣例』 (Law and Custom of the Constitution)，號稱一部傑作，復能與戴雪 所著『英憲精義』相互發明。當安生 死於一九一四年，未幾時，戴雪 即致書其妻表示痛悼，以爲此項噩耗不但是全魂學院 的一大喪失，而且是他本人所遭遇的一大不幸事。關於後一層願望，他的就職演講即以『究竟英吉利 法律能教習於大學否？』爲題，而加以肯定答案。且在講學期間，先後有三大名著，出而問世。三大名著之第一部便是『英憲精義』；此書由牛津大學 的講義編成。其第一部爲『法律與公意』 (Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century)；此爲演講於哈佛大學 的原稿。原來著者在其生時，嘗兩度遊歷合衆國，在其第一次旅行中，柏徠士 相與偕行，時爲一八七〇年，而此行實爲柏徠士 後來作『亞美利堅 平民國家』 (The American Commonwealth) 之張本；至於第二次旅行，實由於哈佛大學 校長醫理倭 博士 (Dr. Eliot) 敦聘，特於一八九八

年過往講學，同時並演講於盧兒研究院 (Lowell Institute) 普林斯登大學與哥林比亞大學。其第三部名著爲『法律的抵觸』 (The Conflict of Laws) 法律的抵觸在英吉利法律學問中爲一種新起的專門研究，而戴雪實在英格蘭中爲其開路先鋒。此項研究通常稱爲『國際私法』 (Private International Law) 顧著者獨喜用『法律的抵觸』之名稱；自其書出後，戴雪教授之後任人傑勒達教授 (Prof. Geldart) 嘗下一句評語，卽謂：著者『不但能將英吉利法律中最複雜的一部份治理，使之成爲有系統的研究，而且能發揮其所有義蘊，與解證之以實例及成案；故此書實大有造於斯學之發達。』

綜覽戴雪先生所有一生事業可分三項：其一爲治法律；其二爲從事教育；其三爲立言。以第一項事業論，因爲身體羸弱及興趣不專之故，其律師業務並不見得有十分發展，但自一八六一年起，至一九一六年止，凡五十六年間，戴雪未嘗停止此項執業，而且在法律界中極負時譽。再以第二項事業論：戴雪教授嘗教習於英美各大學，並十分熱心於工人教育。故自一八九九年起至一九一二年止，戴雪先生兼任倫敦工人學院 (the Working Men's

College) 的校長職務，規畫周到，因之，並與該校副校長李斐勒 (Litchfield) 夫婦結成莫逆交，復結識工人與引進勞動者於學問不少。就中他對於牛津大學關係尤深。計自一八八二年爲始，戴雪即擔微臬講座，到了一九〇九年，乃以年老耳聾自請辭職。然而雖在辭職之後，牛津大學仍聘之爲國際私法講師及全魂學院學友 (Fellow of All Souls College) 至於終身。更以第三項事業論，戴雪先生誠可謂著作等身。當其少時，著者即以北暗燈文匯報爲發表意見的言論機關。壯年以後，其所有演講與著作的活動不但能主持本國壇坫，而且能蜚聲於法蘭西與合衆國間。至於他的三部名著，不但在本國中成爲法律的經典文學，而且在外方各國中迭受翻譯於各國文字。即在暮年，著者年將八十，尙將『英憲精義』作第八次修正於一九一五年，將『法律與公意』第二次修正於一九一四年。其用功之勤有如此。至於『法律的抵觸』一書之第二次修正，則以著者精力已衰，不能獨任，於是特請愛丁堡大學奇斯教授 (Prof. A. B. Keith) 相與合作。迨至該書第一次修正後出版纔數日，著者遂亦溘然長逝矣。

