

大學叢書

英憲精義

上册

戴雪著  
雷賓南譯

581.4  
212  
301



商務印書館發行

大 學 叢 書

英 憲 精 義

上 冊

# 大學叢書委員會

## 委員

丁燮林君 李書田君 秉志君 孫貴定君 程天放君 劉湛恩君  
王世杰君 李權時君 竺可楨君 徐誦明君 程演生君 黎照寰君  
王雲五君 余青松君 胡適君 唐鉞君 馮友蘭君 蔡元培君  
任鴻雋君 何炳松君 胡庶華君 郭任遠君 傅斯年君 蔣夢麟君  
朱經農君 辛樹幟君 姜立夫君 陶孟和君 傅運森君 歐元懷君  
朱家驊君 吳澤霖君 翁之龍君 陳裕光君 鄒魯君 顏任光君  
李四光君 吳經熊君 翁文灝君 曹惠羣君 鄭貞文君 顏福慶君  
李建勛君 周仁君 馬君武君 張伯苓君 鄭振鐸君 羅家倫君  
李書華君 周昌壽君 馬寅初君 梅貽琦君 劉秉麟君 顧頡剛君

大 學 叢 書

英 憲 精 義

上 冊

戴 雷 著  
雷 賓 譯 雪 南



3 0600 9004 4

商 務 印 書 館 發 行

# 英憲精義

## 目次

原書第一版序文	一
第八版序文	五
譯者序	七
譯者導言	一一
導言	一
全書綱領 憲法的真性質	九九
第一節 古代人民的憲法觀	九九
第二節 今代人民的憲法觀	一〇一
第三節 英憲的涵義及範圍何在	一〇三

第四節 憲法名稱的確詰……………一一六

第五節 憲法的研究範圍測定……………一一一

## 第一篇 巴力門的主權

第一章 巴力門主權的性質……………一三三

第一節 宗旨……………一三三

第二節 何爲巴力門主權……………一三三

第三節 巴力門主權說釋疑……………一五一

第四節 爲巴力門主權的原則解除困難……………一五六

第二章 巴力門與非主權的造法機關……………一八三

第一節 章旨……………一八三

第二節 主權的巴力門所有特性……………一八三

第三節 非主權造法機關之特性……………一八六

第四節 從屬的造法機關……………一八八

第三章 巴力門主權與聯邦主義……………一二七

第一節 章旨……………一二七

第二節 欲明白聯邦主義莫如研究美國憲法……………一二七

第三節 聯邦主義的存在條件及其建國宗旨……………一二九

第四節 聯邦主義的主要特性……………一三一

第五節 此類主要特性與其他聯邦國家……………一四七

第六節 聯邦政制與巴力門主權之比較……………一五〇

第二篇 法律主治

第四章 法律主治的體用……………一六九

第一節 引論……………二六九

第二節 法律主治的三個指意……………二七三

第三節 法律主治在發展進程中所生影響……………二八五

第五章 人身自由所應有權利……………二九五

第一節 英憲與比憲互勘……………二九五

第二節 意義及救濟方法的探討……………二九七

第三節 出庭狀……………三〇一

第六章 議論自由所應有權利……………三三一

第一節 法憲比憲與英憲比較……………三三一

第二節 毀謗法之探討……………三三三

第三節 出版自由何故被視為英格蘭所有別相……………三三八

第四節 現代英國的出版事業所有地位……………三三九

第五節 與外國古今法律對勘……………三四三

第六節 與本國古代法律對勘……………三四八

第七節 英法出版律對勘後之問題……………三五二



第七章	公眾集會所應有權利	三六七
第一節	比憲與英憲互勘	三六七
第二節	集會原理的應用	三七二
第三節	個人自由的制限	三七四
第八章	戒嚴法	三八三
第一節	引論：英吉利法律之分界問題	三八三
第二節	戒嚴法與英吉利法律	三八六
第九章	陸軍	三九五
第一節	引論：本章論旨	三九五
第二節	常備軍	三九六
第三節	地方防軍	四〇三

第十章 財……………四一三

第一節 章旨……………四一三

第二節 歲入之法律淵源……………四一三

第三節 歲出之法律根據……………四一五

第四節 合法度支之保證……………四一八

第十一章 閣臣的責任……………四二九

第一節 何謂閣臣的責任……………四二九

第二節 閣臣的責任與法律主治……………四三〇

第十二章 行政法的反比……………四三三

第一節 章旨……………四三三

第二節 行政法的探討……………四三四

第三節 比較觀察……………四五九

第十三章	巴力門的主權與法律主治	五〇一
第一節	引論	五〇一
第二節	先就巴力門主權觀察	五〇一
第三節	復就法律主治觀察	五〇四
第三篇	憲法與憲典的聯絡	
第十四章	憲典的性質	五〇九
第一節	引論	五〇九
第二節	憲典的性質	五一〇
第三節	憲典的共相	五二三
第四節	憲典的終局	五二七
第十五章	憲典的責效力	五二九

第一節 一個重要問題……………五二九

第二節 各種答案……………五三〇

第三節 憲法上之幾個次要問題……………五四〇

第四節 結論……………五五一

### 附錄

書後一 法蘭西憲法的硬性……………五五七

書後二 聯邦國家中之權力分割……………五六九

書後三 執政的兩種形式……………五七七

書後四 自衛的權利……………五九一

書後五 公眾集會的權利所有問題……………六〇五

書後六 軍人在被命解散非法會議時所應守本分……………六三一

書後七 『違憲』法律的義解……………六二七

書後八 瑞士聯邦主義……………六三九

書後九	澳大利亞聯邦主義	六五七
書後十	戒嚴法在外戰或內亂時期之問題	六七一
書後十一	平政法院的組織	六九九
書後十二	論控訴元首	七〇一
書後十三	一九一一年巴力門法案	七〇五

## 原書第一版序文

這部書是爲指引學者，使得從事於英吉利憲法的學問而作；他不是一部憲法大綱，更不是一部憲法通論。書中題旨只以探討英憲中之兩三大義所含義蘊爲事。常將原稿印行時，我懷抱雙重希望：其一爲學者準備一教本，依之，英憲所有主要原理可以徹底研究；其二爲精深憲法學問作階梯，由之，樸萊克斯頓（Blackstone）的英吉利法律解詁及其他同類專著可以融會貫通。爲着實行此項設計，我不但勾提現行憲法所有基本精義（譬如即以巴力門主權爲例），加以鄭重申明與反覆辨論，而且時時採用比較方法，在一方面徵引合衆國的憲法主義，在他方面復徵引法蘭西的憲法主義，用之以解證英吉利憲法主義。至於本書究竟能達到此項期望與否，尙待讀者明察及公斷。不過我願以一語奉告兩事：其一，這部書原爲演講草稿，雖則在付印前曾經改訂，然重複與罅漏之處，知所不免；其二，這部書係討論英憲中之精義的專著，其所有主旨及範圍，不但迥異一部英格蘭的憲政歷史，而且不能與一般分析巴力門政治的體系所有實際功能之書籍，有如貝吉（Beethon）的傑作英吉利憲法者，完全類似。

雖然，倘若我所堅持的論旨，即所謂本書自有特殊目的之論旨，竟使讀者生一誤會，遂以爲此書是一種創作，我且將十分抱歉。按實言之，所有歷代著作名家，如樸萊克斯頓，如哈廉（Hallam），如軒恩（Hearn），

如賈地納(Gardiner)又如符禮門(Freeman)他們的書籍久已嘉惠士林且為學生界人人誦誦；即以我本已一人自問，我所受賜於這幾位律師與歷史家者實屬不淺。當起草時，倘若不常時參考此類書籍，我的演說稿且無一頁可以完成。就中有三位論主所以助我者尤厚，因之，我的特別致謝不但是本分所應為，而且是本心所願為。試徵實言之：軒恩教授所著英格蘭的政治，實能教我以一主要方法，依之，古代律師不斷地努力於確立各種根本原理，以造成憲法的基礎。賈地納先生所著英格蘭的歷史暗示我以一個結論，即是：御用律師，在修多朝代與司條雅朝代之下，抱持對於特權的一種見解，適與現代法蘭西民國所用以維持 *droit administratif*（行政法）的法律與行政思想，酷相類似。這個結論，以我的見聞所得於行政法者比較，恰可證實；因之，在本書下文中，我嘗屢次不一提示此旨。惟對於我的好友與同事，符禮門先生，我所受者則為具有別一性質的補益。他的名著英吉利憲法的生長實能示我以著書善法，依之，乾燥無味的題目亦可以寫成大衆欣賞的文章。而且這部名著，對於所謂「成文的法律」與所謂「我們的習慣的憲法」之區別，解釋詳明；不料玩味之餘，此項區別竟能引人入勝，使我不能不着力前進，以追尋一個問題的答案，即是：憲典既然不是法律，為什麼他亦能具有責效力？究竟此項責效力的淵源從何處來？同時，書中關於憲法的生成的敘論尤為犀利；惟是一經玩索，此類敘論適足以促起我的心理上之一種反應，又足以惹起憲法上之一種深思。申言之，讀罷此類敘論，我不但注意於觀察我國的制度之方法，蓋有歷史的觀點與法律的觀點之區別；而且要進而推求一要旨。這個要旨便是：倘若純以歷史的眼光考察英憲，學者由

此固得以明白憲法在進化上所有歷程；然而倘以法律本身論，此項專意審問，得無妨害學者對於現行憲法所應下的研究工夫耶？換言之，歷史方法，當應用於制度的生長之際，至少可含有一弱點，即是：他可以引人一味追尋某一制度所以能成爲現有制度的經過情形；因之，愈入愈深，他們轉不能仔細審察生成後的現行制度所有性質及功能。

一八八五年戴雪序於牛津大學





## 第八版序文

英憲精義第一次出版於一千八百八十五年，今年適爲出版後之三十年，該書第八版本又將出而問世。第八版本係將第七版本所已改訂者翻印，但加入一篇新撰的導言。這一篇導言具有兩層主旨：第一層主旨是要追尋與論贊這一條大道，在其中英吉利憲法中之主要原理，有如我在前時所已闡發者，或因法律，或因慣例，在最近二十年（1884—1914）間所有變革，不免受了牽動。第二層主旨是要敘明與解析近年發生的新憲思想；此類思想，或以存在於最近三十年間之故，或以在此期間能特別發生新影響於英格蘭之故（兩者之中以後者爲較重大的原因），均可以被加上『新』的徽號。

此次當正在撰著本篇導言之際，一如前時正在撰著我的別部書籍之際，本國與外國的朋友們常時不吝指教，因之，我自己得以受益不淺。對於協助諸君，我謹以肫誠致謝。言念及此，我不得不特別申謝，而且樂於特別申謝兩位友人。這兩位友人，每人常探討英格蘭的憲法之際，常時代表兩個截然不同的見解，然而在著作文壇上，同是法界宗師。對於亡友安生爵士（Sir William Anson）的友誼，我稱謝不盡。大凡英憲的工作所有詳細情形，他十分熟悉；試觀他的著作即可證明。而且他的智識，較之當代宗師，只有過之而無不及。自從我初次根據個人的判斷力所及，試在英憲中做一番提要勾玄的工夫，他不斷地給與我以無

限同情及贊助。又自本書出版而後，每當各次版本正在改訂之際，這位大師，他自己不但曾經做過探討憲法原理的工夫，而且對於英憲中之法律及典則所有一切規矩，無不洞曉，時時給與我以許多暗示及正謬。對於吾友奇斯教授（Professor A. Berriedale Keith）我別具一種謝忱。自從他的傑作，屬邦中之責任政府出版以來，凡介於英格蘭與殖民地間之關係事端，羣倚是書為宗匠。所以當本篇導言正在著作時候，我甚幸得奇斯教授為我將本篇關於殖民地帝國部份，細閱一遍。他在殖民事業中所有智識與經驗，當然惠我甚多；若非然者，我或將陷於極大謬誤而不自知。

末後，我還要鄭重聲明一句，即謂：雖則本篇導言，在撰著時，厚承友人協助，然篇中所有詞旨概由作者負責。文中儘有許多事實，多承朋好供給，但根據事實而得到的推理，純為本人的獨立判斷。明知所下斷論未必為授我以翔實報告者所能表同意，然而授者所有誠意與細心，轉以見解不同之故，愈受尊視，我且將永矢弗諼。

一九一四年戴雪序於牛津大學

## 譯者序

這部書是戴雪(Albert Venn Dicey)先生的三大名著之一原名「Introduction to the Study of the Law of the Constitution」，簡稱「The Law of the Constitution」。倘若從字面逐譯，漢譯本應稱爲「英吉利憲法的初步研究」，簡稱「英吉利憲法」。但一就內容仔細推究，此類稱謂實有未當。誠以原書在憲法學上之最大貢獻，是在於將英憲(The Constitution of England)所有規則區分爲兩大部份：其一部份是憲法的法理及法規，故應屬於憲法的本部；其他是典俗、成訓及慣例，故應屬於憲法的別部。前者被戴雪稱爲英憲的法律(the law of the constitution)，後者爲英憲的典則(the convention of the constitution)。簡言之則爲「憲法」與「憲典」。至於兩者之所由區別，只以有無「實效力」爲標準。申言之，憲法受承認與被執行於法院，憲典則否。不過憲典本身雖不具有實效力，然而牠們仍然可以得到法律的夾輔；故在間接上儘可得法院的扶持，在實際上即可以推行有效於英國。不寧惟是，英吉利民族素來是富有政治經驗的民族，英格蘭一向是饒有政治習慣的國家；因之，爲着做出分類作界的工夫起見，在英憲的研究中著者誠不能不先將憲典區別於憲法以外；但爲着澈底探討英憲的內容起見，與澈底明白英憲的妙用起見，英憲的研究仍不能專攻法律部份，而棄却典則部份。唯其如是，戴雪在原著中實揭

三條大義以研究英憲。三條大義爲何？第一大義是『巴力門的主權』；第二大義是『法律主治』；第三大義是『憲典依賴憲法以得到責效力』。由此觀之，我們可見戴雪的研究工作初不限於英憲的法律。倘若只以『英吉利憲法』一名逐譯，我以爲不但易惹起誤會，而且易變成不信。倘若以『英吉利憲法的初步研究』一名逐譯，我以爲不但是不信，而且是不雅。不寧惟是，著者提示這三條大義，蓋所以翹示英憲的特性，而別之於其他國憲。譬諸作畫，凡畫家善於傳神者，往往利用各種象徵，依之，他遂能給與觀者以極強印象。戴雪對於英憲的表演方法正是一樣。他所做英憲的研究工夫，恰似一幅美術畫，實不難將英憲的真象活潑潑地表現，使讀者得以心領神會。果爾，他的著作不但是一本正確的科學專著，而且是一種美術的作品。倘若只以初步研究目之，我以爲這種稱謂不但是不信，而且是不達。綜合以上種種理由，我斟酌再四，最後特爲我的譯本取名曰『英憲精義』。『英憲』云者所以明英憲的研究，雖側重憲法，但仍不棄置憲典也。精義云者所以表示這部書的著作藝術雖以研究三條大義爲重心，但每一大義之中仍蘊蓄許多精理，故最後實以研究英憲的全部原理及規則爲主旨也。

這部書的漢譯本開始於民國十六年，即西曆一千九百二十七年，原本係取之一千九百二十六年版本，即該書經第八次修正（這是末後一次修正，時爲一千九百一十五年）後之第五次翻印本。是年冬間，譯者方以籌備廣西大學之故，於役歐洲，考察歐洲各國高等教育，翌年四月初旬，爲着重遊英格蘭，並察觀該國各著名大學起見，我特地從英吉利海峽東渡，是月十五日，行抵英國西南方之別京頓（Beckington）

一小村，我的業師辟克福特先生（James V. Pickford Esq.）館我於其家，在個中，他欣然與我共讀戴雪的原書一遍，獲益不淺。自此之後，由英格蘭入德意志，又由德意志入北歐諸國，舟車間甚形勞頓，差幸於旅行及考察之餘，我還得忙裏偷閒，以繼續研究英憲與執筆廣續譯事。不謂變故驟來，慈母在家內病篤，遊子聞之，肝腸欲裂；於是束裝就道，星夜馳歸，比以八月二十一日抵里門時，先母何太夫人竟已於七月三十一日溘然長逝。悲痛之餘，飲恨罔極，譯事遂暫時中輟。嗣後，或往無錫演講成人教育，或復歸故里，主持本省教育行政，當是時，公私事務蝟集；於是，譯事時作時輟，而這一部漢譯本的完成幾乎不知何日。會今年春間，因為將就國立中央大學之聘，且將為諸生講授英吉利憲法之故，我於是發奮努力，務將年來對於英憲的研究所得材料，及對於戴雪的生平和著作之研究所得事實重加整理一番。除此之外，我更要按日程功，速將原書譯漢。計自去年十一月起，訖於今年二月止，竭了四個月的時力，我不但能將漢譯本『英憲精義』大體譯完，而且能草成『譯者導言』一篇，以為中國學生研究英憲之一助，又起草戴雪傳一篇，以為中國讀者明白了解原書著者的思想行動之一助。這是立言事業的一種小小嘗試，其間所有成就如何，至不足道，不過假使在過去兩年間，不有良師引導，諸位益友扶助，這部漢譯本『英憲精義』或不會有了今日，我對於師友輩的高誼誠稱謝不盡。末了，我還要鄭重申明一句，這一部漢譯本的完成實賴我的愛妻以熱誠和忍耐力，終始其事。

著書是一件難事；譯書亦是一件難事。著作的困難，盡人皆知，我無庸贅論。至於譯述的困難，依譯者所

有經驗說來，不但是在於明澈地索解原書所有詞旨，與忠實地傳達原書所有文義，而且在於能體會著者的思想行動，與能表現著者的整個人格。根據這種理想，在未執筆作漢譯之前，譯者已下了許多工夫，務求有所以領略英憲的性質，復求有所以會悟著者的研究方法和精神。而在譯漢之際，譯者不但於譯本每章之首加入全章綱要，每章之末，加入解義若干條，而且於譯本首冊，冠以導言，又於譯本末冊，綴以著者傳略。然而在此際仍有鯁鯁過慮者一事，即是誠恐有志未逮，力不從心，譯本遂不免有許多錯處，亦有許多漏處。於是，謾正工夫不能不求之大雅君子。

中華民國十九年五月二十三日 雷賓南沛鴻序於南京國立中央大學

## 譯者導言

哈佛大學教授門祿 (Prof. W. B. Munro) 先生著書論及英吉利憲法，書中有一段精警語，引用之如下：(註1)

『自由政制的治術是盎格魯諾爾曼 (Anglo-Norman) 種族對於世界文明的最大貢獻。本來現代文明，以構造論，最爲複雜；因之，現代文明種人常從殊方異國得到各種文化的淵源。譬如，宗教來自東方；字母來自埃及；代數來自摩爾人 (Moors)；藝術與文學大概來自希臘；法律來自羅馬；諸如此類，不一而足。惟有關於政治組織中之基本概念，現代文明種人在勢必須請教於英國的憲政制度；於是，在世界各國憲法中，往往有許多通名與成語，除却引用英國政治的理論及實際所有典故外，無從解釋明白。平心而論，代議政治並非始創於英國；但使我們追論此項政治在各國中之進展過程，我們即不免失望。因爲首創此制的一切國家並不能令其有繼續發展機會。卒之，只有英憲能成各國憲法之母；英吉利巴力門亦成各國所有巴力門之母。不管巴力門的名稱在各國中，如何立異，例如，Congress, Chamber, Reichstag, Rigstag, Storting, 或 Sobranje，他們在實際上都具有這位母親的肖像。誠如是，我們雖謂在盎格魯諾爾曼人的領導下所產生現代世界的平民文明實爲政治學上之最顯赫事蹟，亦不爲過。倘若不明此旨，學者即不



能領會政治學中之玄要。

由上文一段引用文考察，我們可知英吉利憲法在世界各國憲法中佔居極重要位置，而英憲的研究在學問上之重要亦可推知。於是劈頭第一問題便是：什麼是英憲？換一句話說，英憲的內容究竟包含什麼東西，我們能具體地說明之否？

將欲答覆這一問題，英憲的學者，尤其是從外國來的學者，常不免陷於窘迫的境地。是何以故？則以英吉利政治制度常帶有幾分詭奇弔詭的外貌故。試徵實說，譬如一個法國著名學者，在研究英憲之餘，即不禁發生一種怪異感想；他只好提出兩個比喻來，以解明己意。第一，他以英憲比一條萬里奔馳的道路；第二，他又以英憲比晝夜奔流的大川，恰如孔子在川上時所發感嘆，即謂：『逝者如斯夫！源泉滾滾，不舍晝夜！』適在眼前之微波，與正在脚下之流水，一剎那間，都捲入漩渦而蕩漾流轉以去。（註<sup>2</sup>）篤奎爾（Toqueville）更進一步，發為妙論，他說：『En Angleterre la constitution, peut changer sans cesse: ou plutôt elle n'existe point.』（註<sup>3</sup>）（在英格蘭中憲法常能不斷地改變，嚴格言之，她實未嘗有實際的存在。）誠以從普通概念觀察，憲法在日常用語中，概指二道或幾道公文，在其中一國的根本大法燦然具備。試徵實例。譬如，合衆國憲法只以一道文書明載；法蘭西現行憲法亦不過以三宗法令構成。在此類公文中，不但國內政府的組織及功能均被明白規定，而且人民的基本權利及義務亦經鄭重保證。由是，憲法在國法中之地位大概與普通法律所有地位輕重懸殊；同時憲法的制定程序及修正程序與普通法律所有程序難易判

別。然而本書的研究對象——即英吉利憲法——則大異是。按實言之，英吉利憲法既不能以一道或數道公文括舉，復不能以過去與現在的時間嚴謹區別。她缺乏謹嚴明確的內容，復缺乏首尾完整的體系。惟其如是，篤奎爾以大陸學者的眼光，研究英憲，其發爲此論，當無足異，我們聞之，只好引用成語作贊，即謂：『君房言語妙天下！』

雖然，倘若讀者因此聯想及於法律上之成文與非成文的區別，他不難退下斷語，即謂：『倘中與妙儘可以一語道破，即通常所謂英憲概爲非成文憲法，而法憲及美憲却爲成文憲法。』如此論斷，在我們看來，不免達於事實。謂予不信，試翻閱歷史上之著名官書，或巴力門之法案，就中不少有公文足以當得起英憲的名義而無愧色。讓我們指點一二，以資解證。昔在一二一五年，大憲章（*Magna Carta*）簽押，自有大憲章御用特權（*royal prerogative*）受了限制，日復一日。又在一二九五年，愛德華第一（*Edward the First*）檄告全國，召集巴力門，自有這一宗檄書，巴力門的每年召集遂成立國常規。既而在一六〇六年，巴力門發布『請罪』文書（*The Apology*），再四申明『民聲即天聲』的大義。一六二八年，權利請願書（*Petition of right*）提出，以鄭重宣告個人的自由與人民的私有權利。一六七九年，巴力門通過第一次出庭法案（*Habeas Corpus Act*），一八一六年又通過第二次出庭法案；前者保障人民在刑事上之身體自由，後者保障他們在民事上之自由。一六八九年，巴力門再乘朝代更新之際，成立權利草案（*bill of right*），以繼起大憲章的遺意，而謀有所以限制御用特權。一七〇一年王位繼承法案（*act of settlement*）通過，法律

的內容雖異，法律的用意只是一樣。不寧惟是，英格蘭與蘇格蘭的關係實規定於一七〇七年合一法案；大不列顛與愛爾蘭的關係始受確立於一八〇〇年合一法案，中間受變易於一九一四年愛爾蘭自治法案，末後復受修正於一九二二年愛爾蘭政府法案。選舉制度的改革造端於一八三二年大改革法案（The Great Reform Act），中繼於一八六七年與一八八四年兩宗改革法案（the Reformation Acts），再接再厲於一九一八年人民代表法案（Representation of the People Act），及一九二九年平等選舉權法案（Equal Franchise Act）。凡諸如類之法令都足以確立政府的組織及功能，調節政府對於人民以至人民對於政府的權利義務。因之，我們縱不能視之爲英憲的全體，但亦不能不視之爲英憲的一部。他們既是英憲的一部，又是一載明於官書與檔案，於是，我們雖欲強稱英憲爲非成文憲法亦不可得。由此觀之，將欲以成文與非成文的區別解答何謂英憲的問題，學者必至於失望。

而且上文所已列舉的法令，或爲君民間之信約，或爲巴力門依立法程序而成立的法案，固然具載於官書，但無論如何，他們決不足以包舉英吉利憲法。其實，縱使有人能勤於蒐討，復精於審訂，盡將歷朝檔案翻閱，復盡將與根本大法有關的法律彙集，成爲英憲叢書，此項叢書，無論如何浩博，仍未足使讀者得窺英憲的全豹。這樣困難就是學者在英憲的研究上所必遇。申言之，英憲的研究所有困難，不但因爲她具有似是而非的非成文法律的外貌，而且因爲她具有繁頤而不可究詰的內容。

惟其如是，將欲徹底明白英憲，我們少不了要下一番窮原竟委的工夫。誠以天下事理，若就支流推究，

常由簡而趨於繁，若向源頭上溯，常由繁而歸宿於簡。果爾，英憲的淵源問題遂以惹起。

試用分析方法研究英憲的淵源可約成五種，其第一種即為歷史上著名的信約及重要公文，例如上文所論述的大憲章，請罪文書，權利請願書，權利草案之類。此類重要文書實為我抑君權與扶植民權的基本原理所寄附；因之，他們自然是憲法的主要來源之一個，我們可無須深論。然而在這幾道文書之中，無一道文書不是專為應付當時所有急需而設立；以此之故，無一道文書能獨自構成憲法的法典。民間有一件特殊冤屈出現，國內即有一宗特殊補救的辦法應付。這是英吉利民族性的長處所在，亦是他的短處所在。但不管是長是短，這幾道文書的個體或全數，以具有時間性之故，概不能遺學者以一個印象，恰如美憲所造印象，即謂：這是英憲的法典。所以除這幾道文書之外，英憲的淵源尚有賴於巴力門法案。故巴力門法案實即為英憲的淵源之第二個。試徵實例，則有王位繼承法案，英蘇合一法案，大改革法案，以至諸如此類之法案。他們或與王位的授受有關係，或與國家的組織有關係，或與選民團的組織有關係；此類關係我曾在上文提示，因之，他們對於憲法的淵源所有貢獻可無待贅述。不過我們在此地還要注意一點，即是每年巴力門建立法案極多，就中不止重要法案，如上文所已列舉者，可構成憲法來源，甚至許多尋常法案亦可具有同樣的價值。譬如，各種法案大則規定司法制度，有如一八七三至一八七六年間所通過，即所謂 *Justice Act*（司法制度法案）者；又或規定地方自治制度，有如一八八八年，一八九四年，一九二九年所通過，即所謂 *Local Government Acts*（地方政治制度）者；他們小則干涉及於民間破產事務，有

如一八八三年，一九一四年所通過，即所謂 Bankruptcy Acts (破產法案) 者是；又或干涉及於毀謗名譽事務，有如一七九二年一八八八年所通過，即所謂 Libel Acts (毀謗法案) 者是。將欲證實此說，任瀏覽一部研究英憲的名著（譬如，即舉安生 (W. R. Anson) 示例，安生在他的『英憲的法律與習慣』第一冊中（註4）引用法案幾及二百之數）學者自當得到梗概。本來巴力門法案為數已多，因之憲法的淵源已是繁重；不謂法案之外，尚有司法判決 (Judicial decisions) 加入，以構成憲法的淵源之第三個。司法判決何以能成為憲法的淵源？原來在古代英格蘭中，司法與立法的功能原屬相混，故法院所下判決往往造成新法。於是有『法院造法』 (Judicial law-making) 的名稱及事實。（註5）惟時至今日，分工盛行，議會主立法，法院主執法。法院造法已不復如從前重要。隨之，司法判決亦惟以詮釋大憲章，各種信約，及各種法案，與解釋個中所有條文為限。然而即專就詮釋立法的功能做去，法院在英憲的淵源上所有貢獻自是不小。試翻閱安生的名著『英憲的法律與習慣』，引用成案 (cases) 亦不下百數十宗。（註6）學者當不難認識司法判決的重要地位。不謂除司法判決外，又除法案外，英憲的淵源之第四個尚有常法 (common law) 常法為何？本來這個名詞可有好幾種解釋。（註7）但在此處只解作一個法律體系的原理及規則，他們的生成初不依賴巴力門的立法行為，只以徐徐演進而獲取全國承認。此類原理及規則，簡言之，便是國俗 (custom of the realm)。從來英吉利人民所賴以保證人身自由者，除出庭法案 (Habeas Corpus Acts) 外，大抵得力於常法，而法案無與焉。不寧惟是，英國在十七世紀中，巴力門與元首對抗，尋

常法院與特權法院 (Prerogative courts) 對抗，於是形成所謂十七世紀的憲政奮鬥。當是時，巴力門與尋常法院的惟一武器便是常法。故核實說，那場惡戰只由常法與御用特權對仗。如天之幸，後者失敗，前者戰勝，英吉利立憲政治纔告成功。所以任何人，倘要考察英憲的淵源，必須研究常法。但研究云云，談何容易？誠以既為國俗，常法本身必不是成文法律，反之，牠却是一種非成文法律。既為非成文法律，常法的外延自然是十分廣漠，而難於立界；牠的內容自然是十分空泛，而難於定實。常法在英憲淵源中所以迥異於君民信約，法案或成案者以此；英憲所以難於研究者亦以此。是故法蘭西憲法學者布眉 (M. E. Boutmy) 先生有言：「英憲常以歷史的潮流推盪震撼而組合與分開各個別異部份；英吉利人民只聽其自然，一任其隨流飄泊所至。他們從不試將各個別異部份，分類作界，刪繁補簡，使之得以成爲一個金甌無缺的整體。這種散漫無統系的憲法，適足以使學者於竭力探索之後，依然茫無頭緒。」(註8)

最可異者，英吉利憲法還要吸取一種慣例 (usages)，用之以作源泉。這是英憲的淵源之第五個，又即是末後一個。本來慣例只是一個政治道德，徒以習用日久，遂成典訓。所以將常法與慣例較，兩者有一同點，即是，同具有非成文的性質；但他們又有一異點，即是，前者雖不是成文，然仍不失爲非成文法律，後者不特不是成文法律，而且不是法律。因此之故，前者得被執行於法院，故自有責效力 (sanction)；後者適得其反而已。唯其如是，戴雪 (A. V. Dicey) 先生乃爲之命名曰「英憲的典則」(註9) (the conventions of the constitution)，簡稱曰「憲典」(constitutional conventions)，即所以示別於英憲的法律 (the law of

the constitution) 簡稱曰憲法 (constitutional law)。雖然，倘若學者由是遂輕視這種慣例，並斷定他們在憲法的淵源居於可有可無的地位，這是大誤。我們須知英格蘭原為一個富有政治習慣的國家，英吉利人們原為一種富有政治經驗的民衆，隨之，不特所謂慣例常孳生不已，而且憲政制度的大部份往往建築於慣例之上。倘若專就現實政治立論，英憲的誕生與成立，與其謂為促成於法院所執行的法律，毋寧謂為促成於慣例。然則慣例在憲法的淵源中究居何等位置，學者常能推知耳。不過研究慣例有極難處。申言之，慣例的研究比之法案的考求，成案的審問，或常法的探討，以至古代約章的解詁，較為困難。誠以慣例本身既非成文，又非法律，他們的實際存在只得寄附於政治行為之上。又以自然的生長或自然的死亡之故，他們更可以隨時隨地而變異，毫不固定。篤奎爾評論英憲所以謂之為無實際的存在者以此；英憲所以難於研究者亦以此。

綜覽上文，我們可知英憲的淵源所在，即是在於古代重要典章，在於法案，在於司法判決，在於常法，又在於慣例。由是，英憲的內容亦必含有上列五種成分，我們當不難推知；而什麼是英憲的問題即亦不難答覆。茲請根據這番分析工夫而作出英憲的一條定義。

所謂英憲 (the constitution of England) 只是以法律及典則兩類規則構成的體系，依之，英格蘭的主權得以合法運用與分配於政府與人民。所有典則部份概屬非成文的要素；所有法律部份既具非成文的要素，亦具成文的要素。而且她的淵源不來自一處；而來自多處。以此之故，英憲決不能以一道或數道

公文括舉，又不能組成一個完整的體系。自歷史方面觀察，她的起原導源甚遠；更自現實政治方面觀察，她的發展尚無止境。以此之故，英憲決不是一個死物，亦不是一副機械。申言之，她是政治社會中之一種有機體的組織。

唯其如是，在英憲的研究中，我們可以發見兩件基本事實。第一，在英國中，法律不有根本大法與尋常法的類別。所謂憲法不過是尋常法律的一部。於是，憲法的制定所有程序仍與尋常法律的制定所有者無異；憲法的修改所有程序復與尋常法律的制定所有者相同。第二，慣例或典則本身原來不具有法律的效力；然而一切政治上之行動，在英國中，遵行惟謹。一言以蔽之，此項現象實生成於英吉利人們的政治習慣，（註10）而此項政治習慣實養成於他們在千百年間之民族生活。原來英吉利民族在過去千百年間所營生活常受均衡與調劑於兩種主義：其一是保守主義（conservatism）（註11）其二是自由主義（liberalism）（註12）惟其富於保守，所以英吉利法律最重先例（precedents）（註13）惟其崇尚自由，所以英吉利法律最多有冒險性。（註14）而兩者，合作的結果不但使包含於英憲中之憲典得以夾輔憲法，而且使憲典得以孳生不已，在數量上較之任何一國的憲法為更多又更錯綜變異。（註15）

由這些基本事實，遂發生幾樣特殊彩色，依之，英憲遂足以翹異於其他國憲。第一樣特殊彩色便是軟性（flexibility）。在軟性支配之下，英憲隨時可以被巴力門變易。試徵實說，例如，在英憲中，沒有一宗憲章（charter），更沒有一宗法案（statute），無論關係如何重大，巴力門不能修改，又如，在英憲中沒有一件司



法判決，巴力門不能撤廢；沒有一條常法的規則，巴力門不能毀棄；沒有一項慣例，巴力門不能變更。簡約言之，英格蘭的政治權力是操在巴力門手中。將欲明白此旨，我們最好把英憲的軟性和法憲的硬性（*flexibility*）反勘。在硬性支配之下，法憲不但取得異常的法律形式，而且造成異常的法律品格。什麼是她的法律形式？布眉（*M. Boutmy*）先生說（註16）『在過去八十年間，法蘭西歷史常時昭示我們以一個明訓，即是在『憲法』的稱謂之下，她大概是一道公文，可以有目共見，不寧惟是，她常以一定手續公布，而又公布於一定日期。在依次排列的章節之間，所有政府的權力一一明載；所有人民的自由一一保證。』什麼是她的法律品格？篤奎爾先生說（註17）『憲法在法國中常具有（至少應該具有）不可變易性（*inamuable*）。在這種通行理論之下，政府中之任何機關不能有權以改竄她的任何部份。』戴雪先生說（註18）『除却兩次憲法外，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，無論屬於何種學派，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。』由這三段引用語，我們當不難反勘英憲所有軟性的特色；而且我們還要順便補足一句，即是要說，正惟英憲有了這樣軟性，所以篤奎爾便要詫異，並謂英憲沒有實際的存在。不過倘若有人根據這番反勘工夫，遂以為英憲既是如此易變，她必然富有革命精神，法憲既是如此難變，她必然富有守舊或頑固性格，這種結論只是大誤。為此說者須知國憲不過是全國法律的一部份，而全國法律的生活不過是民族生活的一部份，所以

國憲的性格大抵不造成於國憲本身或法律本身，而造成於民族生活。法國的民族生活是如何？英國的民族生活又是如何？倘若論者審察個中異點，他必然自悟錯誤處所在。將欲明示個中異點，我們最好引用英法兩國人的自己現身說法，以求解證。譬如拿破崙第三說（註19）『在法蘭西中，我們要做出革命事業，却不慣做改良工夫。』這句話就是法國人的革命精神所表現。但是英吉利學者馬利倭（J. A. R. Marriott）却要翻造上文語句，而替英吉利民族生活寫真，他說：『在英格蘭中我們要做出改良事業，却不慣提倡革命。』論者聞之，將不難即時反駁，即謂：『難道英吉利歷史上當真不會有革命發生嗎？果如所說，一六四〇年間之大革命（the Great Rebellion）以至一六八九年之光榮革命（the Glorious Revolution），不是革命，又是何事？』此誠是矣；不過我們仍要申辨一句，即謂：就是專自這兩次革命看來，英國所有革命仍迥異法國所有革命。這是要說，後者動要徹底改革，前者却要遵守成規。所以馬利倭宣言（註20）『我國雖然不幸發生革命，這種革命仍不免帶有好幾分守舊精神，因之，當代革命家所日夕焦心苦慮者，不外要證明所有那次革命的企圖只是一種返本還原的行動。幸而在英吉利人民的政治習慣之下，此項證明尚非是絕難事實。』所以巴勒格拉弗（Palgrave）曾有言曰：『英格蘭的法案或成文法律概是重出的公文，這是要說，牠們不外要把古代法律，慣用的或成文的，或加，或減，又或改變多少，庶幾年湮代遠的法理得以顯然復彰，而新生事變亦得以應付無礙。譬如造屋，基礎不妨為舊日原有，地面建築概屬新料，故能煥然一新，事半功倍。一代制度既因襲前代制度而有所改革，則兩者所有世系與師承至不易驟然中斷。』由此綜觀，

我們可見英憲實因革損益舊有制度而生成，而守舊精神實爲英憲的第二特殊彩色。

更由此旨，我們至容易推究英憲的第三特殊彩色，即英憲的繼續性是原來英憲的生成導源至遠，即只就法律本身觀察，我們固可由今代民治的憲法而追溯及於中世紀封建時代的大憲章，試翻閱上文關於英憲的淵源之敘論，讀者即可明白梗概。倘若更就歷史立論，符禮門（Freeman）先生更進一步，還要追論諾爾曼征服以前英吉利政治制度以至條頓政治制度。符禮門的傑作常受學者稱道，尤常受戴雪先生稱道，試一瀏覽原書，讀者當能窺見涯涘，茲不復絮贅討論。不過我們所要在此地提示的要旨不是在於英憲的源遠流長，而在於英憲的不間斷性。符禮門先生亦嘗論及此旨，他的議論比任何作者爲較精警，茲特譯述之如下文，以資解證。符禮門曰：（註1）『在過去一千四百年間，英吉利人民的民族生活，雖則時受外族蹂躪，仍未曾有一日中斷。申言之，過去與現在的相互繫屬，如鎖鏈然，環與環相扣，未嘗有頃刻間分離。惟其如是，英吉利人民絕未嘗端坐靜思，謀構成一部嶄新憲法，公布之於全國，以試用一種新奇理論。大凡每有一步進展，這一步只是前一步的推升；大凡每有一次改革，這一次改革並不要完全施行新法，却不過推陳出新。我們的進步有時是較速，有時或是較遲，甚至有時竟倒退數步；然而政治的發展却未嘗有一日完全停頓，我們至可斷定。蓋自條頓民族入主，不列顛始漸被轉變爲英格蘭，政治制度的進展至今猶未可限量。』

末後，英憲尚有第四樣特殊彩色，即所謂名實相違性（unrealities）是。本來在各國中，要是不有國憲

則已，倘有國憲，則法文所規定大抵與事實相符合，縱不一一符合，彼此距離亦必不極遠，惟英憲則大異是。理論與實際往往不能一致。原來以實際論英格蘭的政治歷史只以獨裁政治開端，中間漸形成爲立憲政治，近世竟趨於『一個戴有面具的民國』(a veiled republic)。然以理論言，獨裁政治在英憲中至今尚留許多陳跡。申言之，元首在今日依然是國家威權所從出的源泉。政府的官吏只是元首的僕役；他可以隨意任免。政府的行動只是元首的行動，惟有依他的名義纔可以施行。而且元首在古代所有特權，例如批准法律，黜陟官吏及撫綏臣民，運用司法及主持直道，至今未受侵削。然而在實際上國內已有許多慣例與典則，前後代與卒之，君主在今代已成爲守府；元首的大權已旁落於閣部而歸宿於人民；特權已受限於常法，而建立巴力門政治。所以安生(註22)(W. P. Anson)有言：『因此之故，英憲在實際上只是一種畸形發展的制度。譬如一座古屋，每當新主入宅之際，必加修葺，必加增建，不但使之足以安居，而且使之足以合於時尚。唯其如是，屋內所有建築及設備皆非一手造成，他們却是由多人經營而遺下的手澤。故就實用方面觀察，居停主人未嘗不稱安適；但就美術方面觀察，整齊勻稱的雅觀不免缺乏。所以古制遺俗早成陳跡而不合時宜者，往往仍保留於現代。其結果是：在英憲中不但理論與事實不能時時一致，而且法律與典訓不免左右參差。』

綜括上文，我們可見所謂英憲實具有四樣特殊彩色：第一樣是軟性；第二樣是守舊精神；第三樣是繼續性；第四樣是名實相達性。因爲有了這四樣特殊彩色，英憲在各國國憲中不但最爲特出，而且最爲始創。

又因爲有了這四樣特殊彩色，英憲的研究在憲法的比較研究中不但最爲重要，而且最爲困難。繼此讓我們討論各家研究英憲所用方法。

原來在戴雪的名著未出版以前，研究英憲的專著各國已所在多有，但大別言之，此項研究可彙成三大類。第一類是歷史的研究；歷史學者主之，而他們的研究方法可稱爲歷史方法。第二類是法律的研究，法律學者主之，而他們的研究方法可稱爲法律哲學的方法。第三類是政治的研究，政治學者主之，而他們的研究方法可稱爲政治哲學的方法。平情論之，三大家派研究所得固然各有特殊貢獻，但仍然不免帶有缺憾。（註）試徵實說，歷史學者的研究可以符禮門爲代表，他們對英憲學問的貢獻是在於窮原委，使憲法學生由之得以知英憲所由生成。法律學者的研究可以懷萊克斯頓（William Blackstone）爲代表，他們對於英憲學問的貢獻是在於確定英憲的研究所有重心及要旨，使英憲學生由之得以知英憲在英格蘭法律中之正當位置。政治學者的研究可以貝吉（Walter Bagehot）爲代表，他們對於英憲的貢獻是在於闡明英憲在憲政上之妙用，使憲法學生由之得以明白英格蘭的政治制度在當代中所有運行實況。這是諸家學派所有長處，然而他們亦不無短處。短處何在？在於各有所偏。試徵實說：例如，歷史學者的研究詳於古而略於今，未免迷於考古學中之古典主義；法律學者的研究詳於理論而略於實際，未免失於側重法律的形式主義；政治學者的研究詳於典則而略於法律，未免遺漏英憲所有特殊法律精神。唯其如是，戴雪先生對於諸家學說遂不能滿意。惟其不能滿意，戴雪先生遂不得已，發奮立說著書，而自成一家言。試讀下

方兩段引用文（註）

「簡言之，所謂英憲的真正法律自有淵源。淵源何自來？來自其他英格蘭的法律所同出的地方。換一句話說，英憲的法律與其他英格蘭的法律，雖有同樣淵源，然而仍可以自成一種獨立而又有趣味的研究。在此類淵源之中，我們務須從事蒐討適當材料，復勤加審訂與整理。庶幾英憲的研究，縱未經多次探險，亦得以徐徐測定新領域，而造成法學中之特殊而又有系統的專門學問。本來此類學問的程途係屬新闢，故一時尙未成爲熟徑。在此際，教者與學者，當進行時，雖則有時曲徑通幽，新奇可喜，然而道阻且長，或不免時時發出行路難的感嘆。」

「此項險阻艱難固然令人生長，但亦非毫無益處。益處何在？在於逼迫我們覓取嚮導。是故在邁步前進之際，將欲隄防失路，沿途必須認清目標。目標爲何？他們是向來浸淫貫注於英憲中之三條大義。於是，這三條大義，在本書中實爲今後研究工夫的綱領。誠以綱領一經提挈，所有錯綜隱現於英憲中之問題，無論如何紛繁，均得以理董而求解答。分析言之，這三條大義可以揭櫫於下文。第一，巴力門用所立法案爲工具，可以統治全國。故專就法律方面立論，巴力門實處於至尊地位。倘若以學術用語提示，這就是「巴力門的主權。」第二，憲政在英國中純然受法律精神所支配與瀰漫；於是，在英格蘭的四境以內，尋常法律以絕對的與普遍的現象運行於全國，倘若以學術用語提示，這就是「法律主治。」第三，憲典本來不是法律，因之，英憲的典則在此地似不必問及。徒以在英憲全體中，不但英憲多有，而且憲典能佔居特異地位。將欲明白

英憲的效實，除憲法的研究外，學者總不可不知憲法與憲典所有相互關係。唯其如是，我們於此亟須揭示一條大義，即是憲典必須依賴憲法乃能責效。依此三條大義，以求推進，姑弗論將來探討所得者成何結局，然而在研究進程中，學者對於此類大義下所蘊蓄的精理，必須下許多審問工夫，明辨工夫，以至比較及解證工夫。誠如是，學者將於英吉利憲法學問上早已能得到適當開端。

玩味上文詞旨，並參證全書所解詁，戴雪先生誠能實踐所言而無遺憾。以言審問工夫，著者對於英憲的淵源，不管是古代憲章，古今來法案與成案，以至常法及慣例，必加探討，鉅細不遺。以言明辨工夫，著者不但詳闡英憲中之三條大義，而且推究各條大義下所蘊蓄的許多精義。無論在本文方面，或在註脚方面，一字一義，著者都不苟用，字斟句酌，煞費推敲。以言比較及解證工夫，著者不但抉發英憲中之原理及規則，而且旁求印證，時以法蘭西的憲法主義，或以亞美利堅憲法主義，與英吉利法律精神互相校勘。唯其如是，原書所有成就不但足以感應一代思想而風靡全世界，而且將於法律文學上永遠佔有一重要位置。

倘若更進一步，再就研究方法，詳加推究，我們當不難斷定，戴雪的這部著作不但是有數的法律文學，而且是『創作的法律文學』。第一着請先推論『英憲精義』所以出世之由來。先是在英格蘭中有一著名律師，其姓名為 Charles Viner，當將死時，他留有遺囑，贈與牛津大學一研究講座，其稱號定為 Vinerian Professor of English Law；這一講座設立於一七五八年，專以研究英吉利法律為任務。戴雪 (Mr. Albert Venn Dicey) 先生是這個研究講座的第七任教授，而第一任教授就是樸萊克斯頓

(William Blackstone) 樸萊克斯頓先生常在職時，實能本律師的專技，加以文學家的天才，將紊亂無章的英吉利法律首作科學的研究。樸萊克斯頓而後，端坐這個研究講座的歷任教授未嘗不有聞人，願就中克紹承樸萊克斯頓的遺緒者允推戴雪。戴雪先生以一八八三年四月二十一日，於行就任典禮之際，發布就任講義，即以申明本願講義的題目是：“Can English Law be Taught at the Universities?” (英吉利法律能在大學中教授否?) (註25) 倘若依當代法律專家的意見，英吉利法律只能在律師事務所 (chambers) 或法院中學習，却不能在大學中教授，因為這樣是當代所有傳統思想及經驗。願戴雪本人則以十分堅強肯定語答覆這個問題。他以為惟有在大學中，法律能作一個整體的研究，且能作一個有系統的研究。他又以為惟有在大學中，法律學生能有機會以練習解剖法律制度的本領，及界說法律概念的能事。他更以為惟有在大學中，法律教育的改造，與法律文學的創造，可以受助力及興奮力而得到成功。簡約說，戴雪生平所抱宏願，倘若就講義的詞旨玩味，實具有雙層意義：其一，改進牛津大學的法律學校，謀以科學方法研究英吉利法律；其二，做出有價值的法學專論，謀有所以貢獻於法律文學。為着實踐此旨起見，他在生時曾印行三部傑作：其一是 “The Law of the Constitution” (英憲精義) 其二是 “The Conflict of Laws” (法律的相互抵觸) 其三是 “Law and Opinion in England” (法律與公意) 將欲得到這三部傑作的評價，我們最好引用現任同一研究講座的教授所下批評。荷勒士華斯博士 (Dr. W. S. Holdsworth) 說：(註26) 「就他的『法律的相互抵觸』觀察，他自是當代一個最偉大的律師，又



就他的「英憲精義」和他的「法律與公意」觀察，他不但是一個天才的法律史家，而且是一個天才的法律學者。『綜合這三部傑作以觀，我們深表同意於荷勒士華斯的論贊，即謂：『戴雪在十九世紀的法律文學史上所有成就，恰如樸萊克斯頓在十八世紀的法律文學史上所有成就；彼此各在所生時代中永遠佔有文壇二席。』

其次，請專就『英憲精義』的著作藝術推究。關於這一層，我只好先讓荷勒士華斯代我說話。他說：（註27）『戴雪所有一切著作至足解證古今來所有一個實例，即是英吉利法律的解詁專家大抵受了樸萊克斯頓的遺蔭，總能以學者的風度，君子的品格，盡心教習法學。』於是，他們所有著作最能表現文章與法律的結晶。』這種精心結撰的著作中之第一部就是他的『英憲精義』，而『英憲精義』實為他的牛津講義之修正稿，最初出版於一八八五年。大凡在一書未出版之先，著者用功極勤，不但勤於蒐討，而且勤於思考。所以每有一種著作，他本人都以博學深思做出。他的傳者來特（R. S. Rait）告訴我們道：（註28）『他常時誦習許多典故，搜集許多成語，而一切材料，每有所得，必加仔細分類羅列。至於此後如何約成簡要知識與深刻智慧更非一朝一夕所能致，牠們都是一番艱遠的趁程。這種心得，每當用之於講義之際，煞費思量，又不知幾經修改，然後發表。每逢只可以意會不可以言傳之處，著者更費盡心機，設為各種表演方法，務使所有教材以反覆申明於各章各節而益顯，所有辨旨以巧妙筆鋒提示而盡情畢露，至無餘蘊。』唯其如是，所以即在原書出版之後，著者亦不願畫地以自限，而自慶成功。試觀原書雖首版於一八八五年，而

自一八八五至一九〇八凡二十三年間，每多一版印行，即經一次修正。因之，此書前後經修正者凡有七次；至於一九一五年，即原書開始出版後之三十年，戴雪先生誠不願修改太過頻繁，至失原有真意，乃在卷頭寫成一篇導言，長至百頁。在他的導言中，戴雪先生仍根據爲學心得，與生平實際經驗，以綜括批評英憲在過去三十年間之變遷及進步。

末後一層，請綜覽『英憲精義』的努力及成功。根據第一層論旨，我們可見戴雪在研究英憲時，所用功力的方向何在。申言之，他所以研究英憲純與歷史學者或政治學者所有動機迥異。雖則英憲的逐一制度各具有長遠歷史，而且復爲耐人尋味的歷史，戴雪本爲法律史家，蓋深知之；然而他在原書中，嘗再四申明一要旨，即是他的任務實爲在於研究現行憲法。本來政治學者的工作不但能抉發英憲的精美機括所在，而且能道達他們所以適應變異環境的妙用，戴雪對於此項工作未嘗不心折復加以一咏三歎；徒以站在法家的立場觀察，政治學者在英憲上所下工夫殊有未實未盡的遺憾。試徵實例，例如政治學者對於英憲的研究，既惟以研究英憲的慣例爲事，其工作已失之太單純；但即以慣例本身而論，他們仍不能解明此類政治慣例所以能推行有效的緣故何在。（註29）這是未盡的例證。又如英憲中最精妙的機括莫如內閣政制（the cabinet system），而貝吉的名著『英吉利憲法』所有最精彩處莫如推究此項政制的妙用一篇論文。至於內閣政制的妙用倘若依貝吉的分析，是在於行政對於立法機關的切實聯屬；換言之，內閣在當時不過是『巴力門的執行委員會』，一切惟巴力門之命是聽。（註30）顧貝吉的論文之發表時日若

加審問，實爲一八六三年，後來剛過四十年，即在一九〇八年，盧兒勒校長 (President A. L. Lowell) 始以他的傑作『英格蘭的政治』問世；故兩書出版相距並非甚遠，但彼此推究此項政制的運用却不免相互矛盾。這是要說，前者所要鄭重提示的只是，巴力門對於內閣能指揮如意；後者所要鄭重提示的却是，內閣不但能在政策方面領導巴力門，而且能於立法方面支配巴力門。(註51) 平情立論，此項矛盾並不是貝吉與盧兒勒的錯誤；其實只是改制隨時代演進而生出的變遷。然而無論如何，憲政的典則本來是有時間性的關係，因之，不似法律的基本概念一般，他們必不能具有永久性。於是，凡關於研究英憲的典俗的著作，倘若就長時間觀察，終未免帶有不實的遺憾。戴雪誠有鑒於此，故研究英憲惟以法律的觀察點爲限。

不寧惟是，更根據第二層論旨，我們可見戴雪在研究時所用功力的獨到處何在。原來戴雪本人不但是一個博學深思的學者，而且是一個富有經驗的律師。(註52) 所以他在英憲學問上，不但要撇開歷史及政治哲理的研究，以謀獨開生面，而且要繼萊克斯頓之後，專在科學的法律研究方面別具隻眼。唯其如是，他是能以能在複雜紛紜的政象之中，抉擇英憲的主要成分。又唯其如是，他是能以能在變化無窮的政治經驗中，析出英憲的中心思想。更唯其如是，他是能以能在繼續演進的民族生活中，傳譯英憲的基本概念。因此之故，我們敢於斷定一語，即謂：『英憲精義』不但可以行諸當時，而成爲英憲的科學研究之善本，而且足以垂諸後世，而成爲法律文學中之經典。爲着充分地領會這部著作的真價值起見，我們且引用兩位法律名家的贊語，以結本論。戴雪的後任人員，即桀勒達教授 (Prof. Collier)，當在發表就任講義時，曾說：

『敍論正在進行中的法律，區別生法律於死法律以外，與評判每一運動的起因及趨勢，較之論述在靜態中的法律，自然是更難的事。戴雪教授，就其生平言行觀察，當屬於第一種人物；但他的實際成就究竟達到什麼程度，凡是曾經親炙他的教訓，或曾經誦習他的著作的人們，當比我一人所能道達者較為真切。以文章體裁論，戴雪與樸萊克斯頓相較，若就氣魄與勢力觀察，當是不相上下，但就淵雅與博通觀察，前者實比後者為優。更以學問論，兩人同是淹博及周詳者流。不過除此之外，戴雪還具有批評的眼光及分析力；此則非樸萊克斯頓所能企及。不寧惟是，戴雪不但對於當時政治問題至為詳審，而且對於政治運動更能熱心參加。在他的「英憲精義」中，他不但教訓我們以憲法中之基本原理，而且教訓我們以一要旨，即是，此類基本原理，雖則不斷地變易，然而早在民族生活中培植了深根固蒂。』

在一九〇五年，戴雪的原書曾被譯成俄語，當是時，歷史派的法學名家維娜格拉德爾爵士 (Sir Paul Vinogradoff) 曾為俄譯本寫一篇導言，節譯如下：(註34)

『戴雪是一個博學深思的學者。他不但能善於分析事理，以勾取玄要部份，而且能於變異與蕪雜的實事之中，抉擇主要原理。他本來具有文學的天才，故在他的書中命意遣詞，均屬匠心獨運；因此之故，將原書翻譯成外國語言一事至不易為，不寧惟是，即在原書譯成之後，俄羅斯讀者必然尚苦難於了解，誠以該書純從法律視點，以研究英憲，解人已屬難索，不料牠還要推究許多英吉利司法習例，以解證英憲，外國人

於驟讀之餘更不易懂得。然而全書的精華所在，依我看來，正是在於這兩點，於是，該書所以難於卒讀者以此，該書所以值得玩味者亦以此。既不追溯逐一制度與逐一原理的演進歷史，復不絮絮談及全國所有憲政上之各種組織，戴雪之書惟欲給與我們以一部寶鑑，依之，英憲的法律思想，及此類思想的應用，可以全形畢現。

- (註1) 參考孟祿所著『歐羅巴政治』第一章。
- (註2) 見布眉(M. E. Boumy)所著『憲法學』(Étude de Droit Constitutionnel)四頁。
- (註3) 篤奎爾所著『美國平民政治』(La Démocratie en Amérique)第一冊第四章。
- (註4) 參考安生所著『英憲的法律與風俗』(The Law and Custom of the Constitution)第一冊，法案索引。
- (註5) 參考Pollock所著『法學及倫理學論文』二二七頁以下。
- (註6) 參考安生所著『英憲的法律與風俗』成案索引。
- (註7) 參考滂恩著，雷沛鴻譯，『法學雜言』第九節。
- (註8) 見布眉所著『憲法學』七頁。
- (註9) 參考譯本『英憲精義』首章。
- (註10) 參考盧克勒(A. L. Lowell)所著『英格蘭的政治』(The Government of England)第一冊，論英憲。
- (註11) 參考 Lord Hugh Cecil 所著『保守主義論』

- (註12) 參考 L. T. Hobhouse 所著『自由主義論』
- (註13) 參考雷譯，『法學肆言』七〇至七五頁。
- (註14) 參考 J. A. R. Marriott 所著『自由與法律』論文，載於愛丁堡評論，第五一〇期，在一九二九年十月出版。
- (註15) 參考盧兒勒所著，『英格蘭的政治』第一冊，第一章。
- (註16) 見布眉所著，『憲法學』五頁。
- (註17) 見篤奎爾所著，『美國平民政治』第一冊，第四章。
- (註18) 見譯本『英憲精義』的末冊，附錄中之書後第一則，論法蘭西憲法的硬性。
- (註19) 拿破崙第三及馬利倭的引用語，俱見馬利倭所著，『英吉利政治制度』(English Political Institutions) 三三頁。
- (註20) 見同上書三四頁。
- (註21) 見符禮門所著，『英吉利憲法的生長』(Growth of the English Constitution) 一九頁。
- (註22) 見安生所著，『英憲的法律及風俗』第一冊一頁。
- (註23) 參考譯本『英憲精義』首章所論。
- (註24) 見譯本『英憲精義』首章最後兩段。
- (註25) 參考來特所編，『戴雪官行錄』(Memorials of Albert Venn Dicey) 八六頁。
- (註26) 見同上書八八頁。
- (註27) 見同上書八八頁。
- (註28) 見同上書八八頁。

英憲精義

(註29) 參考譯本『英憲精義』首章。

(註30) 參考貝吉所著『英吉利憲法』第二論文，論內閣。

(註31) 參考盧兒勒所著『英格蘭的政治』第一冊，三五五頁。

(註32) 參考譯本『英憲精義』的末冊，附錄所載戴雪傳。

(註33) 見來特所編『戴雪言行錄』九〇頁。

(註34) 見同上書九一頁。

# 英憲精義

## 導言(解1)

### 本篇題旨

一千八百八十五年，英憲精義始以第一版問世。當是時，我正在牛津大學擔任英吉利法律的芬臬利安教授的席位；這部書就根據那時演講的草稿著成。至於演講及著書的用意是在於闡明與解證現行憲法所有三個主要特性：其一為巴力門主權；其二為法律主治；其三為憲典。由此觀之，這部書特着意於研究三十年前之憲法（即一八八四年至一八八五年間之憲法）所有精義。自第一版發行以來，該書已翻印七次，（解2）每翻印一次，原書即被修改一次，庶幾所有憲法的新改革皆得增訂。惟在第八版的印行中，我以為採用別一方法當為較便。誠以一部書修改太過頻繁，不但原有文學的意味不免損失過半，而且原有專著的研究精神不免摧殘至極。因此之故，我決意於第八版中保留原書第七版本有面目，惟於書首冠以導言一篇。至於導言的用意所在便是比較研究，即以運行於一八八四年間之憲法比較現存於一九一四年間之憲法，而加以研究。由這番工夫，三十年來所有法律與公意（解3）的錯綜變化庶幾可以綜合觀察。



(註1)更由這種綜合觀察，讀者當能明白立法或憲典在過去三十年間曾否將所以建立前代所有英憲的體系之大義加以擴大，或加以縮小。然則本篇導言殆可作為一篇歷史上之回顧文字看待。不過正在回顧當中，作者有時不能自禁，輒闖入將來的預測。其實此類預測固為縱論所必及，作者縱能自制，題旨將不許可，亦必將要求詳細闡明耳。

分析言之，題目之有待於論證者，可以括示如下：其一為巴力門主權(註2)；其二為法律主治(註3)；其三為憲法與憲典(註4)；其四為新憲思想(註5)；其五為綜結(註6)。

(A) 巴力門的主權(註7)

自法律視點觀察，巴力門主權係英吉利政治制度所有主要特性。而所謂巴力門(Parliament)實含有君主、貴族院、衆民院三者；必須三者共同操作，巴力門乃能構成。因此之故，巴力門主權之大義恰當解作，『巴力門有權可以造法，亦可以毀法；加之，在四境以內，無一人受承認於英格蘭的法律，使有權利以踐踏或拋棄巴力門的立法。』(註8)不寧惟是，巴力門所有這種權利或權力，實能伸張及於英國王的領域。(註9)自本書第一版出現於一八八五年之始，我在當日已揭櫫這些精義以教學生，從此之後，所有在迭次翻版中他們皆嘗依舊觀陳示。他們所蘊蓄真理絕未嘗受人否認。今當第八版將次出版，我們當不辭累贅，且將現存於一九一四年間之巴力門主權的大義重新估計。在此地，我們應即時有一句聲明，即謂，巴力門主權儘有依兩個方向而變革的可能性，我們必須分別清楚。第一種變革的可能性是，主權的權力所有

組織及性質可以受徹底改革，譬如，試設一例。假使英國王及衆民院會同通過一法案，以撤廢貴族院，即將至尊立法的權力留在君主與衆民院的手中，誠如是，盡人皆知此日所有主權者，以性質論，或以組織論，已不復是一八八四年間所有。第二種變革的可能性是，自一八八四年而後，帝國巴力門在實際上（雖則不是在理論上）已經對於三數屬邦之受統轄於英國王者，不能完全運用到至尊立法的權力，而建立法案以治理該屬邦。讓我們仔細審問這兩種可能性。

（1）第一種變革的可能性（一九一一年巴力門法案的效實）專就這件事考慮實際上只有一個問題，亟須解答。這個問題是，一九一一年巴力門法案（註10）會否將立法威權自君主（註11）與兩院之手移變君主與衆民院？

將欲解答此題，最善之法莫如先將貴族院在一千九百一十一年八月十八日巴力門法案（解4）未通過以前所有立法權力大致敘明，次將該法案所規定關於貴族院及衆民院的立法權力分別陳述。

在巴力門法案未通過前之實況——在那時，無論任何法案，倘若不能得到兩院的同意，無一可以通過。本來貴族院一向甚少改動關於財用草案的一部份，或否認該草案的全體，縱使以名分言，貴族院常有此項權利的主張，但以實際言，他們惟在萬不得已時候，方欲實行運用。蓋自一八三二年以來，貴族議員皆知所有民衆渴望的草案，他們必須通過，同時對於衆民院足以代表民族的意志的假定，他們必須承認。因此，縱使有某宗法案竟為貴族院所深惡，他們亦必設法通過。雖然，他們仍時時堅持一種論調，以為如果遇

有強固理由，足以證明全國民衆對於某一草案不願見他成爲法案，上項假定儘可被推翻。因此之故，各宗草案，雖則不得貴族議員的悅意，相繼受通過於貴族院，然而逐一法案，在此際，必須得到貴族院的同意，方可以依法成立。惟其如是，無人能對於貴族院的否決權加以否認。不過尙有兩種考慮必須注意。第一，自一八三二年以後，這種否決權，常運用於貴族院時，常爲暫時保留的否決。譬如，卽就一八三二年所通過的大改革法案（The Great Reform Act）而論，貴族議員實以差不多兩年的光陰，通過此案。但自從此案通過以來，如果尙有一宗法案，確屬民衆所渴望，貴族院再不堅持己見，至於兩年的長久期間。第二，在近代中所有下院大多數通過的法案，倘若從來經以事實證明，並未得到民族的同意，必遭上院拒絕。由此觀之，貴族院的舉動有時至足以衛護民族的威權，至無疑義。

巴力門法案直接所生果效，（註12）——這種效實不能以專門術語表示，只能以通俗用語敘述如下文：

（1）關於財用草案，貴族院此後再無任何立法權力，加以處置。該院儘可以討論此項草案至於滿月，但過了一月之後該草案，無論上院贊成與否，當卽成爲巴力門的一宗法案。（註13）

（2）關於任何公家草案（財用草案除外）（註14）貴族院尙有擱置的否決權，但不具有最終否決權。

（註15）

此項擱置權，依一九一一年巴力門法案第二節，貴族院尙能保留，因爲每一草案，若不得到貴族院的

同意時，必須完成下列四條件，方能成立。

其一，這宗草案，在未呈交元首批准之前，接連提出又通過於衆民院的三屆會議，但仍受拒絕於貴族院，（註16）凡三次。

其二，這宗草案，在每次通過於衆民院之後，必於閉會前一月，送交貴族院討論。（註17）

其三，這宗草案通過於衆民院時，所需時候，自第一屆會議的第二讀會起數至第三屆會議之通過日止，共爲兩年（註18）

其四，這宗草案，當送交元首裁可時，所有程式及內容，概與第一次咨送貴族院的草案所有者毫無歧異；如有歧異，則必須爲貴族院的修正案，或爲貴族院能與以同意的修正案。

一九一四年愛爾蘭政府法案（解5）（俗稱自治草案或法案，我在本篇導言中概沿用之）的歷史，至足以解證一九一一年巴力門法案所規定的奇異立法程序。自治草案最初提出於衆民院時，實爲一九一二年四月十一日；自此之後，該草案復繼續提出於下次第二及第三屆會議，故此就是連續三屆會議的第一屆。他旋得通過於第二讀會，其日期爲一九一二年五月九日。不料他竟被拒絕於貴族院，且接連三次；每次或爲實在拒絕，或爲解釋拒絕。（註19）於是，這一宗法案，依法，非待至一九一四年六月九日不能呈請君主認可。而實際上呈達君主的日期卻爲是年九月十八日，即是，比法定兩年之期間已有過之無不及。那一日適爲巴力門停會之日；這宗草案即時奉上諭批准，而不需貴族院的同意。由是，遂成一九一四年愛

爾蘭政府的法案。這宗獲准的法案所有實質實與一九一三年一月十六日（即接連三屆會議的第一次提出日期）咨送貴族院公文所有者無異。但在此際，我們遇見由一九一一年巴力門法案所惹起的困難，即此類草案在第三次咨送貴族院後欲加修正的困難。先是自治草案經過長期爭鬧，當代政治家覺得案中關及厄爾斯得（Ulster）的法律身分之處，實有修改的必要。此項感覺尤以一九一四年六月間最為顯露。政府於是以六月二十三日提出一宗草案於貴族院，其用意是在於修改自治法案，該法案在那時，尚是一宗草案。顧在草案未記載於法令檔案而成法案之前，倘若再欲用別一法案修正該草案，此舉殊不能尋出先例，即在立法程序上為毫無根據。卒之，政府的嘗試遂成泡影。迨至一千九百一十四年九月十八日，自治草案雖變成自治法案（依法律專用術語，應稱一九一四年愛爾蘭政府法案），然而並不附帶任何修正案。不過，自效實言之，這宗法案確於正式成立之日受了別一宗擱置法案修正。這是要說，在一宗擱置法案之下，一九一四年愛爾蘭政府法案被延擱至於翌年九月十八日乃能實施，甚而至於此次世界大戰終結之日乃能實施，亦未可定。於是一九一二年巴力門法案所有法律效力，政府遂得以這宗擱置法案而規避。然則就此一事變觀察，立法程序之根據一九一一年巴力門法案而成立者，實有改正的必要；此理當不待贅論。

（3）關於任何草案，倘能符合巴力門法案第二節，衆民院縱不得到貴族院同意，亦可呈請元首批准。實則只須衆民院的議長簽字證明其合於第二節所規定，便可呈送。

是故依據一九一一年巴力門法案，衆民院（實則只是院中之多數黨）但求適合該法案第二節，便能通過任何法案。然而即就第二節所規定而論，箇中所有限制已足交給貴族院以擱置的否決權，依之一宗草案可以被遏抑至於兩年以上期間，使不能成爲法案。（註20）

在這幾種情形之下，有人當辨論主權誰屬的問題時，遽爾主唱巴力門的主權，自一九一一年巴力門法案通過以後，化成君主及衆民院的主權。但比較翔實的法律意見則異是。此項意見以爲英格蘭的主權依然寄附於君主及兩院。理由有二：第一，以正面言，倘若君主與兩院合作，他們能造法，亦能毀法，決不至於抵觸一九一一年巴力門法案第二節。第二，以負面言，貴族院縱在效實上不能禁制衆民院依照該法案通過任何法案以牽動憲法，仍能在該法案繼續有效之際遏抑任何法案的效實，使不能即時生效。

綜合觀察，我們由上文所敘述及辨證，可以得到一句法律判語，即謂主權依舊寄附於巴力門，而巴力門實以君主及兩院合作構成；不過一九一一年巴力門法案會對於衆民院的名下所有權力大加特加，又對於貴族院名下所有權力大減特減。

（ii）巴力門的主權，所有領域在實用上之變革（帝國議會對於屬邦的關係）（註21）——「屬邦」一名包括加拿大屬邦，紐芬蘭，澳大利亞，亞衆民國，新西蘭及南非合邦。每一屬邦是一個自治殖民地。這是要說，每一殖民地自有一代議立法機關，又有一責任政府，即對於該立法機關而負責任的政府。

本題惹起兩個疑問：

第一疑問——在一八八四年間，帝國巴力門與自治殖民地（譬如新西蘭）所有關係，較之在一九一四年間帝國巴力門與殖民地所有關係，究竟有什麼分別？

在未直接答覆這個疑問之前，我們且先提示一要點，即專就兩個重要方面觀察，帝國巴力門（註22）在一八八四年一如在一九一四年。

在第一方面言之，帝國巴力門在一九一四年仍舊保有絕對主權於不列顛帝國。而且此項權利的主張，固然伸張及於每一殖民地，復受通帝國內之任何法院呵護維持。不寧惟是，逐一屬邦的憲法大概造端於帝國巴力門的一宗法案，復依賴幾宗法案而成立；因之此類憲章皆由帝國巴力門賦與。於是這些憲章的法令當然可受帝國巴力門隨時更易。

更在第三方面言之，巴力門遠在一八八四年前即承認一條大義的真實性，實則在北美殖民地謀獨立時代，布雅克（解6）（Burke）（註23）早能見及而極力以此旨力勸同僚，不過他們多未能覺悟而已。當是時，布雅克在一方面批評巴力門的舉措失當，謂不應行使絕對權力於美洲的麻薩諸塞（Massachusetts）殖民地，恰如對付倫敦市外之中寫郡（Middlesex）一般；在別方面，他又反覆申明雙重道理：其一，運用主權須有界限，不但限於人造法律，而且限於自然法律；其二，巴力門，或任何主權者，倘若必欲行使同樣權力於如此龐大的帝國，必然徒勞無功。惟以當局未能聽從，卒致十三殖民地離英國而獨立，布雅克遂不幸而言中。自此之後，英吉利人民，受了實在教訓，遂不能不俯首承認布雅克所言具有真理。久而久之，此項承認

的周到可以一件明顯事實證明；即是在一八八四年，甚至遠溯過於那一年以前許多年，帝國巴力門更不復課稅於殖民地，以爲母國計較利益。（註24）簡約說，巴力門的萬能權力，雖則在理論上可以承認，在實際上只能完全運用於合一王國（the United Kingdom）。

驟聞此語，一個學生或要發一疑問：即謂，如果巴力門將來永不盡量使用此項假造的萬能，作者卻要極力聲明巴力門對於屬邦，具有絕對主權，究有何用？我的答案便是：學生們，倘若不能緊記巴力門對於帝國全境，確有絕對主權的權利主張，將不能了解巴力門何故在事實上竟有時運用權力於合一王國以外，復不能了解巴力門的主權在理論上本是無限，何故在實行時竟有這樣母國與屬邦的區別與限制。而且更進一步學生們當不難尋見，即在屬邦自身着想，帝國巴力門能替全帝國立法，有時極有效益。譬如，試以畜奴制度而論，大凡有道德的思想家，對於一八三四年禁止奴隸的法案，當無不承認帝國巴力門能建立及推行這種法律於屬邦，是一美事。迨至今日，巴力門不但能禁絕奴隸制度於全帝國，而且能禁絕酷刑於全帝國。唯其如是，巴力門的絕對主權常運用於殖民地中，實足以促進人道。

繼此我們當討論巴力門與自治殖民地所有關係，介於一八八四年與一九一四年之間的兩個時間，實有許多異點。

試觀在一八八四年間之帝國巴力門對於一個自治殖民地的實際關係。譬如，即以新西蘭爲例。在英吉利政治家的領導之下，帝國巴力門在那時確能承認，自治殖民地如新西蘭者，應有權立法以



處理地方事務。然而巴力門仍有時替新西蘭或其他殖民地立法。譬如現行破產法案實建立於一八八三年；依此法案，所有宣告破產人的財產，甚至不動產之散佈於殖民地者，一概須移交破產清理機關保管。（註25）又依此法案，所有債務的清還，不但在合一王國內之債務須償，而且遠在新西蘭內之債務亦須賠償。（註26）譬如殖民地立法機關所立法律，雖則為當地居民的道德情感所許可，但有時或不免違背英吉利人們的道德情感；於是元首的否決權在一八八四年間即被運用，以撤廢此項立法。（註27）試徵實例。例如，殖民地嘗有各種草案，或承認一男子與亡妻之姊或妹結婚為合法，或承認一女子與亡夫之兄或弟結婚為合法；帝國政府以巴力門之同意常運用元首的否決權，加以拒絕。不過這種干涉及於殖民地內務的立法，時代愈進，遭逢愈少；這是無可疑議的事實。然而這樣干涉並非絕對無有。不寧惟是，關係司法方面，殖民地內最高法院的判決，在一八八四年左右，往往因敗訴者不服，旋被提出於母國的樞密院再審。又關於行政方面，母國的政府，在一八八四年間，如果真見殖民地行事不合於英吉利人所有直道的觀念，絕不遲疑而加以干涉。再次關於外交方面，英國行政的一條大義，在一八八四年之際，顯然呈露；這條大義是，所有殖民地不應直接地或間接地與外國締約。此外則有兩事卻為一八八四年之間的政治家所未能見及其一為帝國會議的重要；其二為戰時的中立。關於前者，目下凡遇有牽涉全帝國的福利之處，母國閣臣常與殖民地閣臣會面商量；這樣合作精神實為從前公眾生活所未有。關於後者，目下每遇英國與外國交戰，殖民地可以嚴守中立；此項中立的可能性實為一八八四年間之政治家的夢想所不及。

又試觀在一九一四年間之巴力門對於殖民地所有關係。(註28)

這種關係儘可約成規則而逐一縷述，如下文：

規則一 凡直接牽涉帝國利益的事項，帝國巴力門將必（雖則日形謹慎，不欲造次）設立可以適用於殖民地的法律，否則必將直接運用主權於該殖民地。

然而此項規則幾乎純然適用於與帝國利益有直接關係的事務。(註29)

規則二 巴力門絕不交付殖民地或該地立法機關以下列權利——

(a) 撤回（著者按，凡殖民地根據帝國巴力門的別一法案，以撤回某一法案的行事，不在此例，）帝國巴力門替該殖民地建立的法案；

(b) 自行以自身的利益為根據擅與外國訂立條約；

(c) 在帝國與外國將次交戰之際，自行宣告中立，或接受外國所不貢獻於帝國全體的利益。(註30)

在第一第二規則之下，帝國巴力門實有權以建立關於殖民地所有前途攸賴的法案；因之，適足以減削該地立法院與行政院所有權力。簡言之，依照現代政治狀況，帝國巴力門在上文所陳述的活動範圍內，仍舊屈服殖民地於巴力門主權之下。

規則三 帝國巴力門不但承認，而且實行下列原則，即是：任一屬邦現在實具有道德上之獨立權利（至少關及發生於殖民地境內之事端應有之），以處理帝國政府所能允讓各殖民地自行處理之政事。

試就下文所列解證，以考察此項內部獨立所有範圍：

譬如，在新西蘭中，如有純然牽涉內務的事件，除非自動請求，巴力門決不替新西蘭立法。(註31)

類推言之，任一屬邦，對於領域內所有自身利益，實有權力以立法處理。

譬如，在新西蘭中，如有純然牽涉內務的立法，元首的否決權罕被運用。(註32) 至使此項草案不能成爲法律。其實，除非此項立法真要觸犯帝國利益，或跨越權限，否決權極難有一度見用。類推言之，元首（實即內閣）決不以間接地違犯母國利益爲詞，或以抵觸母國所主張的法律原理（譬如自由貿易的原理）爲詞，遽然拒絕某一宗草案之已經通過於殖民地立法機關者，不使成立。

譬如，以刑事論，倘若刑事上之訴訟，審訊，定讞及赦宥，一概發生於新西蘭的領土以內，母國政府必不干涉殖民地政府（即新西蘭政府）之執行赦宥或不與赦罪。(註33)

譬如，以國防論，任一屬邦現在皆有全權以設立海陸軍。加之，英格蘭的政策是在一方面撤回英吉利駐防軍隊，在他方面，獎勵殖民地籌設自衛兵力，由是，全帝國的設防得以完好無缺。

譬如，以司法判決論，帝國政府現已準備答應殖民地所有期望，即是在屬邦憲法中，殖民地人民向有由該地最高法院的判決而上訴樞密院的權利，此時已被廢棄。(註34)

末後，更以憲法的修正案論，帝國政府現亦準備授與殖民地以修改憲法的權力，縱使該憲法在先嘗由帝國巴力門以一法案創造成立，亦不計及。(註35)

規則四 最近漸有一政治習慣生成，即是帝國會議應以時召集於英格蘭，會場上須有母國政府及各個自治殖民地政府的內閣總理出席。所有關於帝國的利益及政策問題皆在會中討論。自著者觀之，此項會議現在已成爲殖民地所有道德權利之一。

此項會議在三十年前幾乎無人想到；他的法定組織實構成於一九〇七年。自此之後，英格蘭與自治殖民地所有關係，遂發生一種重大變遷。

討論至此，上文所發疑問（註86）（即謂，在一八八四年間帝國巴力門與自治殖民地（註87）所有關係，較之在一九一四年間帝國巴力門與殖民地所有關係，究有什麼分別）可以用約語答覆，在前一時期，英格蘭盡量讓與殖民地所需用以整理內政的獨立權力。但生於那一時的英國政治家仍決定要保留於帝國政府許多控制權力，即用之以控制逐一殖民地內之內閣及議會；所讓與者只以不至妨害該地處置地方事務的獨立權爲限。在後一時期，英國所抱持殖民政策卻是給與每一屬邦以絕對的無限的，及完全的地方自治。（註88）至於自治的權限，僅以不至損傷當地對於帝國效命的忠誠爲限。驟聞之下，學者或未免提起駁議：即謂，英格蘭對於自治殖民地（現稱屬邦）所有在兩期間之關係，其實只是同一關係，不過以兩句不相雷同的說話表出之而已。這個駁議自有相當理由，但所持理由並不是十分翔實。誠以我的功力是用於說明一件事實經過兩個視點的觀察所得結果。事實雖同，視點各異，於是所得結果自然不無相同處及相異處。是故在一八八四年間，一如在一九一四年間，兩個時期均明知，要是不給與殖民地以自治

則已，若給與自治，該殖民地必須具有各種自治的權利。但在前一時期，自治權力雖由殖民地運用，然而殖民地所有立法權力恆受監視。申言之，英吉利巴力門及元首深懼殖民地立法或至違反母國利益或母國政治信條，所以自治權力應受加意防閑。迨至後一時期，殖民地的自治（譬如新西蘭的自治）是絕對的，無限的，及完全的。此項自治權的運用無須顧慮英吉利人民所有利害與是非的觀念。申言之，關於內務的處理，此項自治權可以推行無礙，惟以不至離叛母國為限而已。是故所謂屬邦的獨立性，若就現代眼光觀察，應解作一種自治權力，除卻各個屬邦仍為帝國之一部份外，事事可做。

第二疑問——公意與法律原屬息息相關，究竟公意在英國中，發生了什麼變化，其結果遂足以改變英格蘭與屬邦所有關係？（註99）欲答此問，請先誦亞士葵斯的議論，如下文：

「在維多利亞統治初期（著者按，即在維多利亞統治中期亦然）當代政治家所謂「殖民問題」概用兩個答案解決。其一是集中權力。這是要說，除卻比較的細務外，帝國中之各部概受治於唐寧街（Downing Street）。其二是分化，若蜂巢然，繼續分居，生生不已，即是「分窠」（Divings off）的方法。由此方法，每一民社，一經政治的成熟期達到，即可繼北美殖民地之後，自謀獨立的生活。帝國的演進至今已有一七十年經驗，依之，以審察上方兩個方案，我們相信，無一能得到國內或殖民地的贊同。以云分化，我們固知這是不可能的事，以云集中，我們漸能明見此項理論的荒謬。於是，兩者均不見採用。無論在合一王國中，或在你所代表的地方中，我們各個人都是，又同立心要做，我們自己家內的主人。這是我們的政治所有真

髓。這是帝國存亡的關鍵。」（註40）

這段文字自然是近日所有事實的寫真，但詳加審察，我們自見，在英格蘭中與在屬邦中之公意，對於母國與殖民地所有關係，近來漸形複雜，而且變遷的進程中所有的複雜性，初非泛讀亞士葵斯（Asquith）先生的演說辭而漫不經意者所能了解。（註41）其實，遲至十九世紀的後期，甚至一八八四年，許多英吉利人們，其中包含有好幾個老一輩的政治家在內，同懷一種意見，即謂殖民問題的解決全靠英格蘭能允許，最好能促進，一切渴望獨立的自治殖民地分離於母國以外，但在分離的進程中，英格蘭與他的屬地所有好感尤須保全。除此之外，英國在十九世紀之中葉，亦有一部份有經驗的官吏，別具一種見解，以為今後殖民事業的前途必有賴於嚴密監視。但這種官吏究不免懷疑殖民地能有所補益於母國，因之，每遇相安無事，他們以為不妨聽其自然，若不幸而有事，他們輒主張分立。至於就自治殖民地方面考察，雖則有時不滿意於母國政府的干涉立法，但遲至一千八百八十四年之頃，各自治殖民地尚無脫離母國而獨立的傾向。雖然，他們同時亦無意參加帝國的政治，或分任國防費用。簡約說，他們所崇信者只是放任政策。由此政策，極好的結果生焉。不但怨望盡能消除，而且惡感亦無從產出。然而大家對於帝國的愛國心亦屬闕然無有。是故由此項心理上所起之變化，遲至十九世紀末年，漸見明顯。這就是帝國主義（此係沿用今代流行語）的生成。不過帝國主義一名詞，若非明定界說，至易引起誤會。所以當用之以稱呼不列顛帝國時，我們須知帝國主義一名在此地無所褒貶。他的用法純以表示一個極重要的觀念。這個觀念是不列顛帝國

是一種值得維持的制度；個中所有涵義並非出於偏好，而出於正確的道理。按實言之，不列顛帝國對於英格蘭，及對於每一殖民地，實時常以兩種嘉惠其一，他能保證和平於世界中之最大多數民衆；其二，他能抵抗外敵，不使憑陵屬地。又以地大物博之故，帝國所有歲入儘可以供養極大海陸軍；如果英格蘭本身健在，任一最大強國將不能侵略帝國的任何地方。如其不然，倘若母國與殖民地不能合一，任一外國，或互相結合的幾個外國，必足以擊破個別勢力。惟其如是，英格蘭，或自治殖民地，必能明見分化的害處。誠以一經分化，母國與殖民地所以擁護自由及獨立的工具且將消滅；兩者皆將無以自存。以此之故，忠於帝國的心理之由忠於英國君主的誠意而表現者，且隨歷史的進程而日有發展。這種心理足使英格蘭與殖民地所有關係另得到一種新理解。這種新理解適足以促成殖民政策的大變化；於是在一九一四年間之殖民政策迥異一八五〇年間，甚至一八八四年間之殖民政策。在一方面，英吉利政治家奉獻屬邦以大量的自由，惟以不妨礙帝國生命的維持為限。然而任一政治家，倘聞某一屬邦圖謀獨立，必不可以一刻安居，而泰然自若。在他方面，屬邦不願，亦不懼，帝國巴力門以立法，或巴力門的役吏以政治行為，干涉屬邦所有內務。然而屬邦的政治家都表示願意分擔帝國的防務經費，同時復於各項會議中漸明白表示願意參加所有關於構成帝國政策的工作。不過在本篇導言中，我並不要商量合理性的帝國主義如何成立；無論何人，如果具有常識，當亦不欲在此時遽斷言帝國主義的情感將有如何發展，或有如何退步。我的論旨只要提示一事：即是，這種新帝國主義實係歷史的演進力所推盪而成的自然結果。

雖然，在未結束本論之前，我們不妨更以數語括舉尋常人所易忽略的幾件重要事實。第一，近代所有這種親善的帝國主義實生成於政治上之放任政策。誠以此項政策首先足以消除自治殖民地所有怨望，其次足以催生一種友好的感情於母國與各地居民隊裏。惟先有了這種友好的感情的存在，英國人們或外國人們之居留各地者乃能漸次明白帝國的一種制度實大有造於殖民地；同時英國人們之居留本國者亦能漸次看見各處殖民地究竟能有所貢獻於英格蘭的安全與帝國的發達。（註42）第二，從前所有容忍殖民地脫離帝國的政策現時已不復存在。所以南非洲之役並不單純地由英格蘭向一個殖民地作戰；實由各處屬邦同向脫離帝國而謀獨立者作戰。唯其如是，南非的自治，即於戰事平後未幾時，得到母國政府承認。此事的經過，徵諸歷史，恰似美國的南北戰爭。先是，南方各邦因放奴事而脫離北部，遂有脫離的戰役；其後，戰務稍息，南部復歸入聯邦；卒之，合衆國中之列邦的法律身分，復爲南部恢復如故。第三，及末後，我們還須記取一點：即是，雖則母國及殖民地的居民於帝國會議中同聲企望全帝國的切實結合，然而帝國政制的生成已足使許多愛國志士有一失望事。此事爲何？即平等公民權的建立於通帝國中之所有失敗。是原來不列顛臣民在合一王國的通國內，一律平等，而此項平等的理想，在十九世紀中葉時，英吉利人們曾希望有一日實現於全帝國；惟就事實的趨勢觀察，此項理想的實現蓋屬難乎其難。（註43）

(B) 法律主治(註44)

英憲中更有一條特性，即爲法律主治；法律主治一大義，從前所論述於本書專論中者，至今依然保存



本來面目。在英格蘭中，無一人可以因為做了不經法律明禁的行為被罰，或被勒令賠償。每人的法律權利及責任皆由尋常法院決定。以此之故，個人的權利與其為憲法運行的結果，毋寧稱為憲法成立的根據。

在本書第一篇我嘗條分縷析法律主治下之各種原理，同時為着比較研究，我並探討（*droit administratif*）（行政法）的性質，至於今日，凡所已論述者尚不須極大變易。所以在本篇導言內，我的主旨要首先提示現代人心對於法律主治的尊敬漸次衰落，其次指出法蘭西國的行政法各種變遷。（註45）

I 尊敬法律主治的衰落 最近三十年間，法律主治，在英格蘭中，不復受人民尊敬備至；而且此項心理較之古代，相去甚遠，若欲證明此說，請觀三事：其一為立法的實際狀況；其二為對於法院及審判員的懷疑；其三為無法的行動。

其一立法 自近代所有法案觀察，司法的或半司法的威權屢由巴力門以法律授與行政官吏。（註46）而行政官吏，以地位言，實與當代政府接近，以職分言，實容易被操縱於當代政府。唯其如是，法院的威權遂不免有時受排擠或受減損。這樣減損法治的威權的趨勢可以下列法案徵實。譬如，一九〇二年教育法案嘗以司法權力授於教育委員；（註47）一九一一年及一九一三年國民保險法案嘗以司法權力授於許多行政人員；（註48）一九一〇年財政法案又嘗以司法權力授於內地稅務委員。（註49）又如，最著名的巴力門法案通過於一九一一年，案中第三節即明白規定：『任何證明書，一經衆民院議長依據本法案簽發，即為絕對地有效；此項證明書不任受審問於任何法院。』如此法令，倘若嚴格地詮釋，足以庇護任一議長的

舞文弄法。試設例明之。假使有一議長，或以黨見，或以個人私利，簽發一證明書，縱令明屬欺詐，法院亦無從執法行刑。（註50）本來自歷史上觀察，衆民院一向對於法院的干涉及於根據院中命令以行事的人物，通常嫉視，因之，衆民院曾經多次抗辨，特主張本院的威權應超越國法。平情論之，前此所有如此主張，對於該院本身，並非十分有利，亦不見得十分合理，至於此次特以法案剝奪法院應有的權利實屬不合時勢的需要。雖然，這種減損法治的威權的趨勢，亦有由來，學者不可以不辨。按實言之，此項趨勢所由來大半來自近代所有立法的意見實傾於伸張國家的威權。唯其如是，國家的役吏乃不能不經理許多公家事務；教育國民的事業之經營卽是一例。至於法院，若以組織及性質論，實不適於辦理如許繁瑣的公家事務。誠以一個審判員的本務是在於依據法律的規矩以行事，無論如何，他萬不能橫加非直道於個人。是放在古諺中有一句久經濫用的話，卽謂：『與其有一宗故入，至使一個人無辜受累，寧可有十宗故出，至使十個罪犯得逃刑。』這一句話究竟能提醒我們以審判員的第一天職，卽是：他不是只要懲罰罪惡，卻是不要因懲罰罪惡而做了一件非直道的事。審判員的天職既是如此，事務員的天職又是如何？一個事務員，不管受備於私家營業，或受備於公家衙署，必須謹慎從事，務使他自己所掌理的事務，得以妥貼地處理。但他必不能盡職，如果他受了許多規則束縛，而且大凡官員做事，固須依據實證，但所得實證未必是十分確鑿。所以一個上司，對於下屬的過舉（雖則此項過舉未必出於有意，實則成於蠢拙），必從嚴懲戒，不稍寬假。在他方面，一個審判員的處境則異是：他所有對法的問題是多過於所有對人的問題。『所以酷刻的成案造成壞法律』

已成民間諺語。綜括說處務是一件事；構成司法判斷又是一件事；兩件事是不相雷同。因此之故，公家事務交託役吏辦理愈多，裁決權力必須擴張的機會引誘愈大；於是，法院往往受遏抑，使不能親理不適用於法律而下判決的事務。

其二對於審判員及法院的懷疑。倘若衆民院既能設法排擠法院，使不能干涉該院所認爲專屬衆民院的事端（這種承認的真實性自然是一個疑問），我們當不能怪責工匠階級無所愛於司法判決。直白說，每個稍知自愛的個人，均能替自己，又替他所從來的階級；一面想定，復一面期望能受一種直道的待遇，庶幾不雷同別人所受，又不雷同別一階級所受。換一句話說，個人所有主觀的直道終不免超過法院所有客觀的直道。徵實言之，請試觀工會（*trade unions*）的會員在執行該會的規約時所有行動。爲了實施規約之故，他們的行動，雖則得到成功，但不免惹起公論的譴責，甚至弁髦國法。譬如，有一背信棄約的會員於此。自其他會員的眼光觀察，此人只是一個無恥小人，徒貪私利，不顧大衆所共立的規條。雖然，試自法律的觀點觀察，他尙能守法；他的行爲尙不至蹂躪常法或法令所建立的任一條原理。於是，工會會衆，雖則忿然不平，仍然知道，他在法律的眼前，決不是犯法的罪人；因之，他們覺得，法院必然加以庇護。願以團體利益論，工會的威信必須保全，背信棄約者必須懲治，爲之奈何？無已，法院的干涉必須反抗。於是，他們遂異想天開，而發明一個新名詞，即所謂『和平的罷工糾察』是。其實，就名理觀察，這個自相矛盾的名詞，恰如所謂『和平的戰爭』及『非壓迫的壓迫』一般，都無成立與存在的理由。然而一九〇六年勞工爭訟法案在

第四節中竟承認此類不合法理的行爲，（註51）由是，這一件不合法理的行事，便得法律保障。雖然，此不獨工匠階級爲然也。是故每當法院更下判決，或當立法院通過法案，萬一竟至反對社會中之一特殊部份的道德信念，法院必受酷評，立法院必受怨望。惟其如是，歷史上反對法院或立法機關之舉動實屬數見不鮮。

其三無法。從來道德與法律關係至深，是以就現代生人的記憶力所及，無論男女，當無一人不承認破壞法律是一件不道德的行爲。不過自古迄今，常有許多慣於犯法的人們生存於社會，此等現象誠屬不幸。但無如何，就是一個騙子，一個扒手，或一個竊賊，雖則他本人常時破壞了法律，然而我們決不能歸結於一個斷語，即謂：騙子，扒手與竊賊都要相信破壞法律是一件合於道德的行事。不料最近三十年間，竟有一種新見解發生於英格蘭及其他文明國家。這種新見解以爲素來具有體面的人物之多數現在同齊抱一信念，並實行一原則，即謂：倘若違法者確能相信他的行事係用以達到一個正直及重要的目的，破壞法律不但是可許，而且是可敬。試徵實言之。例如，教士階級素爲國人所欽仰，但每逢國法若與寺院法相抵觸，他們決不恤投置國法，教士而外，則有順受的抵抗者，若遇一種課稅的用途不能贊同，他們即抗稅不繳。又自種痘法律施行後，英國中即不乏明知故犯之徒，立意打消此類法律使歸無效。復有從事於婦女選舉運動者流，其行動更爲猖獗；他們爲了目的，不擇手段，蓋自以爲手段縱是極劣，但尙有一個高貴目的，以作護符。由此觀之，抱持這種新見解的人物決不限於任一階級。

試問此項無法的現象果從何處發生？這是一個十分迷惘的問題，不易解答，下文所討論及思考不過

是他的片面答覆而已。

在英格蘭中，傾向民治的政府經以選舉權（雖則不全是至尊權力）授於公民；徒以法律的施行素本公允明確之故，許多公民遂不易覺悟一旦離棄法律主治的危險。加之，民治的情感（縱然民治的原理不是如此）正在極力要求法律須與公意相符合之際，竟有多數公民，不但違抗三數項法律，而且要懷疑國家在道德上有強制執行該數項法律的權利。於是，風氣所趨，足使忠誠信仰民治者徘徊歧路，不知所向。無法之害，他固然深悉，但以公意的參差如此，他誠不知究竟法律應與那一種公意相符，方可以消滅無法（註52）譬如，有一民族於此，他的獨立要求倘若見許，一個強大國家或不免因之崩潰，大多數人民的心理不免因之拂逆；倘若不許，在道德上實說不過去，英吉利人們即覺得十分為難。譬如，又有女權運動於此，英國婦女渴望取得選舉的權利自是一件明顯事實，而且在許多達人的心目中，她們既如此熱烈要求，此項自然權利不如索性給與全國婦女。然則在兩項例證中，又在其他例證中，往往有一種權利的主張，縱使在利害上或在常識上考慮，他們不能表同情，然而英吉利民治的信徒終覺難以拒絕此項要求。這種窘迫的情景實起自現代民治下之一個思想，即是，凡法律之反對大多數公民的深思熟慮者皆是不直。復由這個思想，遂不期然而產生一個信念於受虐於此類不直道的法律之下者的心中，他們以為在民主政治之下，凡是『非直道』（injustice），不論何種，皆可用武力抵抗。以我觀察，我們到了今日，總應一致承認一件極明瞭的事實：即是，凡個人及階級受治理於國家的強制力之下，本為文明社會的樂利及生存所繫，決不能

與一種信念，所謂服從公意是民主政治的惟一基本者，永遠並行不悖。除民主政治而外，其次則有政黨政治的錯誤發展，縱不能為無法的成因，亦可向無法暗中示意。誠以一個政黨主治，必不能在長久期間常時符合民族的威權，或常時聽受愛國心的役使。唯其如是，現代思想家所發言論往往暗藏一個論旨，即謂：民族的威權，或主權，甚至民族意志的概念，只是政治上或玄學上一種杜撰，智者棄之不屑道。諸如此類之議論具有危險性極大。幸而時以民族生死存亡所關之故，全體民衆在這一國家中轉得發生一種覺悟於腦際，即是，民族的威權究竟是一件政治的事實。又除上文所已論列無法的成因而外，我們受忠誠心理所驅使，不得不加提一個原因。這個原因實起於人民以武裝革命而反抗殘暴法律。此項無法的舉動，忠實公民甚不願張大其事，以誇示大衆。但無論何人如果感覺靈敏，必不能不承認此類革命有時應為道德所許；倘使個中人物更有表同情於現代自由黨及一六八八年的民黨所互相授受的原理者在，他們當然十倍願意作此項承認。唯其如是，此項承認即不免至於受人誤解，即謂：任何人，倘若他果能自信受了非直道的虐待，而自己的行事又無私意，決不應以倡行革命故，致被譴責，或被處罰。

II 今代官法與行政法（註53）的比較 在最近三十年間，尤其是二十世紀初期之十四年間，英格蘭的官法，與法蘭西的行政法頗形接近。申言之，今日的英格蘭正在極力擴張國家役吏的責任及威權，或（沿用一個能幹的作家的稱謂）『官治』（bureaucracy），（註54）因之，統馭官吏的法律漸次生長，而且此類法律所有彩色大足令人聯想及於法蘭西的行政法所有特性。按實考察，我們的內務役吏本未曾得

到超越法院的管轄權之法律身分，但在某種例證中（最顯著者便是在一九一一年國民保險法案下之一切問題）半司法的權力曾經給與關係政府極深的官吏。（註55）而且自社會主義發展於英格蘭以來，許多法案實受其感應而設立；因之，倘若我們要說，此類法律早經『官府化』（Officialized），亦不是過當。更返而觀察法蘭西，他的行政法亦漸有『司法化』（Judicialized）之傾向。誠以國務院（Conseil d'Etat）本身即是法蘭西國中之極大行政法院，此旨凡曾經讀本書第七板者皆能洞悉。而且所有行政法院與司法法院的相互關係全賴平政法院（Conflict Court）（註56）維持；此項制度的運用已久，亦已漸著成效。原來平政法院的組織實由國務院及大理院選出同數的審判員相與構成。因此之故，倘若我們在此際還要說，所有國務院關於行政法的判決還未能近似司法判決，只是廢話。就今日實際情形論，凡當國務院處分行政訴訟時，司法部長已不能任主席。（註57）這樣就是國務院逐漸司法化之明證。綜覽上文，我們可以由比較觀而得一結論，即謂：最近三十年間，當『官法』正在生長於英格蘭，國務院所有司法的功能亦逐漸司法化。雖然，倘若任一英吉利人，竟因這句結論而作成一懸想，即以爲行政法院或行政法曾經存在於英國，他未免犯了一種錯誤。本來法國人（註58）近來嘗極力設法使國務院在判決時成爲正式司法機關，而且設法給與平政法院以極高威權。然而國務院中之國務員並不佔居一種地位，能類似在英格蘭中之高等法院的審判員，或能類似在法蘭西中之尋常法院的審判員。他們在實際上極少被免職，但在理論上仍然可以隨時罷免。而且司法部長在實際上雖則不常出席於平政法院，但在法律的理論上仍

然是該院的主席。所以每當平政法院的審判員以同數分立可否兩面之際，司法部長必親自出席，而加入投票以決定某一問題。唯其如是，這種案件，大概爲困難而又重要者，可謂俱歸司法部長親審，並由他決定。不過外國政論家，倘若不及仔細研究法蘭西的司法制度，會要斷定國務院或平政法院的判決真能超越閣部的意見。其實此項斷定並不是十分正確。即以法蘭西本國人而論，倘若有以國務院或平政法院究竟應否更加完全司法化爲問，他們所有答案幾乎言人人殊。於是，外國政論家聞之，只得愈滋疑惑而已。但無論如何，倘若專就國務院及平政法院的組織觀察，我們至少可以得一種暗示，即謂：雖則該兩院所有判決未必大受感應於當代閣部，然而較之英吉利法院，他們究竟不免帶有政治之臭味，復不免參加政府的意見。不寧惟是，我們還須常時記取一事，即是在法蘭西民國之下，一如在前代各種政體之下，大凡國家的役吏（fonctionnaires）一概具有一種威權，爲在英格蘭中之元首的僕役所不能有。（註61）更特別者便是實施刑法的訴訟程序在法蘭西中完全受命於政府。不過國務院近年以來有一種嘗試的成功，其結果足以提高該院的聲譽，復足以惹起國人對於行政法的信仰。這種嘗試的成功，實不外伸張及推行一條精義，即是：凡在實施法律時，個人不但可固有司怠惰或溺職而受損害，而且可因適當要衝之故，所受損害遠過隣人，國家皆應負責賠償。（註62）此外更有一原理，在個中國務院的威權亦能積極伸展。這一原理是，凡一行爲，在官吏做成之後，隨被證明爲非法，國務院可宣布之爲無效。由此兩義，我們可以作一結論，即謂：這種舉動係將國家的責任盡量擴張，而擴張國家的責任實不啻爲官吏新添一層保障，誠以倘若國家自願對



於官吏的過舉肩負責任，任何人受了損害，自然樂得舍棄直接犯罪的役吏（譬如郵夫或警士）不與追究，轉向國家索償。

有一件重要事實，極與行政法的感召勢力相關切，我們不可不注意。譬如在法學大師所著憲法專論中。（註61）法學者往往主唱一種新式的分權，稱爲『役務的分權』（*décentralisation par service*），其涵義似爲給與獨立權力於各部的役吏。例如郵務的行政，依此項分權理論，亟應交付郵局所雇用人員共同擔任。是故除受國家監視外，他們可以根據平日所有智識經驗以治事；如有盈餘，他們可以分潤；如有因公貽誤而至於害及個人，他們可以局中收入，如數賠償。但在別一方面，以服務於國家而爲官吏之故，他們即不應同盟罷工，以阻撓公務；倘若竟敢罷工，應受制止。這樣解釋就是所謂『役務的分權』之真諦。至於此項陳義所以採用『分權』的名詞之故，未免令人難於索解。原來『分權』的稱謂一向只用於地方與中央相對的權限，其指意分明殊異現在此處的用法。而且該項陳義中之進行政序，以英國人的眼光觀察，誠屬複雜極至；但就中有一兩點頗饒有教訓的意味，至值得研究，這種所謂分權似乎是要把古代法蘭西所有傳統的一項信念催促復活。申言之，法蘭西人民素來崇信行政的效實，今茲提出『役務的分權』爲號召，無非因爲法蘭西國的思想家在一方面正在失望於代議政治，在他方面，特謀爲行政上別闢一新蹊徑，以圖救濟。縱使讓一步說，這樣倡導至少足以表示法國的智識階級正在專攻一項問題，其性質不免令異國的思想家及制法人們聞而迷惑，至於不知所對。試即就一種役吏如鐵道的執事人員立論，以資解

證。譬如，鐵道的員司僕役所執職務實爲一國的興衰所繫，試問他們早經知曉以罷工爲要請卽有增薪的可能，究竟這種可能性有什麼限度？讀者驟聞此問，或不免聯想及於題旨，以爲這番審問法蘭西行政法所有最近發展的工夫未免離題太遠。雖然，我要陳明一句話，這種批評實是不妥當，因爲考問行政法的現有狀況確是本論應有的文章。申言之，這種考問足以表證三事。第一，他表證介於英格蘭的官法與法蘭西的行政法之間最近固然增加極輕微的類似性；然而尙有一件基本事實，決不能因爲有了類似性而消滅無踪。這件基本事實是，行政法的思想究竟與法律主治的信念，尤其是尋常法院的至尊身分的信念，不相融洽。第二，他表證所有役務的分權一類之概念縱能實現；此類概念終不能和諧英格蘭所珍視的法律主治所有思想。第三，他更表證現有時勢正在嚴催法蘭西，同時復嚴催英格蘭，以答覆一個嚴重問題；然而英吉利人們卻未能想出一個滿意的答案。這個嚴重問題是，內務役吏及其他人員忠誠地奉行所執役務，實爲全國的盛衰所依賴；倘若他們竟利用自己所佔地位，謀以罷工或其他政治運動，要挾國家，使不得不讓步而給與他們以相當利益，這種行動究竟有什麼限度？唯其如是，當此類問題一經提起，他正在要求解答，而我們卻有志於解答而未能；然則我們卽不妨借鑑外邦，而以法蘭西所得經驗爲他山之助。故在英國方面當今正是內務的役吏，或（用穆爾先生 Mr. Muir 的稱謂）『官僚』（bureaucrats）的權力逐日增加之際，假使徒將官法的範圍擴張，我們殊未能確實相信此項企圖足以應付時勢的要求。（註62）不過退一步着想，世變既日趨於複雜，政府的功能又日形複雜，擴張官法的範圍對於今日的情勢實則不無裨補。

而在法國方面，法蘭西不但促成他的行政法院之最高機關（即國務院）之司法化，而且設法使該院漸次獨立於當代政府的勢力範圍以外。此舉在今日法蘭西中已大著奇效。返而審視英國，尋常法院向來處於至尊地位，但以之審判內務役吏的罪過，我們殊未能十分相信此項法院是唯一最善機關。在如此場合之下，我們所應有的考慮是：假使能有別一司法機關，其審判員不但富有行政經驗，與深明法律，而且佔有超然地位，果爾則以之實施官法，或能較現有高等法院中之任一分庭，更為得力。

(C) 憲典(註63)

在本論中有三點值得注意。為便於討論起見，我們儘可約之成三個問題，而逐一加以答覆，如下文。

第一問題 最近三十年間，憲典亦有極顯著變革否？

答覆 顯著變革在憲典中誠然多有，但為眉目清醒起見，所有變革可以歸納於兩綱，而且兩綱必須被分外清楚。是故在第一綱領之下，則有許多新規例發生，但繼續存在於憲典的範圍中如故；而在第二綱領之下，則有許多典則，自一八八四年以來，漸次化法律，或與法律本身所有改變互相切實聯絡。(註64)後者可以被稱為『制定的典則』(enacted convention)。

關於第一類典則 此類典則發生，並不須牽動法律，即足以應付新時代的要求。試徵引實例作證。在一八六八年，保守黨時方當國，內閣於改選後大失敗。地士烈理先生(Mr. Disraeli)不俟巴力門召集，即先辭內閣總理職。同樣慣例被襲用於格蘭斯頓(Gladstone)，時為一八七四年，既而又被襲用於地士烈

理（在那時他已被晉爵爲比芹士斐勒爵士 Lord Beaconsfield）時爲一八八〇年末後再次被襲用於格蘭斯頓，時爲一八八六年。此類辭職行動概隨大選後之失敗結果而發生，適與披勒（Peel）在一八三四年間所交下的先例相反對。當是時，披勒所領導的保守黨已失敗於大選，但內閣不即時辭職；內閣辭職，實發生於巴力門集會以後，其原因爲不得到民衆院的信任。雖然，在這一次特殊際會中，披勒實能領導少數黨於衆民院，以抵抗多數黨的壓迫，不屈不撓；是以保守黨雖受挫於大選，但尙能支撐局面，不遽屈服於衆民院，此皆爲披勒之力。不寧惟是，披勒更能曉諭全國以一事，卽是：雖則他本人與黨中同志力拒憲法再有第二次大改革，然而他們皆以誠意接納一八三二年巴力門改革法案；同時他們復不贊成一切反動政策，而設法給與全國以修明的行政。凡諸如此類之事實，不但足以使披勒本人壯氣，而且足以使選民諒解。此旨學者不可不知。至於新建立的典則，蓋別寓深意，學者更不可不察。申言之，這條典則直接地要迫促內閣在大選舉失敗後旋即辭職，間接地要承認選舉團在政治是一個主權權力（註65）而且他的寓意有時還要轉變一個大選，使之化成一個判斷，卽謂：某政黨在新選的巴力門應有任期中，應出而主持國政。不寧惟是，這條典則還要轉變一個大選，使之化成一個內閣總理的選舉會，以指定某人應出而組閣。（註66）卒之，自這條新典則成立而後，卽有許多政治的或憲法的變革隨緣而至。譬如，政黨領袖每以時會演講於一選舉區，用以發表政見，當時聽衆雖限於一隅，但所有功效直可傳播於全國。此亦爲一種新政治習慣，不但披特（Pitt）不及知，卽披勒（Peel）、羅素爵士（Lord John Russell）或巴麥士登（Palmer-

ration)亦不及知。

在政治習慣或憲典中，更有一項變革，其結果並不至於牽動法律。不過該項新建立的政治習慣，雖則是重要，然尙少人與以相當注意。個中所有原因可分二端：其一爲他的生成極緩；其二爲他的意義極廣泛無一定。但無論如何，此項習慣經有實際的存在。依此習慣，凡君主或君后不但對於人民的道德感情須有同感，而且須能替人民作喉舌，以發表此項感情。道德的感情爲何？有如仁慈、博愛或愛國心是。顧此類同感的發生，只是近代所有事。按實言之，維多利亞后實爲此項習慣的創始者，故她的行事實大有造於帝國政治不淺。若在維多利亞以前，佐治第三固然少有此項表示，即其子相繼登位，仍然不聞有此項表示。（註67）唯當維多利亞主治時，這種習慣乃能確立，又自一經確立而後，這種習慣的用處日見推廣，迄於今日，而用處益增多。在此際，惟有游移不定的陳詞能施行這種關係重大而界說無定的政治事實。是以當合一王國發動第一次盛大的帝國戰爭之始，全國人心皆能憶及英國王是通帝國中之適當的與唯一的代表；此旨

在當時自是十分重要，由此一念全國的同仇敵愾之心不覺油然而生。（註68）

政治典則的別一例證，可索取自衆民院在一八八二年後所陸續建立的議事規則。此類議事規則均具有一定主旨，即是：凡遇院中之少數黨欲以種種方法延宕某一宗草案的通過，此類規則皆得被應用以減削障礙，甚至有一草案受院中許多議員反對，此類規則，倘善於運用，亦能令該草案於較短期間迅速通過。試徵實例，則有所謂『討論終結』、『斷頭臺的終結』及『袋鼠的終結』。凡諸如此類之策略，假使再

有紀律森嚴的多數黨以立於背後，大足以幫助歷屆政府建立許多法案。換言之，過去三十年間，有了許多立法，倘若不採用此類策略，政府必不能使其通過於衆民院。這是不可否認的事實。至於由此類策略而得到的結果，究竟在自由討論方面着想，會否以太高代價換取，此爲別一問題，我們可以不必措議。在此地我們所願提示的要旨，只是這樣議事規則，以嚴格論，不是法律；他們不過是衆民院所承認的巴力門習例。

(註69)

關於第二類典則，第二類典則可稱爲『制定的典則』，其指意是一種政治的了解，由巴力門以法案承認，便接受了法律效力。(註70)或竟在法律的變革之下而產生。此類典則(註71)的最好例證，莫如在一九一一年巴力門法案所有間接發生的效實中(註72)索取。

(1) 這宗巴力門法案，關及上下兩院在立法事端上所有關係，漸趨於確立一宗成文的，或(較正確地說)一宗制定的憲法，恰與從前所有一宗不成文的，或(較正確地說)一宗非制定的憲法相反。(註73)

(2) 該法案對於一項御用特權，依之，凡遇一草案爲貴族院的大多數反對而不能通過，元首得以增設貴族議員，以『壓倒貴族院』，大加限制(雖則未嘗絕對廢棄)。本來此項特權的運用在歷史上，只實現一次，即遭逢於安娜后(Queen Anne)的治下之一七一二。除此之外，更有兩次可以實現而終不實現，即是倘若貴族院決然拒絕一八三二年巴力門大改革草案的通過，威廉第四會要使用此項特權；倘若貴族院決然拒絕一九一一年巴力門法案的通過，佐治第五會要採取同樣手段。在兩次中之任一次，兩屆

內閣所根據以陳請元首執行此項特權的理由，皆謂：除採用如此決絕手段外，英憲再不設有別一善法以迫令貴族院服從全國的意志。但自一九一一年巴力門法案成立以後，前此所持論據已失去權威。繼自今，倘再有內閣以此舉請求，英國王儘可回答，即謂：『倘若人民真正渴望實施這一宗剛受貴族院反對的草案，你儘可在兩年內轉變之爲巴力門的法案，且不須得到貴族院的同意。』（註<sup>74</sup>）然則一九一一年巴力門法案，由上文所論觀察，確能推翻一八三二年與一九一一年間之貴族議員的增設所有立論根據。

（3）在該法案的運行之下，每屆巴力門將來大抵均能壽世五年，或不致中途解散。是故當研究該法案時，學者應緊記兩三件事實。第一，自多數黨方面觀察，倘若他們知道本黨已失卻衆望，他們必將盡力反對解散。是何以故？則以在大選舉後，多數黨或變成少數黨之故。第二，凡是不當官的議員，依該法案，皆得受年俸五百金鎊，如此厚俸必能感動少數黨中之議員，使不主張解散，因爲五百金鎊的年俸，由此可以不至受犧牲。第三，巴力門的解散本來在歷史上，譬如，介於一六八八年光榮革命與一七八四年之間，絕未嘗有以政治緣故解散巴力門；有之，惟以君主死去的緣故（現今已無此項習例），或以在七年巴力門法案下所有法定期限的緣故。是以在這九十六年中，民黨中人（the Whigs），尤其是布雅克（Burke），極力否認君主具有得任意解散巴力門的權利；因之，一七八四年的解散至被指斥爲『行刑的解散』（penal dissolution）。試將法國所有政治形勢作比較的研究。在法蘭西民國之下，議會可集會四年，但在這四年的期間，總統得以元老院的同意而隨時解散議會。但在實際上，只有一次解散發生於過去三十七年間，因

之，我們當可推斷，這樣單獨一次的用法將來必使總統的解散特權變成絕響，無人再彈。依同理以觀察英國的政治形勢，我們似可預料，御用解散特權將至被棄置，不用於英格蘭。雖然，倘若專就憲法的原理立論，貝吉 (Bagehot) (解7) 對於解散權的運用，別具見解；學者亦不應忽視其論旨。申言之，內閣總理，當自信得到全國為後盾時，一面既能推翻一向擁護自己的衆民院，一面又能直接請命於全國民衆。此為解散權在憲法上之作用。這種作用，依貝吉所論，就是英吉利憲法高出合衆國憲法的處所。

(4) 又在該法案的運行之下，衆民院中之多數黨足以反抗或踐踏選民的意志，即是民族的意志。這是一件確定的實事，不容駁難。譬如，試以自治法案作解證。本來自治法案實為大多數選民所反對，又為愛爾蘭中之一部的少數人民所深惡。兩者皆是歷史上不可否認的事蹟。加之，依歷史所記載，在前此三十年間，貴族院以兩次拒絕自治法案，復以兩次得到選民的同情。即在第三次提出時，仍有多人主張聲請國民公決，徒以衆民院中之多數黨不願採納之故，卒不見諸實行。此事亦是確鑿不移。然則綜合以觀，任何人，倘若果能拋棄成見，當無不承認，現代英憲包藏一種可能性，即是黨法之根本變更，縱使反對民族的意志，亦可由衆民院中之多數黨實行。

(5) 這宗法案可以提高議長的身分，復變更議長一席的性格。原來衆民院的議長一席極為重要，實為一院之主腦。雖則選出自一政黨，向來任議長者常努力做成全院的代表及嚮導，而不做任何政黨的領袖或僕役。這是衆民院在歷史上所有莫大光榮。故以性格論，凡議長之薄負時譽者莫不勉力保持一種司



法的及超然的性格。關於這一層工夫，歷代議長皆能大有成就，且遠過於各國中之下院的議長。唯其如是，凡一議員，倘若曾經一度被選為議長，即可繼續當選於各屆議會；至於衆民院中之多數黨究將誰屬，亦無關係。此係憲典中之一慣例，在今日幾乎變成憲法中之二規則，必須遵守。譬如有一議長，本以自由黨的大多數選出；迨至下屆議會，縱使保守黨占居多數黨的地位，他仍然繼續當選。譬如，又有一議長，本以保守黨的大多數選出；迨至衆民院改選之後，縱使全院的多數黨為自由黨，他的議長一席依舊保存。不過自一九一一年巴力門法案成立以來，議長的身分不免受了牽動。例如，在該法案的運行之下，凡草案必須依案中規定的立法程序然後得通過者，議長在此際必須親筆寫成證明狀，並署名，即謂：所有法案中之一切規定均經切實遵照。如其不然，該草案即不能成立。因之，議長的威權不覺大增。此項威權的運用不但須取決於他的知識，而且須取決於他的良心。但無論如何，國人對於此項行動，必有贊成者，亦必有反對者。於是，關於議長能否忠實地發出證明狀的一問題，必至意見紛歧。然則衆民院中之多數黨，在此際，那有不希望議長能與自黨同懷抱一樣意見之理？這一句話並不要說，議員諸公要戴一個棍徒為議長；他只要說，他們所期望於議長者，不是一個審判員，卻是一個忠實的本黨同志。由此觀之，這宗巴力門法案實有害於議長向來所有司法的性格。試觀合衆國的國會，在該國會中，衆議院的議長是一個有品行又有勇氣的人，但他對於黨的關係甚深，直可被視為衆議院中之多數黨的領袖。

第二問題 此類新憲典究有什麼普通傾向？

答覆 普通傾向有二端：其一傾於增加巴力門中之多數黨（實則只是控制衆民院的多數之政黨，至於此項多數怎樣集成功可以不論）；其二傾於付託立法大權，甚至整個政府的權力，於內閣的掌握中。原來內閣在英格蘭中是政治上之唯一工具，由之，衆民院中之多數黨得以運用他的權力；同時，內閣在英格蘭中又是國家的唯一重要機關，他不但一味供多數黨使用，而且能控制與指揮巴力門。唯其如是，英美兩國中之著名作家，凡曾經用過一番苦工以分析英吉利政治制度的組織及功用者，同歸結於一個堅決信念，即是：政黨的體系，或（用亞美利堅稱謂）這副機器，所有硬性與力量不但繼續存在，而且逐代增加於英格蘭。（註75）

不寧惟是，一切政治的活動，在英格蘭中，均傾向一種趨勢，即是：政治舞臺上之領袖人物各在巴力門中駕馭自己的政黨機械。一個新內閣，在雲眼間可以成立，而且完全構成於巴力門中之多數黨的黨員。至於反對黨的黨魁則帶領黨中同志，努力奮鬥，務求有出而當國入官之一日。簡約說，政黨的鬭爭，在英格蘭中，一方有政府黨，對方又有在野黨，雙方旗鼓相當，兵力悉敵，復各以『巴力門大家』居中策劃及調度。至於選民只在名義上，可算至尊，因為他們可以在選舉時促成政黨的起落，隨之即有政府的新陳代謝。然而在實際上我們當可以一語道破個中奧妙，即謂自『五年巴力門制度』造成於一九一一年巴力門法案以後，不列顛選民團，除卻選擇某一政黨或某一內閣總理以治理全國且於五年的長久期間外，不能多做別的行事。一個內閣，倘若在巴力門中能固定地號令一個多數黨，縱使此項多數的數量並不是極大，必可

以運用政府的權力，而無多大阻礙。誠然，現代『巴力門分子』出頭以致演說詞於衆民院者，其人數超過五十年前。但正是因爲有了如許雄辯的機會，每一個『巴力門分子』倘若在內閣中既無職守，在反對議席中又無領袖資格，只覺大殺威風。試一回溯巴麥士登的時代（Palmerstonian era）不時還有幾個雄辯家不斷地運用自己的威權於院內或院外；若在今日，此項特殊利益當不是非內閣閣員或非候補閣員所能享受。任何人，倘若他的政治記憶力能伸張及於克里米亞戰役（the Crimean War），即在六十年前事，將必能想起，丁茲如許艱危時代，政治家，有如魯布克（Roebuck）、巴勒麥（Roundell Palmer）、伯丁（Cobden）、伯賴特（Bright）諸賢，不管在朝或在野，所發議論咸見重於當世。申言之，這類名言議論，政府或反對黨決不敢藐視。不幸立法事務在現代幾乎盡歸內閣所壟斷；於是，任一巴力門中之私人分子，倘若未得到內閣維持及扶助，罕有機會以通過本已的提案。任一巴力門分子可在衆民院演講；但每逢內閣總理認定時機已到，他即能減削討論某一宗草案的機會。本來這種討論的自由原屬巴力門政治的要件；然而在現代衆民院中此項習例日見消沈。不寧惟是，甚至關於民族利害的問題，衆民院有時亦無從取得確實答覆。如此奇觀，倘若從法律的視點觀察，實不能適合於憲法。然而在一九一一年巴力門法案的運行之下，所有歸於內閣掌握中之權力，在實際上可以做出任何事；但只有一例外，即不能替大眾享有的政治效能是。這一點就是憂危所在。因此之故，憲法在今日或可以不必更動，但在至低限度中，我們亦不能不主張憲典的改革。雖然，猶有辨。學者須知所以使我們感覺危懼的理由決不是在於執政的太過強有力；反之軟

弱政府只足以產生惡政治。然則憂懼何在？在於執政者代表一黨之處多，而嚮導全國之處少。方今世界大戰正在開始，凡一人若能平心靜氣，自然不欲在此際爭辨一事；即謂，在如此存亡絕續之秋，全國對於民族獨立的熱念，尙不能轉變政黨支配下之政府，使之努力於保證民族的安全及榮譽。雖然，這件事實在此際固然是真切，但仍然不足以遮掩政黨政治的趨勢；即是國家的政治大權，向來應屬於民族者，現在常有交託黨人之傾向。（註6）

第三問題 憲典的責效力，依本書的專論所探討，是在於憲典與法律主治所有切實聯絡中尋求；最近三十年間之經驗，足爲此說作解證否？（註7）

答覆 從最近三十年間所有經驗視察，這條精義可以解釋及證明於下文。邇來每屆巴力門必通過叛變法案，與每年政府必召集巴力門於威士敏士惕（Westminster）由此兩事，我們即可概見憲典的規則確被施行。至於此類規則所以能見其實行者之故，只有一簡單理由；即是倘若忽略了此類規，所有守官奉職的人們個個將不免投於法網。試徵實言之。譬如，叛變法案本是一宗年年通過的法案；假使該法案有一年不通過，軍隊的紀律既無法律根據，將必無從成立。譬如國家的財用必有待於巴力門的批准；假使巴力門有一年不召集，許多種類的賦稅，到了會計年度既經期滿之後，必停止繳納；縱有許多種類的賦稅尙可依永久法案徵收，但一經收入帝國的國庫之後，政府亦必無從得到法律根據，而支用此類存款。不寧惟是，慣例所許可的行事，若使無法律根據；其結果仍足以陷政府於蹂躪憲典或破壞法律的危險。最近在一

千九百一十三年中，有一實際經驗，至值得注意。先是，貴族院在一千九百零九年間，爲着迫使政府解散衆民院，特拒絕預算案的通過。本來以法律論，貴族議員的行爲，在那時，純然合於法理；但以事實論，他們的行爲至足以發生許多窒礙。幸而新巴力門旋即召集，所以貴族院的拒絕預算案之通過，尙可以勉強得一救濟辦法。於是，所得稅一項，向來須賴巴力門每年以法案規定而徵收者，在那幾年間，只能以衆民院的決議，且於正式法案未成立之頃，提前征取。在此際，適有一聰明人，欲對於政府所採用徵稅的法律手續，加以一種打擊。於是，當英格蘭銀行既從他的貯款中，提出若干，以代納所得稅之後，他特向法院起訴，要求照數交還。卒之，這一位豪膽的原告人，得以照數恢復此項無法律根據的稅收。綜括說，布勒士先生（Mr. Gibson Bowles）在訴訟上所得勝利，不但是個人的勝利，而且是法律主治的絕好表證。（註78）

（D）三十年間新憲思想的發展。

憲思想大別爲四：（1）婦女選舉權，（2）比例代表，（3）聯邦主義，（4）復決權。

#### 兩項概觀

此類新思想的批評，以限於篇幅之故，將不能盡情發揮；故爲便於討論起見，請先論述兩項概觀。

第一概觀 今代進步或文明國家的國民，在政治上所有新發明，比之在其他活動中之創造性，似乎較爲短少。譬如，代議政治所以受今代思想家特加重視之故，大概有一半是由於此項政治，係屬一種發明或發見，實爲雅典或羅馬公民所未嘗知曉。（註79）不過在此地我們亦應有一句話聲明，即謂嚴格言之，實

則無論代議政治羅馬帝國主義，或任何政治的改制，俱不足以言發明或發見。誠以此類改制，若不是來自做效的結果，他們就由於自然生長，不待人造，且不管人們採用任一方式，其主旨不是要使新理想有嘗試機會，而在於應付目前的需要，及解決實際的困難。在英吉利歷史中，新憲思想的紆徐發展，當以維多利亞時代（一八三七至一九〇一）為最顯著，又為最不可解。他本來是一個富有智識活動及事功的時代；他又是一個科學思想最發達時代；他更是一個歷史的智識最長進時代；但他竟是一個政治或憲法最貧乏時代。這種矛盾現象入二十世紀後，依然未改。唯其如是。在本篇導言中，凡我所稱為新思想者並不是因為他們本身具有創造性；他們的新穎處只是在於過去十四年間所惹起的新興趣。

第二概觀 此類新思想有一通病，即是：凡屬良好法律，在建立之先，必然抱有一定目標，而勉力趨赴；此類新思想均不能注意及此。但這個概觀尚須詳細闡發。

在民治政體之下，凡有立法必須着意於求取兩個終局。兩個終局，雖則同屬重要，但必須區別清楚。第一終局是良善法律的通過及維持。良善法律為何？即足以增進一國的幸福及安樂者是。這種法律在他們本身上自有可取，因之，在社會上最為需要；此旨當無待贅論。試徵實例。譬如，倘若自由貿易，真能協助英吉利人民取得價廉而質美的食物，復不產生別種流弊，任何人必不出而抗議，即謂，五穀律的廢除不是良善法律。倘若種牛痘真能排除天花痘的散佈及傳染，復不產生他種病害，全國公意（就是勒司特，Lester's）的公意亦包括在內）必異口同聲，皆謂，強迫種牛痘的法律是一良善法律。第二終局是在於保

證一事不使發生；這一事是任一法律，倘若深受全國人民（譬如英吉利人民）反對，即不應通過及維持於一國（譬如英格蘭）。這個終局凡在可能實現之所，皆應保持；此旨當為深思遠慮者所承認。誠以一宗法律，倘若違犯全國人民的公意，倘若人人恨之刺骨且無人願意服從，必終歸於無效，或竟不能作為法律看待。縱使在君主國中，君主的權力足可以不顧人民好惡而強行一種法律，但強行的流弊或者至於摧滅一宗良好法律所帶的效實而尚有餘毒。唯其如是，英吉利政府在印度中遂不能不容忍許多固有制度，如階級制度之類，誠以此類制度雖則為英國的公意所不滿，然實為印度的公意所贊許。依同理，英吉利政治家所以不願禁止焚身殉夫的陋習之故亦可解明。綜合以觀，當可約成兩義：其一，立法須合於事理（簡說妥善）；其二，立法須合於人情（簡說中意，至少亦不可是不中意）。雖然，兩者在立法的實際當中頗難常時得到，尤難同時達到同等程度。可惜，英吉利人們對於此旨甚少覺察。因此之故，我們不妨徵引英吉利立法史中所遭逢的困難，以資解證。（註80）譬如，一八三二年，改革法案，就許多英吉利歷史家及思想家的判斷觀察，不但是妥善的法律，而且在初立時他是中意的法律。當是時，王黨對於該法案，所有反對力量，自然是極大，不可輕侮，但全國人民對於該法案的通過，表示熱烈歡迎，亦是歷史之不可磨滅的事實。譬如，一七〇七年合一法案，就事後觀察，自是法令檔案中不可多得的最妥善的法律之一宗。他賜與英格蘭及蘇格蘭的居民以無限樂利。他創建大不列顛，由是，遂授這個合一國家以強大權力，在一時代足以抗衡魯意第十四（Louis XIV），又在他時代，足以抵禦拿破侖。迨至一八三二年，全國正在熱烈地運動憲法的改革，但

不有一個人，不管他是民黨，王黨，或急激黨，要提議將合一法案撤廢；由此一節，更足證明該法案的成功。然而在初立時，該法案並不受歡迎於蘇格蘭，即在英格蘭中，選民亦未見得十分中意。譬如一八三四年貧人法案的通過，自是民黨的最有愛國心的建樹，他足以拯救各村區於危亡崩潰；他足以賜與實際的幸福於鄉間工人。但該法案在初立時並不大受歡迎，而且深受鄉間工人嫉視。譬如一八三二年改革法案在最初成立時，本極得人民的悅意，上文已經提示，詎料剛在通過後之兩年，改革家正在希望長此大受歡迎之際，英吉利人民視之，淡然若忘。由此觀之，立法所有妥善性，與人民的中意，未必互為因果；此旨一經解證之後，至易明白。試依據此旨以觀察一九一四年之憲法改革家或創制者，我們徒見新憲思想足以驅使他們着意於一點；即是任何法律倘若要由巴力門通過，須要取得人民中意；至少在最低限度，不惹起人民的不中意。至於立法的別一終局，即是立法須是妥善的終局（換言之，立法須能增進實際的幸福於全國）他們絕不計及。於是，古代一種迷信所寄託於『民聲即天聲』的格言之中者，遂得復生於今日所謂科學時代。本來現代政治正在趨於民主化，這種堅信人民的聰明智慧的心理，雖係再生的信念，實與時代的背景適合；因之，他當然可以吸取新力量於現代社會，可無疑義。雖然，我們對於這一件事實竊有一種推測，即謂：此項迷信的新生命大抵生於功利主義的衰微。誠以在古代時堅信民聲的心理，與『自然權利』的理論，深相結納，而後者大為邊沁（Bentham）與其門弟子抨擊，卒被駁倒。（註81）因此之故，當功利學派的勢力正在低降，我們自然不必怪異，堅信民聲的心理捲土重來。不過一般人士，在此際，此免忘記一事，即是自然



權利的信條並不單獨被難倒於邊沁的同門；即在十八及十九世紀中，凡未嘗表同情於功利主義者，仍然抨擊及駁倒此項信條。

新憲思想的逐一批評（註82）

（丁）婦女選舉權 原來婦女應有選舉巴力門議員的權利之一種權利主張並不是新要求。當在十八世紀之末葉，英國已有此項宣言（註83）不過尙未有顯明及系統的運動。按實言之，這種運動可謂開始於一千八百六十六年至六十七年之間，當是時，彌勒（M. MILLER）首先贊助此舉於衆民院。

討論此題可分兩層說法：其一探討此項運動的成因；其二敘論正負兩面的辨論要旨。（註84）

成因 婦女選舉權運動的一切成因可以括舉如下文。自十九世紀初期以來，即有許多婦女，終身不嫁，復能自食其力。加之，這班婦女，或以文字成名，或建樹其他事業，漸有勢力於合一王國。本來在合一王國中，全國人口若依性別計數，女子常多於男子；益以男子好移殖於各處殖民地之故，女子超過男子之數日見增加。惟在生計方面，凡有男女職員之處，女子所得工資常比男子所得者爲少。此事至足以惹起注意。當是時，適有一種空想流行，即謂：工資可以立法權力增加。於是，政治問題遂由生計問題惹起，時人往往懸想巴力門選舉權的缺乏爲工資受減削的成因。更在政治方面，社會政策正在盛行，國家的活動因之日增，於是婦女所有利益即不免時受牽動。在此際，凡關於道德或宗教上之爭端，選民嘗不斷地要求婦女的參加及合作。因此之故，女權運動大得到宗教家的同情，就中尤以英吉利教士爲最熱烈。他們蓋深信婦女的政

治權力會要增加英格蘭寺院在政治上之威權。這種實際狀況，以及其他狀況之在讀者的記憶中者，大足以促進婦女選舉權的運動，而使其繼長增高。

**辨難主旨** 關於婦女選舉權所有辨難，可分兩綱，每綱各可分正負面。倘在一綱領之下，正面與負面所持理由分別敘論，則辨難主旨自可以簡明地表演出來。

**第一正辨** 每一國民，或（沿用普通演講所有稱謂）凡依合一王國的法律而納稅的一個人，皆應有權以投票選舉議員。而每一英吉利婦人在合一王國的法律之下，均須納稅，因之，每一英吉利婦人即應得到選舉權。

**答辨** 此種推理未免太過牽強。如果依此項理解以推進，辨者的言語必將歸宿於一結論，即謂：凡民本政治，無論任何形式，總應以普通選舉權的存在為基本。本來這種主張，依極端女權黨人的意見觀察，決不是過當，而由此推以得到的結果亦不是荒誕無稽。但就許多穩健的英吉利男人及英吉利婦人的意見觀察，在一方面，他們正在對於男子的普遍選舉權制度之施行十分疑慮，在他方面，他們自然不能承認此項理解所得結果的真實性，即所謂全國男女，一經成年，便應有權以票選議員。倘若學者能分析事理，而至於深入精微，則反對論所有堅強論據他自能灼見。因之，他必然首先認明一要旨，即是，大凡許多民主政治的公式，譬如，所謂『納稅的責任附帶選舉代表的權利』一類公式，實為主張婦女選舉權的正辨所依據。隨後，他的答覆便是，原來許多所謂民主政治的原理，或保守政治的原理，不外是一種口號，雖附有少量牽

強湊成的事理，但混有多量謬見。繼此，他還要提示一個真理，即謂，大凡以取得選舉權力為一種權利的享受者，只是幻想。按實言之，選舉權卻是效忠公家的一種義務；至於這種義務究竟應否給與英吉利婦女，或應否暫時保留，只可以他們的取得選民資格能否有所貢獻於英格蘭的幸福以為斷。

第二正辨 性的別異不應被用為歧視國中男女的標準，於是，凡人不應身為女子，便不被許得到男子所已得的同樣政治權利。況以實際經驗觀察，女子的能力並不亞於男子，而在一定事業中，女子有時還要勝過男子乎？此項辨理，倘若被約成一具體的問題，更是有力，所謂：以奈亭給爾（Florence Nightingale）女士（解8）與她的御者比較，後者若是一個年納屋租至於十鎊的宅主，或是一個價值四十先令的業主，即得有權選舉；而前者雖則是女子身，然實具有政治家所應有的品格，況復在實際上她所行事的成功實超越許多巴力門分子，她不但能以客觀態度運用她的權力，而且能運用所有權力以造福於國家，卒之，她的選舉權依然被否認；試問這種不平待遇是合理否？就這個問題所含辨理觀察，我們當可以毫無疑慮而斷定一語，即謂：許多婦女，許多選民，甚至許多議員，必然以為，這是不可駁倒的論據。

答辨 上文所含辨理是以兩性在政治上應受平等待遇為根據。無論主唱者能自覺與否，此項主張實所以替女子要求巴力門及內閣的位置。不寧惟是，他還要替女子要求陪審員及審判員的資格。簡約說，兩性的別異，本是一件普遍的與基本的事實，主正論者卻以為不足輕重。其實在過去三十年間，關於這一個論據的主張及反駁，已有不少文章，我可以不必徵引於此地，以溷讀者。但有一事都是十分確實，即是所

有反對婦女選舉權的理解以全體論，至能契合事物的天理。在此際，主反對論者儘可重新提起布雅克（Bryce）的名言，以結束本論。自然，婦女選舉權運動，在布雅克發論時，本未發生，因之，他的議論原非針對女權黨人而發表。但一經增加數字，這番議論即可爲主反對論者張目。其言曰：『凡在公私事務上嚮導我們的原理，本來不由人造，而陶成於萬事萬物的動力及原質。此類原理將必與日月同壽；雖遠至民黨，王黨，司條雅（Stuart）伯倫瑞克（Brunswick）（著者按，甚至男性女權黨，女性的女權黨，及女權的反對黨）等等同歸於盡，而漸滅無遺，然而此類原理仍然存在。（註85）』

（II）比例代表（註86） 在英格蘭中所有主張比例代表的制度之議論概根據三個言陳。

第一言陳 衆民院常時有一缺陷，即代表公意的實在性是。試徵實例。譬如選民對於婦女選舉權所意見，衆民院往往不能切實代表。於是，俗語所謂『民族心理的照鏡』，衆民院即不能做到。

第二言陳 在此際，倘能採用比例代表的制度，以構成衆民院全體，該院必較能忠實地反照民族的意志，或選民的意志。

第三言陳 逐一真實存在於選民心意中之願望，均應謹依比例數而宣洩於衆民院。

在三個言陳之中，第一第二言陳均具有真理。試即以婦女選舉權運動作解證。此項運動，以目前論，儘可以得到衆民院的同意票之過半數，但未必可以受贊成於選民的全數之半；此等事的遭逢極有可能性，復有或然性，無人敢於致疑。又以他一時期論，此項運動有時或可以取得選民的贊同，而過於半數，轉不

可以得到衆民院的同意票之一半；此等事的遭逢並非絕對無有。其次，復就第二言陳所主張者着想，任何人，倘若能將所有關於比例代表的各種方案詳細審察，必不欲否認就中有三三方案，足把現存衆民院造成『民族心理的照鏡』。由是，將來的衆民院當比現在的衆民院較能反映人民的意象。雖然，我對於第三言陳卻不能無異議。申言之，我不相信在任何民本政治的制度之下，有一代表機關可以造成，庶幾於一頃刻間，便能正確地反照國內各階級所有意見。

綜合以觀，我對於上文所述前二個陳議，在大體上既表同意，縱有一二事端，必須保留，然後可以相信其絕對正確，但在本篇導言中，亦可以不必深論。爲着避免辨論上之累贅，我姑且承認其真實性。然而我對於比例代表的制度尙不能贊同，至於所以不贊同之故，只因懷疑第二言陳的涵義，即是任何意見，凡已存在於選民間者，應依正比例，而表出之於衆民院。

雖然，在未敘論我的反對論之前，尙有兩個意思，向來渾合於一個比例代表的要求之下，此時必須區別。兩個意思中之一個是，在英格蘭中，凡遇有一部人民，懷抱一種意見，此項意見應有發洩的機會於衆民院（或用政治的俚語，衆民院的議員應『代爲出聲』）譬如自由黨領袖亞士葵斯有言：『倘若衆民院真是民族心理的照鏡，』則無論任一類意見，只要懷抱於君主的臣民之一部份，即能尋出議員爲之代表。誠如是，是『即爲衆民的無上幸運。』（註87）對於這一條精義，任何人，凡嘗受感動於陸克（Locke）邊沁及穆勒的教化者，自然覺察能即與以同意。誠以在任何國家中，尤其是在民本政治的國家中，人民的思想，

縱是極惡劣或極蠢拙，全國立法機關亦應明白。試設一極端的例以作解證。假使某一國人民痛恨猶太人或猶太教，在此際，這種討厭的偏見亟應有人在衆民院爲之主張，誠以明白庸俗的誤解或能協助政府以實施正直的政治或妥善的行政。至少讓一步說，闇昧必不能成爲直道與善道的淵源。其他一個意思是，每一有力量的意見不但應該有人代表發言於衆民院，而且更應該依照大選舉時所得票數之正比例，以規定在院中代表此項意見的人數。是以這位顯者，常在主唱每一意見應得聞達於衆民院之際，於他處復發表下方言論：『我們所抱負的主要政策不但要將衆民院造成人民的喉舌，而且要將衆民院造成民族意志的照鏡。』（註88）倘若比例代表的精義果以此旨傳譯，一個存心平允的人或不能不拒絕同意。因爲此項論理未必是完全真實，他的缺陷又可以明白申敘，而構成下方反對論。

### 第三言陳的反對論

第一反對論 大凡大眾選舉的制度愈形複雜，政治權力愈以多量交付選舉的經紀，或『牽線的人們』（wire-pullers），此項果效固然足以增加政黨的機器所有權力，但適足以降低他所有品格。不寧惟是，今代英格蘭正在有一最大危險當前。此項危險即隱伏於政黨的無限勢力。貝吉有見於此，故老早提出反對。（註89）伯來特（John Bright）有見於此，故指斥其失，不留餘地。

第二反對論 衆民院並不是一個辨論會。反之，衆民院是一個集會，向爲偉大的執政權力所寄託，不過寄託的方法是間接方法而已。所以凡關於任免大權與大政方針的批評，他應該極端注意，倘若爲了辨

論之故，我們儘可先退讓一步，即時承認創制者的論旨所謂：「逐一有勢力的意見應取得傾聽的機緣於衆民院。」但取得這種機緣並不是難事，只要院中有一人或至二人，每遇發言，必爲一種特殊意見立論，便足。試徵實例。譬如，婦女選舉權運動卽是一種特殊意見，其所有辨旨所以能聞達於衆民院者，只緣穆勒（J. S. Mill）以代表威士敏士特（Westminster）之資格，立於院中，爲之盡力鼓吹。假使鼓吹此項運動的人物，不是穆勒，而是別人，果爾，則推理的能力及遣詞的工夫自然不能抗衡穆勒。在此際，縱使有一百個議員，忠誠地代表箇中所有辨旨；他們的成功亦必不能企及穆勒所成就，此理至爲甚明。況且一羣人物的組織，有如衆民院者，實負有政治上之重大使命，因之，行動的統一，較之意見的別異，當更有極顯功效。倘若不然，假使議員諸公昧於此旨，代表的意義或至執持太過。於是，內閣必受牽累；因爲一個內閣而至於代表各方面的意見，其結果必至變成淆雜，內閣必不能行事。其實不獨內閣不能，就是特派委員會，其成立目的是在於代表巴力門出而諮詢有衆，假使會中人員竟以見解歧出者組成，恐未必能做成任何大事。譬如，一八三四年貧人法案的大成功，上文曾經提示，但大功所以卒能告成之故，是由於遵依專爲對付此項改革而設立的委員會所審查報告的結果，然則這個委員會實嘗有大功勞於全國。試問該委員會在組織時，竟以一種反對任何改革的人物加入，這種功效能收成於英格蘭否耶？

第三反對論 原來比例代表的最要企圖是在於意見的代表，而不在於人的代表。唯其如是，此項制度不但足以促進衆民院的分化，至使許多政團存在於院中，而且足以醞釀一種政治上之狼狽爲奸的舉

動如所謂『扛木』(Log-rolling)者於院內。此類果效，若使實現，極有害於英格蘭的巴力門政治。原來巴力門政治所以能成大功於英格蘭之故，一半是由於兩個互爭雄長的政黨繼續存在，而且爲數只限於兩黨。這兩個政黨，讓我沿用兩個古老卻漂亮的名字，姑且稱呼他們做王黨(Tories)及民黨(Whigs)。(註90)倘若提挈大綱以立論，兩黨所有趨勢實趨於反對方向。譬如，其一個側重閱閱，因之，他常時維持社會中之富貴而又有高深教育的分子，使之繼續主治；其他一個側重數量，因之，他時常設法增加社會中之較貧的及較愚的分子所有政治權力。每一趨勢所得效果有好，亦有壞。倘若，在此一頃刻間，我們暫時引用現代所有稱呼，但姑且拋開褒貶的寓意，我們可以鄭重提示一句，即謂保守主義及自由主義各嘗勉從公，而大有造於民本政治已經存在的國家。試即以英格蘭爲例。兩個主要政黨的存在，而且這樣政黨只限於兩個，實能促進英吉利憲法主義的發展；此旨已不容否認。不過在十九世紀當中，英吉利公家生活亦常有別一種傾向，學者不可不知；這種傾向是，旁的政團，或政黨，漸見發生，特於王黨及民黨之外，獨樹一幟，以斬向一定變更。譬如，倭康臬勒(O'Connell)所領袖的撤廢黨，尤其是柯伯丁(Cobden)（註91）所統率的自由貿易黨，就是最顯著的實例。此類黨團各具宏願，誓爲一種信仰而奮鬥，其所得果效通常較王黨或民黨專以求取職位爲職志者爲大而且遠。所以遲至一千八百四十五年之頃，自由貿易者的舉動，大足以擾亂英憲的進程。他們雖標舉政綱，復努力爲其政綱而奮鬥；然而他們卻在成功了勸服巴力門，使之採用己見之後，乃不準備自行糾閱。如此行動大違政黨的行徑。於是，自由貿易者在實際上至足爲英吉利政團示



例；此類政團概爲主唱一定意見，原則，或理論，而組織，復爲強求巴力門採用該項意見，原則，或理論而存在。最近六十年間，此類政團的數目日見增加於衆民院；這是留心觀察政事者所能道。至於今日，則有所謂內閣黨，合一黨，（大致與民黨及王黨相當），愛爾蘭國民黨，及工黨。每一政黨各有獨立組織，復各有特殊政綱。除此之外，尚有許多小組織的存在；例如，主張禁酒的團體，提倡婦女選舉權運動的協會，及撤廢國立寺院會的會員。此項政情大足以推翻英吉利憲政的俗例。在如此場合之下，倘若還要輸入比例代表的制度，政團在巴力門必然增加倍蓰，更無疑義。誠以主張比例者所有主旨，逐一俱要保證一事，即是：每一意見，凡正在存於選民的心頭者，應該有一定數量的議員於衆民院，其人數應與選民表同情於該項意見者成正比例。譬如，假使全國選民有十分之一爲反對種牛痘者，在代議制度的完善組織之下，即應取得六十七票於衆民院。不過這六十七位反對種牛痘者同時或不免分屬於保守黨及自由黨之下；於是，以種痘問題言，他們自是一致，但與其他問題言，他們即不免分異；在此際，他們所有情形，自與其他六十七位議員之純以代表一個運動，有如撤廢種痘運動而來者，所有情形，迥不相類。在第一種情形之下，每一個反對種牛痘者，會要感覺，在衆多問題之中，尚有許多比種痘問題爲較重；在第二種情形之下，所有一切反對種牛痘者既專爲反對此項行事而來，他們必將以盡力要求撤廢強制種痘的法律，爲主要行動。然則綜合以觀，所謂政團的增加足以減損巴力門政治效力，尙是一種或然的推測；所謂比例代表足以促進結黨營私有如「扛木」的舉動幾乎是可以表證的事實。將欲闡明此旨，莫如試設假例。首先，讓我假設六十七位反對種牛痘

的議員經已存在。其次，讓我假設，他們所以被選之故，是因為他們反對種痘的決心；於是，自地位着想，又自志願着想，他們都覺得運動撤廢種痘法律，凡屬同志，均應努力。但一經進行之後，他們自然見得現有的六十七票固然具有相當勢力，然而尚不足以爲所欲爲。然則又將奈何？在此際，爲着達到目的，他們必須求助於其他政團。本來關於愛爾蘭自治問題，關於撤廢國立寺院問題，又關於工黨的進展及期求之問題，他們是比較的不注意，但以己力不足之故，當不能不出而聯絡。假使他們對於一切政團所抱政策均應承與以助力，他們當能同時要求各政團相助，通過一法案，即將種痘法律一概撤棄。蓋從他們所有見解觀察，此類法律不外造端於薦臬（Coahen）（解9）的幻想，故不足保持。誠如是，贊同撤廢者必可以得到衆民院中之大多數，而荒誕不經的言論反得以戰勝民族的意志。危險孰甚？倘若學者不信竟有這樣果效，讓我重提一件久經忘記的事實，以資解證。大約距今四十年前，曾有一冒名襲爵的人，其名字僅可尙被含糊念及，稱爲倭屯（Arthur Otton）（解10）。然而此人在當日事發之際幾乎名蓋一世，而成爲一個英雄。當定讞時，他被判罰坐監獄十四年或十五年監獄；人心憤激，多爲之抱不平。甚至在衆民院中，有一議員，惟只有一議員，爲其表明冤枉。倘在一個妥善組織的比例代表制度之下，再加入住戶選舉權的制度，他還可以取得二十票。生在今日，誰敢謂二十票尙不見重於政府黨中之領袖，使之深相結納？既得到這種助力，這位倭屯，縱使不能翻案，至少可以求取刑罰的略減；此項企圖誰敢保其不實現？平情論之，此項實例只足以作爲公衆的輕舉妄動之解證；但正是因爲他是一種傾於極端的解證，我們轉得用之以試驗比例代表一制度在名理

上所有真實性。自然，我對於該項制度不能指摘爲毫無是處；我的辨言只是，該項制度究竟含有極重大的幾個缺陷，未免受人反對，同時，此類反對論至今猶未得到相當解答。（註92）

（註93）聯邦主義（註93） 屢在一八八四年，聯邦政治的特性及優點尙未得到英國的公衆的注意。間有三數政治家，因議及母國與殖民地所有關係，不時覺得，自治殖民地，倘能採用聯邦政制，總有許多好處。是以在一八六七年間，巴力門特以法案創造加拿大屬邦，由之，英格蘭在北美洲所有殖民地得以化成一個聯邦國家。其實，當美國南北部戰爭之際，英國人目擊北部的勝利即不免感有一種信念，即是一個民主的及聯邦的國家，因內部分裂及脫離而惹起內亂戰爭，必能取得最後的勝利。然而遲至一八八四年，罕有望重一時的政治家，爲着補救英憲的缺點，或爲着統合在不列顛帝國下之星羅棋布的殖民地，特地主張聯邦政體的實現。貝吉在其生時是（即在其死後仍是）最負盛名的英吉利憲法大家。他嘗以英吉利憲法與合衆國憲法，作比較研究。但比較之餘，所得結果適足以發覺英憲所有優點，盡爲美憲所無。梅因（Henry Maine）在其生時，爲當代最著名的作家，有時亦論及憲法問題。是以他的大衆政治以一八八五年出版，梅因即於該書中稱道美憲的硬性及保守性，不絕於口。願作者絕未吐露一種意見（大約這種意見他未必贊同），即謂合一王國，或不列顛帝國，倘若改行聯邦制度，必大有利益。由此觀之，聯邦主義的性質，三十年前，英吉利人民甚少研究。（註94）但此一事，恰如他事，在一九一四年所有情狀，適與一八八四年所有者相反。是以流行於現代的思想，大抵具有一癖習，即以爲透一憲法問題，凡英吉利政治家所未能解

答者，聯邦主義可以相助解決。所以我們屢聞質問，即謂：爲什麼不將英格蘭與所有殖民地切實聯合，而造成一帝國聯邦，使之咸受治於一個真正的帝國巴力門？爲什麼不採用聯邦改制以融和介於英格蘭及愛爾蘭兩地間之感情？於是，凡屬於合一王國的地方，有如英格蘭蘇格蘭愛爾蘭威爾斯，以至海峽諸島（Channel Islands）人島（Isle of Man）等，皆將聯立而成爲一個聯邦國家。此類質問，實含有尊視聯邦主義之旨趣，而構成憲法上之一新思想，至值得考察。因此之故，我特要在下文作兩種研究：其一爲關於聯邦主義所有特性；其二爲關於合英格蘭（註96）與其他五個自治殖民地而成帝國聯邦之憲法，及關於授與自治權力於合一王國內之各部份以化變王國自身爲一聯邦國家之條議。

#### 聯邦政治的主要特性（註96）

凡有兩個以上的國家，想望聯合，都不願統一，聯邦主義便是他們最自然的組織。試徵實例。例如合衆國，英吉利聯邦式的殖民地，瑞士聯邦，德意志帝國，皆存有此項感情，故聯邦政治各得相繼成立。例如當運動獨立時，意大利的愛國志士均極排斥此制，故意大利雖能恢復故國，但不能成爲聯邦。更如當合立王國時，瑞典及挪威合邦，以種族言，以宗教言，以言語言，又以利害關係言，本非互相殊異，徒以雙方不能產出統一的念頭，且不能發生政治上之聯絡的欲望之故，他們卒至分離而獨立。細察此類實例，並較勘所有異同，學者自能洞見箇中所關係。

其次，則有地理上之連接，亦爲構成聯邦國家的絕好機會，或竟成爲必要的條件。

此外，又有個別國家各有近似平等的富力、人口及歷史上之地位，縱不是構成聯邦國家的必要條件，但有之，亦足以促進聯邦及早成功。箇中所具理由至易知曉。誠以聯邦主義的基本思想便是：每一邦應取得近似平等的政治權利，依之，即足以維持個別的『限制獨立』（倘若這個名詞可以合用）。唯其如是，聯邦政治遂成爲所以實現此項基本思想的唯一工具。譬如，在合衆國憲法之下，即有條文明白規定：元老院的議員每邦佔二；雖則列邦中有紐約邦，人口極多，面積極大，地方極富，就中又有洛特島（Rh. de Isl.）人口極少，面積極小，兩邦仍受平等待遇。關於此項規定，貝吉亦嘗提示其弊端。然而此類佈置實適合於所以構成聯邦的情感，而不容有所偏倚。如其不然，假使聯邦中之一邦在人口方面、富力方面，均要超過其他列邦所有權力，或假使這個『佔優勢的夥計』（dominant partner）（這是時下所有通俗稱謂）竟至於在人口與富力方面，能跨越其他列邦的集合體所有權力，則整個聯邦的本身必然受兩種危險。是故在一方面，該『佔優勢的夥計』儘可以運用一種威權，幾乎與聯邦的平等性相衝突；而在他方面，倘若在聯邦憲法之下，其他列邦所有一切政治權力竟足以抗衡該『佔優勢的夥計』所有，他邦儘可以結合起來，設法謀有所以增加這個最有勢力的邦家，所有賦稅或其他負擔。

當聯邦主義既告成功之際，單一制的政府即成爲最後一步的進化。換言之，聯邦主義可進爲民族主義。這種變化確是聯邦的政治試驗所得結果。譬如，以合衆國言，亞美利堅民族實潛藏於聯邦制度中而形成。譬如，以瑞士聯邦言，同樣意義亦可適用。不過在兩國中，後者實比前者爲較難於化成民族的國家；按實

言之，世界上再沒有一個國家，還要比瑞士的民族性之演進，較難成功。在列邦中，種族相異，言語相異，及宗教亦相異。此類相異性，遲至十九世紀中葉依然存在，但在一九一四年，幾成陳跡。唯其如是，此類相異性不但阻遏劃一泉幣的使用，而且獎勵任一邦家，為保護本邦的人民所有利益計，得以禁制他邦居民在工商業上之競爭。甚至在一八四七年，『羅馬加特力教下之列邦聯盟』(the Sonderbund) 幾要推翻瑞士的合一，瑞士的民族性，及瑞士的獨立。而歷代愛國志士未嘗不欲將整個聯邦，化成單一制的國家，然而每有一次嘗試，即有一次失敗。卒之，他們在過去歷史上只得視聯邦政制為有可能性的存在於瑞士。迨至一千八百四十七八年間發生各種政治運動，聯邦軍方能戰勝加特力列邦聯盟，又自該聯盟失敗，瑞士的政治乃有一新生命。而且此項勝仗竟得遭逢於法蘭西君主國家的陷落之前，其事實為大幸；因為二月革命與其他運動相繼發生，而這些運動復大足以吸引歐洲的注意，瑞士乃能依自己的志願，以從容整理自己的內事。在此際，瑞士人民的愛國心及謙謹從事，甚能收取極大效果。卒之，瑞士以蕞爾小邦，亦能做成自己的命運之主人。自此以後，每有一步的進步，民族的結合，即多一番完成。

以聯邦憲法與單一憲法比較，聯邦有較弱的政府。這句言陳所具真實性在一八八四年間，罕有思想家加以反駁。迨至一九一四年，論調大變，甚至謂聯邦政治的本身比較單一政治，如英格蘭或法蘭西者，更為優勝。雖然，聯邦政府的軟弱性究屬存在，而且此項存在並不是偶然。誠以凡屬真正的聯邦政治必以權力的分立為基本；於是政治家的功力，即須不斷地用於求取列邦權力的均衡。本來我自己對於瑞士國務

院，或（用英吉利稱謂）內閣，運用如此複雜制度的成功，非常佩服；不過在任何地方，你都能看見瑞士政治常以列邦的均勢爲前提。譬如內閣閣員共有七人，每一人須來自別異的邦家。聯邦議會集會於別恩（Bern）；聯邦法院卻設立於浮德（Vaud）邦中之洛桑（Lausanne）；聯邦大學更建立於涅利克（Neuchâtel）邦。然則綜合此類習例以觀察，瑞士內閣既受束縛極嚴若此，必無許多機會以吸引全國人才，以相與運用全國政治。倘若施用於英吉利或法蘭西內閣，此項政制必難推行。

聯邦主義，倘若運行於英吉利思想盛行的國家，必造成法律主義的優勢。換言之，在此地常有一種服從尋常法院的願力流行。試徵實例。在世間各國中常無一事，再能比美國人尊敬合衆國大理院的判決，較爲可異，或（在客觀的批評者之眼前）較爲可嘉。就是對於本邦審判員的尊敬心，縱使當判決後政治感情因之大起紛擾，仍然爲全邦人民所保有；此事亦爲聯邦中之任一邦內人民心理所有普遍特性。譬如麻薩諸塞邦（State of Massachusetts）大理院或被人民請求，出而判斷某一法案會否依憲或違憲；此項判決，一經交下之後，必得普遍服從。在此際我們須鄭重提示一件事實，即是：這種法律主義的優勢，本爲法律主治所倚賴，並不一致存在及推行於各國。譬如，以法國論，法國從未有一法院，敢於宣布立法機關所通過的法律爲無效；譬如，又以比利時論，比利時國所有法院亦如之。即在英國，現代英吉利選民究竟對於判決之能激動政治感情者，能否絕對信從，尙是一個疑問。然而在逐一聯邦制度之下，必須常有一組人員，能決定聯邦憲法的規則是否遵從；這種條件至屬重要，必非等閒事實可比。不過這一組人員究竟應爲什麼

人物，尙待斟酌。倘若他們本已原是執政者，於是，詮譯憲法的權力遂落於執政者之手；在此際法律或將爲在朝的政黨効死力，即不免發生極大危險。倘若他們是司法人員，而此項權力實交付於審判員之手，本來審判員素以執法爲專業，他們的判決儘可以做到公正無私，不過在非聯邦的國家中，倘若此項判決竟至抵觸佔優勢的政黨所有政綱，在勢必然難以得到大家一律遵從。

最後，聯邦主義實造成分化的忠誠心。誠以在聯邦政體之下，有邦政府，復有聯邦政府，於是一個公民同時須効忠於兩政府，甚至他有時竟覺察自己對於本邦的忠心，不免與對於整個聯邦國家的忠心相衝突。這是聯邦制度下最嚴重而又不易避免的弱點。是故在單一國家之下，英吉利人們，蘇格蘭人們，及愛爾蘭人們，當從軍時，對於國旗，常可以表示一心一德。但在聯邦國家之下，加特力列邦聯盟的歷史，及脫離戰爭的歷史，至足以表證一事，即是常戰事初起之際，瑞士國人民及美國人民之從軍者，對於本邦，復對於聯邦，大有吾誰適從之歎。將欲證實此說，試舉一例。司各特將軍（General Scott）及李將軍（General Lee）同受訓練於軍中爲軍官；兩人同是威幾尼亞邦人民（Virginians）；兩人自南北內亂戰爭初起，即各立志聽從自己的良心主使；兩人各佔居一個忠勇軍人所處最苦痛的地位；兩人同成爲聯邦主義下所獨有的雙重國民本分的犧牲兒。卒之，司各特將軍只得服從忠於合衆國的衝動，李將軍只得服從忠於本邦的情感。

在較量聯邦政治的長短優劣時，有一事必須注意，即不可混聯邦主義於民族主義。從來真正的聯



邦政府，對於列邦所有民族獨立，必須逐一否認。是故在合衆國中，無一邦可成爲獨立的民族；同時，復無一邦（例如紐約邦）取得地方的獨立，有如新西蘭或其他任一屬邦（註97）所已取得。誠然，世間固有聯邦中之一邦，亦能培植民族的流風遺俗，及養成民族的感情，有如魁北克（Quebec）的居民者。他們在昔時原爲法蘭西人種；在今日仍保留本來面目，幾乎應有盡有。然而他們必能効忠於不列顛帝國；此事自是確實。至於我們所以能斷定此事之由，則以加拿大於帝國崩潰後，或將合併於合衆國；在此際，法蘭西人們即不免覺察，倘若魁北克變成合衆國中之一邦，他們固有的民族性質當比在加拿大爲一行省時，較難保持。本來許多英吉利人們同有一種想像，即以爲民族的性質的存在，與政治組織，煞有關係；其實不盡是如此。試觀司各特（Sir Walter Scott）的成事。譬如倘有人謂司各特本人並未嘗表同情於蘇格蘭所有民族主義的情感，只是憨話；但他的天才所以能風靡全歐者，大概是由於英蘇合一的結果。雖然，實在的民族獨立所有希望及努力無論與聯邦國家所有實況，或與單一國家所有實況，均不能融洽無間。倘若明白此理，任何人將能知曉關於建立一聯邦，以統合意大利於奧地利帝國之內，其用意本欲有所以消滅意大利人民的獨立運動，但其結果只等於餅充畫飢。至於聯邦主義，雖則足以使列邦的結合更進一步，但就歷史上所有經驗觀察，決不能被用爲促進政治統一的工具。

### 聯邦政治的特性與帝國聯邦主義

近日常有一種主張，以創造大規模的聯邦組織爲事；此項組織包括合一王國（或用普通用語，英格

蘭)及五個自治殖民地。這種懸想蓋顯見英格蘭與自治殖民地的一致行動之有利，自是受暗示於明瞭又重要的事實。譬如，近年以來，自帝國會議屢次舉行，母國與殖民地間之好感益以增加；於是，凡有所以切實聯絡雙方的進一步驟，具見高瞻遠矚。繼自今，英國人民與英格蘭外之帝國居民將必逐日更加明白這一件大事，即是不列顛帝國的存在至足保障英格蘭與殖民地，使之不受任何強國侵略。倘若只就內方秩序及安寧論，凡人民住居於帝國內任一地方者無一不享受和平的保護。更就國防立論，雖則後來未知如何，目前固甚願望帝國內之逐一國家均能有相當貢獻於國防經費。一九一四年，母國與殖民地共賦同仇，相圖切實合作；這就是一個最好的示例。自此之後，千百萬數的不列顛臣民當知所有物質利益，係從英格蘭的帝國權力賜與，庶幾對於帝國的忠誠及好感應能繼長增高。任何人，倘若能基於一個信念，即以英格蘭的權力而建立的帝國至能促進帝國內臣民的發達及樂利，必能覺察帝國的愛國心之進展而引以自豪。(註88)雖然，諸如此類之論調，凡為最熱心的帝國主義者所能提出的優點，我們的願意逐一承認，但我們所能為者只以此事為限。除此事外，倘若能平心靜氣觀察，我們殊不能不致疑於這種方案，即是所謂不列顛帝國的聯邦化一方案，應否成為母國與屬邦的政治家共同操作的目標。專就為帝國(嚴格說，只是為英格蘭與屬邦)造成一宗聯邦憲法着想，我們即有反對論發生。而且此項反對論可以一句話括示，即謂：崇信此類新奇聯邦主義，在根本上只是一種幻想，而這種幻想，不但害及英格蘭，而且害及不列顛帝國。試就上文所括示，再用兩個批評，加以申說。

第一，爲帝國造成一宗聯邦憲法的企圖，在目前不但有害於英格蘭，而且有害於屬邦，甚至累及不列顛帝國，使不易維持。這番制憲工夫所要求於不列顛與殖民的政治家者，是一番困難無比的工夫。試觀合衆國的歷史。我們盡知當十三殖民地宣告獨立之後，合衆國的創造只是絕對的必要。我們須知他們究竟是殖民地，並不是獨立國家。如其不然，倘若強將十三個獨立國家，化成一個聯邦，縱使集合每一國家所能產生的最能幹領袖竭盡最偉大政治家所有智慮，亦不易肩任此項艱鉅。就是在同種族，同宗教，又同歷史的國家中，國家權利的存在已成事實，倘若必欲創造一個中央權力，以之安置於他們的頭上；這兩件事實的調解簡直是不可能。何況不列顛帝國既以極複雜的分子構成；而每一國家所有居民又概爲異族，其風俗及其文明俱造成於絕對不同的歷史；加以帝國下之各個國家在地理上復不相接壤，反之，他們實以重洋而隔絕母國，更以大海而互相隔絕耶？任何人，凡一經了解上文所縷舉的特殊情狀，當可以得到一個斷論，即謂：與其相信帝國的聯邦化庶幾可以實施，毋寧詫異聯邦帝國主義者睡夢未醒，而驚歎他們的大膽。雖然，在此際必有人爲之解釋，更謂：所謂帝國聯邦主義，縱就最熱心此道者所作方案考察，並不要造成一宗憲法，在其中，合一王國所有屬邦，所有直轄殖民地，及印度，一概包容。按實言之，他們所抱主旨，（學者必須時常緊記）只要將介於英格蘭與五處殖民地之間所有關係化成聯邦政治的方式而已。如此立論，固然可以解免所謂帝國聯邦主義的困難，仍然不免惹起許多不能解答的問題。試舉三數條以示例。新成立的聯邦國家（包括英格蘭及自治殖民地）對於印度究有什麼關係？居於印度的臣民，以百萬數計，能否服

從這個新奇的統治者？如其不然，倘若英吉利巴力門與政府仍舊統治其餘帝國下之各份，新聯邦內之各邦能否與以同意？帝國的防禦費能否盡由新聯邦擔負？如其不然，能否以新聯邦的威權課稅於印度及直轄殖民地，而保護新聯邦的利益？其尤要者，介於英格蘭與自治殖民地之間，大家所有親善感情果已達於極高程度，足可切實聯合否？倘若專就英格蘭與參加帝國會議的國家所有本意觀察，大家都願望不列顛帝國十分強盛，能以全帝國所有富力杜絕強隣覬覦。但由此一念，逐一屬邦不惟不願減少本邦的獨立，而且極希望增加。唯其如是，試問各屬邦（譬如新西蘭）雖則極願効忠於帝國，能否甘心忍受帝國巴力門干涉本邦的內務，有如合衆國國會之於紐約，或如加拿大屬邦之於魁北克耶？倘若不甘心忍受，試問現存巴力門能否願意化成帝國的巴力門，在其中合一王國及五所自治殖民地均有平等代表權利耶？探討至此，我們更要惹起一條問題，爲新聯邦主義者所未嘗措思。這條問題是：原有巴力門，自有史以來，即傳受古代典俗，及在實際上常運用主權的權力；他們將用何法以處置之耶？在新聯邦制度之下，原有巴力門能否做成聯邦國會，在其中列邦皆有相當代表否？這一所聯邦國會，對於英國人民，是否仍爲英吉利巴力門，抑或除聯邦國會外（即除英格蘭原有的古老巴力門外）別設一所新巴力門以治英國耶？這一問題的本身實含有無限困難。倘若一加分析，他可以化成兩三項審問，其滿意答覆雖理論家亦苦於搜索；縱使答案真能求得，他們適足以激動全英國及全帝國人民的疑慮，而徒滋紛擾。推原其故，皆由我們的聯邦主義者，當在構造方案時，只能計及合一王國在聯邦制度下所居地位，却未嘗稍措意於一個小國，面積有限，但具

有絕大勢力，他的國號明明得到一個莊嚴偉大的名字，叫做英格蘭者，究竟應佔有什麼地位於聯邦。此項疎失豈不是智識上所有一種輕狂之例證歟？愛爾蘭的南北部世代相仇，威爾士所受宗教苦痛，蘇格蘭所時常要求該民族權利的承認，凡此種種問題無一個英國人加以藐視，逐一問題常受過度的注意。顧英格蘭本身及英吉利的利益，徒以英吉利人們往往好以英格蘭的偉大與合一王國的發達等觀之故，又好以此項偉大齊視帝國的好政治之故，在這個時候，反遭忽視。我於是敢正告讀者，即謂：這種忘記英格蘭（英格蘭，在此地的指意，是要指明這個國家，當巴力門未有法案以造出大不列顛或合一王國的名義之前，對內對外，俱以這一個英格蘭名字行世的英格蘭）的事實不但違背常識，而且違背直道，因之，恰如違反事物的天理的行事一般，任何企圖必終無結果。（註99）讀者須知我在本論所縷述的問題，逐一俱是十分複雜，而且我還要再補一句，目前決不是製定一宗新聯邦及帝國的憲法之良辰。合一王國現有的巴力門及政府儘管做了許多錯事，因之，他們該受責備。然而他們從未忘記（我們希望將來永遠如是）「層要旨，即是他們同受了『一個公共信託，誠以不拘在於印度，或在於直轄殖民地，或在於保護國，又或於本國境內，在其中常含有許多分子，目前尚未得到自治的身分，甚至將來永遠不能得到此項身分，因之，這種不幸分子的利益必須顧視周全。』（註100）唯其如是，倘若此項重任竟由一個帝國巴力門（這個巴力門向不以偏袒存心，而且能在英格蘭中保持所有不列顛臣民的政治權力，一律平等）的手中，而讓渡於一個新造帝國國會，則居於母國以外之帝國的臣民，譬如印度的人民，必不能坐視而不加反對。誠以這個新

造帝國國會，以事實上的要求之故，將必含有一部份屬邦的代表；顧屬邦本土以內的居民至今尙未能以平等公民權利一律待遇。果爾，則不列顛公民權的擴大思想轉因此不能生實效（註101）焉，是烏乎可？

第二 帝國的真正統一並不需要一宗新聯邦憲法的構成，或任何新式憲法的製定。本來關心於不列顛帝國的光榮，偉大，強健，與道德的統一，我自問並不讓人。（註102）我是千百數的英國人之一個，始終贊成南非戰役，因為此一役實為遏抑脫離及反叛的行爲而戰爭。然而我究竟是不列顛憲法的一個學生，所以對於該憲的態度，一如研究英吉利憲法的態度。因之，我的毫無思疑的信念便是，帝國憲法，須如英格蘭的憲法，應令自由發展。（註103）唯其如是，介於英格蘭與屬邦之間所有關係，甚至介於英格蘭與未經取得自治權利的殖民地之間所有關係，不須以立法的豐功偉業為之發展。此項關係應徐受風俗與典則的影響而逐漸生長。至於逐一帝國主義者所應留意之事，則有兩個主旨，一如上文所提示。（註104）其一是帝國中之一國家須分任國防經費。其二是介於英格蘭與屬邦之間應時常商量。在一方面英吉利納稅人們將不，又不應，肩起全帝國的防守費用。而在他方面，屬邦亦不能只負戰時責任，與擔當戰爭的危險，而不預聞戰事如何惹起，及戰役如何告終。於帝國政治家，對於此項關係，漸得正確方向，且能依正確方向以前進。帝國會議的體系，（註105）與其他交換意見的方法，必能酌定屬地所應分任的國防經費之數量，又必能尋出善法，依之，殖民地對和戰的政策所抱意見得以探知。簡約說，我十分相信，將來三數年間必有一日，當大多數英國人民尙未覺察帝國的基礎已得確立之際，帝國憲法早以善意及公道而成立與存在。我的持

論所根據理由是，帝國憲法，可如英格蘭的憲法，受成於巴力門的法令者甚少，基於風俗及典則而逐漸生長者至多。

#### 聯邦政治的特性與各地自治的關係

近人有主唱所謂『聯邦解決法』者，揆其用意，似乎深信合一王國的全部，倘以不明定的聯邦國體交換現行單一國體，必然大受裨益。這是新起的信念。其實英吉利政治家，遲至一八八〇年之頃，尙全體相信一事，即是英格蘭與蘇格蘭的合一，在不列顛政治家的行動中，自是最善又最美的行動之一端，其結果使兩國人民交受福利。倘若執此旨以審察新起的信念，究竟合一王國的聯邦化能有利於任一國的居民否，自是一大疑問，此項信念，若自篤信合一制度者觀察，甚難償主唱所謂『聯邦解決法』者之願。（註108）欲明此旨，請先敘明該項信念的原委。本來一個客觀的批評家，雖則不信任一政治信條，但對於該信條的起因，尙能公平論述，而不至蔽於成見。

各地自治的信仰，以我觀之，雖則未必造成於三十年來爭辨不休的愛爾蘭自治的政策，但在至低限度，亦受促進於該項政策。原來不列顛自治者，在主張愛爾蘭自治之際，常時渴望隱匿一要旨，即是創造一個愛爾蘭巴力門，又創造倚賴該巴力門以存在的愛爾蘭內閣，並不至生出撤廢大不列顛與愛爾蘭合一的法案。於是，他們常喜引用一個含糊名義，即所謂『一齊自治』以求自解。本來在過去三五十年間，聯邦主義誠能博取許多新名譽及信用：一則以合衆國的物質文明的發達；二則以德意志帝國的軍事活動的

成功。但一就內容觀察，前者是民主的及尚文的憲法，後者却是獨裁的及尚武的憲法。於是，兩者實背道而馳。此項背馳現象世間再不有別一組的兩宗憲法可以相伴。加之，聯邦政治在不列顛的屬邦中，似乎亦能合用。譬如，加拿大行之，已著奇效；澳大利亞行之，雖未成大功，亦未見失敗。由是，英吉利人遂不免有一傾向，即謂聯邦政體當可適用於新建的南非合邦。雖然，此類帝國下之聯邦政治，以歷史的發展言，又以實際狀況言，絕不相似英吉利憲法；此旨可不費思量，即能索解。此外，復有一種思慮，即是英吉利政治家對於大不列顛及愛爾蘭所有關係，既遭遇如許重大困難，倒不如賣弄政治上之一種戲法，改換整個合一王國，使之化成四部份的聯邦國家。最後，更有一種思慮，雖則在推理上不是十分健全，然而在實際上仍盛行於國內，即謂合一王國的聯邦化，在帝國聯邦主義的進展所有過程中，確是一種重要的步驟，必須經過。

綜括以觀，聯邦主義在今代正是常行出色，由是，具有一種魔力，極足以誘致與顛倒思想家；恰如，在十八世紀中，巴力門政治之於英格蘭，及革命的民主主義之於法蘭西，大足以驅策當代豪傑。因此之故，在此際，一個曾經探討聯邦政治所有特性的人，實不妨將個人對於『一齊自治』或『聯邦解決法』所有見解及持論根據，切實分析及審察，依他的見解，所謂『一齊自治』的理論，或『聯邦解決法』的理論，甚難嘉惠合一王國中之任何部份。

(1) 在合一王國中，關於聯邦主義的精神之存在，並不有絲毫踪跡可以追尋。譬如，英格蘭本為王國中之最重要部份，在此間聯邦主義的理想一向無聞。政客們，當便於自黨的私利之際，固然時時稱引及談



論此項制度，但在民衆方面，我敢斷定，絕少理會。在蘇格蘭中，時有不平之聲，即謂，大不列顛本來包括英蘇兩國，但竟至常時被稱爲英格蘭。在談吐間，他們彷彿有一種印象，以爲兩國自合一後，所有自合一而得到的利益，蘇格蘭實未曾享受。任何人，倘若曾經考究不列顛政治生活的進程，尤其是社會生活的進程，必能灼見此項怨望至無根據。在約翰孫博士 (Dr. Johnson) 生時，種族的成見誠足使英蘇兩國人士互相疎遠，但此項成見在今日概行消滅。試徵實例。譬如，在巴力門中，若有英吉利議席出缺，蘇國人可以補充；同樣，英國人亦得補充蘇籍議員的缺額。其實不特政治生活如是，即社會生活亦有同樣傾向。重以汽機、電信，及一切交通器具之發明，天涯相親如比隣，於是，地方的殊風異俗漸次同化於民族生活。自然，此項變遷，一如其他變遷，仍有他的弱點。譬如，愛丁堡 (Edinburgh) 在昔時嘗在大不列顛中或愛爾蘭中爲文化最發達之社會；至於今日，以交通便利之故，各處都市叢生，復互相競勝；於是，愛丁堡已不能襲斷文化事業。撫今追昔，令人感慨無限。譬如，李斐勒 (Lichfield) 及挪威 (Norwich) 在十九世之初期，各能維持特出的小文學會，盛極一時；安得此類雅集復見於今日耶？唯其如是，龐大國家的生成往往足以傷害小社會的個別生活。例如，以羅馬民國及羅馬帝國之大，反不能如希臘區區一小國，能產出哲學家、歷史家、及詩人，以協助人類的進步。即以希臘的成功而論，希臘的非常人才大抵產生於雅典一市集，而且陸續生長於一世紀之內；於是，希臘文明大抵爲雅典的智識階級的努力工作下之產品。蘇格蘭而外，復有愛爾蘭對於合一王國，更爲不滿意。但倘若有人因此遂謂愛爾蘭想望聯邦，一如十三殖民地，在組織合衆國時所想望，又如加拿大屬

邦中之各行省的居民所期望，這一句斷論只是假託之詞。倭康臬勒 (O'Connell) 有一時期確傾向聯邦主義，但不久即自悟前非，而歸宿於撤廢合一法案的主張。撤廢合一法案的主張，入於他的黨徒之手，再進而變成民族主義。倭康臬勒 之後，復有 巴臬勒 (Parnell) 出而帶領愛爾蘭國民黨。任何人，倘嘗讀過他的傳記，必不致疑於『愛爾蘭自成一民族』的呼聲，實能適合他的情感，及慰藉他的黨徒所有心願。不過在那時他們的欲望所趨方向，與其謂為趨於民族獨立的主張，毋寧謂為趨於土地管有權革命的運動。

(2) 合一王國的聯邦化，若能成功，恐不免惹起貳心的忠誠感情。此層論旨，上文經已闡發，我在此地不願贅論，但任一靈敏的察觀者，倘能口誦心維合衆國的脫離戰爭歷史及瑞士的加特力列邦同盟歷史，或能推究奧國帝國中之各部份所以有互相疑貳之由，與挪威所以盡力要與瑞典分立之故，自不至忘記聯邦政治下所有的一個極嚴重問題。誠如是，所謂合一王國的聯邦化足以促成帝國聯邦主義的生長，我們更不能尋出此一過程的可能性所在。

(3) 聯邦主義的成立即為合一王國的解散，兩者之中尤以後者為絕端反對英吉利憲法家所得於歷史及天性的政策。自愛德華第一以來，歷代政治家均繼續工作，謀有所以完成這種政治的統一，其代表即為現在集會於威士敏士特的巴力門所有絕對主權。因此之故，我們在此際必須緊記一事，即是英格蘭在各地自治既成之後，一如在各地自治未成之前，無論何時，一則基於利源，二則基於人口，必能繼續成為通國中之佔優勢的夥計；同時，這個佔優勢的夥計即為主權所寄附，但此項成功並非由法令規定，却是由

於事物的自然趨勢所皈依。這一件事實既已確立，無論憲政的設施，或法律的假造，均不能絲毫更動。因之，現在集會於威士敏士特（Westminster）的巴力門不但自認爲主權的權力，而且要實地運用主權的權力。倘若加以阻止，使巴力門不能作如此主張與使用主權；此事的進行自是難乎其難。除所有一切困難外；一種不幸的與關係重大的反感還須添入。大不列顛的聯邦化自逐一外國（不論他是一個與國，或一個敵國）的眼光觀之，適足以證明英格蘭以至不列顛帝國的權力之衰落。（註107）

IV（復決權（註108））原來 referendum（復決權）一名原是外國的稱謂，來自瑞士。三十年前英吉利人們，雖則喜研究政治，但尙少了解箇中所含義蘊。至於選民，則在二十年前，還未熟聞此語。雖在今日，這個名詞常見引用，然而不無誤解。因此之故，在未入本論之前，該名詞在本篇導言之用法，與應用於英國政治的用法，必須敘明。復決權的指意，是在於表明一種原理，即是：凡草案，雖則已得衆民院與貴族院（註109）通過，亦不能遽成爲巴力門的法案；申言之，此類草案尙須交付選民票決，必使得到選民中之參加投票者的大多數贊成後，方能成立。於是，復決權有時遂被釋爲『人民的否決權』。此項釋義不爲無見。誠以該項釋義至足以提醒我們一件事，即是：復決權的主要用法，是在於制止任一重要法案之未必受許可於選民者貿然成立。『否決』的稱謂亦足以提醒我們一件事，即是：所有主張採用復決權的人們，在實際上還有一種要求。要求何在？在於敦促選民於立法上實行運用英格蘭的政治主權。原來英吉利元首（君主或君后）對於巴力門的立法，若是認爲不當，即有權加以否決；這就是否決權的由來。當君后伊利薩伯

(Queen Elizabeth) 主治時，元首雖不復爲全國的絕對主權者，然而仍然是主權權力（即巴力門）的最重要部份，所以每逢法案有被認爲不善之處，伊利薩伯即加以否決，此項行爲實能博取全國的同情。迄於今日，元首的否決權久已棄置不用，故主張改制者欲以選民的否決權代之，庶幾立法權不至屢被濫用。（註10）然則綜合以觀，復決權或人民的否決權，在本篇導言中，實用以論及已通過於兩院而未獲元首批准草案而已。以限於篇幅之故，本篇所論不能是十分詳盡，但惟着眼於研究兩端：其一，推求復決權所以被要求採用於英格蘭的原因；其二，仔細審察關於採用此項制度的正負兩面所有辨論名理。

成因 四十年來巴力門政治漸見衰微。或（沿用他人的斷語）暫時晦昧失明。（註11）此項變化，在文明國家中，幾成普遍現象。例如，在法蘭西中之代議與民主的政治，在瑞士與在合衆國中之聯邦與民主的憲法，在德意志帝國中之軍國主義與外觀的巴力門主義，甚至在不列顛帝國中之君主與歷史的憲法主義，均有藐視或侮慢代議機關的傾向存在。這種狀況，不論暫時或永久，大足以迷擾一般碩果僅存的憲法學者。原來他們以年紀較高之故，猶能及身親見復明白記憶維多利亞代之中期所有情感，就中更有一信念盛行，即是：大凡倣效英吉利憲法的形式，最好採用該憲法的精神，至足以降福於任何文明國家的人民，使之得享受秩序與進步無疆的福祉。將欲解明公意變遷的經過詳情，在勢，非寫出一本專論，不但在篇幅上須長過本篇導言，而且在思想上還要比本篇所有者較爲深刻，不能成功。不過就中有一兩件事實，尙須提示，而一經提示之後，他們縱不能解決目前所有問題，至少可以暗示解決此類問題的門徑。從來巴力

門政治，在適當場合之下，儘能多向前面進行數步，以取得某種幸福，有如人身自由，與意見的自由發表，得以流行國內。但巴力門政治的能力所能爲者僅以此類秩序與進步的政象爲限；此外，倘要滅除人間一切苦痛，或苦痛的全體之一半，不獨巴力門政治不能做到，即有任何新式憲政，創作的或發見的，決不能成功。烏託邦所以引人入於失望者正是因爲他究竟只是烏託邦。即以立憲政治本身而論，他的擴張本來足使人覺得興高彩烈，但所得結果仍不免流於失望。試一推究其故，大抵由於採用此類憲法的國家本不適於大衆政治，僅以模倣形式的手段，勉強執行。更有進者，巴力門政治，經過繼續演進之後，漸次呈露兩種缺點，爲歐洲的（至少英格蘭的）自由黨人或改制者在一八三二年至一八四八年之間所未疑及。迄於今日，我們漸能發見一要旨，即是：大衆政治，在賢明領袖之下，儘可做成一副掃除積弊的良好機械；但關於新制度的創建，或新理想的實現，大衆政治或要變成極壞的工具。加之，我們亦漸能覺察別一要旨，即是：政黨政治，自許多憲法學者（就中不乏最賢明的憲法學者）觀察，當然是英格蘭的憲法之主要成分。但此項政治必不免產生黨見，其結果或至造成腐化政治的工具；萬一不然，其結果亦足以釀成一種奇異的却又公認的政治現象，即是國中常有一所以不公允的選舉而組成的立法部，時時僞託民意。此項事實，在英格蘭與合衆國所有政治意見中實留有特殊印象。綜括說，凡上文所列舉種種思慮，集合起來，即足以解明複決權的要求之生成。其實複決權，以起源論，雖造端於瑞士，但以現狀論，實已盛行於合衆國中之列邦。

反對複決權的主要辨旨 在複決權的反對論中，有一主要辨旨，自許多英吉利人們觀察，極是顯明，

又自公允存心者觀察，極是確實。唯其如是，此一辨旨亟應先行提出，及仔細審察，然後讓讀者考慮憲法上之改革，可有什麼利益。反對論可以敘出如下：

在英格蘭中，複決權的採用有一重大意義，即奪政治權力於智者手中而授與愚人是。試以具體方法說明本旨。譬如，衆民院有議員六百七十人，貴族院有議員六百人有奇（註112）於是兩院共有議員一千二百七十人許。此一千二百七十人所有智力與運用政治道德的經驗，較之，在八百萬選民的大羣中，隨意湊足數目而得到的一千二百七十人，所有智力及經驗，必然超出十倍。這一句斷論的真實性常無人能否認；由之，遂得推進一步，即謂：以選民的威權代用兩院的威權自然無異，以愚蒙代智識而主治。本來此項推理上尚可用各種形式表示，但無論如何表示，他總爲一般反對複決權者所根據以發言。其尤奇者，此項推理竟在一方面爲保守派的學者如梅因所採用，而在他方面又爲革命黨徒之欲實施社會主義的理想於英格蘭者所援引（不過我們須補說一句，此項矛盾儘可有相當說明。）倘若先就梅因所見論之，複決權的施行轉足以阻遏合理的變革。他以為『德謨克拉西』（democracy）的本身並不是有進步的政體，於是發成警闢言論，至值得注意。梅因曰：『世間嘗有一種癡想，即以為德謨克拉西是一個有進步的政體；這種癡想殆深藏於一特殊學派的心頭。其實只是誤解。……誠以英格蘭在今日所以能蜚聲海內外，英格蘭在今日所以能成一富國，只爲少數人之功。倘若四百年來，早經存有極普遍的選舉權，因之，遂存有極大選舉團於國內，我敢於斷言，英格蘭必不有宗教的改革，朝代的變更，相異信仰的容忍，甚至正確的日曆。於是打

穀的機器，汽力的織布機，多軸的紡紗機，以至蒸汽機，均要被禁絕不用。即在今代強種牛痘會，不能舉行。唯其如是，我們即可概見大衆的權力之確立實爲根據科學的見解而立法之一大不幸的朕兆。誠以此項立法的成功必須有兩要件：其一是縝密的心思以求明白；其二是否認自己的精神以求服從。」（註113）繼此，更加切實推究，他以為『德謨克拉西』有如英格蘭所現行，再加入複決權一制度，必令一切合理的改革受一重大之打擊。（註114）綜括以觀，複決權的實施，自梅因觀察，是德謨克拉西的發展之最後一步，而梅因對於複決權所下批評實爲德謨克拉西向來所未嘗受過的重大攻擊。至於革命黨人，向來大概以主張民治自命，最近亦作反對複決權的議論，其立論根據却與梅因的著述相同。是以社會主義者嘗告訴我們，即謂：複決權將必逐步進展，而有大大不利於自由黨。（註115）加之，他們還要質問我們一句，即謂：反對改革派的報紙寧不乘此機會而費盡心機，以設法欺蒙人民耶？諸如此類之辨旨，自社會主義者的眼光觀察，至足爲反對論張目。於是，全國人民，在他們的心目中，是太過愚蠢，必不勝任複決權的重託。縱使遇有人民在名義上有必須過問的問題發生，此項問題亦不應以明晰字句構成，使人民得灼見疑點或爭端所在。政黨機關，在此際，必須出而庖代，暗中施行必要的改革。誠以此類改革惟急激派或熱心家可以明知，其他人民則不可使知之。如其不然，倘若人民竟能審知政府所行事，他們或詆之爲革命，爲籍沒財產以充公。由此觀之，保守黨人所下攻擊，與社會民主黨人所下攻擊，有時互相抵消，但兩者俱含有同一真理的成分。複決權原來只是一種否決權。這種否決權，本來依上文所已申論，足以阻遏有益的改革，但在別一方面，我們須知，他

亦可延擱或禁制凡屬英格蘭中之有教育的與無教育的意見所共同反對之更新。譬如，爲婦女而要求的選舉權，倘若以複決方法，交付選民公決，我恐怕未免終於否認。誠如是，婦女選舉權運動或將有好幾年停頓。簡約說，凡屬立法的否決權，無論在君主的手中，或在貴族院，或在衆民院，或在八百萬選民的手中，必不免有時做好，復有時做壞。例如，他儘可禁制強種牛痘法律的實施及推廣；他儘可不許將巴力門選舉權給與英吉利婦女。例如，一九一四年愛爾蘭法案，假使複決權在此案得以運用，也許不能通過。又如，五穀輸入稅，從前本有法案規定，但使人民有權複決，此案也許終不能成立。倘若執之以問途人，不論男女，你所得到的答案必然隨法案而殊異：在某一例證及其他例證中，複決權處置極善；又在別例證其他例證中，複決權處置極不善。因此之故，所有關於複決權的反對論之批評只得歸結於一句推證，即謂：人民的否決權，恰如任何否決權，有時被用甚當，復有時被用甚不當。不過持反對論者一聞此語，雖是平心靜氣，他未免答辯，即謂：依一般人所有推測，兩院的仔細商量，比之選民對於一立法問題的複決，前者所能表示的立法智慧必然高出後者。雖然，此項答辯，若由持贊成論觀察，只具有片面理由。申言之，一般人的推測誠然存在，但並不能生出多大反對力。試觀一九一一年巴力門法案即給與巴力門的，或（簡直是）衆民院的，多數黨，以無限威權。由是，貴族院所有智慧及經驗，對於持久的立法，遂不能發生任何影響。由是，衆民院中之多數黨遂得受命於本黨的利益而行動。專就此一點觀察，假使複決權能被採用於英格蘭，他必能增進選民的權力，而超然獨立於政黨利益以外。不過在此際我們必須緊記一事，即是：凡法律之未能得到衆民院的同意者，



複決權必無從實施。這是要說，複決權不能積極做任何事。至於在消極方面，它具有否決權的長處，亦具有否決權的短處。惟時至今日，政黨一種器械所有權力漸伸張至於無限，只有複決權或能抑制其舞弊營私。複決權所以得人重視者是在於此一優點。

贊成複決權的主要辨旨。複決權是一種制度，倘若用之於英格蘭，他的力量足以抑制擁有衆民院的大多數之政黨所有獨裁主義。複決權又是一種制度，依之，英格蘭中之政黨政治所有重大弊端可以有減削希望。試先考察複決權所有力量。原來人民的否決權本是一種民有的制度，復以純具否定性質之故，他可以成爲極有保守性的制度。這件事實就是複決權的力量所隱伏。他是民有的制度，因爲他在實際上要將某一問題請命及取決於人民。他是有保守性的制度，因爲凡屬大多數選民所願意保存的法律或制度，他就可以主張不變革，而保證此項法律或制度的存在。反之，倘若某一制度已受大多數人民指摘，謂爲不適用，該項制度，無論在複決權的運行之下，或在其他任一法制的運行之下，得以保全；這又是凡曾經研究現代英吉利社會情狀者所深悉，無庸申說。綜括以觀，複決權究竟只是人民主權以否定方式而發表；而人民主權，凡在大衆政治的體系之下，必能存在與運行，至無疑義。雖然，一種政治的施爲，倘若僅能與政治信條有如『人民主權』者偶然適合，自深思遠慮者視之，必無多大效力。申言之，任一政治的施爲必須與當代盛行的思想契合，而且此類思想必須能保證合理的改革之實施，甚至有利人民的制度之安全存在。唯其如是，讓我們隨即繼續上文，而討論複決權究竟能否趨於減削政黨制度的流弊。本來一國的立法機

關原由人民選舉代議士以組織成立，然而此項機關有時仍不免錯誤代表人民的意志。此事當可用瑞士或合衆國的列邦所有實際經驗而證明。其實錯誤代表的危險至屬常有，縱使立法機關的議員純以忠誠與公平競爭而選出，往往有之。譬如，在英格蘭中，近代所有大選舉實傾於成爲對於某一個人或某一政黨的選舉，使之得以出而組閣，與主持國政。誠如是，黨見在此際實足以跨越愛國心。加之，凡爲複決權所未施之地，政治爭端之就決於選民者，年復一年，益形複化，又愈增糾紛。在如此場合之下，不但政治上之陰謀得以叢生，而且政治上之騙局亦得乘機入。因此之故，世界文明各國，有如上文所提示，漸失望於民選立法機關，甚至不復信任。因此之故，北美合衆國中之具有公益心的公民特對於政黨一副機械十分疑懼，甚至嫌惡之與詆譏之，不留餘地。因此之故，混合組閣，扛木行爲，以至其他同類的巴力門祕密行動大足以減削人民對於衆民院所有道德上之信仰。惟其如是，許多英吉利人們相信一國之中，凡有極大選舉國，必須有政黨爲之運用，於是，百弊生焉，此爲自然的結果；在此際，尋出相當善法，以減少弊病，實爲必要。就中，最善之法，莫如給與選民以否決權力，以裁抑巴力門中之多數黨的無限權力。不過此項權力，在運用時，尙須濟以小心及明敏善斷。這是一種代價，凡屬忠實國民，若欲永遠維持大眾政治，必須交付。此外，複決權的採用亦足以促進智識的忠實性於民間；這種忠實性，在現代英憲的運行之下，幾乎漸滅殆盡。誠以複決權在此際既能分離於選舉權以外而獨立，人民便有機會以分別處置兩個完全不同的問題：其一是某一宗法律（譬如，施行新關稅改革的法律）應否通過及成立；其二是某甲先生或某乙先生應否被選任今後五

年間之內閣總理。申言之，在複決權的施行之下，一個選民得以本自己的良心主張，決定某一項法律究應存在，或不應存在，在此際，他復不用徘徊瞻顧，而有投鼠忌器之懼；甚至某甲雖是極賢，徒以某項法律被反對之故，遂不繼任，而某乙雖是極不肖，徒以他的政敵既不連任之故，便能受命為內閣總理。誠如是，英吉利內閣今後當可效法瑞士內閣的行事，即是一個現任內閣，在大體上既得人民的扶助，即可放膽行事；縱使閣員中有一二次條議，在複決之後竟遭推翻，內閣的安全亦屬無傷。這種結果，若自懷抱黨見者觀察，不免是近於討厭。然而我在上文已明言之，複決權在今日所以得人重視者，是在於複決權所有一種傾向，即傾於改正，至少減削政黨政治的最劣復最顯的弊病。

綜覽上文，我的主旨只要就英格蘭着想，特在本篇導言中，提示讀者以兩端：其一是複決權的反對論中之最強有力的辨旨；其二是複決權的贊成論中之最強有力的辨旨。此外，尚有許多辯論，我還未能詳舉，抑我亦不暇詳舉。任何人，倘若真能滿意於現行政黨政治，必不喜見這種制度，依之，政黨的體系下所產生的惡果，得以改正。反之，倘若此人真能覺察巴力門的失却信用深與政黨的權力增加煞有關係，他必能與我懷相同見解，即是複決權，倘能斟酌運用，必能在英格蘭中直接地抑制政黨的勢利行為，間接地再行催生人民對於巴力門政治的信仰心。原來巴力門政治，諒讀者早已深悉，向為英吉利憲法史上之一大光榮。

### 綜結

(1) 巴力門主權在今代中仍為英吉利憲法學者所主張的基本大義。不幸，貴族院的威權已大受裁

減，同時，衆民院的威權（實則是衆民院中之多數黨的威權）亦日見增加。因爲能操縱政黨的機械之故，內閣遂能自由運用衆民院在最近獲取的一部份主權權力。內閣總理，倘若真有本事，遂一躍成爲巴力門中之多數黨的實際領袖。（註16）唯其如是，內閣與內閣總理所有權力的逐漸發展便是英吉利憲法在運行之中之一大變革。此項大變革的成因有二端。其一端是設立於一八六七至一八八四年間之住戶選舉權；其二端是政黨的體系漸成硬化。在如此場合之下，英格蘭中遂有一政象生焉，而且這一政象在巴力門內外尙未能得到充分承認；這種政象是現代內閣，在一個深明政黨戰爭所有戰術的領袖之下，能不顧民族的意志而處置國家大事。以此之故，美國學者盧兒勒（Lowell）在他的英格蘭的政治中，特下一斷語，卽謂：政黨政治並非偶然遭逢，亦非偶然腐化於英格蘭；反之，他在最近數十年間已成爲英吉利憲政的體系之基礎。（註17）倘若我們相信這一位最能幹的批評家所下判斷，而贊同他的見解，政黨威權有了如此生長，殊令人不寒而慄。將欲證實巴力門政治在運行之實際變遷最善之法莫如追溯六十年前，卽自一八五五年至一八六五年，所有成事，而觀察巴麥士登（Palmerston）的政治生活。巴麥士登以一八五五年任內閣總理。他在一八五七年間最得人望，爲歷任總理所未能企及。偶以他故陡與當時混合內閣中之領袖鮑爾，巴麥士登特請解散衆民院，其選舉結果，內閣總理大勝，扶助他的議員遂得構成衆民院中之大多數。既而他又不能控制自己，以至得罪了衆民院中之多數黨。於是，反對聲浪騰於院外，而散佈於選民隊裏。一八五八年，他自行辭職；一八五九年，衆民院因受解散而改選，改選之後，勝利仍歸於巴麥士登，他依然復

職。自此之後，他時常保持選民的大多數之扶助，直至一八六五年死之日爲止。此項政治舉動，在巴麥士登當國時代，是十分自然，毫無勉強；但他們必不能再遭逢於一九一四年。簡約說，巴麥士登，一如格蘭斯頓，並不倚賴政黨的器械以獲取政權。迨至一九一一年巴力門法案通過，政黨政治的最後及最大勝利即以完成。

(2) 在英格蘭中甚至通不列顛帝國中，政黨威勢的增加，適與元首所有道德感化力的生長，兩兩平行。自維多利亞登位以迄今日，英格蘭的君主具有道德威權的兩個淵源，但在憲法作家中，可惜少人遠矚將來而注意及於此項威權的淵源。第一，君主，不管他是誰人，在通帝國中，是唯一一人物，只有他一人能超然獨立於政黨以外。第二，在合一王國之外，君主是一個公認的，又唯一的帝國代表及中心人物。(註118)

(3) 法律主治在一八八四年間原爲英吉利憲政所有兩條大義之一，不幸這條大義漸見陵夷於十九世紀末葉，入於二十世紀的最初十四年此項政象尤爲顯著。

(4) 所有改進憲法的新思想正在進行；從改革家與創制者所有鵠的觀察，他們均是被用以改進立法的境遇，務有所以收回已失的人心。至於所以改善立法的性質之道，尙未有具體方案計及。唯在這些方案中，凡鹵莽滅裂的立法未嘗不可以間接地受遏抑而已。譬如，比例代表的制度有時可使一種意見，雖則包含不少真理，但仍然不見稱述於衆人者，亦得一機會以聞達於衆民院。複決權的採用，據改制所有希望，庶幾可以減削政黨政治的弊害。雖然，自主張改制者所有主旨審問，我始終覺得此類改革只以企圖立法

得投契公意爲職志。(註119)

我結束本篇導言所探討而括示四大端，我的主旨自然不外要求一事，即以激發感覺靈敏的及愛國的英國人民而惹起疑問是。一聞上方結論，每一個熱心國事的國民必不禁自問：平民的憲法主義方今已建立復正盛行於英格蘭；將來究有什麼結果？他必然憶及一要旨，即是悲觀主義足以誤引當代批評家，入於歧路，殆與樂觀主義等。他將能尋見一番訓話，或預言，以一八七二年由一個憲法學者發出，尙能近似答覆他的審問。當是時，即距今四十二年前，英吉利政治家正在睡夢未醒，這位憲法學者已感覺英憲中有可能性亦危機隱伏，特發危言，以警當世。試諦聽貝吉的言論，如下文：

「在此際，我們的政治家不但有最大機會，而且有最大義務。他們必須指導投票者如何使用選舉權。雖則不便明言，所爲何事，但暗中必須指導如故。爲首的政治家，在一自由國家中，常有當機立斷的機會。他們的舉措足以規定人類的行爲。有了一二次演講，他們即可決定今後口所應道，與筆所應書。一經與政友會商，他們就可以規定自黨的黨綱，或（沿用美國人的稱謂）政黨宣言，依之，他們與黨中同志即可從事於選舉運動。是故政綱，與政綱的比較研究，亦爲世人對於政治家的評判所從出。一個尋常百姓必不能自行決定所應注意者究竟是什麼問題；他所能爲者只是判斷一個已經提出的問題所有爭點。換言之，他能別擇政治問題；他只能決定問題中之爭端。唯其如是，抉取問題遂成爲政治家的專責。當在別擇之際，政治家必須特別注意，復須謹慎從事。倘若他們提起問題而至於激動下流社會，倘若他們提起問題，復至於

誤引下流社會，入於歧路；倘若他們提起問題，更至於使下流社會感覺該社會的利益不能契合國家的利益，或竟抵觸國家的利益；他們的行事簡直貽害不淺。本國的將來方有賴於仔細解決一種困難的試驗，而他們竟至於設法使歸無效。方今這些愚昧無識的人們纔得親問政治，適當問題所含的論旨之提示，甚是必要，然而他們竟至於暗示極壞的論旨。申言之，他們竟要暗示：一種題目以喚起窮人的聯合而自成一階級；一種題目以激動他們反對富者；一種題目以供給他們的討論，討論之餘，復使他們一齊感覺，即是現行法律實使他受苦，惟有重新規定新法律庶幾足以解除苦痛，又是，政府擁有用不盡的財庫，因之，所有需要的人們均得受贍養。倘若此次貧乏選舉者所有第一次工作是用之以造成「貧人的天堂」，恰如一般貧人所希望，而又自己相信可以將其造成，目前所有極大的政治試驗必遭失敗。誠如是，選舉權的普遍授與不但為害於全國，而且為害於剛纔領受選舉權的個人。」（註120）

這一番議論是發於一個天資聰明的人，他本人已經死去，然而言猶在耳，殆如有生之年。究竟他的警告是否不需要，抑或他的渾含預言會否已實現一部份，可否完全實現於將來，諸如此類之審問只好讓讀者以公平態度與深遠思慮一一答覆。不過要得完全答案，現在的時候尚是太早，此事的完成還要留待一個博學正心的歷史學者，他在一千九百五十年間，或二千年間，將能綜述英格蘭中之民主政治的最後結果。雖然，一個作者正在著述於一千九百一十四年，雖則大半盲於闇昧與當代的偏見（這是逐一批評家在評論本人所生時代所不能避免），他仍然不妨提醒讀者以一要旨，即是，現代仍有現代的教訓，正不遜

於過去與將來。民族的危險原來是民族的偉大性的試驗所。雖則和平是常時可貴，然而戰爭足以給與我們以極大教訓，當不讓於和平。方今世界大戰正在開始：在那一方面，我們的敵人擁有最大又最有訓練的軍隊，爲今代世界所創見；在這一方面，我們的王國（實則是帝國）的全部一齊團結精神，相與同仇敵愾。這件事實的本身是十分嚴重，且將發生重大關係。英格蘭與全不列顛帝國一齊執起干戈，以圖自衛。幸而戰勝，尙足以奠國家於磐石之安，不幸戰敗，所有富厚安泰，以至政治的生存，均受危險。誠如是，英格蘭，以普天臣民的熱烈同情，自願以戰爭的危險及苦痛，交換和平的幸福；而且這番戰鬥並非因爲要擴大幅員或博取軍事光榮，誠以這些事業及功績她已有相當成就；其實這番戰鬥却是因爲要強制執行國際直道的一條規則，與維持遵行人道的重大使命。這是一個極好朕兆，要預報大衆政治在將來欣然向榮，並要預報人類在剛德與正義的大道上進展。此類事實足以激起英格蘭及法蘭西的青年一種觀感，卽是現代青年就是天堂所在；此類事實不但足以慰藉老者，他們爲了許多政治的醒覺與失望，幾乎陷於絕望的境地，而且使老者喜極涕零，自慶依然健在，猶得及身親見此日，當在民族生死存亡的關頭，戰旗一豎，萬夫響應，無種族的界限，又無階級的界限，大家一致齊集於民族的旗幟之下，相與抗拒一個已受軍國主義洗禮的民族所有力量，幻想，與傲慢誇大心理，無論犧牲到了什麼程度，總要堅持到底，以求取及保證人道的，自由的，與直道的最後勝利於全體的文明世界。



(註1) 比較『法律與公意在十九世紀中之英格蘭』第二板，導言。

(註2) 參考本書下文第一篇第一章至第三章。

(註3) 參考本書下文第二篇第四章至第十三章。

(註4) 參考本書下文第三篇第十四及十五章。

(註5) 見本篇下文論三十年間新憲思想的發展。

(註6) 將欲明白導言中所討論各點，讀者須仔細玩味本書下文與論題有關之各章，譬如導言中論及巴力門主權的部份須與下文第一篇第一至第三章並讀，便是。

(註7) 參看下文第一至第三章。

(註8) 見下文第一章開端論巴力門的定義，巴力門自己可通過一巴力門法案，明白或暗中授與下級立法部或其他機關以增加或改變某一法案的權力。譬如，在平民國家法案（載於維多利亞代檔案第六十三及六十四冊，第十二章）中帝國巴力門即明白給與權力於澳大利亞平民國家的巴力門以改變該法案中許多條文；又在一九一一年國民保險法案中，帝國巴力門亦明白給與權力於保險委員會及商部以改變該法案的條文某幾條。

(註9) 參考下文第二章論英吉利自治殖民地一題所有文字。

(註10) 參考一九一一年巴力門法案，特別注意該法案第一第三節，及本書下文附錄中之書後第十三則，論一九一一年巴力門法案。

(註11) 一九一一年巴力門法案並不減削君主の特權，因之，特權的外延，在今日，一如在該法案初通過前所有情狀，毫無變更。該法案並在第六節規定：『衆民院所有權利及特別利益，本法案不得有所更動或減削。』

(註12) 一九一一年，巴力門法案在間接上亦生有許多果效；參考本篇下文(C)憲典中論第二類憲典一題所有文字。

(註13) 參考一九一一年巴力門法案第一及第三節。

(註14) 此外尚有一例外，即關於延長巴力門的任期多過五年之法案是。參考一九一一年巴力門法案第二節第一項。

(註15) 參考同上法案第二節。

(註16) 參考同上法案第二節第一款但書。

(註17) 參考同上法案，並同節，同款但書。

(註18) 參考同上法案，並同節，同款但書。在這條條文之下，貴族院可以依法要求延擱一宗法案至於二年又一月之久。倘在衆民院中遇極有力的反對，此項延擱尙可以伸長。

(註19) 解釋拒絕的成立條件，一九一一年巴力門法案第二節第三項有明文規定。原文即謂：「一宗草案，倘若不附修正案便不能通過於貴族院，或只以附有兩院意的修正案乃能通過於貴族院，應即視爲受了拒絕。」自治草案被實在地拒絕於貴族院，即由該院於第一第二屆會議時投票否決。到了第三屆會議，貴族院並不在實際上有否決該草案的舉動，徒以不即在第三屆會議通過該草案之故，即被視爲「解釋拒絕」。

(註20) 一九一一年巴力門法案容留衆民院所有權利及特別利益依舊存在（見第六節條文）。至於所謂元首的「否決權」該法案絕不議及。他的存在自無疑義，不過此權在過去二百年間實未嘗見用。雖然，布雅克（Burke）的名言至值得牢記。其言曰：「君主否認草案的權利是御用特權之一種，他可以應用於任何時會及事端。即就我所知的法律而論，倘若這幾宗法律竟受摧殘於這種御用特權，我不能確實斷定，公衆會受極大損失。但此項特權在運用之際的當否實不成問題。這種運用向來罕見，他的本身可謂善於忍耐。他的安息自能保全他的存在；而他的存在自可以備不時之需，而拯救憲法本身於危亡。」（見布雅克

致柏利士突勒 (Preston) 郡守書，載於一八〇八年板本他的文集第三冊，一八〇及一八一頁，又載於一八七二年板本他的文集第二冊，二八頁。布雅克的言論至為確當不易，還可以實際經驗證明。否決權的存在至足以維繫英格蘭與自治殖民地所有關係，使得在坦途上發展。他的存在能令帝國與殖民地間之政治家將兩件特異性質的事實結合：其一為帝國的統一；其二為殖民地的半獨立。這種結合的成功可以成爲不列顛帝國的一種救星。

(註21) 屬邦一名在此處所有用法須參考一九一四年外國人歸化法案，載於佐治第五代檔案第四及第五冊第十七章，第一表。特別比較本書下文第二章論英吉利自治殖民地一題所有文字。

屬邦大概包含一個國家，他的本身是一個自治殖民地，或包含幾個國家，他們在一八八四年是幾個自治殖民地。但這一句敘述語並不能正確地應用於逐一屬邦。譬如西澳 (West Australia) 是澳大利亞平民國家的一邦，但到了一八九〇年，他纔有責任政府。納塔耳 (Natal) 現爲南非合邦之一邦，但到了一八九三年，他纔有責任政府。南非合邦包含許多國家，他們在一八八四年，雖則奉英國王爲宗主，但仍受治於布爾 (Boer) 政府之下，而對於英格蘭成爲獨立國家。

在本篇導言中，除明白提出討論外，關於殖民地的研究概不涉下列三類殖民地所有身分：其一爲直轄殖民地；其二爲巴哈馬士 (Bahamas)、巴巴杜士 (Barbadoes) 及俾丹打 (Bermuda) 三處殖民地，他們只有代議機關而無責任政府；其三爲印度。簡約說，本篇導言，凡當討論帝國巴力門與殖民地所有關係之際，當時以論及帝國巴力門與五個自治殖民地所有關係爲限。(註22) 『帝國巴力門』一名，通常英吉利憲法學者只稱之爲『巴力門』，實際上便是合一王國的巴力門。但當我們要論及一如本篇導言中所爲，合一王國的巴力門與屬邦所有關係，帝國巴力門的稱謂甚形便當，誠以屬邦中之每一邦各有一個代表立法機關，其名義通常模倣母國，亦一概稱爲巴力門。同時，『帝國巴力門』在殖民法令中亦常稱用，譬如一九〇一年澳大利亞平民國家的詮釋法案，第二號，是其一例。

(註23) 試徵引布雅克的語言如下：「你們是什麼人！那能憤激發怒而咬斷自然所造的鐵鎖，平情立論，凡屬龐大帝國，受了自然限制，亦是事所常有，其實此等事之遭逢於本國者決未嘗比其他帝國所身受者較為惡劣。在巨物中，權力的循環運轉，大抵到了僻遠處所，必然未滅。自然已明白言之矣。盡觀土耳其人 (The Turk) 他不以治理斯位士 (Thrace) 之法，治理埃及、阿刺伯及古的士坦 (Curdistan)，他亦不能以統屬柏魯薩 (Brusa) 及士米拿 (Smyrna) 之法，統屬克里米亞 (Crimea) 及亞勒特耶 (Algiers)。獨裁政治有時必須自屈，而親做星零買實與斷斷較量。蘇丹治國，不能處處頤指氣使，只得領受他人所甘為者以責取服從。為着得到安然統治，他只好統治全帝國以懷柔政策。於是，他的威權所有勇氣與猛勢，因遠方來歸之故，得以集中而加厚。盡觀西班牙、西班牙在他的屬地中所有權力或者不能企及你們在你們的屬地。她仍然依從；她仍然屈服；然而她實要守候時機。這就是廣漠而散漫的帝國所有不可變的境遇與所必須遵守的天道。」見 *Burke, Conciliation with America*, vol. III (ed. 1808) pp. 56, 57.

(註24) 帝國巴力門自動放棄課稅於殖民地（無論自治與不自治）的權利，在歷史上已經歷兩重階級。自一七八三年後，凡以帝國法案而成立的賦稅，即在直轄殖民地中，俱是為殖民地本土而起的賦稅，於是，所得稅收概歸殖民地自用。但直至航海法案被撤廢於一八四九年之日為止，為着維持航海體制，巴力門尚且保留一種習例，以課稅於輸入殖民地的貨物，但此項稅收仍歸該殖民地自行保管而已。自一八四九年後，帝國巴力門再不通過任何法案，以征稅於殖民地，因之，殖民地再不受強迫納稅，以協助一王國的政費，甚至協助不列顛帝國的軍費。

帝國巴力門至今尚課關稅於人島 (The Isle of Man)。參考佐治第五代檔案第三第四冊，第十八章。

(註25) 參考戴雪所著『法律的抵觸』（第二版）三二九至三三三頁。

(註26) 參考同上書二四頁及下列一成案。

Ellis v. M. Henry (1871), L. R. 6, C. P. 228, 234—236。

此外尚有一成案，可資反駁，並具引於『法律的抵觸』三四二頁。其原有標題及典籍如下：

New Zealand Loan etc. Co. v. Morrison (1898), A. C. 349。

(註27) 參考本書下文第二章，論否決權如何運用一題所有文字。

(註28) 屬邦的義解具詳本篇上文註脚第二十一條。

(註29) 參考奇斯(Keith)所著『屬邦的責任政府』一三一—一六頁。

(註30) 參考同上書，一一九至一二二頁。

(註31) 參考同上書，一三一—一六至一三二—一三八頁。

(註32) 參考本書下文第二章，論否決權如何運用一題所有文字。

(註33) 參考奇斯『屬邦的責任政府』一五八—一三頁。

(註34) 參看澳大利亞平民國家的憲法，第七十四節：一九〇九年南非法案第二百零六節。

(註35) 特別注意一九〇九年南非法案，第二百零六節。

(註36) 參考本篇上文在第一疑問下之一段文字。

(註37) 介於『自治殖民地』與『屬邦』兩種稱謂之間具有異點，至值得注意。前者適用於一八八四年間所有情狀；後者適用於一九一四年間所有情狀。

(註38) 參考一九一一年帝國會議議事錄(Cd. 5745)二二頁。

(註39) 參考戴雪所著『法律與公意』四五〇至四五七頁。

(註40) 見一九一一年帝會國議事錄 (Cd. 5745) 111頁，主席亞士葵斯先生 (Mr. Asquith) 所致開會辭。比較『英國王普告自治屬邦政府及人民書』載於倫敦泰晤士報，一九一四年九月十日出版。

(註41) 比較戴雪所著『法律與公意』四五〇至四五七頁。

(註42) 一如目前 (一九一四年) 狀況，所有各個屬邦正在貢獻於英島的安全及帝國的發達不少。

(註43) 英國人民實有一種企圖，要將一種平等觀確立於不列顛帝國內，使凡屬帝國臣民皆能享受這種平等。此種企圖可以歷年存在於英格蘭的實際狀況證實。概括說，逐一不列顛臣民今日在英格蘭中，能與一般生於英格蘭的英吉利人們，或父母皆是英籍，而本身現在又安居於英格蘭的人們，享受同等政治權利。譬如一個不列顛臣僕，不管生於何處，屬於何族，信何宗教，除却極稀罕的例證外，均享有與一般英吉利人們同等的權利以安居及營生於英格蘭。加之他並有同樣的政治權利。倘若依選舉法所規定而合格，他可以投票選舉巴力門議員。倘若獻身候補於一選舉區而當選，他可以入巴力門而為議員。英格蘭並不設有法律以限制不列顛臣民，使因生地，血統與信仰之關係致不能身任議員或內閣閣臣。或者對於此語，儘可反答，謂以非英國人而任如此重職，此等事絕對不會遭逢。或人所云在事實上固是真實，然而在理論上英格蘭並不否認任何臣僕以此項權利，則亦為十分正確。如此平等待遇，許多不列顛臣僕實無緣享受於所居在的自治殖民地，這是英格蘭與屬邦迥異處所在。

(註44) 參考本書下文第二篇，特別注意第四章。

(註45) 參考本書下文第十二章。

(註46) 關於此點的大體，參考Moir所著『貴族與官僚』一書，特別注意該書一至九四頁。

(註47) 參考一九〇二年，教育法案第七節，並參考下列成案：

(1) R. v. Board of Education (Swansea Case) (1910) 2 K. B. 167.

(2) Board of Education, v. Rice (1911) A. C. 179.

(註48) 參考一九一一年國民保險法案第六十六、六十七節及八十八節第一但書。大致可參閱戴雪所著『法律與公意』(第一板)四一至四三頁。

(註49) 參考一九一〇年財政法案第二節第三項,又第三十三及九十六節。

(註50) 倘若某議長既簽發明知是不確實的證明書,本來巴力門尚有彈劾權在,未知該法案亦能庇護該議長使不至於受彈劾否?

(註51) 參考『法律與公意』的導言,四四至四六頁。比較一九一三年工會法案及同上書導言四八頁。

(註52) 參考盧兒勒(Lowell)所著『公意與大眾政治』第三章。

(註53) 參考本書下文第十二章,特別注意論行政法與法律主治的比較一節文字,並參閱『法律與公意』導言三二至五三頁。

(註54) 參考 MEY 所著『貴族與官僚』。

(註55) 參考『法律與公意』導言,三九至四三頁。

(註56) 平政法院的組織本書凡兩次討論;參考本書下文第十二章論平政法院的設立一段文字,及附錄中之書後第十一則論平政法院的組織。

(註57) 參考 Poicazo 所著『法蘭西政治』(B. Michl 翻成英語,由 T. Fisher Unwin 印行,以一九一三年出版)英譯本二七二頁。

(註58) 行政法在其他大陸國家(譬如德意志)中其司法化程度究不若在法國者之高。

(註59) 例如出庭法案及其他同類法律,法國無有,同時在所謂『警政』之下,許多武斷權力尙由警察運用;見狄驥(Duguit)

所著『憲法專論』第二冊，二四至二六頁，又三三至四五頁。加之，在今代法國中，尚有多種行事，可以託詞於奉行上官命令，而得到底護。

(註60) 參考本書下文第十二章論行政法的優點。

(註61) 參考狄德所著『憲法專論』第一冊，四六〇至四六七頁。

(註62) 試一考究一八八九年官吏秘密法案，及一九一一年官吏秘密法案。

(註63) 參考本書下文第十四及十五章。

(註64) 特別注意一九一一年，巴力門法案間接所生果效，詳見本篇下文論第二類憲典。

(註65) 注意法律主權及政治主權的區別，詳見本書下文第一章，批評倭士丁的理論一節。

(註66) 在一千八百八十年舉行大選舉之際，選民之表同情於自由黨者，以為自由黨一獲大勝利之時，即為比第士斐勒辭職之時，又即為格蘭斯頓組閣之時；此事他們實公言不諱。

(註67) 元首在巴力門開會時，例須致開會詞，但在今日，此項開會詞大抵為內閣代撰擬，於是，國人皆知該詞所有旨意實際上只代表內閣對於巴力門的希望。因此之故，元首在今日必須別尋機會以發表他自己對於人民的喜樂及傷悲的同情心。

(註68) 參考本篇下文註脚第一百零七條。

(註69) 憲典與憲法的重要區別，詳本書下文開宗明義章。

(註70) 參考賦稅的暫時征收法案，該案在一九一三年通過。

(註71) 一個批評家可以反辯，即謂：典則既受法令規定，成為法律，在此際，此項典則已經不復是典則的本身，實已化成憲法的一部。這句話我並不否認，但已經化變的該項典則或不免有間接地牽動其他習例的作用。於是，當討論憲典之際，即不妨就便提示



已受化變的憲典在間接上所生效果。

(註72) 一九一一年巴力門法案尙有直接效實，參考本篇上文論巴力門主權一綱領之下所有討論。

(註73) 關於制定與非制定的憲法所有區別，參考本書下文開宗明義一章所討論。特別注意一九一一年巴力門法案第一節第二及第三項，在其中財用草案得到一個法定的定義，同時一宗草案是否財用草案亦可依一定方式決定。

(註74) 見巴力門法案第七節。原文即謂：「巴力門每屆任期所有最長期限在一七一五年七年巴力門法案之下，原定為七年，今後應改為五年。」

(註75) 參考 Lowell, 『英格蘭的政治』第二篇，第二十四至三十七章，Low, 『英格蘭的政治』第一至第七章。Ramsey Muir 在他的官治論文（載於他的貴族議員與官僚，一至九四頁）中，雖則提示在英憲下之權力有自內閣而落入吏役手中之趨勢，在大體上仍表同意於上方兩位作家所論。

(註76) 最近時有思想及行事出現，似乎足以減削政黨體制的硬性。譬如，關於一九一三年三苗而勒爵士一案 (In re Sir Stuart Samuel [1913], A. C. 614)，即足證明，凡關於巴力門議員當選而出席議會的法律問題，在一八三三年司法委員會法案第四節之下，此項問題可以提交樞密院，即交由以著名律師而構成的該委辦會處決。依此意見，我們更可推知，其他問題之涉及議員的品行者未必能由巴力門中之任一委辦會秉公審問，實不如交付這一所最高法庭查究，較為妥善。譬如，以軍事言，當吉青納爵士 (Lord Kitchener) 就任陸軍部長之始，他曾明白宣言，即謂：他的就職並非以黨人資格而就職。他原來是一個軍人，故此番就職，特要盡軍人本分，以擁護民族的幸福及光榮。吉青納發此言實不啻為軍政上創立一先例。抑此豈特限於軍政而已，其他各部政事何常不應如是辦理，譬如再以外交言，倘若有一個天才的外交部長，歷在自由黨及保守黨中繼續任職，此事於國有益，於私人的品行亦何傷，假使有一樞密院大臣於此，精於法律，復明於斷事，倘使他長此以最高法吏之地位，為國家服務，

復爲歷任內閣任法律顧問，誠如是，國家實賴之。萬一內閣閣臣與這位大臣的政見實不相投，但該大臣並不因此而辭職，此事對於人民亦只有利而無害。綜合以觀，政黨所有權力，亟應抑制，使之不至於有加無已，實爲必要。

(註77) 參考本書下文第十五章關於憲典的實效力之討論。

(註78) 見下列一成案 *Bowles v. Bank of England* (1913) 11 Ch 57.

(註79) 除却代議政治所有政治思想外，我們即謂今代所有政治觀念，幾乎無一不曾經亞理士多德研究及批評，亦非過當。雖然，我們尚須特別注意一事，即是羅馬帝國所建立的大規模行政制度，實爲這位希臘哲人所未想及。

(註80) 參考布特列(J. R. M. Butler)所著『大改革草案的通過』(出版於倫敦 Longmans, Green and Co., 1914) 在歷史的敘論與探討方面，此書洵稱傑作。

(註81) 參考『法律與公意』三〇九及二七一、二七二頁。

(註82) 在本篇導言中，倘欲括舉此類新憲思想的正辨及反辨所有辨理，不但在事實上爲不可能，而且我的主旨，亦不欲做到此舉。我所要做的事只是將反對及贊成兩方所有中心思想和聲托出。此旨並已在本篇上文兩個概觀處提示。

(註83) 參考 Mary Wollstonecraft 所著『婦女的權利之宣示』該書出版於一七九二年，當是時法蘭西大革命適於是時進行甚劇烈。所可異者，在此際，革命黨人似乎不大注意於此事，羅蘭夫人爲一時女傑，亦未聞有替婦女爭取選舉權的舉動。

(註84) 將欲考察雙方爭論所有主要辨理，參考戴雪『爲婦女選舉事各次致友人書』。

(註85) 參考布雅克書札第一冊，三三二至三三三頁。

(註86) 參考 Humphreys 所著『比例代表』 Fisher Williams 所著『比例代表與不列顛政治』 Lowell 所著『公意與大眾政治』一二二至一二四頁。

(註87) 見亞士勞斯在聖安魯 (St. Andrews) 的演說，時爲一九〇六年二月十九日，徵引於 Fisher Williams 所著『比例代表與不列顛政治』見該書第十七頁。

(註88) 亞士勞斯在 Bunley 的演說，時爲一九一〇年十二月五日，徵引於 Fisher Williams 所著『比例代表與不列顛政治』亦見該書第十七頁。

(註89) 參考貝吉所著『英吉利憲法』一四八至一五九頁。

(註90) 『王黨』與『民黨』兩名，自一六八九以來，一向沿用至於今日，我故意選擇這兩個稱謂，實所以避免一九一四年所有爭端，庶幾不與現代『保守黨』與『自由黨』相混。

(註91) 任一內閣總理，不論是王黨或民黨，倘能撤廢五穀入口稅，必得到柯伯丁的扶助。倭款舉勒的態度亦是如此，但他的地位是十分奇異。他積極參加英吉利政治，又是邊沁的信徒，而且與民黨攜手之時爲多。

(註92) 比例代表，在彌勒 (J. S. Mill) 生時，原稱爲少數黨代表。此項名稱的改革富有深意。在一八七〇年間，少數黨代表的制度所以被提出要求，實因巴力門中不無少數智識分子，他們所有微音或致沉淪於多數黨的喧嘩，而無抗辨的能力。在一九一四年間，比例代表的制度所以被提出要求，實因大眾所有一切不同的意見均索取開達於巴力門的相當機會。前者是用來做抑制『德謨克拉西』的工具，後者是用來實現『德謨克拉西』的主旨。

(註93) 參考本書下文第三章，論巴力門主權與聯邦主義。

(註94) 參考本書下文第三章，聯邦主義的討論，在那時（一八八五年）實所以用來反勒巴力門主權的要旨，因爲巴力門主權實能造成英格蘭使之做了一個單一國家的最好例證。

(註95) 在帝國聯邦主義的討論中，以至在本書中各種討論，我故意採用日常用語，常以『英格蘭』一名代用『合一王國』。

(註96) 仔細玩味本書下文第三章所敘論，而且更有一點值得注意，即是第三章所有論說實在於埃爾斯頓的愛爾蘭自治草案未出世之前，即已印行。

(註97) 屬邦的義解，上文經已詳論。參看本篇上文註脚第二十一條。

(註98) 『雖然，我們所有這一個帝國，比之其他帝國，殆具有許多特性，使我們翹然獨異。譬如自外方觀察，帝國所包含的國家，境界不相符合，壤土復不相毗連。天氣不同，地質不同，人民不同，宗教信仰亦各不相同。即在自治殖民地中，今日各有代表在座，他們並不靠同文同種之故，得到互相結合的力量。然而我們具有一個帝國的政治組織，依之，世界全體人類的三分之一得以免於戰爭。因此之故，在如此殊異的民社之中，當必有不同的組織方法，不同的政治制度及思想存在，至無疑義。雖然，讓我們姑舍其他部份不論，且先論及今日均派出代表的地方。在如許別異的外觀與內容之中，究有什麼共相，足以聯絡我們，使爲一體？以我觀之，在自治的不列顛帝國內共有兩事，爲向來一切龐大的政治組織所未見。第一是法律的統治。無論在任何地方，倘有法院的御用狀運行，武斷威權立刻停止，人民的權利即有所保障。而法院實始終其事，使人民的權利得以申張而發生效實。第二是絕對，無牽制與完全的地方自治，加入對於一個共主的忠誠，對於公共利益及主旨的合作。而且，除忠誠與合作之外，我還要再補加一事，即是一個公共信託，誠以不拘在印度，或在於直轄殖民地，或在於保護國，又或在於本國境內，在其中常含有許多分子，目前尙未得到自治身分，甚至將來永遠不能得到此項身分，因之，這種不幸分子的利益，必須照顧周全。』這是亞士提斯 (H. H. Asquith) 在帝國會議開會時以議長資格發言的開會詞。見一九一一年帝國會議議事錄 (Cd. 5745) 111頁。

(註99) 華德爵士 (Sir Joseph Ward) 是一個負盛名的殖民政治家，他同時一個殖民的式帝國主義者。在他所起草的帝國議會方案中，他提議帝國巴力門當由合一王國中之各國，與各屬邦共舉代表組成。在此際，他似乎先設假定，即以爲英吉利人們對於合一王國的分裂爲四國一舉，可無留難。這是要說，縱是一個英國內閣總理，他亦不願以分裂各行省一事強令加拿大執行。

華德爵士却希望英國人民能表同意於合一王國的分治，豈不可異。參考一九一一年帝國會議議事錄 (C. S. 575) 五九至六一頁。

(註100) 見亞士發斯的演說，參考本篇上文註脚第九十八條。

(註101) 參考本篇上文註脚第四十三條。

(註102) 參考『愚人的天國』二四頁。

(註103) 這種堅決信念可由現代每日經過眼前的事實解證。(一九一四年九月，著者自記。)

(註104) 語詳本篇上文論聯邦政治的特性與帝國聯邦主義的關係一段。參考『愚人的天國』二五頁。

(註105) 試一仔細考察帝國會議一制度的生成，極有趣味。此項制度，自一八八七年以至一九一一年，是由慢性的，最有希望的與最成功的發展得來。在一八八七年帝國會議第一次集議，係一種無目的復無方案的會議，至於一八九七年及一九〇二年的會議，則因有別種慶祝盛典而順便舉行。惟在一九〇七年的會議則異是；這一次會議純然為商量國是而召集。自此之後，帝國會議即以一九〇七年的決議而得到一定組織，一九一一年年的會議即依據此項決議而召集成立。

(註106) 一九一四年愛爾蘭政府法案略去自治的政策不提，係出於有意。此項法案的性格及效實，非經過數年後，不能表現出來。他所站立的位置迥殊從前一般同樣重要的法案所站立。他或者永不會見諸實行。其實在未實行之前，該法案的提案人已加以修正。在此際，亞勒士揚 (J. S. J. J.) 的新教徒方反對之甚力，於是遂有一種要約，即謂：非得當地居民同意，該法案必不實行於亞勒士揚。大不列顛的人民必將堅持此項要約的實踐。自一個憲法學者觀之，該法案具有可以評批之處，亦具有可以令人怪異之處，但以兩者相較，後者的分量實較多於前者。倘若任一讀者要明白我對於愛爾蘭自治的見解，他可以翻閱『英格蘭反對自治的理由』，該書以一八八七年出版，至於關於最後的自治草案，他可以翻閱『愚人的天國』，該書以一九一三年出版。

(註107) 英格蘭的憲法，若在形式上大加變更，譬如廢立憲王國而代以民國，不列顛之殖民地對於母國的忠誠必受牽動。試設一例假設此項政治革命一概依據法律的程式以行事，不但君主的承認經已取得，而且佐治第五本人即被選為第一任總統，於是巴力門乃通令加拿大或紐西蘭移從前效忠於君主的誠誠，以效忠於總統。誠如是，誰能預決加拿大或紐西蘭能服從命令，而且誰又能預決英格蘭，蘇格蘭，愛爾蘭及威爾斯的聯邦比之合一王國，可以得到殖民地的同樣信仰，此類問題似是古怪，但確是重要。誠以君主在通帝國中能為帝國統一的唯一代表，而帝國巴力門不能，倘若一旦代之以他種制度，帝國下之各部份所有人心將必失所維繫。

(註108) 關於復決權參考下列書報：

- (1) 盧兒勒所著『公意與大眾政治』第三篇，第十一至十五章，特別注意第十二章與第十三章（此類研究中之最好的文章）。
- (2) 盧兒勒所著『英格蘭的政治』第一冊，四一一頁。
- (3) 戴雪所著『復決權與復決權的批評』載於 *Quarterly Review*，第四二三號，一九一〇年四月出版。
- (4) 哈孫(Hobson)所著『自由主義的恐慌』。
- (5) Low, 『英格蘭的政治』導言，第十七頁。
- (6) 戴雪所著『復決權應採用於英格蘭否』載於一九〇〇年之 *Contemporary Review*，與一九〇四年之 *Nation-al Review*。

(註109) 若草案以充分理由得依一九一一年巴力門法案而通於衆民院，則雖不為貴族院所通過，亦可付人民復決。

(註110) 讀者在此處須注意一事，即是復決權可為相異目的而應用，亦可以許多方式實行。譬如，凡遇有關於根本變革的草案（即以廢棄王國為例），或關於巴力門大改革的草案，復決權在通過於兩院之後即可採用。在如此情形之下，復決權的主旨是

用以制止如此重大變更，可以不待得請於選民，便匆遽施行。覆決權有時可以用於（一如澳大利亞民國所常用）防止立法的完全停頓。申言之，當一院已將某項草案迭次通過，他院仍接連拒絕，於是選民即被請求，出而覆決。

(註111) 比較戴雪所著『法律與政治』（第二版）四四〇至四四三頁。

(註112) 嚴格說，貴族院現有議員六百三十八人。見 Whitaker's Almanack, (一九一四年本) 一二四頁。

(註113) 見梅因所著『大眾政治』九七至九八頁。

(註114) 參考同上書，九六至九七頁。

(註115) 參考『覆決權與覆決權的批評』載於一九一〇年四月，Quarterly Review, 第四二三號，五五一至五五二頁。

(註116) 參考威兒勒所著『英格蘭的政治』第十四至十七章，特別注意第一冊四四一至四四七頁；又『公意與大眾政治』第二篇，五七至一一〇頁。

(註117) 參考書同上。

(註118) 參考本篇上文在『第一類憲典』下關於君主與人民共休戚的影響之討論。

(註119) 參考本篇上文關於新憲思想之第二概觀。

(註120) 見貝吉所著『英吉利憲法』（第二版）導言，一七至一九頁。

(解1) 按，以地位論，本篇導言冠於本書各章之首，以時間論，本篇導言却在全書大體著成後之三十年。故以研究次序論，學者似應先讀各章，後讀導言，而且當玩索導言時，學者尚須時時將各章有關係的議論復閱。

(解2) 按，本書各次出版期間，表列如下：

第一次原版，1885。

- 第二次改訂, 1886.
- 第三次改訂, 1889.
- 第四次改訂, 1893.
- 第五次改訂, 1897.
- 第六次改訂, 1902.
- 第七次改訂, 1908.
- 第八次增補, 1915.
- 第九次重印, 1920.
- 第十次重印, 1920.
- 第十一次重印, 1923.
- 第十二次重印, 1924.
- 第十三次重印, 1926.

(解3) 按, 法律與公意互為因果, 其間所有錯綜變化, 戴雪先生嘗就英格蘭的實際經驗, 著成專論, 題曰: 『法律與公意在十九世紀中之英格蘭所有關係』。該書在同類研究中尤稱傑作。

(解4) 按, 一九一二年巴力門法案, 在英吉利憲法史上佔居重要位置, 學者須就歷史方面考察其前因後果, 方能領會箇中所有重大意義, 方能欣賞著者在本篇導言中及在附錄書後中所有爾重心長之論旨。參考 (1) Gilbert Slater: *The Making of Modern England*; (2) Lowell: 『英格蘭的政治』第二十二章。



(解5) 按，一九一四年愛爾蘭政府法案，自歷史方面觀察，爲所謂『愛爾蘭問題』之一大結束，自法律方面觀察，爲英吉利憲法中之一大變更。將欲領略著者對於該法案所有法律意見，讀者須從歷史中追尋所謂『愛爾蘭問題』的起原及發展。

(解6) 按，布雅克名 Birchall，生於一七二九年，死於一七九七年，爲十八世紀中最偉大的英吉利政治思想家。他的全集第一次出現於一八二七年，第二次加入信札一門，都成八冊，出版時爲一八五二年。

(解7) 按，貝吉(Bagehot)讀如 Bagh，故時人有譯之爲白芝浩者，非是。生於一八二六年，死於一八七七年，爲英國著名經濟學者及憲法學者。所著有『英吉利憲法』、『物理與政治』及 Lombard Street，均極有名。

(解8) 按，夜鶯女士生於一八二〇年，死於一九一〇年。在一八五四年間歐洲方有克里米亞戰役，病死甚多，女士親身從軍看護，並以首創軍中看護事業負盛名。

(解9) 按，春泉(Edward Jenner)爲發見種牛痘術之著名醫士，生於一七四九年，死於一八二三年。

(解10) 按，傑屯本爲一屠夫，在一八七二年，以冒認 Titmouse 貴族家庭的長子之故，經過一百八十八日的審訊，耗費五萬鎊有餘的金錢，卒被罰作十四年苦工。

## 全書綱領

### 憲法的真性質

#### 第一節 古代人民的憲法觀

曩在一七九一年，布雅克有言：『偉大的批評家嘗教我們以二主要規則矣……從來古代著作家，或藝術家，有如李非（Lisi）及斐濟勒（Virgini）又如拉斐勒（Raphael）及安者盧（Michael Angelo）者，流世間達人無不稱仰；本來，以庸俗眼光觀察，我們儘可從同。但此項舉動即不為批評原理及規則所許。誠以依此項規則，凡遇我們真不能贊賞此輩偉大人物之時，慎勿遽逞臆解，務須仔細審問，必至真能明白何故欣賞及所欣賞者實爲何事而後止。又依此項原理及規則，凡遇智識與鑑賞力真不能互相結合之際，與其相信他人盡是盲從，毋寧自怪魯鈍。這就是觀察英格蘭的憲法之一條絕好規則。原來英憲至爲博大精微，學者應竭盡智力以求明白，萬一竟有不能即時理懂之處，學者亦只應虛心研究與教長而不生貳心。』

（註一）

又在一八一八年，哈廉（Hallam）亦謂：『凡無成見的察觀者，倘若能數典不忘其祖，自然會要承認英

格蘭的繼續興盛爲人類歷史中之最佳妙現象。世間儘有許多土壤較腴美的地方得天獨厚然而以政治制度所能賦與的幸福論，英格蘭所有者最爲普遍，又以富厚秩序與自由所有軋轢狀況論，英吉利人民最善於調和，使得以融洽無間。此類優越利益並不來自本島的天時，亦不來自本島的地利，惟來自國內法律的精神。正是因爲有了此項法律精神，英吉利民族所有獨立自營與勤苦耐勞的特性得以養成。然則英格蘭的憲法，自外國人之極有銳利眼光者觀察，較之本國人自己觀察，必然十分饒有興趣，蓋自有歷史以來，強大民族之能建立自由政治者並非少見，不過在此類國中，若求其自古迄今，不但無絲毫腐化的象徵，而且有自強不息的氣魄者，當以英格蘭爲最特出。』(註2)

上文所引用兩段文字係由兩個齊名却又異世的名人寫出，他們俱能代表先民所有一切敬畏本國制度的精神。在他們的心目中，英吉利憲章，恰如佐治第三所常持論，是『一個最善最美的人間造物。』(註3)在他們的心目中，英吉利憲章不純是一項政制，可以比較世間所有庸俗政制，却是神祕而不可強以言語形容的政治功業，甚至自我們在少年時即熟聞一語，即謂英憲『決不能以人力強爲，只由自然生長。』而且他的生成並不是根據抽象理論而得到的結果，這種結果實產生於英吉利人們所有一種政治天性，依之，他們的遠祖遠宗，當尙在野蠻時代，得以建築極堅固而又遠大的制度。譬諸蜜蜂構巢，八面玲瓏，極盡人工之巧；然而羣蜂窮年矻矻，意匠天成，初未嘗根據任何建築原理，以作準規。因此之故，英吉利憲法自然難以摹倣，戲擬，或僞造。既無誕生日期，復無創制人物可以指名，更無一定文書，可以稽考原委。簡約說，他畢

竟是一種神物，無論本國人民或外國人民，萬一竟有不能即時理會之處，論者亦只應加以敬畏，而不生貳心。

## 第二節 今代人民的憲法觀

現世人物，生於今日，其觀察英吉利憲法，當然迥異古代先民。按實言之，我們既不能學生在一千七百九十一年之布雅克，信仰憲法，一如信仰宗教，不但自己對於憲章不敢有絲毫懷疑，而且他人即有倡言改制，亦受深惡痛絕。我們又不能學生在一千八百一十八年之哈廉，因為在一方面既親見英憲的盛況，在另一方面，又目擊外國改制的失敗，特發出自形滿足的言論。凡是英憲的學生，其所有本分，既不可信口雌黃，亦不可純然敬畏，惟應博學與審問憲法的真相，凡是英憲的教師，其所有職務，既異於批評家所為，亦異於解嘲者所為，惟在於祛疑辨惑，與闡明法理。誠以自他的眼光觀察，縱使英憲所有神祕性是十分有趣，至足以惹起研究的興味，然而較之法蘭西，比利時或合衆國的憲法，英憲終不免欠缺簡明性質，而不易印成專帙，由之人人可以傳誦。唯其如是，所謂『不成文』憲法縱有許多好處，他的存在至足加重教授的困難。任何人倘能把憲法解詁家，如乾德 (Kent) 或士託梨 (Story) 者流，(註1) 所有地位，比較英憲的教師所有地位，自然於頃刻之間，明見個中底蘊。

是故每逢這一輩著名法家，以講話方式，發表自己對於合衆國憲法的解詁，他們至易知曉何者是他

們應有的研究對象，及如何推闡此項對象的方法。誠以教授的科目既是一定，可以確定該科在國法中之適當位置，而且該法復被記載於一部公文之上，人人共見，甚至一望而知其爲『合衆國人民共同命令及設立的憲法』。該憲法所有條文，本來以名理論，誠不免缺乏完善佈置，復不免缺乏正確意義，然而無論如何，本法究竟是聯邦中之根本大法。不寧惟是，該法的制定所有程序適與尋常法律的制定所有者相殊；該法的修正所有方式復與尋常法律所有者迥異。因此之故，該法實能離異其他法律，而自成爲獨立的研究。他不但確定聯邦政府所有立法，行政，及司法的組織及功能，而且以預謀本身的將來改正之故，特間接地規定合衆國的法律主權所寄附的至尊機關。惟其如是，不論士託梨或乾德，每逢被請疏解憲法，他們儘可以應付裕如。他們不但明知所疏解者爲何物，而且明知所用以疏解者爲何種方法。誠以此項方法即與尋常所用以解詰其他各種法律者相同。徵實言之，則有文法的研究以明白條文中之字句所含意義，復有常法的智識，立法的過去經驗，及司法判決的搜討，以推究字裏行間之法律精神。於是，解詰憲法的工作，在美國中，不外依據一定準規，以釋明一定法律公文而已。此項工作，無論如何困難，究爲一般律師所慣做，而且可用尋常日用方法做成。果爾，任何法家將優爲此事，何況士託梨與乾德？本來此兩人皆是世人所謂非常人物，但僕萊克斯頓本人及編纂黑石的著作之一個編輯，何嘗不是非常人物？顧美國法家，在注疏憲法時，所有成功，實遠勝英國法家所有。是何以故？則以後者所佔地位實遜於前者一籌故。所以英吉利法學者儘可將法令全書，徹頭徹尾，瀏覽一遍，他不但不能尋出憲法的條文所在，而且不能執持一個標準，以區別憲

法或根本法於尋常法律以外。誠以『憲法』一名，依我的記憶力所及，實未嘗見用於僕萊克斯頓，因之，此項名詞實不過成立於近代而已。唯其如是在未做解詰工夫以前，英國法家尚須測定英憲的涵義及範圍。

(註4)

### 第二節 英憲的涵義及範圍何在

將欲確詰英憲的涵義與測定英憲的範圍，解詰家在勢必須求助於法學大師，法學史家，或政治哲學者；因之，他的探討工夫自然着眼於法經，法史，及憲政習例。本來在經典，歷史，與習例的領域中，卓然自成一言者，所在多有；因之，欲尋嚮導並不是難事。譬如論及法師則有僕萊克斯頓的專著；論及史家，則有哈廉或符禮門的名史；論及政治哲學者或政治思想家，則有貝吉或軒恩的探討。從各個專家著作，這位解詰家當然可以獲益不淺；不過以私見觀察，我不禁總然有所憂慮。是何以故？則以逐一專著，倘若不加仔細審察，至足以引人入於歧路故。申言之，在嘗試工夫的進程中，倘若不能探得南針，以指示逐步方向，學者必然徘徊道左，且將迷惑於法律的幻象，歷史的古董陳跡，與習例的繁文褥節而至不能自拔。推其結果所致，所謂『憲法』的領域問題只是『一團糟』。

讓我們首先請教法師，在理，僕萊克斯頓（解2）就是唯一嚮導。

試在僕萊克斯頓先生的名著『英吉利法律解詰』考察，『憲法』的稱謂絕未嘗出現。惟關於憲法

1. 就法師  
觀點法  
在實際  
觀察不  
存

的實質，樸萊克斯頓並非毫不討論。原書在人身之權利一綱之下，大概括舉之無遺。試一翻閱原書，書中有一卷卽以此類權利爲題。該卷所討論者，除他事外，概及巴力門君主及其特權，主僕，夫婦，與父母子女。如此佈局自是十分奇異，復不能提示憲法的真相與界限。雖然，這一句偶評只是皮相之論，其實該卷文字包含許多關於本國政制的真詮。原書所有實際缺陷只是當代法家均有一癖性，喜以陳舊不堪用的名義，衣被於翻新制度身上，尤好以往古諾爾曼征服時代威廉勝主所運用的一切威權，替立憲政體下之今代君主標榜。樸萊克斯頓於此亦有同嗜，且以混淆的語言思想引起及絃論憲法全體所有問題。

樸萊克斯頓曰：『我們繼此且將考究御用特權所含義蘊。原來此類特權實寄附於我們的統治共主本人身上；他擁有完全無缺與長生不朽的統治權能，與各種威權及權力；諸如此類之權力的運用卽成爲政府的執行部份。爲着得到統一，神速，與强有力的行動起見，政府的執行部份，在不列顛憲政中，概統屬於一人。如其不然，萬一竟歸於數人掌握，則一事的施行必須受命於幾個意志；幾個意志，倘若不能互相結合，必造成推諉與萎靡不振的現象。縱使此項現象，在勉強撮合之後，有時可以幸免，但國事變化紛紜，或至急不及待。因此之故，英格蘭的君主不但是行政首長，而且是惟一行政首長；同理，羅馬在大革命之後，盡取民國時代之執政所有權力一概納於新皇帝手中，恰如格拉維拿（Gravina）所謂，在此一人身上，所有前此民國的政權之掌理於執政團者完全集中。』（註5）

前段文字自是冠冕堂皇，讀之令人興奮。迨至斯梯芬（Stephen）（解）著作時，他的解話沿用樸萊

克斯頓之語，雖則略加節短，然大體尙無變更。顧自今日觀察，此段文字不免犯了一失，卽是，言過其實。誠以英吉蘭的執政自樸萊克斯頓生時以迄現在，只由巴力門中之一委辦會，名內閣者，主持。假使國中尙有一人，能在其手中握有國家大權。這個人不是君主本身，却是該委辦會之主席，名曰內閣總理。不寧惟是，樸萊克斯頓對於御用特權所敘論亦不符當代所有實際政治。本來樸萊克斯頓生當佐治第三（George the Third）御宇之際，佐治第三固能運用特權，誠然較任何後來君主更有權力。然而試加考核，學者自能灼見樸萊克斯頓所言，未免過當。而且此旨亦非待至今日乃顯然暴露，卽當樸萊克斯頓以此類用語解詰元首的身分之頃，與樸萊克斯頓並世而生之間人早經覺察，英國君主，在實際政治中，不復佔居如許強有力的地位。（註）將欲證實這一句評語，我們卽不妨再徵引樸萊克斯頓的言論，以資解證。其言曰：「英吉利君主，在處理內政時，實被視為直道的源泉，國內和平的保護人……因此之故，惟有他自己本人，在全國中能有權利以設立法院。誠以國憲雖則寄附君主以執行法律大權，然而躬自執法不但在事實上爲不可能，而且在法制上亦爲不便。於是，設立法院以資佐理，實爲勢所必至，由此遂得一結論，卽謂：所有院中管轄權皆直接地或間接地來自元首，所有進行程序概以君主的名義舉行，不但須蓋有御璽，而且須執掌於他的役吏。」（註）讀罷此段文字，我們不啻墮入五里霧中，不知所向，誠以此段議論只由杜撰，並非實際政治所有狀況。以實際政治論，不管是君主或任何執政，無人能擁有設立法院的權利。假使明日出版的政府公報竟有一則新聞，宣布樞密院命令，別設一所新控訴法院，但此項命令並無法案以爲根據，果爾，我們儘可斷



定，即謂，全國人民必然狂怒不休。即此一端。我們並可概見以想像談憲法，爲害甚大，蓋不但夸張元首的權力而已。誠以爲謙恭與敬禮起見，論者對於元首的權力，縱有近於鋪張揚厲之處，讀者亦不難原諒。惟至用了非實際的言語，蔽塞讀者的聰明，使之對於元首及政府的權力所有範圍不能切實了解，此實流害甚鉅。本來除却孩童之外，任何人必不至懸想君主高戴王冠，端坐於威士敏士惕中之殿上，時常替老百姓主理直道。然而國內竟有許多通人，矯枉過正，復不免懷抱一種意想，以爲元首在今日並不參加政治，此則無異假造一種史事，即謂，愛德華第七並未嘗在所謂『王庭』中聽訟決獄。兩者皆是不合於實際政治。所以今日最可怪的事便是大多數英吉利人們對於元首所運用的權力——甚至內閣總理及其同僚所運用的權力——概以想像假定。樸萊克斯頓先生既倡之於前，其他作家復和之於後，遂使我們在研究英憲時，倘要求教於他們所有著作，誠不能自知此類虛浮詞旨究竟會否近似或符合事實。譬如，謂法院爲君主所設立者固不是事實的真相；謂內閣閣員爲元首所特任者亦不是事實的實際。兩說皆是杜撰，不過對於事實的距離尚不免有遠近的差別而已。是故一就事實推證，凡樸萊克斯頓與其他法家所指爲元首的權力者，其中有若干確實屬於政府，有若干並不屬於元首或內閣。卒之，元首所有真正地位，以至政府所有真正權力，在樸萊克斯頓所著書之第一卷中，皆被一種浮詞所掩匿；遂致讀者雖終日展卷玩索，亦無從勾提玄要，而明見憲法的真性質。

以上所論，係就教於法家而得到的結果，其所有流弊爲囿於法律形式而缺乏正確內容。茲請合法家

所論而觀史家。

任何人，不管是教者或是學者，倘若迷惑於英憲的性質問題，儘可在歷史的領域中遭逢不少著名宗師。（解）試徵實言之，以言秉筆直書則有哈廉，以言博學多聞則有牛津主教，以言熟練巴力門的慣例則有梅爵士（Sir Thomas May）以言常識豐富，以至析理入微，則有符禮門的名著『英吉利憲法的生長』。就中尤以『英吉利憲法的生長』為最負時譽，此時讓我們即以此書為歷史派的憲法主義之代表。任何學生，凡曾讀是書者，皆能承認他的優點，譬如，敘事簡明，推斷正確，推陳出新，下筆有神，諸如此類之長處，當為有目者盡見。然而就中卻有一點至值得注意。符禮門先生在著作文壇中有一最擅長處，便是，雖有枯澀及艱窘題目，一經這位作家敘論，所有史事資料之玄要盡受披露。對於書中論斷，讀者若不贊成，便須否認。倘若否認，讀者仍須翹示反對理由，因之，讀者可以在不同意的詞旨之中受教於作者不少。倘若贊成，讀者仍不能一味盲從，且須尋出所以贊成其論旨的根據所在。唯其如是，我們當不妨取『英吉利憲法的生長』一書，以審視史家對於憲法所有意見。試問一個法學生，其造詣目的是在於學律，究竟能從這一部書得到何事？茲將原書開端兩章所羅列章中論題徵引如下：

烏利（Uri）及亞片奢勒（Appenzell）的邦民大會，與英憲歷史的關係，條頓族大家公有的政治要素，君主政治貴族政治及民主政治的要素之孕育，貴族，自由民及奴隸的三種階級，奴隸制度的盛行，條頓制度在雅利安種人居處地方中之散佈，荷馬（Homer）詩史所明載，達西圖（Tatars）關於日耳曼民會

的敘論；英吉利制度的繼續性；英吉利民族性初成；英吉利人民征服不列顛後所攜來之條頓制度；安居不列顛後所生效實；奴隸制度益盛行；伯爵與山野平民（*earls and churls*）；君權的生長；國君制度的性質；君權的責效力；族長（*ealdormen*）與國君在古時代所有區別……英憲的逐漸生長；新造法律的罕用；先例的重要；現代立法常採用古義；古代國民會議的衰耗漸滅；賢人議會的創立；賢人議會繼續於貴族院；諾爾曼征服後之議會；君主的召集權利；任職終身的貴族議員；衆民院的起原；英吉利及法蘭西國民會議的比較；兩國歷史的大致比較；造成時勢的人物；孟弗的心門（*Simon of Montfort*）……愛德華第一（*Edward the First*）；英憲最後由他全成；後來變革的性質；英吉利立法院與大陸所有者殊異。

諸如此類之研究饒有趣味，復見宏通淹博，故就歷史以觀察英憲的生成，此類題目極是十分重要。然而倘就法律點視察，更就英憲的研究視察，所謂烏利的邦民大會，荷馬詩史的考證，族長制度，賢人議會的組織，以至許多未提及的有趣味問題，在今日都成陳跡，不過是一種珍奇古董而已。我爲此言，我並不要否認歷史與法律間之相互關係。按實言之，與其受了缺乏歷史觀念的嫌疑，或竟陷於攻擊歷史方法所有普遍確鑿性的過失，我寧願被人指摘爲異端或爲邪說。所以本論的主旨不外是：大凡英憲在歷史上之研究自然必須追溯英吉利制度的淵源，於是考古學問在所必有；但此類考古學問，倘謂直接與現行憲法的規則有關，並謂應成爲法律的研究，則又未必合於事理。讓我們試對於賢人議會所已知的事實虛心審察，更對於所未知的事實辛勤考究。但我們必須隨時記取兩事：第一，考古學中之掌故主義並不就是法律；第二，

一個通曉法律的律師所有本務並不是在於明白昨日及百年前過去的法律，更不是在於預知明日應有的法律，卻是在於通曉今代所有現行於英格蘭的法規，並須能道達深藏於規矩中之法理。因此之故，烏利的邦民大會的性質，或賢人議會的組織，自律師視之，只是一種掌故的學問。此類學問大足以助人了解歷史上之英格蘭的憲法，一如其所以助人了解歷史上之合衆國憲法者相等，但除此之外，別無實際裨益。

合衆國的名稱一經提及，足以提醒我們對於憲政史家及憲法學者的分別。本來兩項人物都要研究憲法，但研究範圍各有相當領域。譬如史家所有本務是在於推究憲法所以生成的過程；因之，他深刻注意憲法的來源，且有時不免流於太過專一。至於現行憲法的規條，他只能間或涉及而已。又如律師所有本務實以考究目前所有規程爲事，而窮原竟委只是他的次要職分。將欲解證個中所有分別，試一比較美國史家與法家所佔地位。譬如北美合衆國成立於一七八九年之合衆國憲法，但爲着明白聯邦的成因，史家的探討工夫決不能即從一七八九年開始。反之，他必須敘論殖民地時代間之歷史，而考察英吉利制度。於是，探討工夫所及，他或者不免要追溯賢人議會的組織，亦未可知。所可知者，關於烏利的邦民大會一類制度，他儘可以不必遠溯而已。惟就別一方面觀察，當法家講解合衆國憲法之際，他儘可從該憲法本身講起，而無庸作許多歷史的研究工夫。徒以法律的淵源所繫，講師遂不能不注意及於聯邦（The Confederation）時代之約章，又及於華盛頓（Washington）及哈密頓（Hamilton）對於聯邦憲法的意見；甚至於其他制憲人物，美國人通常所稱爲『國父』（the Fathers）者所有法律意見，他亦不能加以漠視。不寧惟

是將欲澈底明白該憲，則殖民地時代，在未分離於英格蘭以前之概況，亦不可以不問；甚至常法的原理，及一切法律與直道的基本概念之從母國遺傳得來者，仍不可以不追溯。然而此不過為職務上之一種連帶關係耳，以云合衆國憲法的研究對象相去尚遠。因之，美國法家的學問，必不以能自限於講解歷史，至為明白。美國法家如是；英國法家何獨不然？所以法家縱有時不能不追尋國內制度的發展，但他的態度仍與史家的態度相異。申言之，史家對於一切制度的起原，凡為史乘紀載所及者，無不珍視，而加以仔細研究，至於後來及近代所有發展，反遭忽略。自法家觀之，此類舉動未免失卻均衡。試徵實例，例如符禮門先生，在其書中，考究上古及中古時代所有制度特詳，近古時代所有者頗略，現代時代所有者更略。是以原書對於士條雅朝代中及其後來之因革，甚少敘述；所有敘論，殆不過佔書中篇幅三分之一。此外三分之二的篇幅，盡用於追溯制度的來源，由中古而及於上古。至於自所謂『光明革命』以迄今日，為時已逾二百年，其間本有許多變革與生成；然而此類變革與生成，似乎值不得這一位作家的注意。倘若進一步而求其故，則現代憲法所以甚少敘論之由，並非起於缺乏知識，良以作者並不是淺學寡識者流。作者為此蓋出於有心。按實言之，此事為歷史學者的責任所在，不得不爾。惟其如是，法家對於個中所有詳略之點，必不能從同。申言之，惟有英格蘭的近代史，最足以相助法家，使之能澈底了解現行憲法。士徒柏博士（Dr. Stubbs）本為英憲史學名家，可惜他的傑作『英格蘭的憲政歷史』僅寫至一四八五年，便以接受英格蘭寺院的寵任之故，即戛然而止。然而假使他竟不接受寺院所貢獻於牛津大學的此項榮寵，究竟在他的繼續名著中，我們將得到

什麼助益，此事尙有待於事實的證明。（解5）是在歷史名家間，只有賈地納先生（Mr. Gardiner）獨能應付法家的需要。試觀他的鉅著『英格蘭的歷史』，獨對於近代綦詳，讀者即能明白此旨。誠以近代史所載十七世紀間之奮鬪，例如詹姆士與柯克（James and Coke）相互爭執，倍根推尊特權的理論，以至查理士要將個人的意志代用英格蘭的君主所有法律意志，一切事實均與實際法律息息相關。必須知曉此類事實，學者方能避免食古不化者所有一種幻想。幻想爲何？其一以爲今世所有憲政的自由係從採用開倒車的進步方法得來；因之，其二以爲人類在文明上之向前一步不過是向祖宗成法上所有復古運動之進展一步。如此幻想不但背戾歷史的實事，而且昧於法律的眞象。良以世間所有一種法律想像，謂英國在撒克遜（Saxon）時代早已創立一種完善政治者，在歷史上毫無根據；倘必欲將精微法理與律例『詢問曾經參加愛德華（Edward）與哈盧（Harold）的選舉之民衆，及訊詰曾經贊助葛德歪恩（Godwine）復國之人物，究竟作如何感想』（註8）這番稽考實不免枉費工夫。試設一喻。譬諸有人試將佐治第三（George the Third）強行分離納稅問題於選出代表問題以外之意義徵求齊洛奇紅種土人（Cherokee Indians）的評判意見，該部落土人必至瞠目相視，不知所云。在兩種情形之下，雖則撒克遜人民與紅種生時相異，但他們處境則同。申言之，他們對於問題所含題旨必無從索解；因之，必欲從之得到正確答案，事屬必不可能。誠以我們的遠祖遠宗，撒克遜人民，比較現代民衆，固然有文野之分，即以之比較近古時代之柯克（Coke）與哈勒（Hale），仍然有文野之分。不過撒克遜人民，或能比紅種土人較爲可使人尊敬而已。

文明人民或可具有法律上之想像力；野蠻人民必然無有。唯其如是，世人嘗有構一虛想，以爲法家所創的『法理假定』(Legal fictions)大足以戕賊古憲所有簡樸性質者，不但厚誣法家，而且過獎古代社會。其實此類法理假定，當法家用之於法院時，至能成爲扶持直道與自由的武器。誠以世變無窮，律例有限，每遇原有法規不足以馭變故之際，法理假定大足以濟其窮，而恢復與確立平等的與固定的法治。平等的與固定的法治者，英吉利文明之根本也。試徵實例。例如當詹姆士第一統治之際，英王嘗欲親臨法院，躬聽獄訟；柯克在那時方供職最高法院，獨面折庭爭，期期以爲不可。(註9)是故以學理論，天下事理中之最浮誇，矯強，且無歷史根據者，莫過於此項爭辨。然而以實際論，古今來所有政治學者之信言，政治家之信行，無一不成，就能媲美這一位士師的冒險所有成功。正惟有了他的倔強性格，又有了他的無理執拗，柯克纔能成功建設一條大義，其結果足使英憲的根基永固。大義爲何？即迴溯古代已成之事，而訴請『成例』(precedent)是最可異者，每逢國事在艱難危急之秋，此項訴請輒以時出現。吾友符禮門先生(Mr. Freeman)因之特提示此旨，謂爲英國人民擴張國家的自由之妙法。本來明明是二創舉，惟以英國人民行之，此舉直等於舊事重提，而出於訴請古代遺下的權利之二形式。其實直截了當說來，訴請成例一舉，當法吏用之於法院以造成判決時，確是一種司法的造法，所謂復古不過假借名義而已。誠如是，法律上之法式主義與歷史上之古董主義，遂不期然而攜手合作。惟讀史者不及覺察，學習政治者復不及覺察，於是上文所謂因食古不化而得來的一種幻想遂以生成。其結果所至，學者實不免一誤而再誤。

最後，讓我們更就教於政治理論家。在政治理論家之中，貝吉與軒恩教授 (Professor Hearn) 足稱翹楚。請先論貝吉。貝吉在今代思想家中最能闡發英吉利政治的奧義，使無餘蘊。他的『英吉利憲法』不但富有創造力，而且饒有趣味，足以引人入勝。試以書中所有關於內閣政治的研究為證。著者描寫內閣制度在巴力門政治中之真象，惟妙惟肖，且能道人所未道。於是，每逢展卷玩誦，讀者不覺為之神往，幾乎忘覺貝吉在此項研究中實為其第一人。申言之，貝吉對於英憲所含義蘊，不但擇之極精，而且語之極詳，正惟精詳如是，盡人得以曉喻，無人更覺得尚有疑難，而有求解釋之必要。其次請論軒恩教授。軒恩教授自是貝吉的先導。他的傑作，『英格蘭的政治』對於英吉利制度，亦能獨具隻眼，別有理解。倘使著者不居於澳洲，而居於英國，復使著者不因設教於墨爾本大學 (University of Melbourne) 而著名，却因設教於英國中之任一大學而馳譽，他必然能受大眾推崇，而被稱為英憲學中之宗師。誠如是，學者對於軒恩，又對於貝吉，宜乎可以就之而問英憲。無奈一加考察，我們仍不免失望。本來在這兩位作家所著書中，一如在符禮門先生所著書中，我們儘可聞所未聞，見所未見，並且所聞所見盡是珍奇可喜。不過若以法律學生的眼光繩之，所聞所見却不免離英憲的研究對象尚遠。是何以故？則以貝吉與軒恩教授同以研究政治通例或典則為職志故。大凡政治通例或典則為類繁多，而且個中有許多問題極是重要，但無論如何重要，法院皆可以置之不理。試徵實例，例如一個立憲政治下之君主究有什麼道德的感化力；一個內閣總理必具有什麼理由，然後可以解散國會；在同一時間，貴族議員的名額，因特別事故，驟被增加設立，究竟足以為訓否；內閣的公



開質問何時何地可以舉行——凡諸如此類之問題皆屬於典俗的研究，而不屬於法律。因此之故，假使有一內閣總理竟要增立五百貴族議員，高等法院中之衡平庭（the Chancery Division），雖則素來主持公道，必不因人籲請，而發出一道『禁格狀』（an injunction）以圖制止此項舉動。假使該總理竟在被投不信任票之後，希圖戀棧，不欲辭職，高等法院中之王庭（the King's Bench Division）雖則素以受理刑事訴訟為職掌，必不願發出權力證明狀（a quo warranto），將其傳訊，使之繕具所以繼續供職之理由。站在律師的地位觀察，我以為此類問題非法院所應過問；審問個中是非得失，與籌商實際上之解決方案，當屬諸兩院議員。至於理論上之解決方案，則以此類問題已闖入政治學的領域之故，亦以留交政治理論家擬議為適宜。

抑有進者，即依政治哲學家所論，英憲的研究，以典則部份實能構成英憲的太半成分之故，特須側重憲典，而且須特別注意此類典則所有風尚的與習慣的性質。果如所說，一個純然站在律師的立場而觀察英憲的法學者，尚不能不有一疑問。這一疑問為何？即構成英憲的太半成分之憲典怎樣可以發生效力。這個問題在英憲的研究中至為重要，本來不可以不答覆。雖然，倘若專就政治理論的見解着想，該問題的答案必無從構成。申言之，假使有人要追究政治典則所以受嚴謹地遵循的緣故，（註10）政治理論家所持證據並不能完滿答覆。誠以此項證據不外一味歸功於公意，或竟溯源於利害關係的念頭，這種解釋殊不足解決個中難題。試思履行契約一事，凡屬公意所在何嘗不加贊許，凡為利害念頭所至又何嘗不兢兢

但政見以解  
並不足一  
點明是憲  
點即樣可  
與憲制執  
行以強軌

戒懼？然而人間所有契約並不因之而加意履行。按實言之，倘使國家不設有法律以繩其後，毀約舉動恐不免更有多次發生。遵行憲典一事何以異此？誠以典則既不是法律，將欲憲典推行有效，個中必須含有責效力在。惟其如是，僅用習俗的慣性（Conventionalism）憲法的本質全體必不足以得到說明而毫無窒礙。

由上文所已提示的疑點，英憲上之一個根本問題於是惹起。這個根本問題，倘若不能解答，學者對於英憲的研究且將如墮入五里霧中不知所向。所謂「憲法」（Constitutional Law）究是何物？「憲法」在實際上，果如各派學者所云，只能跨立於歷史與習俗之十字路中間，而不足以嚴格地稱為法律耶？因之，英憲的研究對於一個法律學教授，他的職掌本來是以學習與教導英格蘭的法律為範圍者，遂至不相聯屬耶？然則篤奎爾（Flocqueville）在觀察英憲後所下之斷語，即謂：「英憲不有實際的存在」（*elle n'existe pas*）（註）果不幸而言中耶？果爾，法家將必十分願意以卸脫英憲的研究責任。申言之，英憲的學問之

一半既屬於歷史，即應由歷史教授擔任研究；其他一半又為用以解證英憲的生成之實例，屬於習慣法部份，亦應撥歸我的朋友「柯普士法學教授」（Corpus Professor of Jurisprudence）主講，或竟撥歸另一友人「齊奢勒國際法教授」（Chichele Professor of International Law）教習，亦未嘗不可。

所以然者，前一教席實為研究法律科學的特異部份或賸餘部份而設立，後一講席又為探討國與國相交際之倫理而設立也。原來國際法雖具有法律的名稱，然而實際上並不是法律，只是國際間之道德。而依本文所有假設，「憲法」亦是如此。然則齊奢勒教授既慣於講授似法律而非法律的國際法，當不難兼領似

法律而非法律的一種政治倫理之號稱「憲法」者，自是意中事。

#### 第四節 憲法名稱的確詰

雖然，在未確實承認上文所有假設（即謂，憲法不是法律）爲合於名理的理論之前，我們還要審問憲法的涵義，而先從事於正名。名義確定，然後再進一步而考究憲法的學問究竟能否適於法律的研究。

「憲法」一名，自其沿用於英格蘭者着想，實包含所有直接地或間接地關連國家的主權權力的運用及支配之一切規則。（註<sup>12</sup>）因此之故，大凡諸類規則，或被用以界限主權權力的各個分子所有職務，或被用以規定各個分子間之相互關係，或被用以實測主權者或他的各個分子所以運用此項威權之方式，俱包舉於憲法之內。憲法的規則不但明示王位繼承之順序，確定元首的特權之運用，而且決定立法機關的構造與選舉方式。不寧惟是，此類規則復約束及於閣臣全體的地位，及於他們的責任，又及於他們的行動所有範圍。而且此類規則更從事於劃明主權運行所至的疆界，與決定住於疆內之居民孰爲臣僕或公民。在此際讀者亟須注意文中所用字眼，須知此處所用之字眼是「規則」(rules)一名，不是「法律」(laws)一名。名字的運用在此際煞費斟酌，並非隨意。至於我的用意所在，是在於喚起讀者的注意及於一件實事；這件實事是原來構成憲法的規則，倘若專就英格蘭的憲法立論，實概括兩套互相立異的原理與格言。

1. 確是法律  
的規則  
即憲法

2. 不是法律  
的規則  
即憲法

憲法舉例

第一套規則，因為概受執行於法院之故，無論如何嚴格立論，總是法律。至於規則的形式，或為成文，或為非成文，或為巴力門法案，或來自習俗，或來自遺教，或來自判官所造的準規而被稱為常法，殊可以不必拘泥。此類規則，綜合起來，即成『憲法』(constitutional law)。為區別分明起見，可以綜稱之為『英憲的法律』(the law of the constitution)。

其他一套規則含有許多典故，諒解習慣與通例。他們雖則可以約束主權權力的各個分子之行動，或閣臣之舉措，或其他官吏之施為，然而不見執行於法院；因之，他們決不能成為法律。為區別分明起見，憲法的這一部份可特稱『英憲的典則』(convention of the constitution)或稱『憲德』(constitutional morality)。

換言之，『憲法』一名，常用於英格蘭時，無論在公衆方面，或在法律名家方面，均包含兩種成分。其一成分可稱為『英憲的法律』，自是一部嚴謹的法律。其他成分可稱為『英憲的典則』，帶有許多格言或通例，雖則可以約束元首、閣臣，或其他人員的日常行為，然而嚴格觀察，並不能成為法律。將欲明白雙方對峙狀況最好以實例解證。

英憲的法律可以下文所列舉規則示範——『君主不能做錯事。』這一句格言，依法院所詮譯，當解成兩個意義。第一意義是國法未嘗規定任何訴訟程序，依之，任何人可以將英國君主起訴。試舉一無稽之言，示例。假如英王自己鎗擊內閣總理，彈貫腦際，在英格蘭四境之內，將無一所法院受理此項訟案。第二意

義是無人能以元首的命令或長官的命令爲託詞，希圖脫卸由自身做出的過舉所惹起之法律責任。凡此兩義，均由『君主不能做錯事』一條規則產出；而且我們還要補說一句，這條規則當應用於兩種場合上之時，均是法律，均是英憲的法律，但並不是成文法律。至於成文法律中之規則亦可舉出一條以示範。譬如：『在元首的權力中，無一權方能免除守法的責任；』此項免除守法權力的廢止純賴人權請願書而存在，因之，這條規則便是成文法律。規則又謂：『凡元首所做出的行爲必須有人代負法律責任。』此義即是通常所謂閣臣負責；不過在外國中閣臣負責概明定於憲法，而以條文紀載；惟在英國，法律上之幾條原理實互相作用，以構成此項要旨。分析言之，第一則有『君主不能做錯事』一句格言；第二則因爲凡遇君主所已做出的行爲，倘若不依格式做成（譬如，由一個閣臣蓋印，或副署，或與副署同類之簽押），法院概不受理。第三則有一條精義，因之成立，即謂：凡閣臣，在君主的行爲未做出之前，既經蓋印或副署，就是表明他的同意（默許），故必須代負行爲上之一切法律責任。這條規則係用以規定君主與閣臣的相互關係，故應爲英憲的一部份；同時，該規則實被執行於法院，故應爲法律；反之，此項法律並無法令訂定，故應爲非成文法律。此外尚有多種權利，例如，人身自由應有的權利，公衆集會的權利，及其他同類權利，雖則同是在一條律例或精義運行之下所產生的結果，然而均見承認於法院，故能構成英憲的法律的一部份。這條律例或精義爲何？他就是：除却由國立各級法院依法訊明及判定爲犯法（即犯刑事罪）外，無一人應受刑罰。

英憲的典則又可以下列規則示範：

「英國王務須表同意於巴力門中之兩院已通過的草案，或（用更正確稱謂）不能「否決」（*Vote*）（註14）這種草案。」「貴族院不自行提出財用草案於巴力門。」「當貴族院集合而構成一所控訴院時，凡貴族議員之無法律議員（*Law Lord*）的身分者不應出席。」「凡閣臣，倘失去衆民院信任，俱須辭職。」「凡草案，在未通過於衆民院之前，必須經過若干次讀會。」諸如此類之格言，以性質論，寬猛不同；又以效力論，大小各異。（註15）因之，在一新憲法或成文憲法之下，其中有若干條可以採用，而衣被以法律的形式；其中又有若干條不可。但在英憲之下，他們均具有同一點，即是：依法律的真諦觀察，無一條可稱爲法律。誠以倘若有一條或全體橫被蹂躪，法院將不過問。

同是規則，而有憲法與憲典的相異稱謂。但稱謂的相異，只爲便於分別起見，決無輕重的歧視。倘若有人以爲凡屬憲典，都是藐小不堪，而且並無實際的存在；此項意見未免錯誤。任何教師均不願將此意向聽衆暗示。其實在憲典中有許多規則，能與法律同重要，不過仍有許多規則較爲輕微而已。即在法律方面何嘗不自有比較的輕重之分別？抑有進者，我在此地所下工夫並不要將真假兩事互勘；我的用意所在，只要將英憲中之典則成分對峙法律成分。

在此際，學者必須注意一事，即是：法律與典則的區別不應混同成文法（或法令）與非成文法（或常法）的區別。試舉實例以資解證。例如，人權請願書，王位繼承法案，兩宗出庭法案，皆應稱爲成文法，因爲在法令檔案中此類法律可以翻閱。換言之，此類法律皆是「制定法」（*statutory enactments*）。以其內

容皆關係國家的根本之故，此類成文法均爲英憲的法律。但英憲的法律亦有一部份至今仍爲「非成文法」，這是要說，這部份的法律仍未經制定，因之，只爲「非制定法」(Not statutory enactments)而已。「非制定法」或「非成文法」上文曾經列舉，茲不再贅。自歷史視點觀察，儘有許多法律，從前本爲非成文者，一經巴力門採之以立法，便爲成文。例如，關於約束王位繼承的法律本來早經規定於常法，而自一千七百零一年後，此項規定便成制定法或成文法矣。至於英憲的典則則大異是。本來典則未嘗不可以書面記載，但絕未嘗記載於檔案，使人可以隨時檢閱。譬如，巴力門立法程序只是一種習用規例，即是典則之一類，不過此項程序不但寫成條文，而且編印成帙，此卽爲最顯著的例證。由此觀之，成文法及非成文法的區別實未嘗與憲法及憲典的區別互相符合。後一種區分在此際最須注意，因爲此項區分的本身固屬重要，而與本書的研究對象，卽憲法，尤有密切關係。此外，讀者還須記取一點，卽是：此項區分不獨存在於英國的憲法，而且存在於別國憲法之爲成文或制定（註16）者。試以合衆國爲證。本來在合衆國中，總統及元老院的權力，以至選舉總統的方式一概被規定於憲法。但除憲法的條文之外，尙有一種極嚴密的典則徐徐發生，且漸次與憲文的條文並行不悖。雖則此類典則的存在未得法院承認，然而他們在實用上直與法律同功用。譬如，自華盛頓謝絕連任三次總統而後，再無任何總統在二次連任後而繼續被選。本來此項規則絕未嘗記載於憲法，徒以公衆贊同之故，雖有格蘭將軍 (General Grant) 之豐功偉績，三次候補總統卒見失敗。又如，依合衆國憲法，民國的行政首長，卽總統，本以複選制度而選出，此實爲制憲者原有用意。分析

言之，合衆國選民，以分區選舉方法，相與投票選出若干人，爲選舉總統的投票者，故直稱之曰「選舉人」(electors)。『選舉人』既選定，然後更由『選舉人』相與集合而投票，以選擇總統。不料自憲法既公布而後，乃有一條憲典發生。這條憲典的意思是：一個選舉人不可選擇合衆國總統。這是要說，他不能運用自由意思，與行使獨立權力，以投票選出自己所願意選舉的人物。因之，所謂『選舉人』的制度直成爲票選某一總統候補人的工具。直截了當說，他們的人數只足以代表共和黨或民主黨的指名候補總統所應得票數而已。唯其如是，總統的選舉人原有法律身分遂生一大變化；制憲者的一番心血遂盡付之流水，以至一去不回。自從這條典則確立之後，全國奉行惟謹，雖有肆無忌憚的政客，亦不敢自由運用原有法定的選擇總統權力，而毀棄當選爲選舉人時所受於某區選民之信託。試觀海士先生(Mr. Hayes)與體勒莫先生(Mr. Tilden)競選一事，即可概見合衆國人民對於這條典則所有信仰之堅決。當是時，假使共和黨的選舉人中只有幾個人能覺得自己儘有自由以票選民主黨的候補總統，不獨公家困難可以解免，就是公家危險亦可以減除不少。然而中途變節者竟無一人。於是，在亞美利加中，選舉人原有選擇總統的權力概爲憲典剝奪無餘，恰如在英格蘭中，元首原有拒絕同意於兩院通過的草案之權力亦受同樣力量推翻淨盡。由此觀之，在成文憲法之下，一如在非成文憲法之下，所有憲法與憲典的區別均能存在。

## 第五節 憲法的研究範圍測定



綜覽上文，讀者當能灼見我對於憲法與憲典的區別，誠不憚反覆辨論。我爲此事，因爲此項區別實爲憲法的研究的緊要着手工夫。這番工夫一經善用，則一切含混思想之隱伏於「憲法」的稱謂之中者，將被燭照無遺，於是各種問題之與本書的研究對象有關者，得以各歸原位，而等候依次解答。誠如是一個律師，當被命主講席之際，將欲從英格蘭的法律所有立足點，以教授或研究該項法律的一部份之稱爲「憲法」者，自不難真知灼見本題所有要旨與領域。

是故在分界既定之後，對於典則他可以不必過問。誠以此類典則常隨世代而變異，甚至隨年歲而變異。譬如，即以閣部的辭職問題示例。究竟一個閣部應在大選舉失敗的結果宣告之頃，即自動辭職，或應待到巴力門召集以後，必至譴責的票決已得通過，然後辭職；這一問題在實際上誠屬重要。但一言及答案，則盛行於今日的見解，較之三十年前之見解，可以互相殊異，即較之將來十年後之見解，仍可以大相逕庭。在此際，何去何從，有時至難別擇。將欲決之於成例耶？抑決之於宗匠耶？則羅素（Russell）披勒（Peel）所有隨感與行事是如此；比根士斐勒（Beaconsfield）與格蘭斯頓（Gladstone）的隨感與行事又是如彼。以云成例，雙方殆有均衡重量；以云宗匠，雙方皆是蓋世動名的政治家。然則此項答案至無一定，當可概見。況且典則的性質原來屬於政治而不屬於法律，因之，律師或法學教授實與之無涉，即不妨置之於不議不論之列。假使他有時仍然議論及之，則所有討論範圍必將以憲法與憲典間之相互關係與聯絡爲限。

惟其如是，所以惟有對於英憲的法律，這位律師或法學教授必須着意探討。他的本分是在於向英憲

的各部份中尋出及提示孰爲法律的規則（即受執行於法院之規則）。這一類特殊規定，一經專心博學審閱，必然可以隨時隨地發見。列舉言之，則有下列各類：其一用以測定元首的法律地位；其二用以測定閣臣的法律權利；其三用以測定貴族院的組織；其四用以測定衆民院的組織；其五用以管理國立寺院；其六用以確立非國立寺院的法律身分；其七用以統馭軍隊——凡諸如此類以及其他百數十類之規則實構成憲法全體。他們都是真正的國法之一部，恰如合衆國憲法的各款條文一齊構成合衆國法律全體之一部。

簡言之，英國法學教授有一重要任務，析之可得四層工夫：第一要勾提一切構成憲法的規則；第二要分類排比，使之各得其所；第三要一一爲之作界，不使互相混淆；第四要於可能範圍內闡明各類規則在名理上之相互繁屬。他應該闡發英格蘭的「非成文憲法」（至少有一部份猶是「非成文憲法」）恰如士託梨及乾德對於合衆國憲法的「成文法」所下工夫一般。此項工夫自然藏有許多困難處，但個中所有困難，較之英吉利法律中之別部份所有困難，雖則種類殊異，然而足以窘迫學者初無二致。誠如是，將欲研究英吉利憲法，你們務須博學許多制定法，務須博學許多常法（即判官所造的法律）。不寧惟是，你們還要探討許多巴力門法案，許多法院所交下的判決之成案，許多具有權威的法院隨感，甚至許多從司法判決的精義推想出來之結論。而且在研究進行之際，學者對於通行習俗與法定權利的明辨工夫，有時極感困苦。凡此種種皆爲試探與專攻憲法所必嘗的苦工，蓋與研究本國契約法，民事侵害法，地產法，事同一

律。

雖然憲法教師在今日作英憲的研究，未嘗無相當便利。最近三數年來，（註17）憲法問題漸形重要，並招惹世人注意。問題既然惹起，對於問題的解答案即不能不極力求出。譬如十九世紀中所發生訟案，屢次與柏辣拉夫（Bradlaugh）（註18）的名字有關係者，至足給與本國公法以解疑析難的大好機會；恰似威勒克士（John Wilkes）的名字在十八世紀間所有情事。是故由此類爭訟，辨護法得以重行發見，瀆神法得到翻新解釋。刑事訴訟的性質人人周知。衆民院與法院所有關係在今日可以用界說規定；宣誓所有莊嚴及法律性質世人盡曉，至少凡會讀法律報告者可以盡曉。同時，尚有許多爭端，向與柏辣拉夫先生未嘗發生關係者，亦如春筍暴發；在如此紛擾情形之下，許多新發生問題一齊集合於公共集會的權利之旗下，躍然欲動，呼之欲出。此項權利究竟會明見於法律否？什麼是運用此項權利的限制？什麼是「非法集會」的正確定義？倘若依法集會而橫受干涉，國民誠不得已，至以武力主張開會的權利；在此際用武的程度果以達到何處為限？當在什麼限度內運用，自衛的權利可以受承認於英吉利憲法？凡諸如此類之問題，全體可以提出於法院，而且就中有一部份早經提出於法院。但無論已提出與未提出，他們都與本國公法的根本問題有關。因之，尋出解答方案在人民生活上至為重要。而在一切解答方案未盡尋出以前，英憲的研究至足以引人入勝，復惹起興致不淺。雖然，在搜討成案的工夫中，有一實事，必須明辨。此一實事為何？即搜討範圍不應盡限於著名成案是。本來以英憲的法律論，若向舊有成案搜尋，大凡在轟動一時與激起爭論的

認端之中，隨在可以發覺研究材料。但此亦不能以一概論。假使學者由此推究遂得一結論，以為憲法的原理盡從解決劇烈政爭問題的判案得來；此實為不智之甚。按實言之，儘有不大相關連的案件，而仍然藏有憲理在者其數當以百計。譬如比列時巴力門一案，(the Parliament Belge) (註19) 或多馬士對君后一案，(Thomas vs The Queen) (註20) 皆是此例。不寧惟是，甚至民間控訴一個警士之案，或訴及一個徵收稅吏之案，自表面視之，似乎無關輕重，但自內容視之，實則隨在可以逼出憲法中之一個最重要精義，這是要說，無論警士，或稅吏，或其他役吏，均不能於越權行事之後，託詞奉行上官命令，希圖卸責。此為英憲中之極重要精義之一條，學者不可以漠視。簡言之，所謂英憲的真正法律自有淵源。淵源何自來？來自其他英格蘭的法律所同出的地方。換一句話說，英憲的法律與其他英格蘭的法律，雖有同樣淵源，然而仍可以自成一種獨立而又有趣味的研究。在此類淵源之中，我們務須從事蒐討適當材料，復勤加審訂與整理。庶幾英憲的研究，縱未經多次探險，亦得以徐徐測定新領域，而成法學中之特殊而又有系統的專門學問。本來此類學問的程途係屬新闢，故一時尙未成為熟徑。(註21) 在此際，教者與學者當進行時，雖則有時曲徑通幽，新奇可喜，然而道阻且長，或不免時時發出行路難的感嘆。

此項險阻艱難固然令人生畏，但亦非毫無益處。益處何在？在於逼迫我們覓取嚮導。是放在邁步進前之際，將欲提防失路，沿途必須認清目標。目標為何？他們是向來浸淫灌注於英憲中之三條大義。於是這三條大義，在本書中，實為今後研究工夫之綱領。誠以綱領一經提挈，所有錯綜隱現於英憲中之問題，無論如

何紛繁，均得以理董而求解答。分析言之，這三條大義可以揭發於下文。第一，巴力門用所立法案爲工具，可以統治全國；故專就法律方面言，巴力門實處於至尊地位。倘若以學術用語提示，這就是「巴力門的主權」。(註22) 第二，英吉利憲政純然受法律精神所支配與瀾漫，於是在英格蘭的四境以內，尋常法律以絕對的與普遍的現象運行於全國。倘若以學術用語提示，這就是「法律主治」。(註23) 第三，憲典本來不是法律，而且應與憲法有別。本書所研究者原爲英憲的法律，因之，英憲的典則在此地似可不必問及。徒以在英憲全體中，不但憲典多有，而且憲典能佔居特異地位。將欲明白英憲的效實，除憲法的研究外，學者總不可不知憲法與憲典所有相互關係。唯其如是，我們於此必須揭示一條大義，即是：憲典必依賴憲法乃能責效。(註24) 依此三條大義，以求推進，姑弗論將來探討所得者成何結局，然而在研究進程中，學者對於此類大義下所蘊蓄的哲理，必須下許多審問工夫，明辨工夫，以至比較及解證工夫。誠如是，學者將於英吉利憲法學問上早已能得到適當開端。(解6)

(註1) 布雅克文集(千八百七十二年版)一一四頁。

(註2) 哈廉所著『中世紀』(第十二版)第冊，二六七頁。英國人民生在十八世紀末年者對於英憲具有尊敬的特殊感覺。

古勒士米斯(Goldsmit)所著『世界國民』最能道達當代人民所有情緒。參考原書第四信札。

(註3) 參考士坦胡(Starhope)所著『坡特傳』附錄一〇頁。

(註4) 法國憲法專家布眉先生 (Monsieur Boutmy) 所著『憲法研究』獨能提示此項要旨十分明澈。見原書 (第一版) 八頁；又見英譯本八頁。布眉先生曾指出英吉利憲法的淵源共分四所，即是：其一為條約及準條約 (例如英格蘭及蘇格蘭合三法案；與大不列顛及愛爾蘭合一法案)；其二為常法；其三為君民約法 (例如人權請願書)；其四為法令。消種分類或者不盡符英吉利作家所為，但至少可以提醒英憲在淵源上實有特異來源一要旨。

(註5) 見樸萊克斯頓所著『英吉利法律解詁』第一冊二五〇頁。

(註6) 下文一段文字自巴理 (Barry) 所著『道德哲學』徵引原書發刊於一七八五年，與樸萊克斯頓之書出版時期並不遠。其言曰：『在不列顛憲法，一如在他國憲法，實際政治常與理論政治不相符合。本來理論與實際原相為因果，但後者常與前者異趨。試就理論觀察，英國君主的身外常趨於法外。是故法律雖嘗通過於兩院，君主可以廢止之，凡人一為君主所喜，儘可得封贈，而取得特許狀，依之兩院中之一院所有代議士可以彈劾；至於臣屬間所有祿位，君主更可以任意更調，毫無阻礙。所以外國視國者常有疑問，即謂：此項權力，無論在運用時如何紆徐曲折，但就其結果推究，非專制而何？理論固如是矣，然在實際上則又是大相逕庭。譬如君主向來原有一種特權，可以運行於通國，惟傳至今日，此項權力已成強弩之末，其勢不可以穿縞。於是代特權而興者更有一種特殊恩典，雖不見承認於憲法，然以帝國富力大增之故，國內行政首長轉得以運用之而大顯神通。』(見原書第六冊第七章) 其實第七章所有全文至足注意。在此章中，我們可見巴理在當時至能明白當代英憲所有真相，遠勝樸萊克斯頓。而且由此文，讀者當知在一七八五年之際，建造巴力門選舉市區 (Parliamentary boroughs) 的權力依然在理論上被視為君主特權之一種。元首的權力自是甚大，然而他的實際力量所在只是在於特殊恩典 (patronage) 的運用。

(註7) 見樸萊克斯頓所著『英吉利法律解詁』第一冊二六七頁。

(註8) 見符禮所著『英吉利憲法的生成』(第一版) 二二五頁。

(註9) 參考法律報告第十二冊，六四頁；又軒恩所著『英格蘭的政治』（第二版）第三章。

(註10) 欲知其詳，讀者須參考本書第三篇。

(註11) 見篤奎爾全集，第一冊，一六六及一六七頁。

(註12) 參考(Holland) (荷蘭) 所著『法學』（第十版）一三八及一三九頁，又同書三五九至三六三頁。巴達有言：『國憲的意義包含下列各種規定：其一關於立法機關的構造與形式；其二關於立法機關的各部所有權利與功能；其三關於法院的構造，組織與管轄權。憲法原為公法之一部，但與其他各部仍然有別，即因憲法所討論及規定者均為國中之根本大法。』（見巴達所著『道德哲學』第六冊第七章。）

(註13) 比較軒恩所著『英格蘭的政治』（第二版）第四章。

(註14) 關於『否決』(Veto) 的意義，參考軒恩所著『英格蘭的政治』五一頁，六〇頁，六一頁，六三頁，五四八頁。又參考英國百科全書所載列理教授 (Prof. Orrell) 的『否決』論文。

(註15) 在此類憲典中，有些格言未嘗遭一次蹂躪，而且他們的不可侵犯性已為一般人所承認，有些格言並未取得此項效力，所得者只是曾受習俗的推舉而已。換言之，諸類規則的一部份不可以受人侵犯，倘若必加侵犯，和平與秩序的政治必至中斷，但其他部份，若遭踐踏，至多不過使當局受累，至於被譴或被輿論指摘。

此項區別所由來純為直接地犯了憲典所生結果，與間接地抵觸法律的程度高低，兩者所有關係而決定。試作假設，假如巴力門每年應依例召集至少一次，此為憲典所規定，但內閣竟悍然不顧，致使巴力門未經召集者多過一年。當此際，叛變法案以一年期滿，不能再發生效力。於是，軍中紀律必無根據以維持，或竟不依據法律而維持。兩者之一均足使有司所行事，違犯憲法，而至於抵觸法院的管轄權。在如此場合之下，憲典的違背不生革命，即生暴烈的反動。故此項影響所及至為嚴重。所以然者，閣部不但

直接地犯了憲典而且間接地犯了憲法爲之也。至於其他部份之憲典所有性質較之年年召集巴力門的憲典所有者，輕重懸殊因之，卽有違犯憲政上可不發生重大變化。譬如，凡一宗草案，依慣例，必須經過若干次讀會，方能通過與成立。此條規則亦爲一條確立的憲典。假使當代內閣竟不遵例行事，則所行事雖屬直接地犯了憲典，間接地仍不至違犯法律，而與法院的權力起衝突。依此類推，凡一閣部，在一讀會之後，卽勸衆民院通過某一宗法案（例如，停止出庭法案）；又凡一閣部，在某一宗草案正在討論之際，竟勸衆民院改訂本法應經過讀會的次數；諸如此類的行爲可以不至紊累內閣，使之至於犯法。惟當預算案已成立之後，又在叛變法案已通過之後，內閣竟以他項行事受衆民院投了不信任票之故，敢於解散衆民院，而視然尸位至於累月。此項行動儘可以不理於人口，但其結果尙可以不至於破壞法律。欲知箇中要義，學者須玩味本書下文第三篇。

（註16） 典則成分在合衆國憲法中所在多有，而且多過英國人意料所能及。關於此旨，參考威爾遜（Wilson）所著『康格列純那勒政治』（Congressional Government）及柏來士（Byce）『亞美利堅平民國家』（第三版）第三十四章與第三十五章。按實言之，我們雖謂美憲所有憲典成分之多，一如英憲所有，亦不爲過當。但在亞美利堅制度之下，憲則與法律分界極明，過於英憲遠甚。

卽在現代法蘭西民國憲法之下，憲典亦漸具極大感應力。試徵實例。自有此類典則，憲法在條文中所給與總統的權力大受限制。參考 Chardon（沙東）所著『法蘭西行政及行政人員』，七九至一〇五頁。

（註17） 本書最初印行於一八八五年，自一八八五年後，司法判決及公衆討論所貢獻於憲法問題者漸多。舉例言之，則有關於公共集會的權利與戒嚴法等問題之答案。

（註18） 此段文字寫於一八八五年。關於柏辣拉夫的政治略歷，參考『全國名人傳記詞典』增補之部，第一冊，二四八頁。

（註19） 見巴力門辨論彙錄第四冊，一二九頁，又第五冊一九七頁。比考 Walker v. Baird 一案（1892）A.C. 四九一及



四九七頁。

(註20) 見法律報告(后庭報告第十册,三二頁)。

(註21) 自從本段文字寫成之後,安生爵士(Sir William Anson)的偉著『英憲的法律與例』旋即出版。自有此書,英吉利憲法的研究遂得以綱舉目張。

(註22) 參考本書下文第一篇。

(註23) 參考本書下文第二篇。

(註24) 參考本書下文第三篇。

(解1) 按,乾德(James Kent)生於一七六三年,死於一八四七年。生時,他歷任紐約那議會議員,哥倫比亞大學法學教授,紐約那大法院審判員及審判長。所著有『亞美利堅法律解詁』士林傳誦之,至今未衰。

士託梨(Joseph Story)生於一七七九年,死於一八四五年。生時,他歷任馬那那議會議員,聯邦國會議員,聯邦大法院審判員及哈佛大學法學教授。所著有『合衆國聯邦憲法解詁』允稱傑作。

(解2) 按,撲萊克斯頓(William Blackstone)生於一七二三,死於一七八〇年,爲著名的英吉利法家與牛津大學法學教授。所著『英格蘭的法律解詁』出版於一七六五至一七六九年之間,爲法學名著。

(解3) 按,斯梯芬(Henry John Stephen)生於一七八七年,死於一八六四年。所著有『英格蘭的法律新解詁』出版於一八四一年。

(解4) 按,哈廉(Henry Hallam)生於一七七七年,死於一八五九年,爲英國著名史家。著作中之關於英吉利憲法者爲『英

格蘭的憲政歷史，』起於軒利第七代，迄於佐治第二代，以一八二七年出版。

牛津主教在英語爲 Bishop of Oxford 當時任此職爲 William Stubbs (譯名士徒柏) 書中所言即指此人。士徒柏本爲牛津大學著名的歷史教授，生平著作等身，就中有『英格蘭的憲政歷史』，僅敘論至於一四八五年，以受職於英格蘭寺院，歷任牛津主教等職而戛然中止。故戴雪云然。

梅爵士 (Sir Thomas May) 生於一八一五年，死於一八八六年。他的『英格蘭憲政歷史』起於一七六〇年，迄於一八六〇年，係接續哈廉的名著而作成。

符禮門 (Edward Augustus Freeman) 生於一八二三年，死於一八九二年。他生平著作極富，就中有『英吉利憲法的生長』，『戴雪至稱道之不置。』

(解5) 按，關於士徒柏博士的生平及著作，與戴雪在書中所論的詞旨，其解已詳上文，見解4第二段。

(解6) 按，在此段文字，與上一段文字中，漢譯本均比原本有出入處。誠以原文過於簡約，讀者或不易明白；譯者特本著者所有原意，加以闡發，讀者得之庶幾足以領會書中微言與大義。下方譯文容有比較原文爲更冗長者，其動機仍側重於達意而已。爲著避免累贅起見，譯者特提示這一旨趣於此也。



## 第一篇 巴力門的主權

### 第一章 巴力門主權的性質

自法律視察點立論，英國政治制度所有主要特性就是巴力門的主權。因此之故，鄭重提示與反覆申明此一要旨實為吾書之開宗明義。

#### 第一節 宗旨

於是在本章中，我的審問所及約為三事：其一，我要解明何為巴力門主權，並要昭示此項主權的存在是一件法律的事實，久經英吉利法律明明承認。其二，我要證實世間所盛傳的法律制限之加於巴力門者無一有實際的存在於英國。其三，我要解答在討論題義時所遇之疑問，即以辨明巴力門在不列顛憲法之下，實是一所絕對之主權立法機關。

#### 第二節 何為巴力門主權

巴力門 (Parliament) (解1) 一名當在法家口中流出 (雖則尋常會話不是如此用法) 實解作君主 (the King) 貴族院 (House of Lords) 與衆民院 (House of Commons) 的合體。當二者合成一體時，他們常被稱爲『議會中之君主』 (the King in the Parliament) 是爲巴力門的本義。(註1)

巴力門的本義既得，巴力門主權究爲何物自可不煩言而索解。即是具有上方界說的巴力門在英憲之下，可以造法，亦可以毀法；而且四境之內，無一人復無一團體能得到英格蘭的法律之承認，使其有權利以撤回或棄置巴力門的立法。是爲巴力門主權的原理所有真諦，不能增多亦不能減少。

至於法律的界說，爲應付目前需要起見，可以暫時規定如下：即是，大凡國內所有規則，但得法院爲之執行，便成法律。由此界說，巴力門主權的原理遂可以約舉如下：即是，大凡巴力門所通過法案的全體或一部，無論用以造一新法，或用以毀一舊法，法院俱不敢不遵行。又由此界說，巴力門主權的原理更可以約舉如下：即是，無一人復無一團體，在英憲之下，能建立規則以與巴力門的法案相反抗；萬一竟相反抗，這種規則必不能得到法院的承認與遵行。綜觀以上兩說，其旨趣從同；不過前說係從正面立論，而後說係從負面立論而已。

雖然，若徒就外表觀察，巴力門主權的原理似非絕對正確。是何以故？則以如此重要原理尚有例外故。譬如，高等法院內之士師可以造成律例，解決爭訟，因之有時竟不恤與巴力門所立法律沖消；諸如此類之律例，即是世間所通稱『裁判官所造的法律』 (Judge-made law) 英吉利法律實多有之。(解2) 此非巴

力門主權的原理之顯著例外而何？但法家對於此一疑問仍有相當解說：即是，法院固可以造法，然而此類法律所有責效力實以直接或間接自巴力門得來。更推類至盡言之，巴力門對於其所屬之立法固可以明許，又可以默認。倘使兩者均不得到，則所謂法律決不能具有責效力（*sanctions*），至無疑義。我在此時固不欲對於法院立法（*Judicial Legislation*）（註<sup>2</sup>）一事詳加討論；今之言此不過欲藉此一例以疏證巴力門主權的原理之不謬。且謀有所祛學者之疑惑而已。關於此原理所有要旨，我在下文仍將繼續討論。惟學者在此地有須覆記者一事：即是，巴力門主權，無論由正面觀察，或由負面觀察，均為英國法律所承認的一大原則。

### 第一目 巴力門的無限立法威權

英國憲法名家黑萊克斯頓（*Blackstone*）（註<sup>3</sup>）關於此題，嘗在所著英法解詁中發揮盡致，在今日視之，其所持論已成經典。茲就原書選錄一段如下文：——

『巴力門的權力所至，誠有如柯克（註<sup>4</sup>）（*Sir Edward Coke*）所云，不但是卓越，而且是絕對。惟其如是，他的管轄權常不能受制於何人何事。柯克爵士更為之贊曰：倘若你專就年代觀察，他是一稀奇古物；倘若你專就地位觀察，他是至尊無上；倘若你專就權限觀察，他是無所不包含覆載。（註<sup>5</sup>）故切實言之，巴力門對於一切法律可以創造，可以批准，可以擴張，可以收縮，可以裁減，可以撤回，可以再立，又可以詮釋；至於此類法律所治理的事務，或關及宗教，或關及世俗，或關及內政，或關及陸軍，或關及海軍，或關及罪犯，則又皆

可不必拘論。大凡每一國家必有一種獨裁的大權，而此項大權又必有所寄附；其在本國，此項權力依憲法實附託於巴力門身上。因此之故，國內所有危害與委屈，鈐制與救濟，縱有為尋常法律所不能過問者，無一不受治於巴力門。他可以改造王位繼承大典，一如在亨利第八與在威廉第三時代所嘗為。他可以變更國教，一如各種事變在亨利第八及他的三王子時代所遭逢。他可以變革英格蘭王國與巴力門本身的構造；前者嘗見於合一法案；後者嘗屢見於所謂三年巴力門及七年巴力門法案。簡約說：凡天意所不能為之事，巴力門可以人力為之；因之，世人遂誇稱巴力門為萬能。這樣稱呼自是近於夸大；但在實際上言，凡巴力門所行事，世間再無別一威權能將此事毀滅。因此之故，巴力門的議員遂負一國的自由權利之重寄；如此重寄的勝任不獨須依賴他們所有權能，而且須依賴他們所有誠信、剛毅與智識。所以吾國名人大藏長布兒來（The Great Lord Treasurer Purliegh）有一警語，久被稱道。其言曰：「除巴力門外無人能危害英格蘭。」吾國法學名家哈勒（Sir Matthew Hale）亦嘗以一語道破個中所有關繫：謂巴力門既屬全國最高與最尊法庭，國中所有機關再無一所能跨越他的管轄權以上；倘使於萬分有一之中，竟有暴政蒞臨其上，國內人民在此時只得束手待斃，更無善法以圖救濟。裁判長孟德斯鳩（解5）於此更為一預言，以斷定巴力門的前程：他以為在前各國如羅馬、斯巴達及加太基既已失卻自由而歸於淪亡，英格蘭的憲法將來必不免蹈前轍；至於失去自由，復至於漸滅。故一遇立法權力較行政權力更為腐化之日，即為英格蘭的憲法漸滅之時。孟德斯鳩發為此言，其用意雖與哈勒及布兒來所有用意相同；然而以我觀之，如此結論

實不免出於倉皇急遽。(註4)』

狄龍 (De Lolme) (解6) 者精知英憲之外國政論家也，嘗本觀察所得以作批評，而發出一句精警語；迄於今日，此語已流傳世間幾成鄉諺。其言曰：『除將男人變成女人，又將女人變成男人外，巴力門無一事不能為。這是英國法家所共同主張的基本原理。』

綜觀上文所徵引，可見巴力門所有立法威權，究屬何等尊嚴，本國與外國政論名家所言初無二致。繼此請得徵引歷史，以求證此項立法威權的至尊性。

皇嗣的法統問題向來無一定解決方法，迨至王位繼承法案通過以後，如許重大問題的措置遂得定實。此項法案已刊載於威廉第三代檔案第十二及十三冊第二章，依據此法英王實受巴力門擁戴而登大位。故在此際嗣君對於王位的繼承權利只賴巴力門的一宗法案而決定。及今觀之，英君即位前與巴力門所有關係，盡人皆曉，可以無須贅敘。但試一瀏覽歷史，至於二百年以往，讀者常可概見巴力門得到今日所有地位，蓋非偶然。譬如安娜 (Anne) 代檔案第六冊第七章所登載，就中即有一條文制定特別規則以阻止攘奪大位而遏抑亂萌。試一抄錄於下方。(解7)

『任何人，或任何團體中之若干個人，敢有包藏禍心，主使的，或直接的，用文字或印刷品作下列各項之煽惑，均犯叛逆大罪。此項罪名一經法院依法定讞，即處死刑，並受籍沒財產與褫奪權利，一如他種叛逆大罪所受刑罰。煽惑項目條列如下。(解8)』



(1) 主張及斷定我們的現代君后 (Our sovereign lady the Queen that now is) 不應依法繼承大業；

(2) 主張及斷定方今流亡在外而自命本已為大不列顛之僞王，或自號為英格蘭之王而襲用詹姆士第二之名號，或自為蘇格蘭之王而襲用詹姆士第八之名號的僞王嗣，應有權利以統治全國；

(3) 不遵歷次巴力門的法案所規定，有如下列各案：

(a) 當前王威廉與前后美梨 (Queen Mary) 初來英國即王位之第一年，巴力門曾在英國建立一法案，並正名為「宣布人民權利與自由及確定君主繼統法案」；

(b) 當前王威廉第三在位之第十二年，巴力門復在英國建立一法案，並定名為「再決限制君權及推廣人民權利與自由法案」；

(c) 又當最近期間，巴力門屢次為英格蘭及蘇格蘭兩國合一而設立之各項法案；

而且反敢主張及斷定他人或其他幾個人實應有權利以嗣續王位。(解9)

(4) 主張及斷定君王們與君后們，雖得巴力門的助力與有巴力門的威權，卻不能制定法律而發生效力以約束君主及他的王嗣所有制限問題，嗣續問題，及統治問題。(註5)

屢次訂立之合一法案，(就中一案嘗為樸萊克斯頓所已提示) 至足以表示巴力門運用主權權力之特殊彩色。但此旨既經樸萊克斯頓揭出(解10) 此地儘可無須贅論。倘必欲於巴力門所立法案中，再求

一代表者以解證題旨，我以為莫如用七年巴力門法案 (the Septennial Act) (註6) 誠以在理論方面，或在實際運用方面，七年巴力門法案均較任何法案為有代表巴力門的實在威權之價值。因此之故，在討論該法案時，我對於當日制定此法所有情形及此法所具有性質，行將特別提示。

在一七一六年，巴力門的開會期限原定每三年須依法選舉一次，此為一六九四年所規定，而依此法巴力門必須於一七一七年改選。常是時雅各黨人 (Jacobites) 正在猖獗，選民表同情於該黨者，不乏其人；倘使在那時竟行改選，不但內閣有傾倒之虞，國家亦有大亂之懼 (解11)。英王與內閣有見於此，特於開議之頃，陳請巴力門通過七年巴力門法案，將大選舉期限由三年一次改為七年一次。由是當時現存的衆民院遂得延長會期多至四年。此項法案本由現有議會通過，即用之以續長議會本身的生命，較諸改訂將來議會的會期由三年而變成七年的法案，其詞氣為更強有力。是何以故？則以此等舉動正足以表明巴力門所有立法威權的至尊性故。世人漫不加察，乃斤斤然爭辨其是非曲直。實則以當時政象觀察，若云如是措施實為一時權宜之計，不得不爾；於是，就政策言，其為允當，則又何待深論？至可異者，賢如哈廉 (Hallam) 與斯丹何拍爵士 (Lord Stanhope)，他們論事素稱審慎精到，乃論及此項法案，兩人均不能明白提示此一要旨。是以哈廉有言曰：『愚妄者流，對於此舉，動輒以越權立法為巴力門疾病。其實越權一事就法律點觀察，何足為巴力門疾病？有些人物知此類譏評在法律上為無根據，則又改變詞鋒，詆毀巴力門為濫用人民的信託，而至於破壞古來憲法章則。諸如此類之批評，皆是失當，適足以自形其闕味。』至於哈廉的立

論根據則有下方自述的理由。是以哈廉又曰：「三年巴力門的法律之成立爲時僅過二十年。而在此二十年間，此法在實驗上所得效果，已有事實證明，實屬不良。於是，此法遂不得受修改或完全廢止，恰與其他不良法律所受待遇相同。」（註7）

哈廉之言如是，斯丹何拍爵主之觀察又如何？其言有曰：「其實我們儘可……棄置不道這種庸愚意見。即是所謂巴力門越權立法以自延其生命的意見。原來這種意見在當時受反對政黨倡導；他們實用之爲攻擊現存政府的工具。嗣後此項工具尙時有人運用於大庭廣衆之中，希圖聳動衆人。若就憲法大師所有著作觀之，此說殊不值浪費筆墨，加以批評。」（註8）

綜觀上文，兩家所論不但失卻他人攻擊七年巴力門法案的目標，而且隱匿這一宗法案所有憲法重心。茲當逐一提示與闡明之。

將欲明白此案被攻擊的要點，莫如徵引當日貴族院中之三十一個議員的抗議書所有言論。在此法案未成立之先，這些三十一個貴族議員相與聯名發出宣言，以對於該草案而下抗議。就各種反對理由之中，抗議書特別注意於巴力門有負人民信託一事。故其言曰：「衆民院，依法理，應由人民選出；迨經選定，他們就是真正的人民代表。倘若此時遽欲將法定開會期間延長，此項代表資格必至消失，因爲過了法定期間之後，衆民院議員不復是人民所選；他們如果仍繼續開會，只是受權於巴力門，即與議員由巴力門自行選出無異。由是在人民方面，當代表人或由故意，或由無心，辜負如許重大寄託，他們即無從補救。」（註9）

玩味以上數語，即可得到對於七年巴力門法案的反對理論。故就持反對論者之立足點觀之，此項法案所有奇怪特質不是在於改變法定的選舉期限，亦不是在於撤廢前此所有三年選舉法案。（註10）其實巴力門既能於一六九四年制定一宗法案，而規定衆民院之任期爲三年，自能再於一七一六年通過別一法案，再將原有任期改訂而定爲七年之久。如此改制本爲巴力門的本分，至屬平平無奇，儘可以不至於招惹物議；然而卒致招惹物議者實是在於一點，即是現存巴力門以自己的威權伸張自己的存在時日。試一觀察柏梨斯理（Priestley）（註11）之駁議所云：『七年巴力門是一種法案，由之巴力門得以篡奪人民的權利。因爲巴力門既不難用自己的威權以伸張自己的權力於七年，又何難用同樣威權再加一倍而成爲十四載？倘使推類至義之盡，巴力門竟自延長任期年數以至於無窮大而成爲永久巴力門，一如存在一六四一年者所爲，（解12）亦非難事。』是說也，三十一貴族議員在抗議時亦言之。顧辨正者竟視之爲一種錯誤，並謂此種錯誤實由誤解巴力門此舉只是延長其固有任期所致。（註12）此等答辨決不足以塞反對者之口。誠以柏梨斯理與其他反對者的論理所在，只要反抗兩點：其一，議員以三年的任期被選出，即要在這三年內，謹依憲法，完全做成人民的委員或代理者；其二，若非跨越憲法，他們決不能伸張所有權力至於超過當事人（即選民）所定委任期間。是放假令七年選舉法案發生於合衆國，此法必被視爲違憲，決不能有法律效力。即就英格蘭而論，現代巴力門決不肯爲在朝政黨打算，特通過一宗十年法案以延長內閣的運命。誠如是當日反對者指斥華勒播勒（Walpole）及其黨徒（解13）的行事儘有相當理由，而所謂此舉

爲違背憲典(the understandings of the constitution)者，決不能視之爲荒誕不經。原來巴力門此舉實屬前無古人，故爲前時所未有之憲法習慣。然而巴力門所已爲決不是違憲；反之，巴力門正欲依據憲法而運用其所有立法的至高權力。如果不明此旨，我們將不免輕視他向來所有立法的至尊性；如果輕視此項至尊性，我們將不能見及七年巴力門法案的憲法重心。實則此一法案正是一種實物的解證，即以證明巴力門本身，自法律觀察點立論，決不是選民的代理人，亦不是選舉團的委辦會，反之，他在法律上是國家的主權立法的權力，於是，七年巴力門法案正是此項權力被運用後所產生的結果。

巴力門對  
於私權的  
干涉

以上所論，係就公權方面解證巴力門與法律上之萬能。繼此以往，讓我們更就私權方面料量巴力門的地位。從來各項私權素爲各文明國所重視，因之，常受法律特別保證。試徵諸吾國法家柯克(Coke)的名著，即可概見巴力門所以待遇此類權利之態度。學者同時應注意一事：即是，柯克在其書中特別選擇各項私權所受干涉，以爲巴力門的威權寫真。原文錄出於後：

『但有許多例證，尙須列舉。例如，明明是一個男子或一個婦人的女兒們或嗣子們，巴力門可以法案使他們跨越父母一世系而承繼先祖所遺產業。』

『巴力門可判斷嬰孩或幼童使在法律上爲成年人物。』

『一人死後，巴力門尙可判決此人犯叛逆大罪。』

『本屬外國人，巴力門可許之入籍，並視之爲土生籍民。方丈夫在外，一個由姦污而生的小孩，依法應

爲合例，巴力門卻能使之在法律上成爲私生子。」

「本屬私生子，巴力門卻能使之在法律上成爲合例的兒女。又在未正式結婚之前而生的私生子，巴力門亦能使之在法律上成爲合例的兒女。而且巴力門爲此事，而立法均依一定準規，決非糊塗了事。」（註

18）

柯克於選擇例證時極有斟酌。誠以干涉公權雖可爲絕對權力的示範，然終不能如干涉私權較能激動公憤。譬如，一個君主儘能推翻國憲而可以視若無事，但一遇牽動私人的財產權或契約權之事，他必然深思許久而後行。惟在巴力門則不然。爲公共利益計，巴力門時有干涉私權之舉。徒以行之頻煩，如此干涉雖大有造於社會，然在今日已不能惹起注意。至於國人能由此類干涉而聯想及於巴力門的至尊性者尤不多見。試一檢閱議會檔案，在個中幾乎充滿此類法令，或授私人以權利及利益，或課私人以義務及責任。譬如，巴力門所有爲鐵道公司而設立的法案，卽爲其顯著例證。但使讀者能瀏覽所謂「地方及私家法案」(local and private acts) 而翻閱全冊，此人必能洞悉個中所有關係，而見到巴力門在運用主權時所生功效。在法律立足點觀察，這些法案，較之任何法案均佔同樣重要地位。他們處置各種問題，如鐵道，如港口，如船塢，如私家地產，不一而足。除此之外，尚有許多法案以宣布不合式的婚姻爲事，復有許多法案（從前甚多，現時漸少）均以允許離婚爲旨趣。

除牽涉公權與牽涉私權兩大類法案外，更有一大類向來常受漠視，實則極值得注意，是爲赦免法案。

一宗赦免法案是巴力門的一宗議決案，他的主旨是在於使從前的法外行動得以依法處理，或在於使已負干犯法律的責任之個人得以依法救濟。此類議決案，在一七二七至一八二八凡一百零一年間，巴力門常以不斷的慣性年年通過。由此類議決案凡不崇信英格蘭的國教教徒，雖已接受市政府任命，然未嘗依英格蘭的寺院所有儀式向領受聖餐者，均不至受罪累。但關於此類法案之詳細作用，我們行將於下文再次研究。（註14）此時所應緊記者只有一事，即是如此議決案在前雖屬不規則的立法，然處處足以實證巴力門的主權的權力之如何尊嚴浩大。

綜括上文論旨，是爲巴力門的主權從正面之觀察。繼此讓我們再從負面以觀察同樣原則。

## 第二目 無競爭的立法權力

君主，巴力門的兩院中之一院，選舉區，以至法院，嘗一次屢次再露頭角，逐一機關各欲奪取獨立的立法權力。其結果是，無一能如願以償。今試就歷史所記載，一一審察如下文：

（1）君主 立法威權最初原屬於御前會議（註14）（King in the Council），嗣後巴力門成立，始有人民代表而出立法，然而御製法律，始則名敕，（註15）繼有名詔，時時與之並行不悖。

敕與詔二者在古代同有法律力量，而且在一五三九年，巴力門且特許君主以詔誥立法。（註16）法文雖簡，然至足注意。茲將原文悉錄，以資研究。原文謂：『君主在此一時期內，或以御前會議全體，或以該會議的多數之協贊，得發布詔誥以規定刑法及罰則。所有此類法則均須尊視一如巴力門的法案；但此權不應

被濫用以侵奪私人的承繼，職位，自由，貨物，牲畜，及生命。自此之後，無論何人，如有膽敢干犯詔誥中任何條文，必依罰則加以罰鍰，或依刑法處以徒刑。倘使犯者竟離本境，意圖狡脫，應倍等治罪，視同叛逆。」（註17）

此法案雖由巴力門授與，然實足以表示君主的立法威權達於最高程度之形況。正爲有如此情況，該法案遂與歷來英吉利法律旨趣不相投契，卒於愛德華第六主治時代被撤回。幸而有此次撤回，如其不然，這樣法案的運行所至，將不知發生若何革命的效果。他至少總不免造成結果兩端：第一，英吉利君主儘可變成專制的元首，且將與法蘭西皇帝所有權力匹敵。第二，巴力門或須以法案規定法律上之兩種區別：一爲法律，議會的立法當之；二爲法令，行政院的條教號令當之。此項區別常存在於大陸國家。誠以在此類國家中，立法部的法案通常限於制定原理，此外實賴有條例與規程，由行政院頒布，然後足以資應用。惟其如是，此項區別正有其特殊功能。顧英國法律均無之，卒至巴力門在考慮一法時，須將該法所含詳情逐一列成細則。英吉利法律所以有如此繁重條文者實由於此。迄於現代，巴力門實不勝其煩，乃往往於一法案中早爲之所，常以條文授權於樞密院，法院，或其他機關，使各能決定詳細情形而豫籌實施辦法；但如此處置實不過是一種拙劣的補偏救弊之方法而已。（註18）假使英格蘭行政院，能如法蘭西行政院（註19）有權設立因實施法案中所有原理而起之細則，又使同時該院復能以敕，或以令，或以告示，將該細則頒布，使之與法律有同等功用，則英吉利法律的實質與形式或將能改進，亦未可知。由此一端觀之，並參合他種例證觀之，英國先民所最顧慮者爲君主獨裁，故設有對於君權的各種限制。此種舉動就古代政情立論，未嘗不



是良策；然而傳至今代境變情遷，昔日所恃以限君權者，在今日轉變為一種束縛行政權力的拙計。誠以自從一五九三年詔誥立法的法案撤回而後，行政法令在往日所有法律效力幾乎盡數消失，所未消失者只為常法（Common Law）在習慣上所傳授。是以常撤回之頃，行政法令究竟尙有若何威權，一時仍未能確定。迨至一六一〇年，法院（註20）以抗議方式判定及設立一個現代原則，即是所有御旨均無法律的力；量他們儘可勸告大衆使之注意某法案；他們決不可自命為法律本身，規定在法案或常法以外之義務，使人民必履行。自此之後，詔敕立法之事甚少發生；惟在一七六六年，沙探爵士（Lord Chatham）曾試以政府法令禁止麥類輸出國外，於是巴力門乃有一赦免法案（載在佐治第三代檔案第七冊第七章）以圖補救。此次法案的追認實為巴力門處置御旨立法的嘗試之最末一次。

故在今日，所有詔誥（註21）在法律上之實在地位不能再以立法看待；但可看作一種宣示執政意思的方式，例如召集議會的布告，是為常法所遺下之慣例；如其不然，則可看作一種威權，特由巴力門所傳授而以法案規定。

### （2）巴力門中任一院之決議

兩院分爲貴族院與衆民院，就中衆民院尤爲屢次不一次見於史乘，常欲將院中決議當作一種法律威權看待。此類舉動本無根據，因之，必不能成功。是則可以無待深論。但法院對於衆民院的決議究竟持如何態度，在倉卒間至難審定。

雖然，個中有兩要點，似曾決定。試列舉之：

第一，所有決議，無論其屬於貴族院，或屬於衆民院，必不能視爲法律。

此旨在斯託克狄勒對漢撒 (Stockdale v. Hansard) (註22) 案中早經決定。此案的判決文的要點是：一件誹謗公文始終仍是誹謗公文，縱使在前衆民院曾有印刷之命令，又使在後衆民院復以決議聲明此項印刷權爲該院所有一種附帶的功能，亦不能變更公文的性質。(註23)

第二，每院對於自身所有行動可以自行制裁；任何人，如欲越俎代庖，必受侮慢本院之罪名，且須坐罪；卽法院亦不能審問本院所有運用憲法的權力之方式而判決孰是孰非。

兩個要點既同具堅強理由，復互相矛盾。因此之故，調和兩者使不至於衝突，卽是實際的困難。必不得已，惟有適用斯梯芬裁判長 (Mr. Justice Stephen) 所假設的類推所有推理。他的推理卽以調和衆民院的決議及最高法庭的判決爲事。

斯梯芬曰：『我不能謂衆民院的決議是一種法院的最終判決，此項判決再不任受審判員的糾正。原來衆民院並不是司法機關；但每逢他要將巴力門的法案條文適用於特種事件之際，依法理，他本有特權以裁決院中所有內務；於是，此項特權卽無異將法院的判決權所有性質附着於衆民院身上。因此之故，我們對於衆民院的態度首先須要有一個預設：卽是，衆民院在造法程序中原負有極大部份的責任，誠如是他諒必盡心於職務，並能奉公守法。倘若衆民院的判斷竟有不盡依法律之處，此等事亦不足怪。正如最高

法庭中之審判員，他的判決足以最後決定一案的是非曲直，終不免有時錯誤，譬如在刑事訴訟中，縱使陪審團交下酷刻定讞，法律亦未曾設有何種救濟。世間儘有格言謂無一錯過不有救濟辦法，但這一句話言的指意並不應解作所有一切政治及道德的錯過，法律均能救濟。倘若時人不察，竟作如是解釋，世間必無此等事實。試以假設明之：譬如倘有誓約未經蓋章，或未經深慮，法律對於爽約之舉動不能課責；又如毀謗他人的謾言，縱使受者至於身敗名裂，法律無從過問；復如暴戾立法，縱使受者至於男人為臣，女為人妾，法律不能解救。最後，譬如兩國大戰，縱使備極曲詐殘忍，致受者有身死財亡的痛苦，法律不能代責令賠償。所以這句格言的指意不過要提示法律的錯過與法律的救濟原來兩相關連。為容易明白及解除誤會起見，原文實應倒裝：即是「無法律的救濟者必無法律的錯過。」（註24）

由是可得法律的立場如下：在此一方面，兩院中之任一院可有充分權力以處置自己所有內務。正如一間法院，貴族院或衆民院不獨不任受他人侮蔑冒犯，而且能將犯者坐罪。試觀中寫郡刺史一案（The Case of the Sheriff of Middlesex）（註25）即足證明。按在此成案中，刺史以冒犯衆民院故，被議長以逮捕差票監禁。但試一根究所謂冒犯之由來，人人皆知由於執行法院的命令：先是，后庭（Court of Queen's Bench）在斯託克狄勒對漢撒一案中判決原告得直，被告漢撒應受籍沒印刷物業處分。此案即歸刺史執行。而在受命之後，刺史遂不得不如言行事，詎料此項印刷品本屬院中所有，因之，刺史遂得到侮蔑衆民院之罪名。於是刺史遂不能不入獄。但入獄未幾，後庭即以出庭狀（解14）提之出獄；惟庭中推事又不便處

兩院中之  
任一院所  
有決議的  
效力

理此案件，於是一同主張，聲明法院不能審問刺史所冒犯者應爲何罪。換言之，雖則法庭明知所謂冒犯實由執行本庭命令而起；然衆民院既因處置院中內務而有此舉，法庭即不能出而干預以維護本庭屬吏。

然而在他一方面，兩院中之任一院所有決議決不是法律。假設某甲受命於衆民院，將某乙毆打，至於院外；但某乙所犯何事可以不管，而且此項命令並不須以差票記明冒犯衆民院罪狀。又假設某甲復嘗受命將某項過犯處置，某乙因之受罰；但此類罰鍰，倘由某乙自行出首，仍可依法恢復。於是，在刑事訴訟中，或在民事訴訟中，倘使某乙提起控告，某甲不能以衆民院的決議辯護此類行爲。（註26）讀者如尚有懷疑，可參考載於維多利亞代檔案第三及第四冊第九章之法案，便得證例。此法案的成立是在於斯託克狄勒對漢撒的訟案發生以後；他的旨趣即欲用簡易手續保護印行巴力門的文書之人物。至於此類文書的付印，我們必須記取，大抵根據兩院中任一院之命令。由此一點，可見兩院中任一院之命令並不能成立爲法律。將欲保護承印人員使不至於受誹謗他人之罪，尙有待於巴力門專立的法案。更由此一法案，可見衆民院「以整個立法機關的威權，然後足以維持前時對於斯託克狄勒對漢撒一案所有辯護的理由；同時又不欲以此項威權推翻后庭對於此案的判決。卒之，在效實上，衆民院不但承認后庭所下判案爲正確，而且肯定這宗判案所根據以成立的原理。這個原理是在整個立法機關中，無一部份能以本已固有特權，改變，停止，或跨越已成的國法；或制止任何英吉利人民，使不得採取救濟辦法；或壓抑任何英吉利人民，使不得運用或享受國法所規定的任一權利。」（註27）

(3) 選民的票決 在政治討論中常有一種議論，其意謂人民的集團，既有權以選出代議士，即在英憲之下具有一種立法的威權。如此言語，並非毫無意義，讀者讀至下文自然明白。(註23) 此語可以提示選舉集團的重要地位，即是選民所有願望足以影響巴力門的行為。雖然，倘若有人因此遂以造法的法律資格衣被選民身上，如此見解自是大錯。因為自英吉利法律立足點觀察，他們未嘗有如此地位。他們在法律上所有只是選舉衆民院議員的權利。他們既無權立法，亦無權廢法。假使有人持論，以為某一法律既被選民反對，即可作為無效，如此辦理必不能得到法院承認。是何以故？則以選民的意見可以依法由巴力門代表，但只能由巴力門代表故。然而我們在此處必須補足一句：即是，英吉利法律所規定並不是代議政治的必要條件。試觀瑞士政治，即不相同。按瑞士憲法(註29)非先得成年國民的全體票決，並經多數贊同，聯邦憲法不能有修正案。即在尋常法律，常聯邦議會既討論通過之後，國民以法定數目簽名請求，便可將該法律付總投票取決。假使總投票結果得多數反對，該法即被取回。(註30)

(4) 法院 英吉利法律的極大部份為法官所造。任何人果欲明白法院立法的性質及外延，普洛克(Pollock)所著『成案法律的科學』(註31)最值得玩味。惟這個題目太大，我們不能於此處詳加討論。(註15) 在此間所應注意者惟有一事：即是，英國審判員常判案時最重先例，而所謂先例實自成案中之原理得來，行之既久，此類先例漸構成折獄的規則；在實際上即是法律。驟觀之下，法院立法似乎與巴力門的至尊性相衝突。但其實不然。英吉利審判員不能復不願運用何種權力以廢棄議案；而巴力門的法案可

以隨時推翻判例。簡括說：法院立法是一種從屬立法，以巴力門的同意而存在，復常受巴力門監督。

## 第二節 巴力門主權說釋疑

巴力門立  
法主權果  
有何限制

倭士丁 (Austin) 與荷蘭教授 (Professor Holland) 各在所著書中 (註32) 詳示歷來所有限制主權的理論之難於成立。在此刻我們當無暇詳問此類困難。同時，我們亦無須審問二氏所持論合理與否，即是在一國憲法中終須有一人或一團體足以造法，不足以廢法；由是，遂以構成國內的至尊權力。我們現在所有事是要更進一步，解證在英吉利憲法之下，巴力門實係此項主權權力；從而審問世間所有各種限制巴力門主權的理論是否合理，由是即以指出無一限制可為英吉利法律所容許。

陳議的限制共有三端：(註33)

以道德的  
法律為限  
制

第一，巴力門的法案，有些人提議，是不能有效，假使他們竟抵觸道德所有原理，或國際法所有原則。有些人更進一步主張，謂巴力門不能造成與私家道德或公家道德相矛盾的法律。例如樸萊克斯頓 (Blackstone) 嘗不憚詞費，反覆申言：『自然法律 (解16) 是與人類有生以俱來，為天帝所授，故當駕越任何法律之上。他可以約束全世界，故無空間性；他又可以支配古今，故無時間性。倘若人造法律竟與之相違反，無一可生效力。他們所以能生效力，只因間接地或直接地，他們曾從自然法律造端。』(註34) 更有許多今代裁判官發表較堅強意見，意謂自國際法立論，倘有法案越軌，法院儘可拒絕不與執行。(註35) 雖然，樸萊克

斯頓的言論與裁判官於判案時所有隨感（解17）我們必須謹慎採用，決不能以詞害意。所謂法院可以因衛護道德之故棄置巴力門的法案，自是一種理論；但只是一種無法律根據的理論。大凡含有這類口氣的論議，在實際上，不過要表示一要旨：即是，當適用法案時法院必須先試尋巴力門用意所在，裁判員在此際只得預先設定巴力門未嘗立心干犯道德的規矩，或國際法的原理；法案的指意既得，裁判員更在可能限度內詮釋法案的意思，務使國法與私家道德及國際道德互相符合。（註36）倘有律師不明此旨，竟敢在法庭指斥某一法案為非法，而其立論即以巴力門立此法時實屬越權為根據，當代裁判員必將無一人願聞此說。所以然者，因立於這種事實的背後還有一原理：即是，英國法院時時感覺一宗法案，雖被攻擊為惡法，然在理論上仍是法律，因之，即應受法院遵從。

第二，有幾種原則，（註37）時聞論者提及，倘依如此論調的推理，巴力門幾乎有不能問及特權之勢。誠如是，巴力門的立法主權且不免被特權所限。試審問此議。

在司徒雅（the Stuarts）朝代，流行一個原則，不但為君主所倡導，而且為法家與政治家所附和。前者如詹姆士第一（James I），後者如倍根（Francis Bacon）皆是。（註38）他們本先立意增加君權，因以為在特權一名（the name of the prerogative）之下，君主擁有一至大又至無盡的源泉，為權力與權利所從出；復以為這種特權是優越於尋常法律。在這個原則之外，復加入一種演繹：即是，君主既能延攔各種法案的運行，又能弛縱他們及於個人的威力。由此不難引起一種觀感，即以為特權一物當非巴力

以特權為  
限制

以前屈巴力門的法案爲限制

各種合一案

門的法案所能企及。雖然，此爲前代的政治爭端，其事實已成陳迹，我們在此時無庸重提舊事。（解18）此時所有急須着意的事理是，雖則幾種權力——例如締約權——依法律仍在君主的手中，實際上已歸內閣掌握；然而在今代英國再無一法學者會要主張此類權力，或任御用威權，不能受巴力門以法案約束或廢置。換言之，英國法吏決不能指斥某一法案爲非法。縱使該法案要規定締結條約的方式，或要申明兩院對於所有條約的同意權。（註39）

第三，復有一種議論，意謂法律一經巴力門建立，即不受後來者更易；由是，現存巴力門的立法權力似乎不能被限於他的前身所立法案。（註40）

自歷史觀察，歷屆巴力門亦曾屢次嘗試，欲以成法束縛後來者的身手；此類事實數數遭逢，並非罕有。然而自始至終，無一嘗試能成功；此又不可不知。在此類法案之中，最可注意者莫如兩種法案：其一，是締結英蘇合一條約的法案（註41）；其他是締結英愛合一條約的法案（註42）；故自當時立法者的用意立論，法案中之一部至屬重要，因之，所生效力至屬偉大；於是，他們總不應與尋常立法齊觀。但自後起事實考證，讀者隨在可發見歷來所有此類嘗試終歸失敗。即以英蘇合一法案而論，此法案不但明定所有蘇格蘭大學的教授均須自認自承及自署名於信仰的昭告文上，並即以此項信仰爲個人終身信仰，而且註明於法文內謂此項條文將永世爲兩國結合的基本條件。（註43）但在一八五三年自蘇格蘭大學法案成立（註44）此一條文即被撤回；於是，大學教授不再以署名於昭告文上爲必要。不寧惟是，試考安娜（Anne）代



檔案第十冊第十二章之法案（註45）學者更見法文中有恢復非寺院僧侶亦得參預院務之規定，此項條文明明侵犯一條約所有條件。但巴力門在立法時均可以不必顧及。復以英愛合一法案而論，這宗法案的蠲免尤足以證明法案的不變性，在歷史中實是若有若無。法案第五條明載：『合一法案的第五條應是，從今以後，英格蘭及愛爾蘭的寺院皆為國立，而且兩寺合一，同為新教聖公會，定名英格蘭及愛爾蘭的合一寺院。所有他的教旨，教規，瞻禮，與治事，將來永遠從同於英格蘭寺院。合一寺院的繼續與保持將來永遠成為兩國合一的主要及基本條件。』

由法文所有詞句觀察，當時立法者用意所在自可概見。即是，此法案實具有永久條約的性質，將以久要不忘為事。然而為時僅逾五十年，此項條件盡受變易，凡曾讀愛爾蘭寺院法案之在一八六九年通過者皆能一目了然，故可以不待深論。（解19）

合一法案而外，尚有一法案，自歷史的立足點觀察，至足研究。我們一覽其條文，即不禁得一感想，初以為法文中所有條件終不至被棄置，及所有法意當不至被違犯。這宗法案就是一七七八年所通過的殖民地賦稅法案。（註46）關於徵稅的限制，法文載明：巴力門將來，除為保護商業起見而徵稅外，不再課任何稅項於北亞美利加及西印度殖民地。此類稅既在某一殖民地徵收，即應在該殖民地使用。而且徵收數目與徵收方法，須與當地所有立法機關所頒行者不能立異。（註47）

試將本案法文與一七七六年所通過亞美利堅法案（註48）的法文相比對，學者自見本案法文的意

義較爲明白堅決。誠以亞美利堅法案的成立先於本案前兩年，且在北美十三殖民地未獨立之前。故該法案的用意只以撤回前時所有印花稅法案爲事。此外關於巴力門在殖民地之徵稅權當是時母國政府尙未願放棄，故此法案所有條文仔細避免，蓋不欲惹起此項爭端。於是，及今讀之，亞美利堅法案原文所有意義至爲渾蓄游移；殖民地賦稅法案適與之絕相反對。箇中所有互相反對的緣由已成歷史上之陳迹（解20），我們可以無須贅敘。惟有一事實爲題旨所係，故必須喚起讀者注意。此事復包含兩端：其一，自政策及國家大計立論，一七七八年殖民地賦稅法案，無論如何，總不應廢棄，復不應再立任何法案使與該案相抵觸；其二，自英吉利憲法立論，倘若後起巴力門真欲撤回該案，或欲改正該案，任一屆巴力門俱優爲之，決不至惹起法律上之困難。約言之，此法案所有詞意，雖極堅決，仍不足以限制巴力門的行動。假使巴力門在明日間竟課一新稅於紐西蘭或加拿大屬邦，這一宗課新稅的法案並非違法。所以一個極有斟酌的作家有言：「任一巴力門不能在一法案中，制定條文，以約束後起者將來所有決斷；復不能由此類銜制，使後起者失去行爲的自由。爲應付公共幸福的需要起見，巴力門有時必須建立新法；以此之故，立法主權決不能爲舊章所限。」（註49）

綜觀上文，巴力門主權是一件無疑的法律事實。

無論自正面觀察或自反面觀察，他是面面完好，仿佛古語所稱：『金甌無缺。』無論什麼事件，只要得巴力門認爲適當，俱可以依法成爲立法的絕好題目。原來在英吉利憲法之下，無一力量能與巴力門的立

法主權相抗爭。

世間所謂法律的制限，無一能保有實際的存在；無一能從議會檔案，或從法院的日用慣例，得到切實證據。因此之故，無一能鈐制巴力門的絕對威權。

然則此一原則——巴力門的立法至尊性之原則——正是憲法的唯一柱石。徒以困難叢集之故，此一篇要義理尚未得人人接納。唯其如是，我們繼此請將所有當前的一切困難，逐一臚列，復逐一審問。

#### 第四節 爲巴力門主權的原則解除困難

所謂困難者爲何？其一是理論上之困難；其二是事實上之困難。有此兩難作梗，巴力門主權的大義遂不易確立，而得到多人的翕然信從。

自理論方面觀察，巴力門主權的論旨似乎只是要將倭士丁的主權理論應用於不列顛憲法本身；但一經比較，學者將不免發覺一件難事：即是倭士丁對於不列顛憲法下之主權所在自有一結論；此結論適與本講所採用其他法律大師之說相違反。誠以若依後者所主張，主權實寄附於「巴力門」(Parliament)，即君主、貴族院，及衆民院的集合體；若依前者所主張，(註50)主權却寄附於君主、貴族院，及衆民院或選民。自常識方面觀察，人人皆知巴力門的主權所有權力，無論法律學者作何論調，決非絕對無限。君主、貴族院，及衆民院縱能合成一體，亦不能具有一種靈能力量。復有許多法案，縱非極不聰明，又非十分暴戾，巴

來自倭士丁的理論第一是困難

來自實行所有第一是困難

力門不但不願，而且不能建立。由此觀之，倘若巴力門主權的原則竟混入無限權力的德性，此項論議只是法律的假說，決非實在；縱使實在，亦不值得我們在此地極力稱道。

上文所臚列兩種困難皆是真實，又合於情理。繼此，我們且把他們逐一審問。

試先審察倭士丁的主權理論與不列顛憲法的關係。原來『薩威稜體』(sovereignty)或主權一物，就倭士丁所有法律概念言之，係觀察不列顛法律後所得的概括論斷；此正如他所有經濟概念實不外自調查不列顛商業狀況而構成。在英國中，我們常習見一個至尊的立法機關，即是，他既能造法，又能毀法；而且他不受制於何種法律。故自法律觀察點立論，如此形容恰與法家通常所謂主權者的真相，惟妙惟肖。於是，絕對的主權理論，因胎合英吉利憲法歷史所有特殊情狀之故，最能迎合英國法家所有心理。準此以談，可見在一方面，法家所謂巴力門的主權，實自法律科學的抽象理論演繹出來；而在另一方面，倭士丁的主權理論又由英國巴力門的地位暗示而得到。

但『薩威稜體』(sovereignty)漢譯主權)一名字，原有兩種意義，讀者不可不知。其一只用於法律的觀念，指不受任何國法所限制的立法力。這種指意倭士丁有時採用(註51)但可惜他並不常時專用。當此名被使用於這種意義時，這種主權權力，在英吉利憲法之下，明明是巴力門。其二並可引伸於政治的觀念。譬如，在今代國家中有一團體焉，他的意志常為全國人民所遵從，這種團體即是國中『政治的』主權者。(註52)試以大不列顛為例，他的選民與君主及貴族院(嚴格言之，君主及貴族院不必加入)實

爲此項主權所寄附的團體。他們的意志在國中爲最尊，足以指揮政府，如意所之。故自英憲言之，憲法常有所準備以宣揚選民的意志，務使此項意志在最後期間常爲國中之最大及最高勢力。雖然，如此說法，只可謂爲政治的事實，決非法律的事實。是何以故？則以法院執法必不理會選民的意志故。當審判員折獄時，除巴力門已將民意立成法案外，他們不管何者是選民的意志。至於希旨奉承，竟以不合民意而廢置現行法案一舉，尤非審判員所願爲。綜合以觀，主權的政治意義與他的法律意義本屬一樣重要，有時前者且應比後者爲較重。但兩種意義，雖然關連至切，然而實是完全差異。不幸倭士丁在他的書中，竟有時將兩者混用。

倭士丁曰：「當採用少數憲法名家的術語時，我通常設定，現存巴力門能擁有主權。換言之，我通常設定，君主、貴族院爵主，及衆民院議員構成三位一體。他們是至尊，即是主權者。但正確說來，衆民院的議員不過是選民所舉出的委辦。以此之故，我國主權實常時寄附於君主、貴族議員，及衆民院的選舉團。唯其如是，近代政治遂有委託（delegation）及代表（representation）兩名詞，其爲用實互相表裏。前者表示此方所信託的權利；後者表示彼方所代辦的義務。雙方所處地位至爲分明，不能混亂。倘謂一般人民嘗假權於衆民院議員，使棄讓本已分內所有主權於君主及貴族，是無異謂委託人假權於代表人，使自行摧毀他們所負使命。此豈非荒誕之極耶？」（註53）

由上方引用文觀察，倭士丁蓋自承他的論理與一般研究英憲的作家不能一致。其實就歷史觀察，他的論理復不能與七年巴力門法案所有法理相和諧。因是之故，英吉利審判員從不肯苟同「委辦人」之

說（註54）以爲巴力門會受選民的委託而成立及存在。法院只知自法律立足點觀察，巴力門簡直是一國中之主治權力。至於倭士丁所謂不正確的設定恰好敘明一件法律的事實；這件事實正是我們的立法及司法系統的基本。雖然，我們同時亦不應忽視選民所佔地位；因爲自政治立足點觀察，選民的意志在現代英吉利憲法之下，必然終歸勝利。誠如是，我們雖謂選民是主權權力的最重要部份，亦無不可。準此以談，倭士丁的議論對於『法律的』主權（Legal sovereignty），誠不免有誤；惟對於『政治的』主權（Political sovereignty），則是允當。巴力門及選民所佔地位既然不同，我們自應分別立論。是以選民在政治的主權中雖是最有勢力的部份；然而法律的主權，除巴力門外，更無別物足以充當。

顧或謂倭士丁對於法律的主權所有見解，自律師的觀察點立論，誠屬謬誤；然而此等謬誤蓋有可以原諒之處。良以倭士丁於此有一感覺（其實無論何人，只要不爲虛名所震懾，他儘可以有同一感覺）即是，巴力門並不是一個萬能的物體，上文既經提示（註55）因之，他的權力，在行使時，受許多方面的鈐制，此亦盡人皆知。不過倭士丁對於此類限制，未能擇言，遂有衆民院議員是選民的委託人之說。平心論之，委託人的比擬固然不合於法律的事實；但巴力門在實行時所遇制限正多，故亦不能否認。

雖然，這種議論實已牽入我們在上文所舉第二種困難；即是，巴力門的權力所受實際制限常與巴力門主權並存。

主權者，無論爲何人，或何團體，當運用權力時，必被約束於兩種制限：其一屬於外部，其他屬於內部。這

外部制限

兩種實際制限的存在尤以當巴力門主治時爲最顯而易見。

主權者的實在權力自然是十分猛烈不易抵抗；但使不善用之，他的臣民，或全體，或大部份，必至互相攆貳，而不願守法。如此結果縱非必然的事實，至少亦具有可能性。這就是外部制限。

此類制限，雖處極端專制政體之下，亦能存在。試觀古代羅馬皇帝，十八世紀的法蘭西君主，或十九世紀的俄羅斯之『薩』(Сар)；每人都在法律上是一個『薩威稜』(Sovereign，漢譯主權者)。他有絕對的立法威權。任何法律，一經欽定，即生效力；國內再無別種權力可以廢置該法。而且他的意志大抵爲全體臣民所服從；信賞必罰，令出惟行。（讀者注意，上文所論皆是法律的主權所有特性；惟此語所論實已闖入政治的主權的範圍。）然而當法律既定之後，此輩專制君主亦不能任意將其變更。此爲專制的自然結果；休謨早已提示及之。休謨(Hume)以爲一國之中常有治人者，亦有治於人者；治於人者常爲國中最有勢力的階級，故治人者無論如何兇惡，終須依賴好感，以維持現有地位。所以他說：『人間事務，自哲學家的客觀觀察，無一能如治人者與被治者所有關係之奇特。前者本居少數，後者本居多數；願前者當運用統治權時，絕不因人多而感覺困難；而且後者對於執政人物默然馴服，殆謝絕一切喜怒哀愛憎。然而一尋問箇中奧妙，學者卻發見一國所有勢力全在於被治方面。政府中人了無所有，惟賴好感以扶助自己。由此可得政治的一句格言，即是：惟有在好感上，政府得以建築。這句格言實可適用於任何政府；最自由者及最平等者固應是如此；最專制者及最軍閥化者亦應是如此。譬如埃及的蘇丹，或如羅馬的皇帝，平時儘可驅使

善良百姓，如牛如馬，他們的情感好惡都可不顧；但無論如何，他至少須以人道待遇他的武士或衛隊，務有所以得到他們的好感。（註56）

這是要說，縱使專制魔王在位，他必須得到國內臣民，或一部份臣民的願意服從，然後足以發號施令。此為歷史所有彰明較著的事實。試徵引實例言之。譬如，歷代羅馬皇帝對於羅馬帝國的基本制度，本不能有所變更；但君士但丁（Constantine）所以舉行宗教革命而成功者，實因多數臣屬與此舉以同情。若在埃及，歷世蘇丹即不能變革國內回教。路易十四世（Louis XIV）在其盛時，能撤回有了百年歷史的南堤法令（解21）以壓抑新教。當是時，假使路易十四世竟不爲此事反欲將新教立爲國教，我們敢斷其不能成功。依同理，詹姆士第二（James II）雖嘗欲恢復舊教的地位於英國，然而以反抗輿情之故，卒不成功。綜括以觀，一國元首，無論如何暴戾，如何專橫，倘欲在國內有大改革，而能成功，民意必須顧忌。其實不但大改革爲然，即小變亦須是如此。譬如，一八七一年之法蘭西國民會議在當時實主治法國（解22）。大多數議員本屬王黨，故隨時準備着恢復布奔（Bourbons）朝代；然而他們卻不曾準備重掛布奔王室所用白旗。至於法國軍隊對復辟問題原無異議，惟據老於軍務者所預料，他們必不能容許向來反革命的白旗飛揚於帳上。是以國民會議主席兼總司令麥馬荒（McMahon）在當日曾宣言：假使白旗一豎，『來福鎗隊（les chassepots）就要不待軍令，開鎗射擊。』由此觀之，法律主權的運用正有制限。專制政體如是；憲法會議如是；巴力門的真正主權更要是如是。大眾反抗的可能性在在可以鈐制主權，使不能恣肆。是故巴力



門儘可建立聖公會於蘇格蘭，並定之爲國教；巴力門儘可課新稅於殖民地；巴力門又儘可改變王室的繼承順序，或竟廢棄君主政體，而不至惹起違法問題；然而人人皆知巴力門在現代世界所有政情之下，必不敢作如此舉動。是何以故？則以如此舉動足以激起公憤，必非現存巴力門的權力所能擔當故。還不止此，尙有許多政事，古代巴力門至優爲之，今代巴力門再不敢嘗試者。譬如巴力門在今日決不肯延長衆民院的任期。又譬如巴力門即欲削奪普通民衆已得到的選舉權，他必不能再三思慮而後舉行。在合一王國內，儘有少數熱心於宗教問題的人物，能盡情斥責『舊教徒解放法案』，指爲不合事理，又能太息痛恨『愛爾蘭國教的廢止法案』之成立，謂爲不合教規。然而這些人物決不能願望巴力門在今日尙敢撤回一八二九年法案或一八六九年法案；其實不但不能願望，即欲夢見亦不可得。誠以這種反動的立法必非現代巴力門所能實現。綜觀上文所列舉證例，足見巴力門主權，在理論上雖是無限，在實際上卻受約束於種種外部制限。

## 內部制限

主權的運用，不但受約束於外部制限而已，亦受約束於內部制限。內部制限起於主權權力的本質。故雖在獨裁制度之下，君主亦不能任意行事。他的行爲既須受裁成於本人所有品性，而個人的品性又受陶鎔於當時及當地所有道德感情。譬如蘇丹對於回教，不能變革，上文曾經提示。倘若更進一步，假設他能爲此事，他的心裏亦不願進行改教。何則？蘇丹不但是埃及國中之政治首長，同時亦是回教世界之教主，身爲教主而自倡改教，人情常以爲難。世人不察此旨，對於一切時事，遂不免枉存奢望。譬如問羅馬教皇何以不

提倡這一種改革？又何以不提倡那一種改革？其實，倘就素養觀察，羅馬教皇與革命黨人是截然兩種人物。要是有革命的意志，此人就不能變成教皇；要是處在教皇的地位，此人決不願再為革命黨徒。路易十四世（Louis XIV）在勢固不能建立新教為國教，上文亦經提示；但此事是何事？路易十四世安肯為之？在如此矛盾情狀之下，我們與其假想路易十四世願意推行新教於法國，毋寧假想他的生平氣概絕不有大君（Grand Monarque）的氣象。由此以觀，內部制限所以約束主權的運行者定與外部制限有同等功用。不但君主政治的主權要受鈐制，即巴力門政治的主權亦受鈐制。或者，在巴力門政治之下，主權所受內部制限恐是更大。試專就課稅於殖民地一事而論，巴力門在今日固不能冒昧從事，然而尤不願冒昧從事。是何以故？則以十八世紀的歷史所遺下教訓具在目前故（解23）。

主權所有外部及內部的制限果具何種效實，斯梯芬（Leslie Stephen）在所著『倫理的科學』書中，嘗討論法律與風習所有關係時，言之極精。斯梯芬曰：『法律學者，每逢論及這個立法部，輒視之儼同萬能。此語至易起誤會，不可不辨。倘若專就法律的事實着想，他可以隨所好而造法，而且法律一經他制定，即成國內人民所有行事的準規。誠如是，他自然是萬能。但試自科學觀察點立論，這個立法部的權力實被限制極嚴。制限有兩端：一自內來，一自外至。原來立法部只是社會的實際情狀下之產物，於是大凡所有造成現存社會以力量均足以驅使立法部，使供奔走。故有內部制限。至於制法者雖是立法部，守法者卻是人民。於是立法的權力大小不能不視守法程度高低為轉移。故有外部制限。假使一個立法部規定，凡有綠眼

睛的嬰孩應被殺盡，於是，就法律的事實言，此類嬰孩的保存自然是違法。然而立法者若非盡狂，此法必不能通過；守法者若非盡蠢，此法必不能生效。」（註7）

內部的及外部  
的制限  
不必盡相  
符合

目上文所論綜觀，主權所受制限既有內部，又有外部；但學者不能因此遂謂兩者所有外延常相符合。是何以故？則以外延的界限各不能確定故。譬如，一個主治者往往好爲在事勢上所不能爲之事，由此即可見內部制限未嘗有定。至於外部制限的邊際更爲渺茫，是以反抗的起點最難測定。譬如，一國臣民，雖則平日素稱服從；然而服從果到什麼程度爲止？過了什麼程度之後，便生反抗？如此複習問題自然不易解答；但答案的尋求，無論在任何方面觀察，均屬值得。試設例明之。假使帝國議會竟以法案廢置蘇格蘭舊有法院，復將蘇格蘭的法律盡量同化於英吉利法律，此類舉動自然是太過鹵莽，將不免惹起公衆憤怒；但蘇格蘭的人民果因此憤怒至什麼程度？倘若憤怒不已，他們或不能不反抗；但反抗又至什麼程度？無人能知之；亦無人能預言之。惟其如是，歷史上遂不免有內亂戰爭。試引事實證之。嘗讀合衆國歷史者，當知南北戰爭實因放奴而起。顧在南方脫離聯邦以前，合衆國的主權權力嘗屢次欲以法律解放黑奴，卒不能實行。結果止有出於一戰。但自北勝南敗而後，這個主權權力不但廢畜奴制度，而且授黑人以選舉權。在此際合衆國人民恬然視之，復不聞再有如何反抗。

能議政治  
能求取外

準此以談，主權的內部制限與外部制限所有外延，當兩者不能一致時，至足以發生政治的危險。將欲解免此類危險，代議政治遂負一重要使命，及佔居一奇特地位。試分析言之：原來這種政治的主旨及效實

即圖有以介紹兩種制限的外延，使互相符合，至少使不生極端差異。弗列特大帝（Frederick the Great）者，普魯士之英主也，素稱勵精圖治。所以當其生時，他儘有多次革新，適與他的臣民所有願望相反。當拿破崙第三主治法蘭西時，他厲行貿易自由政策，雖與代表民意的立法機關相齟齬，亦不顧忌。差幸在此兩例證中，無一元首在實際上逾越外部制限所有疆界，然而以雄才大略如兩人，萬一竟有越界行政之舉，亦不足異，由是，必不難各惹起普法人民的反抗。此即為外部制限與內部制限互相差異時所起之困難。就英吉利歷史觀之，這種差異的存在，實開始於詹姆士第一主治初年，而告終於一六八八年光明大革命。當是時，在一方面有代表神權以主治之君主；在他方面有代表民意以爭權之巴力門。前者代表內部制限；後者代表外部制限。兩者所有外延，不但互相符合，而且互相差異極大。革命而後，英國人民漸尋見一救濟方法，即是：取君主固有權力交與衆民院，使君主不能再有實權；同時又以內閣代居君主的統治地位，務使他們所有意志能與民意的代表機關（即衆民院）所有意志適相符合。換言之，自從代議政制成立，主治者的意志與國民的意志歷來所有差異概被消滅。故在今日，大凡巴力門不能代表人民則已，倘若果能代表，國內必無外部及內部制限的差異問題發生。縱使發生，他們不久即消沈不見。大概言之，巴力門中之衆民院所有願望，在長久時期間，必不立異於英國國民衆所有，至少總不反對選民所有。是何以故？則以能構成衆民院的大多數者，必能代表全國人民的大多數故。由此可見，誠可靠的代議政治有一效實，即制止主治者與被治者所有願望相軋轢是。至於制止後所得結果，究竟為善為惡，自然不能以一概論。聖君明主往往站

在時代前頭，以提倡違反公意的改革；古代歷史不乏實例。即以巴力門而論，巴力門有時亦能如聖君明主所有行事，以謀根本改造。雖則巴力門以服從多數爲主治原則，故此類舉動不能多見，然亦不能謂爲絕無僅有。<sup>(註68)</sup>果能爲此，內部及外部制限的差異之存在適足以造福生民，而泯滅差異適足以阻礙進步。但此旨不關本題，故可以不必深論。此時所應鄭重提示者只有一事，卽是：代議政治的主要活運動是要求取兩種加於主權的制限所有外延之相等。此旨用以解證英吉利衆民院的功能尤爲貼切。

是以布雅克 (Burke) (解24) 有言：「衆民院在最初創立時並不是常在機關。常有事時，代表羣集以宣達民隱；常無事時，會議解散，代表復歸民間。只就這種情景論，衆民院與中央政府所有關係無異於陪審委員會與地方政府所有關係。入官時期既少且暫，歸田時期轉多且長。衆民院議員，當議政時，自應常有國民的境遇存於心目中。國民的利害問題不但較君主固有威權爲重，而且更較衆民院暫有威權爲重。由是，國民的利益遂超出於一切政治計較之上。是故衆民院雖與貴族同構成全國立法機關，然前者終較後者爲接近民衆；因之，後者視人民所有利害遂不能如前者一樣關切。」

「倘若將來因時世遷移與境遇改易，在勢衆民院的內部或外形常不能無所變革。但無論如何變革，這個本質總應設法保存。將欲保存這個本質，衆民院，任在何時何地，必須背負替人民效命的徽章。假使衆民院因此遂沾染人民的發狂流行病，至於遇事風生，固是不幸。但如其不然，假使衆民院竟與民衆隔離，盡置院門以外之輿情公意於不理會，尤是不幸。前者雖失之太過，然而仍能表示衆民院與選民區域所有親

屬淵源。後者不但失之不及，而且足使衆民院自此以後徒負衆民院的名義而缺乏衆民院的實際」(註9)。

(註1) 比較黑萊克斯頓 (Blackstone) 『英法解詁』 (Commentaries) 第一冊第一五三頁。

(註2) 關於裁判官所進的法律，讀者可自下列兩書得到較詳明論。書名如下：

(1) Dickey: Law and Public Opinion in England p. 481

(2) Pollock: Essays in Jurisprudence and Ethics, p. 237

(註3) 見柯克，第四法經，三六頁。

(註4) 原文引自黑萊克斯頓，英法解詁，第一冊一六〇及一六一頁。關於巴力門主權說，參考一部較古書籍，"De Republica Anglorum" (英格蘭的平民政治)，第二卷第一章三四八頁。此書最初出版於一五八三年。著者是Thomas Smith，編校者是L. Aston。

(註5) 此節法案又見於安姆代檔案第六冊第四章第一節，此法案現尙施行有效。

(註6) 1 George I. st. 2. c. 38.

(註7) 哈廉，英國憲法史第三冊，二二六頁(一八七二年版)。

(註8) Lord Mahon，英格蘭的歷史，第二冊，三〇二頁。

(註9) Thorold Rogers，貴族院議員的抗議第一冊，二一八頁。

(註10) 載於威廉及美梨代檔案第六冊第六章。

(註11) 看柏梨斯梨政治論(一七七一年版)，二〇頁。

第一章 巴力門主權的性質

(註12) 哈廉，憲法史，第三冊，二二六頁註脚（二八七二年本。）

(註13) 柯克第四法經，(Fourth Institute) 三六頁。

(註14) 參看下文第五章。

(註15) *Statute*，憲法史，第一冊一二六至一二八頁；又第二冊，二四五至二四七頁。

(註16) *Duguit* 憲法史，第二冊，第二十五章。

(註17) 見亨利第八代檔案第三一冊，第八章。

(註18) 有人反對「拙劣的補偏救弊之方法」的批評，以為英國現行制度頗能盡善盡美，海外當不至於無實際用處若此。但自著者觀之，這種批評的成立蓋自有故。在英國制度之下，法案既力求詳盡，實施此案的規程自然儘可不用。若使有時被用，亦惟在法案中條文實不便再加累贅之處為然。在外國制度，尤其是在法國制度之下，立法者當起草時，常時記着任何法律別有行政法令補充，法案的內容自然可以不必細敘；因之，法案的程式大可以力求簡明。惟其如是，英國法律在體裁上必須舉綱張目，鉅細不遺。法國法律惟限於括舉原理，不涉及施行細則。

(註19) 看狄驥 (*Duguit*) 法蘭西公法通論——憲法之部，第一四〇及二四一節。

(註20) 看柯克的意見，載於法院判決報告第十二冊七四頁，又看賈地納 (*Gardner*) 英國歷史，第二冊一〇四及一〇五頁。

(註21) 古時，當英王的權力最盛之際，英王確是英格蘭的統治者，故常時能以特權立法。今代雖則君權日衰，然在稀罕事例中，固或尚有此項立法出現。譬如說，君主即當某地方收入英國後，可以布告或樞密院的命令建立法律，以治理新地。此說在今日尚能存在，而得到法院承認。（見 *Campbell v. Hall*, *Cowp.* 204）根據此說，英王曾一度以院令頒布法律於海峽羣島 (*Channel Islands*)，雖則此項立法的法律效力至今尚屬疑問。參考樞密院檔案第九冊第一八四及二六二節。並比較斯梯芬 (*St. Stephens*)，

phen) 憲法解話，第一冊一〇〇至一〇二頁。(第八版本。)

甄琴士曰：『海峽羣島誠然自命能征服英國，而不至被征服於英國。他們誠然是諾曼地公國 (The Dukedom of Normandy) 在古時所有疆土之一部，至今日尚依然直轄於英國君主。因是之故，惟有在這些羣島中，巴力門的法案所有普通統治權或至惹起懷疑。復依通常事例，每逢一法案要推行於這些羣島，該法案必然附入一節文字，授權於御前會議使發布命令以宣告此旨；同時並規定務先將此項命令在羣島政府中登記，以備稽考。』(見 Sir H. Jenkyns: *British Rule and Jurisdiction beyond the Seas*, p. 37)

然而從英憲的立足點觀察，無論在海峽羣島中惹起什麼懷疑，凡屬英國律師，均能明見英國法院在執法時所有傾向，即是凡遇巴力門通過法案，只須立意在該羣島中推行，此法案即可以推行有效；至於羣島政府曾與以登記，否則可置之不論。此外關於君主的權力在非自治殖民地中之運用，甄琴士別有詳論，看同上書九五頁。

(註22) *Stockdale v. Hansard*, 9 A. and E. 1

(註23) 除上列成案外，再看中寫羣刺史成案，載於 11, A. and E. 273。倘欲再求實例，學者當再讀下列兩案：

(1) *Burdett v. Abbot*, 14 East, 1, 111, 131

(2) *Bradlaugh v. Gossett*, 12 Q. B. D. 272

(註24) 此為斯梯芬的法律意見，引自 *Bradlaugh v. Gossett* 一案，載於后庭判決案第十二冊，特別注意二七一及二八五頁。

(註25) 此案載於 11 A. and E. 213 上文註第二十三已引及。

(註26) 比較 *Attorney-General v. Bradlaugh*, 14 Q. B. D. (C. A.) 667

(註27) 此段引用語係從亞奴勒特 (Arnould) 所撰『殿民辭主的日記 (Memoir of Lord Denman)』第二冊七〇頁錄出。



原來在巴力門的特權或慣例之下，兩院所有權利的外延極爲廣漠，因是極難確定。就中尤以衆民院所有更無限制；此類特權的運行幾乎超越尋常法律。雖然，下列數點似乎已有定論。

1. 兩院之一可以自行懲治冒犯本院的罪狀。法院對於此類處罰條件視同定讞，必不欲追問事實以審查某人被罰究竟合法理否。因此之故，任一院能以衛護本院的尊嚴之故，置犯者於獄中。

2. 貴族院有權置犯人於獄至於閉會以後；（見 *May* 所著巴力門的事例，九一及九二頁，第十一版本。）但衆民院不能爲此事。倘使犯人入獄，過於長久，此案大抵以原案暫時擱置而被開釋。加之，此人尙可向法院請求出庭狀，以圖出獄（見同上書第三章）。

3. 誹謗兩院之任一院，或議員（但以屬於公務性質爲限），通常被視作一種冒犯（見同上書）。

4. 兩院中之議員，在會場中應有發言的完全自由（見同上書）。

（註28） 見本章下文第三節論政治主權。

（註29） 見瑞士聯邦憲法，第一一八至一二一節。參考 *Adams* 所著瑞士聯邦論，第六章。

（註30） 見瑞士聯邦憲法，第八九節。

（註31） 『成案法律的科學』 (*The Science of Case Law*) 載於普洛克所著『法學及倫理學的論文集』，自爲一章。此外戴雪所著『英國中之法律及公意』三六一及四八三頁（第二版），亦可參考。

（註32） 見傑士丁『法學』第一冊，二七〇至二七四頁（第四版）；及荷蘭『法學』四七至五二頁；又三五九至三六三頁（第十版）。又主權的性質，雷士 (*Lewis*) 論之甚簡而明，見他的『政治術語的用處及濫用處』三七至五三頁。三家所論大抵從同；欲得異議可閱蒲傑士 (*Byrce*) 『歷史及法學的研究』第二冊，第九論文，論遵從，及第十論文，論主權的性質。

(註33) 三說之外還有一個制限，從前曾屢被陳議，且散見於柯克的法律意見，載『法院判決報告』第十二册七六頁，及軒恩教授(Professor Hearn)的政治意見，載於『英國政治』四八及四九頁(第二版)。此說謂歷來習俗相沿都以爲巴力門的法案不能跨越常法的原理。在最初時，此說頗有勢力(見梅因 Meine)所著『制度的初年歷史』，但始終未得到法院的贊同，故在今日已成廢話。參考殖民地法律效力法案(一八六五年)載於維多利亞代檔案第二八及二九册第六章。

(註34) 樸萊克斯頓，英法解詁，第一册四〇頁。參考享恩，英國政治，四八及四九頁(第二版)。

(註35) 此爲衡平法院裁判長葛頓(Cotton)的法律意見，對於訴訟人柏連(Blain)的單方請求而發。見 *Ex parte Blain*, 12 Ch. D. (C. A.) 522, 531

(註36) 見 *Colquhoun v. Brooks* 一案，載后庭判決案第十二册五二頁。學者可將愛余爵士(Lord Escher)在原案五七及八頁所發的語言，與裁判長弗來(Fry, L. J.)在原案六一及六二頁所宣佈判案相比對。

(註37) 見 Stubbs, 憲法歷史，第二册，二二九，四八六及五一三至五一五頁。

(註38) Gardiner, 歷史，第三册一至五頁。關於倍根對於特權的意見，Edwin A. Abbott 所著倍根傳可以參考。見該書一四〇，二六〇及二七九頁。

(註39) 但依巴力門的慣例，凡草案之涉及君主的特權或利益者，在未提出以前，須得君主同意。如此慣例可用之以與今代理師所持法理相比較。

(註40) 這個原則倍根在昔時已知其爲不合。倍根嘗謂：『這個主要法律具有奇特性質，不俱多直道而少法理，而且多豪氣而少小心。依此法，凡會執干戈以捍衛英王於患難中者以後皆得免彈劾。倘有法院欲以判決，或有巴力門欲以法案，判定他們有罪，這些定讞均作無效。……但以事實觀察，此類先事預防的舉動欲仗巴力門的前案以限制他的後身所有舉動皆成幻象。誠以一個

至尊權力不能畫地自限，而本來具有流動性質的事物復不能勉強確定。此正如生人在世，他不能在這囑中自行聲明以後不許自己廢棄此遺囑而再立新遺囑。在普亨利第八主治時，嘗恐一朝物故，而王爾尙幼，於是特立一法案聲明一事，即是凡法案在君主未成年時期通過者，若非至君主長成後親蓋御璽，不能有效。迨愛德華第六即位之始，第一法案的成立即以撤廢該法案爲事，當是時，愛德華第六仍未成年也。由此可見此類豫定法案之無用，而事物之不定實者反得以適應世變。見培根全集一五九及一六〇頁。

(註41) 與蘇格蘭合一法案通過於一七〇六年，載於安娜代檔案第六冊第一章。

(註42) 與愛爾蘭合一法案通過於一八〇〇年，載於佐治第三代檔案第三九及四〇冊第六七章。

(註43) 見安娜代檔案第六冊第一章第二五節。

(註44) 見維多利亞代檔案第一六及一七冊第八章第一款。

(註45) 比較 Innes 所著『蘇格蘭國中之教規』一一八至一二二頁。

(註46) 見佐治第三代檔案第一八冊第二章。

(註47) 見佐治第三代檔案第一八冊第二章第一款。

(註48) 見佐治第三代檔案第六冊第二章。

(註49) 見 Todd 所著『不列顛殖民地中之巴力門政治』一九二頁。學者於此或不免生怪，且要問何以巴力門雖嘗屢次試立百年不變之大法而卒無一項成功？如此怪異自是意中所有事，如此尋問亦未爲無益。

這個問題可分兩方面考察：其一是名理的；其二是歷史的。

第一，先由名理考察。一個主權者，當主權的性質尙能保存而未至消失時，決不能以特種立法自限固有權力。原來立法者既

巴力門自身撤回該法者雖係後任，或係現任，然仍屬巴力門自身。巴力門既能立一法於前，何以不能自毀該法於後？至於「限制的主權」(limited sovereignty)一語，若用以稱呼巴力門，在名詞上原屬一件矛盾事實，依名理實不能成立。徒以他的用法是十分方便，故屢次被徵引。其實他的指意，若就嚴格觀察，只是用以提示，一個君主在向時本曾做過一個真正的主權者，或獨裁元首，而在今日，雖在名義上仍然擁有此名，然在實際上乃變成某一個國家中之至尊權力的一部份。這是要說，「限制的主權」恰是今日立憲國家中之君主所有地位。

雖然，茲有一點務請讀者注意；此點是限制主權的不可能性並不在名理上包含禪讓主權的不可能性。這一點極值得仔細觀察，因為近來屢有一個篤死見解出現，他以爲主權者，例如巴力門，不能棄置主權於別項機關。這個見解殊不明白巴力門所有實在地位。世間無論那一個專制君主，譬如俄羅斯之薩，何嘗不禪位於人？薩猶如此，何況巴力門？倘以主權的不可限制爲根據，竟推斷主權不可禪讓，這是將兩個相異的意思混爲一談，不可不辨。按實言之，一個主權者儘能將所有權力禪讓，不過禪讓之法只能出於兩途而已：第一，他可以自行收束。即以巴力門而論，巴力門儘可以法律解散自身，但又不替後繼者的召集作法律的準備，於是前者既去，後者又無從產出。（此旨見蒲萊士所著『美國平民政治』第一冊（第三版本）二四二頁脚注一。）在歷史上英國有一件極類似的事實，當一六五三年，露骨巴力門（*The Barebones Parliament*）自行解散，並辭讓所有主治權力於克林威爾。第二，他可以移交統治威權於一人或一團體。例如在一五三九年，巴力門以法案規定，惟英君以詔語立法（譯者按，本章第二節第二目經引此事，以解證巴力門主權之無敵），此爲主權可以讓渡於一人之明證。至於以主權授於一團體的事例，歷史上亦有一成事，惟人多忽視之而已。當英格蘭與蘇格蘭聯合一時，兩國的巴力門各以所有主治權力移交於一新團體，即是大不列顛的巴力門。這一個巴力門，正是因爲他已經受取兩國的立法部所有威權，隨即變成大不列顛王國之主治權力。這個權力一經成立，又隨即有權可以變易或撤廢合一法案（*the Act of Union*），雖則此舉或大違雙方立約人物所有願望亦不能顧及。倘若不然，假使合一法案尙容

許英格蘭的及蘇格蘭的巴力門繼續存在，專留之以爲於必要時改易合一法案之用，同時復使合一法案又授權於大不列顛的巴力門，俾能任意立法，但以不侵犯合一法案爲限；由是，合一法案會要變成根本大法而不在大不列顛的巴力門變更；復由是，大不列顛的巴力門自然不是一個主權的立法機關，却是一個從屬的立法機關而已。至於樞的立法主機關乃有兩個：即是英格蘭及蘇格蘭的巴力門。兩國的政治家在當日誠能見及此旨，所以他們特建立這個新巴力門，用之以統治合一王國。在如此巴力門之下，他的主權是獨尊，其他一切制限之足以使巴力門由此遂不能成爲最高主權者皆不許存在。

第二，再由歷史考察。巴力門所以不能成功設立永遠不變的法律的緣由，（換言之，巴力門所以常時能保持至尊立法部的性質的緣由，）是純由英吉利憲法在歷史上之奇特發展所致。蓋自諾爾曼征服英國以來，英國即受治於一個絕對的立法者；這個立法者起初原是元首，而憲法在發展中所有奇特過程即爲元首的立法威權未嘗稍有減少，惟屢被禪讓。故最初元首獨裁，既而有御前會議，中間元首諮詢兩院，最後元首乃服從兩院。其結果，巴力門（依通行術語，應爲巴力門中之君主，）遂永遠成爲一個至尊立法部。

憲法在發展的進程中，學者應注意英國歷史所示一件異例，即是當英吉利政治改革人物推翻舊有秩序時，他們曾造一或文憲法，似乎在許多方面都是合衆國的憲法主義之先驅。是故在二六五三年之政府典章（the Instrument of Government）之下，克林威爾確定幾項根本法，務使巴力門不能過問。就中有一項至值得注意，即是一六五三年之憲法安置行政院於立法監督之外。依該憲法，民國的監護人（the Protector）所佔地位恰與美國總統及德國皇帝相等。參考 Harrison 著克林威爾傳，二九四至二〇三頁。

西威克教授（Professor Sidgwick）在他的『政治學綱要』中討論主權，與我的見解極不相同。但是書立論不但有根據，而且有興味。學者可參考原書第三章『主權及秩序』。

(註50) 看倭士丁所著法學第一冊(第四版本)二五一至二五五頁。關於合衆國憲法下之主權團體，倭士丁並有特殊見解，他的說話可資比較。(看倭士丁『法學』第一冊(第四版本)二六八頁。)

(註51) 比較倭士丁『法學』第一冊(第四版本)二六八頁。

(註52) 憲法的作用之利鈍可依政治主權的意志見於實行之遲速而定。讓我們試以此旨爲標準而比較英、美、瑞士三國憲法。在此三國中，國民(或較嚴格地說，選民)是政治主權者。但一至實行時候，合衆國人民，以修憲手續太過繁重之故，行動甚慢。故除南北戰爭所遭逢外，聯邦憲法自成立至今百數十年間絕少重大變革。瑞士的聯邦憲法所有條文關於修正憲法的規定較爲弛緩，因之自一八四八年以來，該憲已幾經變易。雖然，若自一方面觀察，現行憲法之修改於一八七四年者固可視同一嶄新憲法；但若自他方面觀察，此憲實未嘗在根本上差異於一八四八年憲法。至於英國，以現勢論，英吉利人民能迅速改變憲法中之任一部。在理論上言，任何法律俱不能限制巴力門的行動；復就實事推究，任何改革只要得衆民院允准，無不現實；萬一衆民院被解散，亦只要得新選舉後成立之衆民院允准，此項改革仍可實施。因此之故，世間所謂英國政治較美國政治或瑞士政治爲近於民治政體一語，雖屬不正確，然實含有幾分真理，即是以實行選民大多數的迫切願望論，在英國實見效過於在美國或瑞士國中之政治。

(註53) 倭士丁『法學』第一冊(第四版本)二五三頁。

(註54) 巴力門不是選民的委辦會一層，倭士丁亦承認。但此層一經承認，則巴力門不是主權者一語決難成立。參考倭士丁『法學』第一冊(第四版本)二五二及二五三頁。

(註55) 見上文所論實際制限的存在。

(註56) 休謨論文集，第一論文(一八七五年版)二〇九及二一〇頁。

(註57) Leslie Stephen, 『倫理科學』一四三頁。

(註58) 比較戴雪, 英國中之法律與公意, 四及五頁。

(註59) 布雅克全集, 第二冊(一八〇八年版)二八七及二八八頁。關於巴力門主權論旨, 讀者如欲得更詳盡的研究, 看本書附錄, 書後第三則, 巴力門制度下之行政院與非巴力門制度下之行政院的區別。

(解1) 巴力門一名, 原來自 parler la ment 數字, 漢譯『說出心事』, 在尋常會話中概指貴族院及眾民院。故云。

(解2) 按, 裁判官所造的法律構成英美法系的重要成分, 故戴雪有如此鄭重提示。徒以此旨非題義所包含, 著者遂不於此地詳論, 只得列舉兩書於註2, 以供讀者參考。惟該兩書俱係英文本, 譯者恐有不便之感, 請介紹下書:

榜恩著, 雷滯鴻譯, (以後引用或簡稱雷譯), 『法學肄言』, (商務印書館版) 七十至七十一頁, 及二頁。

(解3) 按, 撲萊克斯頓 (Sir William Blackstone) 生於一七二三年, 死於一七八〇年, 為英國有名法家。一七五三年撲萊克斯頓始在牛津大學講授英國法律, 極負時譽; 遂於一七六一年, 以王黨之推引, 入政府為王室諸議。在一七六五至一七六九年間, 他的演講稿被編印行世, 名為 "Commentaries on the Laws of England." (英法解詁) 此書傳誦至今日, 成為法學經典。

(解4) 按, 柯克生於一五五二年, 死於一六三四年, 為英吉利法律大師。少時入劍橋大學為學生, 壯時歷任公家律師, 眾民院議長, 公共控訴院裁判長, 王庭裁判長。柯克一生行事, 極尚氣節, 這是他的人格與倍根 (Francis Bacon) 相異處。自一千六百年起, 至死之日止, 柯克站在法律方面, 政治方面, 均以擁護人民的自由而抗拒君權與寺院權力為事。所著有四部法經 (Four Institutes), 後世奉為圭臬。參考雷譯『法學肄言』一百頁。

(解5) 按，孟德斯鳩 (Baron de Montesquieu) 生於一六八九年，死於一七五五年，爲法國政治哲學家。十八世紀中英國政治制度所以能著名於海內，大概是由於孟德斯鳩的抉擇及鑒別力。孟氏生於 Bordaun 左近之 Château La Brède 年長後任 Bordaun 法院裁判長。一七二七年後，孟氏棄法律事業，漫遊維也納，威尼思，羅馬，瑞士，荷蘭，及英國。凡在所至地方，孟氏均留心當地所有政治及社會制度，就中考究英國的自由制度最詳。一七四八年，他的偉著 "De L'Esprit des Lois" 出版，兩年之內翻印至二十二次。是書經嚴復先生譯漢書名『法意』，由商務印書館出版。

(解6) 按狄龍 (1740—1806) 生於瑞士之 Geneva，居於英國。狄龍嘗著書評論英憲，英國政治家 D. Israeli 因此稱他爲英國的孟德斯鳩。參考第二章解 1。

(解7) 按下文爲巴力門法案之一節條文，全節在原文中計有二百九十三字，並以一節爲一語句。就文法論，他是一句極冗長的複疊句。若用直譯法譯成漢語，這一條文的法理決不可通。因此之故，譯者特將原文分析，然後譯意，譯文務求詞意顯達，並不失法理的本義。

(解8) 按，此法案 (王位繼承法案) 的立法主旨有兩大綱：第一大綱是要拒絕現任女王安妮的父親詹姆士第二 (James II) 復位，及他的兒子自號爲詹姆士第三 (James III) 者繼位，即所以避免今後再有舊教教徒爲英王，同時要規定英國的嗣君限於梭菲亞公主 (Princesses Sophia) 的血統，而且限於新教教徒；第二大綱是要繼續歷次憲法的鬭爭，反覆申明及鄭重保障人民的自由及權利。此兩大綱領，若就尋常見解推究，區別極明；但若依英國歷史的背景觀察，兩相混合。惟其如是，法案中所規定四種煽惑罪狀遂將君位問題與民權問題併爲一談。惟其如是，該法案遂成爲英憲的重要成分。參考格林 (J. R. Green) 所著『英吉利人民歷史』第八卷第三章，司徒雅朝代的末運。

(解9) 按，第三項所列事實雖多，但文義仍屬一貫。故自『不遵歷次巴力門的法案所規定』云云以至『而且反教主張及斷定第一章 巴力門主權的性質』



他人或其他幾個人實應有權利以嗣續王位。」應一口氣讀下。譯文將各法案分段排列，實欲求眉目清醒，並無他意。

(解10) 按，本文所謂「屢次合一法案」可分爲兩大宗：第一大宗爲英格蘭及蘇格蘭合一法案，主要法案通過於一七〇六年，補充法案復有多次；第二大宗爲英格蘭與愛爾蘭合一法案，主要法案通過於一千八百零一年，補充法案亦有多次。樸萊克斯頓之言曰：「他（指巴力門）可以變革英格蘭王國與巴力門本身的構造。前者嘗見於合一法案，後者嘗見於所謂三年巴力門及七年巴力門法案。」（語見上文引證。）樸萊克斯頓在此處所提及之合一法案，係指第一宗法案而言。至於第二宗法案訂立之際，樸萊克斯頓已不及見。故戴雪有此語。

(解11) 按，七年巴力門法案的成立原因有兩端：其一防止雅各黨人恢復詹姆士第三的王位運動；其二繼續民黨（the Whigs）所持實施民權政策。參考格林所著『英國人民歷史』第八卷，第四章，漢奴弗王室。

(解12) 按，一六四一年的巴力門在歷史上通常被稱爲長期巴力門（Long Parliament）。當是時，巴力門方與司徒雅王室爭權，初時雙方互有勝負，後來巴力門大勝，王室大敗。巴力門（其實只是眾民院）於是以法案廢除君主的解散議會特權，並以法案規定巴力門至少每三年自行集會一次。參考格林所著『英國人民歷史』第七卷，第九章，內亂戰爭；第十章，軍隊與巴力門；第十一章，平民國家。

(解13) 按，華勒播勒名 Robert，爲英國極能幹的政黨領袖。自一七一五年起，至死之日一七四五年止，華氏領袖英國民黨（the Whigs）以確立英國的立憲政治，英國的內閣制度及政黨制度的成立，華氏貢獻最大。參考摩梨（John Morley）所著華勒播勒傳（一八八九年版）。

(解14) 按，出庭狀的原文是用拉丁語爲名，即是：habeas corpus，是一種命令狀，英國法院用之以救人出獄。凡人未經法院逮捕，或被拘留，英國法院均可出而干涉，其方法即爲將此狀送達拘留者，限定時期地點，令將被拘留的人的完全身體交出，並由法

庭依法訊辦。這項命令狀是英吉利法律中之最有用的制度；千百年來英國人民曾受非法逮捕者多賴之以恢復自由。因之，此狀遂得名『自由狀』(writ of liberty)。

(解15) 按，成案法的重要誠如著者所論；讀者如欲得中文書籍之論及此類法律者，可參考雷譯『法學肄言』第十一節第五目，論先例及成案法。

(解16) 按，自然法律在英語爲 Law of nature，來自拉丁語 jus naturale。素無一定界說。但依法家的普通解釋，他是一種規則，審判員自理性中抽繹得來；他有時可參合適用以判斷人的行爲究竟合法與否。參考雷譯『法學肄言』二十六頁。

(解17) 按，隨感一名，自拉丁語 *Opiter dictum* 譯出，爲法院在判案時所附帶發表的一種意見。滂恩 (Roscoe Pound) 曰：「判詞所言有間或出於偶然，實與本案無關係者謂之隨感。隨感不應見重，故不必遵用。」見雷譯『法學肄言』九十九頁。

(解18) 按，一六二二年，十一月十日，星期日早晨，英王詹姆士第一 (James I) 召集法院長官及總主教開會議於王宮。會中，總主教極力數陳君主所有特權的重要，而且君主又爲直道的源泉。至於法院審判員不過受君主委託而司理獄訟。萬一於必要時，聽訟一事英王可以躬親，初不必經過法官。總主教於是更引聖經的言語，以證明此類君主の特權實由神授。總主教言畢，柯克 (Coke) 代表法院全體同僚發言，謂依英格蘭的法律，所有訟案均應由法院依國法或國俗判決；君主本人不能單獨折獄。此說英王聞之，不以爲然。因曰：「我一向以爲法律是從理性得來。裁判官是人，我亦是人。裁判官有理性，我亦有理性。他們既能判案，我爲什麼不能判案？」柯克答辯，謂理性誠然是人人所有，但英王未必諳習英國的法律。而依頃間所言，折獄必須依國法及國俗。況且民間爭訟往往牽涉生命財產，關係重大，於是不學無術的人物決不能勝此重任。最後，柯克復引法學大師伯拉登 (Bacon) 所言，以聲明君主雖在國內爲至尊，然仍須受治於上帝及法律。詹姆士第一卒無以難，遂藉他故免柯克職。然此次免職並不足以塞柯克之口，而且此項爭端轉因柯克的免職而愈烈。於是英國歷史在十七世紀中途有大革命，復有查理十第一 (Charles I) 第一章 巴力門主權的性質

的殺身之禍。戴雪所論蓋指此節事實。

(解19) 按，在兩大宗合一法案中，英愛合一法案最不妥善，故在最近一百二十年間變易最大。一八六九年的愛爾蘭寺院法案不過是英國政治所有愛爾蘭問題 (Irish questions) 中之劈頭第一問題耳。先是，英格蘭與愛爾蘭素不和睦，前者以利誘，以力取，卒於一八〇七年成功建立合一王國。但兩國歷史不相同，種族不相同，宗教復不相同。合一法案均不顧及，強欲以英吉利民族的意志支配愛爾蘭民族的意志。故合一才及五十年而宗教問題即須改正。當是時英國政治家格蘭斯頓 (Gladstone) 主國政，發見此項困難最早，特於一八六九年建立此法案。該案以撤廢國教爲事，務使新教不能肆虐於愛爾蘭，而愛爾蘭人民得恢復信仰舊教的自由。

(解20) 按，一七七六年法案與一七七八年法案所以立異的緣故，純因歷史的背景不同所致。前項法案只以撤回印花稅法案 (the Stamp Act) 爲事，戴雪經已提示。但再進一步追溯往事，讀者自見印花稅法案所以通過，實由巴力門在當時所拘持政策使然。巴力門以連年因亞美利堅殖民地而用兵，以致國債增高，亟欲取償於該殖民地。故於一七六五年通過印花稅法案，以徵稅於十三殖民地。殖民地人民羣謀反抗，遂有印花稅大會，一面宣布自行徵稅的權利，一面抵制英國貨物。巴力門初時尙不爲之動，其後卒以衆怒難犯，遂於一七七六年以法案撤回印花稅法案。但巴力門當時尙未悔禍，故仍欲保持徵稅於殖民地的大權。此爲前項法案所有的歷史背景。

迨至印花稅雖已撤廢，然而尙不足以服殖民地內民心，十三殖民地人民卒以是年宣布獨立，公然背判母國。苦戰兩年，英國不獨不能壓服獨立義師，而且時遭戰敗。巴力門不得已，思有所以收回已去的人心，遂毅然自行放棄徵稅權。故有一七七八年法案。此又爲後項法案所有的歷史背景。

(解21) 按，南堤法令 (Bill de Noies) 爲法國君主亨利四世 (Henri IV) 所頒布，時在一五九八年。此法令的主旨是要

給與新教徒以信仰自由。迨至一六八五年路易十四世將該法令撤回。他的用意是要順從法國大多數人民（即舊教教徒）的宗教感情，而思有所以壓服佔國民少數的新教教徒。故戴雪有此等議論。

〔解22〕按，一八七一年國民會議成立於普法戰爭之後。當時普勝法敗，巴黎被圍，拿破崙第三被虜，國內無主，國民會議遂成爲法國主治者。自成立後，國民會議嘗批准弗蘭克福條約（Le Traité de Frankfurt），換更西耶總統（Le Président Thiers），而易以具有兵權又熱心於王黨的麥馬荒。一八七三年國民會議更欲直接地立尚波（Comte de Chambord）爲法蘭西皇帝，不幸失敗。於是一八七五年的民國憲法乃得通過，然該憲實僅以一票的多數而通過。故戴雪作如此察觀。

〔解23〕按，本文所謂「十八世紀歷史的所遺下教訓」即指一七七六年亞美利堅十三殖民地獨立事。詳見上文。

〔解24〕按，布雅克名 Edmund，生於一七二九年，死於一七九七年，爲英國有數的雄辯家及政治思想者。他的全集在政治著作中已成經典。參考摩梨（John Morley）所著布雅克傳。



## 第二章 巴力門與非主權的造法機關

### 第一節 章旨

在前章中我嘗縱論巴力門主權的性質；在本章內我更要用比較方法——即以非主權的造法機關所具特質反比主權巴力門所有特殊彩色，——以求解證而申明前論。

### 第二節 主權的巴力門所有特性

大不列顛的巴力門爲全國的法律主權所寄附，前章已經闡明。由是所謂巴力門主權的特性本可紬繹名詞而索得其意義。但此層工夫英國人最易漠視，因爲他們習用英憲既久，漫不加察，遂以爲大凡立法機關均具至尊性；而不知立法機關有至尊者，亦有尋常者，兩者不容相混。關於此旨外國學者的察觀實較英國人爲清晰。譬如狄龍 (Delolme)，格乃士 (Graist)，與篤奎爾 (Tocqueville) 諸人(解1)實能抽示議會的主權一事在英憲中之特殊地位，並能一見即認識其影響所及於一切制度者至大且遠。

篤奎爾曰：『英國巴力門有特權以變更憲法；因之，憲法時常改變，幾無實際的存在。於是巴力門遂成

制憲機關，同時亦為立法機關。」（註一）

此語所用名詞，若以名學相繩，有欠斟酌處；但所謂巴力門同一時可為制憲及立法機關，至能表示一原則，即是巴力門實能變更任何法律。既為立法（legislative）會議，他即能造通常法律；又為『制憲』（constituent）會議，他更能造法用以移動憲法的根基。由此陳義可得三種結果：

第一，在英國中，無一法不任受巴力門變革；換言之，基本法或憲法可被議會修改，一如通常法律，其組織與手續均同。

舉例為證：改良『衆民院』（the House of Commons）草案，廢除貴族院草案，建立倫敦市區草案，及設有人冒充牧師為人證婚，今以法律承認此項婚約有效的草案，凡此種種草案均可由議會提出，均可以同樣方法通過；通過後他們仍可一樣齊觀，毫無軒輊，因為此中無一不是巴力門的法案，可立可廢；但除巴力門外更無他項權力可廢除此項法案。

第二，在英國憲法下，不有憲法與尋常法的區別。因此之故，篤奎爾當評論巴力門時所用以提示英國造法機關的類別之術語，轉覺無謂。換言之，他所謂『立法』機關只可以造尋常法律；而他『制憲』機關不但可以造尋常法律，而且可以修改憲法。此兩個明白分別的功能及組織殊不適用於巴力門所佔地位。此類稱謂實從外國的政治用語假借得來。

此項區別的缺乏正與成文憲法的不存在於英國具有密切關係。篤奎爾對於此點，其所見與其他作

者相同，似乎均欲翹舉不成文的事實為英憲的主要成分；故曰：『英憲既無成文，變更自易；即有變更，誰能證實？』（註<sup>2</sup>）此項察觀不免有誤，而且實為法國學者的通病；惟以篤奎爾之精細亦不能免，至為可惜！他以為憲法的形式足以影響憲法的實質，故有此語，而不自知已犯倒果為因之病。實則與其謂憲法因不成文而易變，毋寧謂憲法因能隨時為巴力門所變更故無成文的必要，較為近理。大凡國家欲得一不可變的憲法，或極難變的憲法，其主要方法實為將此項永久性或超越性（*permanence or immutability*）的法律著為功令，並以其條文公布全國，咸使聞知。惟在一切法律齊觀之國，各種法律，無論大小，皆同一易變，或同一難變；憲法自然不有成文的需要，甚至在諸種法律之中尋出一類法律，而稱之為『憲法』亦可以不必。是以在英國法中憲法既無特殊稱謂，且不一一著成法令，而依法公布。此中蓋有一主要理由，即是：凡一法律，無論如何重要，儘可被修改，或被通過，其手續與一般尋常法律無異。但使人因此遂以為英國憲法不能以文字記載，又是不能被編成法典，此種推理仍為謬誤。試以比利時憲法為證：比國憲法實模倣英國憲法而製定，故與英國憲法最為相近。比憲既屬成文，依同理，英憲亦可由巴力門重加編纂，使成法典，而不至與原憲有絲毫差別。此時所需之條件只是：英國議會必須依舊有權——讀者注意，比國議會無此——以變更或撤消憲法的任何條文。

第三，在不列顛帝國內，除議會本身外，任何人，或任何團體，無論行政的，立法的，司法的，俱無權以宣告巴力門的法案為無效。法案既經巴力門議定，惟巴力門能撤消之；在未撤消以前，無人能指斥其為違憲，或



以他故，而將其廢止。

綜括說，巴力門主權共有三個特徵：第一，這個立法機關得隨意變易任何法律，基本法或尋常法俱依通常手續；第二，憲法與普通法無分別；第三，除巴力門本身外，國內無第二機關，司法或其他，能宣告其所定法案，謂為非憲或無效。

凡此三特徵皆足為吾友蒲徠士 (Byce) 所稱英國憲法的『軟性』 (Flexibility) 作佐證。憲法中任一部份可以擴大，可以縮小，可以修改，又可以廢除，毫無困難。此真為軟性憲法之最著者。如此憲法正與『硬』 (rigid) 憲法（仍用蒲徠士君所造術語）相反。（註 8）然則何謂硬憲法？硬憲法者，憲法的全部或一部非依立法程序的非常方法不能變更之謂也。

### 第二節 非主權造法機關之特性

主權巴力門的德性 (attributes) 既得，此時欲知無主權的造法機關之特性 (characteristics) 自屬不難。學者試就前者的反面推解，即可求得後者的標誌，亦可稱為立法的從屬機關之標誌。

準上文類推，非主權的造法機關亦具三種特性：第一，有支配此項機關的組織法存在。此法必須遵守，且不能自行變更。因之，第二，有根本大法與尋常法的區別。遂得，第三，有一人或一團體的存在，或為司法，或為其他；此人或此團體能判斷此類機關所立的條例是否合憲。

設有造法機關，無論何地，只使上項標誌能繼續存在，學者即可由此斷定其為非主權立法機關。

何謂「造法」機關 (law-making body)？此數字的用法必須審察。故就字面觀察，其詞為單數；然而就語意立論，其義實為一個彙名。如此彙名實被用以包舉兩目：(1) 市立各種機關，例如，鐵道公司，教育局，市議會之類；數者本具有限制的造法權，但通常無立法機關 (Legislatures) 之稱謂；(2) 國家或屬地的機關，例如，英國自治殖民地的議會，法國的或比國的議會之類，兩類機關通常被稱為立法機關，然而在實際上均不為主權所寄附。(註4)

至於作者所以用此一名詞以統舉如許複雜性質的造法機關，亦非無故。誠以有許多造法機關，若用外國語所有政治術語表示，實是『立法的』(legislative)，而非『制憲的』(constituent)。故以嚴格言之，是皆不配稱主權的立法機關 (sovereign legislature)。惟其如是，倘必欲就如許錯雜事實，得到極明顯的法律意思，其最善之方法莫如先將英國所有法團，如鐵道公司之類，(此類法團雖有立法權力，然而是不過受人所付託而立法，因之，當然要受上級立法機關的約束，)加以分析。事實的分析既盡，法律的意思自明。

誠如是，分析工夫至為必要。然而在未行此項分析之前，必須依名理將所欲論列的事實，分別歸類。庶幾法律思想可以不至淆亂。是以在下文中，一切從屬機關，如法團 (corporations)，如印度參議會 (the Council of India)，歸於一類；一切獨立國家的立法機關，因不有制憲特權，即成為非主權的巴力門，又

歸於一類。

此外尚有一種非主權的立法機關，存在於較複雜的政體（即聯邦政治）之下，不能在此地討論。故繼此當別設一章研究。

#### 第四節 從屬的造法機關

##### 第一目 法團 (Corporations)

在從屬的造法機關中，此時首欲討論者，是為法團；而在各法團中欲擇一代表者以資研究，莫如取英國的任一鐵道公司。此項團體，嚴格言之，實為一個造法之社團，因為在相當範圍內，他可以造出法律（稱為規則 by-laws）以約束行客。規則所在，犯者有罰，且得請求法院執行其罰則。故在英國內，任何行客，倘欲自牛津 (Oxford) 乘車至拔丁敦 (Paddington)，則必須遵守大西鐵道公司 (The Great Western Railway Company) 所訂定的規則，萬一故意違犯，必至自己受累。此則人人所知，無待贅說。由此可見鐵道公司實能在相當範圍內造法（註5）。

雖然，英國鐵道公司固然是一個造法機關，但只是一個非主權的造法機關，此亦不可不知。因之，其所有立法權力到處均帶有從屬的標誌。

第一，任何鐵道公司必須遵奉國家法律；就中對於巴力門所通過以設立本公司的法案，奉行尤謹，復

不能自行變更。此理至明，不須申論。

第二，就與鐵道公司有關的諸種法律考察，根本法與尋常法的區別甚著。故其中有根本法，譬如，創造鐵道公司的組織法，為巴力門的法案，公司對於此法，一字一行不能竄改；其中又有尋常法，專為公司根據法案自定，亦可為公司自行修正。此即為憲法與普通法相異的縮影。用憲法的術語表示，公司不是制憲會議，故不能自定憲法；公司在一定制限內卻是立法會議，故有權編訂普通法。而此類制限實為公司所受於巴力門的憲法所規定。

第三，法院對於公司的規則，不特有權利以宣布，且有義務以宣布其法律效力 (stipula)。法律效力或謂之憲德 (constitutionality)。(此用政治術語表示。) 惟有一層學者必須特別注意，即是：凡宣布無效 (to declare void) 或直接地廢去公司的規則，並不是法院的自動行為。法院的職務只是聽訟；必俟訟案發生，法院對於公司的規則乃有機緣問及。然一經問及，某一規則是否合法的問題遂起；而法官的判斷之結果即定實此一規則的運命。至於違法或合法的判決則以巴力門創造此公司時所通過的法案為根據。假使此規則超越法案所規定的範圍，即是違法；假使未嘗超越，即是合法。故判決雖是審判員的意見，然仍有客觀的標準在。學者於此應用心審察英國法吏在聽訟時所以得到一定判決之程式；此項審察工夫實為重要。良以苟能通達此點，學者即可由這一宗特殊例案的判決原則，而得到英國或美國法院決定非主權的造法機關所通過法律是否合憲的正確方法。

試引一實例爲證：倫敦及西北鐵道公司（The London and North-Western Railway Company）訂定行客乘車規則，內有一條明載：『如無本公司相當職員的允許，行客不能越級乘車。如有越級行爲，除犯者出於無心，並非有意行詐外，任何人均被科以四十先令以下之罰金，並責令補繳自第一站起計之越級車費。』有某甲者意圖取巧，本持有二等車票，而故意入坐頭等車。事被發覺，倫敦及西北鐵路公司按照規則處罰某甲十先令，並補收頭等車票之價值。某甲不服，特向法院起訴。法院判決此案，決定此條規則違背維多利亞朝代法案第八冊第二十章第百零二節所規定，又違背該公司組織法所許可條件，應作無效；因之，某甲不應受罰。

試再引一實例爲證：東南鐵路公司（South-Eastern Railway Company）在乘車規則內亦有一條，限乘客當被稽查時須將車票交驗。倘行客不買車票，或有票而不交出，應令補繳自第一車站至旅行終點之車費。某甲本無意行詐，徒以於轉車時不交車票使公司職員查驗之故，東南鐵路公司按照該公司自定規則，勒令某甲如數交費。案經王庭（Queen's Bench Division）提審，盡反所爲，謂其處罰爲謬誤。其理由仍根據巴力門所通過之組織該公司法案，按之條文，巴力門並不許其有此權，故作無效。（註⑥）

綜觀此項例證，及相類判案，在個中法院常對於從屬立法機關（即一鐵道公司或一教育局）所頒布的處罰規則，因判決訟事故，有時不得不議及他們的法律效力。誠如是，學者或且不免歸納法院的判決方法而得一結論，謂法院要宣布此類規則爲有效或無效。但其實不盡是如此。法吏所要決定的並不是某

條規則應作無效；因爲撤消或否認鐵道公司的規程不是法院的職務。不過在一訴訟程序中將欲發還某甲的罰款，法院自不能置此條規則於不問；因爲處罰某甲卽以之爲根據。然則問及他的決律效力，以至宣布無效，此類舉動均爲折獄而發也明甚。討論至此，學者將謂否決一條規則與根據某條規則的無效而決獄，似乎這種區別無多意義。其實不然。只就一件訟案着想，究竟某甲是否違法，因之應否受罰，上項區別必不可無，而且並非不關緊要。更就法律本身着想，法院有時尙須直接地考慮法律之憲德問題，例如樞密院（Privy Council）因處理自治殖民地法律爭端，在勢必須審問其立法是否合於英憲，此乃爲屢見不鮮之事實。於是在此際，上項區別尤爲特別重要。但此是後話，因爲如此區別的重大意義，將來依題目尋求，愈推愈廣，愈進愈深，必至豁然畢露。讀者在目前所需，只要將此項區別的性質認清，便足。是故當法院判決某一訟案時，有時須先從考究某條規則是否有效着手，此等行事與單純地可決或否決該規則大有差別。

### 第三目 印度參議會

印度參議會具有甚大立法權力，能爲總督立法以治印度。就名義論，參議會若用法律上術語表白，實爲『總督參加的參議會』（Governor General in Council），因之能通過極重要的法律，一如不列顛議會所通過之重要。然而此類威權並非自有，實來自帝國議會的法案。換言之，參議會實須附屬及依賴不列顛帝國議會以得到立法權，正與倫敦及西北鐵道公司相同。（註7）

故就實際論，總督及其參議會的立法權均自巴力門的議案得來。此類議案可以稱為印度的憲法。在此類議案之下，印度參議會得有所依據而活動；即此一事，已足證明其地位在法律上只是一個非主權的立法機關。此點最足注意。不寧惟是，印度參議會，或稱總督參加的參議會，所立之法律或規程隨時可由英王否決。但此項事實係獨立於前項事實之外，而不相連屬；然而學者亦不可不注意及之。茲為徵實起見，更將印度參議會在立法所處之從屬地位所有標誌逐一記出如下文。（註8）

第一，參議會被許多法令所束縛。此類法令印度立法機關不能變更；惟帝國議會（The Imperial Parliament）能有權修正。

第二，根據此類法令，參議會得到在印度立法的權威，因之他們對於印度立法機關實成為根本大法；而對於其他法律，遂居於優越地位。加以此類根本大法含有許多明白限制，使參議會知所避就。例如，總督參加的參議會不能造出損害巴力門的權威之法律；侵犯英國的成文或不成文之法律；傷殘英王在印度的主權之法律。（註9）

第三，在印度中之法院（或在不列顛帝國中任何部份）常有機緣時，可以裁判印度法律的憲德或效力。

法院當處置印度參議會所通過的法案時，其所持態度，正與王庭（King's Bench Division）所以處置鐵道公司的規程，同出一轍。申言之，法院對於此類法案，絕不自動地發表一公文加以否決或撤消，或

作爲無效。但當民刑訟案發生，任一方的權利或責任以受治於印度法律而被牽累，法院於是爲折疑決獄起見，遂不能不先審問與訟案有關的法案，究竟是否合法。如是行爲對於此一特殊法案所生之影響，蓋與法院直接地裁決該法案的效力，自然有同樣效果。試設某甲被人控告以破壞印度法律之罪，而破壞的事實又經確立，法院在此時惟有法律問題亟待解決。在如此訴訟程序中，印度法院爲據法折獄起見，尙須窮源溯流，先問此項法案的成立是否越權。倘使審問之後，法院覺得他並不越權（即依憲）於是，該法案必被維持，某甲必被依法處罰。此正與英國法院維持鐵道公司的規程之辦法無差別。倘使審問之後，法院覺得他是違法，於是，以該法案的違憲爲詞，某甲的權利必被擁護。此又與英國法院推翻鐵道公司的罰則之辦法將無同。試引實例爲證：在各例案中，皇后對布拉（*Queen v. Burah*）的一成案（註10）爲最有意味。此案的詳情不關輕重，無用贅述；但有極可注意者一事，必須提示：先是，印度高等法院對於參議會所通過一特殊議案，謂爲越權（即逾越帝國議會所賦與該會之權限），作爲無效。根據此項判斷，法院乃進一步而受理兩囚徒的控訴；如其不然，法院對於此項控訴即無權受理。卒之，此案相持不下，復上訴於樞密院（*Privy Council*）以取決。詎料樞密院的判決（註11）真出人意外：其一方面，該法案被維持，作爲有效，因爲參議會立此法時未嘗越權；其他方面，印度高等法院對於參議會的立法，動輒以憲法相繩，樞密院不加非議。由此以觀，印度法院對於參議會所立法律之關係，與英國法院對於帝國議會所立法律之關係，迥不相侔。一個印度法院可被請出而宣示其法律意見，謂總督的某條法令可以不必遵守，因爲該法令實不合



法，故作無效。若在英國的法院，審判員從來不批評，亦不能批評，巴力門的法案，謂爲非憲，而不爲之執行。簡言之，卽此一點，我們可得兩個立法權力的區別：其一是有主權的；其一是無主權的。（註12）

### 第三目 自治殖民地

在英吉利殖民地之中，有所謂自治殖民地者焉。個中不但有代議士以立法，而且有直接地對於該代議機關而負責任之政府。此類殖民地之最著莫如新西蘭屬邦。爲討論明白起見，本文所論大概卽限於新西蘭。

殖民地議會所運用的權力

新西蘭屬邦的巴力門，在其國中，運用普通主治的權力，在許多方面觀察，甚似母國議會。他能造法又能毀法；他能建立內閣又能罷免內閣；他能控制新西蘭政府的大政方針，又能在實際政治中行使本會意志，一如母國議會之所爲。倘使覘國者只就日常政務觀察，或且得一結論，以爲新西蘭議會在本有職權內具有極大勢力，似乎不下於英國議會。在兩相比較之下，當行使立法職權時，新西蘭議會自然不免多受限制，例如，法案成立須得總督的同意，甚而至於須得皇帝的明白或緘默許可。然而兩者所加限制幾乎不成問題，因爲在事實上此項同意及許可固時常得到。而且英王對於衆民院所通過的議案亦保有否決權力，然而此項權力被棄置不用久矣。是故同意權與否決權恰相類似，（自然，兩事相比並非絕對相等，）蓋有權而不用與無權等耳。（註13）

雖然，上方觀察只是皮相。倘加深究，學者自見兩個立法機關的權力並不相齊，而該屬邦議會（包括

其他殖民地立法部，究竟是一種非主權的立法機關，復帶有許多下級的立法機關之特殊標誌。試徵實言之：第一，屬邦議會的行動常被一種法律束縛，而這種法律不任該議會變更，只有帝國議會可以變更；第二，新西蘭法案雖可常得皇帝同意，然仍受該地法院或他處屬邦法院的拘束。申言之：法院可以該法案與帝國議會的法律相抵觸為詞，宣布該法案失效，於是新西蘭議會只得俯首無詞，因為帝國法律不是他能過問。（註14）

由此綜觀，殖民地議會當運用立法權時所處地位至易明白。學者只須能認識帝國法律與殖民地法律的正確關係，便不難索解。但為明白殖民地法律的權力有限起見，又為解明議會的主權無限起見，此旨尚須深究。

關於保障殖民地立法的獨立之憲章是為殖民地法律效力法案，該案在一八六五年通過。（Colonial Validity Act, 1865）（註15）自從此法案通過以後，殖民地的立法部之權限不但得以永遠確定，而且得以擴充。法案全文，以限於篇幅之故不能盡錄。然而其主要條文實含有重大意義，是不可以不徵引。試觀下文：

『第二節，任一殖民地法律，如有在任何方面，相與巴力門賦權於殖民地的法案相抵觸，或相與由此類法案而產生的命令、條例相抵觸，或相與由此類法案而得到效力的命令、條例相抵觸，不但須服從該法案，命令、或條例的意旨，而且須就相抵觸的程度所及，視為絕對無效（absolutely void）或不行（inoperative）。』

perative)』

『第三節，除非實與巴力門所有法案，命令，規程的條文相抵觸，一如上文所述，所有殖民地法律，不能徒以抵觸英國法律為理由，被視為無效或不行。』

『第四節，凡殖民地法律曾經總督同意或合作而通過者，或在通過之後仍取得他的同意或合作以得成立者，非至殖民地部長 (Colonial Secretary) 以正式公文指明該項法律，直接地訓令取消，不能視為無效及不行。倘有唯一理由只根據英皇后或她的代表者，曾以訓令與該總督論及該項法律，但該項訓令並不是刻板文書的公文，或又不是令行該總督使合作通過或同意於保持殖民地的和平秩序，及好政府諸如此類之法律的公文，如是，該項法律常然繼續有效。萬一縱有刻板文書的公文或上文所稱令行該總督的特種公文送達殖民地，然而在此兩類公文中，英國政府的訓令，對於該項法律，不過偶然論及，即亦不足為憑。』

『第五節，每一殖民地立法部可有，或應視為常時可有，充分權力，於自己的管轄權限內，設立法庭，以至改造或廢除法庭，及制作律例以供司法之用。又每一代議的立法部，於自己的管轄權限內，得有，或應視為常時得有，充分權力以規定該立法部的本身組織，功能，與立法程序。但所有立法部，常從事於造法時，必須遵照帝國議會的法案，英國政府的訓示，命令，以至現行殖民律所規定之立法的方法及程式，然後此項殖民地法律方能發生效力。』(解2)

殖民地法律效力法案，在英國殖民法律中，甚為重要，固不待言。唯以論者的觀察點不同，於是或視之太重，或又視之太輕。太過重視之處何在？在於視之為創舉。其實遠在一八六五年前，即在該法案未成立以前，法案內之原理有多少部份早被承認，而被用以保證殖民地法律的效力。不過此類原理在一八六五年前，雖已存在，然而主持殖民事務者尚可以熟視無覩，而作為若有若無。如此便是輕視之處所在。但自有該法案，不獨所有從前未經確詰之原理，今日均被收羅整理，復著之成令典。就中有許多受人懷疑部份，亦成定案。（註16）均有立法的威權。無論如何，殖民地立法權限依此法案可以確定。

是以殖民地立法，自此之後，但求取得需要的同意，縱使明明與英國常法（解3）衝突，亦生效力。

設有一宗新西蘭法案將以變更常法固有的財產傳授規則，將以付與總督以權威使得禁止集會，或又將以廢除陪審制度。此項立法不特是無益，且為不直。在勢似不能存在。然而以法理論，此法究為有效的法律，而且在不列顛帝國中無一法院敢不承認其施行效力。（註17）

更就其他一方面觀察，屬邦議會不能造出任何法律，以與帝國議會專為新西蘭而立的任一法案相抵觸，或與此類法案的任一部份相抵觸；有一於此，此法當然無效。

試設假例：假如帝國議會通過一法案，規定某項罪犯，當以一種特殊方式裁判。誠如是，無論若何屬邦法律不能再與之相違背。倘使殖民地議會另定不相同的審判方法，此類法律不能作為有效。依同理假設新西蘭以法案許可奴婢買賣，必然無效，因為此法與一八二八年之禁止屬地奴婢買賣法案相違反。又依

同理，假設屬邦議會以法案撤回一八九四年之商船業法案中關於殖民地所應遵守的條文，其結果只是無效。最後更依同理，可推知帝國議會昔嘗通過英國破產法（English Bankruptcy Act）規定在不列顛帝國中清還債務的辦法，所有殖民地亦應一律遵守。假使新西蘭議會以法案變更其條文從而剝奪債務人減免債務權利，此類法案不能通行。簡約說，所有帝國法律，如為應用於殖民地而設立，不能任殖民地法律蹂躪。至於此類法律的用意，或由明文宣示，或由文義解釋得來，卻是不關輕重。由此可得一結論：凡帝國法律一經確定其用意所在係為殖民地而設，隨而任何殖民地的議案不能與此項法律相衝突，倘有衝突，此議案便是無效與違憲。（註18）

是故新西蘭法院，以至在帝國中其他殖民地之法院，隨時可被請求出而決斷新西蘭法律之效力及憲德。倘使該法果然與帝國法律之應用於新西蘭者相矛盾，通帝國中無一法院能准於施行。此為帝國會議運用立法主權之自然結果。故在上方假設諸例中，讀者自見屬邦議會命令其地法吏作一種行為，帝國議會又命令他們作反對舉動。以兩個命令相比較，法院只得遵從後者而違背前者。如此作用實為巴力門主權的真諦。是故每逢殖民地立法有抵觸帝國議會所通過法案的條文之嫌疑，法院在遲早間，必因受理訟案，須將該項立法審問而決定其所有憲德與法律效力。（註19）

在一八五二年帝國議會始製定新西蘭憲法法案（New Zealand Constitution Act, 1852）載於維多利亞代檔案十五及十六冊第七十二章，以後尚有幾次修正案。綜合原案及修正案是為新西蘭憲

殖民地  
法院之  
立法  
案可被  
宣告無  
效

殖民地  
議會之  
制  
憲機關  
又

法的淵源。驟觀之餘，學者或且因此連帶想及新西蘭議會的地位，以爲該議會必然具有屬下的標誌。屬下的標誌何解？此義含有立法機關對於變易根本大法之無能力，或（其實只是一樣事）又含有尋常法與根本法的區別，前者可變而後者不可。然而細加審察，學者自知此項聯想之謬誤。試觀殖民地法律效力法案第五節，（上文已徵引）又觀新西蘭憲法法案及其修正案，在兩相比較之餘，學者自見新西蘭議會實有權以修改該憲法所有條文；此項修改憲法的權力，因爲受之自帝國法律，自然不至與帝國議會的立法主權相衝突。（註20）然則由此類事實觀察，新西蘭議會與其他殖民地立法院，以地位論固是一種從屬機關。但以權能論，他們不但是立法會議，而且是制憲會議。何以稱爲從屬機關？（註21）因爲帝國議會的立法足以約束其權力。又何以稱爲制憲會議？因爲新西蘭的憲法條文可任其修改。關於後者共有幾個觀察點值得注意：

第一點，我們於此得一確證，即是介於憲法的成文性與憲法的不可變更性（*immutability*）之間不必有連帶關係。例如，新西蘭憲法是以書面記載的今文；又是一件帝國議會的議決案。然而該憲法所有條文不獨可被產生他的巴力門隨時更易，而且所有更易只依尋常立法手續進行。此兩種事實似是十分明瞭，但著名作家尙不免有混爲一體的傾向。換言之，這班作家所有議論似欲暗示一論點，即是法律一經成文，其所有性質隨之固定；由是他們還要引人注意於法律的成文性與他的不可變易性之息息相關。第二點之觀察則爲帝國議會以制憲權授與殖民地議會，如此容易，足見根本法與非根本法的區別在英人

的心目中不是十分重要。然而此項區別，除英憲外，不獨表現於歐洲大陸的憲法，而且概見於美洲各國的憲法。個中奧妙若必欲加以解釋，學者必須先明白英國人的習慣，即是：英人久已受治於主權的巴力門之下，習見憲法的更易，一如其他法律的更易。兩者進行均取同樣手續毫無差別。故當英國政治家授代議政治的制度於殖民地時，他們就自然而然地授該殖民地立法部以一切立法大權，無論憲法的或非憲法的事同一律。不過在法意中必含有一條件，即是：凡殖民地不能濫用此權以損害帝國議會的至尊性。是以在法律許可的範圍內他們是主權的機關；惟對於帝國議會，他們所有行爲自由，因處於從屬地位之故，至爲有限。

由此遂惹起一問題，即是：如此多量的自由既經讓與殖民地，如新西蘭等；究竟此項殖民地所得自由如何在法律上與帝國主權相調解？

此項質問雖略出本題範圍之外，然未嘗毫不相涉，所以值得答覆。而且他的答案並不難得到，倘使我們常時記取問題的真正困難所在。

問題的困難所在，並不是用何方法帝國政府可以常時屈服此類殖民地；或用何方法帝國政府可以常時保持英國統治權。此爲政治問題，非本書所欲研究。

換言之，本題的困難所在，純屬於律法性質。即是：設使法律應厲行於不列顛帝國全境，殖民地立法的自由如何可與巴力門的立法主權並行不悖？兩個立法權力如何能制止互相蠶食？

解免衝突  
的方法  
(1)英國  
巴力門的  
至尊性

(2)否決  
權

誰亦不能謂這種考問可以不須有。倘使他時常記着，在聯邦政治如美國或加拿大屬邦中，法院常忙於測定兩個立法權力的界線，其一屬於中央，其他屬於各邦。

更有一語聲明雖則似屬無謂，然而實具有真理，就是：這個公認的巴力門的至尊性實為授與殖民地立法部以極大立法權力的一個源泉。

殖民地憲法直接地或間接地依賴帝國法案而得到權力。故就法律上觀察，巴力門能廢除任一殖民地現行憲法，又能隨時代所有殖民地立法；因之，可隨時撤回或駕越任何殖民地固有法律使成無效。此類法律的行為，任何律師亦不能提出法律問題相詰難。更就事實上觀察，巴力門實屢次設立關於治理殖民地之普通法律；從而一般法院早有一致主張，即是，凡帝國法律要應用於任何地方，即可約束該地。英國法院如是，殖民地法院亦莫不如是。後者並不存地方成見而稍遜於前者。(註2)此一原理既得普遍承認，自不用確定或制限殖民地立法的範圍。倘使新西蘭議會有一宗法案觸犯帝國法律，其結果只是無效；倘使新西蘭議會的一宗法案，雖則不至與現行帝國法律衝突，但不免有害於帝國的利益而不應通過，帝國議會在此時儘可另立一案，使該案歸於無效。

雖然，此法甚少用及。因為巴力門，如欲統馭殖民地立法，尚有一較簡便之方法可用，即是，關於殖民地法案，元首的『否決權』(the Crown's veto) 尚在此權亟須解釋。

從來英國議會的法案，英王一向保有拒絕同意之權；徒以不用已久，此權幾成廢物。(註3)惟對於殖



民地議會所通過之法案，皇帝尙隨時否決。於是，在實際上，雖則不是名義上，帝國議會實有權以干涉殖民地的立法上之獨立，而此權復屢次不一見用。

否決權如何運用

此權的運用可有兩個方式：第一，某殖民地的總督（譬如即用新西蘭爲例）可以當一法案通過於殖民地議會後，拒絕同意。在如此情形下，該法案即歸無用，其結果與殖民地參議會不通過一議案相同，或與英國議會的法案竟遭英王運用久廢不用的特權以否決該案相同。萬一總督不願即時運用否決權，他尙可以將此法案保留，俟英王自行裁決。於是，該法案非至得到皇帝的同意後，不能施行。在此際，皇帝的同意只是內閣的同意，而所謂內閣不過是巴力門的委員會，故最後的同意仍屬於帝國議會。（註24）

第二，皇帝直接行使此權。常議案通過於殖民地議會後，總督以代表皇帝資格特與同意。於是此議案遂得施行於新西蘭。但在一定時期內，皇帝尙可運用其所有特權以撤消該議案。多特（Toot）有言：

「雖則總督代表英皇，可有權與所有議案以同意，但此案並不因此遂得最後決定，因爲皇帝自身尙可與以第二次否決。本來一切議案，經總督同意後，即成法律；除非條文中附有保留條文而留待英皇的批准，方有例外。但無論如何總督必須照例送呈議案一份於殖民部大臣，而在通過後兩年之中皇帝尙可不許該案通行。」（註25）

由此觀之，每一殖民地立法均受帝國政府的支配；因之，無一議案，倘經英國內閣認爲與帝國利益衝突，可以推行無礙。在實際上常有多次議案，或因文字，或因法意，曾與帝國法律相抵觸，卒被否決。試列舉數

例作證：昔在一八六八年，加拿大有減少總督年俸之舉，不得英王批准（註26）。在一八七二年，加拿大板權法案，因案中有一部份與帝國法律衝突，亦不得英王批准。次年復爲一宗法案，以違反不列顛的北亞美利加法案之故，遂被駁回。其後五年，又有商船法案（註27），亦以同理被否決。不列顛的北亞美利加法案者，帝國議會所議定之加拿大憲法也。今竟有殖民地法案與之相反，其爲無效宜矣。然此不特加拿大爲然也；澳大利亞、西印度與新西蘭等地亦屢受同樣待遇。其在澳洲，則有屢次限制中國移民法案（註28），其在各殖民地之立法會，則有允許妻子因丈夫犯姦而離婚法案；又有承認丈夫與亡妻的姊妹結婚或妻子與亡夫的兄弟結婚法案。（此指帝國議會未通過亡妻的姊妹聯婚法案以前之情形而言。該案在一九〇七年通過，載於愛德華第七代檔案第七冊第七章。）此類法案，不拘大小輕重，在前後數年間，英皇一一與以否決。雖則此項否決不盡與殖民地所爲意志相合，亦所不顧。

綜觀上文所論，可得答案，即是巴力門至尊性之完全承認可省去殖民地立法權的限制手續；同時，母國政府事實上代表巴力門，具有否決權的權力，用之可以防止殖民地法律與帝國法律的衝突。除此之外，須再加一事，即是帝國締約，在法律上可以約束殖民地；至於『締約權』（*treaty-making power*）（此係用美國憲法的術語）本屬於英國君主，因之，母國政府得用之以實現巴力門的意思（較嚴謹地說，應是衆民院的意思）；而除帝國議會以法案特許外，無一殖民地能有權以與外國訂立條約。（註29）

但有兩點，必須注意：其一，自治殖民地的立法部，對於帝國所締條約，可以自由決定殖民地應否再以

法律維持該條約使之施行有效；其二，在實行之際，有時不免發生困難以執行條約的一定條件於殖民地，例如，引渡刑事犯一節，有時或為殖民地所不願。雖然，此係小節，無關宏旨，而對於上述法律的兩原理（即殖民地須受約束於帝國條約及除特許外，殖民地不能與外國訂約）不能有所牽動。

將欲對於英國控制殖民地立法的性質及程度有所領會，我們必須緊記着兩點：第一，在政策上言，帝國政府對於殖民地內部行動立法的（註30）或其他（註31）有不欲多所干涉的傾向；第二，殖民地法律，如上文所述，縱使英皇已與同意，但仍不能隨意抵觸應用於該殖民地的帝國法案；如有抵觸，仍屬無效。將第一點與第二點相結合，其結果足使帝國議會對於殖民地立法的侵蝕，殖民地議會對於帝國立法的冒犯，甚少遭逢。（註32）

#### 第四目 外國非主權的立法部 (Foreign Non-sovereign Legislature)

根據上節所論，加以類推，我們自容易明白，殖民地中即如加拿大屬邦、澳洲民國 (Australian Commonwealth)，雖則與獨立國家無異，然而各地所有議會依然不是主權的立法部。此理不難索解，因為英國的主權巴力門實立法以治不列顛帝國，復常時隱立於背後；又因為這些殖民地，無論政治或法律行動在實際上所得自由如何大，對外不能發生條約的關係，於是一個屬國的議會當然不能自成為主權的機關。至於一個獨立國家的立法機關，亦屬於無主權者，則為英國人所較難了解。因為以政治習慣言，英國政治思想久已建築於巴力門的萬能 (Parliamentary omnipotence) 之上。由此類推，則所謂代表獨

立國家的議會應為主權的立法機關，方為合理。而今不然，如許情況在英國人觀之，只能作為例外，或以為異物。但就事實立論，無論何人，試一考察各國憲法，自見許多議會實不是制憲機關。將欲測定一個外國立法部的真正地位，我們必須審察該國的憲法，又須決定他是否附帶各項從屬的標誌。如此考究得來的結果所宣示實足令人驚異：因為在許多例證中，或在大多數例證中，所有外國立法部就表面觀察，似是主權的議會；而就內容觀察，實是非主權的立法機關。

試觀法國，在過去一百三十年中，法國嘗試過十二個憲法。（註38）在十二個憲法之下，政體屢更。然而他們於殊異政象中常保持同一共相。他們大概以承認一個主要的區別為基礎，即憲法或「根本」（fundamental）法與「尋常」（ordinary）法的區別：前者不能變更，即有變更亦必甚難；後者不特可以變更，且可以尋常立法手續而變更。因此之故，法國所有議會，依他的歷次憲法所規定，不能成為主權的立法機關。

腓立的立憲君主政治，至少在表面觀察，是以英國的制度為模型。在一八三〇年的憲法中，無隻字限制君主及兩院的立法權力；於是，就英人的經驗所及，自然可以得一結論，謂在倭理安朝代（the Orleans dynasty）中，議會實得有主權。但此項見解不能為法國的公法學者所接納。篤奎爾（Tocqueville）有言：「這個憲法的不可變更性是法國的法律之必然結果……因為上議院，下議院及君主均從憲法得來威權，而集合三方面權力尚不能變易此法的一條文。他們既賴法律賦與權力而統治，出於法律範圍外他

們即無所有。誠如是，他們將何所憑依以變易憲法的條文？故箇中取捨自易分曉。若非憲法可以獨立地存在，使他們可以仗法律威權而主治；則是他們卒能將憲法變更，使之不能存在，以至兩敗俱傷，同歸於盡。是以摧滅憲法，即無異自行摧滅。此項歸宿爲一八三〇年憲法推行所必至，較之一八一四年憲法殆有過之無不及。是故依前者，君主特權超於憲法之上；然而依後者，君主特權爲憲法所產出，因之必賴憲法以存在。於是憲法有一部份即與君主一家同命運。甚而至於憲法的全部亦取得不變性，因爲憲法中無修改的便利。但如此論斷用之英憲即不可通。因該既憲法不成文，誰能判定其何時變易？（註34）

篤奎爾的理解（註35）或不足以折服英人，但他的弱點正是我們所有論題的一個堅強證據，即是巴力門主權不是法國憲法的固有部份。因之，英人所朝夕飲聞的巴力門主權一事正與外國政治家立法家所堅持的憲法及普通法的區別一事相反對。

一八四八的民國即明白地承認此項區別；他的憲法，以一八四八年十一月四日公佈，無一條文可用尋常立法手續修改。每一立法會議得開會三年。惟至最後一年，議會得以四分之三的多數（惟不得再少過四分之三）通過，而成功組織制憲會議，然後可以修改憲法。這個制憲及主權會議與尋常非主權的立法部，在人數上與其他方面均有差別。

法蘭西民國的國民會議（National Assembly）所有威權與英國巴力門相等。至於法國的衆議院與英國的衆民院相較，關於閣部的任命，政府的控制，兩者不相上下，而且法國總統，甚至理論的否決

權，亦不能有。然而法國議會並不因享有此項優越權利而成爲主權的立法機關，卻依然爲憲法的條文所束縛。英國巴力門決非如此。換言之，法國憲法或『根本法』的條文與普通法律處於不同地位。依憲法第八條所載，所有憲法各條文如有變更，必須遵照下列條件：

「8. 凡參議院與衆議院，在分別會議中，各得大多數同意之決議，兩院即有權咨請總統，或自動的，宣布修改憲法。自是之後，議會當根據此項決議，相與集合，組織國民會議，以從事於修改。——修改憲法，無論全部或一部份，當決議時須以組成國民會議全體議員之大多數，方得通過。」（註36）

此由觀之，民國的最高立法權不是寄託於平時的兩院，惟寄託於『國民會議』(National Assembly)。國民會議以衆議院參議院合組成之。

簡言之，法國歷次憲法，在此一節係大陸政治的代表者，（註37）實顯示憲法中之一特性，是名『硬性』(rigidity)。較之英國憲具有伸張性 (expansiveness) 或軟性 (flexibility) 者大不相同。（註38）

將欲爲了解英國憲法起見，學者不可不先將『軟性』及『硬性』的區別仔細研究。

一部軟性的憲法是在如此界說之下，所有法律可以依法變更，並不甚難，以云變更法律的機關，固屬同一；以云立法手續亦無差別。徵諸我國所有憲法，他的軟性包舉二事：其一，君主與兩院有權以改變或廢除任何法律；其二，他們可變更極重大的法律（譬如，改易王位繼承法案，撤消英格蘭與蘇格蘭，或英格蘭與愛爾蘭合一法案。）恰同變更輕小的法律（譬如，通過一法案使某公司有自牛津至倫敦的鐵道敷設

權，均依同一程式，並無繁簡之別。但有一部份法律所以被稱『憲法』者，並非因為該法較為神祕，或較難更改，只是因其所有法律問題牽涉國家的根本制度而已。在英國實際政治上，『憲』字的意義至屬籠統，因之『一部憲法或法案』（a constitutional law or enactment）的名詞，應用在英國議案中，甚少謹嚴解釋。

一部硬性的憲法是在如此界說之下，某部份法律之被稱憲法或根本法者不能與普通法律以同一手續變更。徵諸法國或比國的憲法，他的硬性概舉一事，即是比國或法國的議會，當平常行使立法職權時，無權以議及憲法。在硬性的憲法之下，『憲』（constitutional）字當應用於法律時實具有一定意義。他用以解釋二部特殊的法律，具列條文：該法律一經編訂公布之後，不能如尋常法律易於修改，復不能以普通立法手續進行改訂。此類條文，依通例，雖則非定例，大概包括國家的根本大法。然而學者必不可因此遂謂凡具列於憲法中者均屬重要。例如，法國議會須在凡爾賽（Versailles）開會一節嘗具載於法蘭西民國憲法。如此事實，無論作如何解釋，決不為國本所關；讀者至易曉此理。然而議會每年開會地點所以卒成爲憲法問題者，只因憲法有條文明載之故。（註39）

英吉利憲法的軟性與外國憲法的硬性，一經反比，可以引起兩個極有興味的疑問。茲當分段提示之如下：

第一，憲法的硬性能連帶取得憲法的永久性否？因之，能給與國家的根本制度以不變性否？將欲答此

疑問，歷史上所有經驗不足以供給肯定或否定的確鑿例證。世間各國固有將某種法律或根本制度特別加以規定，使超越政治爭論的範圍以外者；如此行爲足以遏止革新的過程——如英人所經歷。故在一方面，英國在六十年間（解4）漸次改變固有政體；而在他方面，比國憲法在半世紀中屹立不變，至少在形式上無極大變更。又美國憲法在一百餘年中並無何種劇變，可比英憲自佐治第三（George the Third）死後所遭逢。（註40）雖然，憲法的硬性，由其他例證所示，可以促成革命。試觀法國。他的十二次憲法均屬硬性，而一次憲法主治不過十年；且每次改革大抵經過暴動。譬如，腓立的君主立憲政治即不免暴露此一弱點。試按篤奎爾所提示，國內實無一權力的存在，可以修改憲法；卒之，施行七年，該憲法淪亡。更有一顯著的例證——其實同樣例證尚多，可自法國革命史尋出——憲法的不變性足以成爲政變的原因或口實。試觀一八五一年之政變（解5）事實上固是拿破崙第三成功重握政權；名義上卻是當法國人民欲重選原任總統之際，憲法中梗以致民意無從實現。故欲得總統重選，必須修改憲法；而欲得憲法修正，依憲法條文須有兩院議員四分之三的多數決議。不幸實際上法律不能解決，只得訴諸武力。於是有十二月二日之役。倘使當日民國議會（Republican Assembly）是主權的議會，憲法自易於修改，拿破崙第三或將無從藉口。及今觀之，拿破崙爲此固別有用心，然其措詞不可謂非正大。

憲法的不變性包藏危險，即就法國一八四八年的憲法觀察，已可概見。讀者慎勿視之爲偶然事實，須知此類危險實起於硬性憲法所固有的缺點。大凡有一種努力，使法律造成不變性，即無異於有一種嘗試



以從事於阻撓主權的力量使不能自由運用。最後結果足使法律的文字與國家內最高權的意志相衝突。試就上例觀察，法國選民的大多數，依憲法言，實是法國的主權者，徒以條文所規定，至使大多數選民所欲選之人不能合法被再選。於是此條規則推行所至，足使國法與選民的意見相反，而得到法律的文字反對主權者意志之結果。此實爲一般硬性憲法所必有之傾向。至於軟性憲法則可免此病。倘若學者既知法國憲法的硬性嘗惹起革命，當知英國憲法的軟性亦嘗至少一次拯救英國制度於淪亡。當一八三二年英國人民極少運動改造巴力門之際，若非巴力門自身能運用最高主權的力量，實行政治革命於法律改良之中，全國人民必訴諸武力以求解決。今日景過情遷，學者當不爲成見所蔽，必能默誦歷史而瞭然於此事之因果。（解。）

簡言之，憲法的硬性傾向於防阻漸次更新，正因其遏止變易。故在不順適的情勢之下，足以促成革命。第二，在硬性憲法之下，用何方法以對付違憲的立法？

答覆此問題有一普通答案，（讀者注意，若就受治於主權的巴力門之英國而論，此答案不能適用，）卽是有兩種方法各嘗被制憲者採用，均能救濟違憲的立法，使成不可能，或成不行。

其一方法，倚重政治或道德以收實效。故在道德方面，制憲人物可利用人民所有公意的力量以控制立法部。又在政治方面，他們復可造出政治的均衡力量以防閑違憲的法律。諸如此類之方法均可稱爲道德的責效，而歸宿於公衆情感。

其二方法，授威權於一人或一團體，（以法院為較善，）使有權裁判議會的法案；倘若該法案抵觸憲法的文字或精神，竟可作為無效。此法不以預先制止不合法的立法為事，惟在法律既成之後，圖謀救濟，使不至於為害。此權的運用以法院為中樞，而寄附於法官詮釋功能之上。

上文所述兩法為各國憲法家所用以防閑違憲的立法，蓋所以保持憲法的硬性。顧兩法在實施時至為繁賾，不易明白，尙有待於解證。解證之法莫善於比較歷來各國憲法學者對於立法部所抱持之政策。

法國的制憲者及其大陸從者常時側重於根本法與尋常法之區別，一如前文所述。由此區別大陸憲法家更組織及建立一個立法會議，使之只具有立法權而無制憲權。而法國政治家為此之故更造出各類方法，以軌範尋常立法機關，務使不能踰越。其進行方式前後頗呈一致之象。譬如：立法院的權力之限制憲法則一一載明；表示立法的途轍之各種法則，憲法亦逐條具列。至於憲法的修正則超出尋常立法的職務範圍之外，非立法會議所能勝任。只有『制憲會議』可有權以修改憲法。惟其如是，制憲會議須以特別方法組織，復須在特別條件之下產生。法蘭西政治家已及早準備此項會議的創造法律毫不罣漏。約言之，凡所以約束立法機關使不能侵犯憲法者應有盡有。然而約束之力量只賴有公意（註41）或政治判斷，務使議會知所避就。此外未嘗設有何種機關以撤回違憲的法案，或宣告此項法案無效。

此類法蘭西立憲主義的特性在最初三次憲法中十分顯著。是故一七九一的君主憲法，一七九三的民主憲法，一七九五的主政憲法，在異象紛呈之下，顯露兩個共相：（註42）第一，立法院權力嚴受限制。譬如，

在主政時代，主政憲法有三百七十七條；無一條可任立法院變易。但制憲會議的組織條文又甚為嚴密；若欲依法召集，非有九年的光陰不能辦。（註43）第二，違憲的法律不設有善後辦法。此項缺乏大概由於制憲者不能察及一事；即是，議會立法雖未必然公與憲法抵觸，但不免或有違憲的嫌疑；因之，解釋嫌疑，須有公斷機關。

時至今日，革命時期各次憲法的特性依舊流傳。故在現代法蘭西民國中，尚有若干種法律（雖則為數無多），為議會所不能更改。最重要者則有所謂『國會』（Congress）（註44），於集會時能有權以增加根本法的數目；是，議會權力自然須受減削。至於裁判法案的效力機關仍然缺乏如故。復就實際經驗觀察，任何人，苟能注意及於法國司法界的傳統思想與法人對於事實政府的立法之重視，必能相信，凡法案被議會通過，受總統公布，又經法律公報刊登，法院決不敢非議疑難，只有尊之為有效而已。

於是一怪異結果遂得發生。質直言之，所有在法蘭西憲法內限制議會的立法權力之條文皆不足視為法律。是何以故？因為在最後一着，此類限制如受違犯，法院只袖手旁觀故。由是嚴格地觀察，此項條文只具有政治道德的性質，而不多大責效力。如曰有之，則不過因憲法具載之與公意扶助之而已。此固為法國憲法的真相，亦為大陸各國憲法的真相。例如，比利時憲法所以限制議會的立法權實不亞於法國。但對於違憲的法律之處置一層究竟比國憲法家會否有所準備，使侵害權利（例如言論自由的權利）之法律不能運行，尚屬疑問。比國法家在理論上固嘗主張，凡違反憲法條文的法案應受法院宣布無效。但就歷

現行民國  
憲法

憲法的條  
文是「法  
律」否

史觀察，自獨立以後，比國法院未嘗有此類舉動。或者於此儘可代為解釋，因謂此事由於比利時議會實能尊重憲法的條文所致，而同時又由於人權的正式宣示足以發生特殊效力所致。或人所言究竟符合於事理否，此時可以不必深究。但即此一節事實已足使人明白比國憲法所加於議會的限制之真相，即是此類限制，在比憲中一如在法憲中，同以道德的或政治的公意維持；因之，他們只可被視為憲典，而不可被視為憲法。

綜觀上文，所有大陸政治家對於議會的態度似難索解。他們既深懼議會的威權無限制，又不願設法以制止議會的越權。此種矛盾的解釋只能在大革命時代所有政治心理中尋求。法國制憲人物當是時大抵受時代影響而發生雙重感念：其一，過信人權宣言以為其力足以控制議會；其二，妒忌法官不願其干涉政治。（註45）在下文中我們將見，即在今代，法國的公法依然帶有第一項信念的彩色；同時法國人民依然受第二項妒念的影響而不願令法院侵入政治範圍。（註46）

合衆國憲法的起草人，與並世而生的法國政治家，同抱有限制立法權力的願望；不過前者所有恐懼心比後者所有尤為急切。（理由詳見下章）同時美國政治家，一如法國政治家，深信人權宣言的發布具有特殊勢力。然而前者用力所在較之後者用力所在，不同方向。後者極力注意於防閑立法院之將來越權；前者卻極力注意於越權立法後的救濟。其結果，美國制憲人物發明一新工具以中止違憲的立法之流弊。此一新工具實為法院。在此項新工具運用之下，凡遇議決的法案侵犯合衆國憲法，逐一審判員均有審訊

該法案的法律效力之義務。倘使違憲有據，此項立法即歸無效。由是，所有限制議會越權立法的憲法條文均取得法律的德性，而成爲純正法律。因爲有院以立於憲法之背後，如有違犯必受干涉。然則憲法之監護人實爲法院。如此政制，用以防閑違憲的立法至有效力，在法律史中實爲一大發明。

(註1) 篤奎爾全集 (Œuvres Complètes) 一六六及一六七頁。

(註2) 篤奎爾全集三一—二頁。

(註3) 參看蒲傑士『歷史與法學之研究』(Studies in History and Jurisprudence) 第三論文，論軟憲法及硬憲法。

(註4) 著者以造法機關一名統舉兩類立法團體，人多反對。

持反對論者所根據理由有三，茲列舉而答辨之如下：

第一，或謂如此統舉爲擬於不倫；其意蓋指文中不應將重要的又高貴的比利時議會與一所英國教育局並舉。持此論者是由於誤解題旨。兩個團體，有大小尊卑之差，誰人不知？倘若知之而猶不察，此舉誠可非議。但兩個團體究有共相；任何人亦不能否認。倘若將此類共相提示，使學者注意及之；如此作爲，我誠不自知其有可以非議者在。若必欲非議，則尋出文中所翹舉的共相究竟是否實在與否，是爲論者所有事。試問論者能提示其不實在否？人固與鼠異，然而一味執持他們所有異點決不能否認他們所有一共相即是，人與鼠同是脊椎動物。

第二，或申明英國法團雖有權力，然只能小心運用。萬一用之不合於理，其行爲決難有效。若在英國自治殖民地，其議會所立之法則有極大效力，而且大於法團的規條所有者遠甚。

如此持論實無異於承認共相的存在，所有立異者不過是程度之差。本來法國所立之法未必盡合於理，縱有一條規則不合於理，這一規則未必即是無效。但此時姑讓一步說，且承認凡屬法國的規條均有如此限制。但如此讓步，並不因此波及於規條的效果。規條依然具有法律的性質如故。倘將反對理論推究，其所得結論只是：非主權的立法機關之權力可以被約束於有差等的限制。如此結論，無人能爭辨，著者亦不須爭辨。

第三，或又申明法國的規條並不是法律，因為此類規條只能適用於某種人物，譬如鐵道公司的規條僅能使乘客尊視是矣。至於殖民地立法部所立法律則能使一般人物之在其治下者同受限制。換言之，除當地法律足以必須常時遵守外，一個人惟當使用鐵道時乃受治於此鐵道公司所立規則，不若新西蘭議會所立普通法律構成殖民地內之普通法律。

此一反對論似乎持之有理，但並不能顯出中文所謂兩者在地位上所有相似點之不是實在。以兩者的地位論，所立法律同適用於有限的某一類人物，而且均可被高級立法機關的法律壓倒。即以新西蘭為證：新西蘭雖為英國殖民地，然而與完全獨立國幾乎無異。但其地居民仍首先受治於帝國法律，其次乃受治於殖民地法律。倘使法國的規條為巴力門所親製，此類規條誰亦不能否認其為法律。今則此類規條雖為法國所自製，然如此立法權實已先受之於巴力門，故製法機關雖變，條文的性質未變。誠如是，論者烏能謂此條文為非法律耶？更換一例，試以一郡議會代用一鐵道公司，我的論旨愈見明瞭。假設郡議會，依巴力門所賦與權力，立一新法，以禁止居民在星期日間用音樂列隊巡行，所有居民必須遵守。萬一仍有人敢議其非法律者，則請再加以考察。譬如，此規條為巴力門所親製，其為法律可不待辨。然使巴力門不親製此法，而令郡議會代為之，此類規條所以不能被視為法律者安在？敢問！

(註5) 細看公司條例彙合法案。該法案在一八四八年通過，載於維多利亞朝代檔案第八第九冊，第二十章，一〇三節，又自一〇八至一一一節。此法案常為設立某一公司的特別法案所根據，故其條文實構成鐵道公司的組織法之一部。

(註6) 此兩例案分閱下文所示。

## 第二章 巴力門與非主權的造法機關

- (1) 戴生 (Dyson) 對倫敦及西北鐵道公司，見王庭判決案第七卷三二頁；
- (2) 孫麥士 (Saunders) 對東南鐵道公司，載王庭判決案第五卷四五六頁。
- (註7) 看依勒比 (Ilbert) 印度政治一九九至二一六頁。又看議會法案通考 (Digest of Statutory Enactment) 第六〇至六九節。
- (註8) 看一八八三年印度政治法案，載於威廉第四代檔案第三第四冊，第八十五章第四五至四八節，又第五一節，又第五二節。再看一八六二年，印度參議會法案，載於維多利亞代檔案，第二八至二九冊第一章。
- 印度參議會又受權於巴力門各種法案：(1) 維多利亞代檔案第二四及二五冊第六七章；(2) 同代第二八及二九冊第十七章；(3) 同代第三二及三三卷第九八章；得立法以治理居住於印度以外之人物。
- (註9) 看維多利亞代檔案第二四及二五冊，第六七章第二二節。
- (註10) 看印度法律通志第三冊 (卡爾古塔叢刊 Calcutta Series) 六三頁。
- (註11) Reg. v. Burah, 3 App. Cas. 889
- (註12) Empress v. Burah and Book Singh. 細看印度法律通志第三冊六三頁及八六至八九頁。
- (註13) 殖民地立法部通常不有威權以越境立法，因之成爲一種天然限制。於是帝國立法之適用於殖民地者遂應需要而發生。但在許多成例中，帝國法案許可殖民地議會以擴充的立法權；有時復使其造出境土以外之法以處理特種事件，(例如一八九四年商船法案第四七八節，七三五節及七三六節) 有時復規定殖民地議會所立一宗法案可以施行於不列顛帝國。(比較 Jonkyns: British Rule and Jurisdiction beyond the Seas, p. 70)
- (註14) 除此之外，復須注意論越屬邦立法部所得的權限一節。許多殖民地法案之欲應用於領土以外者大抵被判無效。Jen-

Kyngs 曰：「在一八七九年新西蘭大理院判決當地所有外國刑事犯逮捕法案爲越權。先是一八六三年間新西蘭議會通過法案命令將所有在其他殖民地之曾犯刑事案件者驅逐出境。將欲履行此法令，在公海上拘留犯人之事遂不可免。大理院因之遂判此法案爲越權，實坐該議會只有權在領土內立法以維持和平秩序及好政治之故。」見同上書七〇頁。

(註15) 載於維多利亞代檔案第二八及二九冊第六章。] en Kyngs 對於此事曾加討論，看同上書七一及七二頁。

(註16) 在一八六五年以前，英國中之公意似以爲凡法律之與英國法律的原理相違者皆是違法。於是，殖民地法律時時被作無效，皆以是理爲原則。

(註17) 但有一前提在，即是這種法案是不與帝國法案之應用於該殖民地者相抵觸。(比較 Robinson v. Reynolds, Macassey's N. Z. Rep. p. 562)

(註18) 在太等 (Tarring) 所著統治殖民地之法律一書，由二二二至二四七頁中，帝國法律之爲一般殖民地而設者均被列出。除得帝國議會以特別法案准許外，殖民地立法再不能與之相抵觸。

(註19) 參看下列判決案：

(1) Powell v. Apollo Candle Co., 10 App. Cas. 282

(2) Hodge v. The Queen, 9 App. Cas. 117

(註20) 有些自治殖民地，例如維多利亞 (Victoria) 的憲法特別規定，凡法案之用以變更憲法條文者，其進行政序，須與尋常法律所有者相異。如此規定是區別根本法於其他法律以外的表示。比較維多利亞代檔案第一八及一九冊第五章第六〇節，但在事實觀察，此條憲法並不見嚴謹地履行。看 Jones 維多利亞的政治，二四七至二四九頁。

(註21) 凡一自治殖民地，例如新西蘭，依通例言，大抵有權以更改當地憲法。但此項權力的範圍與其運用的方式隨憲法而變異。

第二章 巴力門與非主權的造法機關



譬如新西蘭議會幾乎可以盡數變更新西蘭憲法；而且變更之法，一依尋常立法程序。譬如加拿大議會適與之相反，即不能改變任何憲法條文。至於澳大利亞議會處於一奇異的地位。他可以依憲法所規定，用尋常立法程序而變易該憲法之第六五及六七節；但他不能用同樣程序而變易該憲法中之他項條文。倘使兩院協定，或使人民票決，其進行一如憲法第一二八節所規定，憲法中除第六五及六七兩節以外之條文俱可受廢棄或修改。在此際有一要點必須記取，即是帝國議會常設法使殖民地能如願以償。是故即就加拿大所有情形而論，所謂加拿大議會不能修改其憲法，只是外貌如此，並不是實在。倘使加拿大人民果欲得一憲法的修正案，帝國議會必有所以慰他們的願望。

(註22) 參看多特 (Ford) 巴力門的政治，一六八至一九二頁。

(註23) 謂否決權為變成廢物 (practically obsolete) 一語，常被詬難。(看 Hearn 所著書，「英國政治」第二板本，六三頁；) 但著者敢信其用法為正確。自漢奴費王室 (House of Hanover) 登極以來，歷代英王對於公家議案未嘗有一次否決。當福克士 (Fox) 提出印度議案於眾民院復得通過後，佐治第三本欲制止此議案的實施，但仍不願使用否決權以廢除之。於是佐治第三特使貴族院不將此案通過。此即為否決權在百年前已被棄置之鐵證。但謂之為變成廢物並非謂其絕對地不能再用。關於否決權一題目，與所有各種涵義，讀者應仔細玩味倭列梨教授 (Prof. Orelli of Zurich) 的論文。(載於英國百科全書第九板本第十四卷，二〇八頁；此文即以「否決」為題。

御用否決權的歷史可解證一事，即是御用特權，雖是幾成廢物，然倘能與以保存，則大有用處。譬如否決權本身雖久已不見用於英國本國，但一轉變間，此項權力大可以調節母國與殖民地所有關係。倘使當時竟以法案將其廢除，則今日自治殖民地，如新西蘭者之議會的立法必難於處置。換言之，倘於廢除之後，又欲再造一巴力門的否決權以對付殖民地立法，事必成爲至難。惟因尚有這一種否決權存在，不列顛帝國的聯邦政治乃成。

(註21) 凡否決的權力，當運用時常有一定方式。殖民部爲此曾制定及頒行「規則與約章」以資遵守。茲節錄之，如下文——  
規則與約章

### 第三章

#### 第一節 立法院及議會

50 在每一殖民地中，總督有權以給與或不給與同意於當地立法機關之法律。非俟此項同意得到，該法律不能發生效力。

56 法律有時於通過之頃，加入懸書；在此際，該法縱得到總督的同意亦不能有效。該法的效力當發生於受皇帝裁可以後。但在別一時，帝國議會特命總督對於某項法律不可表示意見，惟留之以待皇帝裁可。

58 每一法律在已得總督的同意之後（有懸書者除外）即發生效力，或在該法自定有效時間一到，即可發生效力。但皇帝仍保有不許該法實施之權；倘一經皇帝運用此權……該法自此項公文印行於殖民地之日起即被停止有效。

51 在設有代表議會之殖民地，皇帝對於任何法律的否決，或對於被保留的法律的可決，均以立法院的命令發布。至於有懸書的法案，非由懸書明白規定，或由殖民憲法明白設置，可以不用此項命令發布可決或否決。

52 在直轄殖民地 (crown colonies) 中，當地法律的可決或否決均以電報發布而不以院的命令發布。

53 法律有時被規定時效的限制，於是在規定的時間已過之後，非得皇帝特許，該法律不能繼續有效。但此舉是變例。

54 在設有代表議會之殖民地，法律之以皇帝的意旨而製定者，或由總督代表御旨而製定者，或由總督自行製定而無保留條件，惟已得立法院及立法會議的贊同者，均成爲法案。在不設有代表議會之殖民地，法律之以總督的意旨而製定，又得立法院（在不列顛基亞那 *Guiana*，此院爲資政院）的贊同者，均成爲法令。

由上文考察，可見否決權可以兩種方法運用：第一，總督不與某法以同意；第二，雖在總督與同意以後，皇帝不許可該法實施。如

## 第二章 巴力門與非主權的造法機關

之，在法律通過以後，總督可保留此法以待皇帝考慮，或當法律通過之頃，法案本身設有懸書，將該法暫時擱起，以俟皇帝批准。於是綜括上文，否決權的運用共有四個程式，如下——

(1) 總督拒絕同意。

(2) 草案被保留以待皇帝考慮，其結果分兩種：(1) 以受皇帝否決而作廢；(2) 無論可決否決亦以命令不能依期在規定時間內送到而作罷。

(3) 草案自身設有懸書以阻止其在通過後之實行，而隨後又不能得皇帝的可決。

(4) 在法案通過於議會與取得總督同意以後，皇帝批駁此法案。

讀者於此，應審察前三事與最後一事之異點。前三事足以使一宗被通過後的法案始終不能運行於殖民地。最後一事足以使一宗正在運行於殖民地之法案，自批駁公布之日起，即失效力。此項批駁，如果要適用於多過一所以之殖民地，必須在兩年以內用憲法法案，或刻板公文正式發表。看一八六七年，不列顛北亞美利加法案第五六節。比較一八四二年澳大利亞憲法，（見維多利亞代檔案第五第六冊第七章）第三二及三三節；一八五〇年澳大利亞憲法，見維多利亞代檔案第一三及一四冊第九章；及一八五五年，維多利亞憲法（見維多利亞代檔案第一八及一九冊第五章）第三節。

根據澳洲民國憲法所規定，英王對於一宗法案之得到總督的同意後，一年以內者尙可加以批駁使之無效。（見澳大利亞的民國憲法法案第五九節。）

〔註25〕 多特，不列顛殖民地中之議會政治，一三七頁。

〔註26〕 同上書，一四四頁。

〔註27〕 同上書，一四七及一五〇頁。

(註28) 提及澳洲禁止華人移殖一事，有人告我以如此法案屢被否決之經過。依帝國法律，凡屬移民議案須留與皇帝考慮；但關於此案，皇帝的可決始終不見發生，遂致不能實施。

(註29) 多特，不列顛殖民地中之議會政治，一九二至二一八頁。

(註30) 例如，新西蘭在一九〇〇年通過一法案，承認婦人與亡夫的兄弟結婚為合法；又在一九〇一年通過一法案，限制移民入境，均被允許。南非洲脫蘭斯哇立法院於一九〇七年，亦通過限制移民法案，仍然獲准。由最後二例，可見母國政府對於殖民地立法權地不限制嚴謹。當時管理印度事務部長摩利 (Morley) 即「表示私人不謙之責，謂此法案的內容實不能與其他自治殖民地所有同類之案齊視……脫蘭斯哇所立之法案第二節第四款插入一條法理為向來限制移民法案所未有。誠以此款：將來必至拒絕許多不列顛臣民入境，且有更甚於其他殖民地。依他處所有法案，凡屬英國屬地人民，倘有相當教育資格，即可入境；但依此案，凡屬英國屬地人民，即有相當教育資格，尚不免為種族之見所限。譬如，亞細亞洲中之英國臣屬，縱使已在歐洲任一大學畢業，亦不能依法入居脫蘭斯哇境內。寧非一大恨事！」看巴力門議事錄，第三八八七冊，關於限制亞細亞人民移殖之商榷，五二及五三頁。比較原書三一及三二頁。參考本書導言關於巴力門的主權論之收場語。

(註31) 除政治條約如海牙公約之外，帝國議會近今已不欲以通常條約的條文限制殖民地。於是，每逢締結新約中常插入一款，聲明殖民地，如屬自願，可受該條約的束縛。

(註32) 凡殖民地政府對於殖民地法院的判決若不謂然時，可以請求樞密院再判。此為繫屬殖民地於母國之又一關鍵。但在最近期間，又有帝國議會所立法案與殖民地所立者因商船事而時有抵觸。

(註33) Demombynes 所著，歐羅巴各國憲法第二冊（第二板一至五頁。參考附錄，書後第一則，法國憲法的硬性。）

(註34) A. de Tocqueville, 美國平民政治，第二冊（英譯本）附錄三二二及三二三頁。全集第一冊三一一頁。）

(註35) 萬奎爾的意見未免太過執滯。試讀杜歸 (Duguit) 法國憲法通論，第二十四節二〇九〇頁便明。其實當時所有憲法第二三條，本來用以規定貴族院議員的委任，嗣後卒被以尋常立法程序修改。看一八三一年十二月二十九日法律，見 *Revue de Droit*。法國憲法，一〇〇六頁。

(註36) 參考 Duguit et Monnier 大革命後之法國憲法，三二條及三二二頁。英吉利憲法主義與法國西憲法主義之區別，因兩國憲法大師對於法國兩院當聯合會時，是否有權修改法國憲法一問題，抱持別異見解，遂得到一個極顯著的例證。故自英國學者觀之，該憲第八條既已明載，即凡當兩院聯合開會以構成國民會議，他們總應有權依條文所規定以實行修憲。誠如是，此舉之合法當無待深論。於是在法國學者中，因根據本條所規定，附和此議者固不乏人。（參考 Duguit 法國憲法通論，第一五一節；Morcau 憲法本義，巴黎，一八九二年板本）一四九頁；但多數著名法家卻批評這一見解是錯誤。他們以為憲法雖有第八條所規定，但憲法的最後修正權仍屬於法國國民全體。因此之故，任一憲法條文的修正案，若不得到選民總投票的判決，終不免缺乏道德效力。學者如欲明白兩方所有論據，可閱下列諸書。譬如 Duguit 憲法通論，第一五一節；Bardet et Robiquet 一八七五年之法國憲法（第二板）三七四至三九〇頁；又如 Esmein 憲法學（第四板）九〇七頁；Bogeaud 立憲與修憲，三〇三至三〇七頁。前者代表正面；後者代表反面。

(註37) 比利時憲法，無論關於此一點的研究，或關於其他各點的研究，至足注意。雖則模倣英憲而製成，比憲卻不採入巴力門主權的原理。比利時議會，依通例，不能更改憲法一字。他只是立法會議；決不是制憲會議。他可以通告全國，謂憲法某條有修改的必要；但此事一經通告，他即時須自行解散（après cette déclaration les deux chambres sont dissoutes de plein droit）。新議會之以這一問題而選出者，在集合後，方能有權以修改經指定的條文。（看比利時憲法第一三一及七一節。）

(註38) 參考附錄書後第一則，論法國憲法的硬性。

(註39) 『硬』(rigid)與『軟』(flexible)兩稱謂，最初原爲吾友柏來士先生所倡說，當用於本書中，有須申明者一點，卽是：兩字毫不寓有褒貶的意思。古今作家對於英憲的軟性擴張性及美憲的硬性或超越性，儘多有所偏好或偏惡，其褒貶卽不免在語意間發表。但本書實不願與聞此事。著者在目前所有願力，只要將硬性憲法與軟性憲法爲讀者明白解釋。至於兩者所有優劣長短，著者在本書中不參末議。

(註40) 合衆國憲法，自成立以來，在表面上固無大變異，然在實際上已有許多更易，此則至無疑義。不過此類更易的事變，出於正式修改條文者少，而出於從廣義以詮釋憲理者多。此又不可不知者也。

(註41) 『所有政府機關之受成於憲法者，無論其爲全體或一部，均不能有權以修改憲法。若必欲修改憲法，則惟有按照憲法第七章所規定，依一定程序前進，方能有效。』

『國民會議 (L'Assemblée Nationale) 實以憲法寄託立法部，執政與法官，而深信他們的忠誠爲可靠。此外復倚重老成人的警視，青年國民的愛國心，與一般人民的忠肝義膽，均能衛護憲法。一七九一憲法第七章，第八條見 Duguit et Monnier 所著，一七八九年後之法國憲法三四頁。』

由此可見國民會議對於一七九一年憲法，蓋以維護憲法之責，望諸全國人民。除此之外，再無較實際的規定。文中固嘗提及法官之名，或者將因此揣測，以爲其用意蓋在於希望法院出而干涉違憲的立法；但如此實爲未必有之事。又在民國八年的憲法之下，元老院固有權以否決違憲的法律；但此權的實際運用，若以英國通用術語表之，實是草案的打消，而不是法案的否決。看八年憲法第二章第二六及二八節，Hélie, 法國憲法，五七六頁。

(註42) 參看附錄書後第一則，論法國憲法的硬性。

(註43) 法國憲法 (一七九五年所定) 第十三章第三八節，Hélie, Les Constitutions de la France, p. 469

(註44) Congress (國會)一名爲法國著作家所應用，但未嘗見於法國憲法。就著者所知立論，似仍以 L'Assemblée Nationale 之名爲正當。

(註45) 萬奎爾全集第一冊，一六七及一六八頁。

(註46) 參考第十二章。

(解1) 按狄龍名 John Louis，生於一七四〇年，終於一八〇六年，爲 Geneva 著名律師。自一七六九年，他來英國居住凡六年，因之，得考察英國政治甚詳。一七七一年，他用法文著「英國憲法」對於英憲備極贊美。迨至一七七五年英文譯本出版，當是時，原書已出至第十板。

格乃士名 Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von，以一八一六年生於柏林，爲德國著名法家。當其生時，格乃士歷任高等法院推事，普魯士下議院議員，帝國議會議員及柏林大學法學教授。所著有 Adel und Ritterschaft in England (1853) Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht) 1857—53) 比較研究英吉利與日耳曼所有法律及政治。此外復有「英國憲法史」以一八六九年出版，及「英國巴力門制度在千年間之演進」以一八八六年出版。此兩書均有英譯本，號稱名著。格乃士死於一八九五年。

萬奎爾名 Alexis de 法國人，生於一八〇五年，死於一八五九年。一八三一年，受命往美國公幹，他因於一八三五年著 De la Democratie Amerique 一書，大受歡迎，至一八六八年是書已翻印十五次。當是書出版之年，他出遊英國，與自由黨人甚相得。至一八三九年萬奎爾乃返法國。他的全集在於死後一年出世，書中評論英國制度多有精到語。

(解2) 按殖民地法律效力法案爲本書所稱引者共有第二，第三，第四，及第五節，其中以第四節的文義最爲複雜，又最難索解。譯

者初時原欲將其條文直譯，以至易稿凡四次，仍不能當意。其後卒以直譯所得的字句不但不能使文義明晰，而且輕滋混淆，故改作意譯。譯完，復取兩種譯稿互勘，自知在詞意間彼此大有出入；但一以原文與兩者比對，則見後者實較前者能達意。於是最後乃決定採用後者。譯事之難，於此可見一斑。

〔解3〕按常法一名在英語爲 *common law* 通常有三種解法；其義詳見雷沛鴻譯法學辭書第二章可以參考。

〔解4〕按英國在十九世紀間有三巴力門大改革法案：第一次法案在一八三二年通過，選舉權由是得普及於中等階級。第二次法案在一八六七年通過，選舉權由是普及於都市工人。第三次法案在一八八〇年通過，選舉權由是除婦女外，幾普及於全國。自有此三大法案，英國政體遂由貴族政治而變成平民政治。故戴雪在書中有此言。參考 *C. M. Trevelyan* 十九世紀之不列顛歷史。

〔解5〕按一八五一年之政變，在法國史中實爲一種政治革命，由此拿破崙第三遂得以推翻民主政制，復建立法蘭西帝國。故戴雪在書中有如此評論。

〔解6〕按在一八三二年以前，英國所有政治純屬寡頭政體。在一方面，貴族階級壟斷政權，賄賂公行；在他方面，中等階級乘產業革命的進展而崛起，力爭選舉權利。當是時，人心騷動，社會不寧。寧使巴力門大改革案最後不能通過，英國的政治革命必不可免。故戴雪在書中特有此項提示。參考 *Life of Lord Grey*, by *George Grey*; *Life of Place*, by *Graham Wallas* 兩書，則對於當時在朝方面與在野方面所有改革運動，讀者均可窺見一斑，而是時所有政象爲如何危險，亦可洞見。





## 第三章 巴力門主權與聯邦主義

### 第一節 章旨

本章論題仍屬一種比較研究；惟其比較資料則爲別一種政制，名曰聯邦主義（Federalism）。申言之，此章內容係以存在於現代文明國中如美國者之聯邦政治，比較英吉利巴力門主權，而解證其所有特性。（註<sup>1</sup>）

### 第二節 欲明白聯邦主義莫如研究美國憲法

本來在現代文明國家之中，除美國外，尚有瑞士聯邦，加拿大屬邦，及德意志帝國（解<sup>1</sup>）數國均施行聯邦政體。（註<sup>2</sup>）復值得個別研究。但爲解證本題起見，與其就各國制度分別徵引，不如專一注意於北美合衆國。理由有二端：第一，就聯邦主義的本身觀察，美國現行行政制最能代表一種極發展的聯邦政治。因之，所有聯邦的特殊彩色最易標舉；就中如用法院約束立法部的制度尤能完全發展。至於瑞士聯邦（註<sup>3</sup>）與加拿大屬邦大抵襲用美國制度，復未能盡善；而德意志帝國的憲法，又以歷史上之關係，紛呈變態，故不

足以代表此項政制。第二，美國憲法與英國制度之關係，至有研究的價值。試就形式的殊異觀察：一則採用分配權力的原理，以建立聯邦政治；一則厚集權力於議會，以造成主權的巴力門制度。兩者似相與背道而馳。但一就制度的精神觀察，一切美國制度本由英國移植，故此時成爲偉然大觀的美國制度實淵源於古代英國的政治及法律思想。故兩者之相異當不如其形式所表示者之甚。簡言之，英國在今日所有國體原以一基本原理造成；此一原理，若用外來的但又極方便的術語表示，名曰「單一主義」(unitarianism)。在單一主義的國體之下，有一個中央權力，常時慣熟地運用至尊的立法威權，此項中央權力在英國則爲巴力門。至於美國今日的政治亦只由一基本原理形成；此一原理則爲行政、立法及司法的權限之分割，復將此類有限制的權能逐一分配於三個平行而又獨立的機關。此旨實爲聯邦主義的國體所必需；著者在下文中行將屢次復不一次申言之，然則由此項比較，兩個政治所有反對政象固可明見，而由此政象所產之結果更覺可異。誠以除有一基本原理不相同外，在大西洋兩岸之兩國所有制度實根據同一淵源而發展。所謂同一淵源者何？即是同一法律思想，同一直道的見解，及同一個人的權利與政府或國家的權利之所有關係。

將欲洞察聯邦主義的性質及聯邦憲法所以別異於英國的巴力門憲法者何在，學者必須考察三事：其一，聯邦存在的必要條件及其建國宗旨；其二，聯邦國家的主要特性；其三，聯邦主義的某種特性之由其固有性質產生而適足以別異於主權的巴力門者。

## 第二節 聯邦主義的存在條件及其建國宗旨

### 第一目 存在條件

凡聯邦國家的成立必須先具有兩主要條件：(註4)其一屬於政治組織；其他屬於民衆所有心理。

在第一主要條件中，所謂政治組織應爲列國的團體，例如瑞士的州郡 (cantons)，或加拿大的行省 (provinces)，或美洲的殖民地 (colonies of America)；而在此類列國的團體中，或以地理，或以歷史，或以血統以至其他，彼此常有關連與繫屬；更由此類關連與繫屬，居民常得到一個好印象，以爲彼此在遲早間可以合成爲同一民族。倘使求諸實際經驗，更有許多地方，在其始或以攻守同盟，或以共戴一尊，而後來至於互相要約以成立聯邦國家者。然使有人因此遂謂如此聯絡實爲構成聯邦要件，是則不免言之過當。但無論如何，凡在聯邦主義興盛之處，其先常有一種泛繫的結合，是則至屬確鑿。

在第二條件中，所謂民衆所有心理，應是一種感念的特殊情形常存在於列國內之人心；此項心理對於聯邦制度的建立實爲絕對的需要。民衆在當時所有之感念，一方面渴望合一 (union)；一方面復厭聞統一 (unity)。夫如是，聯邦制度乃有成功的希望。假使他們無合一的想望，列國自然不有聯邦的基礎。試徵諸歷史，譬如當平民國家主治之下，倘使有人主張英國應與合衆省聯合 (解2)。如此陳議並不有人民的同意；因之，此類聯合儘可寄託於政客的梦想中，決不能見諸實行。假使他們竟懷抱統一的志願，列國

當然不能以構成聯邦自限。誠以一受此項志願驅使，列國國內人民必俟取得單一國的憲法然後快心。試再徵諸歷史。譬如，在十八世紀初年英格蘭與蘇格蘭方宣布統一兩國，又在十九世紀中期意大利各邦方努力於民族的一統（解）。當是時，國中所有公共利益的感覺，或民族感情，發為力量，至大至剛，決不容許依違於聯合與分離兩者間之聯邦制度實現。簡言之，關於構成聯邦政治的情感，其必要條件是：人民受各種動機驅使，甚欲聯合各地方成一國，但同時仍不願一概抹殺各邦的個體存在。更進一步解釋，聯邦政府決不至於成立，除非人民親愛本邦甚於親愛公共政府。如此情感在十八世紀中最後二十五年實存在於美國；在十九世紀前半期實存於瑞士。故在一七八七年一個威幾尼亞邦人（*W. Virginia*）或麻薩諸塞（*Massachusetts*）的公民盡忠於本邦過於合衆國。又在一八四八年呂先（*Lucerne*）的人民依戀本邦過於瑞士聯邦；同樣，伯倫（*Berne*）及沮利克（*Zurich*）的百姓亦有同感。由此綜觀，可見當創造聯邦時，人民常有兩種心理：一則渴望民族一統；一則仍願各邦獨立。兩者似乎必不能相容；萬不獲已，聯邦主義遂應運而生。故調和兩者使不至於各走極端，即是此項主義所以成立的宗旨。

## 第二目 建國宗旨

惟其如是，聯邦主義彷彿是一種政治機括，其目的在於調和民族統一及列邦獨立的政治心理。由此目的，聯邦主義的主要性質遂以造成。將欲使全國的主權所有名分與各邦的主權所有名分能並行而不相悖。聯邦主義所應用的唯一方法只是在於制定一種憲法，以詳明劃開主權的尋常權力（註5）而又仔

細把這些權力分與公共的和個別的政府。此類分畫的詳情自然隨聯邦憲法而略有出入，但所根據以劃清權限的原理皆屬一致。是故凡事務之有公共性質而為全國所公有者應撥歸聯邦政府處理；其餘盡留歸各邦政府自行主持。基此原理，合衆國憲法的弁言遂宣言曰：『茲為構成更強固的聯合團體建立直道，保持境內和平，準備自衛，促進普通幸福，求取本身及子孫的自由起見，他們合衆國的人民，特命定與制成合衆國憲法。』第十次修正案更加明白規定：『凡未經憲法寄託於國會的權力，又未經憲法禁止各邦連用的權力，盡屬於列邦或人民。』此兩句語言重見於瑞士的憲法，（註6）雖則字面略有變易，然而兩部憲法的用意實不外欲以宣示聯邦主義的宗旨及聯邦主義的中心思想。

#### 第四節 聯邦主義的主要特性

根據上方所述意旨，即是在同一憲法之下，不但全國與各邦的權力可以分割，而且民族的統一與各邦的獨立亦可以由此調劑，遂產生聯邦主義的三個特性。縷析言之：則有（1）憲法的至上性；（2）分配有限制的權力於同等而又獨立的各個機關；（3）法院詮釋憲法的威權。

##### 第一目 憲法的至上性

凡聯邦政府須賴憲法而得到生存，恰如一個法團須向創造他的法律取得生活源泉。因之，逐一權力，行政的，立法的，司法的，無論屬於全國，或屬於各邦，必須受命於憲法。所有個人及機關，不必問其為總統，國

會、總督、或邦會，俱不能運用與憲法條文相抵觸的任何權力。這條憲法至尊的原則，雖則在美國內盡人皆悉，甚為英人所不解。在英國中縱有老練法家亦不能詳究這條原則的運行所得結果。是何以故？則以個中具有實際的困難故。原來在英國憲法之下，巴力門本屬至尊；若謂憲法本身卻能構成全國的至尊法律（此為聯邦主義的要旨），英憲決無此項原理。（註7）是故在英國法律中儘有根本法（註8）或憲法的稱謂；此不過是因為某類法律牽涉重要原理（譬如，王嗣繼承法，或英格蘭與蘇格蘭合一案條約）而為許多制度所從出。但無論如何，任何法律亦不配稱為至尊；因之，更無一法律可被用為試驗他類法律之根據。試翻閱巴力門議事錄，就中儘有重大法案如關於英蘇合一條約者然；又有極輕微法案，如一八七八年所訂牙醫法律者然。比較言之，前者不許人任意修改；後者可以隨時由巴力門撤回。但兩者相較，以法律地位言，前者不能駕越後者，猶如後者不能超過前者。兩者之中無一可稱至尊；彼此俱受命於巴力門；彼此均可由巴力門依法修改。假使牙醫法律的條文竟與『合一法案』相抵觸，由是後者有一部份法文竟至作廢。當是時，雖以『合一法案』的關係重大，然而必無法院膽敢主持公道，謂牙醫法律當歸於無效，或成違憲。誠以英國憲法有一基本信條，即是絕對的立法主權，或『巴力門中之君主』（King in the Parliament）的獨裁主義；而此項信條的存在，實與能控制一切權力的一部憲法之存在不能相容。（註9）

結果（1）  
成文憲法

憲法的至尊性產生三種效果：第一種就是成文憲法。

原來聯邦國家所有基礎實是一部極複雜的契約。將欲使各個獨立的政治團體能降心以相從，所有

聯合條件必須從長計議，而且彼此同意。倘不如是，聯邦政治必無從實現。是故此項契約包含許多節目，而成爲一部約書 (a compact)。倘使當時只以口頭商訂，後來必多誤會。因此之故，條約中所有節目必須用書面記載，遂有成文的憲法。在此際，憲法不但是成文的，而且須是簡明正確，方不至或啓疑竇，而肇爭端。<sup>10</sup>試觀美國南北戰爭 (The War of Secession)，卽其明證。著者誠不料以美國開國元勳之賢明，尙遺合衆國憲法以一大缺憾，寧不可惜！

第二種結果之由憲法的至尊性產出者，就是此項憲法須爲我在上文所稱述的「硬性」憲法。(註11)或缺乏擴大性的憲法。

在此項憲法運行之下，所有立法機關，中央的或地方的，既賴憲法而存在，卽不應有修改憲法之權。於是該憲法須爲不可變易的法律；至少，倘使再讓一步說，修改此類憲法的機關應超越尋常立法會議。

嘗有二數法家明示一條制憲的重要原則，卽是：凡一國家必須有一人或一團體，在法律地位中，能變易任一制度。然而美國制憲者所有行事適與此原則相反；當制憲時，他們故意蔑視此理，不設有修改憲法的個人及團體。論者不察，或且謂這番遺漏爲不可解。(註12)其實如此遺漏，就這班建國人物的地位着想，並非不近情理。因爲防禦聯邦政府蠶食各邦的權利本屬各邦議定約書的一件要旨；而欲實現此要旨，憲法的根基只能取得不變性。試觀合衆國憲法第五條，卽可窺見此項意旨的一斑。況且所謂聯邦憲法務須含有一種最高權力以爲修正憲法的豫備之問題純屬玄虛想像，誠以在現代聯邦政府之下，聯邦憲法概



具備自行改善的方法，（註13）更無須外力參加。况以此項至尊立法權慨然授與隸屬憲法的尋常立法部，自建立聯邦國家的人物觀之，此舉殊非所以維持聯邦政制的安全策略。（註14）試一分析研究，譬如合衆國國會能依法以變易憲法的條文，紐約邦及麻薩諸塞邦不難因此失去憲法對於他們所有獨立權利的保障，復因此變成蘇格蘭對於主權的巴力門所佔地位。誠如是，合衆國當不復是聯邦國家，簡直是單一制的民國。譬如，更就他方面設想，南卡羅來拿邦的議會可以自己的意志修改合衆國憲法，所謂中央政府的權力，自法律立足點觀察，會當變成一種幻象，而且現存的合衆國，又自實在地位觀察，不免低降至於成爲一類國際聯盟。以是之故，合衆國憲法的修正權特被安置於憲法本身以外。抑爲目前討論便利起見，即謂合衆國的主權實寄附於同時隸屬聯邦的各邦政府之集合體而同時又能代表全數四分之三的代表團，此語不能指爲非正確。（註15）由此事實遂生可異的效果。這是要說，凡在聯邦政制之下，一如在單一政制之下，常有主權的權力存在，然而有一異點，即是聯邦制度下的主權，不如英國的巴力門，能做一個常醒的立法主人。反之，他是一個好睡的統治者。即以美國爲證，他百年一覺，倘使不至於受擾不堪，他可以大睡不醒。在近代一百五十年間，嘗有南北大戰的轟雷，致將好夢驚醒，使這個主權者不能不起，又不能不行使他的權力。過此之後，一睡不起如故；在事實上觀察，恐非再有第二次革命，將不能使其再醒，又不能使其再有活動。然則就實際言之，主權者熟睡多年，即與主權者未嘗存在無異。因之，聯邦憲法雖有變更的可能性，然以主權者時時熟睡之故，實等於不可變更。（註16）

結果(3)  
每一立法  
部在聯邦  
憲法之下  
只是個  
從屬的  
法機關

第三種結果之由憲法的至尊性產出者就是大凡生存於聯邦憲法下之立法會議概成爲一個從屬的立法機關。(註17)此項機關所立法律只可當作一類規條(By-laws)看待。他們可以發生效力，亦可以被作無效，一視立法性質會否踰越聯邦憲法所授與的權限而定。

本來由上方理論推究，在比較解證中，或不免成爲一種論調，即是雖以合衆國國會之尊嚴亦不免降格以與一間英國鐵道公司爲伍。如是比擬似屬不倫不類。(註18)然而以名理考究，此項比擬實屬正確。請畢吾說：譬如在法律權限內，國會可以立法約束合衆國人民，同理，大東鐵道公司亦可以立法約束英國行客。法律雖已通過於國會，假使越權，該法終歸無效；同理，條例雖已由大東公司頒布，假使越權，該條例亦不能成立。法律經國會通過後，被稱國會的「法案」；法律由公司頒布後，被視爲公司的「規條」。前者越權，便成「違憲」(unconstitutional)；後者越權，雖不被稱「違憲」，然必被作「無效」(invalid)。名字不同，事理酷肖。是故合衆國國會的法案或紐約邦，或麻薩諸塞邦議會的法案，在根底上觀察，單純地不過是一種規條，因爲任何法案均賴不越合衆國憲法所規定的範圍方能有效。至於大東鐵道公司處分乘客之不買票而科乘者以罰金之規條亦是法律，但究竟能發生法律效力與否，則視該罰則會否越權而定。換言之，巴力門法案之用以規定該公司權限者就是該公司的憲法。倘使該公司越權立法，該法便是「違憲」；倘使竟受告發又受肯定的判決，該法便是無效。由此綜觀，可見合衆國國會與英國鐵道公司，在實際上，同爲從屬的立法機關，此義是十分精當。假使以該國會與該公司齊觀，使同立於一方面，更取出英國的主權

議會使獨立於他方面，然後將雙方比較；將見雙方所有權威相差甚遠。然而相差之點不是程度，卻是種類。

(註19)

## 第二目 權力的分配 (Distribution of Powers)

聯邦主義的第二主要特性是：將有限制的權力分配於同等而又獨立的各個機關。原來聯邦國家之所以建立，實欲將公共政府與各邦所有權限劃清，是曰威權的分畫。(Division of authority) 不過因公共政府多有一分威權，各邦政府即多受一分限制；又因人民在未立聯邦之前早已深懼公共政府的蠶食舉動；於是在威權的分畫中憲法遂注目於中央所有權力，而公共政府的活動範圍特受明白規定。試以合衆國憲法爲證：合衆國憲法不特將聯邦政府所有權力明白列舉，而且將此類權力分別寄託於行政司法與立法的機關。至於各邦所有權限，在憲法上，僅以概括方法包舉，其要旨是：大凡權力之『未被憲法授與合衆國者，或未被憲法禁止邦政府運用者一概保留；該項權力仍歸列邦或人民全體掌管。』(註20)

上文所述是分畫權力所應有分量；這種分畫又是聯邦憲法的要旨。徒以權力的規定與限制之原理適與聯邦主義所有精神相互投契，於是分權的事實往往跨越憲法的名理所許可。譬如憲法授與合衆國以一定威權，但這些威權又未嘗集中於一機關或一人身上。於是總統自有一定量的權利；這些權利決不許國會或法院侵蝕。國會具有多所限制的立法權力（實則是十分被限制的立法權力，因爲憲法明明規定其立法範圍，特以十八款爲限。）然而在相當範圍內，國會實能獨立於總統與聯邦法院的掌握之外。同

權力的分  
畫在事實  
上逾越必  
要的限制

樣，法院亦有本己名分下之權力，不與他人相混。他們不但與總統及國會平行，而且其所有威權，以直接地得自憲法之故，不任行政部或立法部侵犯。不但如是，大凡國家之依聯邦制度而相與聯合者，在個中原有若干司法或行政的原理務須施行於聯邦全體及各邦個體；然而此類原理，就性質言，本與憲法不相連屬。徒以聯邦憲法的本身具有硬性之故，立法者常於憲法所應有條文之外，好作為許多誠約，使其與憲法同受一樣尊視。由是，對於聯邦或各邦所有權力之額外禁戒不斷地發生。試觀合衆國憲法。這部憲法禁止國會（註21）與各邦（註22）議決褫奪公權草案，或追訴既往事實草案，或贈與爵位，又或徵收在聯邦內由此邦通過彼邦的物產稅。（註23）加之，該憲法限令各邦人民對於他邦的立法部所有法案及法院所有判例必須信服；阻止任一邦通過法案以減輕契約原有責任。（註24）防閑各邦自行締約結盟或相與組合。此外，此憲法尚有條文申明：凡直道的基本原理，貿易的自由，以至個人的財產權利，通國務須尊視。最後，他又保證人民的收藏及挾帶武器權利，與兩院議員非有本院全體三分之二的同意不能被除名的權利。諸如此類的原理本無與於國家根本大計，因之，即亦可以不必闖入憲法範圍，然而合衆國憲法則一一將之具載。其實此不但合衆國憲法為然，其他聯邦憲法殆有過之而無不及。是以在他種聯邦憲法的條文之中，通常可以發見許多細碎規條，無關宏旨。彼瑞士憲法滿載『保證的』（Guaranteed）權利即其一例。

分割權力的原理不獨支配聯邦憲法的精神而已，而且浸淫於聯邦內所有各邦憲法之中。是故自英國批評家的眼光觀察，在合衆國內更無別物能如列邦憲法之足以解證聯邦主義與限制權力兩事所有

關係之密切。在此項邦憲法之下，無一邦議會能掌握聯邦憲法所授於「邦的主權」(state sovereignty) 所有一切權力。換言之，逐一邦議會受治於各該邦憲法。(註25) 譬如紐約邦或麻薩諸塞邦的尋常立法部不能變易本邦憲法，正與任一邦議會不能變易合衆國憲法相等。關於此項重要問題，雖則在此間不能詳細討論，然而我們儘可簡約地提示一要點，即是所有邦政府皆以聯邦政府爲模型，又所有邦憲法不但仿效聯邦憲法，而且仿行之至於太過。例如，各邦憲法對於任何規則，只須本邦人民認爲重要，皆有衣被之以憲法的不變性之傾向，是卽爲效法聯邦憲法的精神至於過當之明證。試觀伊利奈邦 (Illinois) 的憲法；除根本大法外，該憲法還要編入關於升降機工人的管理規則。(註26)

雖然，因果循環，至難究詰。倘謂聯邦政府爲因，各邦政府爲果，因之各邦憲法皆以模倣合衆國憲法造成；此事，若就上文觀察，自是正確。同時，倘謂各殖民地政府爲因，聯邦政府爲果，因之，起原於邦憲法的重要事理亦嘗被聯邦憲法抄襲；此語，若就下文觀察，仍未爲適當。試以聯邦法院一種制度爲證：聯邦法院在合衆國的制度中顯呈異彩，最足爲聯邦制度生色；然而此項制度實非美國制憲者所創造；他們所爲實受邦憲法的暗示。故就歷史考究，現代聯邦法院對於合衆國憲法之相互關係，早在一七八九年以前，嘗於列邦法院與列邦立法部所有關係中(註27)示範而具有成例。

聯邦主義傾向於限制政府所有活動及分授國家權力於數個機關一節，至足注意；因爲以此類傾向爲標準，聯邦政制如合衆國或瑞士所有，及單一政制如英格蘭或俄羅斯所有，均可鑑別。從來論政者對於

英國憲法，亦嘗有人稱其具有均衡權力及分割權力的精神。但如此論調，當應用於英國制度時，含有特殊意義，與應用於美國制度者不同。是故在英國中，一切國家權力俱集中於帝國議會；一切政府權力，依法律，皆受命於議會的獨裁主義。譬如世所謂審判員獨立，通常不過用以指示他的任職終身，於是在施行職權時，法院可不受君主或內閣所支配；但法院決不敢因此自負，遂欲抗衡議會。議會對於法院所有職權隨時可以修改；如此修改，在英國憲法觀察，復不至惹起違憲問題。若在美國則異是。聯邦法院與總統或國會本為敵體；倘非以革命手段，總統或國會不能削奪其有任何權利。又譬如，行政部及立法部在英國中誠然是兩個奇異團體，但此間所謂別異，仍與美國的總統分離於獨立的國會以外者，全然不同。在英國制度之下，衆民院常時干預行政事務；於是，內閣不但不能獨立，而且遇事須奉承其意旨。倘於新選衆民院召集之後，竟一次遭其譴責，現代內閣無不準備於一星期以內共同辭職。若在美國亦異是。雖在兩院均以敵黨居大多數之際，總統可以無所顧忌，而照常處理政務。約言之，單一主義只是將國家所有權力集中於一個主權者的掌握之內；至於這個主權者究竟是巴力門，或是薩（*cah*），可以不必深論。聯邦主義只是將國家所有力量分配於幾個並立的機關；每個機關不但由憲法造成，而且受憲法拘束。

### 第三目 法院的威權

大凡一國有硬性憲法的存在，憲法條文當然不能任尋常立法機關修改。在此際國內時遇一困難問題，即如何乃可以衛護憲法，使不至受尋常立法抵觸而消失其效力是。根據前章所考究，法國與比國均屬

硬性憲法的國家，顧兩國政治家對於此項困難實未嘗設立一種機關以求解決。由此事實可得一個斷案，即是法國或比國的政治家殆深信尊視憲法一事儘可以道德或政治所有責效（sanctions）為保證；因之，限制議會的權力各項舉動只可作為政治上行動所有箴規，而不必視之如同法律。是故在過去六十年間，未嘗有一比國審判員宣布某宗法案為違憲。至於法國國內之法院對於法案的態度，上文經已敘及，尤為明瞭。大凡法律曾經兩院通過，復經法律公報登載，又復得政府力量扶助，無論如何違憲，無一法院尙敢判決此項法律無效。意者，法國政治家於此誠總總慮，一如篤奎爾所云，以為法院干政，其流弊殆甚於議會違憲。誠如是在法蘭西與比利時兩國中，法院當無何等威權之可言。然而亦不足怪。法比兩國本屬單一主義的國家，而受治於單一性的憲法之下。在如此際會中，立法部應為一國主權所寄附，而造成全國最高權力的機關。但依上章考究所得，法比兩國的立法部卻不是如此；在實際上他們只是非主權的立法機關。簡言之，同在單一性的憲法之下，法比兩國的立法部帶有非主權的性質只是偶然，決非通例。至若在聯邦憲法之下，立法部所有性質適與之相反。在此際，憲法的至尊性實為聯邦的存在之必要條件，而北美合衆國的建國元勳之極大功業所在，即為創設一種方案，使憲法在事實方面，一如在名義方面，確能成為四境內至尊法律。為實現此旨起見，此輩建國元勳特堅決地貫徹主張一個極顯著的原理，同時並創造一種機械，使之執行此原理以求實效。

所謂一個極顯著的原理為何？欲得正確答案請觀合衆國憲法。在法文第六條，合衆國憲法嘗明白宣

示如下：『本憲法，及爲實施本憲法而造成之合衆國法律……爲全國至尊法律。所有各邦審判員必須受其約束；在各邦憲法中或法律中雖有任何事理與之相反亦可不顧。』（註28）似此剴切告示當不容有所誤認。紐約邦平衡法院院長乾德（Chancellor Kent）者美國著名公法學家也，又從而爲之解釋曰：『國會每一法案，與邦議會每一法案，以至任何邦憲法每一部份，倘與合衆國憲法相抵觸時，均須作爲無效。此爲美國憲法學之原理，既明且晰。』（註29）因是之故，每一審判員，不論其爲聯邦法吏或各邦法吏，負有極重大義務。這是要說，凡遇國會或任何邦議會的法案之與聯邦憲法相違反者，該審判務須判決此項法律之無效。在此際，美國審判員所處地位，正與英國審判員被請求裁判大東鐵道公司或其他鐵道公司所造規條的法律效力時無大差別。前者，當下判決時，必須謹依聯邦憲法的字義及語氣，恰如後者，當下判決時，必須篤守與該訟案有關的逐一巴力門法案。兩者所依據之標準雖是不同，但所運用之方法初無二致。

原理既定，此後尙有一重大問題，卽是如何可以保證這個原理的實踐。倘使將此事付託於聯邦政府屬下之法吏，則恐其利用此憲以左袒公共政府，倘使將此事付託於邦政府屬下之法吏，又恐其利用此憲以左袒各邦。有一於此，卽不免有一危險。又將奈何？於是在一七八九年九月二十四日，國會乃通司法制度法案，思有所以救濟其窮。自有此法案，不但聯邦法院自成一系統，而且大理院的機關亦得依法組織。

然則大理院又爲何物？大理院在憲法中佔什麼地位？爲析理明白起見，此兩問題須即時解答。查合衆國憲法，法院的存在原自憲法中得來，與總統國會立於平等地位；他的審判事（所有在各級法院之審判



員均享同等待遇，任職終身，非有溺職行爲不能免職，而且俸給經以法律規定，當本人在職時，此職應支數目不能被分毫減少。（註30）大理院立於聯邦司法制度之上而爲其領袖。除華盛頓京城外，各邦均沒有聯邦法院，故聯邦司法制度實自成一系統，不與各邦司法制度相混。因之，聯邦法院可自己執行其命令於各邦，而不需各邦官吏相助。大理院以職權論，雖亦有初審管轄權，然而此項管轄權是不甚重要。大理院本身實以具有上訴管轄權而見重。凡上訴案之牽涉憲法性質者，他不但有最後的詮釋憲法權，而且具有最後的審判權。至於違宗訟案，或由下級聯邦法院初審或由各級邦法院初審，可不拘泥；大理院在合衆國四境之內隨在有權可以將此案覆審。以是之故，凡遇國會立法或邦議會（例如紐約邦議會）立法是否合於合衆國憲法的問題發生，該院不但有權以審問此項法律的法律效力，而且有此種審問的最後決定權。然則大理院所處之地位如何重要，已可想見。將欲對於其實在地位更加明白，我們還須在心上記着一事，即在合衆國內之法院，以組織論，分作兩系，而任一系中之法庭以職務論，可以接受初審。是故，在此一方面，下級聯邦法院自合衆國憲法而得到法律的威權，復在他方面，各級邦法院（譬如紐約邦或麻薩諸塞邦所有，）被創造於各該邦憲法，又生存於他的統治之下。雖則聯邦法院的管轄權應以問題之涉及合衆國憲法或聯邦法律者爲限，然而此項管轄權的領域亦可因兩造當事人的身分而擴張。雖則有許多訟案爲列邦法院所不能過問，然而此類法院在實際上往往受理應歸聯邦法院承審之訴訟；因之，列邦法院常時須問及國會所立法律或邦議會所立法律會否違憲。準此以談，聯邦法院與列邦法院的初審管轄權，在許

多地方，適相連合。彼大理院原爲聯邦司法制度中之最高審判機關，故對於下級聯邦法院，大理院應爲控訴法庭，至無疑義。惟以在各邦司法制度中，各邦仍自設有大理院，而聯邦大理院，在牽涉合衆國憲法問題的訴訟案件，竟可覆審各邦大理院（譬如紐約邦）之判決，而爲其控訴法庭。此點必須注意。爲是之故，合衆國會特於一七八九年九月二十四日制定司法制度法案，並於同案中規定此類特殊判決案的上訴權利。此項規定載於該法案第二十五節，法文有曰：『在各邦之中，公道的或法律的最高法院所下最後判決案，倘因法律爭點而有不服，可以上訴於合衆國大理院，但此類上訴案件必須具備下列條件之一：（1）由條約，或由聯邦法案，或由運用聯邦政治的威權而發生之法律效力問題，曾經邦立法院審問而得到無效的判決者；（2）由運用本邦所有政治的威權而惹起違反合衆國憲法條約，或聯邦法案之法律效力問題，曾經邦立法院審問而得到有效的判決者；（3）由解釋合衆國憲法條約，法案，或臨時委用公文所有字句而發生之法律效力問題，曾經邦立法院審判，而其判決案對於上列各種威權所授受的職位，權利，特別利益，或解除役務，加以否認者。』（註31）倘將法文中所有法律專用言辭略去，該案的用意可以日常用語表出之如下文：某一訟案的訴訟人，在某邦最高法院（假設是紐約）中，常欲以合衆國憲法，或由此法而造成的法律，所有某一條文爲控訴或自辨的根據，蓋常自立於一種地位，即是倘使判決案於自己有利，自然不再有何種上訴的舉動；倘使判決案於自己有害，他還可以向合衆國大理院上訴。誠如是，任一律師可以一望而知本法的用意所在，即在於獎勵各邦法院同以聯邦憲法的監護人自任。以是因緣，合衆國

大理院當然成爲涉及憲法爭端之最後公斷人；此理又可以不言而喻。

由此觀之，在合衆國內，每一法院可有權以判決及宣布任何立法的憲法，與在憲法下之各種機關所  
有任何權利；而大理院對於此類判決，實操最後的審問權。倘使有人於此尙本立法貴嚴行法貴恕之旨，以  
爲此種權力當不常見用；如此想像是十分謬誤。其實，美國法院使用此項權力，已屬司空見慣，是以美國人  
民視之，恬不爲怪。其結果恰與英國王庭斷定一鐵道公司的規條無效相等。但此不過就人民對於此類舉  
動的態度言之耳；若就判決案的性質着想，美國法院的行事實關係重大。徵實說，例如國會可有權給與聯  
邦債務以優先權（註82）能依法建立銀行（註83）有起新稅及徵收賦稅權力，除依憲法所提示稅則劃一  
的原理外，不受何方禁格。——凡此種種問題，若就合衆國歷史觀察，對於聯邦政府的發展煞有關係，皆以  
法院的一言而決定。不但如是，他們又嘗決定國會對於民軍應有什麼權力，與誰人可有權以統率各邦民  
軍（註84）他們復嘗決定合衆國國會當南北戰爭時發行紙幣，此舉是合於憲法，因之有效。（註85）又不但  
如是，每當規定合衆國的威權應用於某項事體時，法院常設法以管束各邦的權力，不止周到而且嚴厲。譬  
如，逐一追訴既往的法律，逐一徵收鄰邦物產過境稅的條例，以至所有損害契約上履行義務的法案，雖得  
任一邦議會通過，常時被法院判決作爲無效。由此綜觀，大凡直道的主張，貿易自由的存在於內部，與財產  
權利的普遍重視，概賴法院的威權保證。近頃更有一判決案足以表示法院尊重私有財產權的傾向；由此  
案可知凡遇此類財產的收用若有與公眾利益不相脗合之處，法院的判決大抵贊成邦議會之以法律禁

止其收用。(註96)

願自大陸政論家觀之，法院不但能運用此類詮釋憲法的威權務使國內各個機關不至軼出軌範，而且能運用其權力如此暇逸又如此整齊，實令人大惑不解。欲祛此惑，只得用一個事實說明，即是合衆國所有法官純以審判員資格，行使司法的職權，而因之以控制憲法的行爲。在如此際會中他們所爲，並非別事，只是要將呈在眼前的訟案依法裁決。準此以談，倘使或謂大理院的判決係宣布國會的法案無效，此語於事實容有未合。試翻閱此類判案，法院何曾有一次直接地批評某一法案之無常耶？法院的行事只要在一件訴訟中，測定某甲與某乙兩造究竟誰曲誰直而已。願在此類測定的進程中，法院或須決斷某一法案爲不足依據。是何以故？則以國會在通過此法案時早已越權故。(註97)

倘若有人竟以此類明辨爲無謂，此人實未足與言政治。彼爲此說者適以自形其愚昧而已。至若大陸批評家，如篤奎爾一流人物，本來極能領會聯邦的開國元勳所有智慧，但又不免言之過當。前者之失蓋在於不能明白法院之善於運用威權，後者之失又在於太過迷信制憲者之創作力。因之，兩種過與不及的見解雖有不同，而其不能知曉合衆國建國人物的真正成績則是一致。切實言之，此輩人物不但能將由英國傳來的法律思想運用於新民國所有新景況，而且當運用之際，能以非常高妙的手段出之，遂使舊有理想卒能適應新事變。如此運用實爲他們的成功所在。故自熟諳英國訴訟程序者觀之，倘有訟案當前，而不任法院裁判，反使其問及他事，此等舉動直是不可思議。又自久居於殖民地者觀之，他們本習見殖民地受治

於一憲章，又深知此憲章足以拘束當地所有法律。（因此類法律可有效力與否，須經樞密院（Privy Council）依憲章而決定。）於是他們對於賦權於法院，使其在審判案件的進程中能判決受成於憲法的議會之法案是否合法一事，當無所用其驚訝。是以凡為法國法學家視之而以為不可解者，一入英國法律學者之目中，似無一事無來歷。譬如，制憲者所以待遇國會的法案之方法實不外自模倣英國法院所以待遇公司的規條者得來；又如，當起草大理院組織法時，制憲者或已先有樞密院的職權存於心上。其尤明白確實者則有近在目前的各種判決例案。在各種判決例案中，邦立法院對於邦議會所立法案之違反邦憲法者，在判案時，常尋出其不合憲法之處，因宣告其為無效。此類宣告法律違憲的成案之最早者開始於一七八六年，出現於洛特島（Rhode Island）。當是時，洛特島尚遵行查理士第二所頒布之憲章（解4）其實遲至一八四二年，此憲章依然繼續存在。其次則有北卡羅來那邦法院步武，是為一七八七年（註38）再次又有威幾尼亞邦法院繼起，是為一七八八年（註39）凡此三年中之成案皆發生於各邦，而且發生於聯邦憲法未成立以前。迨至一七八九年聯邦憲法始被採用，而馬堅萊對麥迪孫一案，即大理院判決涉及憲德問題之第一案，旋於一八〇三年決定（註40）

雖然，這班美國大政治家於此際未嘗無所貢獻；他們初不以襲用英國法律的概念為能事。第一，他們能推陳出新，使舊思想得到新發展。第二，他們能制成一部憲法務使此法嚴格地成為『合衆國內至尊法律』。由是遂能創造現代聯邦主義。此為世界歷史上前無古人之創舉，自此之後，聯邦主義的主要特性——

——憲法的至尊性——權力的分配——法律的威權——重見疊出於每一真正的聯邦國家（其中自然互有出入，但大體毫無變異。）

## 第五節 此類主要特性與其他聯邦國家

### 第一目 試以加拿大屬邦為證

真正的聯邦國家，除北美合衆國外，尚有加拿大屬邦（The Canadian Dominion）與瑞士聯邦（The Swiss Confederation）。此時且先研究前者。前者的根本大法就是不列顛的北亞美利加法案，其通過時期為一八六七年。該法案的序文含有一點不正確的外交文章，是不可以不辨。序文開首申明所以制定憲法之緣由，謂加拿大各行省渴望統一，故「以一部憲法能在原理上與合一王國（The United Kingdom）所有者相似」為要求。如此說法決不足以表明這宗法案的精神。倘若本案序文果欲將全文所有真相道達，法文中每一「王國」（Kingdom）的名字均須代入「國家」（States）的名字，庶幾法文中每一「合一王國」的意義可以解作「合衆國」。誠以加拿大屬邦的憲法，由其所有要旨觀察，實非以英國憲法為楷模，卻是以美國憲法為法則。此語，加拿大政論名家聞之，輒被否認，然而我不能相信其所持理由為正當。（註41）倘使徒就兩方所有制度比較，加拿大與北美合衆國自不免有許多相異處。但試一考究不列顛的北亞美利加法案的條文，學者自然尋見加拿大憲法與合衆國憲法所有密切關係。申

言之，不但在文字上前者的起草人，當制憲時，蓋常有一部美國憲法在於目前，而且在實際上，假設其為一獨立國，加拿大必將受治於類似後者的憲法，而變成一個聯邦國家無疑。是以該憲法實為全國內至尊法律，不任受（除非在極狹範圍以內，如一八六七年法案所許可）屬邦議會（註42）或各省議會（註43）變易。必欲變易，將有賴於不列顛的巴力門（註44）之主權勢力。學者根據此語，或不免得到一種聯想，遂以為如此情形實由加拿大屬邦現有政治地位造成。其實不然。試觀諸新西蘭，在政治地位上新西蘭何嘗不與加拿大同為屬國？然而新西蘭能以英王的同意修改殖民地憲法，惟加拿大不能。由此可見加拿大憲法不但是在四境內之根本大法，而且是有超越性的根本大法。一言以蔽之，可曰是為憲法的至尊性。

更就權力的分配觀之。雖則加拿大憲法所授與屬邦政府及議會者遠勝各行省所有權力，而且較諸合衆國憲法所授與聯邦政府者尤為衆多，然而分權的精神實瀰漫於全部憲法之中。一加審察，學者當不難尋見。屬邦政府係以各個獨立而又平行的機關構成，而此類機關復各具有均衡勢力（註45）其最可注意者是憲法所授於屬邦政府的威權（註46）使之有權以取消各省議會的法案（註47）

此權的賦與，自創制者觀之，或可發生極大效力，苟能如是，法院可以不至被用為憲法的舌人。其實，稽諸史乘，這班創制人物亦曾有一種信念，以為「如此精細地規定各個立法機關所有權限當可以解除中央與地方政府在行使職權時所有衝突。」（註48）詎料事勢所趨竟使創制者所有希望因誤會聯邦主義的性質而盡成泡影。於是加拿大法案，無論為屬邦議會所立，或為行省議會所立，重勢帝國樞密院內之司

法委辦會審問；其結果此類判決案至於盈冊兩大帙。在此際，這一個司法委辦會的行為恰與合衆國大理院相類，即同以審問議會立法的憲德爲事。卒之，在加拿大屬邦中，一如在合衆國中，法院詮譯憲法之責遂不能旁貸。

## 第二目 試以瑞士聯邦爲證

在瑞士聯邦中，雖有特種別異處多點存在，然而聯邦主義的主要特性仍然重見疊出，一如大西洋彼岸之合衆國。例如，聯邦憲法是國內至尊法律，不任受聯邦議會或州郡議會變易。又如，憲法以條文分配國家權力於聯邦政府及州郡政府，復以條文規定在其統治下之各項機關所有權限。在瑞士國中，恰如在美國中，公共政府具有三種器官：一聯邦立法會（Bundesrat）；一聯邦行政院（Bundesrat）；及一聯邦法院（Bundesgericht）。

上文所謂特種別異處多點實爲瑞士的聯邦主義所有特殊彩色，可惜限於題旨，本章不能將其一一提示。但爲闡明題旨中應有文義起見，瑞士憲法所以別異於合衆國憲法者有兩要點，此時必須記取：第一，瑞士憲法對於司法與行政的權力分界，未嘗分割清楚，於是，行政院在所謂「行政法」（administrative law）之下，運用許多具有司法性質的功能。（註49）例如，遲至一八九二年，凡涉及宗教團體的權利問題（註50）均歸行政院裁判。萬一行政院之管轄權，竟與聯邦法院所有者衝突，聯邦會議實爲兩造的公判人。加之聯邦法院的審判員實由聯邦會議選出，但一經選出之後，他們輒耗所有時間之大半於公法



(Staatsrecht) 問題。幹練的政治家如杜斯博士 (Dr. Dubs) 尙以該院竟有私法的管轄權爲戚。(註51) 不但如是。聯邦法院復不能執行自己的判決，惟賴行政院代爲執行。即此一點，依英國憲法的準規觀察，瑞士政治家之失敗，適以昭示美國政治家分割司法與行政之成功；而此項失敗，正構成瑞士憲法全體中之一點瑕疵。第二，這部憲法，對於司法與立法的關係，未嘗儕法院於聯邦會議之列。故凡聯邦會議所立法律，法院不能審問此類法律的憲德。(註52) 由此事實，或且謂聯邦會議是（不同合衆國國會）一個主權機關；但實際不是如此。凡在憲法的至尊性之下，聯邦會議決不被許在如此高位。不過聯邦法院所以仍不議及法律問題者實別有理由在。考其內容，憲法本身幾乎盡將立法部侵蝕之可能性預先遏止。惟其自衛森嚴如是，法院的監護自可以不必用。試觀凡有憲法修正案，非得瑞士公民之大多數與州郡之大半贊成不能有效；又凡屬聯邦會議之立法，若經選民投票多數反對，即可撤回。然則在名義方面觀察，瑞士議會所有威權遠勝於合衆國國會，正是因爲在實際方面觀察，瑞士立法機關確是較弱於美國。誠以在兩國所有尋常立法會之後，常有立法的主權監督；惟關於此項主權之行使，瑞士所有實較美國所有爲易於發動。由此觀之，當主權有力量以行其志時，他自然能設法以維持應有權利；當主權不好動作以行其志時，法院自然要成爲主權者的意志之監護人。

## 第六節 聯邦政制與巴力門主權之比較

聯邦主義的特性，上文已就合衆國，加拿大，屬邦，及瑞士聯邦的實例詳加解證。繼此，聯邦政制與巴力門主權的政制當可以互相比較。比較之餘，長短互見，利害錯雜，其所得結果不止足以暗示具有法律意味的結論而已。茲請條分而縷析之，如下文。

### 第一目 聯邦主義的軟弱性

聯邦政府果何物乎？是不過一軟弱無能之政府而已。（註53）

在聯邦政制之下，國家所有權力既被分配於幾個同等機關，就中自無一機關足與單一憲法之元首匹敵，而具有同量的權力。加之，阻遏與均衡（checks and balances）的法制運行於國內，又足使公共政府及邦政府相持不下。具此兩因，聯邦國家，倘使與同等的單一國家相遇，必至示弱於人。此不獨爲理論所昭示，而且爲事實所明告。試徵諸合衆國與瑞士聯邦。合衆國外交素稱軟弱，幸以無強隣環伺之故，尙可以無需外交政策。（註54）至於瑞士所有環境則反是。叢爾小國，介於列強之間，有時且遭陵迫。在勢，聯邦組織本不足以禦外侮。如天之幸，尙有與憲法不相干之各種情況使其足以圖存。但一種相互嫉忘心事之由聯邦政制發生者至今未泯，於是此種情事大足以損弱瑞士民國。試舉一例，譬如每一行政院委員依法須隸屬於不相同之州郡。（註55）而由此規則，縱有長才的政治家或至不能入選，因之，大足以減殺政府的力量。此事若發現於英國，假設每一閣員須來自不相同地方的郡縣，英人視之必以爲大謬。然如此謬點竟可以流傳於瑞士，且國內政客視之爲必要條件。卽此一例已可見公務的效實之受累於聯邦憲法者甚多。差幸

每多一次修正，憲法即多一次增加公共政府所有威權，而減少州郡政府所有。故在今日，瑞士實受治於一種平民的聯邦政體而漸次趨向於單一政體。推求其成因蓋有多種；其最要者即來自國民所有願望，期有所以遏止強隣的野心。除此之外，尚有別種境况足以促進此類成因之發展；然而此類境况對於題旨殊屬不關重要，可以略而不論。

聯邦主義，因其既分割各機關的權力，又限定此類權力運行之所至，大足以阻礙政府的各種活動。惟其如是，凡私人所能為之事，任一聯邦政府均難過問。此或為聯邦政府的優點；然而此項優點，實不易得到。現代主張民權政治的人物之同情。此輩平民政治家，在一方面既提倡人民主治；在他方面，又極力伸張政府原有權限。如此思想原屬矛盾，然而兩者竟並存於瑞士聯邦。此與在英國中所現有公衆意見恰相類似；他們既反對放任政策，同時偏又贊成聯邦主義，仍舊貫與改新制兩事，在政制中，原來兩不相容；然而兩思想有時竟可以並行不悖。

## 第二目 聯邦主義的保守性

聯邦主義有一趨勢；此項趨勢實傾於政治的保守性。

政治的保守性何自生？生於聯邦憲法的運行。大凡聯邦憲法，依上文所述，不但是成文，而且是硬性。這是要說，此項憲法概不任受尋常立法會變易。於是，聯邦國家中所有制度的硬性深印於人民腦際，他們由此遂聯想及於憲法條文，而附會之以超越性或神祕性。試一縱觀美國政治學者即可望見美國人民所有

憲法的想像，大抵類是。其始憲法的難變足以造成保守的普遍情感；既而國民的保守性又足以倍增憲法的反抗精神。是故貴族院雖生存於英國凡千餘年，上議院雖設立於美國僅百數十載；然而改變或廢除貴族院，實比略變上議院所有組織較為容易。（註66）加之，凡一部聯邦憲法必羅列若干具有普通性的原理，而此類原理，自從被載於憲法後，大足以感應全國人民所有視聽，而惹起信仰；於是，凡在憲法中之原理，事實上皆不易移動。譬如，立法部不應立法以減輕契約的履行義務一原理，在美國中，久已成普遍通行的法律意見。將欲明瞭其保守力之大小如何，學者試就下文的假設推想，當可得其梗概。假使此類原理，有一於此，足以約束英國法院，則愛爾蘭土地法案將成違憲以至無效；而一八六九年之愛爾蘭寺院法案，至少有一大部份，在法律上俱成廢紙。甚至至於大學教育的改良法案，巴力門亦難以議及。由此觀之，美國憲法所載之原理本至為繁多，然即就其中所有而採用一則於英國，則一切近年來巴力門的改革功效皆將被遏抑而至於停頓不前。

### 第三目 聯邦主義的法律精神

最後，聯邦主義實與法律主義無異。何謂法律主義？分析言之，則有法院在憲法上之優越地位，又有法律精神之瀰漫全國。

在一聯邦如合衆國者之中，法院成爲聯邦憲法運行於國中之樞紐；此理最爲明白易曉。試思一國主權寄附於一團體之中，而此一團體又絕少活動，只有隱然存在；又試思全國所有立法機關僅處於從屬地

位，於是所立法律又只可作爲規條看待；復試思所有行政部份的權力一一受憲法制限，最後試思以一國之大只有審判員負有爲憲法作吾人之責任；然則在如此情形之下，法院又將何所爲？不消說，他們務須測定行政與立法所有威權之界限；關於法律的憲德問題，他們不下判決則已；一下判決，便成定讞。以是之故，法庭中之士師不但是聯邦憲法的監護人，而且在那一頃刻間簡直是聯邦憲法的主人。（註57）

要徵諸現代瑞士的歷史。譬如一八四八年之政治家，就他們當制憲時所有深意推測，原不願見瑞士的聯邦法院能獨攬威權；於是費盡心機，謀有所以減殺其權力使不能如合衆國法院之坐大。就中尋出最實際的辦法，即是隨在以詮釋憲法大權授與聯邦議會，務有所以造成該議會的勢力，使之得到控訴法院的地位。徒以事務的要求有如是迫切，無可奈何，瑞士政治家卒須屏除成見；於是在一八七四年，當修正憲法時，聯邦法院的威權特被擴大。由這一段歷史的反證，聯邦主義與司法至尊的原則之具有密切關係愈可灼見。

此項密切關係，在實際政治中，爲不可逃避之事實。由是一特別危險生焉。危險爲何？即凡在聯邦制度運行之下，時有司法機關不能擔當呵護憲法的責任之憂慮是矣。試觀諸合衆國，聯邦法院之組織不爲不莊嚴偉大；其威權不爲不浩瀚精深。故此一制度之建立當可謂窮極人間智巧。不寧惟是，合衆國憲法的監護人，依上文所述，不但由聯邦大理院擔任，而且由國內所有法院，聯邦的或各邦的，共同負荷。然而就過去歷史觀察，雖以大理院之尊嚴亦不免時受溺職之譏評；此固無庸隱諱。試考大理院所有判決案，或在近代

危險之由  
估居由  
法院高  
如此者  
而來

所有判決案中，即以閔恩對伊利奈（Munn v. Illinois）一案爲例，學者自見此類失敗蓋非罕有。誠以人類是有感情的動物，其所有思想常不免被感情牽累。審判員亦猶是人也，何能獨外？縱使職務所關，審判員須以忠誠自矢，而成爲世間最信實的人物；但無論如何，每逢訟案中帶有政治性質之際，法吏終不能不顧及當時所有政治感情與實際的理解。卽此一念之差，法院便失卻本己所有道德威權，至於損弱人間信仰。誠如是，其所下判決案雖有政治的理由可爲解釋（卽政策所關不能不有如是判決之謂），然一經道破，此舉大足以惹起懷疑與激動公憤。爲是之故，美國政論家亦嘗不滿意於大理院所爲，遂謂之爲太過示弱。故徵諸歷史，每逢其所有威權竟與各邦的威權衝突，大理院自其最初成立時，卽無能爲役，萬一其所下判決竟不能取得行政院的扶助，大理院於此更覺進退維谷。如此批評實洞中窺要。是以查克孫總統（President Jackson）嘗曰：『約翰馬撒爾（John Marshall）既已發布他的判案，如果他能够自己執行，此時且讓他一試。』（註58）自此語出，查克孫固不願自食其言，因之，馬撒爾卽亦無從執行其判決。其結果，此一判案卒不能見諸實行。

雖然，查克孫與馬撒爾相持之時代，尤其是在此事發生以前之時代，均屬於美國平民政治的初期。在此時期中，聯合政府之不振，誠無可諱。但時至今日，倘使有人仍執古代批評以爲今代法院詬病，是則言之過當，又不可不審察。（註59）况復恆人之情又常易誤認司法的審慎周詳爲軟懦無能力乎。是故外邦覘國者流，對於此類批評的適用不可不謹。須知在一聯邦國家中，所有促成大理院的建立之各種力量，同時實足

以供給絕大權力於大理院。所謂各種力量者爲何？其一爲尊視聯邦憲法的願力；其二爲維持各邦固有利益的行爲。將欲維持各邦固有益，則聯邦憲法必不可以不尊視。是何以故？則以聯邦憲法之存在足以保證邦權故。更進一步，將欲尊視聯邦憲法，則大理院及其同類制度的判斷必不可以不遵從。是何以故？則以大理院及其同類制度之成立實所以呵護聯邦憲法故。然則由此類駁難推究，可以得一假定，卽是合衆國人民，如其必欲永遠保有聯邦的均衡制度，自然須強迫中央政府，務使之實行法院的判決，似此假定實與現代美國政情不相刺謬。故論者乃有美國人民久已忘情於各邦固有的權利之說。此說究屬真實與否，當非英國政論家所能決定。但所有批評法院的功能之人物，如果能常時記着聯邦主義與法院的尊嚴地位之相互關係，自然對於此類制度甚少下一貶語。是故合衆國永遠爲聯邦政體時，合衆國法院必常時做一個極有威權的機關。惟在單一政體的民國中，聯邦法院乃無相當地位。

危險之由法院的尊嚴地位而來者尙有一事，卽是司法機關的裁判既足以控制政府的行爲，但審判員的任命卻不由司法機關自行主持，倘使行政院爲自便其私計，必至於引用與自己政見相同之人物。試徵諸合衆國歷史：當柏連先生 (Mr. Blaine) 運動選舉時，嘗有人反對其當選爲總統，其所恃理由卽爲下屆總統得提議任命四人爲大理院推事，假使伯連當選，一個與鐵道公司有關的政客儘可任用其私黨補此缺。由是不但大理院受其操縱，而且法律亦受其使用。苟能如是，鐵道公司當受益無既。此類誹語未必是確當，或且絕非事實。然而有一事至少足以證明在當時法官由行政院任命之流弊甚大；此事卽是共和

在  
法律  
精神  
不貫  
注  
神  
之  
處  
不  
能  
主  
義  
實  
現

黨人於斯時亦爲民主黨人張目，謂民主黨人自今以後不應再被屏斥於法院以外。爲此說者原非有所偏愛於民主黨人，徒以反對枉法營私之故此語，乃不期出諸共和黨人之口。由此故事，學者當不難得一結論，即是在實際政治中以法院作憲法的公斷人，較諸用立法會以爲之者，不免多有遺憾。

上文分析法律主義的要素爲二端：其一是法院的尊嚴地位；其二是國民的守法精神。第一要素之內容及所有利害已經博議，第二要素當依次討論。聯邦制度既不能無所謂而發生，尤不能無所依倚而發達。然則其所依倚者又爲何物？答此問題即所以解證法律主義的第二要素。切實言之，非有法律精神所滿布的民社，在其中人民一一能奉公守法，聯邦制度必不能大行。何以見之？原來在聯邦主義之下，訴訟實被用以代立法，是以惟有畏法的人民始能尊視法庭折獄的判案，而視之等於議會的法案。彼合衆國所以能施行聯邦主義而成大功者，良由全國人民早已浸淫於法律思想。惟因其法律主義最盛行，故其聯邦主義最日起有功。憲法問題之由於邦憲法或聯邦憲法的條文而惹起者，幾於無日不有。法院於此際實忙於應付，幾於日不暇給。因此之故，這些公民飽經訓練，遂不期然而盡變成憲法專家的民衆。大凡激發民衆感情的要政，例如中國人移殖於美國的問題，皆由司法機關決定，此類判決人民一一服從更無違言。此項服從的精神實自常法（the common law）的基本概念遺傳於合衆國國民。常法者世間最有法度的法律系統之法律也（the most legal system of law）。在昔篤奎爾亦嘗深明此義，並嘗比較合衆國與瑞士人民之守法行義的程度，而致慨於後者之不能及前者。（註60）及今觀之，復參考過去六十年事變，如此批



評實未免輕視瑞士人民之奉法能力。但瑞士人民所奉之國法不但承認行政院具有極大裁決權力，而且未曾完全劃分審判員所有職務於政府所有者之外。因之，瑞士制度即不免有所失敗，而其失敗所在，恰爲論者意料所及，即是法院的完整威權本爲完全發展的聯邦制度所必需；然而瑞士聯邦尙未能保持此項威權於法院。是則美中之不足也。雖然，瑞士人民縱不能如美國人民之尊重法院的判決，究不失爲世間敬視法律的一個民族。實則除美國外，各國國內一般民衆之能如瑞士民衆所爲者恐不多觀。是故無論何國，凡其國民對於法院斷案，縱有錯誤，亦能安受之而認爲無上判決者，乃配爲聯邦政體下之國家。不然，則否。

(註61)

(註1) 關於美國聯邦主義之題義，讀者應參考蒲傑士的『美國平民政治』關於本章所述，讀者應精讀其第一冊第一卷。

(註2) 到了現在（即在一九〇八年）澳大利亞民國（The Commonwealth of Australia）必須加入。看附錄中之書後第九則澳大利亞的聯邦主義。

再看南非法案載於一九〇九年檔案，愛德華第七代第九冊第九章。

(註3) 瑞士聯邦主義極值得注意，近人已漸知之。瑞士民國有特殊彩色，她是個純誠的及自然的平民政治；但她的平民政治，不以盎格魯撒克遜的，卻以大陸的自由及政治思想爲基礎。

澳大利亞民國的憲法含有一精義，係由瑞士聯邦主義所暗示。看附錄中之書後第九則。

(註4) 關於美國聯邦政治之建立，看下列諸書：

- (1) Story: Commentaries on the Constitution of the United States (4th ed.)
- (2) Bryce: American Commonwealth  
關於加拿大屬邦之建立，看下列法案及書籍：
  - (1) The British North America Act, 1867, 30 Vict. c. 3.
  - (2) Bourinot: Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada.  
關於瑞士聯邦政治之建立，看下列公文及書籍：
    - (1) Constitution Federale de la Confederation Suisse du 29 mai 1874.
    - (2) Blumer: Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes.
    - (3) Lowell: Governments and Parties in Continental Europe, II Chaps. III-13.
    - (4) Sir F. O. Adam: Swiss Confederation.
    - (5) 附錄，書後第八則，論瑞士聯邦主義。
- 關於澳大利亞民國，除憲法外，讀者應參考下列書籍：
  - (1) Quick and Garran: Annotated Constitution of the Australia Commonwealth.
  - (2) Moore: The Commonwealth of Australia.
  - (3) Bryce: Studies in History and Jurisprudence. I. Essay 8.
  - (4) 附錄，書後第九則，論澳大利亞平民主義。
  - (註6) 看附錄，書後第二則，論聯邦國家中之分權。

(註6) 見瑞士憲法弁言及第三節。

(註7) 見合衆國憲法第六節第二款。

(註8) 『英格蘭的基本法律』之稱謂，在查理士第一時代，因英國人民與英君抗爭船稅之故，屢次徵引，始見流行。此項爭論發生於一六三五年。看 Gardiner，英國歷史，第八卷第八四及八五頁。

(註9) 比較乾德 (Kent) 憲法解詁，第一卷，第四四七至四四九頁。

(註10) 以情理測度，聯邦政法儘可依習慣法而生長，而列邦所有要約因之未嘗以文書記載。譬如，即以亞矢安聯盟 (Achaean League) 而論，誰敢斷言此項聯盟亦嘗有約書，如今世所謂成文憲法者，不過就今代政情觀察，倘謂聯邦國家的成立可以無需何種公文以規定聯邦政府與列邦的權利義務，此事縱非實際的不可能，亦是幾乎不可能。

(註11) 參看第二章所論憲法的軟性及硬性。

(註12) 凡美國著名法家，其法律意見常被稱述者，均謂在合衆國憲法之下，未嘗有一人或一團體，能擁有法律主權，一如倭士廷 (Austin) 所云。此種意見實屬持之有故。試比較合衆國憲法第五條自見。即在德意志帝國憲法中，亦有幾種權利曾被保留與某邦者，如欲將此類權利撤回，自非取得該邦同意不可。(見帝國憲法第七十八節。) 所以然者，一部聯邦憲法實含有條約的性質；條約既由雙方協定，當不能由一方自行撤回。然則美國制憲者在憲法中除列邦同意外，不願加入任何自動地修正憲法的方法，蓋以此故。

(註13) 參看南非法案，1909，第二五一節。

(註14) 在德意志帝國憲法之下，帝國議會能修正憲法，但尚有聯邦會議 (Bundesrat) 即列邦代表會議，在足以保證邦權。依通例，凡修正條文有十四票不贊成者不能實行。列邦之中，如普魯士直可以否決任何修正案，因其所出代表之人數為十七，雖單

獨行動已優爲之也。此外各邦亦可以互相連結而達到其目的。是故凡在聯邦制度下之國民，其所有愛國心與愛邦心，究竟孰爲較強，孰爲較弱，概可由誰是修正憲法的主人而測定。看附錄書後第二則，論聯邦國家之分權。

(註15) 合衆國憲法第五條譯出如下文：

『常兩院議員以三分之二之多數，認定修正之舉爲必要，國會可以提議將本憲法修改，或當列邦以三分之二之多數的立法會作如是請求，國會可召集修正草案之起草會議。而在此兩種情形中，凡當此項草案，一經在列邦中四分之三的立法會裁可，或經在制憲會議中四分之三的代表裁可，即成爲本憲法之一部份，其所有文義及意旨皆爲有效。至於裁可方法之兩種，可由國會擇用其一。但在二千八百又八年舉行之修正案，不得牽動本憲法第一條第九節中之第一款及第四款所載；又無一邦，如不得其同意，可被奪去該邦在元老院中之同等代表權。』

比較 Austin I. p. 278; Bryce: American Commonwealth, Chap. 32. 論憲法的修正案。

(註16) 一九一三年合衆國憲法第十七次修正案通過，自有此修正案，合衆國元老院議員，向來本由列邦議會選舉者，改由人民直接選舉。如此重大變更，合衆國憲法竟能措置裕如，若無足重輕，是可異也。

(註17) 這是合衆國所有情形，但其他聯邦不盡是如此。譬如在德意志帝國中，聯邦立法會在職務方面本來代表主權力，但在組織方面，該會中之一機關，即聯邦會議，有如許周密佈置，列邦權利即得以憲法的條文保障。其說見註14。

(註18) 參看第二章註4。

(註19) 關於市立法團所立規條及其法律效力問題，參考下列判決案及書籍：

Johnson v. Mayor of Croydon, 16 Q. B. D. 108;

Reg. v. Powell, 51 L. T. 92;

第三章 巴力門主權與聯邦主義

Munro v. Watson, 51 L. T. 363.

Bryce: American Commonwealth, I. pp. 244, 245.

(註20) 原文見合衆國憲法第十條。瑞士聯邦憲法第三條具有同一意義，可以參考。又加拿大屬邦之憲法可資比較，見一八七六年不列顛的北亞美利加法案第九一及九二款。

合衆國憲法與加拿大憲法有一相異點存在。前者將所有不明白授與聯邦政府的權力概爲列邦保留；後者將所有未經明白交付行省之權力一權授與屬邦政府。瑞士憲法則從合衆國憲法。

澳大利亞民國的憲法亦模倣合衆國。是以他的憲法授於民國巴力門的權力雖大，然而逐一權力被明白規定；至於憲法爲列邦巴力門保留之權力則無限制。看民國法案第五一及五二節，以至第一〇七節。再看附錄書後而二則。論聯邦國家中之分權又第九則，論澳大利亞的聯邦主義。

(註21) 合衆國憲法第一條第九節。

(註22) 合衆國憲法第一條第十節。

(註23) 合衆國憲法第一條第九節。

(註24) 合衆國憲法第一條第十節。

(註25) 澳大利亞憲法適與美憲相反，即是授列邦巴力門以無限制的權力。見澳大利亞法案第一〇六及一〇七節。此中所有關係是由法律淵源不同所致。在澳洲憲法方面，制憲人物，當開創各邦時，受議會主權的習慣所影響；正猶在美國方面，制憲人物，當處置邦憲時，受聯邦主義的精神所感化。

(註26) 見門恩對伊利奈案，載在 4 Otto 113.

(註27) 歐洲政論家對於亞美利加的聯邦主義之評論，誠有如一個法國憲法名家所云，大概甚少注意於列邦憲法之運行，及蔑視列邦議會所有行爲之重要。見 Boutiny: *Études de Droit Constitutionnel* (2<sup>nd</sup> ed.) pp. 103—111.

蒲傑士曰：『人有恆言，凡聯邦憲法的條文之推行順利者幾乎無一不由列邦憲法得到法律淵源；其他條文，因缺乏先例之故，始由制憲者自造，其所得結果無一不壞。』見美國平民政治（第三板）三五頁。蒲傑士先生之書的佳處是在於能提示聯邦憲法所取材於列邦憲法者爲何事，又其所受感化的範圍爲如何廣漠。此事雖曾研究美國憲法者亦多未能見及。

(註28) 見合衆國憲法第六條。

(註29) 乾德，憲法解詰第一冊三三四頁，又參照同書四四九頁（第十二板）。

(註30) 合衆國憲法第三條第一第二節。

(註31) 乾德，憲法解詰第一冊二九六及三百頁。

(註32) 乾德，憲法解詰第一冊二四四至二六六頁。

(註33) 乾德，憲法解詰第一冊二四八頁。

(註34) 乾德，憲法解詰第一冊二六二頁。

(註45) 斯託梨 (Story) 憲法解詰（第四板）第二冊第一二六節及第一一七節。

又參考下列判決案：

(1) *Hopburn v. Creswold*, 8 Wallace, 603, Dec. 1839.

(2) *Knox v. Lee* 12 Wallace, 457.

(註36) 即馬歇爾對伊利奈一案，載於 4 Otto, Rep. 115。關於此言學者應讀馬歇爾 (Marshall J. C.) 的聯邦憲法論文。

第三章 巴力門主權與聯邦主義

集，而玩味他的法律意見。

(註37) 參看第二章論法團的立法。

(註38) Martin, 421.

(註39) 1 Va. Cas, 198.

(註40) 此判案載於克蘭徐 (Crachd) 第二冊第一三七頁。關於列邦法院判決邦議會立法的違憲事實，與其他評判，亡友哈佛大學教授寫耶 (Thayer) 所以助我者不淺，特附誌於此。

(註41) 加拿大憲法究竟屬於單一主義或聯邦主義，一視觀察點如何而定。倘若自該憲法的聯邦性質觀察，我們只得視之為合衆國憲法的副本。我在此書中即採用此意見。因之，我的原有主張所謂加拿大政制係模倣美國而成，不為無故。倘若專就行政院的組織比較，我們自見加拿大所採用者是英國的內閣制，而非美國的總統制。此說為熟習加拿大制度的朋友所開示，而此項觀察點即為加拿大政論名家所採用。是以不列顛的北美法案乃有如此稱謂。其持論雖與我的主張不同，然不能謂為無見地。因是之故，著者特於本書改訂時略將原文之牽涉此旨者酌量修正，以示敬佩異我的主張之微意。

(註42) 但當屬邦議會與一省立法會合作時，依本法所規定，他們得為有限制的修正。見不列顛的北美法案第九四節。

(註43) 行省立法會，依本法所規定，得修正行省憲法，但該憲法的條文之關於副總督的職務者不能更動。見同上案第九二節。

(註44) 參考一八七五年加拿大巴力門法案，學者常可見帝國議案對於加拿大憲法，有修正的絕對權力。

(註45) 不列顛的北亞美利加法案第九一、九二節。

(註46) 不列顛的北亞美利加法案第五六及九〇節。

(註47) 見布連挪 (Bourinot) 所著加拿大議會法程七六頁。

(註48) 見同上書六九四頁。

(註49) 參看下列公文及書籍：

(1) 聯邦憲法第一一三條；

(2) 一八七四年六月二十七日修正案第五九條；

(3) 杜斯，『瑞士聯邦之公法』(第二版)第二冊，九〇頁。

(註50) 但自一八九三年後，此項判決權已歸聯邦法院。參考杜斯，『瑞士聯邦之公法』第二冊，九二至九五頁及魯兒(Lowell)

『大陸政治與政黨』第二冊，二一七頁。

(註51) 聯邦憲法第一一三條及杜斯第二冊，九二至九五頁。

(註52) 聯邦憲法第一一三條及杜斯第二冊，九二至九五頁。

(註53) 聯邦政府的孱弱有兩原因：其一，在中央與地方政府間有權力的分置；其二，在中央政府內之機關(例如總統與元老院)中有權力的分配。第一原因生成於聯邦制度之內；第二原因不過偶然存在。在一部聯邦憲法之下，公共政府所有權力固可集中於一人或二團體。但如此佈置，公共政府因之變強，必至惹起列邦的畏懼及懷疑心理。故此制必無成立之希望。

聯邦政府常解作弱政府一語用時應有限制。世間固有少數列國惟有用聯邦制度乃能聯合者。聯邦的相互維繫固屬寬泛，但以彼此同心之故，有時乃成爲在事勢中所許可之最強固的結合。

哈勒斐錫民國(The Helvetic Republic)的失敗，足以昭示用力壓服獨立國家，使之同構成政治的統一之無效。

(註54) 就合衆國近日經驗觀之，此語用在一九〇八年(即此書第七板之年)，不如用在一八八五年(即此書初板之年)之較爲確當。



(註55) 瑞士聯邦憲法第九六條。

(註56) 但學者須注意一九一三年第十七次修正案前已言之。

(註57) 『憲法的主人』之一稱謂嘗受人批評爲過當(見 Sidgwick 所著政治學綱要，六一六頁。)其實不然。大理院的行爲，誠如吾友 Sidgwick 先生所言，常受限制：第一，審判員可受越權的彈劾；第二，有擾亂秩序的恐懼。除兩者外，尙有一種制限可以加入，即是增加審判員的人數以反抗原有人員的法律意見。本來大理院的判決，以先例 (Precedent) 的效力言，尙不如英國貴族院 (The House of Lords) 之有效。但使大理院果欲宣布一種法律意見以與在朝政黨相違反，則在朝政黨儘可加入與本黨政見相同之人物於大理院，以改變其法律行爲。(參看 Davis, 美國憲法論五二至五四頁。)由此觀之，大理院實不足配稱合衆國的主權者，至無疑義。此旨我未嘗不知，然而我依然感覺我的前言之不謬，即是每逢訟案當前，法院徐徐發布一種判斷，儘可以決定憲法的前程。譬如，即以司葛德一案 (The Dred Scott Case) 而論，此案的判決，尤其當判決時法院所發布的法律意見，至足以影響於畜奴及放奴兩方之詮釋憲法的方法，是其明證。故謂法院爲『憲法的主人』，我的意思只欲提示此旨，但並不欲暗示法院所運用者爲革命的權力。至於所謂法院因有惹起暴動的恐懼，遂不敢直下判決，而不得不出於妥協，是誠有之。但此等限制，雖專制君主，亦須順受。而且我的用意並不欲聲明大理院能運用君主所不能運用的權力。最後，尙有須注意者一事，即是如果法院要判決國會的威權在憲法上所受限制，他的法律意見未必不受美國公民的贊同。換言之，凡當法院所有憲法問題的意見，萬一與總統或國會所主張者有不同之際，法院常得到大多數的公衆扶助。

(註58) 看蘇臬 (W. C. Sumner) 所著的查克孫傳 (印於美國政治家叢書中) 一八二頁。

(註59) 參考 (Davis: American Constitutions; the Relations of the Three Departments as adjusted by a Century). 戴維士在『美國憲法論』一書中，反覆申言合衆國法院及列邦法院的權力，自聯邦成立以後，已逐漸增加。

見原書五五至五七頁。

(註60) 參看第四章引用篤奎兒原語。

(註61) 參看附錄，電後第八則，論瑞士聯邦主義。

(解1) 按，此書最初出版時爲一八八五年，最後修正出版時爲一九一五年。而德意志聯邦最初成立於一八七一年，是爲德意志帝國歐洲大戰而後，乃改建民國。德意志民國憲法頒布於一九一九年八月十一日，該憲法實出現於此書最後修正出版時期之後四年。故此書所稱之德意志憲法皆爲其帝國時代之憲法。

(解2) 按，『平民國家』(the Commonwealth) 建立於克林威爾 (Oliver Cromwell) 當國時代，自一六四九年，至一六六〇年止。『合衆省』(the United Provinces) 即是荷蘭的前身。其始合衆省本屬於奧國；迨至一六四八年，威士發利亞和約 (Peace of Westphalia) 成，始得獨立。自其獨立後，合衆省常與英王查理士第二的復辟問題有關係。因之，平民國家與合衆省在當時彼此交惡。

(解3) 按，此書於第七板(一九〇八年)以前，在英格蘭及蘇格蘭的合一之後，復徵引英格蘭與愛爾蘭的合一，以解證題旨。其後事體變異，英格蘭與愛爾蘭之合一頓改舊觀，故著者特以意大利之統一代用原文。

(解4) 按，洛特島現爲合衆國所有四十八邦之一，當聯邦政治未成立時，洛特島即爲英國之殖民地，由查理士第二代授與憲章，以資遵守。該憲章在殖民地憲法中頗有特殊彩色，比亞 (Charles Beard) 之『美國政治學文選』有載，可以參考。

59

Handwritten scribbles or faint markings.



大學叢書

英憲精義

下冊

戴雪著  
雷賓南譯

商務印書館發行

大 學 叢 書

英 憲 精 義

下 冊

# 大學叢書委員會

## 委員

丁燮林君 李書田君 秉志君 孫貴定君 程天放君 劉湛恩君  
王世杰君 李權時君 竺可楨君 徐誦明君 程演生君 黎照寰君  
王雲五君 余青松君 胡適君 唐鉞君 馮友蘭君 蔡元培君  
任鴻雋君 何炳松君 胡庶華君 郭任遠君 傅斯年君 蔣夢麟君  
朱經農君 辛樹幟君 姜立夫君 陶孟和君 傅運森君 歐元懷君  
朱家驊君 吳澤霖君 翁文灝君 陳裕光君 鄒魯君 顏任光君  
李四光君 吳經熊君 翁文灝君 曹惠羣君 鄭貞文君 顏福慶君  
李建勛君 周仁君 馬君武君 張伯苓君 鄭振鐸君 羅家倫君  
李書華君 周昌壽君 馬寅初君 梅貽琦君 劉秉麟君 顧頡剛君

大 學 叢 書

英 憲 精 義

下 冊

戴 雪 著  
雷 賓 譯



3 0600 9237 0

商 務 印 書 館 發 行

581.41  
21R  
2:2

40062

## 第二篇 法律主治

### 第四章 法律主治的體用

#### 第一節 引論

自諾爾曼征服（解1）以來，英格蘭的政治制度呈露兩件異彩；他們的存在與運行足以使英國所有制度別異於他國所有。

兩件異彩中之第一件是：中央政府在通國之中居於至尊地位。當民族歷史初期，這種國家的威權集中於君主一人的身上；因此之故，元首所有權力實足以代表國家所有。英王在此時不但是保安的靠山；而且是法律的淵源。所以當時法院有一格言（解2）：『一切權能都寄附於他的身上，而且從他一人自身發軔。』（註1）這句格言，從造端時說起，原來根據一件現成的及無疑的事實而發出。如今時移勢易，王室固有的至尊權力已經禪讓於巴力門，而變成巴力門的主權。巴力門的主權是本書所有主題之一；（註2）惟



上文早已闡發題義而無餘蘊，是以此章無庸深論。

兩件異彩中之第二件與第一件甚相關切，他是法律的至尊性，或稱法律主治。這是我們的政治所有怪異性質；法院有一條老規矩（*old law*）最能將此項性質表白清楚；即是，這種法律是最貴國寶，為君主所有；全國人民以至君主本身都須要受治於法。倘使法律不能為政，以至全國無法律，必至全國無君主，復無任何遺產之可言。（註<sup>3</sup>）

這個法律的至尊性，倘自別的視點觀察，是個人權利的一種保證，為英憲所授與。他是英憲所有第二異彩，因之，他的奧義即為本書第二篇所欲探討。

外人之覘國者，對於此項英吉利政情，深滋怪異，復不覺感慨繫之。於是政論名家，如福爾泰（*Voltaire*）、狄龍（*De Lolme*）、篤奎爾，或格乃士（*Gneist*）一流，（解<sup>3</sup>）雖則均屬外產，然而他們所有觀感英吉利政治制度的印象，實較任何英國本國人為深刻。依他們的觀察，英格蘭是一個國家，有獨與其他國家立異的一點，就是法律主治。法律精神與英國人的習慣，兩相結合，牢不可破。因此之故，他們關於此一異點最多感觸。就所有上列諸人之中，莫如篤奎爾最能道達這種驚訝或嘆美的情緒。篤奎爾嘗就守法精神一要旨，取一八三六年之瑞士與一八三六年之英格蘭相互對勘，而得到下文的結論。

篤奎爾曰：「我在此頗不欲以合衆國比瑞士；（註<sup>4</sup>）惟欲以英格蘭與之相比。倘若你要考察瑞士與英格蘭時，或則縱使偶爾行過兩國時，你終要自然而然也感覺到兩國間所有相互異點。兩相比較之餘，我

們儘可概括地下一斷語：即是英格蘭到底是比這個希勒弗惕民國（The Helvetic Republic）（解）更富有平民政治的精神。這一點差異，隨處可在兩國制度中尋見，尤可在他們的風習（mœurs）中尋見。

（1）在幾乎全數的瑞士州郡中，報紙的言論自由，只是一件最近纔有的事。

（2）又在幾乎全數的州郡中，個人的自由並不被充分保證，因之一個人可受行政處分，而至於被逮及被押獄中，無須經過許多法律手續。

（3）大概言之，瑞士法院不有完全獨立的地位。

（4）在全數州郡中，以陪審制度折獄，至今未有。

（5）在幾處州郡中，他們的居民在三十八年前絲毫不有政治權利。徵實言之：鴉皋（Aargau），蘇（Thurgau），惕星（Tessin），弗奧特（Vaud）的全部，及沮利克（Zurich），比恩（Berne）的一部，皆屬此類。

上方所得結論，用以批評瑞士風習，較之批評制度更見真實。

（1）在許多瑞士州郡中，大多數國民對於自治十分無興味，因之，並未有這種習慣。倘若國家有變亂發生，他們儘管盡心經營私事，絕少留心公務。至於英吉利人民則異是，他們盡瘁國事，絕不以私害公。

（2）瑞士報紙，以新得自由之故，往往好濫用此項權利。故以瑞士新聞報與英吉利新聞報相比較，前者常傾向革命論調，後者尚屬實際而切當時勢。

(3) 瑞士人似乎仍視集會結社爲一種革命的工具；此類傾向正與法國人無異。他們還不能及英國人民專以集會結社爲一種極緩却又極穩妥的政治改革的方法。原來集會結社不只是一種技能，而且是一種國民應有權利，瑞士人民似尚未認清此旨。

(4) 就愛直道一端論，瑞士人民遠不及英吉利人民。瑞士的法院在政治措施中不能置喙，而且不能以法律意見引導輿論。以法律意見領導政治行動與愛直道兩事，原來是自由人民的最顯特性。

(5) 最後，瑞士人民究竟尙缺乏幾種政治習慣：即是，尊重直道，愛好法律，與不黷武力。數事皆自由人民所以能存在的要素，最顯著於英國。

繼此我當以數語綜括前論。

無論何人，倘若曾在合衆國遊觀，必不能自禁其爲一件事實所感動：即是，以自由的精神能固結亞美利堅人民的習慣若是，復以他們又能篤嗜自由若是，合衆國的國體只好是民主國家。同樣以英吉利人民所有政治習尙論之，倘謂英國的政體，除却自由政府外，竟可成爲專制政體或其他政體者，實不符於事理。至於瑞士則異是。假使現有民主制度竟被暴力摧殘，瑞士人民，或不免於短期間變故之後，習視自由的失去爲常事。故以三國所有政情互勘，英美兩國所有自由在人民的風習中實較在法律中爲盛；瑞士所有適與英美兩國相反。(註5)』

綜觀篤奎爾所批評，就中有兩要旨，恰與法律主治的題義十分關切：第一，他的議論足以提示法治是

英吉利制度所有顯著特性。第二，這種議論足以指點英吉利民族的一個品性實在可以注意，然而極難以言語形容。篤奎爾在觀察中蓋遇有一難題焉，他明明認識一件異彩的存在，但仍不能區別這件異彩於他種政治心理以外。所以他不免有時竟使這異彩與自治的習慣，秩序的愛好，直道的尊敬，及法律的傾向等事互相混淆。本來諸如此類之政治心理原互相聯屬，然而他們決不是同一事實。倘若竟將彼此互相印證混爲一談，則又不免陷於不正確之病。雖然，篤奎爾評衡政治，素稱精細，但仍不免有此失，至爲可惜。况旁觀者清，當局者迷，我們自己於此必知所自傲。是以通常我們論及英國，我們輒謂英吉利人民尙法治，或謂英吉利憲法具有法律的至尊性。此類用語，在發言者自觀，雖則含蓄實際的義理，然而在他入聞之，只覺廣泛無稽。然則將欲領會法律主治或法律的至尊性，或法律的優勢（rule, supremacy or predominance of law）等術語所包含奧義，我們必不可不先確定此類術語所有真諦，至爲明白易見。

## 第二節 法律主治的三個指意

每逢本書論及法律的至尊性，或法律主治，是英吉利憲法的一個主要特性，我們通常概括三個分明而又聯立的概念。茲當分別提示之。

### 第一目 武斷權力的不存在

第一，概念指明凡人民不能無故受罰，或被法律處分，以致身體或貨財受累。有一於此，除非普通法院

會依普通法律手續，訊明此人實已破壞法律不可。用在如此指意時，法律主治與下方所陳一個政制剛相反。這個相反的政制是在政府中有一人或數人能運用極武斷，又極強奪的制限權力。

今代英吉利人驟聞此語，會須驚訝，以為『法律主治』（依本文所用指意）何事？那能令英吉利制度專美？倘自今日政情觀之，凡在文明而又有秩序的國家內，這種政治幾成普通慣習，似乎非英國所專有。雖然今代歐洲大陸已盡被文明國家所佔居，此類政象復不能謂為完全缺乏於大陸；但即就現況觀察，我們仍敢相信，用在這種狹義的『法律主治』一事，實是英格蘭所有別相。否則再推廣言之，我們只可說這種別相惟附屬於一切國家之會傳受英吉利傳統思想者如合衆國之類。此外國家之散佈於歐羅巴大陸者，行政院概具有大權，遠過英國行政院所有。譬如，關及逮捕，羈押，以至驅逐出境等處分，大陸各國行政院實能運用極大的裁奪威權；英國行政院必不能企及。試一考察歐羅巴政治，英國讀者必不禁得到一種感想：即是，大凡行政院能以裁決權能（discretion）（解5）執法，就中即不免有許多武斷性（arbitrariness）（解6）而在一民主國中，一如在君主國中，行政院若有法律上之裁決威權，人民必至受不健全的法律自由之累。

然而此固未可以概論。倘使我們專就二十世紀的歐洲觀察，我們似須讓步。這是要說，在幾乎全數的大陸國家內，法治漸能確立，仿佛英國。在此際假使個人不要牽入政治或只要能遵守法律，此人可以無須畏懼政府，個人的自由不至受害。誠如是，我們推理所及，必至遇一件難事：即是，法律主治既成普遍現象若

此；然則一般外國政論家必欲以武斷權力的不存在爲英憲的主要特性者何故？（註6）

雖然，此非真難事也。假使我們能回顧百年以前情事，至於英憲最初被批評又被頌揚之際，這種迷瞶必可以渙然冰釋。當在十八世紀中，許多大陸政府本不是暴虐；然而在任一國中，無一個人能安居於武斷權力以外。惟有英國在此際能卓然有所樹立。試一考究他的特長所在，讀者自見此項特長不是在於善政，復不是在於寬政，却是在於政制中之法律性。故當福爾泰離去法蘭西而遊英格蘭時，他所有最強大的情感是：他適纔舍棄一個專制國家，復正在行入一所在地；這所地方所有法律儘管是嚴刻，然而當地人民只受治於法律，而不受治於人情好惡（*caprice*）（註7）。福爾泰者法國文學家也，不但他的文學恰足以代表他的時代，而且他的感情亦足以代表他的時代。於是他儘有充分理由以抉出雙方所有差異。試再就個人的身世所遭逢考之：在一七一七年福爾泰曾因一首詩之故，被發放於巴斯體耶獄中，不但福爾泰未曾寫這首詩，而且他不知作者誰氏，復不表同情於詩中所表情感。願一被誣陷，福爾泰縱有口舌亦不能自辨。尤可異者，當時攝政處分此案實等於戲弄他人毫不經意。攝政謂此首諷刺詩既以「我未曾見」爲題，他的作者即應受命入獄，庶幾這個詩人「得見前此所未見」。於是福爾泰遂不能不入獄矣。又在一七二五年，福爾泰赴一位公爵之宴，飲食之際，福氏忽被強奴迫令離席，復被鞭撻於這位公爵之前。當是時，福爾泰的文名鵲起，在國內已有文豪之稱，願不能取得一機會，以求申雪。後來因爲他自不量力，尙以此受辱爲言，卒須重遊巴斯體耶一次。誠然，這次是他入獄的最後一次，但終此一生，他常時與武斷權力相衝突，復相抗

衡。因此，他的生命屢瀕於險。(註8)幸而他的文名，他的豐耳，他的機變，與最後他的財富，尙能拯救這位詩人，使受罰不過於暫時入獄。然則法國在當日所有政治，蓋一味專尙武斷若此；至於英國所有則何如？任何人倘欲灼見法律的至尊性在十八世紀中之英格蘭是怎樣稀罕的一個政治現象，讓他自讀摩梨所著狄爹裸特傳（解7）。按本傳，法國在那時只有一部百科全書（解8），尙須費二十二年之磨折，方得完全出版問世，一般著名文學家由之方能得一機會以發洩積憤。即此一端，無論就抗爭的困難着想，或就抗爭的成功着想，俱可概見法蘭西政府所有武斷權力之大。

路易十五世（Louis the Fifteenth）在法蘭西皇室中原屬暴主，所以百科全書阨於御用特權，難於出版，當不足怪。不過此類跨越法律的皇家舉動，初不限於路易十五世；因為他只是法蘭西行政系統的產兒。試觀在路易十五世之後登位者實爲路易十六世，其爲人本非暴戾，然而武斷權力仍時時運用如故。由此可見武斷權力與法國政制原來兩相繫屬，不可分離。惟其如是，倘若有人假設一類事實，謂法律主治早存在於一七八九年前之法蘭西君主國家，如此設想只是謬誤。讀史者不嘗見爹雍武士（Chevalier d'Éon）之待遇（解9）乎？這人所受待遇的愚騷，屈辱及神祕發生於百年以往，恰如冒名欺騙以要素權利之舉動發生於今日，足以聳動他人視聽而作談資。此類事實，自今日觀之，至不足道，復不值追憶。但我們於此有必不能忘記者一節：即是在一七七八年，即當約翰生（Johnson），亞當斯密（Adam Smith），稷本（Gibbon），考別（Cowper），布雅克（Burke），及曼斯斐爾（Mansfield）等生存之日，即當亞美利堅獨

立戰爭尚在進行之時，又即當全國會議（The States General）開會前十一年之期間，竟有一名武士及一個有名外交家，不知所犯何罪，不經審訊，復不經定讞，竟遭疑忌，復受奇辱；而此類罰則與奇辱，雖在東方專制主義國家亦不敢創制及施行。（註。）

雖然，讀者慎毋因此一節，遂遽然想像在十八世紀中法國政府當比其他大陸國家之政府，較為武斷。設此假想只是誤會大陸的政情。按實言之，法律與公意，在法國中，以視在西班牙中，在意大利小邦中，或在日耳曼市府國家中，尙能比較地見重。至於專制政體之弊害所有已經存在於法國者，不特並行於上列各邦，而且爲害更烈。正以太過刻毒之故，上列各邦之苛政，筆不勝書，口不能盡道；於是世人視聽，乃撇却上列各邦而移向法國。是故法蘭西君主的權力，比諸散處歐洲二十許小霸王之藐法行動，反受極嚴厲譏彈者，並非因爲前者較後者爲更暴虐；實因自世界眼光觀察，一則以法蘭西民族在十八世紀之進步論，亟應取得大量自由；二則以傳統思想論，法蘭西自古素爲專制政治之中心。惟是，巴斯體耶的陷落，遂博得全歐之同情。實則當那一堡壘被攻破時，在內囚犯不及十人；而在英國牢獄，負責囚徒之奄奄待斃者不下百數。願英人在當日爲感情所蔽，遂不能分別審察。乍見之際，他們慶賀法國革命成功的狂熱，實爲生在二十世紀的英人所不能了解。但試詳細玩味，則這種同情瀰漫於文明世界間，橫極東西，縱盡南北，自有緣故。巴斯體耶非他物；他只是毫無法紀的權力之一種象徵。所以他的陷落，當足以惹起歐洲人士的感觸，（而且此項感觸至屬確當，）以爲這種捷報，實所以報知其他大陸國家，謂向來存在於英國中之法律主治，行將代武



斷權力而興起。(註10)

第二目 普通法律與普通法院居優勢

第二概念指明，(註11)在英格蘭四境內，不但無一人在法律之上；而且每一人，不論為貴為賤，為富為貧，須受命於國內所有普通法律，並須安居於普通法院的管轄權之治下。

法律平等的意思，(這種意思換一句話說，包含凡人皆受治於普通法律，而普通法律復執行於普通法院)被推行於英國中，蓋已達於極大限度。所有在職官吏，自內閣總理以至巡士或徵稅差役，倘若違法，一律與庶民同罪。故當他們以個人資格行事而犯罪時，法院固然無所寬假；縱使他們不以私人資格犯罪，惟因執行公務而至於越權，法院仍責令賠償損失。諸如此類之案件司法公報至多刊載。故有一殖民地總督，(註12)一內閣部長，(註13)陸軍將士，(註14)以至一切屬吏，雖則執行上司命令，然而必不能越權行事。倘若所行之事有為法律所不許，這個官吏，須自己負責任，一如私人或非官吏須對於自己行為負責任。誠然，兵士，(註15)或國立寺院僧侶的法律地位，在英國一如在他國，與尋常百姓的法律地位頗異；即是，前者除受治於普通法律外，復各被管轄於一種特殊法律；這種特殊法律實未嘗治理普通人民。因此之故，他們在某種特例中須求平反於不同普通法院的一種裁判所。這是要說，官吏有時在一定範圍中受治於所謂『官法』(Official Law)。雖然，這件事實並不矛盾上列原則。(即是，凡人在英國內皆受命於本國普通法律。)誠以一個兵士，或一個僧侶，縱使因地位關係至於負荷尋常百姓所不負荷之法律責任，但並不以

此之故便能拋棄普通國民的本分。

就一個英吉利人的眼光觀察，他自然不免有一想像，以為法律主治（依本文所用指意）只是任一文明社會通有的習尚。然而這種假設實屬謬誤。大概言之，歐洲在十八世紀以前，貴族、僧侶，以至他種人物均能藐視法律；至十八世紀之末，歐陸民族之大多數漸能脫離這一時期而演進。若以英格蘭而論，貴族僧侶的無法時期，早於十六世紀之末，經人民以流血解脫。但嚴格言之，雖在今時大陸國家中，若云，人人受治於同一法律，或云，法院在通國中為至尊，此節未見得可以完全證實。試以法蘭西為實例。在法蘭西中官吏——在此名詞之下，所有服務於國家內之各種機關的人物應盡數包含——當在職時，於一定範圍內，不但被撇開於普通法律以外，超越於普通法院的管轄權之上；而且有幾時受治於官家所執行之官法。如此論斷，驟聞之，未免驚人；細察之，卻是絲毫不謬。

### 第三目 憲法的通則形成於普通法院的判決

第一第二概念既明，尚餘第三概念必須探討。法律主治，或法律精神的優勢，用在第三概念時，亦可稱為英吉利制度的專有德性。在此際，我們儘可斷定英憲是完全被法律精神的優勢浸淫瀰漫。我們要下這一斷語，自有確鑿根據：即是英憲的通常原理（譬如即以人身自由的權利或公眾集會的權利為例）的成立緣由起於司法判決，而司法判決又起於民間訟獄因牽涉私人權利而發生。（註16）可是，在多數外國憲章之下，個人權利的保證只能形成（至少在外表上是如此）於憲章的通常原理。

這個法律主治的指意至足以解明時論所暗示之一件事實（至少是他的一部份）即是日常所謂「英憲未嘗被造出，只自然生長。」這句話未免誤人。倘若拘牽文義以求之，此項隨感實不合於名理。是故穆勒（Mill）有言：『政治制度（無論發言人在命意遺詞時怎樣不理會）是人工所造，他們須靠人類意志而產生，而存在。人們並不於夏天睡醒之後就看見這些制度湧起。況且他們並不是如樹木一般，可以於一次栽植之後，雖當人們酣睡時，即在夜間生長。是故他們的存在，無論在那一時期，純賴人類的願力。人類要他們怎樣，他們便成（註18）怎樣。』

雖然，論理本應是如此，但我們須留意一句定訓，即是，政體的生成與人民的生活煞有密切關係，以彼此關係如是密切，我們如必欲待遇政治制度，以人類願力下之一類產品，似乎甚難。所以這句定訓，雖是略近游移，到底能將一件事實提示。這件事實為何？就是許多政制，在其中英憲就為一顯例，並不會被人們以一口氣造出，而且遠非一次立法（依通常意義解釋）所製定；反之，他們卻是千百年來法院替私人權利力爭而得到的結果。簡約說：英憲只是一宗裁判官造成的憲章。在表面他附帶着裁判官造成的法律許多善良或惡劣彩色。

因是之故，英格蘭的憲法呈露許多異彩，確與外國憲法立異。試一一曉示之如下文：

第一，在英憲中我們不見有各種權利的宣言或定義；在外憲中，外國憲法家都視之等於金科玉律。而且這樣原理，當研究英憲時你可以發見，實是在法院判決之下確立的準規。這些準規是從審判員的判案

或隨感中取材；或從巴力門因爲應付及解免人間冤苦而建立的法案（在此際巴力門儘可視同高等法院，他的意見並可視同法律意見）中提要；隨之以造成概斷或通則。再用別的方式表示可得個人權利與憲法相互關係一節。英憲與外憲不同：在外國如比利時者之國中，憲法是立法行動的結果；而在英格蘭之中，憲法本身是以法律的判決爲根據。世上儘有許多國家，他們的憲法是一件慎思而發出的立法行爲；比利時即是一個好榜樣。是故就比憲而論，你可以真實地斷定，謂個人對於人身自由的權利是從憲法產出，或被憲法保障。若在英國則不然。個人對於人身的自由權利所以成爲憲法之一部者，只因爲此類權利會經法院以判決擁護之故；同時復因爲出庭法案（解10）整個的承認與推行之故。倘若名學的法式可被用以解答法律問題，比憲與英憲所有差別可以名理陳述之如下：就是在比利時中，個人權利是從憲法的原理演繹出來之結論；在英格蘭中所謂憲法原理是由法院涉及每個人所有權利的判決案歸納得到之通則。

這種別異自然是不過一種形式上的區別。若就實際上立論，倘若自由在比利時中，一如在英格蘭中，只得到同樣安全，則保證個人權利的主力或爲憲法，或爲四境內之普通法律，殊可以不必拘泥。雖然，有一問題於此，我們必須注意。這個問題是：人身自由的權利，或信仰自由的權利，究竟是否安全，必賴一個考究所得答案以爲判斷標準。這個考究的主旨是要問明制憲人物在制憲時所有着手工夫。至於答案可有兩種：其一，制憲者可從權利的宣言或界說開首；其二，制憲者又可從所以衛護或強行權利的方法起始。兩種

着手工夫互異，他們所收效果隨即不同。試觀外國制憲所爲；他們大概自權利宣言着手。但試進一步而推求其故，此舉之成立，一則因爲時勢激盪與要求，二則因爲制憲者自己感覺，以爲如此行動確是立法者所有本分。不幸外國憲法家只見其一，未見其二；所以他們徒勞心焦慮以規定權利，卻不能留意於補救方法的籌備，使此類權利於宣告之後得以見諸實行。此等不幸事實凡有歷史知識者諒能灼見。試以實例作證。例如：一七九一年憲法即檄告全國以良心自由，出版自由，集會權利，及官吏責任。（註19）但試一按之實事，從來個人權利之常被蹂躪一若憲法未嘗存在者；稽之歷史記錄所及，當以法蘭西大革命時所遭逢爲最慘酷。又如，卽就今日情勢而論，倘謂個人權利在法蘭西民國之下，衛護周至，可以平比英吉利君國，任一旁觀者驟聞此語，亦要懷疑。是何以故？則以法蘭西民國實未設備權利受損害後之救濟方法故。英國則大異是。故在他一方面，權利本身與強行權利的方法在英憲中常有不可分離的相互聯屬。所以古語稱道，在有法律之地卽有救濟辦法存在。（解11）如此準備至關重要，非僅同一種同義異字的言陳已也。試專就憲法運行方面着想，我們可以發見英吉利人民務求實際的傾向。當他們逐漸構成一套極複雜的法律與制度而稱之爲憲章之際，他們實努力於籌備所以實行某一種權利之策略。換言之，他們注意於救濟侵權行爲的損害，勝似宣示人的權利或英吉利人們的權利。譬如，出庭法案並不宣示何種原理，或規定何種權利；但此類法案的效實，在實用方面可當保證個人自由的憲法條文一百條。討論至此，學者幸勿遽作假設，以爲權利與救濟方法的聯屬賴有瀰漫於英吉利制度的法律精神方能成功。因之，此類聯屬遂與成文憲法的

存在不相容；尤其與宣布人權的憲法不相容。試徵實例：譬如合衆國憲法與各邦憲法同是成文，又同含有權利的宣言（註20）；但美國政治家卻具有超越平凡的政治技能以籌謀所以救濟侵權行爲之善法。同時，法律主治又爲合衆國政制所有一個特殊彩色，無殊英國。

不寧惟是，這種事實，即是在多數外國中，個人的權利（譬如對於人身自由的權利）靠該國憲法以存在，而在英格蘭中，此類權利本先由法院替個人爭得，然後由憲法以通則作概括地申明，更有一重要效果。是故權利可以憲法保證者，即可以法律暫時停止效力，此事在外國中常時慣見。即當在運行時，他們亦與普通法律不同塗徑，於是乃生法外有法之嫌。試以比利時所有情狀作解證：譬如比利時制憲人物特於憲法中作人權宣言聲明個人自由受確實保證，即不啻暴露他們對於個人權利的觀察點大異於英吉利諸家所有觀察點。原來同是權利，我們甚難以指出某項權利應比他項權利較受制憲者另以青眼看待。例如人民不受非法逮捕的自由及享用自己所有財產的權利；又如意見可以任意發表的權利，惟至於誹謗有據乃負賠償責任；又惟至於煽亂或瀆神證實乃受刑法處分。諸如此類之權利，自英吉利人們視之，似乎同建築在一個基礎之上，就是同在普通法律之上。假如要說『憲法保證』某項權利過於他項，自英吉利人們聞之，直是一句非人情或無意識的說話。但在比利時憲法中這些字句卻有一定指意。他們的指意含有除非以非常立法手續變更憲法，政府無從以法律侵害個人自由。雖然，此節指意尙非我們目前所有急須解決之問題。目前所應注意者只有一點：即是在個人權利受憲法特別保證之地，此際即有一個法律意

思流露，復表示此類權利可被停止或被棄置。反之，在個人權利本以附着國內尋常法律之故而構成憲法本體之地，此類權利與國內尋常法律相終始。自非以革命手段，推翻國內所有制度與風習，此類權利必不任受破滅。由此觀之，此類權利，以性質論，兩地從同；而以地位論，高下懸絕。誠然，英國所謂『出庭法案的停止效力』頗近似外國所謂『憲法保證的停止效力』。但前者究竟與後者有分別。其實通常所謂以議案停止出庭法案一種舉動，並不如公衆所解釋之嚴厲；這種舉動不過能擱置所以保護個人自由的一件特殊救濟辦法而已。是故出庭法案縱被暫時棄置，英吉利人們仍能享用國民的權利如舊。是何以故？則以英吉利憲法本建築於法律主治的大義之上；此大義苟不廢棄，憲法下之權利必能永存故。如謂法律主治的大義竟可廢棄，此等現象惟可出現於大革命。

#### 第四目 綜括上文法律主治的意義

由此觀之，法律主治實構成英憲的基本原理，共含三個指意。換言之，法律主治可由三處觀察點審視。第一指意解作國法的至尊適與武斷權力相違反。四境之內，大凡一切獨裁特權，以至寬大的裁奪威權，均被屏除。英吉利人民受法律治理，惟獨受法律治理。一人犯法，此人即被法律懲戒；但除法律之外，再無別物可將此人治罪。

第二指意解作人民在法律前之平等。換言之，四境之內，大凡一切階級均受命於普通法律，而普通法律復在普通法院執行。當法律主治用在此項指意時，凡一切意思之含有官吏可不受治於普通法律及普

通法院者皆被屏除。因此之故，在英格蘭中無一物可符合法國所謂『行政法』(droit administratif)或『平政院』(tribunaux administratifs)。(註<sup>21</sup>)誠以行政法有立於法律背後者一個觀念，這個觀念是凡事涉政府，或案關公家僕役，應由具有多少官家性質的機關處理。惟其如是，英格蘭的法律對於此項意思蓋未嘗前聞；他的傳統思想與風習復與此項意思絕端反對。

第三指意表示一個公式，用之以解證一件法律事實。這件法律事實是：凡憲章所有規則，在外國中，皆構成憲法條文的各部份；而在英格蘭中，不但不是個人權利的淵源，而且只是由法院規定與執行個人權利後所產生之效果。申言之：英吉利法院及巴力門常用法律行為，以測定元首及公僕所有地位，即以保障個人權利。由是歸納此類法律行為便得私法的各個原理；綜合此類原理便得英憲的重要成分。然則憲法在英國中只是普通法律運行於四境內所生結果。

### 第二節 法律主治在發展進程中所生影響

關於法律主治的本體，本章於上文既已詳論。繼此我們必須尋求這條大義在應用上所生之效力。如其不然，上文所已探討將成空論；因之，我們所得至屬有限。倘若我們真要明白此一原理在各方面之發展有何意義，我們必須勉力在所有憲法條款中追尋他的影響所至。最善之法莫如仔細考察英格蘭的法律用何方式以處理下方論題：即是，個人對於人身自由的權利；(註<sup>22</sup>)對於討論自由的權利；(註<sup>23</sup>)公衆集



會的權利；(註24) 戒嚴法的用處；(註25) 軍隊的權利及義務；(註26) 公家歲入的徵收及支付；(註27) 及關員的責任。(註28) 此外，存在於英格蘭中之法律主治的本體當以存在於大陸國中之 *Droit administratif*，或行政法，反證而益顯。(註29) 這些論題我們當依次探討兼論列於下文。

雖然，在未涉入各論題之前，讓讀者先記取本書所有旨趣。原來這部書中之第二篇的用意並不要對於出庭法案，或其他保護人民自由的議決案，供給讀者以精審詳明報告；但只要開示憲法所有大綱，一如上文所條分縷析，(不妨用假借法稱之爲 *theses, articles*，即這些憲法條文) 不但皆是，而且足以解證國法在通英吉利制度中之至尊性。(註30) 倘若將來竟有編纂憲法之一日，我在本文所提出的論題，就中逐一題目會須列入憲法法典中成爲專節。其實在這些題目中，會有多條今已具列於外國的成文憲法，最顯著者就是比利時憲法。比利時憲法，上文曾經提及，最能將英吉利立憲主義的綱領綜括條列。因此之故，研究英憲最便之法，莫如摘取比利時憲法(如必要時採及他國憲法)的條文之與本題有關者，(例如個人對於人身自由所應有權利) 仔細參詳，以尋出條文的字裏行間所含原理，到底已得英憲承認至於什麼程度？倘若承認的程度既經測定，我們還要更進一步尋出英國法院所以維持及強行此項權利之方法。綜合此兩事以進行研究，英憲所有大義必可以豁然貫通。從來英吉利憲法所以不大昭彰者只由我們甚少取之與他憲互勘。在此處一如在他處，將欲認識英憲，比較研究實屬必要。

(註1) 見年鑑第二十四冊，在愛德華第三時代報告格乃士在他的英吉利行政法 (Englische Verwaltungsrecht) 第一冊四五四頁引用此語。

(註2) 見本書第一篇各章所論。

(註3) 見年鑑第十九冊，在軒利第六時代報告格乃士在英吉利行政法 (Englische Verwaltungsrecht) 第一冊四五頁引用此語。

(註4) 讀者須知篤奎爾所下評語是在一八三六年發出，當是時瑞士聯邦憲法尙未創造，故所有政象迥異一八四八年以後所有。由是，評語所指摘者有許多已不適用於一九〇二年之瑞士。(譯者按，本書係在一九〇二年翻板第六次，戴雪即於是年加入這條註脚，故云。其實，我可以代補一句：當云在此類評語中有許多批評更不適合於一九〇二年以後之瑞士所有政情。)

(註5) 看篤奎爾全集，第八冊四五至四五七頁。

(註6) 孟德斯鳩曰：『自由是個人在法律所許可的範圍中任意行事之權利。倘若一個公民竟能作法外行動，他就不能再有自由。因為既無法律以爲界限，他人儘可效尤而任意行動，於是他的自由反被剝奪。』見法意卷十一第三章。

又曰：『在現代中惟有一個民族，以憲法直接處理之故，能有政治自由。見上書第五章。』這個民族就是英吉利民族。

(註7) 個人所有遭際既令福爾泰不能不作避地之計，故隨所至之地，福爾泰極留意於當地制度。每遇武斷權力不能施行之處，福爾泰常流連不忍去，備極愛慕。在英國時，嘗自言曰：『在此地思想極自由，不受限制。』英國人民在國境內儘可以昂首闊步，不用顧慮他人敢毀傷他的一根頭髮，更不至愛懼皇帝以御旨逮捕放逐或無辜監禁。外人之來居者不但可以呼吸自由空氣，而且能與本國人民同受安全保護。見 Desnoirestres 所著 Voltaire Lettre 第一冊，三六五頁。

(註8) 見同上書，三四四至三四四頁。

(註9) 讀者須知法國即在全國參政會議既開之後，法王尚不願意完全拋棄以御旨逮捕或放逐人民的特權。(此特權名為御用逮捕狀 (lettre de cachet) 參考當時所發布的公文 Declaration des Intentions du Roi. (君主意旨的宣示第十五條載於 Plouard 法蘭西憲法十頁)。

(註10) 如欲明白當時英吉利人民對於法蘭西人民處在奴隸地位所懷情感，參考 Goldsmith 世界的公民，第四封通信。如欲對勘英吉利貴族費列爵主 (Lord Ferrers) 之所以得死刑之由，純與法蘭西貴族因與君主有戚誼而免死之事實相反對，參考同上書第三七封信。又如欲明白歐羅巴全洲在此時所有感念，參考篤奎爾全集，第八冊，五七至七二頁。法律主治的意思在此際並同時含有即使君主或官吏犯法亦與庶民同罪，必無幸免。試觀權利草案 (Bill of Rights) 序言第一則便明。參考 Stubbs 憲章選錄(第二版)五二三頁。又比較下列兩成案：

(1) Miller v. Knox, 6 Scott, 1;

(2) Attorney-General v. Kissane, 32. L. R. Jr. 220.

(註11) 第一指意上文已論及，見本章第二節第二目。

(註12) 殖民地總督一度越權即須負責，可以下列成案解證：

(1) Mostyn v. Fabregas, Cowp. 161;

(2) Musgrave v. Pulido, 5 App. Cas. 102;

(3) Governor Wall's Case, 28 St. Jr. 51.

(註13) 內閣部長一度越權即須負責，可以下列成案解證：

Entick v. Carrington, 19 St. Jr. 1030.

(註14) 陸軍將士一度越權即須負責，可以下列成案解證：

Phillips v. Eyre, L. R. 4 Q. B. 225.

(註15) 兵士在法律上所居地位，下文第八章第九章行將詳論。

(註16) 法律主治與外國所有行政法極相反對，閱讀下文第十二章自明。

(註17) 憲法的原理在英國中為法院判決之結果，可以下列成案解證：

(1) Calvin's Case, 7 Coke, Rep. 1;

(2) Campbell V. Hall, Comp. 204;

(3) Wilkes v. Wood, 19 St. Jr. 1153;

(4) Mostyn v. Fabregas, Comp. 161.

此外巴力門的法律宣言，如權利請求 (The Petition of Right) 及權利草案均與法院判決有連帶關係。

(註18) 見彌勒代議政治四頁。

(註19) 參考下列兩書：

(1) Plouard, 法蘭西憲法，一四至一六頁。

(2) Duguit et Monnier, 法蘭西憲法(第二版)四至五頁。

(註20) 或者謂在英美兩國公文中，權利請求，權利草案，以及權利宣言，同以宣布自由大義為事。此類公文極類似外國制憲者所常稔道的人權宣言，尤其類似一七八九年法蘭西大革命所發告之個人及公民之權利宣言 (Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen)。以文字論，兩類公文固然極相類似，但以法意論，兩類公文的相似點實不如雙方彼此的互異點。

較足令人注意。試觀權利請求及權利草案之用意，與其稱之為對於人權的宣告，毋寧稱之為對於君主特權或積威的否認。而且否認之餘，兩種著名公文均用一種司法判決的方法決定君權的濫用均作無效。是以在幾及全數的條文中無一不要把假借特權以肆虐的行政加以否決。至於合衆國憲法所載各項宣言甚類似大陸憲法所宣告之個人權利及自由，是誠無疑。他們同是十八世紀盛行的學說下之產物，故有如此類似點。但試一就法律用意考察，美憲的宣言仍以控制國會的行動為職志，酷似英憲所抱目的。蓋英格蘭的人民在十七世紀時所患者為君權太大，故有以議案否決特權的肆虐之舉動；北美殖民地人民在十八世紀所苦者為巴力門專政，故有以憲法條文束縛立法機關的立法之行爲。然則英美兩憲的用意只是一樣，惟大陸憲法則大異是。大陸憲法的用意只在於以此項宣言希圖作一種對於人權的普遍保證。

(註21) 參看下文第十二章。

(註22) 見下文第五章。

(註23) 見下文第六章。

(註24) 見下文第七章。

(註25) 見下文第八章。

(註26) 見下文第九章。

(註27) 見下文第十章。

(註28) 見下文第十一章。

(註29) 見下文第十二章。

(註30) 平等法律的主治，在英格蘭中今日忽陷於危機。試觀普洛克 (Sir F. Pollock) 所言即可概見。普洛克曰：「在一九〇

六年所通過勞資爭執法案 (The Trade Disputes Act) 中巴力門給與資方與勞方各以結社自謀之權利，甚至代雙方之一奔走的人物亦有同機權利。自此之後，英國人民因資方或勞方利益而結合者均可免以法律譴處。此爲非常超越法外的權利，至有害於法律平等的原則。法律科學對於此類政治試驗的施行甚不願與聞而多有非議，是以我們只得希望殖民地中之法院，能於所有管轄權內，繼續母國法院未竟之志，以努力造成法律平等的坦途而已。』 Pollock, Law of Torts, (8th ed.) p. v.

(解1) 按，諾爾曼征服 (The Norman Conquest) 開始於一〇六六年，自此之後凡一百五十年間，英格蘭常受外族宰治。但正因在外族宰治之下，復因在威廉克服者 (William the Conqueror) 領導之下，封建制度，雖得盛行又確立於西方歐羅巴，終不能存在於英格蘭。在英國中，以中央政府甚強有力之故，貴族不能恣肆，君國根基遂日見鞏固。參考 Green 『英吉利人民歷史』第一冊卷一第四章封建制度與君國。

(解2) 按，此格言係用諾爾曼的法文 (Norman-French) 寫成，茲錄原文如下：  
"tout fuit in juy et vient de lui al commencement."

(解3) 按，狄龍，萬奎爾，及格乃士與英吉利制度之一段姻緣，上章已經解明，惟有福爾泰的行事尙待敘述。福爾泰以一六九四年生，以一七七八年死，生死皆在巴黎。年九歲，入 Collège Louis-le-Grand，十七歲離校，福爾泰以能文著名。一七一六年福氏以文字姻緣獲罪攝政 Duc d'Orléans，始則被逐，繼則被押於獄中。出獄之後，他仍繼續文字生涯，數年間，文名愈噪，不幸又以得罪當時貴人 Chevalier de Rohan-Chabot 之故，初次受鞭撻，再次仍受囚入獄。最後，福爾泰卒須聲明自願離開法國，乃得恢復自由。自一七二六年起，此不幸的詩人遂入居英國。關於他的生平以 Gustave Desnoireslerics 所著爲最詳，書分八

冊；Morley 所著爲最簡明，較便參考。

(解4) 按，希勒弗揚民國管建立於今之瑞士，自一七九八年，至一八一四年止，爲法國所建立。而希勒弗詩 (Helvetie) 之名在羅馬時代已有。在故典用語中，即指今代瑞士。

(解5) 按，裁決權能在法律上爲一專用名詞。當應用於司法時，此名用以指裁判官當折獄之際不依法律的條文，而依本人的判斷力以分別曲直。當應用於行政時，此名用以指官吏判斷某項行爲之是非，純以己意行之，而不復受裁成於法律。兩者均有許多流弊。關於前者所有流弊，參考雷譯法學肆言二十三頁；關於後者所有流弊，本書反覆言之，至再至三。

(解6) 按，武斷性在此地亦用如法律上之專名，其指意在於解明行政或司法人員所有不依法律規定之行事。

(解7) 按，狄多裸 (Diderot) 爲法國著名思想家，批評家及藝術家。一七四六年，狄多裸始主持百科全書之編輯事務，中間歷二十二年，歷盡困厄艱難，未嘗稍餒以底於成。摩利所著狄多裸傳凡二巨冊，可以參考。

(解8) 按，歷史上有名之十八世紀百科全書，爲狄多裸及打蘭別 (D'Alembert) 所編，法語名 L'Encyclopedie on Dictionnaire raisonne des Science, des Arts, et des Metiers。是書開始於一七五一年，完成於一七七一年。當時法國知名之士，如福爾泰，盧梭，孟德斯鳩，塔哥 (Turgot) 等均分任編撰。

(解9) 按，多雅嘗受命於路易十五世，出使俄奧諸國。當在俄國時，多雅嘗被召入宮中，改穿女服，爲俄羅斯女皇侍讀。一七七四年，法王新死，多雅時已被遣往倫敦爲駐英國大使，因受新政府疑爲間諜之故，忽被召歸國。多雅既到巴黎，行將受罪，卒以多雅須改御女裝於大庭公眾中爲求救之條件，法國新王路易十六世遂與免究。故云。

(解10) 按，出庭法案，在英語稱爲 The Habeas Corpus Acts。爲巴力門所通過之兩宗法案。其一用以確定凡人受刑事控訴而入獄後所請求之出庭狀權利；其二用以確定凡人受刑事以外的控訴而入獄後所請求之出庭狀權利。既詳下文第五章第三

節第二回。

(解 II) 按此語以拉丁語寫成，其原文爲 *ubi ius ibi remedium.* 故得漢譯如上方。





## 第五章 人身自由所應有權利

### 第一節 英憲與比憲互勘

#### 第一目 人身自由在比憲下之保持

比利時憲法第七條確立原理幾則於國內，這幾則原理都自英吉利憲法撮取，然後寫成文章。因是之故，該條文所有文字大足以替英憲寫生。茲當先徵引原文於下方：（解1）

“Art. 7 La liberté individuelle est garantie.”

“Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle preserit.”

“Hors le cas de flagrant délit nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures.”（註1）

#### 第二目 英格蘭所以保持人身自由之方法

綜觀上文，學者當可見人身自由在比國中實保持於憲法。然則英國所以保持此類權利者又恃何法？此旨亟須提示。按實言之，英吉利人們能享用人身自由，並不倚賴憲法，復不造端於公文所寫成條文中之涵義。試即專就公文論：譬如，在英國歷代檔案中，有所謂大憲章（*Magna Charta*）者，本以條文寫成，就中有一條，即第三十九條，酷似比憲第七條之內容，茲為對勘便利起見，更錄原文於下方（解2）：

“Nullus liber homo capetur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destratur nec super eum ibimus, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. (註3)

這條文字應與權利請願的宣言書並讀，由是比時憲法的淵源之所由來自然更顯而易見。

雖然，這兩種法令（此時姑名之為法令）究與比憲第七條有一基本異點：即是，前者只用以記錄曾經存在於國中之一類權利；後者卻用以賦與這類權利於人民。而且依上文所已指示，『保證』（*guarantee*）一名詞至可玩味；他實能暗示一個觀念。這個觀念是：人身自由是一種特別利益，比時政府特以超越尋常法律的憲法替比時人民擔保。果爾這種意思恰與英吉利人民的思路異趨；因為人身自由，以英吉利人們的眼光觀之，人人應有，決不可視為一種特別利益。申言之：此類權利既為人人所應有，他只是尋常法律推行之下所成結晶品，又是尋常法院保護之下所得產物。準此以談，我們當可適用一個通則於一特殊事件中。而知所謂人身自由的權利不是憲法的結果，卻是憲法的根原。

## 第二節 意義及救濟方法的探討

根據上節互勘兩憲所得結論，學者當知凡在憲章中告示個人對於人身自由所有權利，或任一種權利者，不但僅能與此類權利以極輕保證，而且適足以表白他們，不過有名義的存在而已。倘若繼此項探討，而欲深求當此類權利在實際上果能構成憲法本身的成分時，究竟他們所有效力是如何遠大，學者必須做兩事：第一，他必須考慮權利的意義是什麼？第二，他必須尋求所以強制執行權利的方法何在？兩者之中，後者比前者尤為重要。

### 第一目 人身自由所有權利的意義

在英格蘭中，個人對於人身自由所有權利在本體上解作：一人的權利，非依據法律，不能屈於逮捕監禁或任何淫威嚴刑之下。任何人，無貴無賤，無貧無富，若不幸受身體髮膚的屈辱，在英國中除有兩個理由外，概可視為非法。這兩個理由，大概言之是：其一，因為此人已被告發，必須被傳到法庭受訊；其二，因為他已被判為有罪，必須受罰。由此觀之，人身自由儘可以嚴守一條原理而保持；這條原理即要鄭重申明，非率循法律行徑，又非有合法命令或威權，（註）凡人不任受逮捕或監禁。然而英吉利人民尚以為未足，他們還要尋出事後補救的方法。這一類補救方法比前項原理更有效力，他們實即成為這原理的強制執行之機括。假使無此機括，原理縱不成為空言，亦未必能見功立效如是周到。這件機括分為兩端：其一，如受非法逮

捕或監禁，此人可用檢舉或起訴方法以圖解救；其二，如受非法監禁，此人更可用出庭狀 (Writ of Habeas corpus) 出脫。讓我們繼此逐一審察兩類救濟方法所有通常性質。

## 第二目 逮捕的伸雪

倘若我們要用『伸雪』 (redress) 一名於廣義中，我們當說凡人猥受枉屈，可以設法使欺凌者受罰，或設法使本人得到受枉屈後所遭損失的賠償。如是救濟行為都是伸雪。

在英格蘭中，無論何人，如果他的人身自由曾受非法干涉，均可用兩法之一以圖伸冤。(註4) 試設一例：譬如某甲毫無法律根據撲某辛於地上，加以羞辱；或竟敢禁錮他以剝奪他的自由；於是，無論時間久暫，久至數日，暫至五分鐘；某辛隨時有兩路可行。他可以無辜受辱起訴，使某甲抵罪；他又可以橫被侵害起訴，使某甲依陪審的公斷而賠償損失。試徵引歷史。假使福爾泰當一七二五年時，不居於巴黎，而居於倫敦；復不受法國貴族而受英國貴族戮辱。他必然可以得到昭雪，初不必倚賴朋友協助及內閣垂青。倘要昭雪，他只須遵行兩條法律的坦途之一：譬如，他可以依訴訟程序，提出全體控告，使戮辱他的人們一一受訊如刑事犯；他又可以，如果他自己不憚煩，分頭起訴，使各人受相當罰則。例如：主使鞭撻他的一個貴介公子，實行鞭撻他的幾個僕役，投他於囹圄中的警察，以至看守他於牢獄的獄吏，均將不免於罪。在此際，尚有一點必須注意：即是，福爾泰如果要用侵害行為的罪狀起訴，這種罪狀可以控告任何人。其實，許多殖民地總督，內閣部長，大官小吏，以至用軍法裁判而審訊不應受軍法拘束之人物的官員，均可以被告發而且曾經屢次

不一次被人實行告發。惟其如是，我們在此際更能邂逅法律主治中之一義解，而得到此義解的另一充分證據。倘使福爾泰果被侵害於英格蘭，無一仇人能以履行職務，或以奉上官命令為辭，卸脫責任。（註5）而且在他的仇人中，無一能自謂所犯之罪，可被特別看待，將歸特別法庭裁判。申言之，福爾泰當能在英格蘭四境之中，提取所有仇家，即獄官亦在其內，使人人到尋常法院受訊。在此類法院中，將無一審判員或陪審員竟至想起某人係奉上官命令行事，其犯法為可原諒。

不寧惟是，英國判官在這種案件中，或其他案件中，常堅持兩則原理以治獄而不肯絲毫退讓，我們在未結本目所論之前，必須提示。這兩則原理實浸淫於憲法全體之中，以造成英憲的骨幹。是故法院常尊視此類原理，即所以維護國法的至尊性；又即所以裁抑元首的武斷權力。兩則原理為何？第一，凡人負罪，他必須自肩起本人在共同犯事中所有責任。換言之，倘若他的行為不合法，他必能以遵從命令行事自解。再以福爾泰之事解明之，倘若福爾泰被逮捕於英格蘭境內，他儘可以索取一切參加此事的人物，逐一人課以相當責任。此為個別負責的大義。自有個別負責的大義，遂確立英吉利尋常法律中之一大信條。此一大信條為何？即雖有君命，官吏亦不能以此自解而希圖卸脫犯法之罪惡是。又自有個別負責的大義，內閣負責的大義遂得確立憲法上之基礎。

第二，權利受侵害的訴訟無論為大為小，法院必然受理，必然設法補救。譬如，福爾泰橫遭毆打，復被禁錮一事，自英吉利法律視之，自是一件極嚴重的罪過；在理，法院必不能擱置不問；此則盡人所知。然而倘使

有人謂法院只問大事，不問小事，一如尋常百姓所總總慮，此種假想只是謬誤。在一百案件之中，至少有九十九件牽涉極細碎侵害行為。譬如，一個惡少年飽他人以老拳，或警察不以法律根據捕人，或小學校長禁閉學生，不許歸家，至於逾限半小時之久；（註6）諸如此類之案件法院均不忽視。簡約說：倘若某辛無法律依據，干涉某甲的個人自由，無論干涉的程度如何輕微，犯者必受法院所有訴訟秩序處理；同時，倘若受者能取得陪審員的同情，他還可以收受對於此次所遇損失的極優厚賠償。由此觀之，英格蘭的法律保護個人對於人身自由的權利及其他權利無微不至；而且對於權利的侵害，大的小的，均給與同樣救濟。（自然，我的意思並不要說同樣罰則。）此類事實素為英吉利人民所習見，故輕重犯法一律重視的大義，往往不能察覺；但著者敢謂在我們的法律系統中，這條大義維持法律的威權之功實為極大，其他大義能與平等論功者蓋屬罕有。推其如是，英格蘭的法律殆不知世間尚有何事，可視為例外罪惡，因之，須受非常法庭裁判。（註7）

雖然，一人於枉被禁錮後得設法報復，使壓迫者須以罪人資格出庭受訊，或得提起訴訟，使壓迫者賠償損失，如此辦法尚未充分地擁護人身自由。譬如，某辛既已押某甲於牢中，在此際，某甲雖明知待自己恢復自由之後，必能依法對待某辛；然而至少以目前論，如此希望實無補益，並且非某甲所急需。他所急需只是如何進行乃可以恢復自由。在未能恢復自由之前，他不能希望便將此仇報復。譬如，當福爾泰被禁錮於巴斯體耶時，縱使他曉得於出獄後當能向仇人取償，此項知識究竟有何益處？其實此項知識不但無多大

裨益，而且反招致損害。誠以取仇人而甘心一舉，如果法律明定，在事實上即有可能性；這種可能性一經識破，轉足使仇者預爲之計；因之，福爾泰或將被監禁終身。由此觀之，除非在干涉個人的法律自由所有罰則之外，法律再沒有適當保證，使受禁者得以恢復自由，人身自由即不能得到安全。惟其如是，出庭狀與出庭法案遂應運會而發生。兩類制度皆是人身自由的適當保證。

### 第二節 出庭狀 (Writ of Habeas Corpus) (註 8)

以題旨論之，出庭狀的歷史及同類立法的詳情，非此次演講所有範圍。將欲得到出庭狀與出庭法案的詳情，(解 3) 你儘可以向普通法律教科書中尋求。至於本講主旨是純然要闡明英格蘭的法律所以擁護人身自由之方式；其他非所過問。因此之故，我行將論列下方幾點：第一，出庭狀的性質；第二，立法上所謂出庭法案 (Habeas Corpus Acts) 的效用；第三，平常所謂 (其實不十分正確) 出庭法案的停止所生效用；第四，停止出庭法案的運行之任何法案與一宗赦免法案所有關係。四者之中，逐一關涉英憲的法律甚切。

#### 第一目 出庭狀的性質

以常理論之，法律公文極足以解證法律原理。因此之故，將欲闡明出庭狀的性質，我們應先徵引實例，然後仔細審察狀中所有涵義。實例如下：—— (解 4)



“Victoria, by the Grace of God, of the United Kingdom of Great Britain and Ireland Queen, Defender of the Faith.”

“To J. K. Keeper of our Goal of Jersey, in the Island of Jersey, and to J. C. Viscount of said Island, greeting. We command you that you have the body of C. C. W. detained in our prison under your custody, as it is said, together with the day and cause of his being taken and detained, by whatsoever name he may be called or known, in our court before us, at Westminster, on the 18th day of January next, to undergo and receive all and singular such matters and things which our said court shall then and there consider of him in this behalf, and have then this writ. Witness Thomas Lord Denman, at Westminster, the 23rd day of December in the year of our reign.”

By the Court,

Robinson (註 9)

At the instance of C. C. W.

“R. M. R.”

W. A. L., 7 Gray's Inn Square, London,

Attorney for the said C. C. W.

這件公文具有露布（解5）的性質。他是一種命令，因有人特別要求，特由后庭（The Court of Queen's Bench）發出。他要命令兩個官員速將會被他們禁錮的一個囚人限期交出於法院。如何交出？當交出時此人必須為完好無恙，於是此狀遂得 *Habeas corpus*（漢譯你帶交他的全身）之名。何故須交出？因為法院要根究此人所以被逮捕及拘留之緣由，於是，法院遂得極好機會，依據法律，以平反此案。然則綜括這種處務的經過順序，可分三層：其始，法院能以出庭狀提取被押獄中之囚人；其次，法院從此要尋求此人因何被押；再次，若屬無因，此人即被釋放；最後，縱使有因，此人亦不應久羈囹圄，必須依法裁判。

出庭狀可因囚人自己請求，或因他人代請，而發出。假使囚人已失去自由不能自動，於是，任何人，如果相信此事為冤抑，儘可挺身代辦，出庭狀仍能送達。發出機關通例為高等法院，但在假期，可為該法院中之任一裁判員。在未發出此狀之前，法院或法官須令請求者宣誓，必俟審明囚人實無辜被陷，然後執行。準此以談，學者必不能謂此狀的發出純係順乎自然之事，因為非法拘禁的理由必須確實存在。然而此狀的發出直可視為法律上當然之事，因為倘有人能證明被囚者確係無故褫奪自由，法院必願意拯救。此狀可以送達任何人；不拘此人是平民或官吏。送達之後，受者必須遵命；否則以藐視法庭依簡略手續治罪（註10）或嬰重罰。（註11）

再以簡要語表明之，出庭狀的性質當含下列要素：高等法院具有使用出庭狀的權力，務使已被拘禁

之人帶來法院。由是，法院更進而審問此人果因何故而受拘禁；倘若問明無辜，法院可立將原人開脫，使得恢復自由。不寧惟是，此項權力是一種工具，法院為擁護人權計，常時願意任用。倘若在英格蘭四境之內，有人以權利被侵害聞，法院必出頭干涉；倘法院一出頭干涉，人間冤屈必得申雪。

### 第二目 出庭法案 (The Habeas Corpus Acts)

使用出庭狀的權利之存在於常法 (common law) 中，遠在巴力門通過著名的出庭法案之前。此類法案第一次通過於一六七九年，即載在查理士第二 (Charles II) 代檔案第三十一冊第二章。至於第二次法案實通過於一八一六年，並載在佐治第三代檔案第五十六冊第一百章。前者遭逢於光明大革命 (The Glorious Revolution) 前十年，後者之遭逢距今日尤近。然而兩者皆被看作英吉利人所以能享受人身自由的法律根基。驟聞之下，你或者不能釋然於心。其實不然。試就歷史考察，在一六七九以前，出庭狀未嘗不見用，但以故障尙存，雖被用而未著大效。於是此項法案重煩巴力門兩次通過，其用意即欲破除一切故障。故障為何其一，在判官方面，出庭狀應發出而不發出；囚人應釋放而不釋放。其二，即在獄吏或其他人方面，人身自由的權利亦常被他們託詞侵害。巴力門不得已遂立兩宗出庭法案，各有專司。徵實言之，在查理士第二主治時通過者用以應付因刑事而被拘之人物，在佐治第三主治時通過者用以擁護因刑事以外之拘禁而失去自由之囚人。

試將兩種法案分別討論，而觀察其所有功效。

因刑事控訴之故，一人被置於獄中，倘若此人被逮捕入獄時並無法律命令，他即有權利請恢復自由。反之倘若此次被押已有法律根據，因之，他所以被拘留於獄中，除候訊外，別無他意。在此際，他的地位因所被告發之罪狀的性質而變異。譬如，他所受控的罪名為惡行輕罪（*misdeameanours*），大概言之，（註13）只須有人擔保其隨傳隨到以聽候定讞，（或依慣用名詞，）謂之交保候訊，他即有權可以得到自由。倘若他所被控的為殺害重罪（*felonies*），或為叛逆大罪，一經逮捕，他不能以何種保證求外出。在此際，他所有權利僅為要求速訊。是故綜覽本法案用意，法院若對於下列二事有一不為，出庭狀的效力便被減削。其一，法院不仔細審察逮捕這個囚人的法律命令會否合法；或當拘留的不合法經已證實，法院又不即時還他以自由。其二，又當拘留的合法經已決定，法院不分別辦理，或令交保候訊，或令從速出庭受裁判。

凡以上所列諸種缺陷，本宗法案均一一注意及之。故當個人被刑事告發而至於受拘留之際，本宗法案站在一方面，法律主治站在他方面；於是雙方合作，法律遂發生效力，大致如下：每逢囚人受命出庭，獄吏必須將此人交出，同時並須將他所以被拘禁的實際理由寫明。倘若理由是不充實，囚人即須被放。縱使充實，法院亦當分別處理此案。假使此案為輕罪的性質，囚人儘可極力要求交保候訊；假使此案為重罪或為大罪的性質，他仍可極力要求速訊。速訊的界說又是如何？法院在最近期間有第一次裁判，他即有權要求在這次受審問。在此時，除却代表國家方面出而證明他確係有罪的證人不能出庭外，法院不能不應允此項要求。但當第一次審期已屆，而不能開審，此人即可要求交保出獄。倘若第二次審期已定，而仍不能開審，

此人即可要求不用交保歸家。綜括說，法律運行的結果是：當出庭法案存在時，任何人，雖受刑事告發被置於獄，然決不能受長期間禁錮。是何以故？則以此人可依法要求交保出獄或從速受訊故。

第二次通過的出庭法案

至於不在刑事範圍中之拘留，囚人在此際所急需者只有二端：一則要決定此次拘留究竟會否合法；二則要即刻恢復自由，倘使此次拘留是不合法。如此辦理正是出庭狀本身所有事。是故即在一八一六以前，依常法慣例，無論何時，每逢英吉利人或外國人以無故被拘禁來告，法院必然發出此狀，令獄中人速被獻出；倘若確係無故，此人即得釋放。譬如，倘若一個孩童被強迫離開父母，（註14）倘若一個成人被誤認爲顛狂而受看管，倘若一個女尼被禁止離庵還俗——倘若，簡約說，任何男人，任何女子，任何幼童，被褫奪自由，羌無故實，（或表面上似是如此，）法院必然發出出庭狀於壓迫者，使將被壓迫人交與法院。倘若無端被禁抑，此人必得恢復完全自由。其後到了一八一六年，巴力門更制定第二次出庭法案，思有所以應用待遇受刑事拘留案件於非刑事拘留案件中，於是，出庭狀的功効用於非刑事者一如用於刑事者同爲有力。

（註16）

因此之故，衛護人身自由的保證，在今日英格蘭中，簡直是十分完密。而且嚴密的程度竟可謂爲竭法律之能事。享用人身自由的權利是絕對承認。此項權利的侵害足使犯者入獄或受罰金。無論何人，縱使被以刑事檢舉入獄，倘若尙有一人自報奮勇，仗義執言，所受檢舉必被查詰。倘若查詰之後，所受檢舉者爲不實，他可以自行斷定，必得恢復自由。讓我們再引用前次所舉歷史事實以求解證：假設福爾泰所身受者不

發生於巴黎，而發生於倫敦，不用說，他必然可以在極短促時間恢復自由。至於進行程序在一七二六年時所有法律手續，自然不能如佐治第三主治時所有之完備。然而即在那時，他的友朋中之任一人總可運用法律以圖拯救。至少在一七二六年欲以出庭狀拯救福爾泰於厄難，比之在一七七二年實際上即以該狀嘗提取瑣麥寫體 (James Sommersett) 於舟上，(註16) 必能同一容易。瑣麥寫體者詹美加 (Jamaica) 殖民地中之一奴也，被鐵鎖繫於船上，船將啓旋離泰晤士河矣，法院卒以出庭狀恢復他的自由。

古今來出庭狀的全部歷史至足以解證一種傾向，即是在英憲之下，法律的全副精神注意救濟方法。這是要說，法律務須有一定方式進行，然後法律下之權利方見尊重，然後名義上的權利可化成實在權利。所以前後出庭法案不過是關於訴訟程序的法案，一同着眼於改進法律工具，庶幾人身自由應有權利得以強制執行。兩宗法案的建立同由律師主動；凡立法之由律師主動者，大抵以應付實在的及經驗的困難為事。是以這兩家法律實相輔而行，兩者缺一不可。如或不然，則查理士第二主治時所通過之出庭法案不但是不完全而且是有限制。英吉利人們於此嘗忍耐以待，(解6) 幾及百五十年(自一六七九至一八一六)，然後自監獄中恢復人身自由的法律手續臻於完備。

這個律師式的處理基本權利方法，無論尚有幾何缺陷，至少具有一極大優點，即具有實行的可能性。是從來政府以一紙公文宣布人身自由應有權利的存在，並非難事。最難之事是在如何能見諸實行。倘若不能實行，此類宣布所得無幾。至於兩宗出庭法案則異是，因為他們所致力處適中肯綮。因此之故，他們不

但能達到自定目標，而且能建樹大功，爲空言宣布人權者所不能幾及。更進一步，我們尙可申言，這兩宗法案不但比外國憲法所有人權宣言爲更重要，而且比同是裁判官所造的法律又是律師式的法律公文，

(解7) 如權利請願及權利草案者，亦爲更可寶貴。(註17)

出庭狀的效力與行政的關聯

雖然，兩宗出庭法案足以保持人民的自由一節，論政者類能見及；因之，常加稱道。他們所未能見及而又至值得注意者，却是出庭狀本身受兩宗法案推挽之後所有有效實。申言之，出庭狀的效力推行所至足以決定所有司法機關對於行政院之相互關係。試觀法院既有威權以強制執行此狀，即不啻有權力以釋放在該院心目中以爲無故被禁錮之人物；因之，法院實能遏制君主或官吏濫用刑罰，以妨害法律主治。由此綜觀，學者可見裁判官在實際上，雖則不是名義上，負監察行政的權責；每遇行政處分不依照法律的條文時，法院儘可加之以否決。況且此項否決權力並非久被廢棄不用，實則時常被法院用及。因此之故，這樣屢次運用至有極大效果。試舉一二例證，我們即可表示『司法機關』(即“Judiciary”)此係沿用亞美利堅主義的術語，)以出庭狀爲工具，大足以控制行政機關的行動。在一八三九年加拿大有叛黨，已被判決爲有罪，並受流刑。他們沿途受軍警監視，將離利物浦(Liverpool)而往萬狄門地(Van Diemen's Land)。會當時表同情於叛黨者起而詰問判決案會否合法；高等法院中之國課院，(解8)遂以出庭狀截留這一輩流徒。案經覆審，法院最後判定，他們的禁錮合法。當是時，倘使高等法院竟持異見，他們即可以恢復自由無疑。(註18)在一八五九年，有一英國官吏在印度服務，被以屠戮無辜定監禁四年罪。隨後，此人旋被押送

來英國禁錮。徒以押送的命令不合規則之故，此人遂被高等法院中之王庭以出庭狀提訊，旋即以不合規則中所有一要點釋放。（註19）不寧惟是，試再取一宗極與行政權力有關的判決爲例。此宗判決案爲何？即裁判員以判決案維持行政院強徵民船水手以充海軍之行爲是。從來法院以出庭狀提訊此類被強迫當兵之囚犯，已不止一次，而當每次裁判時判吏必仔細審問強募的法律性質，與其可以運用之範圍。惟有一次，法院獨贊助行政院之行使武斷權力。雖然，法院在此際實尚非一味盲從者比，因爲他們同時還要嚴格地限制此類權力的運用以一定界限。界限何由定？定於舊有風習與現有法案。（註20）風習與法案常存，武斷權力決不能濫使。於是，普通法庭的威權縱當不運用時，仍可以約束政府的舉動。試以實例解證之：在一八五四年，有一組俄羅斯海軍兵士，徘徊於基爾特步（Childford）街上，似無若何輜車隨後。未幾一俄羅斯海軍軍官來，證明他們確係一軍艦上之逃兵。於是，以該軍官之命令，與當地警長之助力，他們被遞解往港口（Portsmouth），將欲押歸原艦。當是時，適有人致疑於進程序之法律性質。諮詢之餘，法律有司特發表他們的意見，謂：『將俄羅斯海軍兵士交回俄國海軍上尉，復由警察與以援助，使得押歸艦上，如此行爲實不合法。』（註21）俄羅斯兵士卽以此言被省釋。然余以情勢論之，縱使不以此言被省釋，他們終可以得到自由；在此際只須有人代向法院陳情出庭狀必足。由此一例，我們卽可見英吉利高等法院中之推事在效實上能以端坐無爲而約束行政院的舉動；此類舉動，若自外國政治習慣觀察，純屬於政策上之便宜行事，因之，卽不應受法院干涉。雖然，此一例尚非法院干涉政令之最強大證據；證據中之最強大者當在於



罪犯引渡法案尋求。是故在此法案下無論君主或官吏，他們不有權利以驅逐一個外國罪犯於境外，或引渡他於外國政府，使受審訊。（註<sup>22</sup>）譬如，一個法蘭西人，或為贗造者，或為盜賊，或為殺人犯，自法國逃來英國，在此際英國政府絕無議決案的依據，可以自行遞解此人於法國，使受審判定罪。這種法律根據的缺乏，常使行政方面極感不便，於是，巴力門近來乃建立罪犯引渡法案（Extradition Acts），以授權於元首，使得與外國分別訂立互交罪犯條約，並依之以引渡罪犯。但自有此類法案，行政方面越感困難，因為引渡權利既賴他們而存在，即事事須查照法案所有條文。徒以條文限制極嚴密之故，行政官吏動受掣肘。是以每逢犯人已受命被逮，此犯仍然感覺到尚有這種理由，或那種理由存在；因之，足使他本身所犯罪情狀未必盡能脗合法案文義。有一於此，他即可以有解脫之希望。申言之，他可以請求出庭狀，又可以隨即出庭受訊。在此際，法文中一字一句的涵義有可以為自己辨護者，他無不提起，法院亦無一字一句不為之熟思精慮。（註<sup>23</sup>）倘若稍有根據，或因法文所含意義不盡與本案相合，或因法文所有條件並不能維護此項逮捕為合法，他的釋放只是自然之事。（註<sup>24</sup>）由此觀之，裁判官的威權，以執行巴力門法案之故，常減削元首的裁決權力，此蓋為不可免之事實。

法院的威權如此運用，就他一方面觀察常足以遏制英吉利政府作未雨之綢繆。試假設一例：設有一羣外國無政府黨人來居於英格蘭，據警察偵查所得，他們將有暴亂舉動，譬如，謀炸兩院。又設，此項陰謀尚未暴露，因之，不能取得確實證據。似此事變，若在大陸國家中，大陸政府必設法預防，所有預防舉動，以大陸

政情視之，只是當然之事。但在英格蘭中，倘若英吉利行政長官不準備將陰謀人物交由法律處分，他們實無法足以驅逐亂黨於國境以外。（註25）假使竟將他們逮捕或監禁，法院或以出庭狀提訊。當是時，除非他們的禁錮具有法律根據，他們必可以恢復自由。倘若以『便宜行事』（此係採用外國術語）為逮捕或放逐的理由，裁判員行將掩耳不願聞。至於各種申辯，有如此次逮捕係奉閣臣命令；又如，此次禁錮只是一種行政處分；再如，內閣總理或內政部長隨時可以宣誓書為證；更如，這種舉動純為公共安寧起見，不能不以非常手段解決，一切辨護均不能見容納於法院。即使再進一步，內閣更知會法院，謂此事經過始末，純屬於國家重大政策，實為全國安危所繫，法院仍將不理，且執行出庭狀如故。準此以談，種種解釋均不能撼奪出庭狀所要求之人身自由。在此際除非能在常法或製定法（*common or statute law*）中尋出干涉外國人的人身自由之根據，法院對於此事必不能坐視，勢必出而干涉。法院於此並非好為多事，箇中自有一極明白真理在。真理為何？即是，法院具有此項權力，復在如此方向運用，非徒以控制行政人員所有行動為快意，實所以禁止任何法律系統如大陸國家所稱『行政法』者發生。原來法蘭西國中之 *droit administratif*（行政法）所從出，實出於兩個理論：其一為權力的分離，其二為行政行為的獨立。關於此旨下文行將探討。（註26）現時可以不必深論。但讀者於此必須注意一事，即是英吉利法院此種行動，實所以在根本上剷除這兩個理論。隨之，元首的（在現代則為內閣的）裁決權力亦幾被剝削殆盡。

綜括上文，法院以運用出庭狀的效力之所至，無論在實事方面，可能方面，俱足以軌範政府的行動於

法律。於是，在英格蘭中，國家可以處罰已遂罪，但難以防止犯罪於未成之先。（解9）

探討至此，我們當能明白十七世紀中所有政爭何故恆集中於裁判官的地位與何故紛紛聚訟於出庭狀的恢復問題？（註27）此無他，英國制度的外觀如何，與內容如何，全賴法院的權力之大小以測定而已。是故在此一方面，則有主張特權的人物，如倍根一流，往往傾向於創制與改良。自倍根等視之，司法的獨立只足致行政衰弱，與產生法律的保守主義。法律的保守主義在當代實即以柯克（Coke）為代表，復在他一方面，則有巴力門首領，與倍根適相反。他們大概能明見兩事：其一，柯克力為法院中之推事爭權力，即所以抗拒君權而擁護人民的權利；其二，惟有擁護法院的獨立足以保持常法的主治地位。除此之外，他們或者還能見及（雖則此事不能說實）硬性的法治，雖有時使人極感不便，然而實為到達巴力門主權之大道。（註28）

### 第三目 出庭法案在停止時所生效用

在政潮騰沸之際，倘若法院尚有權力，復有義務，以發出出庭狀，由此遂以強迫凡人之被以刑事監禁者從速受訊，或釋放；政府的權力不但不便運用，而且橫受干涉，至屬危險。因是之故，巴力門有時須通過一種法案，大眾稱謂作為出庭停止法案。我說『大眾稱謂』因為倘若你隨意取一法案（註29）如刊載於佐治第三代檔案第三十四冊，第五十四章者為例，你自見如此稱謂只是實不副名。原來此法案內容所載連出庭法案之名稱亦不提及；故法文所有用意，實不過使任何人被閣臣下命令以叛逆罪名或犯叛逆嫌疑

罪名押禁之後，此人不能要求釋放或速訊而已。平心論之，此法案自然不免輕減前此兩宗出庭法案所保證的人身自由，但若有人由此遽謂該法案係將使用出庭狀之權利概行停止，此語未免離事實太遠。個人之不因叛逆大罪而入獄者，法文固未議及；而在該法案未通過前所有不合法的逮捕、監禁或處罰，法文亦未嘗追認。倘有男女成人以至幼年不被以叛逆名義監禁，此法案更未嘗否認一人對於出庭狀的請求權利。然則此一宗特殊法案（即載於佐治第三代檔案第三十四冊第五十四章者）所能牽動英吉利人的權利之處，只限於叛逆大罪而且其施行有效期間復是以一年計；倘要繼續有效，巴力門必須年年重新通過。其實不僅這一宗特殊法案是如此，我深信所有其他任一出庭停止法案皆是如此。他們的主旨儘可以一語概括，即是：內閣在此類法案有效期間，可以時常延擱囚人之受叛逆行為的控告者所有速訊權利。此事能增加行政權力自然不少，但較諸外國通行辦法如「停止憲法諸項保證」者；又較諸法國通行辦法如「軍事戒備時期之宣告」（解10）者，相去不異天淵。（註30）其實即較諸本國所有「強行法案」（Coercion Act），此類法案相差尙遠。將欲明白此旨，試將近日巴力門以各種法案所授於愛爾蘭 （解11）行政部的非常權力提示大綱，以資比較。譬如在一八八一法案（維多利亞代檔案第四十四冊第四章）之下，愛爾蘭行政部取得絕對的預先逮捕權力，而且在本法有效期間得禁錮任何嫌疑犯不使受訊，不至視同違法。誠然，愛爾蘭副總督於此僅能逮捕受叛逆嫌疑的人物，或有破壞法律及秩序行為的人物；此外人物他不能過問。但本法明明規定，所有逮捕命令只須由副總督依本法所有條件發出，便是充分法律根據，於是法

文的意義更可演譯至於包含凡人稍涉叛逆的嫌疑即可受逮捕；隨之，在如此命令之下，副總督或其屬吏，縱使此項逮捕或有陷害行爲，或毫無影響，均可以不負責任。因此之故，倘若副總督以爲某人應受監禁，只須依本法所定程式及規則發出命令，愛爾蘭政府即能逮捕此人。又如，在一八八二年爲愛爾蘭而設的遏制罪惡法案（載於維多利亞代檔案第四十五及四十六冊，第二十五章）之下，愛爾蘭之行政部所領受權力，下列數事可以提示：政府關於幾種刑事事件（註31）能廢棄陪審的權利（註32）能逮捕徘徊戶外而形跡可疑的生人（註33）能收沒帶有煽動叛逆及暴行的新聞紙（註34）又能禁止危及和平與安寧的公衆集會。加之，一八八二年遏制罪惡法案再行提出一八四八年所通過的『外國人法案』由是，不列顛政府有權放逐外國人中之在該法案通過以前來居於不列顛王國未及三年以上者（註35）凡諸如此類之權力，雖是極猛烈，然無一來自出庭停止法案，然則出庭停止法案的效力有限一旨不已概見耶？正是因爲效力有限，所以巴力門每於該法案未失效以前，補充一類法案，名赦免法案以圖救濟本法之所不備。

#### 第四目 一宗赦免法案 (An Act of Indemnity)

在第一篇中，赦免法案嘗被引用，以解證巴力門主權的特色（註36）此類法案是以反省前事爲主旨，共有兩層作用：第一層，某人已犯法於前，巴力門特通過赦免法案，以解脫此人所負責任；第二層，因云前次行爲的罪過受了原宥，得視作合法行爲。由兩層作用着想，出庭法案與赦免法案的聯屬至易明白。出庭法案，依上文探討所得，並不開脫違法者於民事或刑事責任之外。試假設例證以申前說，設如一個閣臣或他的

屬吏，在出庭法案被停止時，逮捕及監禁一個全未犯罪的人。倘以緣故為問，所能答覆者只是一種信心，大致謂在如此緊急情勢之下，一個極負人望的政黨領袖（譬如，假定是韋勒克士，福克士或武款桌勒（解12）中之任一人）為公眾安寧計，亟應被收禁於獄中，以免他在外煽惑民眾。設如再進一步，當逮捕時，竟有違法事件發生，或闖入私家住宅，或破壞私家財產，或諸如此類之事變。假使諸如此類之事變，當實行時，或出於善意，即執行者以為如此示威足以制止反抗而維持秩序。但這種善意的本身，無論出庭法案會被停止與否，必不能包庇執行命令的屬吏，使可以免除刑事上及民事上之責任。當是時，若使出庭法案已被停止，囚人當然不能在頃刻間即依法律程序以告發閣臣或奉命之屬吏。但一遇停止期間已過，他即可以請求一紙出庭狀，或以速訊，或以他法，他的禁錮自然告終。試思在如此設例中，我們先假定囚人本未嘗犯罪，特以政治作用故被逮；而犯法者在實際上確是閣臣及其屬吏，其結果是在出庭停止法案期滿之後，他們必須肩起前次違法舉動所產生的責任。當是時，倘若即以違法舉動係在出庭法案有一部份失效期間做完為辭，他們終不能免於罪戾。

雖然，我們在探討出庭停止法案的效力之際，至少可以斷定一事。此事即為：當出庭法案的停止，既授權於政府，使有拘留受疑人物的可能，甚而至於一經若干時日，倘不用審訊，於是，我們敢信國內必有多少次不合法律的行為發生。縱使內閣閣員尚知自愛，或不至於明知故犯，然而一般屬吏則不可以一概論。其實，我們尚能進一步推測，敢謂出庭停止法案蓋有一不明白宣布的主旨。此項主旨為何？即授權於政府

使能便宜行事。故就政治論，政府所爲事誠屬便宜；但就法律論，未必盡合法。當是時，巴力門所以毅然決然毀滅個人自由的諸種保證之一種者，個中實有不得已的苦衷在。巴力門的意見（或者是聰明，或者是糊塗，）實覺得大變將至，爲國家前途計，個人的權利必須暫時安置在後。遂有此舉。惟其如是，當執行如此重大法案時，凡官吏均應以巴力門之心爲心，矢慎矢忠，既不納賄，復不乘機報仇。倘能如此做去，縱有違犯法律行爲，他們自必被巴力門以法律庇護，不至受累。因爲專就法律方面觀察，犯法者本不能逃罪；但自公衆利益方面觀察，此類犯法行爲實不過自由地運用裁決權力，以奉行巴力門所以停止出庭法案的效力之重大政策。反之，若使官吏不能以如此精神奉命，這宗『停止法案』（the Suspension Act）的企圖可謂完全失敗。官吏既挾有私意以行事，自必時常記着有一護符在，縱使犯法，亦可以高枕無憂。護符爲何？即赦免法案（Act of Indemnity）是。原來赦免法案的成立常實現於停止法案未失時效以前，其用意是在於保護政府，官吏因執行停止法案而至於犯法者使不受罪。雖則在成立之前，赦免法案只是一種期望；然而這種期望必不至失落。依通例，凡有一停止法案繼續施行在先，巴力門必以赦免法案隨後。例如上文所引法案，即載於佐治第三代檔案第三十四冊第五十四章之法案，自一七九四起，至一八〇一止，年年再立，互於七年之久，在最後一年，即一八〇一年，巴力門通過一法案，即載於佐治第三代檔案第四十一冊，第六十六章之法案，『赦免自一七九三年二月一日以來，一切人員在大不列顛內對於有叛逆行動，或犯叛逆嫌疑的人物，加以威嚇，收禁及看管於獄中。於是，自有此宗法案，所有在七年內因重行停止法案而

侵害他人權利之行為均得開脫。由此觀之，巴力門在所謂『出庭停止法案』發布之後，滿期之先，必有赦免法案插入；此事已成爲隨緣而至之事實。此項隨緣而至之事實，自實際上觀察，比諸停止叛逆受嫌人的出庭權利，其干涉人身自由較爲厲害。爲官吏者既親見停止法案成立，又逆睹赦免法案蒞臨，當然有恃無恐。然則赦免法案在實際上不啻武裝官吏以武斷權力。

雖然，赦免法案並非漫然成立，只以病民者比。在成立之際，巴力門蓋嘗權衡輕重，至少有一二種商量，足以辨護此項法案的存在。第一，犯法必誅，已成法治國之通例；至於犯法行為或可以赦免法案解救，此係一種預期，其至而未必至之事實。在如此情況之下，官吏欲以赦免法案爲護符而任意行動，不異賭博。賭而勝固幸，賭而敗只好徒呼負負。要是不然，倘若公衆竟疑及官吏因停止法案施行敢於濫用威權，屆時巴力門即欲以法案赦免在停止法案有效期間之侵害出庭權利的行為，公衆方面必不讓此項法案安然通過。第二，至於法律中之遮護，犯有暴戾或非法行為的人們若欲自赦免法案中求取究竟，能如願否尚須視該法案所有條件而定。條件或是極寬，或是極猛。試觀實例，譬如一八〇一年之赦免法案，對於官吏的犯法行為，給與極有限的庇護。誠人民在大不例顛內之曾因叛逆嫌疑而被威嚇，收禁或拘留者，倘若起而告發，赦免法案皆已早爲預備，使官吏得以自衛。而且此類預備似皆足以庇護任何不規則或犯法行為。不過在在有惡行中，儘有許多行為，如凌辱，如勒索，已在停止法案之下做完者，足以陷犯者於法。是故介於一七九三至一八〇一年之間，倘若有虐待政治犯情事，甚至有淫刑或殺戮政治犯情事，此人必受刑罪。在此際，縱有



赦免法案亦覺愛莫能助。倘使尙有人致疑於帝國巴力門所通過赦免法案的溫和性，讓他取一八〇一年之赦免法案，與詹美加（Jamaica）議會在一八六五年特為庇護哀鴉總督（Governor Eyre）壓服內亂之非法行為而製定之法案，兩相對勘，對勘之餘，孰寬孰猛自可明見。第三，學者須知一宗赦免法案雖欲法外施仁，然法案本身仍是法律。因此之故，赦免法案自他的主要性質觀察，終與所謂戒嚴法律，或軍事戒備時期的宣告，或諸如此類之進行程序有別。前者無論如何寬大，仍以法律為行動的準規；後者則純為一種武斷權力，由之，政府得以任意廢置國法。本來後者所行事實並非絕無理由；他的運用及施行原是主權者使用最高權能之結果。但在法律主權是一巴力門會議之處，即當國家本身欲有所以通權達變，亦要採取通常立法的形式，然後他的行為乃有所根據。換言之，雖以巴力門之尊，在英格蘭中本是一主權者；然而巴力門在運用主權時，無論居於何地，出於何時，這位主權者絕對不能有法外行動。誠如是，赦免法案在表面上，一如在實質上，依然足以提示法律主治在英憲中之精神。

（註1） 比利時憲法第七條。

（註2） 看 Studds，憲法史，大憲章（第二版）三〇一頁。

（註3） 關於逮捕一層，參看 Stephen，解詁（Commentaries）第四冊（第十四板）三〇三至三一二頁。

（註4） 除本文所舉兩法之外，尙有一法，由之，人身自由或其他權利可以保全。此法是為保全或主張自己的權利起見，一個人得

用武力以反抗行惡者，縱使傷人亦可以不負法律責任。在英吉利法律中，此法通常稱爲「自衛」，其實正確言之，應稱爲「用個人自有力量以主張法律權利」；他的界限至難確定，幾成爲英吉利法律中之一件最奧妙問題。參考本書附錄中之書後，第四則論自衛權利。

(註5) 對勘法蘭西刑律第一一四條。

(註6) 參考高等法院后庭判決案，其引用典籍如下：

Hunter v. Johnson, 13 Q. B. D. 225.

(註7) 適與英吉利法律反對者則有各種非常救濟方法，古代法蘭西王室用之以處罰極有勢力的刑事犯。欲明此旨，參考Chier, Memoires sur les Grand-Jours tenus à Clermont en 1665—66.

(註8) 關於出庭狀的探討，參考下列典籍：

(1) Stephen 解詁，(第十四板) 第三冊六九七至七〇一頁；

(2) 查理士第一代檔案第十六冊第十章；

(3) 查理士第二代檔案第三十一冊第二章；

(4) 佐治第三代檔案第五十六冊，第一百章；

(5) Forsyth, 法律意見，四三六至四五二頁，又四八一頁。

(註9) 此狀係自高等法院后庭之判決中引用，其標題爲“Carus Wilson's Case, 7 Q.B. 984, 988”。在遺宗特別案件中，出庭狀限定獄吏在某一日交出囚人於法庭。這不是通例。依通例，出庭狀概勒令獄吏於接狀後即刻交出。

(註10) 此種例案見 Rex v. Winton, 5 T. R. 89。學者可取上案與佐治第三代檔案第五十六冊第一百章第二節參

訂。又 Corner 在所著書 "Practice of the Crown Side of the Court of Queen's Bench's Bench" 中討論藐視法庭之罰則甚為詳明，學者可以參考。

(註11) 查理士第二代檔案第三一冊，第二章第四節。

(註12) 除本文所引典籍外，參看查理士第一代檔案第十章第六節。

(註13) 參考 Stephen 所著『刑事訴訟彙編』第二百七十六條，註1，及第一百三十六條（原書八九頁）註1。比較一八四八年通過的公訴罪法案 (the Indicable Offences Act, 1848) 載於維多利亞代檔案第十一及十二冊第四十二章，第二十三節。

(註14) 孩童被強迫離開父母時，出庭狀可以即時拯救，共有兩成案可以參考。標題及典籍如下：

(1) The Queen v. Nash, 10 Q. B. D. (C. A.) 454.

(2) Re Agar-Ellis, 24 Ch. D. (C. A.) 317.

欲得出庭法案的效力最近例證，可看下列成案：

(1) Barnado. v. Ford. (1892) A. C. 326,

(2) Barnardo, v. McHugh (1891) A. C. 338;

(3) Reg. v. Jackson (1891) 1 Q. B. (C. A.) 671;

(4) Cox v. Hakes, (15) App. Cas. 506;

(5) Reg. v. Barnardo, 24 Q. B. D. (C. A.) 283; and 23 Q. B. D. (C. A.) 305.

又衡平法院 (Court of Chancery) 對於保護兒童一節，具有特權，可以必倚賴出庭法案之力。見 Reg. v. Gynghall

(1898) 2 Q. B. (C. A.) 232.

同時因保護兒童之故，此類案件可在樞密院上訴。參考 *Att. Gen. for Hongkong v. Kwok-A-Sing* (1878) L. R. 5 P. C. 179.

(註15) 按實言之，一八一六年出庭法案所能改善以便利出庭狀之實施者至屬有限。因為英吉利判官在一八一六以前早將一六七九年出庭法案的法律精神推廣到一切非法的禁錮案件中；無一件不以出庭狀勒令即刻從命。縱使有些案件不能一六七九的法案條文以發狀，但判官仍可根據法院所有常法威權爲之。看 *Blackstone* 英法解詁，第三冊一三八頁。

(註16) 此爲王庭 (*King's Bench*) 之判決案，宣告奴隸制度早已不存在於英格蘭。其參考典籍及標題如下：Sommerstet's Case 20 St. Tr. 1.

(註17) 一八〇四年之帝國憲法，在拿破崙第一統治之下通過，特於該憲第六十至第六十三條規定，在元老院中組織一委員會，使有權規定所以遏制政府的非法逮捕。關於此旨該憲可與英憲互勘，以資比較。看 *Pioudard*，*法蘭西憲法*，一六一頁。

(註18) 此判決案以“*Case of the Canadian*”爲標題，載於摩斯梨及歪梨合著法律辭典（簡寫 *M. and W.*）第五冊三二頁。

(註19) 此爲關於 *Allen* 之案件，其參考典籍如下：

*In re Allen*, 30 L. J. (Q. B.) 38.

(註20) 關於強徵民船水手以充海軍之案件，參考下列典籍：

(1) *Case of Pressing Mariners*, 18 St. Tr. 1828.

(2) *Stephen*, 解詁第二冊（第十四板）五七四頁。

第五章 人身自由所應有權利

(3) Corner, Forms of Writs on Crown Side of Court of Queen's Bench.

在最後一書中，可考究專為提出被拘押之海軍兵士的出庭狀格式。

(註21) 此引用語引自 Forsyth 的法律意見，載於原書四六八頁。

(註22) 雖然，英吉利法家，主張元首應有權力以驅逐外國刑事犯於國外者，亦有多人。關於肯定的主張，參考下列典籍：

(1) Rex v. Lundy, 2 Ventries, 314;

(2) Rex v. Kimberley, 2 Stra, 848;

(3) East India Company v. Cambell, 1 Ves Senr., 246;

(4) Chitty, Criminal Law (1826) pp. 14.

此項主張在古代或普通適用，但應與下列成案所有駁辨相比較：

(1) Reg v. Bernard, Annual Register for 1858, p. 328, 看裁判長 Campbell 之意見；

(2) In re Castioni (1891), 1 Q. B. 149, 158, Sir C. Russell 引用前案判決，復加評議。

至於今日，此類行事，若用一個法律宗師的斷語表示，已不復合於法律。倘使任何行政首長尚欲根據成事以逮捕一人，此類行事的法律問題必被惹起，於是在缺乏立法的條文之證明下，這個犯人必以高等法院之出庭狀釋放。見 Clarke, Extradition

(3rd ed.), p. 27.

又在下一成案，即 Musgrove v. Chun Teeong Toy (1891), A. C. 272, 審判員確立一原則，謂一個外國人不有法律上之權利，可以訴訟程序執行此權而要求入境。於是，該案又似暗示，英國元首似曾有常法上之權利（雖無法案條文明評）以驅逐外國人於境外。

(註23) 此為后庭判決案，其標題為：In re Bellen contre (1891) 2 Q. B. 122.

(註24) 這一個結論可以下列兩成案解證：

(1) In re Coppin, L. R. 2 Ch. 47.

(2) The Queen v. Wilson, 3 Q. B. D. 42.

(註25) 此事實大陸政府所優為，恰與英吉利政府的地位相反。參考Gregoir。法蘭西的歷史，三五六至三六一頁。試觀腓立的政府(Louis Philippe's Government)在一八三三年對付 Duchesse de Berry 之行事，便可概見。

(註26) 討論行政法，本書另取專章，見下文第十二章。

(註27) Darnel's Case 3 St. Jr. 1.

(註28) 參考 Gardiner。英格蘭的歷史，第二冊，第二十二章。書中對於判官的地位另有相異主張。

(註29) 該法案第一節載明：

「一個人或多人在大不列顛王國內，自本法案取得御旨允准之日起，如被樞密院中之六個樞密員署名於逮捕狀，或被任一閣員署名於逮捕狀，以叛逆罪名，或以犯叛逆罪名逮捕後，此人或此數人可被嚴密看管，不准交保候訊。看管期間以遲至一千七百九十五年二月一日為限。在一千七百九十五年二月一日以前，任一判官，或一和平判官，若無六個樞密員署名之命令，不得提訊該囚人，或將其交保候訊。而且在這個期限內，縱有他項法律亦不能發生反對本法的效力。」

這一宗所謂「出庭停止法案」，雖明載於佐治三代檔案第三十四冊第五十四章，然較之出庭法案的全體廢止，終有極相異的效果。是故在停止有效期間，政府能將被官吏宣告犯叛逆罪或犯叛逆嫌疑的人物一一拘禁；這一輩人物既不能要求速訊，復不能要求釋放。但此項停止只能拘束已受逮捕的囚人，除此之外，人民的身分並不受損。至於在出庭法案被全體廢止之際，人人

在英格蘭中都被奪去一宗保障無辜受拘禁的權利。因之，專就這一方面觀察，出庭法案的全體廢止實較出庭法案的停止來得更厲害。顧就別一方面觀察，前者又比後者較為和緩。因為出庭法案雖被全體廢止，然所有效力只能及於巴力門的立法（*parliamentary legislation*），而不能及於常法（*common law*），於是，常法所賦與審判員的威權（即以出庭狀提出囚人的威權）依然存在。在此際只要法院盡職，政府對於叛逆犯的逮捕權力必不能比平時加高；而一般尋常百姓所有人身自由的權利必不至未滅。因之，出庭法案的全體廢止反不及出庭法案的停止能有特殊效力。參考 *Blackstone*，英法解詁，第三冊，一三八頁。

（註30）見杜歸（*Duguit*）所著憲法學，五一〇至五一三頁，及論文“*Traité de Siege*”（軍事戒備時期）。此論文載於 *Cheruel* *Dictionnaire Historique des Institutions de la France*（法蘭西制度的歷史辭典）第六板本。

（註31）這幾種刑事案件是：（1）叛逆或叛逆大罪；（2）殺人或屠戮；（3）謀殺；（4）強姦；（5）常法中或法案中之焚燒；（6）攻打住宅。

（註32）一八八二法案第一節。

（註33）同案第十二節。

（註34）同案第十三節。

（註35）同案第十五節。

（註36）見上文第一章。

（解1）按，此時利憲法公布於一八三二年，修正於一八九三年，本文所引者為憲法第七條。漢譯如下：

第七條 人身自由應受保證。

「非依法律所規定，及遵法律格式，任何人不受若何懲戒。」

「除現行犯外，任何人，非有自裁判官發出的命令，不受逮捕。此項命令必須於逮捕時，或至少於二十四小時內宣示。」

(解2) 按，大憲章公布於一二一五年，重布於一二一六年，一二二七年，及一二二八年。本書所徵引第三十九條原文譯漢如下：

「除非依據裁判官合法判斷，或國內法律，無一自由人應被捕捉，監禁，甚至褫奪管業，自由權利，或自由慣例，或出居於法律保護之外，或放逐於他國，或諸如此類之摧殘踐踏。而且我們，若無法律依據，決不將任一自由人開堂審訊，或將他判定罪狀。」

(解3) 按，關於出庭狀與出庭法法案兩類制度之歷史及內容，赫特 (Hurd) 有專論研究，其題目即為「出庭」(habeas

corpus)。出庭狀為在英法美法系下之常法法院所有諸大法律命令狀之一種。至其起原始於何時，則以代遠年湮之故，史家不能考出。當初次被用時，出庭狀本適用於私家禁錮，嗣後入軒利第七之世 (1485—1509)，此狀乃被用以解脫王家之非法拘押。在十七世紀前半期，司徒雅王室 (the Stuarts) 濫用威權以逮捕無辜，為擁護人身自由起見，法院乃屢用之以反王室所為。自此以後，出庭狀遂被珍視為憲法上之一種重要法律工具。巴力門於是在一六七九年有第一次出庭法案，復在一八一六年有第六次法案之建立。

(解4) 按，此係出庭狀的實例之一。有 Carns Wilson 者於一八四五年，即英后維多利亞在位之第八年，被監禁於西島。他的律師特為之向高等法院中之后庭 (the Queen's Bench) 請求出庭狀。后庭允其請，遂由裁判長 Robinson 簽發此狀，令行該島長官及監獄官，限期將囚人並回文帶交后庭審訊。依常例，凡請求出庭狀，囚人本已概須簽名於訴詞，在其中並須陳述被禁錮之經過事實地點。假使囚人自知所以被逮的緣由，並得夾叙緣由，不然則否。萬一囚人因已失去自由，無從自達於外，則請求事可由律師代辦，或竟由親友代謀。法院於接受請求後，通常須即與受理。如不受理，自非法院經已審明此人的逮捕確係合法



不可。因此之故，每逢出庭狀簽發時，法院必要求被告呈明所以押禁原告之理由。被告自接到命令狀後必須如命行事，否則將被以藐視法庭治罪。囚人既到法院，須即依簡易法律程序審訊此事發生的原委，聽察雙方辨駁，採集證據。倘若此人以無故被囚，他即刻被放；倘因被囚有故但不合法律手續，他可以交保候訊。

茲將狀文譯漢於下：

奉天承運，護教使者，大不列顛及愛爾蘭王后，維多利亞詔語，

令 J. H. 者西監獄獄吏，又令 J. C. 者西島執行長官，並致敬意。查有 C. C. W. 被逮入獄，現由該官吏等看管，此案亟須提訊。為此令行該官吏等，務於一月十八日以前，將原人本身交出，並將其被囚時日與緣故，及主使何人，逐一申送於韋斯敏斯德（Westminster），法院所在地。屆期本法院將開堂鞠訊全部或分部事實，判斷曲直，分別處理。其各慎遵毋違。公證人，Lord Denman 署名，於韋斯敏斯德。

今上在位第八年，十二月，二十三日，

法院奉令證發，

“Robinson”（署名）

當事人 C. C. W. 請求

R. W. R. （署名）

律師 W. A. L. 事務所，7 Gray's Inn Square, 倫敦市。

（解5）按，此處係採取「上馬殺賊，下馬草露布」一語中所有「露布」一義以翻譯英語“letters patent”的字義。原來英語所謂“letters patent”指一種文書，自王室發出書面蓋以御璽，書中載明國家或王室給與私人以一種特別利益，或產業，或威權。當送出時，此項文書常不被緘封，等於檄告，使大眾周知，故譯露布。

(解6) 按當第一次出庭法案通過於巴力門之頃，英國法家頌揚不絕口，甚至聲稱該法案能芟除一切政治壓迫的本根。顧此法案運行的範圍只限於刑事案件，於是刑事以外之案件所需救濟只能適用常法所有慣例。在一七五七年，以有人致疑於法院得出庭狀處理刑事外之案件之故，貴族院及建議以法案規定法院的管轄權，使得如法處分一切案件。但曼斯斐爾(Mansfield)在當時方任總檢察長，首先反對，以為無庸更張；此議案遂作廢。自此之後，保障刑事以外之出庭權利的法案，又經六十年期間之停頓，至一八一六年乃得通過。故戴雪有此說。

(解7) 按權利請願(Petition of Rights)為巴力門對於人民各種自由的一種宣告。先是，英吉利君主查理士第一以財用困乏強迫借債，尚不敷歲費，不得已，召集巴力門開會，使以法案給與新稅。巴力門即乘機要求各種自由權利，查理士第一允之；英國遂於一七二八年有所謂「權利請願」之宣布。在「權利請願」中英王允許以下數事：即是一，未得巴力門承認之先，不起新稅；其二，不駐兵於私人住宅；其三，在平時不頒布戒嚴法律；其四，不施行非法逮捕及監禁。

權利草案(Bill of Rights，或譯權利法典)以一六八九年發布。當是時舊君亡命，新君未入國即位，巴力門乃以兩院同意設立此草案，以建議於新君。草案鄭重聲明今後居王位者必須奉英格蘭的國教；否認君主有自動停止法律效力權，及不受命於巴力門而起新稅以至徵調常備軍權；主張巴力門中之衆民院應有選舉自由及言論自由，要求巴力門自行集會及人民陪審權利。

(解8) 按一八七三年最高法院法案，規定高等法院中之常法法院分別建立三所：其一為御審院(Court of King's Bench)；其二為分訴院(Court of Common Pleas)；其三為國課院(Court of Exchequer)。參考雷譯「法學肄言」六十五至六十八頁。

(解9) 按英吉利歷史自一六〇三年詹姆士第一即位之日起，至一六八九年光明大革命告成之日止，幾及九十年間，君權與民

權，無論以實事方面，或在理論方面，各爭雄長，相持不下。雙方均欲得法院爲之張目，故爭點不期而集中於裁判官的地位。主張君權之法家以倍根爲代表；主張民權者以柯克爲代表。前者謂君權由於神授，故君主是獨尊；後者謂常法（Common law）的起源實來自渾年遠代的風俗，即遠在英格蘭未有君主之前，理應君民共守；萬一君主違法，法院應有權過問。柯克嘗在一六一二年十一月十日晨早被召入宮，覲見詹姆士第一，晤對之間，主持真理，不屈不撓，此爲法律歷史上照耀古今的事實。故戴靈之言有如是。

（解10）按，軍事戒備時期，在法語爲“Etat de Siege”，此項宣告爲保持公安之一種設施。在如此時期中，法律被停止效力，軍政代法律主治。

（解11）按，一八八一年所通過之法案即爲強行法案之一。此法案與一八八二年所通過之過制罪惡法案同爲抑制所謂「自治黨人」（Home Rulers）者而成立。先是，愛爾蘭自一八〇一年與英格蘭合一後，愛爾蘭愛國志士時常不甘屈服，力圖光復。迨至一八六七年後，愛爾蘭有政黨領袖名巴臬勒（Charles Stewart Parnell）者，始盡力提倡愛爾蘭自治，並組織自治黨以主此運動。格蘭斯頓（Gladstone）有見於此，特以解決愛爾蘭問題懸爲自由黨政綱之一。於是在一八八一年，自由黨一方面設法通過土地法案，以買好鄉村農人，同時復通過強行法案及過制罪惡法案，將巴臬勒及其黨徒四十人置於獄。蓋一種恩威並濟之政策也。

（解12）按，韋勒克士（John Wilkes）生於一七二七年，死於一七九七年。年三十，韋氏始入巴力門爲議員，遇事風生，得罪權貴，以至入獄數次。中間以批評佐治第三的政策之故，衆民院將其除名一次。除名之後，韋氏嘗四次當選，復四次被拒絕。但韋勒克士不少屈，雖衆民院的意志亦不顧忌，仍主張人民有權以投票選舉任何人充議員，而進行其選舉運動如故。最後，倫敦市民於呼聲「韋勒克士與自由」卒獲勝利，遂選韋氏爲倫敦市長。

福克士 (Charles Fox) 爲英國著名議會領袖，少年氣盛，好爲人間洩不平。當法蘭西大革命時代，伏克士領導民黨，極力響應，以主張國內改正方案。

武款臬勒 (Daniel O'Connell) 生在巴臬勒 (見上文解二) 之先，同爲愛爾蘭之著名政領袖。一八二八年，武氏被選入衆民院爲議員，純以舊教教徒之協助，故能戰勝當時政府黨所推舉之競選人物。當是時，巴力門尙未通過大改革法案，舊教徒參政之限制苛例猶存，武款臬勒遂被拒絕不能入院。但終其身，武氏常領導愛爾蘭政治運動，極力謀以和平手段撤廢英愛合一條約，並不少屈。



## 第六章 議論自由所應有權利

### 第一節 法憲比憲與英憲比較

人權宣言(註<sup>1</sup>)及一七九一年法蘭西憲法(註<sup>2</sup>)嘗檄告議論自由與出版自由。文中所有律令傳流至今，教科書屢徵引。此類大義實構成法蘭西法律(French jurisprudence)(解<sup>1</sup>)的要旨。茲將原文錄出於後，以作實例。人權宣言有言(解<sup>2</sup>)

«La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.»(註<sup>3</sup>)

法蘭西憲法亦規定(解<sup>3</sup>)

«La constitution garantit; comme droit naturel et civil……la liberté à tout homme de parler, décrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que ses écrit puissent être soumis à aucune censure ou inspection avant leur publication.»(註<sup>4</sup>)

此不獨法蘭西憲法爲然，比利時憲法亦是如此。申言之，比利時法律亦將出版自由，作憲法的基本條文看待。試徵引原文於后：（解4）

“Art. 18. La presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie: il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeur.”

“Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi.”（註5）

原來法國革命黨人與比國憲法家同自英格蘭假借這兩個法律思想（即是意見的自由，與出版的自由）因之，許多人們對於英吉利法律遂不免時懷一意念，以爲此類思想當盛行於英國，而自由發表意見的權利，尤其是世人所熟聞的一種法律形式通常稱爲『出版自由』者，自然是英格蘭的法律中之基本原則，一如一七九一年短命憲法所嘗載，又如現行比利時憲法所明定。而且依推理所至，他們自不免得一結論，以爲英吉利法院當然承認這些權利，讓人人對於社會、政治、或宗教的問題，有發爲議論或作爲文章之自由。無論何人可不必有懷刑之懼。但以我觀之，此項意念雖持有充分理由，然而只是一個不正確的意念。如此不正確的意念實足使英吉利法律對於所謂『思想自由』（較允當些應稱『自由發表意見所應有權利』）的真態度闕然不彰；學生們遂不免陷入迷途。其實，在英國法家中，盡人皆知『議論自由』或『出版自由』的術語不但少見於議案中任何部份，而且罕聞於常法中任何格言。（註6）因此之故，英

論自由  
原理未  
認  
承  
吉  
利  
的  
受  
英  
法  
於  
法

吉利法院甚至不知有此項用語。自古以來，若就歷史考察，無人會見思想自由或言語自由所應有權利被撤告於全國。箇中所有真際，當以一部毀謗法專論書中之敘述最能道達。徵引如次：

『我國現行法律允許任何人說出、寫出、或印行自己心中所欲。但若此項自由不被善用，他必然受罰。倘若他竟敢以口舌誣讒個人，受誣讒者可以起訴，倘以書面或印板文字，陷害他人於罪惡，犯者可被通告或以書狀傳訊。』（註7）

由此觀之，凡人可以恣意說話或作文，不至受法律拘束。惟至發表任何言論（或口談，或筆述，或印刷）軼出法律常軌時，他或須冒犯重罰而已。至於在法律範圍內之言論，英格蘭的法律復未嘗明定規條斤斤然以維持言論自由或著作自由爲事。最可異者，英國法律對於『出版』事業（依日常用語，此名通常指定期刊物，尤指日報）並不替其主張特別利益。試翻閱議案文件，學者至難尋出『出版法』（Press Law）一物。（註8）至其所以致此之由實因此項法律本未嘗存在；若必欲求近似的法律，則於毀謗法之中庶幾可以見之。因此之故，倘能在此時仔細根尋毀謗法中所以限制出版的自由（即是，凡人皆有權利以自由著書及編報）者何在，我們將必能明見英吉利法律對於議論自由的權利所抱持之態度。

## 第二節 毀謗法之探討

### 第一目 毀謗個人



有許多涉及個人的言論，無論何人不應以文字或印刷物發表。譬如文字或書報之牽涉個人而至於損傷他的利益、品格、或名譽者，不應發表；如果發表，即屬誹謗。凡人直接地或間接地將此類誹謗公布，此人可被訴責償。試徵實言之，犯公布誹謗之失而至於受責難者有如下列人員：其一造出謗言，復囑以書面寫出者；其二抄寫者；其三發行者；其四印刷者；其五販賣者。五者之中，逐一可以被訴，逐一必須負責，責難的要點所在不在於書寫，而在於公布。是故有人曾將謗言讀罷，旋即轉寄之於友人，此人即是一個謗者。由此類推，有人於此，倘若明知某種文字含有誹謗性質，尙故意高聲朗誦於大庭廣衆中，此人仍將不免受訴。然則此項個別負責的特性，在英吉利法律中，最足注意。而且法律課責只問事實，不問意思，於是凡毀謗他人有據，即當治罪，犯者必不能以所行並無惡意求解脫。縱使犯者能證明所以誤信誹言之故極有理由，如此情形亦不足以自恕。其結果是，凡曾經傳播毀傷他人言論者必須賠償損失。譬如有人曾犯重罪而受罰，但罰則所定已經如法身受；至於解脫之後，尙被他人指斥爲『被定讞的重罪犯』，指斥者即犯毀謗罪。又如，尙使某乙報告某辛以某甲所有財政狀況，謂某甲的銀行不照付某甲所出支票，又使某辛竟信以爲真，遂盡量傳播此項消息，但後來始知其爲謠言，然而某辛已追悔不及；果爾，某辛所行事只是一種毀謗。不寧惟是，縱有極微意見，但發表之後，至於傷及他人，發言者將不能避免受訴。本來依世人所見，『公允』(fair)批評，不同毀謗；但若有人因此遽謂凡批評家所相信爲真者均可以刊在報端，這是十分謬誤。批評家誠然有權可以發布公允及正大評判語。但『評判須有界限，批評家必須謹守。申言之，當下評判時，他不能以之爲

攻擊個人之具，或以之爲發洩私忿之機會。」（註9）故當著作家在報上發表意見時，又當藝術家或歌者獻技而被評判時，隨處可以惹起『正大批評』與『私人攻擊』之界限問題。倘使批評者與被評者在此際各持己見，兩不相下，這一個精細問題，即什麼是公允性的問題，或須待陪審團測定。測定之餘，評判的發表自由或被陪審團所交下答案侵蝕不少。而且我們在此際不要一味冥想，以爲言論的真實便足以解免印發人於罪累。所以者何？因爲所言是真固然可以解釋誣贖他人的嫌疑；然而印發人既無端暴露私事，復無所裨益於公家。其結果是，雖則言論屬實，但此人或將不免以擾亂公衆秩序之故而受刑事處分。試設一例。譬如，某辛偵知某甲，在許多年以前，曾犯一件不道德的行爲，於是據實情以印發言論。當是時某甲即可提起刑事訴訟，某辛必須出庭對質。在此際，某辛在一方面必須能證明所言屬實，在他方面又須能申說公家究竟有許多利益在內，必須根究某甲的敗德。倘若不能申說這一點，他會要闖起禍端；即是，自由議論的一宗假定權利，在英吉利判官之前，必不能解釋某辛的惡行；某辛必須入獄。

## 第二目 毀謗政府

上文所論係就毀謗法分析，由是根尋該法所以限制涉及私人的議論之要旨。現在讓我們且察觀毀謗法更用什麼方式以限制涉及政府的議論。

任何人敢以口頭或文字發表言語或公文，而此類語文復包含煽亂意向，此人即犯惡行罪。何謂煽亂意向？分析言之，可得四端：其一，立意要惹起仇恨或侮辱；其二，立意要激動各種怨望，使人民反對君主或政

府，或合一王國的憲法，或巴力門中之一院，或司理直道的行政；其三，立意要鼓吹大不列顛的臣民，使不依法律手段，作各種關於國家或寺院的改革運動；其四，立意要促進國內各階級間之惡感及對敵。（註10）倘若此類煽亂意向由印刷物發表，印刷人並須連帶坐罪。本來英國法律固然允許人民發表言文，以議論政治，倘若此類言文的用意只要指示下列各端：譬如，或謂君主被引入歧路；或謂政府辦事失當；或提出政治上憲法上之缺點將欲促成法律的補救；或指陳寺院與國家所應興應革，將欲以法律手段求其實現。倒轉言之，凡人關心於寺院或國家大計，欲以法律方法求現行制度之改造；於是痛下藥石之言，指陳得失；此類批評均被法律許可。不過同時任何人在考究所謂「煽惑謗言」的法律界說之後，當能明見在如此界說之下，許多尋常視為可以自由討論的問題或至受遏抑而不能提起，而且這一界說，倘若認真執行，實足以抵觸現代平民政治的運動所有精神。

### 第三目 議論宗教上或道德上之問題

意見的自由發表，就上文探討所得結果觀察，無論牽涉私人，或牽涉政府，均受毀謗法限制。試再就宗教或道德問題視之，學者將見箇中所有情形實與前兩者無大差異。（註11）譬如，瀆神律本為古代產物，遺忘已久；徒以近年來譏評宗教的事變發生，在勢不能不起用此律於故紙堆中。但一經審視之餘，盡人將要驚愕不置，蓋因兩端。其一端先就一個法律點觀察，任何人，若要發表言論以否認普通基督教義的真實性，或上帝的存在，必至犯了謗神的惡行罪狀，至於所言是否適當則可以不管。其他端，更就別個法律點觀察，

任何人，若要發表關於上帝、耶穌或公禱典則的議論，其旨趣在於傷害人類感情，或激動民衆使藐視國立寺院，或培植不道德的言行，使孳生於社會，亦必至犯了謗神的惡行罪狀；在此際，法律未嘗不有一種規定，使凡懷着好意以傳布本人所篤信爲真實教旨者不至受累；但箇中界限至難測定，於是此項規定到底能容許傷人感情的文字至如何程度，未免使人懷疑。（註12）然而此類限制不但存在於古代瀆神律中，復存在於今代法案中。試檢視今代檔案（註13）盡人亦要驚愕不置。因爲此類法案明白規定，凡曾受洗禮於基督教堂或即以傳播基督福音爲職業者，倘有敢以「書面、印板、教誡、或博議」否認教義的真實性，或新舊約的威權，此人即犯刑罪，應受重罰。總之，無論在常法的原理着想，或在現行法案的條文着想，只要此人真能領會兩者所有力量，他必不肯極力主張一事。即是英吉利法律曾經承認一種東西，仿佛法蘭西在百年以前所撤告，謂思想及意見的自由交通是一種自然權利，又是人權中之最可寶貴的權利之一物。再進一步，無論批評涉及私人，或涉及公事，或涉及教旨，英吉利法律對於毀謗罪的處分或輕或重，常視誰人有權以判決此類罪狀而定。就實際經驗考之，盡人皆知判決此項案件者實非他人，只是以世間俗人而構成的十二個陪審員。故在任一案件中，某人應否以毀謗治罪，大抵交由他們判斷。在此際，他們須各就所見，以測定所謂公允性、真實性，及用意立心諸類事實問題；迨至諸類事實問題一經決定，實足以影響此項言文的法律性質，即足以決定此人的幸運。（註14）

綜合以觀，議論的自由在英格蘭中實不過是一種權利，任何人得用之以書寫或談論公私事務，但以

十二個店主人所組成之陪審團不至視作毀謗者爲限。這樣「自由」常依時節不同而變異，有時可以毫不拘束，有時必須十分拘謹。試就英吉利歷史過去二百年間考之，自由議論的限度在毀謗法之下，常隨公衆情感所有實況而差異變遷。而且直至最近時候，英吉利法律卒未嘗承認新聞報紙有任何特別利益。譬如，同一議論，倘若載於片柬或寫於信紙上者被法律視作毀謗或褻瀆，刊於書上或報上仍受均等待遇。準此以觀，比利時憲法所爲，即給與報紙的編輯人、印刷人、或發行人以特別保護一事，實不啻承認此輩人物有特殊權利。此項法律精神適與英吉利法律所有通常理論恰相反對。專就這一點立論，即謂出版自由未被承認於英格蘭亦不爲過。

## 第二節 出版自由何故被視爲英格蘭所有別相

綜合上文兩節所探討者觀察，出版自由在英格蘭中至屬平平無奇，然則外國政論家竟翹示之，而視爲英吉利制度所有別相之一者何故？

此項審問可分兩層解答。第一，三百年來在英格蘭四境以內，只有法律主治或法律的至尊性；政府與出版事業所有相互關係，只是在法律獨尊下所產生結果，於是適足以相與別事合同構成法律獨尊的共相。第二，正是因爲法律主治，却不是因爲議論自由嘗受任何物特別保護，英吉利出版界，尤其是報紙出版界，纔得享一種自由；這一種自由，一直到了現世，方得出現於大陸國家。無論何人，倘若他能仔細審察出版

事業在英格蘭中現有地位，再取之以與法蘭西的報律，或取之以與出版事業在十六七世紀中之英格蘭所有法律地位相對勘，自然可以明白此旨。

#### 第四節 現代英國的出版事業所有地位

英吉利出版事業所有自由，大概言之，共含兩個特徵；在下文中我們當分別提示。

##### 第二目 不受檢查

曼斯斐爾爵士 (Lord Mansfield) 曰：(解6)『出版自由有兩涵義：其一，在出版前，不須請求執照；其二，在出版後，只有法律可以決定凡人在言論上所負責任。』(註15) 衣連波陸爵士 (解8) (Lord Ellenborough) 曰：『英格蘭的法律是一種自由的法律，因之，我們並不有所謂『出版執照』(imprimatur) 一物，此物在英國中實屬無用。但凡刊行報紙，報館主人必須自負法律上之責任，正與其他一切行爲足以惹起在違法時所得到法律的果報相等。』(註16)

由此兩語，我們可見所謂『出版自由』不過將一個通常原理應用於出版事業而已。這個通常原理爲何？即凡人除確已證明違法外，必不任受刑罰是。(註17) 試思出版執照何物？檢查何事？那能借這個原理並行不悖？其實此物此事亦不能與法院所操權柄相融洽，因爲在法院所有權利方面立論，非至印刷人確被判決治罪之際，法院必不欲制止任何訕謗文字的流通。至於在報紙未發行之前，報社先交一宗款項以

作押金一舉，亦不免抵觸此項原理所具法律精神。自然，此舉固有兩層用意，不可不知。其一，押金既備，報社的財政可以預保其爲充實。其二，倘若出版品違犯毀謗律，押金即可隨時被沒收，以作賠償名譽的損傷之用。但一經審查，此類押金的收取，對於出版事業所加制限，不但是不正，而且是不直。如此不正不直之端至易明曉，當可無庸深辨。顧在此時我們所以不能已於言者，只欲鄭重申明一事。此事爲何？即此類抑制及預防舉動實與英吉利法律中之大義相矛盾是。這是要說，凡人究竟應被干涉與否，或被處罰與否，只依人們會否有破壞法律的行事而測定；至於他們可以違法，或將要犯法，縱有破綻可尋，英吉利法律決不過問。因此之故，除却一件例外事實之外，（註18）（讀者注意，就是此一件例外事實亦非英吉利法律所固有，却是自別個法律系統得來之遺留物。）英國實未嘗有出版執照一物，復未嘗有檢查書報以至檢查政治新聞一事。政府或政府以外之機關，不能具有任何權利以強奪或毀滅印刷公司所有出版品，縱使此類出版品含有謀叛的書籍，小冊子或短篇文學，有司對之，仍是無可奈何。惟有各級法院，以保障個人使不至受人中傷之故，他們實有權以公開審訊此類印刷品的性質。惟有陪審團，在審問事實之後，他們實有權以決定印刷品中之文字會否含有毀謗文字。必須待至各種特別情況俱合，法院自己方能禁止一篇毀謗文付印或重印，或遏制此項文字發賣。（註19）簡約說，出版界之著作家，一如其他民衆，須受治於國內現行法律，但除法律外，更不受治於他物。

不寧惟是，政府與法院，大概言之，不能無端以遏止報紙出版，恰與他們不能無故禁抑他人寫信及發

信無異。論者必不能謂出版權較通信權爲更重，因之，政府與法院能監視前者甚苛，遠過後者。按實說出，如果論者要明白出版界之著作家所居地位，最簡方法莫如將他們的地位與寫信人所有者相比；比較之餘，論者自見兩方所有大致相同。譬如，一人寫謗語於大門之上，（註20）較之，他人印訛詞於報紙上或書籍上，彼此獲罪均等。因此之故，報紙的著作家或所有者，直至最近時期爲止，並不得到任何特別利益，以解免罪戾。（註21）所以任從那一方面觀察，你隨地可以灼見出版自由在英格蘭中所有特色，只是出版一事（即指出版界之著作家）常受治於本國的普通法律；除普通法律外，更不受治於任何威權。

## 第二目 不受特別法庭審判

出版自由在現代英格蘭所有地位，除不受檢查外，尙有一事必須探討。大凡出版譴責，如果此項術語可以適用於英吉利法律中，著作人或所有人只能由普通法院審訊及處罰。申言之，惟有審判員一人與陪審員十二人相與構成的尋常審判機關可以處理此類案件。（註22）

自從復辟時代（解7）而後，（註23）報紙所犯罪過（換言之，因出版而得煽惑、褻瀆或中傷之罪惡）不復受任何特別法庭審訊。自英吉利人們視之，此實爲當然之事，復無待費詞深論。孰知此事在實際上極有重大關係耶？誠以除此一事外，英國更無別種制度足以助成出版自由之進展，而令其得到今日地位。試思出版品之爲毀謗與否既全由陪審團決定，而任何人又有權以印行十二個邦人所認爲非訛謗的文字，在此際縱使元首或閣臣尙欲以私意行事，他們必難如願以償。必欲如願，自非大多數的人民均不贊成對



於現政府有反對論調不可。但就事實方面着想，大凡當政府要極力防止議政之際，人民所有意念或情感必然反對現存政府甚烈。如此猶謂國內公正人多不贊成反對政府的論調，其誰信之？在此等情況之下，政府中人所疾視爲叛逆文字者，陪審團或不免同情於文中所論，轉以爲批評公允。因之，政府中人所欲得而甘心者，陪審團或不免左袒此人，轉以爲此人無罪。準此以談，政府既不得到陪審團的合作，即不能坐人於罪。願或者出而申辨，謂十八世紀前之英格蘭，與二十世紀中之英格蘭，所有政情大不相同，因之，陪審員與政府究竟能合作否，自未可以一概論。蓋在十八世紀時，英國政府中人來自貴族，是爲統治階級；陪審員自商戶中徵集，是爲被治階級。兩者所處地位既然殊異，利害自不免時有衝突。然則彼此不能合作也亦宜。至於今日，商人已屬於統治階級中之一部，因之，在政治問題發生時，他們所有意見及情感不應與政府中人立異。（解8）果如此說，則陪審員與政府合作似屬可能。雖然，爲此說者自是持之有故，復言之成理；因之，以實際言，究竟二十世紀之陪審制度尙能如十八世紀之陪審制度，依然可以保障議論自由，一仍舊貫與否，自是一個最有興味的試題，耐人推究。但此題的推究實與本論無涉，故此時殊可以不必索隱。若就本論題旨着想，我們所欲推知復敢斷定者只有一事，即是英吉利出版的自由實造端於所謂『出版譴責』（*Printers' offences*）得與其他一切毀謗罪狀受同等待遇，即同以陪審制度審訊罪名。

綜括上文，出版自由在英格蘭中只是常法法律的普遍統攝之一結果。惟其如是，常世所謂『出版自由』、『出版譴責』與『出版檢查』（*editorship of the press*）等流行名詞幾爲英吉利律師所未

聞。所以然者，實因出版上所犯任何罪惡均可歸類於毀謗程式，同時即可依傷害名譽的法律懲治。

## 第五節 與外國古今法律對勘

此類事情循行於英國甚久，英吉利人民順其自然，故皆習焉不察。以此之故，我特意在上文中提出法蘭西所有出版律，以資比較。試即就此律而審察其在大革命前後所有地位，同時復審察英國出版事業在十七世紀末年所有狀況。如此測量將能翹示一要旨，即是在現代英格蘭中，所有待遇報紙方法至能爲彌漫於英吉利憲法中之法律精神寫真。

倘若稽考法蘭西法典，任一英吉利人當不禁注意及於兩件事實：其一，出版法（註24）自古以來即已構成法國立法的一特別部份；其二，出版譴責，在任一政體之下，均被法國政府視爲特種罪犯。故專就法案一項比較，英國自伊利薩伯女王以來，立法涉及出版者曾不及法國在同一時期中所有之十分之一，甚至二十分之一亦不能及。倘若我們能將兩國自十八世紀初期以來所有情況互相較勘，雙方相反的局面更顯而易見。茲爲避免言之過當起見，讓我們將一千七百年起，至一八八一年止，兩國所立關於出版律法案逐一排比，復互相抵消，庶幾得以較量雙方所有此項立法之長短多少。較量之餘，學者自見法蘭西出版律例前後共有三十宗立法，英國則不過十二之數。而且在英國中，此項律例實未嘗多大牽動著作家之自由。

試一推求其故，此項差異實導源於兩國政府在國家與文學之關係中，尤其是在國家與出版事業之

關係中，向來抱持反對態度。

故就英吉利政府所抱持者觀察，自一千七百年以來，常有一大義昭然垂訓於國內。此一大義爲何？即政府絕不自負領導輿論之責。萬一議論竟有跨越常軌而攻擊他人者，又將奈何？此無他法，待至此類議論流於訕謗時，無論以文字或以印刷發表，政府只得按法懲戒之而已。申言之，懲戒毀傷他人的名譽之行為，纔是政府所有唯一本分。因此之故，英國政府，依大概情形立論，始終未嘗負督察文學之職掌，於是，所謂出版法於實際上並未嘗存在。英國所有者非他物，實不過是毀謗法之一部，或不過將此法應用於出版事業而已。

復就法蘭西政府所抱持者觀察，國家所最關心之一事即是文學。所以浸淫於立法方案中之經常大義，自古迄今，常以爲行政的職掌所在。不但懲治毀人及瀆神之罪，而且要領導輿論，或再讓一步，至少要採取預防策略以制止不健全的或危險的宣傳品之印發及流行。因此之故，法蘭西遂有諸類出版法的存在，不但數量極多，而且性質甚嚴酷。

直至大革命期間，全國所有文學家均戢戢受命於國家。於是，印刷與發行書籍及其他物品的權利遂被視同某種書店所有特殊利益或專利事業。試徵實例。譬如，一七二三年所頒布條例（*Reglement*）（此項條例之一部份直至近時方撤廢淨盡）（註26）又如，一七六七年條例，兩者同限定惟有會領執照的書店乃能有印刷及發行書報之權利，違者處以重罰。（註26）不寧惟是，印刷之前，各種著作必須經過嚴密檢

查，檢查復分三度：一度經大學（在此際大學純爲宗教下之一制度）；一度經議會；一度經元首。倘有敢印刷或發行禁書之舉，必來文字之獄；或罰在划船上划槳，或枷號示衆，或處死刑。這類刑罰固然常時可以設法避免，但無論如何，所有罰則依然存在。至於大革命之前夕，惟其如是，法蘭西所有名世著作盡刊行於外國。例如，孟德斯鳩的法意出現於日內瓦（Geneva），福爾泰的『軒利詩史』（Heuriade）付印於倫敦。此外，他的蓋世名著與盧梭（Rousseau）的偉大作品，或於倫敦，或於日內瓦，或於阿姆斯特丹（Amsterdam）出世。（解9）一七七五年，忽有一書以『自然界的哲理』（Philosophie de la Nature）爲名，實於巴黎出現。巴黎議會命將此書銷毀，並判定著者有非上帝無法大逆不道之罪。幸而著者逃免，如其不然，他必然受燒殺死刑。一七八一年，距全國參政會議之前八年，拉那勒（Raynal）以他的『印度歷史』（註27）之故，又被巴黎議會坐以瀆神之罪。雖然，討論至此，有應注意之事一點：即是，法國政府在大革命前世治理（Ancien Régime）之下，固要遏抑異端或邪說以嚴刑，尤要極力維持國家所有對於文學的領導之權利及義務。而且進一步想，還要注意一點：即是，法國政府，直至一七八九年以前，未嘗將定期刊物與其他刊物明白區別。故當『哲學文章』（Lettres Philosophiques）可以被劊子手焚燒，又當『軒利詩史』與『百科全書』的印行須靠國王的恩准，政府中人，不拘大小，既能有權以干涉出版，自不用加新聞紙以特別限制。況且在『全國參政會議』（States General）以前，法國實未嘗有日報或週報的存在。（註23）

霹靂一聲，大革命暴發，學者或不免想像，以爲出版所受束縛從此可以解免。而且人權宣言的宣告亦

既傳檄通國，認定每一公民具有印行自己的意見之權利；一七九一的憲法（註29）復又鄭重保證自由發言、印刷、發行的自然權利。同時該憲更明白規定，凡在發行之前檢查書報一舉應即廢止。但法律雖如此規定，事實並不如此做去，因之，此類人權宣言與憲法保證實等於具文。申言之，法蘭西革命黨人露布一種理論，在實際上適與當時法蘭西政府所有行事恰相反對。

原來國民會議在當日並不恢復或別立檢查役務，但該會議實以遏制反革命宣傳之故，通過一千七百九十三年三月二十九日法案。自從此法案一出，通國內人民意見的自由發表一概緘默。在第一帝國之下，報紙盡歸政府所有，書籍的印刷、發行及販賣一體須受欽定與御審。（註30）

或者於此儘可爲之解說，謂自一七八九至一八一五年間，法蘭西尚在革命時期，政府方以壓服反革命爲事，因之，國家在此際施行各種干涉方案，至非得已，雖然，爲此說者，對於歷史的事實，未免失察。試觀自第一帝國摧敗後，即在一八一五年後，國家干涉文學之舉，依然存在如往日；由是我們足見以行政操縱文學的意念在法國至爲堅強。按實言之，此一意念恰好與始終支配法蘭西法律與習慣互相脗合；惟其如是，故能常存不變。倘若不信，試一仔細審察歷代立法所率循之塗徑，學者當能灼見自復辟時代（解10）以來迄於今日，這種意念未嘗消滅。雖則政府約束書籍印行的嘗試近來已陸續捨棄，然而關於報紙一層，歷次政府竟不相約而同有極奇的一致行動。申言之，他們既布告報紙的出版自由，同時復極力求取報紙的永遠屈服。譬如，在一八一四至一八三〇年間，報紙檢查役務旋廢旋立，蓋不知歷盡幾許變遷。縷析言之，則有

一千八百一十四年十月二十一日之設立，以後即有一部份受廢止；至一千八百一十九年而全體廢止；但至翌年，不但復立，而且繼續延長，以迄於一千八百二十八年（註31）而後已。其後未二年，即在一千八百三十年，政府復欲有同樣舉動，將以摧殘報紙的出版自由；人民不服，遂有所謂『七月革命』。革命既告終，新憲頒布，該憲即將廢除報紙檢查役務一節造成憲法條文；於是，自憲法成立之日起，檢查職掌於名義上遂不能存在。但一就實際觀察，一千八百五十二年二月十七日著名法令轉得製定各種極苛約束，此類約束實比自拿破崙第一失敗後之歷次政府用（*la censure*）（檢查）的名義而強加的負擔更為嚴厲。試一解剖該法令而分析言之。第一，在此法令之下，政府除具有多種裁奪權力外，復取得封禁報館權利；而且當封禁時，政府不用證明該報主人或編輯確已犯法，及所得何罪。（註32）其次，若不先向官吏立案，無人能有權以辦報。凡諸如此類之鈐制，雖無檢查之名，而有檢查之實，是不過同性質而異形式耳。最後，此類同性質而異形式的檢查還不算。是法國政府所加於出版自由的唯一制限。譬如先乎該法令而成立者，尙有在一千八百四十八年間之民國所立各種律例。而當前後兩者相與提挈以運行於國內時，其所以束縛出版自由者尤屬細碎不堪。是故在兩類法律的制裁之下，作論說者必須自署真名（註33）欲辦報者必須繳納鉅金以作保證（註34）出版獲讀者不得享受陪審制度的審判（註35）而且更進一步，法國政府更將大革命前之苛政恢復，即將一千七百二十三年之條例（*Règlement*）恢復。於是，在此項條例之下，非先取得執照，無一人能經營印刷人之營業（*commerce de la librairie*）綜合觀察，我們敢於斷定兩語即是，介於

一八五三與一八七〇年間，法國內之報紙，較一七八九年以前之一切文學，同受一樣嚴厲鈐制；又是第二帝國所行事，不啻向後倒行，復不惜將國運退縮以歸宿於革命前之專制原理。誠然，現代民國自成立後，確能將所有在第二帝國前後產生之出版禁例陸續廢止。但在最近過去二十七年中，（解11）歷次政府無論如何獎借報紙，使得任意論政，至少有一件事實甚是明顯。這一件事實是在法國內，直至最近時代為止，常有一盛行各地的意思，大為逐一政黨稱許者，即主張所謂「出版譴責」應受裁判於特別法院，並應以特別程序處理。就理論上着思，這件事是極端重要，（註36）因他可以證明英國人所有法律觀念（即將一切犯法案件俱受普通法律懲治之觀念），實與法國人所有者迥不相侔。是以在本講中，所有歷史上成事之綜覽，縱屬倉猝至極，讀者亦能概見法蘭西立法要旨兩端，即是自有報紙問世以至今日，歷次政府常抱一意見，以為國家應指揮與監督輿論；又是，這種監督的實施可用檢查方法，可用印刷權及發行權的限制，又可用特別法律與特別法院以裁判出版罪惡。在綜覽歷史的進程中，讀者不難見到兩種現象：其一，政府監督輿論有時縱弛；其二，政府監督輿論在短時期的縱弛之後，旋即恢復原形，非常緊張。自本章講話所有論點觀察，前者所有偶然縱弛的現象固屬重要，然而後者所有再仆再起的現象更較暫時撤廢為煞有重大關係。（註37）

## 第六節 與本國古代法律對勘

讓我們現在再審察英吉利出版事業在十六及十七世紀所居地位。

原來英國元首在古代時，亦如法國政府，能掌握一切出版事業。倘若無執照，無人可以印書；倘若犯罪，印書人必受一特別法庭名金星法院（解12）者裁判。其實這個特別法庭即為英國君主代表，故能依據御用特權，頒布各類印刷業條例，務使印書人等一齊遵守。復由此類特權，倫敦市有九十七間書坊同受營業的特殊利益。更由此類書坊與他們的繼承者相與聯合以構成一會，名曰『文房用具公司』（The Stationers' Company）。文房用具公司既有專營權利，凡遇行以外之出版品，隨時可以收沒之。惟其如是，雖以牛津、劍橋兩大學，在學術上本佔居尊崇地位，最初仍不許自由印刷，其後，不知經歷幾許周折，兩大學乃以金星法院的法令而取得印書權利。

英國元首猶以此類制限為未足，特於各種條例之外，造成各項憑照，以便稽查。於是營業憑照逐漸孳生與發展，自成一系。此項系統不但與印刷業條例並行不悖，而且構成一種正經的檢查職務。（註38）

不寧惟是，出版譴責在此際亦自行構成一類特別罪惡，被裁判於一特別法庭，即所謂金星法院者是。金星法院當裁判時，不採用陪審制度，且執行極嚴罰則。（註39）如天之幸，該法院卒以一千六百四十一年摧滅，且以後不復見於英國。然而檢查役務依然健在如故；雖入『平民國家』（the Commonwealth）亦得無恙。迨一千六百六十二年，在復辟時代之下，巴力門竟通過一法案，明載於查理士第二代檔案第十三與第十四册第三十三章，給與檢查役務以法律上之基礎。嗣後，此項法律尚經屢次通過，使其繼續有效，直至



一千六百九十五年乃息。(註40)

由此觀之，當十六及十七世紀之際，英國施行各種出版法，一如法國在那時所行事。譬如書業在英國中是專營事業；在法國中亦是專營事業。又如，檢查事務彼此有同樣苛求；著作人與印刷人，如受譴責，彼此俱以特種刑事待遇，復受裁判於特別法庭。至於英國政府最初所以對待文學者，較之法國政府所以對待文學者，不但相似，而且相符。如此相似性及相符性的存在至足驚異。然而自十七世末年以后，兩國的立法不但所趨途徑漸次不同，而且有分道揚鑣之概。是則尤為可異。譬如，即就上文所已提示者觀察，法國對於書報檢查，固然屢次撤廢，但仍然屢次恢復。若在英國，憑照制度，當存在時，本可與書報檢查之舉具有同樣功效；但此制乃以一千六百九十五年失效；至於失效的緣由，初不起於撤廢，而起於期滿不再繼續。試進一步而推求其故，學者將見衆民院所以不願續立執照法案 (the Licensing Act) 者並不造端於自由思想的熱望。申言之，英吉利政治家，在一六九五年，不但主張，而且不信仰百年後之法國人宣言，即是『思想及意見的自由交通是最可寶貴的人權之一種。』(註41) 他們不肯繼續將舊案重提，固然由此舉確立出版自由於英國；但此等重大意義在當時却未被見及。簡直說，他們蓋不自知所做的事究竟是什麼一回事。

如此批評似未免流於刻薄，但事實具在，可以覆按。試觀衆民院於拒絕該法案重立之後，尚以一道公文送達貴族院，說明理由；公文於思想自由一節未嘗以隻字提起。是以馬可黎 (Macaulay) 有言：『這道

公文對於院中所以得到如此決議之理由嘗明白宣示。玩味之餘，讀者自能明見下列問題呈露：即是此事究爲何事？衆民院蓋懵然不知之。他們誠不料此次行事實已製造一場大革命，而且帶來一極強勢力，足以改造國家與社會。彼執照法案所有制限之荒謬與不公，衆民院諸公誠能簡明地又確鑿地提示於文內。文內詞旨備極嬉笑怒罵之能事，但仍能保持謹而不虐之態度。所可惜者，文中所持反對理由盡屬小節細目而已。至於關於原理的大問題，關及不用執照的印行書報，對於社會國家，究竟是利是害，公文不牽涉一語。就原文觀察，執照法案所以不應存在，並非因法案本身確不合理，却因案中包含細碎苛例。徵實言之，則有窮征，有賄賂，有住宅橫受騷擾，又有貿易上之各種鈐制。凡此種種，固是實情，但仍不過是附帶的害端而已。申言之，該法案所以受譏彈者，因爲文房用具公司依之得以向印刷人多方需索；官吏依之得以闖入私宅，恣情搜檢；倫敦書店依之得以專營外國書籍，而書籍輸入遂不得不限於倫敦；稅關依之得以留難書籍，至於發賣，尙不送出。不寧惟是，衆民院復認言兩弊：其一，執照費不定，因之，執照吏可以任意榨取；其二，關吏依條例非有檢查員在旁，不能開視書籍，因之，書籍縱有霉爛，關吏既無從知箱內所有者是書，更無從知箱內有曾經發賣之書。於是，衆民院不禁於公文中發一疑問，謂：倘若關吏既被禁開箱，箱中究有何物，物品復有何狀態，關吏亦惡能而知之？此爲公文中所有辨難，此類辨難至屬膚淺，然而轉能成功彌勒頓（Mellon）的經世文章『亞利阿伯基惕卡』（Areopagitica）（解1）所不能實現之企圖。（註2）

由馬郭黎所論述觀之，英國政治家，在當日，對於出版自由的原理，並無濃厚感情，惟其如是，所以在兩

年之後，撤廢檢查役務的衆議員仍欲通過一法案以禁止未經檢查之新聞。（註48）雖則這宗法案畢竟不能成立，然而出版自由的原理絕未能動英國政府中人物，由此事益可證明。願在法國則大異是。出版自由在大革命時代之法國人的心目中，成爲立身大義，是以國民會議在一千七百八十九年集會，特將思想的自由發表之權利莊重宣告。然則自十七世紀末年以後，英吉利法律思想，與法蘭西法律思想，各有不相同的出發點，正如本文所提示。但兩者所有結果則何如？在一方面，法國雖嘗徵告思想的自由發表之重要，然一經徵告之後，思想的自由發表僅存在於死文字之上。縱使讓一步說，此項權利至多不過成爲法律哲學上之一種玄理；有實在性的法律可以隨時將其棄置踐踏。在他方面，英國以一千六百九十五年由巴力門拒絕執照法案之重立，即能確實樹立出版自由於國內。本來在執照法案被棄置後之五十年間，英國政治歷盡一種革命與不安時期，蓋與法國政治在復辟以後之一時期內，處境相同。但書報檢查一事，自經一度撤廢，永不再生於英格蘭。從此以後，出版自由的限制律例更無所有；若曰有之，則惟寄附於毀謗律者庶幾近似。惟其如是，在今代法律中，縱有一個特殊意念，即通常所謂文學應受國家約束者，尙遺下多少贖餘律例；而自英吉利人民視之，此類贖餘律例已變成贅瘤。此類贅瘤本不應容留；徒以他們既不能在人間作祟之故，他們的存在不但可以容忍，而且幾乎令人不復記憶。

## 第七節 英法出版律對勘後之問題

任一學生，在綜覽英法兩國出版自由的歷史之後，必不禁觸起兩個問題。第一，在十七世紀末年之前，兩國元首對於出版的制限，何以能主張大致相同的原理？第二，從十八世紀初年以後，兩國政府所有出版法中之原理何以背道而馳？申言之，出版法在英格蘭與法蘭西兩國之中，開首之相似性，與終局之相異性，驟視之下，殊令人迷目。雖然，前一問題與後二問題，在合觀之下，似乎自相矛盾，在分審之下，實各具相當理由，當然可以逐一索解。而且兩個問題的解答，亟應附記於章末，誠以答案所有蘊義，正足以解證本書乙部之題旨。即是，鑑衡英吉利憲法之一要，則實是法律的至尊性。

自十六世紀之初年，至十七世紀之末年，出版法在英法兩國中所以大致相同之故，其關鍵是在於政府。當是時，兩國政府，雖則未必是兩國人民，實同受相似的行政思想之薰陶濡染，而且他們對於國家與個人的關係，亦懷有同樣觀念。不寧惟是，在英格蘭中，一如在其他歐羅巴國家中，常流行一種信仰，即是一國元首對於該國臣民的宗教信仰，應負責指導。將欲實行負此責任，元首必須履行兩要件：其一，領導意見；其二，董理言論。但此項領袖事業的成功，尙有待於政府以權力干涉出版的自由，而出版的自由又在根本上是人人應有的權利。申言之，此種權利，除却本人自願冒險以發表意見，並於意見有不法時自願負法律責任外，不應橫被干涉。本來在這樣矛盾的政象之下，元首至不易行事；但在英格蘭中，一如在法蘭西中，當代公共意見實要求文學的統馭，定為國家所有要務；於是，兩國元首乃得同時擴張行政權力於人權範圍以內。綜合以觀，在相似情狀之下，必產生相似結果；同類原理既能同時盛行於兩國；因之，出版自由的處置

必具有同類性質。

顧自十八世紀初年而後，法蘭西所以待遇出版事業的原理，乃迥異英格蘭所採用。是何以故？則以超出兩國所有政象之上，尚有異樣法律精神足以支配國內法律及風俗故。

在法國中，自來常矗立一重要觀念；即是政府一機關無論在王室之下，或在帝國之下，或在民國之下，常時以代表國家之故，具有各種權利及各種權力，足以對付個人；而且此類權力及權利實超出又獨立於普通法律以外。這是法國所有一種特殊法律名曰“*droit administratif*”（註44）（譯言行政法）的根基，英吉利人們聞之，十分不易懂得。況且法國民衆，以大致情形論之，歷來因常受人爲壓迫之故，對於國家的權力，常引領以望其蒞臨，蓋與十六世紀中之英吉利人民尊視元首所有特權，具有同感。惟其如是，中央政府所有權力的擴大，無論在大革命前或大革命後之時代，確是一種方法（至少就大多數法蘭西人的眼光觀察，有如此景象），可用以解除民衆的困苦。又惟其如是，行政院以這一方式，或那一方式，駕御文學，大體尙能與法國所有制度相諧和。況且駕御文學之行事及方法歷來常被掌握於法國內最高權力的機關；而此項機關復領袖一組極嚴密的行政系統，他的行爲常爲普通法庭所不能過問。因此之故，檢查役務（其他統馭出版自由的方式姑不具論）不但能常與政府的行動一致，而且能常與一般民衆的情感不至衝突；隨之，國家所以實行書報檢查之機械必不至於有缺乏之虞。

雖然，通十八世紀百年內，其實，自十八世紀以迄今日，全國時聞反抗書報檢查之聲，一如其他武斷權

力之受反對。所以當大革命開首，又每當大革命後一新政變開首，輒有一種傾向於自由議論的運動發生。由是，遂有檢查職務的屢次撤廢。然而這種嘗試實僅以收縮政府的權力於一特殊方向間為事，至不能與尊崇國家的威權之心理相融洽。況且當政變之頃，法蘭西政體縱使屢易，但法國所以處理政務之吏治制度從未更動。在如此情形之下，政府不拘在何人手裏，必然能常時保有所以鈐制出版事業之關鍵。每遇公意傾於遏制言論自由之頃，政府官吏必乘間而入，仍操監督之權如故。由是，遂惹起檢查役務的屢次恢復。如其不然，政府縱不欲沿用“*la censure*”（檢查）之惡名，終必襲用其實，甚至變本加厲，政府竟採取更嚴厲限制，或為英國任何執照法案所不能及。簡約說，出版自由的限制一向繼續存在於法蘭西，迄於今日未嘗或改，因為行政部所有預防及武斷威權確能融洽法蘭西法律的普通精神，又因為由此項法律精神而產生的吏治制度，慣將所以實施武斷威權之具，授與行政官吏。

至於英國所有政象則異是。當十六及十七世紀之際，英吉利元首屢次嘗試，亟欲造成一强有力的中央政府；以當代頗有如此需要之故，君主未嘗不收相當成功。然而此等政治狀況在根本上確與本國所有品性及習慣相違反，因之，强有力的中央政府似不易常存於英國。縱使人民有時甚願望君權大振，他們在此時亦不喜見元首所挾持及應用以集中權力之工具。

因此之故，英吉利人們，無慮以萬數計，本來素恨宗教上有所謂容忍異端之舉，又素不珍視政治上有所謂言語自由之私權；但仍然妒忌武斷權力，因之立定主意，只願受治於國法。（註45）凡此諸類情感實主

使金星法院卒以一千六百四十一年裁撤，而且再使此一所可憎的法院，即在一千六百六十年全國方發忠君狂病之頃，亦不能再生於英國。雖然，此一所可憎的法院之毀滅實產生一重大效果；但這種效果與其謂民衆從此得以脫離苛政，毋寧謂條託朝代（the Tudors）所建立，及司徒稚朝代（the Stuarts）所擴張之行政制度從此遂被摧陷廓清。原來此項行政組織係從外國輸入，故與英吉利人們所有法律習慣積不相能。（解14）因之，於或遲或早間，英國民衆必欲去之而後快。惟其如是，這番改革遂與容忍異端邪說的願望並不直接關係。所以同是此一巴力門，然而在一方面，他雖不肯恢復金星法院或此種欽命按察法院；在他方面，他卻要設立執照法案。此項法案，依上文所述，在實際上不異檢查職務，又繼續存在於光榮革命以後，互於六年之久。這就是巴力門不願容忍異端的表示。不過執照法案的建立，縱非容忍異端的勝利，卻是法律主治的成功。誠以自有該法案，監察書報的權力不能復依據一種觀念，以爲此乃行政威權所固有。換言之，此項權力的存在，從今以後，惟賴製定法律而存在。監察書報的權利，由此法案，遂被交付於政府；但所有權利實明白規定於法文，於是，執行官吏不能擅作威福。而且個中更有極大關係者在：即是，假使有人竟敢破壞此法，政府只能依平常訴訟程序，訴之於普通法院。所以然者因爲金星法院的摧滅早已奪去行政院所以施行武斷權力之具。誠如是，衆民院於一六九五年拒絕執照法案之重立一舉，其所含意義，實異於法蘭西人權宣言所謂思想自由，又不同該國歷次撤廢文字檢查的法律。英國此次毅然將政府對於出版的監督權力一旦廢除，這種行爲不過要將政府所有法外權力之殘留者徹底淘汰而已。是何以故？則

以政府自各種特別法庭撤廢後，早已失去法外行動之自由故。

綜括上文；檢查役務雖則屢被裁撤，然而屢被恢復於法國，因為裁奪權力的運用適於法國法律及制度互相融洽；從前如是，現在亦如是。至於英國所有情形乃大相反。書報檢查之舉，一經明令廢止，不能再來，因為本國政制於法意決不長此容忍君主以一人之身竟敢使用武斷威權。然則兩國所有對峙政象，正如柄鑿之不相入，寧非奇特已極！但個中事實尙有更奇特者在：即是，十八世紀中之大革命的政治家極力欲建立出版自由於法國雖不能成功，然而立心甚決，抱願甚偉，蓋欲傳播自由的福音於全世界。至於十七世紀中之光榮革命的政治家立心不如是堅決，抱願不如是宏偉，徒以偶爾一度不肯繼續執照法案之故，竟建立百世不朽大業，使出版自由得以永存於英國。此項對峙事實不但令人驚異，而且足以爲法律主治的概念作一個極堅強例證。

(註1) 參考 Duguit et Monnier, 『法蘭西歷代憲法』一頁。

(註2) 例如 Bourguignon 著『法蘭西歷代立法綱要』即將原文稱引，並謂之爲法國法律淵源，見原書四六八頁。

(註3) 此爲人權宣言第十一條原文。原文具見 Plouard 所著『法蘭西歷代憲法』一六頁；又見 Duguit et Monnier 合著『法蘭西歷代憲法』二頁。

(註4) 此爲一七九一年憲法第一章原文。原文具見 Plouard 一八頁；又見 Duguit et Monnier, 四頁。



(註5) 此爲比利時憲法第十八條原文。

(註6) 雖然『議論自由』及『出版自由』兩仿語曾一度出現於 Lord Campbell 在一八四三年所提法案之序文中，原案載於維多利亞代檔案第六及第七冊，第九十六章。

(註7) 見 Odgers 的名著『毀謗及中傷』(Libel and Slander) 導言(第三版本)一二頁。

(註8) 但尙有例外，參考維多利亞代檔案第八及第九冊，第七十五章，又第四十四及四十五冊，第六十章第二節，學者即可概見。同時復有批評本書的作家 Fisher and Strahan 兩君，在所著『出版法』中，提示一點，頗爲有理。兩君言曰：『近代中漸次有一種特殊法律名出版法者生成』(見原書第二版序文第三頁)。據我的觀察所及，近代關於出版立法誠有一種傾向，即是從前凡屬善意的評判，無論以言語或以文字發表，言者、作者、或出版者均負同一責任；近時立法機關乃極力要解脫報館主人所負責任，故有所謂『出版法』者出現。學者應特別注意一八八八年之毀謗法修正法案(載於維多利亞代檔案第五十一及五十二冊，第六十四章)第四節之條文。此項立法實與當法所有原理異趨，是則無庸諱言。至於效果如何，即公衆利益所得者爲善爲惡，則是一個公開的問題，惟有後來經驗可以解答耳。

(註9) 此語載於一八七八年十一月二十七日泰晤士報，作者爲 B. Huddleston，蓋爲 Whistler 與 Ruskin 之爭辨而發，故論文即以 Whistler v. Ruskin 爲題。

(註10) 參考 Stephen 所編『刑法彙編』(第六版)第九十六、九十七及九十八節。

(註11) 參考同上書第一百七十九至一八三節。

(註12) 參考同上書第一百七十九節，並比較 Odgers (第三版)四七五至四九〇頁。兩書所主張不同，但各有相當理由，至值得注意。

(註13) 此項議案詳見威廉第三代檔案第九及第十冊第三十五章，後來復有更改之處，詳載佐治第三代檔案第五十三冊第一百六十章。Stephen 的刑法彙編亦有記述，比較下列成案，即 *Attorney-General v. Bradlaugh*, 14 Q. B. D. (C. A.) 之第六六七節七一九頁所載裁判員 Lindley 之法律意見。

(註14) 「倘將浮詞刪去，此事的實際自於顯而易見，雖使一個具有普通常識的人聞之，亦能索解，切實言之，此理不過是兩句語自正面言，一人可以發表任何文章議論，只須他的邦人十二位不以為可罰便足，更自反面言，他必須受罰，倘若他所曾發表者是有可罰處（按，即指他的邦人十二位以為可罰而言。）這兩句語就是在常識上所能提示的法律實質。」語見 *Rex v. Cathil*, 27 St. Tr. 624, 627.

(註15) 語見 *Rex v. Dean of St. Asaph*, 3 T. R. 481 (note).

(註16) 語見 *Rex v. Cobbett*, 29 St. Tr. 49. 參考 Odgers 所著『毀謗及中傷』（第三版）十頁。

(註17) 語詳上文第四章第二節第一目論武斷權力的不存在。

(註18) 本文所謂一件例外事實係指演劇執照而言。戲院法案通過於一八四三年，載於維多利亞代檔案第六及第七冊第六十八章參考 Stephen 的『解詁』（第十四版）第三冊二二七頁。

(註19) 比較 Odgers 所著『毀謗及中傷』（第三版）第十三章，該書中所論自三八八頁起三三九頁止，尤須注意，個中所論旨應取之以與原書第一版十三頁至十六頁所論互勘。

(註20) 此旨詳見 *Reg v. Pooley* 成案，Stephen 之刑法彙編復徵引之，詳該書第六版一二五頁。

(註21) 自一八四三年有毀謗法案，載於維多利亞代檔案第六第七冊第九十六章，又一八八一年有報紙毀謗與登記法案，載於維多利亞代檔案第四十四及四十五冊第六十章，最近於一八八八年，復有毀謗律修正法案，載於維多利亞代檔案第五十一

及五十二册第六十四章。此類法案均以減輕報紙訪員關於公眾集會之記載所負責任為事。故本書中詞旨關於此點似應稍為變更，然後可與事實符合。

(註22) 雖然，自有關於刑事上直接審訊的訴訟程序的存在，又自有報告雖真亦不能希圖免罪的規則，於是毀謗國家之罪在十八世紀中幾與出版譴責受同等待遇。在那時，此項案件縱使不須受裁判於特別法庭，至少亦須取決於特別法規，及被以特別審訊程序裁判。

(註23) 欲知在復辟以前，即在平民國家(The Commonwealth)時代之出版情狀，參考 Mason 所著彌勒登 (Milton) 傳第三册二六五至二九七頁。按實說，出版譴責受特別裁判的可能性早於一六四一年當金星法院被以法案撤廢時即已無形消滅。該法案載於查理士第一代檔案第十六册第十章。

(註24) 法蘭西出版事業概受制裁於一八八一年七月二十九至三十日所建立之出版自由法案。此法案一經成立，所有從前頒行的詔敕、法令、法律及規程之關於出版立法者一概取消。先是，法國歷代立法所以約束出版者至為繁瑣，總計有三十宗法律之數。在此類法律之中，著作家可以隨在獲譴，輕重雖不等，然皆屬刑事處分。惟其如是，法國學者 Dalloz 著書論及出版竟印成三百頁有奇，可以裝訂巨帙，至非無因。但更就書中內容審察，我們還能發見此次入第三民國時代所頒行法案，取與一八八一年前所有歷代約東文字事業之詔誥法令相較，多少懸絕不可計數。參考 Dalloz 法律彙考 (Répertoire) 第三十六册，「出版」自三八四頁至七七六頁，特別是書中第一部第一章，第二部第四章。Roger 與 Sorel 合著的 Codes et Lois usuelles 亦論出版，詳該書六三七至六五二頁，可以比較。同時並讀 Duguit 憲法學，自五十五至五八二頁。

(註25) 參考 Dalloz 原書第三十六册，「出版」第一部第一章，比較 Roger et Sorel 合著，六三七至六五二頁。

(註26) 參考書同上。

(註27) 參考書同上。

(註28) 學者可從 Roeguin 所著『大革命前之革命精神』尋見『禁書』(Livres condamnés)一表，羅列一七一五至一七八九年間政府禁止發行的書籍。此書並詳細記載路易十五世父子獨裁及武斷之實況，可以參考。

(註29) 原文具在本章首徵引。

(註30) 參考 Daloz, 第三十六册，第一章。

(註31) 參考 Dupré, 『憲法專論』第一册，九一頁及九二頁。

(註32) 此係根據一八五二年二月十七日法令第三十二節所規定。參考 Roger 與 Sorel 合著『法典與法律』六四八頁。

(註33) 此係一八五〇年七月十六日法律所規定。參考 Roger 與 Sorel 合著『法典與法律』六四六頁。

(註34) 同上法律，同上參考書，六四六頁。

(註35) 一八五一年十二月三十一日法律。

(註36) 在法蘭西法律史中，一事突露，至足注意。現代民國雖成立於一八七一年，然復辟時代與帝國時代之出版法律依然繼續有效，亘於十載。直至一八八一年，此類法律乃一概改絃更張。在此年以前，『出版法』在法蘭西法律中自成一部。『出版贖費』在刑罰中自歸一類，而就中有法律兩宗（或竟多過此數亦未可定），極與英吉利立法之關於出版自由者相衝突。例如，民國成立之頃建立一法（在一八七一年七月六日通過，詳載於 Roger et Sorel, Codes et Lois, p. 652），再限定報館主人務須繳納若干保證金於政府執事，用以預防報紙獲贖時所有罰金即在保證金項下扣除。數年之後，再立一法（在一八七五年十二月二十九日通過，詳該法第五節。參考 Roger et Sorel, Codes et Lois, p. 652）在一方面，此法公開一部份之出版贖費於陪審裁判；在他方面，此法又規定某種罪戾交特別法庭審判，陪審員不能與聞。自一八八一年七月二十九日法律成立前，此

法令盡廢，出版自由乃得確立於法國。自此之後，法蘭西法律對於出版自由，漸能與現代英吉利法律所有親感相符合。然而就大體立論，最近法國立法雖有種種舉動務以打消出版自由的制限爲事，但任一舉動皆隱藏一個意念，即是出版所獲之誣責皆應受一種特殊處理。

- (註37) 注意一八八一年後所立幾宗法律，同以遏抑出版自由在這一方式或那一方式的濫用。試舉數例。例如，一八八二年八月二日通過一法，一八九八年三月十六日重加修正；本案及修正案均要制止報紙使不能隨意違犯道義 (outrages aux bonnes moeurs)。又如一八九四年七月二十八日建立一法，制止報紙，不許提倡無政府主義。一八九三年三月十六日更立一法，授特權於法國政府，凡外國報紙之輸入境內者，或外國語報紙之出版於法國者，皆受檢查。比較 Duguit, 憲法學, 五八二頁。
- (註38) 關於一六九五年前英國所有出版事業的管理法律，參考 Odgers, 『毀謗與中傷』(第三版)十至十三頁。
- (註39) Gardiner, 『英格蘭的歷史』第七冊五一頁及一三〇頁；又同書第八冊二二五頁及二三四頁。
- (註40) 參考 Macaulay, 英格蘭的歷史，第四冊，第十九章及二十一章。
- (註41) 見人權宣言第十一條。本篇章首曾經徵引。
- (註42) 見 Macaulay, 英格蘭的歷史，第四冊，五四一頁及五四二頁。
- (註43) 見同上書，第四冊，七七一頁及七七二頁。
- (註44) 參考下文第十二章。
- (註45) Selden 對於 Star Chamber 所頒布法令之不合法嘗有批評。Gardiner 在他的歷史中曾加徵引，可以參考。

(解1) 按, jurisprudence 一字本解法律科學; 戴雪用此字於本章中凡兩次, 皆作法律本身解。如此用法係屬字之歧義, 極

是不確當，參考 Holland 所著 Jurisprudence：及雷沛鴻譯『法學辭書』一至三頁。

(解2) 按，人權宣言第十一條漢譯如下：

『思想及意見的自由交通是個人所有最珍貴的權利之一個；逐一國民，除曾受法律判決曾有濫用此項自由情事外，能隨意說話、作文及印刷所見。』

(解3) 按，一七九一年憲法為國民議會所製定，第一章原文漢譯如下：

『本憲法保證如自然權利及政治權利一般……凡人皆有自由以說明、寫出、印行及發表自己所有思想，而且在印刷之前，此項文字不須交人審查。』

(解4) 按，茲將比憲第十八條譯成漢文如下方：

『第十八條，出版應有自由；檢查役務永遠不得設立；保證金不得向著作人、編輯人或印刷人徵取。』

『當著作人在比利時國內居住，復不隱匿本人姓名時，編輯人、印刷人、或發行人不應被究。』

(解5) 按，斯斐爾名 William Murray，生於一七〇五年，死於一七九三年，為英國有名法家。自一七五六年斯斐爾入王庭為裁判長，以不偏不倚著名，但以守正不阿遺忌。

(解6) 按，衣連波陸生於一七五〇年，死於一八一八年，以一八〇二年入王庭為裁判長。

(解7) 按，書中屢言復辟時代 (Restoration) 實分指英法兩國，亟須辨清。自英吉利歷史，言復辟時代起於一千六百六十年，終於一千六百八十九年，包含查理士第二及詹姆士第二兩代。查理士第一死於英國大革命 (The Great Rebellion) 之難，司徒雅朝代因平民國家之建立而中絕。自克林威爾死後，查理士第二乃得復位，故云復辟。

又自法蘭西歷史言，法司大革命 (The Great Revolution) 起於一七八九年，路易十六世 (Louis XVI) 被判死刑於一七九

三年。自此法蘭西政體，始爲民主，繼爲帝政。迨至一八一五年，歐洲有滑鐵盧戰役，拿破崙第一被囚，二十日後，路易十七世復入巴黎，卽王位。是爲布奔朝代之復辟。

(解8) 按，英吉利歷史，在一八三二年大改革草案 (the Great Reform Bill) 未通過以前，英國政權純屬於貴族與地主階級。自此年後，巴力門選舉制度大受改革，中等階級乃興。於是商人與貴族地主等遂得同爲英國統治階級。故戴雪有此說。

(解9) 按，戴雪在本章中屢次提示英吉利及法蘭西政府對於國內文學所生關係，因之遂追溯兩國政制及法意之異點。書中指陳得失，蘊蓄精理，至值得注意。比較英國學者 Henry Thomas Buckle 名著『英格蘭的文明歷史肆言』 (An Introduction to the History of Civilization in England) 二大冊書中歷數英法兩國政府對於國內文學所抱持態度及其與兩國文明之關係，足與戴雪所批評者互相發明。

(解10) 按，此處所云復辟時代，係指法蘭西布奔朝代之恢復而言。義詳上文第七解。

(解11) 按，此書第一版發行於一八八五年，至一八九七年而有第五版。又按，法蘭西現代民國，卽第三次民國，成立於一千八百七十年九月四日，自其成立後之二十七年，適當一八九七年。由此考訂，可知此語係在本書第五版時加入，但以後各次版本沿之不改。至於所以不改之故，著者殆因法國政府對於出版所抱持之態度，至今未變云耳。

(解12) 按，金星法院 (Court of the Star Chamber) 爲英國極古法院之一，以樞密院全體院員構成。當樞密員坐堂時，審案不公開，無陪審團觀審，得用刑訊。因此之故，此法院大招英吉利人民疾視，卒以大革命時爲長遠巴力門 (the Long Parliament) 於一六四一年以法案廢止。

(解13) 按，彌勒登在英吉利文學史中爲莎士比亞 (Shakespeare) 後最偉大詩人之一。生於一六〇八年，少入劍橋大學，以一六三二年受碩士學位，彌勒登領受清教徒 (the Puritans) 之薰陶濡染，尊尙自由，疾視專制。在這位詩人未生時，英國早已

檢查役務的設立，但此制度經大革命入永遠巴力門統治時代而未受變革。一六四四年，彌勒登發表一文命題：“Areopagitica”，取義於雅典（Athens）所有 Areopagus（公開議政場所），陳請出版自由，廢除檢查役務。清教徒不能聽，此制度遂歷平民國家及復辟時代而效忠於歷次政府，直至光榮革命後五年乃受廢止。故戴雪有此說。

（解14）按，條託朝代（The Tudors）統治英國，開始於一四八五年，終止於一六〇三年。自一六〇三年以後，以至於大革命，皆屬司徒稚朝代（the Stuarts）。前者自威而士（Wales）入主，後者自蘇格蘭南進。兩朝代之君主，習於專制，因之，當來治英國時，帶來外國政制實非罕見。故云。





## 第七章 公眾集會所應有權利 (註1)

### 第一節 比憲與英憲互勘

比利時法律，(註2)關於集會一層，載於憲法第十九條；此條憲法大抵要抄襲英吉利法律。茲先錄出原文於後(解1)

“Art. 19. Les Belges ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, en se conformant aux lois, qui peuvent régler l'exercice de ce droit, sans néanmoins le soumettre à une autorisation préalable.”

“Cette disposition ne s'applique point aux rassemblements en plain air, qui restent entièrement soumis aux lois de police.” (註3)

就表面觀察，公眾集會的制限，在比利時中，似乎比英格蘭中較為嚴厲；緣在本國，警察實無權以管理露天集會。雖然，個中有一精義，不可以不辨。原來英吉利憲法本未嘗承認出版自由，作為一種特別權利看待；此旨在上章經已闡發無遺；依同理推究，倘謂本國憲法畢竟有所謂公眾集會的一種特別權利，我們似

覺難以證明。其實，英吉利人們對於公衆集會所有正確觀感恰足以解證一事：即是，英憲所由構成的元素實建築於個人權利之上。是故集會的權利並非別物；他不過是法院所有一種見解，而這種見解實係觀察個人的人身自由及個人的言語自由而得到的結果。試設一例：譬如甲、乙、丙三人欲相與在露天之下集會，或在他處集會；而集會的主旨又以法律爲歸宿。在此際，英吉利法律並無特別規定，以允許三人集會。但法律固明許甲有權往任何處，而如意所之；凡其所往，法律必不至視同侵害行爲。法律又明許甲有權說什麼話，而信口開河；凡其所說，法律必不至視同訕謗或煽誘。依同理推究，乙亦有如此權利；丙亦有如此權利。更依同理推究，此項權利可授與丁、戊、己等各個人，而至於無量數個人，其結果：甲、乙、丙、丁及千數萬數個人，就通例言之，（註4）可以依此規矩而集聚於任何處。但求聚會宗旨合法，態度合法，逐一個人可有權以去所欲去及留所欲留。例如，甲有權可以躑躅於大街（The High Street），或竟行往衆民院。乙亦有同樣權利。丙及丁及他們的朋友均有同樣權利。誠如是，甲、乙、丙、丁及其他個人縱以萬數計，亦可以依如此根據，而召集一公衆大會。況且依個人的言語自由，甲可告語乙以己見，謂應有一法案通過以裁撤貴族院，或謂貴族院務必反對任何變更該院本身的法案。依同理，乙亦可以此語轉告任何友人；丙亦可以此語轉告任何友人。其結果：甲、乙、丙及其他千數以至萬數個人，即得於大會中公然發言以扶助政府，或獎借貴族院的反抗行爲。總而言之，通常所謂政治上公衆集會的權利，外國所視爲特別權利，非仔細斟酌不能受限制者，在英國中，僅具如此實質而已。

集會縱有  
時足以激  
動反對未  
必即是遠  
法

依據上文所有推理，甲、乙、丙及丁及其他多至十萬數之個人，逐一有權以往任何處，及說出任何言語，由是復有權以開會而討論政治問題，或其他問題。是固然矣。然而凡人依此項方式以使用所有權利，無論甲、是乙、或是其他，此人仍或有犯法的可能。譬如大會在召集之際，或含有暴動主旨，或含有其他破壞和平的目標，公眾集會，在如此情形下，即成非法的集會。（註6）又如開會的方式，或不免有破壞和平之事端，或有陷無辜民衆於危險之舉動，公眾集會在如此情形下，亦成爲非法的集會。兩個設例之中，倘若有一於此，大會均可以依法解散。於是，會衆之中，無一人能逃免法律上之責任。申言之，凡法律所規定以處置犯法人物者，如公訴，如逮捕，又如刑罰，皆將隨犯法之後而至。

公眾集會，究竟成爲非法與否，煞費斟酌，不能一概論定。譬如大會主持人物，及一切參加人物，竟敢負挾武器遊行，或立心激動反對者，使至有破壞和平的舉動，由是遂致安分民衆，心懷社會秩序有傾危之憂慮。此類集會便成非法。但尙有一種集會，以開會宗旨及方式論，未嘗違法。當是時縱有反對派存在，欲於開會之際，極力反對，甚至欲訴諸武力，由是該會遂不免間接地擾亂和平。如此集會不能被指爲非法。（註6）試設假例。假如，救世軍欲開會於牛津，而又有所謂骨格軍者出而宣言，謂將以武力進攻前者，倘不能擊散該會，必不能休。當是時，假如牛津地方中之安分居民，由此遂大起恐慌，同時復不願見和平被擾，於是，當地有司遂被請求，務須中止救世軍集會。驟視之下，此請不無理由，似應得准；但鄙見則以爲，（註7）若就法律上着想，地方有司不宜允許。試一深思熟慮，學者當知其故。茲請以日用行事取譬。假如某甲立意要行往大

街；某辛預加阻止，且以拳打相嚇。在此際，某甲所有人身自由之權利必不能因某辛以危詞恫嚇而被奪去。本來依事實推究，倘若某甲必欲一行，某辛當不能坐視；於是此行或足以惹起和平的傷害，亦不可知。然而某甲對於此不幸事變豈能任咎？譬如，有人佩帶時計一枚，偶被偷兒攫取；論者不責竊賊，反怪此人以護藏誨盜，卒為失竊之媒介。某甲所遇何以異是？（註。）平心論之。某甲在此時只是不幸，以至枉遭橫逆，但決非破壞法律者流。依同理推究，倘若某甲行往大街的權利既不因某辛的恫嚇以至有所牽動；然則某甲、某乙、某丙的同樣權利決不以己、庚、辛先有不讓他們通過之警告而至於減損也無疑。更依同理推究，救世軍只是甲、乙、丙、丁等多數個人之集體，而已、庚、辛、壬等多數個人實構成所謂骨格軍，在此際救世軍中之各個人仍有人身與言論的自由權利如故，骨格軍中之各個人不能侵犯此項權利如故。個中所有曲折與糾紛只由一顯明原則解決；即是，某甲做一件合法行為的權利，例如，行往大街，決不因某辛加以一種不合法行為的恫嚇，例如，毆打行為，而有所減少。此一原則從前曾經別體對基勒邦士（註。）一成案決定或解證。原來救世軍決定將於米上威士頓（Weston super Mare）會議，同時復已預知必遭骨格軍反對。地方有司因此發布命令，不許召集此會。但救世軍人不顧，仍如期開會。警察出而干涉，並告以遵從命令。會衆中有某辛者不聽，旋被逮捕。事後，某辛及其他數人被地方法官以參加非法集會的罪名處罰。當是時，假使救世軍竟得開會，骨格軍必來攻擊，因之地方和平必受擾害。這是無疑的事實。然而法庭（the Queen's Bench Division）對於此項判決大不謂然，遂加駁斥。於是，有別體對基勒邦士一案。

裁判官費勒 (Field J.) 之言曰：『此案，以事實言，是由於一個非法組織（即指骨格軍）自行攫取他人集會的權利，以禁制上訴人們與其他會衆開合法會議。更以法律言，地方法曹的斷案撰成下方結論：即是，當一人要做一件合法行為時，倘若預知此等行為必受他人反對，此人即犯法律。此一結論殊無法律根據。』（註10）

上文所引成案中之原理復經一個愛爾蘭判官沿用以判決在愛爾蘭中發生之一案件；嗣後案經上訴，原有斷案仍受維持於英吉利王庭 (English King's Bench Division)。（註11）原有判詞錄後。

判詞有曰：『別體對基勒邦士一案，（註12）自發布後，迭受批評。雙方爭辯，相持不下。顧自我觀之，關於事實一方面，我不敢自信，我的意見能與裁判員所持者完全符合。但關於法律一方面，我不但贊同該成案的法律意見，而且贊同此項意見的應用於他們所灼見的一段事實。審察之餘，該成案中之判詞似隱具一個原理：即是一件行為，倘若在行為本身上並非有罪，加以行為時不但不具惡意，而且同時復附帶着一件義務的完成，或事業的經營，或合法運動的消遣，或一宗法律權利的使用，必不至成爲刑事罪狀；縱使這件行為或足以惹起他人反對，因而擾及和平，或惹起他人因是遂有法外行動，亦可不論。』（註13）

更就日用常理推究，教世軍人本應有集會權利至容易明白，所以他們的權利主張，地方有司必不能以危詞謝絕，即不能以匪徒或要憤激而擾害和平之言謝絕。本來就地方有司之用意推測，禁止開會實所以維持地方和平，於是，制止集會遂成爲維持秩序之最易方法。但方法雖是易行，然而人民的集會權利問

題實未能解決。故在此際，若必欲求兩全之道，莫如由地方有司調動軍警，先事預防。倘使暴動竟因合法權利的運用而惹起，軍警儘可出保護。如此，則暴動者必不敢發難，不尤愈於加罪於合法集會之人民耶？

(註14)

綜括上文，可得一原理：即是，凡有集會，如其本身在各方面均屬合法而又安分，再不能因有惡徒思以暴力干涉，甚至不恤破壞和平之計劃，作為非法的集會。此義我以為已經確立。(註15)由此原理，更有一義：即是，凡合法的公眾集會，必不能徒以該會或足惹惡徒行暴之故，遂應被地方有司禁止或解散。

## 第二節 集會原理的應用

當應用此原理時，有必須注意者一事，即某種制限或例外之存在是。原來在諾爾曼征服以前，英格蘭尚生息於封建政治之下，故平常爭訟多由地方有司自行處理。迨至諾爾曼族入主，英吉利元首乃以維持君主的和平為名，常派遣審判員往外司直。於是，君主和平的維持遂在英吉利法律的發展程途佔一特殊位置。集會原理在應用時有例外，或有制限，即自維持君主的和平之絕對需要而起。(解2)

### 第一目 制限一：因集會有違法舉動以至破壞和平

試設假例，倘若有一基督新教傳道之辦士，集合徒眾於公共地方，以衛道自命；於是當眾演講，復肆意以誹謗語攻擊羅馬教，或任情以當地禁用之言詞宣布羅馬教教義之不當。以是之故，羅馬教信眾大動公

憤，遂來暴動。如此集會便成非法。此外，尚有許多集會，雖則會場中之態度較爲溫和，而不至於激動公憤，然而開會主旨未必是十分純正，至有不合法律之處。因此之故，反對者由注意而憤激，卒至破壞公家秩序。此種集會亦當與上例所舉關於攻擊羅馬教之舉一律齊觀；即同收到違犯法律之結果是。由此類例證綜觀，可以括舉一通則於下方。

大凡集會，倘若主動人物，或公衆演說者，犯有非法行動，或會場中所包含非法的主旨實具有激動反對黨派使至於擾害公安，該主動人物或該演說者須負破壞和平之罪，由是，所有諸如此類之集會均變成一種非法的集會。（註16）

## 第二目 制限二：惟解散集會乃足以保和平

但有許多公衆集會，就宗旨觀察，甚爲正大，就會衆的行爲觀察，甚爲合法，然而仍不免於惹起反對，以至妨害公安。在此際，將欲保持或恢復秩序，勢非解散此類集會，難得別法可資應用。於是，法曹、警吏及其他當道可以預告該會，使不開會，而自動解散。倘若仍不受命，此會便是不合法。（註17）試設假例。假如，救世軍決定開大會於牛津，而所謂骨格軍者相與集合，務有所以遏抑此會使不成立。假如，當是時事機已是十分危急，除卻解散該會，更無別法可以解救。在如此情形之下，雖則救世軍大會本屬合法，不合法者卻是反對黨徒，然而地方有司，以事勢論，既無他道以維持和平，似應勒令救世軍大會自行解散。倘若救世軍抗不遵命，此會便違法律。本來如此處置的可能性實以地方有司再不能維持秩序（即無力保護救世軍之身體



安全，於是，他們或者可以禁止救世軍人開會。（註18）但這種可能性的法律根據只能以事勢的需要為前提。倘若地方官吏不必出於此舉，至以遏抑合法的集會為事，倘若只將惡徒（即所謂骨格軍）逮捕，便能維持秩序，我仍然依舊主張，即謂，地方法曹或警吏務須保護救世軍人，使得運用合法的權利。（註19）

## 第二節 個人自由的制限

探討至此，有一要義必須提示。倘若不在此間及時抉擇，此旨或易遭忽視，反至湮沒不彰。

原來公衆集會本不應受制限，但所以卒被限者實以保持君主的和平之故。換言之，君主的和平畢竟是一國所有公共安寧所繫，在不得已時，或須限制公衆集會。試問此項制限果有什麼正確限度，個中疑竇至今依然存在。但無論思疑曾經解決與否，此項制限雖以保持和平為名，然在實際上，只是一種束縛，用以裁抑個人所有日常自由。

譬如，假使某甲素以好辨宗教問題著稱，一日，獨自外出，並不攜帶隨從，向大衆演說於利物浦街上。演說之際，某甲偶用誹語，或褻瀆語，或雖無誹謗與褻瀆性質，但夾有當地法規所禁忌通用的言語，由是聽衆受激成怒，馴至以武力對待，擾亂秩序。在如此情形之下，雖則某甲自己未嘗擾害和平，而且未嘗立意要如此行事，然而破壞秩序之責，必將由某甲負起。他或須受命繳納押金以保證個人今後所有行檢，不再明知故犯。他或須受警察干涉，使不能繼續演講。因為「就成事觀察，所有關於破壞和平的成案，常足以表示一

公衆集會的制限是個人自由的制限

官吏宣告  
不能使公  
衆集會成  
爲非法

事即是和平的擾亂固是一件大事，又是違法行爲，但他的造端至微，往往起源於個人有侮辱他人的言行，所以法律見微知著，務有所以防患於未然。」（註20）

惟其如是，個人的集會權利，每當公共安寧再無別法可以保持之際，往往被有司干涉，亦爲法律所許可。由之，個人的行爲即屬合法，仍不能不受抑制。譬如，有一熱心於新教的信婦某甲於此地，胸佩教派徽章，即以橙色百合花爲誌，信步行往於羅馬教徒的人叢中，旁若無人。此等行動自不免激怒大眾。本來就事論事，這位信婦所爲並不違法，而且並不立意要破壞和平，然而他自不免自召侮辱，甚而至於自取罪累。由是暴動猝起，衆怒難撓。當是時，某辛是一警士，既無別法以保護這位不幸的信婦，亦無別法可以遏抑衆人，使公共安寧得以恢復，不得已，該婦卒被請除去胸際所佩之花。奈佩花人不允。於是，復不得已，某辛自行動手，親將此花除去。衆怒遂息，秩序得以回復如初。平心論之，在此際，某辛所有動作固未嘗不合法，某甲所有行事亦未嘗違犯規矩。萬一不然，公衆或以某甲不願除去佩飾之故至於暴動，某甲自然可以不負責任，但身爲警士，某辛必不能坐視。是故某辛的行爲所以見許於法律，初非因某甲已犯罪，亦非因公衆舉動合法，但因在如此情勢之下，某辛只能以除去個人所佩胸飾之處分，然後能恢復君主的和平。（註21）

更進一步推考，公衆集會的本身在法律上本不成爲問題。是故除真有巴力門法案以規定某一種聚集爲不合法外，任何公衆集會必不因閣相的宣告或地方有司的通知，變成非法行動。試設假例。假如，救世軍人在通衢上遍貼廣告，聲明行將開大會於牛津市外之某地。開會之前，所有會員先在聖齋勸院集合，然

後一齊出發。出發之際，大衆皆手執旗幟，佐以軍樂隊，相與排列遊行，以趨向目的地。假如，內務部長由各方面考慮，深覺此項集會有礙大局，於是，通告逐一會員，或主動人物，務令自行解散。當是時，救世軍人究竟應開會與否仍一視本會的性質而決定；此項性質初不因受過通告而變異。不過遇有本不合法性質的集會時，一經公文先行警告，倘若會衆仍然不聽，是則明知故犯，法律將來必課以相當責任而已。（註22）除此之外，倘若本會自身明明合法，而閣臣乃欲以命令變更他的性質，務使衆人因不遵令而開會時，便至違法；在此際，我們確實相信，官吏的命令必不足以變更法律，因之，衆人常有權以抗拒亂命。申言之，內務部長所發通告在如此情形之下，不有效力。猶云，我正在欲往大街一行，忽接同部命令禁止，我必然出發如故。由此觀之，政府對於合法的集會實無權干涉；縱使聚會之後，該會轉因開會的方式不合而至於違法，亦可不拘。因爲目前集會所有性質是一事；以後開會所採方式又是一事。倘若方式不合，如此集會再受干涉尚未爲晚。官吏必不能混前後兩事爲一談，遽然預料後者之違法，遂得先行禁止集會。綜合觀察，可得結論如下：原來英吉利法律對於國家的功能嘗建立一要義，即國家不以預防犯罪爲本務，惟於犯罪之後，必繩罪人以法律是。自從此一要義成立，法院於執法時復能篤信謹守，英國行政官吏即於不知不覺之中喪失許多裁奪的威權；由是，法律主治益以固定而不搖。

最後，尙有應注意一事，即是，公衆集會以性質論，儘屬合法，然而國內達人或熱心公益人物仍不免懷疑，而不願遽行召集。故就個人所有權利着想，甲、乙、丙等實有權以召集會議；縱使此會在事勢上或至闖禍

亦可不論。試設假例。譬如有一熱心新教信徒某甲，立意要斥駁羅馬教中所設懺悔室之非是，特擇市中某地方之常有羅馬教徒來往者開一露天大會，將欲向羅馬教信衆作廣大宣傳。這種集會，平心論之：自然合於法律，但盡人皆能預測此會之前途必非順利。在此際，我敢信中央政府或地方有司，以常理論，必不能加以禁止，使該會不能開成。若欲加以禁止，除非該會本身確有非法的行爲不可。申言之，倘若某甲與會員立意要用種種謗語，以詆毀羅馬教寺院；誠如是，則該會所有行動不但流於非法，而且足以擾害公安。在如此情形之下，該會應被解散。縱或當日情景不盡是如此惡劣，但使官吏爲事勢所逼，除卻解散該會外，更無別法足以維持秩序；誠如是，該會亦不得不受解散。（註三）倘使不出於上舉兩端，我即敢信無一中央政府，或一地方有司，能以預防惡徒滋事爲唯一理由，遂禁制忠誠百姓，使不能依法集會。

綜括上文探討所及，學者當能明白英吉利法律的要旨所在，即是將欲保持公衆集會所有權利法律，甚至否認國中之最高威權機關以極大裁奪權力，使不能採取非常手段，以預防由法律權利的運用而產生之流弊。至於此項權力的否認究竟爲得計或爲失策，我尙未暇討論，抑亦可以不須討論。其實本章的各個論點，只有一個重心爲最值得注意。這一重心是：即就公衆集會的權利而論，我們亦可發見英吉利法律所趨常軌，在個中法律所以處置及待遇此項權利的規矩不但足以解證英吉利制度俱爲法律精神所瀰漫，而且足以解證英國法院所以造法之方式，即在判案過程中法院嘗確立此項權利於國憲內，使成爲憲法之一部。

(註1) 公衆集會的權利之參考書籍，列舉於后：

(1) Stephen, 『解詁』第四冊(第十四版)一七四至一七八頁。

(2) Kenny, 『刑法大綱』(第三版)二八〇至二八六頁。

(3) 本書附錄，書後第五則，論公衆集會的權利相關問題。

(註2) 關於比利時的集會法，參考法律季刊第四冊一五九頁。此外，關於各國的集會法，該雜誌亦有記載：譬如意大利的集會法，看同書七十八頁；法蘭西的，看同書百五十六頁，瑞士的，看百六十九頁；合衆國的，看二百五十七頁。至於法蘭西公衆集會法的歷史，參考狄驥所著憲法學，五五四至五五九頁。

(註3) 見比利時憲法第十九條。

(註4) 此文所論固然只限於通例；至於甲、乙、及丙的集會或者竟含特別狀況而有謀叛企圖，這樣便不是通例，我此時不欲涉及。

(註5) 關於『非法集會』的義解，參考本書附錄，書後第五則，論公衆集會的權利相關問題。

(註6) 此書所提示要旨必須善讀；學者須記取下文尙有不害君主的和平之主張。故此處所論應以不害君主的和平者爲限。

(註7) 我的論點自然須先有一前提：即是救世軍人的集會純以合法目的而召集（在事實上觀察，他們確是如此）加之，集會行爲復能循規蹈矩，不欲自行破壞和平，或激動他人，使不得不出於擾害公安。在此際，地方有司儘可令骨格軍領袖人物，或竟令救世軍大會會衆尋覓保人，以擔保善行，或維持公衆安寧。比較 Kenny 所著刑法大綱，二八二頁及四八六頁；Wise v. Dunning (1902), 1 K. B. 167.

(註8) 義詳下文本章第三節，論官吏宣告不能使公衆集會成爲非法一段。比較下列成案：Humphreys v. Connor, 17

Jr. C. L. R. 1.

(註9) 別體對基勒邦士一成案之引用典籍如下：

Beatty v. Gilbanks, 9 Q. B. D. 308.

(註10) 同上成案費勒之言見同案三三四頁。

參考下列兩成案：

(1) Beatty v. Glenister, W. N. 1884, p. 93;

(2) Reg. v. Justices of Londonderry, 28 L. R. Jr. 440.

再將此兩案反比下列四案：

(1) Wise v. Dunning (1902) 1 K. B. 167;

(2) Humphreys v. Connor, 17 Jr. C. L. R. 1;

(3) Reg. v. M'Naghton, 14 Cox C. C. 572;

(4) O'Kelly v. Harvey, 14 L. R. Jr. 105.

學者須知，當判決歪士對鄧寧 (Wise v. Dunning) 一案時，王庭並不有意要將前案，即別體對基勒邦士成案推翻，而且在當時王庭並已明知該前案而至者尚有愛爾蘭法院所判之成案如 Reg. v. Justices of Londonderry 者隨後。

同時，學者可以參考本書附錄，書後第五則論公眾集會的權利相關問題。

(註11) 見 Reg. v. Justices of Londonderry, 28 L. R. Jr. 440. 參考 Wise v. Dunning, (1902) 1 K. B. 167, 179, 打穆裁判官 (Darling J.) 的法律意見。

第七章 公眾集會所應有權利

(註12) 見王庭判例，第九冊，三百八頁。

(註13) 此為裁判官洪士 (Holmes, J.) 的法律意見，為女王對倫敦麥梨裁判官而發，其引用典籍如下：The Queen v. Justices of Londonderry, 28 L. R. Jr. 440, pp. 461, 462.

(註14) 此為傑昂來恩裁判官 (O'Brien J.) 的法律意見，載於下列典籍：

Reg. v. Justices of Londonderry, 28 L. R. Jr. 440, p. 450.

(註15) 我所謂『已經確立』之要義，可由歪士對鄧寧 (Wise v. Dunning) [1902] 一成案見之。此一成案所有法律意見至少可以辨正一事：即是，公眾集會的本身是合法，行動又合法，徒以這種集會的自然結果足以產生非法行為之故（即指反對派因此遂至暴動而破壞和平），該會便成非法（看一七五及一七六頁 Alverstone 裁判長之法律意見；又看一七八頁 Darling 裁判官之法律意見；更看一七九及一八〇頁 Channell 裁判官之法律意見）。雖然，讀此案時我們應注意一事：即是，此案所要考究的重心，並非在某種情形之下，公眾集會可成非法。該案所着意推求者却是別一問題；這個問題是：在什麼情形下一個人必須覓保以明證將來不至為非作歹。（參考 Kenny 所著『刑法大綱』四六八頁。）

(註16) 比較兩宗成案即是，歪士對鄧寧；及武揭梨對哈威。

(1) Wise v. Dunning [1902] 1 K. B. 167.

(2) O'Kelly v. Harvey, 14 L. R. Jr. 105.

(註17) 參考同上兩案，特別注意後一案。

(註18) 在武揭梨對哈威一案中，地方有司對於維持公安所應有的權利更被推究至義之盡，學者須特別留心。此案，據裁判長 Law 法律意見，所欲極力考究者：即是，當地方有司被人以侵害行為控訴於法院時，他必須能確證兩事：其一，倘若已被解散的

聚會依然召集，必惹起和平的破壞；其二，於是，除却禁止開會外，再無別法可以避免騷亂。見愛爾蘭司法公報第十四冊，一〇九頁。

(註19) 此義即為武揭梨對哈威一成案所確立。

(註20) 此為裁判官 Channell 的法律意見，為判斷歪士對鄧寧一案而發；見 1 K. B. 167, at pp. 179, 180.

(註21) 參考堪弗梨對坎娜 (Humphreys v. Connor) 一案。此案極足注意，因為他竟要將地方有司或醫士的干涉個人行為之權利，推類至義之盡。此項干涉本來無法律根據；如謂有絲毫根據的存在，只有事實的需要一節。但即此節立論，一個著名的裁判員亦加以疑議。故曰：『我不知所謂事實的需要究竟如何作界。倘若某辛竟以衆怒難犯及騷亂可憂為辭，便擅自除去某甲所佩的百合花，到底此項擅權尙有什麼止境？以我觀察，此舉似乎不是要將國法提高，却是要將暴民的法律提高。倘若推類至義之盡，這番對於警察干涉國內臣民所有權利逐一加以承認，將來或不免惹起憲法的危機。要是這位信婦自行犯法，此案的處理自不可以相提並論。如果這位信婦實欲以佩帶百合花為起釁之具，他即已有罪；在此際，醫士儘可以激成擾亂而起訴。如其不然，醫士似乎不能有權以干涉他的行動。』此係 Fitzgerald 裁判員的法律意見，載 17 Ir. C. L. R. 1, at pp. 8, 9.

(註22) 參考下列成案：

Rex v. Fursey, 6 C. and p. 81; 3 St. Jr. (N. S.) 548.

(註23) 義詳上文本章第一節論集會縱有時足以激動反對，未必即是違法一段。比較研究下列各成案：

(1) O'Kelly v. Harvey, 14 L. R. Jr. 105;

(2) Rex v. Justices of Londonderry, 28 L. R. Jr. 440;

(3) Wise v. Dunning [1902], 1 K. B. 167;

(4) Beatty v. Gibbons, 9 Q. B. D. 308.

第七章 公眾集會所應有權利



地方有司，凡遇公衆集會有滋生事端的可能性時，儘可限令開會幹事交確實保證，以擔保和平無事。刑法學者 Kenny 特將關於此一點所有法律問題括示曰：「縱使一個人未嘗犯過何罪，亦可以被令以保證表明心跡，或以保證維持秩序。後者的需要係由懷疑此人將要圖禍而發生，或則縱使本人不至行惡，但他的行動事實有招人反對的可能性，亦可以照此法辦理。」語見刑法大綱四八六頁。

(解1) 茲將法文譯漢於后：

「第十九條，凡比利時人民，當依據法律，復不用武器時，有權利以和平集會。凡屬合法集會不必預向官吏陳請，以求批准。」  
「但此條文不適用於露天集會，露天集會應受警察約束。」

(解2) 按「君主的和平」(the King's Peace)一術語，在英吉利法律史上來源甚遠，與常法的發展極有關係。此術語最初見於六世紀末年之 *Laws of Ethelbert*，繼見於七世紀末年之 *Laws of Wiltwald*。自威廉征服者入主而後，君主的和平遂得日益擴張。其始，除君主的和平之外，尚有寺院的和平，公衆地方的和平等並行不悖。在此類和平的範圍內，人人均可逃入避難；一經逃入，此人即得安全。其後君權日盛，君主的和平所有範圍愈擴大，卒將別種和平概行吸收。故以地域論，初時受君主的和平之保護者只有自羅馬人征服英國時所遺留的四條國道，稍後漸及自城市出發的道路，再後及全國道路，最後更及全國境域。於是，凡在國內任何地方，不許用武及暴動，如有此項事變發生，均視同破壞君主的和平，俱歸常法法院審判。由之，常法遂得漸次推及於四境。參考雷沛鴻譯「法學肄言」六十二至六十四頁。

## 第八章 戒嚴法（解一）

### 第一節 引論：英吉利法律之分界問題

總覽上文，讀者既見前章所論，時爲人身自由，時爲言論自由，時爲集會自由，當不免致疑於著者之失檢。或將謂本書講話原以英憲爲研究的範圍，今乃絮絮論及此類自由，似乎不切題旨。譬如尋常所謂某甲的人身自由所有權利，倘若對於某辛而言，不過是一種不應任從某辛蹂躪的權利。這是要說，某甲的權利之關於人身自由者實寄託於私法；因之，凡所以保護此項權利使某辛不能侵犯的研究只應屬於私法論題。譬如，更就別一視點觀察，某甲的人身自由所有權利，倘若對於某辛而言，不過是一種得以刑事訴訟制止某辛的侵害之權利。此又爲刑法上之論題。誠如是，兩種研究均不屬於英憲的學問所有正確範圍。然則著者乃縱論及之者何故？此一疑問實足以引出一種真理；這種真理不但關係各種私權所以構成憲法的要素之緣由，而且關係各國人民之方出專制政體而入平民政治者所爲殷殷屬望之最大動機。容我提示此旨於下文。

平情論之，此類權利原可從兩方面觀察而生出兩個結論。譬如，人身自由的權利，上方剛已提示，實要

表示某甲自具約束本身之權，而此權復不應受某辛干涉。故由此一方面觀之，此項權利必屬於私法或刑法。然而復由他方面觀察，這些權利不但屬於個人中之一人，而且屬於國民全體中之人人。一國之中，任何人有了此類私權，均足以對抗統治團體，特別足以對抗行政部。誠如是，這些權利遂不期然而構成憲法中之重要部份。然則見仁見智，是存乎人而已矣。

雖然，在如此分類作界工夫的進程中，我們應注意及於英吉利法律中之一要點。這一要點是在英格蘭中，國民中之各個人所有對抗其他個人的權利，大致言之，無殊於國民中之各個人所有對抗公僕中之任何僕役的權利。惟其如是，我在上方講話中特地提示憲法在本國中只是尋常法律中之一部；此語最足與這一要點互相發明。試思一個行政部長，除卻巴力門曾以特定法案假之以權力，如處置外國人法案 (Alien Act) 或引渡罪犯法案 (Extradition Act) 外，絕對不有權力以假借國家名義復自作聰明而逮捕、禁錮、或懲罰任何人。此旨何在？果具有什麼重大意義？簡約言之，這個意義不外要聲明一個通則，即是一個行政部長，在行使職權中，一如在私人行檢中，必須受治於國內尋常法律。倘使內政部長竟敢以盛怒顏色攻擊反對黨領袖，或使內政部長不自揣度，竟以反對黨領袖的行動自由足以危及國家為詞，遽將此人逮捕；他必至被人控訴，而身受各種侮辱他人之刑事處分。誠以此項行為雖是一件處理政務的行動，然而決不足以庇護行政部長，或奉令行事的警察，使得免於罪戾。

試再考察本章及以下三章所有涵義，學者自見此類涵義明明入於憲法範圍；而本書既為憲法專論，

自當對於此類論題加以探討。此理之正大當無人可以否認。雖然，倘若從別一方面觀察，而且仔細觀察。學者又不難發見一事：即是，此類題目雖則在外表上屬於憲法，但在根本上仍須倚賴私法或刑法的原理以得成立及存在。此旨正與上文所已討論者相反照；即是，許多規則，驟視之，似乎為私法所包含，但細審之，則是憲法之基本。試徵實例。譬如，即以一介兵士之地位言，身居軍職，他本來負有軍事上之特殊責任；然而他同時仍有國民的身分如故；因之國民所應盡之責任他必不能放棄。誠如是，尋常百姓固須守法；兵士何嘗不須守法？譬如，再就閣臣之地位言，所謂「閣臣的責任」亦不過從英吉利法律中（註1）之一條大義產出。大義為何？即是，凡人行事出於法律以外，必須負罪；縱使此事雖嘗受元首之命而行，犯人亦不能以之自解。

然則本書第二篇中之一個萬分重要商量可以易明矣。任你轉身向何方，復視察自那一觀點，你終須聞見前幾章所嘗屢次不一次提示之一要旨：即是，雖則在外國憲法之下，個人的權利實從憲法條文產出（至少外觀是如此）；然而在英格蘭中，憲政的法律決不是個人的權利所從出之淵源，卻是個人的權利所產生之結果。而且當這個重要商量愈加推闡，英吉利法院所以維護憲法的大道愈得明曉。是故歷來法院在護憲進程中所由之路時常率循兩個原理：第一為「人人在法律前之平等」；而依此一原理，所有尋常百姓的法律責任之免除，或尋常法院的管轄權之超越，均遭否認；第二為「犯罪者之本身負責」。依此原理，凡人希圖以奉上官命令行事之一語卸脫由處務而生之罪過，均難有效。試考歷史，一直至於愛德華第

四 (Edward the Fourth) (註<sup>2</sup>) 時代爲止，學者當能尋見在那時已有一條大義昭垂，即是倘若任一個人不以合法的逮捕狀逮捕別人，縱使此項行動嘗受君主使令，他決不得法律饒恕；反之，他必然被科以無故拘留良民之罪。驟聞此義，學者或將以爲這種制限只是爲控馭君主的特權而設。(註<sup>2</sup>) 其實不然。原來個別負責的原理通常貫徹於私權侵害法之全體，全國上下均應遵守，君主自不能處於例外。

## 第二節 戒嚴法與英吉利法律

『戒嚴法』(martial law) (註<sup>3</sup>) 何解？他有正負兩義：其一指尋常法律的效力之停止，是爲負義；其二指國家全部或一部受治於軍事機關，是爲正義。正負兩義實互相表裏。在這兩種正負指意之下，所謂戒嚴法絕未聞見於英格蘭。(註<sup>4</sup>) 關於此點，英格蘭與法蘭西大異：後者常有所謂『軍事戒備時期之宣告』(註<sup>5</sup>)。在如此情形之下，所有維持秩序之責任平時本寄附於內政者，在此時一概移交軍政 (autorité militaire)；前者絕未嘗有一種制度能令此項軍政產生。此旨爲英吉利法律在英憲之下實具有永遠至尊性之鐵證。

雖然，『戒嚴法』一名常被英吉利著作家用來指明兩義，兩不相同。將欲深明本文所謂『戒嚴法』一物未嘗存在於英國，學者必須辨別這兩義。

### 第一目 戒嚴法之第一義

戒嚴法有時被用於元首及其股肱所具有常法上之權利，根據此項權利，他們可以當外敵侵入時，國內變亂時，暴動時，或強徒奸法時，用武力壓制武力。此項權利或權力，為有秩序的政治所以能存在之要件，因之，受英吉利法律承認備至。然而我們必不可因此遂謂此項權利常與武裝權力特別有關。君主居一國最高地位，固然有權以制服和平的侵害行動。逐一臣民，無論是軍是民，無論是公僕（譬如警察）或是私人，不但具有權利，而且負有法律的義務（註6）以維持和平。軍人與警察本來受雇用於國家，以維持和平為天職，因之，每逢變亂，必受差遣出而靖難，是則固無疑義。但所有忠實臣民亦不可不分擔壓服暴動的責任。

當「戒嚴法」一名用於如此意義時，雖兵士亦不能獲取因執行職務而錯誤的寬赦特典。其實此不特兵士為然，即推而至於警察，胥吏，法官亦皆然。抑兵士，警察，胥吏以及法官，在法律的眼前，皆與國民佔居同樣地位。他們，無論軍，警官，民，都應該抵抗及壓制騷亂；他們，無論軍，警官，民，均得為達到此項目的而用力，雖則至於殺害生命亦所不惜。然而過此之外，他們即不能再越一步。倘若越權，他們，無論軍，警官，民，均可被陪審團傳訊定讞。而且我們還要補足一語（因為此義幾乎已經忘記），即是，他們，無論是民，是官，是軍，或是警，均得被法院逐一傳審，而課以不負維持治安的責任之罪過；但以地位不同，他們即可由法院治罪有差。任何人，倘若懷疑這幾句陳義，應該考察「君主對片宜」(Rex v. Parney) (註7) 一主要成案。在這宗成案中，法院對於一八三一年巴力門改革法案暴動之肇禍，特仔細考慮柏利士塗勒市長 (Mayor

of Bristol) 在此際所應負之責任。

一般人民習於想像，遂以爲維持治安是軍警的唯一天職，因之，學生們從君主對片宜一成案，發見地方有司在變亂時所負責任如此嚴重，及所用以維護法律之武力如此無限，或將不免驚訝不置。而且除此成案外，巴力門復立一「暴動法案」(The Riot Act) (註9) 任一學生讀之，更不免爲法案中詞句所炫惑。試就原案考之。該案在大體上似乎聲明凡有十二個暴動黨徒，當地方有司既遵依法案以警告他們之後（最荒誕的便是將該案法文宣讀以當警告），依然聚會至於一小時，該有司即可令軍隊射擊或以刺刀衝鋒（註9）。然而這樣意思實未嘗明白記載於文字上，因之，個中文義最易引起誤會。至於此項誤會不但爲未經訓練的讀者所時有，而且爲有司所屢犯（最著的例便是一七八〇年戈登暴動之役），大抵由於假設法文中之負義應與正義並重，因之，非至法案所定條件均已出現，地方官吏不能號令軍隊以執行法律。此項假設的謬誤，在今日視之，已得證實，於是，使用兵力之時會，及借重武力之程度不復拘牽於法文，惟取決於實際的需要。

總括說，倘若戒嚴法是解作政府或忠實國民的權力，用以維持公共秩序，雖犧牲生命或財產亦所不顧，這樣解釋的戒嚴法誠屬英格蘭的法律之一部份。縱就這種戒嚴法着想，學者仍須緊記着兩事：其一，用力會否過度之問題，尤其是在殺害人命之際，必須受一個判官及陪審團會同裁決（註10）；其二，當判官及陪審團正在裁決之際，他們所處清淨與安全的環境實不同於一個將官或邑宰所處困難及危險地位，因

之，前者在事後的判斷自然迥異於後者在遇事時所有憂懼。誠如是，戒嚴法必不易濫用於英格蘭。

## 第二目 戒嚴法之第二義

除前說外，戒嚴法更有一種解釋，而且這種解釋更比前說爲普通，便是一國或一地方全受治於軍事裁判機關，而普通法院的效力復被停止。依上文所已提示，(註11)戒嚴法用於這種意義時，大抵與法國或其他外國所有「軍事戒備時期」之宣告的情狀相彷彿。將欲明白在如此情狀之下，原有法律究竟還有什麼勢力，莫如徵引法蘭西法律以資解證——

「(7) 軍事戒備時期 (l'état de siège) 一經宣告，所有民政機關在平日所用以警備及保安的權力一概移交於軍政。但在軍政未出而代用之處，普通法律依然主治。

(8) 凡妨害民國的安寧，違叛憲法及擾亂公共和平與秩序之罪犯，不拘主從，軍事裁判機關均得掩襲逮捕。

(9) 軍政可有權以爲下列諸事：(1) 不拘晝夜得入民居搜索；(2) 驅逐曾經犯罰之無賴及游手好閒而無一定居處於戒嚴領域內之個人；(3) 命令私藏軍械彈藥一律繳出，及進行檢查與提取未經繳出之軍械彈藥；(4) 禁遏具有煽惑與騷動性質之印刷品及集會。」(註12)

雖然，法文所具列不過能略示戒嚴時期所有情狀的大概而已。倘若按實言之，試思在巴黎市或法國中之任一地方，當暴動驟發之際，此地即被宣布作軍事戒備區域，於是，當日所有情形惟有通行於外國間



之政治術語，例如，「所有憲法對於私權的保證一概停止」者可以表出。在此際，倘若我們竟斷定，任何個人隨時隨地可受三數人組成的軍事裁判所拘捕，監禁或殺戮，此論亦不是過於刻薄。但無論如何，我們總可明見，法國雖在現代民主政治之下，普通法律因戒嚴的宣告而停止效力，此事實為憲法所承認；同時我們還可以指出一奇怪現象，即是，軍事法庭所有威權在現代民國之下，反遠勝於腓立時代之君主國的軍事法庭所有。（註13）

用在這種解義中之戒嚴法，我要鄭重申明一句，完全與英吉利憲法不相認識。軍士儘可以平服暴動，一如抵抗外敵；他們又儘可以攻擊暴徒，一如摧破敵軍；然而他們在法律下絕對無權以加刑罰於亂黨之個人身上。在秩序的恢復進程中，亂徒儘可被格殺無赦，一如敵人之被擊殺於陣上；甚至為防備逃脫起見，俘虜亦可以被擊斃；然而除此之外，任何刑戮俱非軍法（military law）所得處置，而由海陸軍裁判所（Court Martial）所判行，俱是違法。此等非法行動實等於無故殺害人命。試引實例作證。在一七九八年，愛爾蘭亂黨有名童恩（Wolfe Tone）（註14）者，當法國軍隊侵入之際，加入敵軍作戰。其後，童恩乘軍艦來攻，中途被獲，童恩遂成階下囚，而被審判於杜伯林（Dublin）市之海陸軍裁判所。審判之結果是，童恩被判決受絞刑。但在事實上，他未嘗任英國軍職，他所任唯一軍職只得自法國。故當童恩將受絞刑之上午，他的親友代請求一出庭狀於愛爾蘭王庭。他們所持理由是：童恩既未供職於英國海陸軍，自不應受海陸軍裁判所審訊定讞；因之，該裁判員等實以非法手段施行戒嚴法。王庭受理此案，立即發出一出庭狀，

以提回童恩。及今思之，我們當追議此案時，必須注意三事：其一，童恩所犯之罪已得證實，並無故出故入；其二，愛爾蘭王庭中之裁判員在當時均以疾視叛亂之人物構成，因之，成見甚深；其三，在一七九八年，愛爾蘭正受法蘭西大革命風潮激盪，於是全國鼎沸。然而在如此情狀之下，王庭卒能主持直道，以保護童恩，平心論之，我們不能不贊美這幾位裁判之正直無私，同時，在法律的至尊性之示例中，我們復不能不承認此一實例為具有最高尚德性。

(註1) 參考 Mommsen 所著 "Römische Staatsrecht", p. 672。由該書讀者當可概見同樣原理似已存在於古羅馬法中。

(註2) 參看 Hean 所著『英格蘭的政治』(第二版)第四章及比較 Gardiner 『英格蘭的歷史』第十冊一四四及一四五頁。

(註3) 關於『戒嚴法』之正確解釋，參考下列典籍；

- (1) Forsyth, Opinions, 一八二至二一六頁，又自四一八至五六三頁。
- (2) Stephen, History of Criminal Law, 第一冊，二〇一至二二六頁。
- (3) Rex v. Pinney, 5 C. and p. 二五四頁。
- (4) 8 St. Tr. (n. s.) 一一頁。
- (5) Reg. v. Vincent, 9 C. and p. 九一頁。

(6) 3 St. Tr. (n. s.) 1037頁；

(7) Reg. v. Neale, 9 C. and P. 431頁。

(註4) 這一句話，除英格蘭外，再不能適用於他國；縱然是會合英格蘭而構成不列顛帝國的任一國家亦不能完全適用。若專就英格蘭立論，這一句話在承平時自然是十分真實。至於在交戰時期，究竟這種狀況還要變通與否，並變通到什麼程度，參考附錄本書中書後之第十則，「戒嚴法當交戰或叛亂時在英國之實際情況」。

(註5) 參考法國一八四九年八月九日所頒布軍事戒備時期法令，見 Roger et Sorel, Codes et Lois, 四三六頁；又一八七八年四月三日所頒法令，概見於 Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel, 第七十六節，五一〇至五一三頁；又九二六頁。參考本書下文本章本節第二目中所以徵引之法國法令。

(註6) 比較下列判決案，即是，Miller v. Knox, 6 Scott 1。參考當日委員會中之兩人，一為 Bowen, L. J. 二為 R. B. Haldane, Q. C. 為查究一八九三年在 Featherstone 所發生之騷動情形而發表之言論 (C. 7284) 並比對本書附錄中之第六則，「軍人奉命解散非法集會時所應守本分」。

(註7) 欲得此判決案詳情，請觀 5 C. and P. 254; 3 St. Tr. (n. s.) 11

(註8) 見佐治第一代議案錄第一冊，第五章。

(註9) 參考 Stephenson 『刑法史』第一冊，110二至110五頁。

(註10) 倘能僅依下列兩條件，這一句語所含義理，並不與一九〇二年所判決的 Ex Parte D. F. Marris 一案（見 A. C. 1091）相衝突，復不與樞密院判詞中的字句相抵觸。其一，「一宗判案只有案中主旨能成爲先例，而可爲後起案件所依從，」（語見一九〇一年，Quinn v. Leatham 一案，載於 A. C. 506頁，爲 Halsbury, L. C. 之法律意見）其二，

「每一法律判斷概依事實而得到結論，故每一斷語俱須參照已證明的實事而引用。誠以斷語的概括性並非爲概括法律的全體法意而發，乃爲按照某一案中之特殊事實而發也。」（語見同上典籍）

（註11）語見上文所稱引「軍事戒備時期之宣告」一節。

（註12）載於 Roger et Sorel, 『法典及法令』四三六及四三七頁。

（註13）參考 Geoffroy's Case, 24 Journal du Palais, p. 1218. 嘗嘗 Forsyth 所引用，見他的 Opinions. 四八三頁。雖然，法國公法學者之所著書如 Duguit 所著 Manuel de Droit Constitutionnel 又載明雖在法國今代，當軍事戒備時期，軍事當局仍受種種限制。見原書五一二及五一三頁。

（註14）載於 27 St. Tr. 六一四頁。

（解1）按，戒嚴法譯英吉利語爲 Martial law；共爲兩解，具詳書中本文，學者應仔細玩味。下章所言軍法譯英吉利語則爲 military law；軍法應與戒嚴法，分別清楚；學者玩味兩章本文當自得之。

（解2）按，愛德華第四即位於一四六一年，薨於一四八三年。關於英吉利法律在兩條大義中之發展饒有研究的價值。參考勞恩所輯述的『常法歷史及制度文選』（Pounds, Readings on the History and System of the common Law）二八頁至二〇九頁。



## 第九章 陸軍（註1）

### 第一節 引論：本章論旨

英國陸軍可分兩部份研究：其一為常備軍，或稱國防軍（註2）；其二為地方防軍（註3）。此與民軍相似，同為地方兵力（註4），用以扞衛合一王國中之治安。此類軍隊，雖則性質殊異，然而同受治於國法則一。惟本章所欲研究並非要將諸類法案中之牽涉陸軍者逐一羅列而摘取其要義；反之，本章所欲審問惟要集中於一題旨，即探討法律的至尊性所以能貫徹於全國軍制及軍令之法律根據是。

在普通法律教科書中，關於陸軍的研究通常有一定次序：首先論民兵，此即為日前所有地方兵力；最後乃及於常備軍。常備軍不但被論列最後，而且不大被重視。所以然者，民兵在歷史上實較常備軍創立較早；而常備軍在憲法上又只是一種變態的陸軍制度。於是，法學大師每常論及常備軍，常時視之如一例外的或次要的題目。按實言之，常備軍僅被看作民軍的贅瘤之一種而已（註5）。但一就現行制度觀察，常備軍在今日已成國防中之主要軍力，而地方防軍轉入於不足重輕之數。因此之故，討論本題常以倒轉普通法律教科書所有之次序為便。

## 第二節 常備軍

常備軍是一種永遠設置的軍隊；在此項軍制之下，軍士係以金錢招募及雇用，他們所負義務即是對於軍令的絕對服從。驟視之下，此項制度與巴力門政治實屬兩不相容；良以後者的存在之要件必賴於有法律主治，或賴於有民政當權，尤其是法官當權，而後者則惟軍令之是從也。再就實際經驗考察，備兵的存在於各國中常時足以妨害通常所謂『自由政治』之發展，而他們的存在在於英國中有時——即如在平民國家時代——亦足以爲患。<sup>(註6)</sup>唯其如是，本國政治家往往深信常備軍的制度極有害於英吉利人民之自由，而且此項信念一直傳下至於一六八九年的革命之後。顧信念自信念，事實自事實，常備軍在今日已成爲民族安全之要件。因此之故，英吉利人們在十七世紀之末與十八世紀之初，不時發覺他們本身實處於一種窘境。每逢常備軍設置，他們深懼本國將不能逃脫專制；但使常備軍竟然廢除，他們又知曉本國將不免外敵侵略；果爾，民族自由的維持且足以犧牲民族獨立。如天之幸，英吉利政治家卒能偶然地尋出這種窘境的解答方法，而叛變法案 (The Mutiny Act) <sup>(解1)</sup> 雖則匆遽通過以應付當前危險，轉得以解決一個幾乎不能置答的問題。

在這個實例中，一如在其他實例中，所有成功之由並無他種謬巧，只以英吉利人們所固有實際經驗，政治天才，與政治家的手腕造成。但我們當縱論此項制度時，不可不提防兩種錯誤。

在一方面，我們不應由此便要懸想，英吉利政治家誠具有遠識深心，絕非他國政客所能企及，故能作如此聰明舉動。在他方面，我們更不應妄加揣測，此類困難的解決純屬機緣湊合。英吉利政治家有了機緣，所以能成立大功，而各國人民都無如此幸運，所以不能應付艱鉅。其實政治常識或政治天性不過是從政的實際經驗，而這種從政的實際經驗原非今代英吉利人們所獨有，但有學問的英吉利人們實比有學問的法蘭西人們，或德意志人們，老早擅長此術，遠在一二百年以前。因此之故，政治的原理之較現實者，特比較發展於英格蘭，而且遠勝他國，直至近時為止。由此觀之，光榮革命時代中之英吉利政治家所以能解決這些問題，並非因為他們能自出心裁以創造新思想，亦非因為有了幸運，故能僥倖成功，但是因為法律與政治概念之生長於英國中者多方近於實際，而且一六八九年之政治家特能善用本國所有政治習慣以應付當前困難而已。按實言之，陸軍在國中之地位，依第一次叛變法案所決定，確由該法案的論主能應用英吉利法律中之一基本原理以定實，即是一個軍人，恰如一個教士，儘可因職掌關係，負有特殊本務，但必不能因此故遂得解除尋常百姓所應負之國民本分。

### 第一目 常備軍與叛變法案

是故一六八九年之第一次叛變法案（註7）所有主旨及原理，恰與後來一八八一年通過的陸軍法案（The Army Act）（註8）所有原理及主旨絲毫不差，而後者實為英國全國陸軍所受治之根本大法。試將兩者相互比較，我們自能涉獵過程中發覺什麼是解決困難的主要方法，依之，軍紀的維持與自由的



呵護（或者爲正確表示起見，當謂國法的至尊性的呵護）然後足以相融洽無間。

第一叛變法案的弁言，除字眼略有變更外，常時轉載於後來所通過之逐一同樣法案；茲當徵引法文以資解證。其言曰：『從來任何人的生命或身手除謹依國法裁判外本不可以受成見預裁，亦不可以受戒嚴法任何懲辦處治。然而丁此國步艱難之際，如此重大軍備現在或將來必不可以不設；於是，紀律在軍中遂不可以不嚴格施行。自此之後，凡屬軍人，敢有叛變或煽亂，或逃避軍役而散逸者，一律從嚴復從速懲治；其法律手續應比尋常法律的形式爲簡易。』（註9）

上文引用語最能道達一六八九年之政治家所有窘迫心理。容我們繼此審察個中所有困難之應付方法。

一個軍人，無論官佐與兵士，常在常備軍時（或用今代法案通用語，可云，處於軍法 *military law* 的（註10）治下之人員）具有雙重繫屬：其一屬於軍隊以外之邦人隊裏；其二屬於軍隊中之一個人，不但與同僚相關連，而且與長官更相關連。簡約說，凡人之受治於軍法下者不但負有國民之權利義務，同時亦負有軍人之權利義務。他的地位，無論於任一方面，在英吉利法律之下，常受一定原理支配及處置。

## 第二目 軍人的地位自國民職分方面觀察

英吉利法律於此有一定實的大義焉；即是一個軍人，雖則是常備軍之一份子，然而在本國內仍要與一般民衆同守國民的本分及同盡國民的責任。是以第一次所通過叛變法案嘗剴切申明：『無一法意，在

此法案中，可以被詮譯為有心開脫任何官佐兵士於尋常法律的責任以外。』(註11)這一句話實能括舉英吉利立法精神之大旨。誠以一個軍人當服役於常備軍時固然負有許多軍事上之責任，格外多於常人，但他必不能因掛名兵籍便可卸卻國民義務。

是故先就刑事責任言，一個軍人與一非軍人負同等任責。(註12)當在不列顛領土之內，倘若他竟然犯罪，他必須受普通法院裁判，一如平民之未嘗受治於軍法者然。更有多種罪狀，譬如謀殺罪，所有犯人概受訊決於普通法院。(註13)假使一個軍人在英格蘭中，或在范的民地(Van Diemen's Land)中，犯了殺害或劫奪罪，他的軍職必不能開脫他的罪名；他終須出庭以站立於罪人席上而受審訊。

更就民事責任言，一個軍人亦不能以身任軍職之故而希圖卸責。試徵實言之，倘若負債，他儘可以不出庭受訊；倘若負債而不過三十金鎊，他儘可以不受逮捕；然而無論如何，他總須償清債務。(註14)即此一端，英吉利法律迥異於大陸立法，已可概見。任何人，苟曾受大陸立法的精神薰陶，當不會相信在法蘭西或普魯士中，私人權利能不顧公家職務所佔地位，得以自由伸張一至於此。

倘使軍事裁判所，與普通法院，在管轄權上，發生衝突，普通法院必佔優勢。譬如，一個軍人已受普通法院開釋或定罪，軍事裁判所不能再對於此事別有判決。(註15)但已經軍事裁判所定讞之殺害罪或劫奪罪，巡迴裁判院(The assizes)依然有權可以再將此人審問及定罪。(註16)

每逢一個軍人被人以刑事罪狀控告，他必不能於受審時以曾奉長官命令為辭希圖卸罪。(註17)這

是一個法律上之要旨，尙待詳細闡明。

本來一個軍人，若就軍紀立論，自應以服從長官所有合法命令爲本分事。但服從命令是一事，犯法又是一事，當犯法之後，軍人仍與平民同樣，必不可以善意的執行命令自解。至於此項命令即使來自總司令，亦不能引以自重。因此之故，一個軍人的地位，在理論上，甚至在實際上，極爲困難。倘使不服從命令，他必至受軍事裁判所鎗決；倘使一味服從軍令，或者竟不免受普通法院絞決。將欲明白個中所有困難，試作假設，並考察軍人在如此情形下應怎樣行動。

設當暴動猝來之際，一個軍官下令開鎗射擊。而且彼軍官所以下令，並非絕無理由；誠以暴動的來勢洶湧，除採用如此酷烈手段外，再無別法可以制止。於是，以法律論之，又以軍事論之，所有士兵必須遵命，至易明白。因爲命令既屬合法，而制止暴動又爲軍人與國民所應盡之職分也。

又設有一個公衆領袖，當政治運動進行急激之際，被一軍官下令逮捕，而且毫無犯罪證據，遽以謀叛嫌疑，橫遭殺害。在如此際會之下，發令者與遵令執行者皆犯了殺人罪；在依法審判與定讞之後，他們必受絞決。誠如是，士兵們爲遵守國法起見，雖有違抗命令之嫌，當可不顧。

更假設一個軍官自以爲一羣民衆方在集合，非用武不能解散，於是下令射擊大衆，但就事實上推究，秩序尙可以威嚇維持，故一旦開鎗實是太過鹵莽。果爾，這道命令只是非法；因之，發令的軍官不免以身試法，而橫遭射殺之人命必須逐一課責。士兵們在此際又將如何？這是要說，什麼是他們的本分？此一問題至

難解答，並可以說，至今未嘗解答。下文所引成語，係審判官斯梯芬先生之言，可以參考；他一席的話雖非針對假設題目立論，然而儘可以視為臨機應變之軌範。

斯梯芬曰：「雖然，這一問題，即長官命令能解脫海軍或陸軍於罪之問題，我未聞曾經提出於法院，從而法院亦未加以明白解釋。或者，依上文辯論所及，長官命令，倘若奉行人員既經思索而以為庶幾合理，自可以不至陷奉行者於罪戾。譬如，士兵們常受命射擊一羣不守秩序的民衆時，雖則未見有何危險暴動，然而儘可以為長官所命未嘗不合事理。但使街上行人，倘若並無暴動痕跡，則無論如何喧嘩雜沓，必不應橫受武力摧殘。當是時萬一軍中司令竟令施放排鎗，所有士兵們自然不能認此舉為合理準情。然則命令的合理與否，士兵必須斟酌，而不可盲從。如其不然，倘若竟有一個隊長命士兵射殺團長，或竟有一個司令使士兵投降敵軍，為之奈何？果爾，則所謂一個軍人務須遵守長官命令之大義，或足以成為軍紀本身的致命傷。因此之故，倘謂一奉軍令，雖在太平時候屠殺良民，與在交戰時期射殺婦孺，士兵亦可以告無罪，我敢斷定此論為非人情。所以關於一個軍人能否以曾奉命令而希圖卸罪之問題，我以為只有一條界線；即是此項赦免只以這個軍人實相信所執行命令當於事理者為限。在如此際會中，軍人既須受治於兩個管轄權之下，而兩個管轄權復至於互相抵觸，其為不方便，孰有甚於此者？顧此項不便實為不可逃避之事實，因為在這方面，軍紀固不可以不守，而在那方面，法律的至尊性尤不可以不維持。」（註18）

雖然，軍人所處地位的困難之來自這種不便者，尚可設法以求末減。此法為何？即君主對於此項因公

受累之軍人可以特權赦免是。(註19)但赦免一事仍屬不可知之數，於是箇中所有困難依然存在。故在一方面，長官命令，往往有為常識所認作無傷者，不免令執行時遇犯法之危險；而在他方面，行事所生來法律責任，雖已為庸人所認識者，軍人決不能以不奉命而規避，或以受命於他人而脫卸。(註20)

### 第三目 軍人的地位自軍人本分方面觀察

一個國民，當從軍之際，即應受治於軍法，而負有特別義務。由是，有一種過失，譬如，奉軍官以老拳或侮慢，在平民犯之，可成輕罪，或化為無事者，在軍人犯之，旋即變成嚴重罪過，必須從嚴懲處。而且軍人所犯罪過，可被軍事裁判所審訊。因此之故，他所居地位大異於平民，即是，除與平民同守國民本分外，軍人尚須肩負軍法所加之責任。但事雖是如此，我們終不能由此遂生聯想，以為倘專就軍人的地位立論，雖在太平時，尋常法律亦可以不必遵守。

其實英吉利憲法所以處置此項問題常有一條通理：即是，普通法院實有管轄權以測定誰人應受治於軍法，及從軍法得到之某種法律程序曾否違背常法的規則。常法的規則者統治全國軍隊之根本大法也。

由是，遂自然流露下方(除他種不計外)效果。效果為何約言之，只有民事法院(civil courts)能決定(註21)某一人是否「一個應受治於軍法的人。」(註22)

報名從軍，箇中所有涵義實所以表示遵守軍法的志願。(註23)原來屬於一種民事法律程序，因之一

間民事法院有時須查究某人曾否依法投效，或某人能否依法解除軍職。（註24）

倘若某一軍事裁判所踰越他的管轄權，或某一軍官，無論曾否以軍事審判員資格行事，濫用職權而至於逾法，普通法院均有權可以監督。是以軍法有言：『凡普通法院俱可以監督軍事裁判所或軍官的法律行爲。而監督此類行爲所有法律程序可爲刑事，又可爲民事。刑事法律程序用以檢察毆辱，非法監禁，殺人或無辜濫殺。民事法律程序用以遏抑一種傷害的實施或繼續，是爲預防方策；又用以賠償一種傷害所遭損失，是爲補救辦法。大概言之，普通法院在民事管轄權方面，可發出禁止狀以遏制軍事裁判所之行動，又可提起損害訴訟以補救軍官之過舉。此外尚有出庭狀一制度，無論在民事方面，或在刑事方面，隨時可以應用。這是要說，凡遇任何人枉被軍事裁判所拘禁，普通法院均可簽發出庭狀並送達於任一軍官，任一獄吏，或任一人員，如期將此人交出於一定地方。』（註25）

最後，尚有一要旨，必須鄭重提示；此一要旨便是常備軍的存在與軍中所有紀律的存在，若遇太平時候必應完全倚賴逐年通過的叛變法案（或較嚴謹地說，應稱常年陸軍法案。）（註26）倘若無這宗法案，一個軍人即不須受治於軍法。因之，逃軍不過與毀棄契約同科，拳擊軍官亦不能略比毆辱常人爲重。

## 第二節 地方防軍

此項軍隊大抵爲民軍與義勇隊，而組織方法大抵由於人民自告奮勇，復自願從軍。以是之故，此項軍

隊，倘非樂從，不能被調遣於合一王國以外。至於欲用之以摧翻巴力門政治，則可謂為絕對不可能。誠以巴力門所代表者是民衆的利益也。但事雖是如此，然巴力門仍不願疎於防衛，因之，即在此項軍隊裏，法律的至尊性仍不肯輕易縱弛。是以此類軍中人員通常不受治於軍法；受治之時，惟限於集成軍（註27）或方在訓練。當集成軍之際，地方防軍雖則不應外調，然在實際上已成爲正式軍隊，故應以軍法部勒。

試問集成軍如何實現？以時候言，自非在民族安危所繫之時不可；又以方法言，自非待至巴力門有一機會以立法而撤告全國不可。大抵此類法案常有一效實（至少凡遇一個巴力門依然健存時應有如此效實）：即是，地方兵力而至於集成軍，除却在非常緊急時期外，必須靜候巴力門之命令。（註28）此外更有一效實：便是，將欲趁成軍之後，實施及維持軍隊紀律於地方防軍中，尙有待於陸軍法案之繼續有效，與逐年有叛變法案之繼續通過。（註29）

（註1）關於陸軍在法律上之研究，參考下列典籍：

（1）Stephen, 『英吉利法律解詁』 (Commentaries) 第二冊，卷四，第八章；

（2）『英吉利行政法』 (Das Englische Verwaltungsrecht) 第二冊，九五二至九六六頁；

（3）軍法教程。

至於專就常備軍研究，參考下列典籍：

（1）Will and Mary, 第五章。

(2) 一八七九年軍紀及軍律法案載於維多利亞代檔案第四十二及四十三冊，第三十三章。

(3) 陸軍法案，即一八八〇年通過之法案，載於維多利亞代檔案第四十四及四十五冊，第五十八章，暨此後連年所有修正案，直至一九〇七年止。

(註2) 陸軍法案第一九〇節第八款明載：「法文所稱『regular forces』(國防軍)及『His Majesty's regular forces』，概指軍官兵士，當受委任時，及投效時，依照法令，應繼續供職，並聽從調遣於世界各地。此項稱謂並包括海軍、印度駐防軍，及駐防 Malta 之砲隊，甚而至於後備軍，當徵調入伍時，亦包括在內。

(註3) 參考一九〇七年地方防軍及後備軍法案，載於愛德華第七代檔案第七冊第九章；又參考陸軍法案。

(註4) 民軍——一九〇七年通過之地方防軍及後備軍法案，未嘗撤廢以前所有屢次民軍法案。此類法案若不遭廢棄，元首對於民軍之召集及編制成軍的權力依然存在。(欲得其詳，可參考(1)查理士第二代議案錄第十三冊，卷一，第六章；(2)查理士第二代檔案第十四冊，第三章；(3)查理士第二代檔案第十五冊，第四章；(4)一八〇二年民軍法案，載於佐治第三代檔案第四十二冊，第九十章；(5)一八八二年民軍法案，載於維多利亞代檔案第四十五及四十六冊，第四十九章；(6)及一八八一年軍制法案，載於維多利亞代檔案第四十四及四十五冊，第五十七章。)當此項權力存在時，民軍以理論言，為義務兵，故應出於徵集，但以實際言，則為應付急難起見，常出於招募。招募成軍之後，民軍便成正式軍隊，但不能調成國外。而且成軍之前，若巴力門開會，必須先向巴力門告變，而請命召集；若當閉會，必須有樞密院命令召集。(見一八八二年民軍法案，第十八節及 Stephenson 解詁第二冊，第十四板，四六九頁。)至於軍紀之維持則尚有待於叛變法案之每年繼續通過。

自一九〇七年地方防軍及後備軍法案通過後，民軍之地位在法律上又為之一變；分析言之，可得兩端：

(1) 所有正式民軍皆將依該法第三十四節改成後備軍或被遣散。



(2) 正式民軍的人員皆在短時期內依該法案停職。

雖然，以實際言，民軍之地位，自非待至屢次民軍法案盡被撤廢而後，必不至搖動或竟消滅無遺。試以巴力門或珍視此項元首所有的歷史上傳下的特權，於是儘可加以保留也。

(註5) 在十七世紀之際，巴力門似乎十分倚重此項由鄉間徵調出來及由鄉紳管帶的民軍，以爲捍衛英格蘭之用。參考查理士第二代檔案第十四冊第三章。

(註6) 例如，徵諸 Macaulay，歷史第三冊四二至四七頁，即可概見。Beard 在他所著『克林威爾的軍隊』有言：『在內亂戰爭及臨時執政期間，軍事當局對於軍人過舉常自行處理及懲治。因之，尋常法院與軍事裁判所每以管轄權之問題而惹起爭執。』(見原書三一〇頁) Hill 先生且於書中三一〇至三一二頁間舉出多次實例，敘明雖當軍事極盛時法院亦嘗數番主張正義，以爭回被侵害之審判權利云。

(註7) 參考威廉及美梨合治時代檔案第一冊第五章。

(註8) 陸軍法案而外，加入逐年通過的叛變法案，遂構成英國陸軍法典。

(註9) 參考 Clode，『元首的兵力』第一冊四九九頁。比較維多利亞代檔案第四十七冊第八章。在後來叛變法案中，所有字眼雖則變異無多，然此項變異處至足玩味。

(註10) 陸軍法案在第二篇中提示誰人應是被治於軍法的人物。這是要說，某一種人員，依英吉利法律所規定，在特殊情狀之下，應受軍法裁判所審訊，懲治他所犯了的軍事或民事過失。茲爲便利研究本章題義起見，這種人員可以概括地敘述，分爲三類。第一類爲常備軍的官佐士兵；(見陸軍法案第七五節第一款，及第九十節第八款) 第二類爲地方兵力中之官佐士兵，惟以在下列際會中爲限，即是當訓練時，當聯合國防軍作一致行動時，當集合成軍時，又當徵調於戰場中作防衛舉動時；(見陸軍法案第

一七六節，及一九〇節第六款的末項）第三類爲既非主要軍隊又非輔助軍隊的官佐士兵，但爲參加或隨從海外作戰軍隊的人員。（見陸軍法案第一七六節第九款與第十款。）主要軍隊包含在岸上的海軍及受徵調出來的後備軍。參考陸軍法案第一七五及一七六兩節，比較 *Marks v. Frogley* (1889) 1 成案，見 *I. Q. B. (C. A.)* 八八八頁。

（註11）載於威廉及美梨合治時代第一冊第五章第六節，參考 *Code*。『元首的兵力』第一冊，五〇〇頁。

（註12）比較陸軍法案第四一及一四四，又一六二節。

（註13）話雖如此說，試比較一八六二年殺人法案所提示的管轄權一節（見維多利亞代法案第二五及二六冊第六章），並參考 *Code*。『元首的兵力』第一冊二〇六及二〇七頁。

（註14）參考陸軍法案第一四四節，比較 *Code*。『元首的兵力』第一冊二〇七及二〇八頁，及 *Thurston v. Mills* 1 成案，見 *44 冊* 第十六冊二五四頁。

（註15）見陸軍法案第一六二節一至六款。

（註16）見同上法案同上節款。試反比較英吉利及法蘭西軍人的地位與兩國法律所有相互關係。法蘭西法律有一基本原理，即是軍人或治於軍法的人員，犯了罪過，他只應受軍事裁判所審訊。見 *Code de Justice Militaire*，第五十五，五十六，七十六，及七十七條，及 *Lo Faure, Les Loire Militaire*，一六七及一六三頁。

（註17）見 *Seppha* 刑法歷史，第一冊，二〇四至二〇六頁，比較 *Code*。『元首的兵力』第二冊一二五至一五五頁。一個軍人在法律上之地位可以下方一例外作解證。某辛在 *Achille* 兵艦上充當一哨兵，當輪值時，該艦適已付賬清楚。『於是，前一哨兵當換班之際，授以軍令。這道命令是：除非來人穿帶軍裝，或得甲板上長官許可，無論什麼船隻不可令趨近軍艦。某辛同時領受短鎗一柄，空彈及實彈各三枚。未幾，小船羣集，意欲迫近兵艦。某辛喝令停止，但仍有一艘前進，不聽勸告。某辛發鎗，二人在小船上

應聲倒地。陪審團當審訊此案時，極力要尋求某辛的用意所在。後來審問的結果是：某辛所以放鎗的緣故，實因為他感覺得這是他的本分所應為。然而事實雖是如此，審判員在法律方面觀察同齊斷定某辛犯了殺人罪。不過情有可原，這一宗罪狀應受赦免。因為倘使死者實要運動該艦兵士叛變，則某辛的行動實所以保全兵艦故也。』見 Russell, Crimes and Misdemeanors (第四板) 第一冊八二三頁。論 Rex v. Thomas, East. T. 1816, MS. Bayleys, J. 道宗判決案的日期值得注意，因為在這一期間，英格蘭以及歐洲各國政治方趨於保守，無人能假想那時的判言還有故意抑視元首及官吏的權利之傾向。但無論如何，法院的判斷確能根據復能解證，常法中之一大義，即是做了軍人及奉命行事的事實決不能得到解脫。倘使所有行為在常人必須受罰者，在軍人仍須讓處。

(註18) 見 Stephen, 『刑法歷史』第一冊，二〇五及二〇六頁。比較審判員 Wills 在 Keighly v. Bell 一案所發表言論，載於 F. and F. 763. 參考 Lord Bowen 的法律意見，徵引於本書附錄中之書後，第六則『軍人當奉命解散非法集會時所應守本分』。

(註19) 除特赦外，總檢察長，以代表元首處理法律問題之地位，亦有權將提起公訴事延擱。參考 Stephen, 『刑法歷史』第一冊，四九六頁，及 Archbold 『刑事訟案辨護』(第二十二板) 二二五頁。

(註20) Buron v. Denman, 2 Ex. 167, 有時被人徵引，作為一個官吏能以奉行君命在法律上求卸罪的證據。實則此一判決案並不能作如是用法。在 Buron v. Denman 一案中，判決的要旨是：凡英國海陸軍官，因執行君主命令之故，做了一件行為以侵害一個外國人於外國，這件行事可以解作交戰行為，但不能解作犯法行為而提起訴訟於英吉利法院。比較 Feather v. The Queen B. and S. 257, 205, per curiam.

(註21) 參考 Wolfe Tone's Case, 27 St. Tr. 614; Douglas's Case, 3 Q. B. 825; Fry v. Ogle, 徵引於陸軍

法律教程，第七章，第四一節。

(註22) 參考陸軍法案第一七五節至第一八四節。

(註23) 陸軍法律教程，第十章第十八節有言：「應募投軍是契約的一種，由君主與一軍人互訂。在法律的恆理之下，這種契約不得雙方同意，不能變更。其結果是：凡陸軍法案所訂的條件，依之一人得以投入軍籍者，非得本人同意，不可任意改易。」

(註24) 在陸軍法案第九十六節中，尋出關於未及二十一歲年齡之徒弟應否於應徵後送還他的師傅之規定。但在近代法律之下，法院被人請求以考慮某人被留在軍中服務曾否合法之問題，甚少遇見。參考陸軍法案第一〇〇節二項及三項。在往昔時代，每逢一人被迫入軍籍，而不依正當手續，法院常出而干涉。參考 *Cloze*，「元首的兵力」第二冊，八頁及五八七頁。

同理，一所尋常法院亦可以被請求出而審問究竟軍人有否權利以辭退他的軍事任命。見 *Hearson v. Churchill* (1892) 2 Q. B. (C. A.) 144。

(註25) 見陸軍法律教程第八章第八節。雖然，尚有應注意者一事：法院大概多不願意處分關於由軍政或軍律而產生之權利。

(註26) 箇中所有實際情形可以括舉如下：常備軍的紀律本來淵源於一八八一年陸軍法案，載於維多利亞代檔案第四十四及四十五冊，第五十八章。但在該法案第二節中，巴力門復明白規定，謂所有本法案的時效須另以法案指明；於是，巴力門遂須逐年通過一次所謂常年陸軍法案 (*The Army (Annual) Act*)，即叛變法案。依這一宗法案不但常備軍得以繼續存在，而且一八八一年陸軍法案得以繼續有效。因此之故，我們可以嚴格地說，常備軍的生命與紀律專賴常年陸軍法案之逐年通過。(註27) 然而箇中至少有一例外，即是，當受命召集成軍時而不能依期應命地方防軍中之一份子，雖則別事不受治於軍法，但這一件過舉會要受軍事裁判所審訊。見一九〇七年地方防軍及後備軍法案第二十節。又在同案第二十四及二十五節中，可審察軍事裁判所及簡易法庭，對於幾種訟案，同時皆有管轄權。

(註28) 比較一九〇七年地方防軍及後備軍法案第七節，一八八二年後備軍法案第十二及十三節，和一八八二年民軍法案第十八節。參考本章註2所論述。

(註29) 介於英格蘭寺院的教士所居地位與受治於軍法的人員所居地位之間，藏有一類似點。一個國立寺院的教士，恰如一個國軍的軍人，負有特種義務，復嚴格受治於法院，實為尋常英吉利人們所無有。因為他既然享受階級所專有的特別利益，他即須受特種制限所束縛；然而教士一階級，正如軍人一階級，決不能超越於國法之上而生存。大凡尋常百姓所做的事若為犯法，雖使教士為之，亦是犯法；在此際，尋常百姓固然須受管轄於普通法院，教士亦依然須受管轄於普通法院。

不寧惟是，常法法院實有權以測定軍事裁判所的管轄權之所至；同理，常法法院亦有權以測定（但須受成於巴力門的法案，可不待說）宗教法院的管轄權之界限。

而且以歷史源流言，原來教士在英格蘭本受特殊待遇，今則夷與凡人為伍，中間蓋不知經歷幾許困難；同樣，建立文治權力於一切軍事活動之上，務使戡戡然受治，所遇困難之艱鉅亦如之。其實在這些困難中，每一事相繼出現於歐洲諸國，惟英國克服這些困難為最周耳。苟進而深求其故，我們儘可推論法律所有這樣勝利實造端於一種普遍尊視，即是「君主在巴力門中」(King in Parliament) 為至尊；至於這種尊視又導源於一種合治方式，即是君主而外，加入兩院，彼此相與合作，實足以代表全體民衆，因之，足以創作及使用國家所有一切道德的威權。

(解1) 按叛變法案，在英吉利法律中，頗屬重要；倘有一年不得通過於巴力門，政府便無從成立常備軍。誠以這一宗法案并非專為治理叛兵或逃兵而設，實則兼顧及於兵士的待遇之改善。譬如，在該法案中，所有軍士的給養及其等級編制亦經逐一明白

---

規定。若無此法，英國歲費中之陸軍經費即無法律根據，常備軍必不能設置。因此之故，這宗法案每年必由巴力門通過。關於海軍，巴力門亦有同樣辦法。參考樸萊克斯頓 (Blackstone) 『英吉利法律解詁』第一冊，四一六及四一七頁註脚。



## 第十章 財（註1）

### 第一節 章旨

本章所有題旨仍與前章所有者無異。是故前章所欲提示之要點不外爲英憲中所具有的法權超越軍權之精理；而本章所欲探討之奧義亦惟着眼於國庫與國法之相互關係而已。換言之，凡關於財賦的籌措方法，徵收方法及支用方法，本章均不置議，但對於國帑出入必須根據法律一節，本章亟要申論。由是，歲入的法律淵源，歲出的法律依據，及國家經費須受法律監護，遂成爲本章所有內容之三大綱領。

### 第二節 歲入之法律淵源

英格蘭全國收入，依樸萊克斯頓與其他法律大師所垂教，向來共分兩大類。第一類屬於經常歲入，是爲王室歷代於傳授的產業入息；第二類屬於非常歲入，是爲巴力門以法案確定的新起賦稅。本來此兩類區別，自歷史觀之，誠爲重要。但就本章題旨觀察，我們儘可以不必措意於第一類之歲入。所以然者，該類歲入，如王室私地所得地租，又如海軍戰利品（解1）與其他同類收入，合計每年不過五十萬鎊，其爲數正屬



無多耳。加之，此類歲收，在今日已不復如前日，專歸元首獨享；因為自維多利亞后，而至威廉第四，以迄今王（註<sup>2</sup>）此數一概被撥作『王室經費』（解<sup>2</sup>）（civil list）（註<sup>3</sup>）作正開銷。然則所謂尋常歲入，在往時本歸元首世襲者，在今時概撥歸國庫，而成爲全國公帑之一部矣。以此之故，我們儘可暫將第一類世襲歲收置於腦後，而惟切實注意於第二類歲入。第二類歲入，雖則被稱爲『非常』（extraordinary），其實應叫做『經常』（ordinary）；緣巴力門每年實以法案確定其款目金額，使成爲全國稅收之固定部份也。

文明日進，國用日見浩大，歲入是以有增無減。即以尋常歲時而論，其爲數已達於一萬四千四百萬鎊（解<sup>8</sup>）（£14,000,000）（註<sup>4</sup>）除世襲歲收而外，全國歲入概屬法律規定下之賦稅。由此觀之，全國歲入概賴法律而存在，他只是巴力門法案下之產物而已。

是故生在今世，無人敢虛構一種想像，以爲某項賦稅可不用法案而成立。誠以法律與賦稅之關係至爲密切；此旨已盡人皆知，不待解說。然而賦稅的徵收與巴力門的召集開會究竟有怎樣密切關係，現代人士或未能澈底了解。譬如世人儘有一種見地，以爲巴力門一日不召集，租稅即一日不能依法征收；於是國庫既有充實的必要，巴力門即有開會的保證。這樣見解，若稽之歷史，未嘗無據。例如，在查理士第一主治之世，巴力門一不召集，租稅即爲非法收集。故當時嘗有不出代議士不納租稅之說，而且此說並惹起人民與王室的戰爭。但今日情事變遷，此項見解不能拘泥太過。若使太過拘泥，事實即不可通。誠以賦稅固然倚賴

法案而成立，然而租稅的法案實無庸年年通過。

按實說，賦稅的征取可用兩種方法。第一方法為永久法案所授與；第二方法由暫時法案產生。兩者之一均可發生效力。

試徵實例，在一九〇六至一九〇七之會計年度中，賦稅之以永久法案徵收者實佔歲入全數四分之三。此類四分之三的賦稅，即使巴力門經多年不召集，依然合法，譬如，各稅之中，地稅（註5）國產（解4）稅（註6）印花稅（註7）等稅即依此法而征取。萬一巴力門自一九〇七年起至一九一〇年止，竟不能開會，我們在此三年間，必不能希望以不貼郵票之信件得到郵局代為傳遞。郵票者，印花稅之一種也。

但有特種賦稅——最著者便是所得稅（解5）——須待巴力門逐年以法案規定，然後可以實施。（註8）假使巴力門竟有一年不召集，我們在這一年的內即不用擔負所得稅的義務。

由是觀之，今代稅源實有兩類：其一源於永久法案；其二源於暫時法案。兩類稅源的區別固足注意，但政府取稅於民間必有賴於法案之成立一節尤不可忽略。此為英吉利憲法中之一大義。依此大義，所有民間納稅必須符合立法原意。萬一竟有特種稅項不能得到法院承認其為合法，則雖有一先令細數，政府亦不能強任何人繳納。

## 第二節 歲出之法律根據

今人對於公共收入之觀察與古人異。原來公共收入在昔時概來自王室所有產業之出息，而國家所有費用大抵以此類收入支付。惟因有時入不敷出，元首窮於應付，乃求取於賦稅。賦稅在那時，只等於一種禮物，由巴力門以代表各原有階級之資格贈與元首。例如，在詹姆士第一與查理士第二之世，巴力門均嘗因國用不足，特通過法案，許收新稅，而交與王室。王室受之，元首即負有道德上之義務，善為應付，庶幾國用得以不匱，人民得以休息。雖則以情義言，此項禮物，在巴力門持贈元首之時，固然不能以之收入君主之私囊之中。然而王室經費既與國家費用不能分開，公共收入即不能分立於王室私產以外。這是中世紀所遺政治見解，一直傳到佐治第三之世，依然存在。譬如，遲至佐治第三時代，法院審判員之薪俸及其他公共支出，尚取給於王室經費，是其明證。這是英吉利憲法中之一種特殊色彩。雖然，此則古代之觀察所有一種見解耳。若在今日，所有公共收入，不復視同君主的私產，惟一律看作公家產業。關於此旨，有兩事至足注意。茲當分別審問之於下文。

第一，全國稅收由內地稅收局解入英格蘭銀行（註9）即由銀行記入國庫來數。（註10）內地稅收局為收取一切稅款之總機關，稅款入該局後，乃復由該局彙集之而存貯之於銀行。其授受程序如下。每日之間，大宗稅項由各地解入內地稅收局之金庫，時至午後，則有自英格蘭銀行來之辦事員兩人親自點驗，點驗之際，逐一數目均須仔細查明，數目中如有一款不能明白，他們必不能含糊了事；勘查既竟，所有貨幣當即如數點收，而放置於汽車中，以轉運及收貯於銀行中之金庫。

第二，由全國稅收所得款項，無一便尼可以非法使用。換言之，若欲支用該款，無論爲數或多或少，非有巴力門法案以爲法律根據不可。

此項法律根據或自永久法案得來，例如，載於維多利亞代檔案第一第二冊之第二章之王室經費法案是，又如國債及地方公債法案是。抑此項法律根據又可來自歲費法案。歲費法案之作用何在？在於應付國用中逐年變更之費用。例如，海陸軍費每年迭有增減，其數目難以如國債支付之有定，因之，永久法案自然不能預先核計；於是，巴力門只得逐年另以法案定之。

此事全體之始末，若用通則括舉之，可提示之如下文。

首先，以收入言，全國歲入，在常態時期（註11）可以諸類賦稅征收，約計可得一萬四千四百萬鎊（£144,000,000）之數。該數全體均存貯於英格蘭銀行，而構成所謂「固定資金」（解6）。

其次，以支出言，除非法律概被破壞，全國歲入所得之款項，必須得到巴力門法案之許可，乃能動用。如無法文許可，縱使爲數極微而至於一便尼之多，亦不可行。至於法律根據則有各宗永久法案，所有大多數之支出均依他們所規定而行事。譬如，所有國債的利息，自一八八七年國債及地方公債法案通過後，一概依該法案之命令，得由固定資金支付。除各宗法案而外，尚有逐年通過的歲費法案；這宗法案即爲凡未經永久法案所許可之歲費，但又不能不支付者所依據。在兩項情形之下，同有一要旨，我們必須緊記，即是，全國歲入須有法律的命令（即由巴力門以某一法案明白指示）方可動用。

國家歲費之支用方法，所有詳細規則具論於研究巴力門立法程序之專書（註<sup>12</sup>）故本書不欲贅述。惟有一事讀者必須注意；即是，每一支數（例如，海陸軍人之給養數費用）若非有永久法案先行規定，則必須獲各宗特別法案及歲費法案之批准。由此綜觀，我們當可明曉英吉利法律所以處置歲出之方法，蓋一如其所以待遇歲入之方法。申言之，歲入歲出均依巴力門法案行事。

#### 第四節 合法度支之保證

最後，財政上尚有一重要問題；即是，政府當使用人民所納賦稅時，應遵照巴力門的意向；此事果以什麼方法為保證？

答曰：『保證方法終有賴於極完備的監督及審計制度。』在如此制度之下，全國度支咸受成於一有司；而且這位有司，以官職言，實獨立於內閣以外，又以官守言，實有權以監視度支。申言之，他們的重大職務是首先在於監視歲出是否合法；除非有法律根據，無一錢能自國庫支出；同時倘若不得他的同意，政府即不能支用一錢。此外，他們的重大職務是其次在於審查已付之款會否依照指定用途而使用；萬一有挪用情事，他們就加批駁。末了，他們的重大職務是最後在於對巴力門而負責任；萬一有越法支用，他們就要逐款檢舉而申報巴力門。由是，巴力門對於全國度支遂得施行最後監督。

運用這種完善制度的中心人物是一個長官；這個長官在英格蘭中稱『都監察兼審計長』（The

都監察兼審計長原來是一個絕對超然的大吏。他不能參加政治；因為他既不是衆民院的議員，又不是貴族院的爵士；同時他復獨立於內閣以外。他本人及他的次官，即副都監察兼審計長，同爲特任官吏，由元首以蓋有國璽的御旨親任。若無大過，他可以終身任職；自非巴力門中之兩院會同彈劾，他不受任何勢力調動。(註14)他爲國庫都監察使，兼任審計院院長。由是，他遂以一人之身兼管向日分隸於兩機關的職務。他不但監察國帑之支出，而且審核歲出歲入之用途及數目。然則他的兩種職務是如此重大；讀者亟應分別清楚，不應混兩者爲一事。茲當鄭重討論之於下文。

#### 第一目 都監察使之職務

當運用監察職掌時，都監察使以屬僚之協助，必須嚴謹監視度支之合法與否。原來全國收入，如上文所已提示，一概存貯於英格蘭銀行。故當一文錢尙未運出該行以前，都監察使必須查明此款之支取曾否得法律許可；這是要說，這宗用途曾否備載於巴力門所通過之某宗法案。

都監察使所以能執行職掌之故並無他種謬巧。蓋以度支部 (The Treasury) 爲支取公帑之唯一機關；但每當支用公帑之先，度支部務須預備一支券，送交都監察使核准。必俟核准之後，英格蘭銀行方允照數交款。(註15)

至於所有支款之項目金額，上文曾經提示，必須備載於各宗永久法案，或規定於歲費法案。前者屬於

固定資金役務 (consolidated fund services) 所有支付公債息金及其同類歲出皆歸之；後者屬於給養役務 (supply services) 所有海陸軍費及其同類歲出皆歸之。

在批准支券之先，都監察使必須反復辨明此項支出是否合法。必俟毫無疑問，他然後依法判行。同時，都監察使又必須鄭重審察此項支券會否依照向銀行支款之法定程式而準備。必俟毫無疑問，他然後依法裁可。兩者之中，萬一有絲毫不能滿意，他必不願給與支款；他決不能給與支款。非至依法准行之後，所支款項，無論多少，不能向銀行提出。

討論至此，讀者或不免感覺此項審問不過照例行事，因之得到核准概無困難。同時，我們儘可假設所有支款請求必得許可，自是意中事。雖然，此亦未可以一概論。支款中往往有絲毫不合定例，即遭駁覆。誠以此種官吏既無所利於違法，一有機會，他即不難制止政府使不能支用公帑。

其實，都監察使，當行使職權時，足以禁格政府，歷史上不乏成例。即在較近現世之頃，尚有一極端不便之事，因都監察使要盡本分而發生。當一八一一年，英法兩國方有事於疆場，英王適患痲疾，而嗣君攝政的法案尚未通過，英政府急需百萬鎊鉅款以為海軍經費。有格連村爵主 (Lord Grenville) 者時方任國庫審計長 (Auditor of the Exchequer)，其權位在當日正與現在都監察使兼審計長大略相等，卒不許銀行支付此宗鉅款。本來此款早經規定於歲費法案，政府可以依法支用。但格連村爵主所以不與批准則亦有相當理由。理由為何？格連村爵主以為此項支券照例須蓋有國璽，這番政府所出支券，缺乏此印，即

是手續未完，照法定支款程序實不能遽與判行。至於此項手續所以不能辦妥則亦有故，緣英王既有痼疾，不能署名；此時又未有攝政，自然無人可以代署；於是監印人員以職掌所在，不能自背最初任職時所發誓言，不待元首簽押而擅自用印。三湊六合遂構成此不幸的事實。但此項支款至為正當，又屬急切，誰人不知？徒以手續問題卒遭拒絕。顧當日人人愕然相視，不能非難，甚至內閣中的同僚之職司法律者，亦一致相勸以屈從格連村爵主及監印人員之法律主張。換言之，他們同以此項法律主張為正當，而不敢以通融辦法相責難，更不敢以威力相強迫。迄今事過情遷，現代讀者或不免感覺這種主張為拘泥法式太甚之過，甚而至於懷疑格連村爵主所為實含有政治作用。作用何在？在於促當代內閣反省，使恍然覺悟王位不可以一日無人承乏，遂不得不急將攝政草案通過於國會。如其不然，若該爵主果無須挾此以劫持內閣，則內閣亦應早知歲費支取，若不得國庫審計司同意，必難如願，而不敢輕於嘗試矣。顧事實竟至變成如是僵局焉。此讀者所以不能不致疑於格連村爵主的行為之酷似政黨領袖所行事也。然則由此一實例觀察，究竟格連村爵主之用意為何，此時姑舍之不論，但試一玩味一八一一年之雙方辨論（註<sup>16</sup>）則都監察使控制歲用的權力之大自能證明。

### 第三目 審計院院長之職務

當運用他的審計職務時，這位都監察使兼審計長不但要隨時核算政府的賬目（註<sup>17</sup>）而且須每年申報收支決算及審核所得結果於巴力門。每屆開會，衆民院必特選若干議員，出而組織一決算審查委員



會；所有審計報告即歸該委員會審查。此項審查並非循行故事者；比試一瀏覽委員會報告，讀者當能發見雖在極微數項，至於一鎊或三鎊之微，倘有可疑之處，必再加審核，而不輕易放過。委員會審查既竣，必將報告付印而呈報巴力門全體大會。

### 第三目 監察及審計制度評議

自有此項監察及審計制度，遂生極大普遍果效：即是在英格蘭中，全國度支具有極正確的會計，遠非他國所能及；又是，全國收入中之每一便尼，當支出時，均有法律根據，即一一依照巴力門某一宗法案之規定。（註18）

外國政論家於此不免有疑，遂生一問題。問曰：『都監察使的本務側重干涉不合法的度支；而公家財政則貴於敏捷處置。兩者似相衝突，何以能並行不悖？簡約說，何以一八一一年所遇之困難，不至屢見不一見於今代？』

答此疑問，可有兩個解答：其一為普通答案；其二為專門答案。前者可以英吉利人之政治習慣為解；後者則側重法律之專門學識。先以政治習慣言，英國行政長官，尤其是超然於黨爭範圍以外之長官，常不願橫梗政務之進展；而一八一一年之國庫審計司不但是一貴族，而且是一個大政治家，故其行事特異於凡民。次以法律之專門學識言，英吉利法律早經準備兩種方法，依之皆可以克服都監察使之濫用職權。第一，以兩院的共同彈劾，他將不免於解職。第二，以高等法院所發出之『令遵狀』（*a mandamus*），（註19）

他必不敢違命。關於後一方法，昔日嘗有法學大師陳議，謀以此項法院命令狀調解政府與都監察使的爭執。雖則此議究竟實際上能否見諸行事，此則未經試驗（即在將來恐亦終不有試驗機會耳）無人敢作預斷。然而政府本居執行地位，在勢儘可以取攜如意，乃必求助於法院，纔能解決支取合法的歲用之困難。是亦太可憐矣！本來法院與政府合作是意中事，則公帑動用自有可能性在。但即就此項可能性的本身觀察，公共經費受治於法律之範圍如何廣漠，當可證明。換言之，歲入歲出，受法律監護之程度，不但以巴力門法案而確定，而且以得法院詮釋法案之用意而提高。

（註1）關於本章的奧義，參考下列典籍：

（1）Stephen, 『英吉利法律解話』第二冊卷四，第七章；

（2）Hearn, 『英格蘭的政治』（第二版）第十三章，三五—至三八八頁；

（3）May, 『巴力門立法程序』第十一章；

（4）Exchequer and Audit Act (度支及審計法案) 1886, 29 & 30 Vict. C. and 1 & 2 Vict. C. 2 S. 2

（註2）見一九〇一年王室經費法案，載於愛德華第七代檔案第一冊第七章。

（註3）關於王室經費，參考 May, 『憲政歷史』第一冊，第四章。

（註4）依據財政部長在一九〇七年四月十八日所發表預算案演說詞（載於 172 Hansard (4th ser.), Col. 1189）中，一九〇六至一九〇七年的歲入實收到 £4,514,000，若欲詳知此後稅率及人民擔負之重，學者可參考『法律及公意』

(Law and Opinion) 第二板本序文八四至八七頁。

(註5) 載於佐治第三代檔案第三十八冊第五章。

(註6) 參考 Stephen, 『英吉利法律解詁』第二冊, 五五二至五五三頁。

(註7) 參考一八九一年印花稅法案, 載於維多利亞代檔案第五十四及五十五冊第三十九章。

(註8) 租稅由於逐年法案規定者只有兩大宗: 其一, 入口茶稅, 在一九〇六年的會計年度(即截至一九〇七年三月三十一日止)中, 此項稅收總計值 \$5,888,288; 其二, 所得稅, 在同年度中, 此項稅收總計值 \$31,891,811; 於是, 巴力門以法案逐年規定的賦稅, 在是年度中竟達於 \$37,780,237。

(註9) 若在愛爾蘭境內的稅收則須解入愛爾蘭銀行, 見 Exchequer and Audit Department Act, 1866 (29 & 30 Vict. C. 93), s. 10。

(註10) 參考同上法案, 並參考公帑的收支之監理與審計七頁, 及八頁。但最近數年間復開始創立一種新抵解制度。在這種制度之下, 有若干數量的款項從前被視為額外收入而納入金庫者, 今則不復納入金庫, 惟由收取該款項的機關請與截留收用。

(註11) 見本章上文註8。

(註12) 特別參考 May, 『巴力門立法程序』第十一章。

(註13) 詳見一八八五年公帑的收支監理與審計。

(註14) 規定於一八八六年國庫及審計院法案, 載於維多利亞代檔案第二十九及三十冊, 第三十九章, 第三節。

(註15) 參考一八八五年公帑的收支之管理與審計, 六一至六四頁, 及表格第八號至第十二號。

(註16) 載於 Cobbett 的 『巴力門辨論通考』第十八冊, 六七八頁, 七三四頁及七八七頁。

(註17) 當審核歲用時，他常要審問及於公帑使用之目的而窮詰其合法與否。報告巴力門時，他必然提起法律上可以懷疑的支數，促使注意。

(註18) 國庫的監理及審計制度所有要旨曾經主管機關開示，茲徵引之於下文——

「每日徵收所得須盡數解入國庫。」

「從國庫中支出的項目須先得巴力門准許，所支數量亦須先有法案規定。」

「支用國帑及審核會計皆由都監察兼審計長綜理，都監察兼審計長是一個獨立機關的長官，惟對於眾民院負責。」

「除兩院聯合彈劾外，他不任受何人罷免。」

「只有在本年度以內陸續支用的支數纔能適用及抵銷任何法案所規定的款目。」

「收支數目務須逐一款項得到清楚正確的結果。」

「所有下列款項俱須解回國庫：(1) 年終剩餘；(2) 超越預先估計的收入；(3) 各部及各機關抵解數目的盈餘。」

「每年會計最後應受眾民院審核，即由歲計委員會審核。審核之後，任一項數目，如有超越巴力門在法案中之給與令情事，須受

巴力門裁奪，並須獲取立法的可決。」

原文見一八八五年，「公帑的收支之監理與審計」二十四及二十五頁。

(註19) 參考下列兩書：

(1) Bower, 『憲法解詁』二一〇頁；

(2) Hearn, 『英格蘭的政治』第二板，三七五頁。

(解1) 按海軍戰利品係譯自 *droits of admiralty* 一術。就普通各國所有法律說，*droits of admiralty* 為一種權利，依之，戰勝的政府對於敵方的財產得以享用。專就英國法律說，凡當和平破裂之頃，英吉利政府往往根據此項權利令海軍收沒敵人的財產之在英國海港以內者，所得即是海軍戰利品。

(解2) 按英國所謂 "*civil list*" 為一種年金。每當新王登位之始，巴力門特通過一法案，規定每年自國庫支出數目，以為內庭供奉之用。故譯之作「王室經費」。

(解3) 按本書所云英國歲入為一萬四千四百萬鎊，不過就一九〇七年狀況言之耳。其實歲用在近代國家中日進不已，因之歲入必須照加，此為通例。凡普治財政學者均能熟悉，無須贅述。譬如，即就英國論之。在一九〇七年歲入為  $\$14,000,000$ ，其後十二年乃增至  $\$24,750,000$  矣。關於歲用增加的普通現象，若學者欲得箇中梗概，參考任一財政學專書，譬如，

(1) Bastable, *Public Finance*

(2) Lutz, *Public Finance*

(3) Bullock, *Readings in Public Finance*

(解4) 按 "*Excises*" (國產稅) 自財政學立論，係英國所有間接稅之一種，美國稱之為 "*internal revenue taxes*" (內地課入稅)。凡國中自製貨物將在國內消費時加以稅項，皆屬於此項賦稅。故譯國產稅。

(解5) 按所得稅在英格蘭中起源於名相披特 (Pitt) 治國時代。當是時，拿破侖方稱霸歐洲，惟英國力與抗衡，因之戰爭不息，國用告匱，不得已，披特遂直接征收國人所得。英吉利人民極不喜此稅，於是屢遭撤廢，徒以需要的關係，旋遭恢復。雖至格蘭斯頓 (Gladstone) 當國，尚極力作廢棄此稅的企圖，願此項企圖終以需要之故而不能實現。由是，所得稅在英國稅制中途成永久稅源，但仍須年年以法案規定。見格蘭斯頓的財政報告 (Financial Statements) 14。

(解6) 按，固定資金譯自英語 consolidated fund，通常簡寫作 consols。一七八七年，巴力門通過一宗法案，設立所謂固定資金的制度。(見佐治第三代檔案第二十七冊第十三章)自有此一制度，所有全國收入均須彙繳英格蘭銀行，而構成固定資金；所有全國支出亦須從固定資金中依法取出。此為英國財政上的一大進步，即日用語所稱「收支統一」是也。關於固定資金的成立，參考 Maitland，『憲法史』四四一頁；關於固定資金的重要，參考 Higgs，『合王國的財政制度』五四頁。



## 第十一章 閣臣的責任

### 第一節 何謂閣臣的責任

閣臣的責任一仿語具有兩解；兩解截然不相混。

第一，此仿語可依日常用法，解作內閣人員應對於巴力門而負責任。在如此用法之下，所有閣員必須贏取巴力門之信任；倘若信任一失，該員必須去職。

原來閣員應以巴力門之好惡而分別去留一事並未規定於英吉利憲法；此特爲『憲典』(conventions of the constitution) 所構成耳。憲典是政治道德之一部，而非法律之本體；故此與法律無直接關係。

第二，此仿語又可依學術上專門用法，解作元首在政治上無法律責任；所有行事俱由閣員負責。此爲法律上之用法，其用途較前者爲狹。

此項責任，自法律觀察點解釋，具有普遍性之基礎。試翻外國憲法，大概各以條文明白記載，略謂：元首的尊嚴必須保持，所以他不得直接做事；一切行事概由一閣臣代辦。於是，元首所發之命令，當發表於文書時，



須由一閣臣副署。本來此項法律條文未嘗見於英吉利憲法，但同樣規矩實早已無形存在。

將欲使元首的行爲被承認爲他的意志的表示，因之得以發生法律效力。這種行爲務須獲取一個負責任閣臣之同意，或逕直由他代辦。誠以君上的意志，大概說來，僅可以三樣方法表示：其一以樞密院命令；其二以親自署名的命令、囑託或證狀；其三以國璽用印的布告、命令狀、委狀、書信或其他公文。

一道樞密院命令何自出？出於君主本人；惟須經樞密院會商然後發表。發表之後，所有出席於那一次院務會議之人物，均須代元首負這一道命令的責任。以親自署名的手本而發出證狀及其他公文，通常由一個閣臣或數個閣臣副署，但有時或竟用主管機關的印信鈐於手本上，惟該長官必須負完全責任。至於以國璽蓋印的公文，在發表之後，概由樞密使負責，但有時仍須其他內閣長官加入，共同負責。其結果是無論元首做了任何行爲，而欲此項行爲發生法律效力（例如給賞、締約、或發令之實施）（註1）通常須得幾個，或至少一個閣員參加，並須由參加人物負此項行爲之完全責任。

## 第二節 閣臣的責任與法律主治

由此觀之，內閣相臣，或稱內庭僕役，之參加君上的行事者，在法律上須代君上負起這一件行事的完全責任。這是要說，他不能以遵從御旨爲詞，而請求卸責。假使這件做了的行事竟至違犯法律，這位有關係的閣員即可以被他人依民事訴訟程序，或刑事訴訟程序起訴。其結果，他不能不親到尋常法院受訊，以至

受罰。在少許情節十分重大之罪案中，民刑訴訟程序，在實際上不能羅網罪人；因之，他遂爲尋常法院的管轄權所不能達到，似乎儘可逍遙法外矣。然而尙有巴力門的彈劾威權在。（解1）按實言之，巴力門不但可以將此人彈劾，而且可以自行組織巴力門的高等法院，將他逮捕及審訊，以至定讞。於是，他仍不能逃罪，而脫離法網。誠然，此項彈劾權自一八〇五年，曾經一次使用後，不復見用；因之，幾成一種廢物。然而彈劾權的使用雖屬稀罕，他依然是一種法律程序，並得到一所正式法庭（即巴力門的高等法院）承認。這是要說，在必要時他隨時可以供驅使，務令有關係的閣員對於自己所曾經參加的行爲負責。至於彈劾權在今代所以幾乎廢棄不用者，亦自有緣故。緣故爲何？緣故的一部份是：閣員在今日，以法律周密之故，絕少得一機會以作一種嘗試；其結果足以致彈劾權不能不被起用，而成爲唯一訴訟程序。其他部份是：所謂情節重大之罪案，在昔時必須以彈劾權乃能到達者，在今時儘可用普通訴訟程序達到；誠以後者所有手續不如前者所有之繁重，又可以得較好結果，故民間多喜用尋常法院以求申雪也。

雖然，個中研究有一要旨，而爲我們所不可忘記者，即是：元首在今日只有倚仗閣臣輔助，方能處理政事；而且所有行爲俱構成一定法式，而由此類法式行事，閣臣或樞密使必須參加。因之，閣臣或樞密使對於自己曾經參加的行爲，不但在道德上，而且在法律上須負完全責任。以是之故，君王的臣僕所行事，因之，君王本身所行事，均受治於國法的規矩之下。故一國的法律在本國內爲至尊。然則所謂閣臣的責任只是法律的責任，而立於法律的責任之背後者，實爲閣臣對於巴力門應負責任。其結果是：所有閣員的行爲，同樣，

他們的屬僚的行爲，盡數受法律主治。

(註1) 關於本章全體論旨，讀者應參考 Anson 所著『憲法與憲法習例』(Law and Custom of the Constitution) 第二冊，元首論(第三版本)第一章附錄五〇至五九頁。據我的聞見所及，Anson 最能將御旨所依據以發表的各種法式，與依據各種法式以發表的命令所課於閣臣的責任，闡發詳盡。此外可參考下列典籍：

(1) Code, 『元首的兵力』第二冊, 三二〇頁及三二二頁;

(2) *Buron v. Demman*, 2 Ex. 167, 189

(3) 一八八四年，國璽法案，載於維多利亞代攬案，第四十七及四十八冊，第三十章。

(解1) 按 Impeachment (漢譯彈劾) 在英吉利法律中，專爲檢舉貴族院或衆民院議員而設。議員之中若有犯叛逆大罪，或刑事罪狀者，當由衆民院提起公訴，並由貴族院所組織控訴法院審訊定罪。是爲巴力門的彈劾權。

## 第十一章

### Droit Administratif (註<sup>1</sup>) (行政法) (解<sup>1</sup>) 的反比

#### 第一節 章旨

在許多大陸國家中（最顯著的是在法蘭西國中）常存有一道行政法的體系（註<sup>2</sup>）（法蘭西人稱之爲 *droit administratif*）這種法律建立於若干法律觀念之上，迥異我們的英吉利常法（*English common law*）尤絕對不類我們一向所稱道的法律主治。大凡行政官吏，在外國中當以善意奉行職守時，縱使所行事有失，必受法律迴護。這是常法與外國法律絕異之端，顯而易見。若專就法蘭西論，此項迴護本來隨時代而變異。從前法律所以保衛官吏者無微不至；今日雖仍然存在，然已大不如六十年前事。（註<sup>3</sup>）是在本章中，我深願集中論點於迴護官吏的意義，而且深望學者能注意於這一論旨。

平情論之，迴護官吏的法意，在今日本來不足以貫徹法國所有行政法的全體，是以本章所有題旨雖則側重此一法意，我深願於未入本論之先，奉告一句，即是，所有行政法的全體至值得研究，學者不可忽略。誠以除法蘭西外，大陸國家無不模倣此舉，同以創立行政法的體系於國中爲事。惟有英格蘭乃獨以法律主治着聞。故在外人視之，此爲法治精神的極端；而在本國人視之，此爲英吉利制度的特色。這種特色實因

有行政法以作反比而愈顯。而且研究行政法的全體更有一層作用，即足以類推英憲歷史的一部份進展是。誠以時代日進，歐洲政治漸趨於平民化；因之，行政法不但不能專以迴護官吏為職志，而且須有所改善以應付今代社會的需要。如此改善至足以襯明英憲在生長程途中之二時期（註4）

是故本章題旨，若加以分析，可得兩大綱領：其一，討論 *Droit administratif*（行政法）的性質及歷史，特別着意於關切論題的部份；其二，比較法律主治與行政法的體系所有異同得失。

## 第一節 *Droit Administratif*（行政法）的探討

專就術語上考察 *droit administratif* 一名，在英語中至難翻譯。本來以字面論，*Administrative* [ad] 兩字儘可算作最自然復相稱的譯法；但以文義論，英吉利法官與律師實未嘗熟聞此名，因之，若非加以詮釋，雖法界中人亦不能索解。

這種事實——即相當譯名的缺乏——在憲法研究上大有關係。誠以名為實之寶，譯名的缺乏在根本上是由於本名所代表的事物的不存在。是故在英格蘭中，一如在英吉利文明所衣被的國家（譬如以北美合衆國示例）中，行政法的體系與原理為從來所未聞未見。因此之故，當篤奎爾（*Tocqueville*）於少年時，嘗往新大陸考察政治，倉猝間發見此項缺乏，即不覺十分驚異，而加以研究。在一八二〇年之頃，篤奎爾自美洲寓書於法國一個極有經驗的法吏（*magistrat*）伯祿士委（*Monsieur de Blasseville*）

詢問何以法美兩國制度如此立異，又問何者是支配行政法的普通觀念（notions generales）（註9）在問話中，他一方面自承闇昧（註6）一方面復明示這種法律的體系殊未能明白周知於本國。

賢明如篤奎爾尙須請教行政法的普通觀念，我們當可假作斷定，這個論題，雖在法蘭西內法律學者之眼前，恐不免視同新穎；因之，英吉利人民對於此項與英國制度不相關涉的事理，甚難領會，當無足怪。雖然，此點在本論中不關輕重；本論所最留意者卻爲比較觀察。申言之，行政法在今代法國，或在古代法國，均與早經確立於英國的人人在法律前是平等的觀念顯然反對（其實，這點反對性質在十九世紀時尤顯）。於是擷取兩者所有反對性質的普通觀念，復加以相互對勘，實爲本論的主旨。若再仔細分析，我們的主意可分三層：第一，要勾出行政法的全部體系所有性質及原理；第二，要記取全部法律在運行時所呈露的特性；第三，要闡明該法的存在與運行，不特足以使法國官吏所佔法律地位適與英國官吏所有者相殊異，而且足以使法國所有政情在根本上恰好反對英人所珍視的法律至尊性。

### 第一目 Droit Administratif（行政法）的性質

Droit administratif 或行政法，依據法國法學宗師所下定義，是『所以整飭行政威權與平民所有相互關係的一部規則』（註7）歐郭克（Aucoc）復進而加以詮釋，遂得下列兩層意思（註8）其言曰：『行政法測定兩事：其一，關於社會中之主理公共利益的各個機關（就中當以國家爲最重要代表）所有組織與相互關係；其二，關於行政官吏對於國中人民的繫屬。』

嚴格說，上方兩條界說均缺乏正確義理，惟其如是，行政法乃益值得研究。將欲爲審問便利計，一個英人儘可玩索法學論著，而撮取精華，以敘述 *Trait administratif*（行政法）的涵義。就個人心得觀察，行政法是法蘭西法律的一部，用以測定三事：其一，爲官吏的地位及責任；其二，爲私人的權利及責任；當在與官吏交涉時所發生的關係。其三，爲這些權利與責任在實施時所應採取的手續。

雖然，個中須有特別注意者一事，即是除非眼光能注射他在歷史上的進展，任一英吉利學生將不能明這一部份的法蘭西國中之法律。申言之，他必須仔細刺取行政法在一千八百年至一千九百零八年間（尤其是在最後三四十一年間）所有變遷，而加以研究。研究之餘，他自然發見行政法的基本觀念至今未改，但這些觀念的發展不但因時代而分高下，而且因時代而異東西。因此之故，在比較觀察時，我們必須明白記取兩國的法律所屬時代，若使不然，我們必至受欺，而不及覺察。試設一例：例如，倘若我們要截取一九〇八年間兩國所有法律，而加以比較，我們或且不免得到一種想像（在我看來，這種想像仍是舛誤），以爲兩者對於官吏與平民交涉時所佔地位及所受特殊利益的規定，原來並無極大差異。果如所論，我們只是受了時代欺瞞。謂予不信，試一審察行政法的歷史較早時期（譬如說，介於一八〇〇與一八一五年之間，或介於腓立（Louis Philippe）登位（即一八三〇年）與第二次帝國顛覆（即一八七〇年）之間），我們必能領會兩者所有反對性質。申言之，這種反對性質在一方面爲法律主治於英格蘭，而在他方面爲官吏得法律特殊承認於法國及其他大陸各國。

## 第二目 歷史的發展

今代法蘭西國的行政法律實生長於十九世紀（至少可稱完成於十九世紀）；這是百年來革命與憲治相軋轢所造成的結果。（註9）因之，我們儘可劃分行政法的發展為三個時期：其一、自拿破崙帝國起至復辟止（1800-1830）；其二、自阿里安王國起至第二帝國止（1800-1870）；其三、自第三民國成立日起至今日止（1870-1908）。

### 第一時期——自拿破崙時代至復辟（The Restoration）1800-1830

依據法國學者的意見，真正行政法造端於大革命紀元之第八年執政院憲法，時適當伯盧麥（Berthelme）政變之後，為拿破崙所創造。但立法專家（註10）以至歷史學者，均承認行政法的觀念，當如篤奎爾所論（註11）可以溯源及於舊日朝代。誠以新政府所頒逐一制度，均隨在可以尋見舊日典型的遺教；譬如，當時所有『國務院』（Conseil d'Etat）實則做法往日所有『樞密院』（Conseil du Roi）；又如，郡守（Prefects）的官職實則模倣『欽派總管』（Royal Intendants）的遺徽是也。然而此係就思想立論，學者方可作如是論斷，若專就法式立論，我們只好歸功於拿破崙。拿破崙者，古代政治的復原人物，亦革命時代的創制人物也。無論他所取法者，為什麼制度，他總能改變古制以適應新時代的需要。拿破崙之所以成為拿破崙者，是在於這一着。往往有一古代制度於此，一經拿破崙以手指點觸，俄頃間便得到新生命，他不但能灼見專制時代所遺最有力習例，而且能熟悉山嶽派所造成最有力革命信條。不寧



惟是，他復能合兩者於一爐而冶之，以煉成新制度。這番鍛煉工夫，特於行政法的體系上可見他的匠心獨運。依此項體系的創造方法，他的立法與政策，不但能授古代政治中之大權獨攬的思想以極好發洩機會，而且能適合及滿足普通人民所以嫉忌法院動輒干涉行政的革命心理。原來這種嫉忌心理的本身，雖則在理論上為革命思想所主張，實則由君主時代的政治策略遺傳於革命黨人。

任何人，如果能仔細考察行政法的性質，或涉及此類性質的論題，必能發見兩條大義，在一方面，他們造成行政法的基礎，而在另一方面，他們未嘗受知於英人。

第一，政府及每一公僕，以全國國民代表的資格，具有特別權利、特別利益、或特殊權力而反抗平民；加之此類特別權利、特殊利益、或特殊權力的外延，只可用特種原理測定；而這些特種原理獨與尋常規矩所立確立私人間之彼此關係所有權利與義務者迥異。依據法國的法律意思，個人對於國家發生交涉時，彼此所站地位高下懸殊，恰與個人與別人交涉時所站地位為平等者相反。（註12）

第二，所謂『權力的分離』（*séparation des pouvoirs*）原理實有維持的必要。申言之，政府中之立法部、行政部、及司法部，必不可使他們互相侵蝕。雖然，本章所欲討論將不能涵蓋政府全體，惟限於行政部與法院所有關係。在此項關係上，這種稱謂（即權力的分離是）最易令人誤會。是故法國人所謂權力的分離，實與英國人所謂『法吏的獨立』不相符合。試從法國歷史觀察，又從立法觀察，更從法院的判決案觀察，這種稱謂的指意，只可用下文一原理傳譯。這一原理是：在一方面，審判員固然須獨立於行政院之外，

行政法的  
大義兩則

國家的特  
殊利益

權力的分  
離

而不應橫受罷免；在他方面，行政院及行政官吏的政治行動亦須獨立於法院的管轄權之外，而不應橫受干涉。（註<sup>13</sup>）這種原理的理論係從孟德斯鳩所著『法意』（*Esprit des Lois*）得來（見原書卷十一第六章）；而且大概從一種雙重誤會產出。何謂雙重誤會？第一層誤會是由於孟德斯鳩本人；第二層誤會是由於大革命時代中之政治家。前者生於錯解英國當時制度所有原理及習例；後者生於濫用孟德斯鳩的原意。蓋當大革命時代，革命黨人既鑑於法國所有諸種『巴力門』（*Parliaments*）前後干涉行政之覆轍，同時又深信法院必不喜見制度的改造而橫生枝節。因之，他們深喜得孟德斯鳩的著作以為助力。不寧惟是，在法國古代之際，專制君主，一如賢能官吏，同願減削法院的權力，以伸張中央政府的威權；革命黨人雖生於後世，然仍不免受感化於此項理想。因之，他們更不免矯枉過正。雖然，這種探討工夫（即探討權力分離一理論在大西洋兩岸之法美兩國中進展的歷程所下工夫）必至愈推進而愈無窮期，馴至離本題太遠。所以我們在此時只好將這番工夫結束，同時只須記取孟德斯鳩的教訓不但具有絕大勢力於法國，而且具有同樣勢力於步武法國的諸國；而遲至今日，他的理論依然為今代民國所有政治及法律制度的基礎。

除上方所舉大義兩則之外，法蘭西的行政法尚有四種特性，必須提示。

大凡政府及行政官吏對於國內個人自不能無所交涉；每逢有所交涉，雙方自不能不發生關係。顧法律所以整治此項關係者實不同約束個人與個人所有關係的法律。由是，法律遂不得不有尋常法律與行

（1）國家的權利以特殊規則決定

四種特性

政法律的區別。此項區別，自一千八百年以來，即已被承認於法蘭西，而構成法國的公法之一部。其實此事不但法國爲然，凡在國家中之有行政法存在者，無一不有此項區別。（註14）這是四種特性中之第一種；讀者當不難推知。

(2)尋常  
法院對於  
牽涉國家  
的訟案無  
管轄權

大凡尋常法院，對於民間訴訟，不論是民事或是刑事，本來一概具有管轄權。惟對於國家有干連的案件，尋常法院乃無權過問。在行政法的體系之下，所有牽涉國家的案件皆成爲行政訴訟（*contentieux administratif*）；所有行政訴訟，皆歸行政法院裁判。這是四種特性中之第二種。

第二特性的成立，蓋根於革命時代的政策所下一種決心；即是法吏必不可干涉政府的行爲。拿破崙對於這種決心最爲折服，於是遂不惜以全力促其實現。

實現的方法有二：其一在於分設兩套法院；其二在於抑制尋常法院。茲請先敘述第一方法。兩套法院之一爲司法裁判機關，恰似英國的常法法院。此類法院共有兩種功能：其一功能，是嚴格地關於私人爭訟的裁判；主持其事者則有初級法院及控訴法院。其他功能，是關於一切刑事訴訟的審訊；主持其事者則有懲戒法院及巡迴裁判法院。（註15）立於上列各法院之上者，則有大理院。大理院爲最終審判機關。（註16）除司法裁判機關之外，拿破崙再設有行政裁判機關，含有各州的郡守院（*Conseil de Préfecture*）（註17）及國務院（*Conseil d'Etat*）。本來郡守院與國務院所有職務多屬於行政，甚少屬於司法。惟若有關於司法範圍者，概爲行政法上所惹起的問題。兩套法院不但並立，（註18）復互相抗衡。是故，在這一方面，司法裁判

機關，大概言之，不能顧問行政訴訟。倘若在一千八百年間竟有以行政訴訟交司法審判機關處理者，則必至視爲干犯權力的分離之大義。又在那一方面，行政裁判機關，大概言之，亦不能受理關於民刑訴訟的案件，否則不免有越權之嫌。不過國務院在拿破崙時代實爲政府的一部份，而且具有威權極大，所以國務院在那時所受限制，當不若司法裁判機關所受者之嚴謹。

其次請述第二方法。拿破崙對於尋常法院的審判員，最能體會革命時代的立法精神，而使之變本加厲。試就一七九〇年八月十六日至二十四日之法案（註19）一加審察，讀者當可概見革命時期對於司法界之懷疑心理。在這些法案中，司法裁判機關均不得干預立法職務。同時，他們復須超然分立於行政範圍以外。所有法吏皆不許障礙行政權力的運行，復不許以處務有失之故，票傳執行該項公務的官吏，使之出庭審訊。十年之後，拿破崙繼起當國，復推波而助瀾。他以為（後世官吏之與行政部關連者，幾乎盡同此見）「法吏只是行政人員的仇敵。假使他們果有機會以干預行政，公共利益將因他們的故出故入或鹵莽滅裂而有受害之懼。」（註20）然而此等恐懼蓋毫無根據；其實行政人員從未被中梗於法院。反之，自從大革命之後，審判員常時謙恭自處，不敢違抗命令。（註21）矧在拿破崙時代，若云干政，他們自然更無有這樣大膽。所以遲至今日，他們尙不有權能以問及政府與官吏的行爲。譬如公家文書，或由部長致屬員之函，或爲官長令士兵之手札，倘若因此項文書而惹起爭執，法院當不能審問文書的意義及法律的效果。甚至有些案件，雖爲政府中之官廳與私人的干係，法院亦不有管轄權。不寧惟是，昔在拿破崙時代，（註22）每逢官

吏因執行公務而侵害私人權利，以至有過或犯罪，法院若非得政府許可，不能受理此項民事或刑事訴訟。雖然，法院的無能力是一事，私權的保障又是一事。學者必不可因前者受制，便謂後者無救濟辦法。凡受損害，一個私人儘可控告犯罪官於一行政法庭，即國務院是。萬一訟案發生的地方距離行政法庭太遠，尋常法院亦可以因得政府許可而受理該訟案。

(3) 管轄  
權的衝突

司法法院與行政法院既然並立，管轄權的問題當然不時發生。試假設一例。譬如某甲以毀棄契約，或以歐辱，或以無辜禁錮為詞，控某辛於司法法院。某辛到案則以下列理由自行辯護：其一，本人係以公僕執行公務；其二，這一宗訟案惹起行政法上之問題，惟有行政法庭（大概說，即是國務院）纔能解決。簡言之，這種反對論只要鄭重申明，司法法院對於這宗訟案即無管轄權。然則受害者為之奈何？本來就英國人的眼光觀察，這種管轄權的問題既然爭執不決，自應有公斷機關以求立解。當此際公斷機關自然是尋常法院，而公斷人自然是該院中之審判員。誠以用當地所有審判員以斷定他們的管轄權所至，實屬正當理由也。這種見地，雖則由英吉利律師觀察，是十分自然，毫無牽強，實大為法蘭西人們所反對。是何以故？則以分權的概念不能相容故。試思尋常法院既然能自行決定他們所有管轄權，他們自不難更進一步而侵入行政範圍。萬一竟受容許，則所謂行政部切不可任受司法權力的干涉之大義（註2）將不能存在於法蘭西矣。如之何其可？即就英國人所有經驗論，如果他能憶及法院的各種令行證狀（解2）所生效力，他自然見及法院在英國中確有不時侵越行政的舉動。本來孟德斯鳩的分權理論在政治學上儘有可以非議之處，

不可以一概盲從。但該項理論要是不被接受則已，倘被接受，則尋常法院不應有決定自己的管轄權之能力，自屬確當不易。

於是在拿破崙創制之下，所有決定管轄權誰屬的權利，一概保留於國家名下，實則移交國務院主持。國務院者行政法院的最高機關也。至於保留此項權利的方法共有兩端。倘若某一宗案件投到尋常法院，而明白地惹起行政法的問題，該法院即負有設法使此問題先就決於國務院的義務。假使尋常法院竟不自量，或使政府覺得他已越權，任一郡守（他本人就是一員政府官吏）可以提出抗議，務使這個管轄權問題得取決於國務院。由此觀之，我們即謂國務院所受於國家的威權外延廣漠，亦無過詞。國務院既能自行決定他的管轄權所至，他即能在實際上取回尋常法院所已經受理的訟案。（註24）

最後，行政法尚有一特性，即第四特性，便是官吏的保障。（註25）大凡國家的僕役，當以善意奉行長官命令時，無論如何違犯法律，行政法必出而呵護，務使此人不至受尋常法院監視。

這種役吏，自一千八百年起至一千八百七十三年止，可以得到三層保障，是名役吏的保障（*garantie des fonctionnaires*）。

第一層以國家的行動為保障。每逢役吏執行公務以完成國家的行動，他不任受那一所法院，司法的或行政的，課以行為的責任。

大凡重要事件，例如關於大政方針與公共安寧，或涉及外交政策與執行條約，以至與外人交涉，在國

(註)官吏  
的保障

國家的行  
動的

法之下，必須讓政府有無限制的裁奪權，此類重大事件，雖則無一定範圍，然而早經法國的法律承認之為國家的行動 (acte de gouvernement)。(註27) 國家的行動，在施行時，行政方面不任受司法部制裁。至於國家的行動果有什麼界限，即在今日，尚且是一個難確定的界說。因此之故，除卻法國本國的法學大師外，無人能測定一件行事的性質究將何屬。於是法國中儘有許多事件：倘若是尋常行爲，做事的人不免犯了法律，倘若是國家的行動，任何法院都不能過問。近年以來，法國學者方極力要將國家的行動所有範圍收縮，庶幾這樣含糊術語不至助貪暴肆虐。然而在拿破崙時代，甚而至於拿破崙死後多年，我們敢斷定法國實未有如此傾向。當是時，任一政府的行爲，或官吏的行爲，隨在可以被解釋爲「以善意奉行，而謀公共安寧或國家大計的行事。」誠如是，此項行動無論如何犯法，只可以國家的行動看待。

第二層以上官命令爲保障。凡役吏以長官命令行事，而至於干犯本國公民的人身自由，縱使受人控告，他亦可以援引法律而解除責任。此項法律具載於刑法法典第一百二十四條。(註28) 此條法典不但實行於拿破崙時代，而且繼續有效於今日。(註27)

第三層以憲法爲保障。新紀元民國八年的憲法，即一千八百年的憲法，嘗於第七十五條(註28)明載：凡官吏行使本已所有職務，倘若未得國務院許可，他的行事不受任何人檢舉，或由任何機關檢舉。

此項保障可謂寬大已極。憲法第七十五條本來只規定檢舉的限制，(註29)不料法院尚從寬解釋，遂限制及於賠償損失的要求。是故在拿破崙的憲法之下，無一公僕，不論是郡守，是市長，或是警士，只要他的

行爲先得國家的意旨，即不管如何非法，終不至有受罰之危險，或有被責令賠償損失之憂懼。

雖然，上文所羅列四種特性究竟能發生效實與否，尤其是最後之一特性究竟能保護官吏到什麼程度，兩節疑問的解釋均視一個問題如何答覆。這個問題是：國務院在那時到底是一件什麼東西？換一句話說，國務院是否一所純粹法院，抑或是行政部中之一機關？實則這個問題的答案至爲簡單。自拿破崙立法的用意觀察，國務院實爲法國所有政治組織的中心。院中人物在法國行政人才中皆是極一時之選。每遇必要時，拿破崙隨時可以顧問他們；每逢有意見時，他們亦可以隨時獻可替否。院中全體或院中個人常於實際上參加國家政治所有大小事務。但就中如政策的決定，行政問題的研究，與行政法問題的測定，尤爲院務中之最重要者。院中人員的任免，一任拿破崙個人的意思所欲爲。由此觀之，我們雖謂院內全體人物除屈服於一人意志外，實足以構成法國政府，亦不爲過當。至於院務所以牽入行政法問題之故，大抵由於法國在一千八百年之頃，行政訴訟實未嘗分離於政府事務以外。是故即就行政訴訟之處理而論，國務院的行動酷似一閣部而不同於一所法院。誠以法院爲實施法律的機關，而該院對於法律問題只有獻議，卻無執行判決的責任。因此之故，獻議之中，往往有事隔數年，乃經行政部採用者；而且遲至一八七二年，院中判決方纔在法律上取得司法判決的地位。惟其如是，國務院雖則具有司法行政的功能，然在最初開始時，只是一所最高平政院而已。每逢管轄權的抵觸問題惹起，該院即應測定某宗案件會否牽涉行政法，因之應歸該院處理，或歸尋常法院處理。然則在法國十九世紀初年之國務院，蓋彷彿在英國當時之內閣。設使



內閣與樞密院中之司法委員會未嘗顯然區別，又設使內閣能以司法委員會之地位，不但處理政府與民間爭訟，而且在處理之際，又時時以公共利益或政治便利為前提，則兩者更為酷似。由此綜觀，我們可見國務院在拿破崙創制之下，確是一種行政機關，不過除執行政事外，仍時時侵入司法範圍。自一八一五年以來，拿破崙雖已失敗，然而此一機關仍無大變改，因為舊王朝自復辟後乃事事模倣帝國，而尤着意承襲帝國所創造的特權。其尤甚者，往日政府所有武斷權力，事事極受歡迎，恢復惟恐不及，所以遲至一八二八年，即在查理士第十被逐之前二年，國人公意漸次強迫政府，務使行政威權所憑藉以侵犯司法範圍的方法，稍受遏抑及限制。

討論至此，我們因審問行政法在第一時期的發展，不覺言之至於連篇累牘。但這番仔細審察工夫並非枉費，實則十分值得。理由有二：其一，今日的行政法所有基礎實由拿破崙奠其基，其二，今日的行政裁判機關亦由他一人創立；而這些機關所有權界仍保守他在前日所規定。所不同者只是在於用途。本來拿破崙發明這種機械，原欲用之以扶持開明專制；今代法蘭西的立法專家與改制者卻用之以促進法律中之自由。但個中有一事實必不應忘記，這一事實是法蘭西的行政法實造端於幾個觀念，他們以維持公共利益為前驅，又以擁護政府的特權即所以鞏固民族前程為左右翼。

第二時期——自阿里安朝代至第二帝國 1830-1870 (註8)

這一時期至值得英吉利學生的注意。本來拿破崙的帝國主義不外代表專制政治；復辟時代不外從

事於復古與反動；兩者均不足以對峙今代英格蘭所有政制，而資比較。可是，自他一方面觀察，第二時期概括法國四十年歷史，介於查理十的放逐與拿破崙第三的敗亡之間，雖則被三次變革錯雜點綴（即是一八四八年的革命，一八五一年政變，及一八七〇年的第二帝國之崩潰），實則以全體論，構成一代文治秩序。在四十年間，除卻六個月期間外，法蘭西概依國立法律以爲治。這種有秩序的進步，恰好給與兩國所有公法以比較研究的機會。就中尤以腓立的統治時期爲最適人意，因之，這樣研究尤以這時期爲最適合。在英吉利人們的心目中，他總算是一個立憲君主。（註31）以他的巴力門制度下之內閣言，以他的元老院言，又以他的衆議院言，一切政府所有組織俱模倣英憲；一切政治所有精神亦受英憲薰陶濡染。在腓立的統治之下，尋常法律的至尊性，與尋常法院的執法主治，一概確立於法蘭西，一如英格蘭所行事。然而在他一方面，試一審視行政法所佔地位，英吉利人們不覺大失望復大驚異。因爲在這一期的四十年間，縱不乏立法上之改制，但這些立法對於拿破崙所遺下行政法的特性，甚少驚動。（註32）行政法在那時，一如在前時，屹然獨立；只有行政法院可以過問。至於尋常法院，在當日一如在前日，絲毫與行政法無干。本來自從腓立輸入巴力門政治以來，國務院嘗於屢次不一次被奪去許多政治活動；然而他始終以一所行政法院的資格存在，迄於今日，未嘗少改。不寧惟是，國務院在當時且能保存今代所不能維持的一種功能。（註33）即能代司法法院規定該院管轄權一事是。因此之故，國家的役吏依然保有拿破崙的立法，或古代習例，所遺留的特權及特別利益。簡約說，*Droit administratif*（行政法）在當時實能維持舊觀，以迄一千八百

七十年爲止。倘若再進一步，探求緣故，蓋有兩大原因：

第一，國務院在第二時期中，未嘗完全改變內容而成爲一所純粹的司法機關。這是一點論旨，英國政論家對之頗覺猶豫，而不欲遽逞臆說。猶豫何自起？起於內觀本國，與外覘異國。故在他人觀察本國方面而考慮，他習見一個法蘭西人，雖則善知英國，還要有時誤解英吉利制度的實際工作。譬如因爲樞密使（*101*rd Chancellor）是內閣中之一閣員，同時又是高等法院中之衡平庭（*the Chancery division of the High Court*）的裁判長（*解4*）這位法蘭西人或不免有一想像，以爲內閣的意思總可以感應衡平法院的判決。但試一徵諸實事，任一個英吉利人亦能證明結論的謬誤。又在本國人觀察異國方面而考慮，他亦熟知時在今日，國務院能博得法國人民的信仰，足與法國最高法院之大理院齊名；他又熟知即在往日，國務院自一八三〇年起，聲譽日隆而未有艾。因之，我們對於國務院一制度似不可妄加毀謗。雖然，此項猶豫狀態當爲政論家在批評外國的制度長短所恆有；不過專就介於一八三〇年與一八七〇年間之國務院立論，我們敢作斷案如下文：即是，國務院在第二時期中當以行政法院的資格行動之際，雖則漸次趨於司法化，但終不免帶有多少行政機關的彩色。這是要說，院中人員當行使半司法的職務時，似乎甚易被閣部所有情感掀動及轉移。這一句斷案並不要包含一種論調，謂國務院雖常以有名學者及行政專家組織，但仍不能主持直道。他的指意只是要說，國務院所謂直道，有時不能與尋常法院所謂直道兩相符合。

第二，役吏的法律保障，在第二時期中，並不見日趨於輕減。凡屬國家的役人，不論地位高低，只要所行

1. 就國  
務院  
本身  
着想

2. 就國  
家的  
行動  
着想

事是用以完成國家的行動（註34）不須自負行爲的責任。在腓立時代，一如在第二帝國時代，這句無定着又無界限的稱謂，不論在理論上或在實際上，一略從寬解釋。

試徵實例。在一八三二年（解5）柏梨公爵夫人（Duchesse de Berry）謀亂於拉罔爹（La Vendée）不成，遂被逮。腓立不敢放逐之於國外，又不欲提交法庭審判。而民黨中人及王黨中人均欲置之於法庭候審，但雙方用意各有不同：前者欲待之如刑事犯；後者欲待之如女英雄，即藉之以激動民衆。國會屢辨論此案，亦無結果。於是，公衆上請求書，請早日開審，否則早日釋放。但政府均不採納。最後，公爵夫人因自認曾經再醮事於獄中，遂致大失人望；因之，政府知其不足爲患，乃得出獄，而受放逐於西昔利（Sicily）。平心論之，政府（實則君主）所爲，自始至終均違法律。即當代內閣，亦藉西耶（Thiers）之口，出而表示，謂國法曾經蹂躪。卻是衆議院以人民代表，乃投票可決（但非通過法案以立法），以維持政府此項非法行動。（註35）這是一種威權，在當時被解釋爲國家的行動所應有。惟其解釋寬泛如是，拿破侖第三乃據之以自由措置阿里安王室的私產，甚至遲至一八八〇年，尙有以威力脅散宗教集會事作爲國家的行動。一經被視爲此類行動，凡事皆可超越國法。（註36）

又如上文所論，刑法法典以第一百一十四條保護官吏，使得以奉行上官命令，解除責任。這條法律，在第二時期中間依然有效（即在今日亦然）。

不寧惟是，新紀元民國八年的憲法中極負盛名的第七十五條，（註37）互第二時期四十年之久，卒未

經撤廢。依法文所有意旨，非得國務院的許可，官吏實不受檢舉。而所謂許可云云，讀者當不難明白，國務院在如此場合之中實不免處於被動地位，將惟內閣之命是聽。

若在人民方面，法國所有輿論亦不承認國務院爲一純粹司法機關，而且斥責一切關於包庇犯罪官吏的舉動。試一傾聽篤奎爾的反對言論：

『在法蘭西民國新紀元之第八年，一部憲法起草方完，就中插入一條極有名的條文：「第七十五條所有名位在部長下之政府中服務人員，非先得國務院的命令，不能因執掌職務上之行爲失檢而受檢舉。」（註38）惟在得請後所有檢舉應提出於尋常法院。」迄今民國八年的憲法已廢，但該法的第七十五條依然存在，是則該項條文實足以繼續八年憲法的生命。全國人民對於此項條文極力非難，以個人所有經驗論，我自己嘗竭力向英國或美國人解釋，每覺爲難。驟聞之下，他們的論調大概歸宿於一結論，即謂國務院在法蘭西中必定是一所偉大法庭，設立於全國中心，而運用預審及專斷的管轄權於四境。但每逢答辨，我必告他們以國務院的實際地位，即謂：國務院若自術語上之常識觀察，並不是一所司法機關，卻是一所行政的諮議機關，由元首委任人員組成。於是，君主在如此場合中，在一方面，剛纔差遣他的僕人，稱郡守的，做了一件惡事；在他方面，隨即差遣別一僕人，稱國務員的出頭包庇，不使前者受罰。繼此，我又向他們表證，即謂：某一公民，倘若曾因元首使令公僕做事而受損害，必須再乞憐於君主，俟得許可之後，方可請求伸雪。不料英國人或美國人一聞如此答辨及表證，他們均不相信世間竟有這樣暴劣的政治，甚至斥我爲說謊或

鬧味。本來在大革命以前，國會每因官吏行惡，而加以檢舉，但一經元首出而干涉檢舉，即受挫折以至停止。蓋以在前朝政治中君主的意志爲絕對，又爲專斷，國民必須依從，在勢實不能反抗也。不料降及今代，我們竟能容忍專制時代所有暴行，陽假直道及法律之美名，陰行武斷及壓迫之實。古今人智識能力上之相去不綦遠耶？（註39）

這一段壽世文章，自篤奎爾所著『亞美利加中之民治』引用，以一八三五年發表，當是時，作者以三十年華已負盛名，他的朋友至以孟德斯鳩相比擬。他盱衡古今政局，更對於行政法的地位特加以估量，所言雋永，至耐人尋味。試再翻閱他的晚年傑作『古代政治與大革命』一書，學者常知篤奎爾所有在早歲時對於行政法的評價，到了晚歲依然未改。茲徵引一段於下文。

『司法權力在古代政治時，不幸闖入行政範圍；大革命發生以後，我們乃得大反前人所爲，將前者屏出後者所有範圍以外。但在同一時候，政府的威權亦已漸次侵入司法所有領域，這是盡人所共見；不幸我們在大革命進程中依然聽其存在。是故專就行政方面着想，我們似乎漠視權力相混的危險。殊不知以司法混入行政，固有危險，以行政混入司法，何嘗不有同樣危險？或者所生危險更甚，亦在意中。誠以法吏干涉行政的危害，至多不過阻誤行政在進行上之速力，惟當行政權力可以操縱及指揮司法時，全國公民若不被驅入革命黨，則必被夷爲奴隸』（註40）

這是一個有天才的學者所發言論。他不但熟知法國歷史，而且徹底了解當代的法蘭西。他不但在巴

力門中有多年經驗，而且有一度曾任內閣閣員。於是，他諳練法國的公家生活，彷彿馬考黎（Macaulay）諳練英國一樣。然則這番言論實足注意。平心論之，篤奎爾在當時所有心理固不無偏袒，而且於篤學深思之餘，他不免有時重視今代民治的弱點與古代君政的流毒所有互相感應，故所用語言及詞氣不無過當處。但無論如何，這段批評實足以代表當時一般學者的意見，至無疑義。試再徵諸耶磁（Jezé）耶磁嘗著書討論國務院的成就及所用方法，特加一條註脚，大致說：直至十九世紀的末年為止，所有民間日用常話，凡關於『直道』（Justice）或『直道法院』（Courts of Justice）的名詞，務必斟酌用之；按實說，這些名詞只有適用於司法法院。（註41）這句評論最足以證明篤奎爾的言語並非羌無故實者比。

然則行政法存在於一八三〇年以至一八七〇年之間，究竟發生如何效實，我們當不難推知矣。這種效實是：法蘭西公家僕役所有法律身分因是大異於英吉利官吏所有。

就大體上說，法國公僕常構成社會中之重要部份，因之，他們在法國中所佔地位酷似軍人之在英國。例如，英國軍人須守軍紀；法國公僕亦須守官紀。如有違犯，雙方皆被從嚴懲治。然而法國公僕享受一種保護，務使私人雖受他們在執行公務時所生損害，亦不能向尋常法院控告；此項特別利益絕非英國軍人所能夢及。試徵實例，譬如，一個郡守或警士，因熱心奉行公務之故，至於歐辱私人，或踐踏私家田園，受害者必無從報復。若遭控訴，該役吏可以自行申辦，即謂這次冒犯是生於國家的行動。萬一尙無效力，他可用刑法典第一百一十四條作護符；依之，駁案縱不能避免，但刑罰仍有未減的可能。況且最終一着，尙有內閣可

行政法在  
當時所生  
效實

包庇。倘若內閣裁可他所行事，他儘可以不需法律的辨護。因為在如此場合下，除非先得國務院的允許，他即不用對簿公庭。於是，憲法第七十五條遂成爲役吏的特殊利益或無責任之遁逃藪。抑學者對於此物慎勿輕視，遂以爲該條憲法久棄勿用，早成具文。試徵諸歷史，介於一八五二與一八六四年之間，共有二百六十四次依憲法控告官吏的申請，就中只有三十四次獲准；其餘二百三十次皆被批駁。（註42）由此綜觀，第七十五條憲法的非直道性質實顯而易見，而且法國人民苦之已久。雖以拿破崙的強暴，當一八一五年時，他亦不能不應允將來要把該項條文撤廢。不幸拿破崙即於此時一蹶不起，遂致不能自踐前言而已。

### 第三時期——第三次民國——1870-1908

在第三次帝國顛覆前之二年，人民公意力求三項徹底改革實施於法蘭西的官法。

一八七〇年九月十九日，憲法第七十五條被撤廢。初，民國紀元八年，即一八〇〇年，執政院憲法成立，第七十五條條文始見於法國。其後，經過第一次帝國，復辟時代，阿里安王國，一八四八年之第二次民國，以至第二次帝國，計易朝六次，歷年八十載，該條文繼續存在。顧事之足以深感英吉利政論家者，不徒在年代綿遠，而在於撤廢的時日與方法。試問九月十九日爲何時耶？則普魯士漸次窘迫巴黎國都之日也。在一方面，敵軍既深入國境；在他方面，國中人士又自行組織臨時政府於國內。本來臨時政府的成立在道德上既無根據，在威權上又無倚傍；徒以外寇已深，國內人心惶惑，將欲安內禦外，臨時政府實在有成立的必要而已。顧臨時政府方告成立時，國人正在忙於籌備所以捍衛巴黎之際，當局竟有餘閒以問及法蘭西的法律



中之一基本原理，而從事於改革，是亦一大奇事。至於改革的動機究竟何屬，此則非外國政論家所易測定。但有一種揣測，似與後來事實不大相違背；即是，第七十五條條文的撤廢係隨便通過，後來亦不再惹起爭論，因為這種改革，就表面觀察似屬嚴重，就實際觀察則是尋常；換言之，役吏的法律身分與行政權力的進展，並不因有此次改革而受牽動。（註43）

更有一種際會，足使英吉利法學者遇之而驚愕者，即是：第七十五條條文的撤廢，雖則遲至今代尚未經立法機關追認，卻永遠繼續有效，而成爲國法的要則。一經提及此點，我們遂得於無意中邂逅法蘭西憲法原理中之一條定則。這是要說，法國所有法律及輿論，隨時讓與事實上的政府以極大威權。試徵實例：譬如，一八四八年的臨時政府怎樣能以成立，似乎無一人能預料；惟在倉卒間，突有一羣暴徒對於一政治領袖，由少數人歡呼，多數人附和，於是新政府遂以產生矣。這樣隨意組成的政府，直可謂之事同兒戲，但當其繼續存在時，法國輿論必加以承認，使得具有立法上之充分威權。申言之，這種臨時政府不但是一個立法的威權，而且是一個制憲的威權。他可以發號施令，在法律術語上稱之爲勅令法（*decrets lois*）（註44）這種勅令法，非至被法定的立法人或立法機關將其撤回時，常有法律效力；而且他的效力之大足敵國民會議所制法律。然則法國人民能接納政府的威權而順從之若此，此則英國人所不能已於驚異者也。返而觀諸英國本國對於法律的見解（註45）則大異是。試徵實例：譬如，介於一六四二與一六六〇年，凡十八年間，英格蘭亦嘗建立許多法律矣。其中復有若干法律案本爲克林威爾統治下之巴力門所通過。克林威爾者

英吉利平民政治之監護人也；實則國內國外無不盡知其為英國事實上之統治者。顧在當時所立之法，無一宗法案被列人於議事錄，而成爲定法，以垂之久遠者何故？則以英吉利法家的守法精神實有以致之也。他們對於一六六〇年間之法律問題，除卻一個合法機關外，絕不承認有所謂巴力門的威權存在。這個機關便是長期巴力門（Long Parliament）。長期巴力門嘗依立法手續而通過一法案以規定，凡非得巴力門自身同意，政府不能將其解散。這宗法案，同時並得到查理士第一正式承認，於是遂成爲長期巴力門的合法根據。詎意自一六四二年起，大革命（The Great Rebellion）發生，在此際，查理士第一時與巴力門尋仇，巴力門不爲之屈，乃自行發號施令，而所有法令不復以國璽蓋印頒布。巴力門法案於是乎有法式未完的缺陷，未幾長期巴力門亦淪爲殘餘巴力門（the Rump Parliament）矣。基於此理，英吉利法家遂不能承認一六四二年後的立法爲合法。由此綜觀，英國人民所有守法精神與法國人民所有尊重政府的傾向，蓋適相反對。後世學生對於此等反對政象當不免迷目替心，而難以鑑別雙方的是非長短。抑這一段文章所討論似乎離題太遠，實則爲題義所蘊蓄。在討論時，我們當可概見英國人與法國人，即同在革命時代中，對於法律主治，亦具有殊異觀察點。

第七十五條憲法撤廢以後，尚有一段餘話，亟須補述。一八七〇年九月十九日所發勅令法，就外表觀察，似乎決定今後役吏的命運；即是，自時厥後，凡被私人以犯法控告，這位官員應受尋常法院審判。即就實際觀察，所有司法法院及行政法院在一八七〇至一八七二年間，亦不約而同懷此見，不幸，竟有一次司法

判決爲之中梗，卒使這宗勅令法成爲有名無實。是亦大可慨已！先是，自九月十九日後，官吏被以犯法告發者極爲頻繁，此類事變至足以惹起政府的憂慮。於是政府不得不設法以保護他的僕役。卒之，政府自動地提出一八七〇年九月十九日的勅令法究有什麼實效的問題，交與新設的平政院（Conduct Court）（註46）請下判決。平政院旋交下法律意見，即謂：檢舉官吏雖不須得請於國務院，然而權力分離的法律大義仍須尊重。因之，凡遇一件訟獄發生，究竟管轄權應屬於司法院或行政法院（實際上即是國務院），逐一案件均有問題；這種問題固不能取決於國務院，亦不能取決於尋常法院。換言之，惟有平政院纔能決定這種問題。（註47）自從這一道判決交下後，輿論翕服，因之案中大義遂以確立。誠以判決書所持理由實根據權力分離的理論，而權力分離的理論又來自法國人民素日嫉忌法院干涉行政的傳統思想；由是，這宗判斷依一位法學宗師所論，卒能使撤廢第七十五條憲法的法令等於具文。是以杜歸言曰：『綜觀此事，我們可見今代法制與古代法制在互相比較時，只有一點相異：即是，當在八年憲法之下，所有檢舉官吏之發生於一八七〇年以前者，須先得國務院命令，而在今日，此舉須請命於平政院而已。（註48）』

又依一八七二年五月二十四日法令（註49）國務院凡有關於行政法的判案，自即日起，應具有司法判決的效實。原來此類判案，在前時的理論及實際中（註50）上文曾經提示，不過視同一種獻議；獻議見用與否，政府自有權衡，惟經過此次改革以後，國務的法律意見乃趨於司法化。自一千八百年以來，所有訟案的管轄權問題，即某一訟案應歸司法院或歸行政法院（實際上大概就是國務院本身）審訊的問題，

俱由國務院決定。這種權力，亦依一八七二年五月二十四日的法令，(註51)一概移交平政院。(註52)然則同此法令以判決言，固足以增加國務院的威信，又以管轄言，卻足以減殺國務院的威權。是亦一有趣事也。

平政院是一所獨立機關；他的組織務有所以公平代表雙方威權。故在一方面則代表大理院（此為司法法院的最高機關），而在另一方面，又代表國務院（此為行政法院的最高機關）。院中推事共有九人：中有三人由大理院選出，又有三人由國務院選出，其餘二人則由該六人推舉。他們八人在院中任期各為三年，但得連舉連任。而司法部長實為該院之當然主席。徒以置身內閣而為閣員中之一人，同時又未必是律師之故，司法部長甚少躬親院務。於是平政院遂不得不添置副院長一人，由八人中互選一人充任。每當院長（即司法部長）缺席時，副院長代行主席職務。(註53)以地位論，平政院幾乎成爲一純粹司法機關；因之，依法學宗師所觀察，他極能博得社會信仰。然而尚有兩點缺陷：其一，現任司法部長既爲內閣閣員，又爲平政院長，因之該院行政常與政潮相關連；其二，各推事任期有限，而不能終身任職，因之缺乏一種完全司法獨立的保障。(註54)兩點缺陷，依據法家所論，極應改正。(註55)惟在未實行改正之前，平政院的司法性質殊有遺憾。而自英國人的眼光視察，平政院既有時須受司法部牽制，復時時受政府的意旨感應；該院必將不能完全獨立，至易猜度。而且此項猜度並非毫無影響。是故，遲至一九〇八年，一個司法部長因辨論部長應兼任院長問題，即謂平政院中總應有一個人，以代表政府的利益。(註56)

上方所述三項澈底改革，俱以立法行動實施，至足以應付時代的需要。(註57)驟觀之下，這種行動似

乎進展極速，而又事起於倉卒。雖然，如此觀察並不得到事實的真際。其實，這三項徹底改革的成功，只得自緩慢而又繼續的思想革命，又得自國務院中之立法家的苦心毅力。正惟有了苦心毅力，這班立法家在法蘭西的法律思想與名理的領導之下，乃能脫胎於行政習例中之武斷力與專制性，以造成一部行政法的體系。然則爲着明白行政法百餘年（1800-1908）來所有進化，我們必須綜覽該法所有整個的進展程途，而加以紬繹探討。申言之，我們所用工夫不要學歷史家一味記誦歷史上成事，惟須學公法學者，用歷史眼光以考察法國所有公法的生成。於是，我們將見行政法在一百零八年間的進化可分三期。（註8）茲當分述之如下：

（1）隱生時期 1800-1818。在這十八年間，國務院以司法的先例爲工具，特創造多數原則。復依據這些原則，國務院當解決行政上之爭訟時，得以立決疑難。於是，行政法的體系遂以暗中生長。

（2）明進時期 1818-1860。在這四十二年間，共有多次改革，少半由於立法，大半由於審判員所造的法律。當是時，國務院的司法功能漸次離卻行政功能而獨立。行政訴訟（*le contentieux administratif*）概歸專一委員會管理。最足注意者卻是，凡遇聽訟，司法委員會委員相與會合以構成一法庭；庭中不但有兩造律師辨論，而且公開聽兩造理由；辨論既畢，審判員乃依法式發表判詞。判詞公佈，旋受報告，報告既出，即得公衆注意。於是，判決案漸依司法成規造成法律，一如英吉利律所習見。簡約說，國務院的判決卒能取得先例（*Precedent*）的威權。（解8）這是行政法的一大進化，較之法蘭西的大革命的成功

不容多讓。徒以政治革命惹起世間注意太過，反致制度上之不斷生長渾然忘卻。其實行政法雖有時緩進，或至卻退，然而終未嘗停止一步。即在第二次帝國時代，行政法不但逐日減去武斷力，而且隨時增加固定與顯著的法規。

(3) 組織時期 1860-1908. 最近過去四十八年為國家多事之秋，喪亂頻至。例如帝國改國民國；普魯士軍隊入攻內亂戰爭屢起屢仆皆是。然而在如此變亂之際，行政法卻能循序漸進而有條不紊。就中罕有猝變，即有，亦不能發生極大效實。譬如一八七〇年九月十九日法令，與一八七二年五月二十四日法令，當以兩者相聯合而觀察時，似乎足以改變行政法的內容不少。但在實際上觀察，他們不過能將自一千八百年後國務院與大理院所景從以折獄的法律思想，返本還原，與發揮光大而已。倘若學者能取法蘭西自一千八百年後的法律歷史作整個的考察，他儘可以歸結於一句斷語：即是，行政部所有武斷威權，不管為拿破侖第一所運用，或為腓立與拿破侖第三所運用，縱未完全消滅，至少已經逐漸減削於行政法院的領區以內。是故，*droit administratif* (行政法) 雖則執行於似法院而非法院的行政機關，雖則所依據以折獄的規矩不盡符合英國人所有法治概念，實則漸次進步，而成為近似法律。換一句話說，行政法與專制權力所使用的人情好惡的特權是完全兩樣。

## 第二節 比較觀察

試取法蘭西的行政法與英格蘭的法律主治互相比較，個中不乏很有趣的同點或異點。讓我們申述之於下文。

### 第一目 同點

在本論開始以前，我們須記取一事：即是，惟有『現代』(modern)英吉利法律概念，方能與盛行於法蘭西或大陸國家中之行政法成爲反比。若在其他時代，雖在歷史上尙未爲荒遠的時代，尊君思想依然流行於英國；在此際，兩國所有法律概念並非背道而馳。(註59)本來在信仰相同之地儘可以產生相同結果，於是，法國所有行政法似乎可以出現於英國，而造成永久制度。試徵諸歷史：譬如，自條多君主(Tudors)登位，以至司徒雅君主(Stuarts)出亡時候，元首與公僕常喜主唱一種政治見解，極彷彿法國人民所接納的理論，不過這種理論所特以發表的方式互相差異而已。惟其如是，英國在十世紀間所有內戰亂爭實起於法律問題及憲法問題之爭執。只以一方面，君主失德，不能振作有爲，在他方面，人民又混宗教信仰於政治運動，於是內戰的真性質轉以晦而不彰。若以法家的眼光觀察，立於戰局之背後者顯然分作兩派：在一方面以培根(Bacon)及溫華士(Wentworth)爲代表，在他方面以郭克(Coke)及愛梨荷(Elliot)爲代表；雙方的政治家各有相當勢力，又各有正當主張，而爭點惟集中於一政綱。這條政綱是大陸式下之強有力行政究竟應否永遠建立於英國。前者主張正面，後者主張負面。平心論之，培根及他的同黨誠不免忽略了一點；即是，增加君權實可以流於專制。然而他們絕對不要犧牲自由，或侵犯私人權利。只

以在一方面，他們深見郭克的法治主義過於保守而滋流弊，在他方面，他們極願得一強有力的中央政府，庶幾有以制止私人或一階級出而作威作福，他們於是乎有正面的主張。簡約說，他們要把行政法所授與外國執政者，衣被於英吉利政府本體。因此之故，行政法上之各種特殊形態，大與尊君派的法家所主張的特權或制度互相彷彿。

首先有一同點即是關於特權本身。特權，依倍根所陳說，是超於尋常法律的一件寶貝；猶之法國學者列大政方針於國家的行動以內，兩種權力皆不應受約束於尋常法院。其次，更由法院而聯想及於法吏，兩國所有見解大略從同。是故英國法院常有一隨感，即謂：審判員固然是獅子一樣，但只是王殿下之獅子。這是要說，這個獅子不應被用以妨害主權權力。（註60）法國革命政治家則謂：審判員，無論何時何地，不應擾害行政部的行動。倘若這條原則能依名理推闡，則所有行政舉措皆將納入特權的範圍，而不容法院過問。試徵實例：例如星法院（Star Chamber）在於英國，猶之國務院在於法國；兩者皆被用以行使特權，故所有權力必須極力增加。不寧惟是，即八年憲法之第七十五條亦不能無獨而有偶。（註61）他的匹偶即是倍根所條陳的停止進行狀（解7）此狀一出，凡案件之牽涉君主利益者，審判員即不能干預。所以賈地納評曰：「倘若倍根能實行他的計劃，這一道命令狀的效實當可以抗衡法國歷次憲法所同有的一條著名條文，依之，凡政府的役人若非先得國務院許可，不能以執行公務而有過失之故，受人控告。本來這道英吉利命令狀所禁格只限於君主本身的利益，並不如法國憲法竟要推及官吏之毫無制限，然而兩者都是惡制。



度則無二致。』(註62)雖然賈地納所論尙有待於補充，誠以這一道命令狀所含原理儘可以推廣至於無限，而且早爲倍根料及。所以倍根嘗上書於英吉利王曰：『這一道命令狀是一重要工具，爲古代法律所供給。若有案件關係君上的利益及權力者，依此狀尋常法院不能過問。申言之，只有樞密使可有權以承審此項案件。而且樞密使非他人，他是政府的顧問及元首的股肱。他的地位以受元首的知遇而保持，因之，他必須努力以衛護王室所有利益。』(註63)『倍根之言如此，若使能見諸實行，則行政法所有一個基本信念必能確立於英國。這一信念是：行政問題應就決於行政法院。』

綜括觀察：在一方面，行政法的法理思想至今還盛行於大陸各國。(註64)在他方面，特權的概念曾一度由君主倡導於十七世紀之英格蘭。兩者所有相似性極帶有思考的價值。就法律的淵源論，行政法的思想，依多數法蘭西的著作家探討所得，似導源於大革命時代或第一次帝國時代的政治頭腦。但再進一步研究，他們不過仍胚胎於古代政治的習慣及傳統思想而已；如此主張在今日諒無人非議。至於條多及司徒雅兩朝君主所欲建立的強有力政府，究竟取法於何國，自是一個極有趣味問題；然而這個問題我們只好讓歷史學者去研究。在此地我們且以一結論作結束。這一結論是：法國歷史暗示我們以兩事：一是建立強有力行政制度於英國所以半成功的理由，二是這種嘗試所以卒致失敗的緣故。半成功的理由何在？在於十六七世紀之英吉利政情，正與法國古代政情之利於有強有力政府者相類似。惟其如是，兩國的君權均賴之以逐漸擴大。然而英吉利元首所以最後仍遭失敗者，少半由於司徒雅朝中之君主自有懶德，但太

半卻由於行政法的理論及實際，適與法律前人人平等的習慣相反對。原來這種習慣久為英吉利制度的主要特性之一種。

行政法以內容論，絕不似現代英吉利法律的任何部份，但以造法的方法論，卻與英吉利法律相同。誠以行政法只是一種成案法（或名審判官所造的法律）。（註55）由是，行政法的原理必不能自任何法典中尋出；他們只從先例得來。法國律師是以於此常懷一信念，即是行政法必不可以編纂，使成一部法典；如此信心恰與英吉利及亞美利堅律師對於英吉利法律，尤其是常法的信心相同。這種信心在他們的心目中似乎只可以意會，而不可以言傳；其實只是：行政法的信士與常法的信士，蓋深知他們所讚美的法制不過是司法的立法所生果實；若一旦竟受編纂成若干條文，則在法國中之行政法院，一如在英國中之判官，所固有的立法威權從此以後必被限制。加之所有行政法專書，對於行政訴訟的成案十分重視；此旨亦與英吉利法律專書所有者無異。至於兩者所有原因亦屬同樣；即是兩種法律同是以先例為基礎的一種法律系統，因之，學律者與執法者必不能忽視成案。

不寧惟是，法國的行政法與英吉利法律，因同為成案法之故，同樣受裁成於法律教本及法律解詁的著作家。是故，在英吉利法律中，常有著名作者董理所有成案，而紬繹箇中原理，以成專書。自此書出，法律中之某一部份往往被整成少數簡明規則。例如，從前所有訴訟法不過是寄附於律師的經驗中之零星規矩耳，自斯梯芬（Stephen）之書發表，訴訟法遂被造成一個有名理的法律系統。又如國際私法之所以能在

今代英國中成爲有系統的法律者，最初由於斯託梨的『抵觸法解話』爲之促進；最近由於西湖（Westlake）的『私國際法』爲之完成。同樣，在法國中，亦有作家或大師，例如郭麥能（Cornenin）馬加列（Macarel）、微微恩（Vivien）、拉斐梨耶（Laferrière）及倭理吁（Hauriou）等，或以文章，或以講話，各出心得以教天下後世，而有所貢獻於現代行政法。由此可見凡在法院能造成法律之地，即爲著作家可以剪裁及整理法律之地。此外，尚有一事必須提及：即是在各部分的英吉利法律中，除卻些須部份已受編纂成法規者不計外，法院報告有極大貢獻，因而佔居極重要地位；報告在行政法中亦有同樣貢獻，及佔居同樣地位。此旨可以依同理推闡，故不贅論。

(3) 行政  
法的演進

雖然，行政法與英吉利法律比較之下，所有類似點起於成案法者固有許多，但類似點並非以成案法爲限。介於他們所有歷史的進程中，還有奇怪相似點在。試觀國務院在最初成立時，本來是一所行政機關，嗣後院中司法職掌漸被分開於行政職掌以外。而前者乃被移交於院中之司法股（sections）自司法股或司法委員會（此係英語所有稱呼，即是 judicial committees）分別成立，他們復徐徐負起一所法院的任務。其始，這些司法委員會只能備員顧問；其後，國務院對於委員會所條陳一概採擇；於是在事實上司法委員會不啻代國務院行使審判職權。這種事實恰與英吉利司法制度所有生長的過程適相吻合。原來英吉利諺語中有一句話，即謂：『英國王是直道的源泉。』這是要說，司法權力應由君主自行運用。既而君主不能事事躬親，司法事務乃以『御前會議』（the King in Council）的名義執行。在此際，英國的

樞密院(Privy Council)恰與法國的國務院佔居同等地位。我們翻閱古代英吉利歷史，得見樞密院在那時所有任務並無行政與司法的區別，當知國務院在最初成立時，未嘗將該院自身與所謂司法委員會(註68)劃開，原不足引以為怪。由是，再將歷史向後追究，我們當不難闡明院中之司法職掌，在進化過程中如何被分開於行政職掌以外；又自分開以後，掌理司法任務的機關如何嬗變而成為獨立的法院；更自獨立後，法院如何演進而專理詞訟，至於院中所有行政事務乃不過成為歷史上之遺留物。而且這種分異的過程，在法國一如在英國，有時須藉助於立法機關。譬如，法國國會最近曾以法案改造國務院，使之成為一真正行政法院。此舉恰似巴力門特設司法委員會於樞密院，使之成為殖民地司法的上訴機關。抑此外尚有一點，雖屬次要，然亦不可以不提及。原來國務院的判斷，在一八七二年以前並不被視為真正判案；他只是一種陳議，由國務院陳之於行政首長以供採擇而已。其在英國，樞密院的判斷亦被作如是看待。是故樞密院所有判斷，綜由院中司法委員會代辦，絕不能視為司法判決而應即執行。申言之，這種判斷只是樞密院奉答元首諮詢之一種法律意見，至於執行與否，權在元首。此項方式的起源，在今日本已成陳跡；但一加追問，我們須溯源及於英吉利憲法史之初期。當是時，英吉利人民方竭力維持法律的至尊性，以為自由的保證；若使樞密院（實際上即是行政部）得以干涉司法功能，則法律的至尊性必遭危害。最可異者，這個兢兢戒備的時代不但一度出現英吉利憲法史，而且重新出現於復辟以後之行政法歷史，即介於一八一五以至一八三〇年間之歷史。

在那一時期中，國務員或國務院的參事，上文已經述及，（註67）概由行政首長任免；因之，他們只屬於一種政治的從屬機關。而且在那時尙未有平政院的設立，所有法院的管轄權問題概就決於國務院。於是國務院在實際上，即可以擴張本己的管轄權。凡諸如此類之策畫無非欲用國務院爲工具，以收縮司法法院的活動範圍。同時，我們必須緊記，尙有八年憲法第七十五條以保護役吏，使尋常法院不能問及執行公務時所犯罪過。然則政府之所以爲自身謀者可謂無微不至。詎意當代的國務院，因深受法律及直道思想所感化之故，不但不僅從命令，而且極力反抗王黨的反動行爲。所以該院對於一七八九以後及一八一四以前所有公共領土的變賣則加以維持，對於大革命時代下，或第一次帝國時代下所有行政判決，若遇有推翻此項威權的嘗試，則加以否決。法王深恨之，乃設法奪去國務院之權，而移交於院中參事之各個人。法國於是有一八一四年與一八一七年之法令。這兩道法令均授權於君主，使遇有關於公家利益的政治爭執，不發交國務院判斷。判斷之責交由院中別一機關名大臣會議（Conseil d'en haut）處理。大臣會議由君主與閣員會同組織。於是，大凡政府所關心的行政法問題，只可由君主與大臣依政治成見判決。就是

一所半司法機關如國務院者他們亦可以不必諮商。（註68）惟其如是，法蘭西在一八二八年特堅決要求查理士第十改變判決程序，以減殺國務院的權力。查理士第十無可奈何卒如所請。（註69）綜括以觀，我們當無怪法蘭西人們十分害怕武斷權力的增加，復無怪法蘭西的自由黨徒，趁一八三〇年之革命，要求將行政法與行政法院廢除。當是時，他們對於國務院感有極大危懼，恰如十六七世紀中之英吉利人們害怕

樞密院的威權。不管由該院自行運用，或由星法院代為運用，或由衡平法院 (Court of Chancery) 代為運用，他們都以樞密院的威權為可怕。綜括說，兩國人民雖在異時異地，但各不免惴惴危懼，誠恐特權或將代法律的至尊性而主治。

這番比較工夫甚有裨益；比較之餘，我們不覺得一特殊印象；即是，彷彿行政法的制度幾乎可以產生於英國。而且這番工夫總應帶給我們以一種感覺：即是，倘若行政法真能以司法精神實施，人民當受益不淺。如其不然，倘若他竟不能嚴格地成為法律，倘若他只能做成一種超於國法的武斷權力，而又與行政部密切繫屬，我們在比較之下，當知行政法在此際確帶有許多危險性。試徵實例：例如，十六七世紀中之樞密院的管轄權，甚至星法院的管轄權，雖則後者的名字得人厭惡，未嘗無功勞於社會。徒以當代愛國志士太過熱心於擁護常法，他們遂不免忽略星法院所能為。其實他們所有狂熱尚不止此。倘若他們果能為所欲為，則不特星法院被廢棄，甚至衡平法院且將被裁撤。誠以衡平法院即以樞密使 (the Chancellor) 為院長，而該使在實際上不過是元首的役人，他的地位得失全視君上的喜怒；因之，他必須復不難藉口促進『直道』 (justice) 與『公道』 (equity)，而摧殘常法所有固定性與儀式。然則介於十七世紀中之英吉利清教徒，與復辟時代法蘭西的自由黨徒之間，他們所佔地位可謂無獨有偶。如天之幸，自由的朋友在兩國中均得最後勝利。

雖然，他們所獲勝利的結果卻是各不相同。在這方面，巴力門既摧敗星法院，又使樞密院的武斷威權

永遠不能存在；同時，他並不許任何行政法或行政法院再生或發展於英國。在那方面，法國自由黨徒在放逐布蓬 (the Bourbons) 之後，並不廢除行政法院，復不掃蕩行政法。

這種別異至足注意。但任一學生，倘非皮相，必能發見根本的異趣於外形所有相似點之中。試觀星法院被廢，而樞密院的武斷威權復遭褫奪；但樞密使的司法權力，在長期巴力門時，或在一六八八年革命後年年召集的巴力門之下，絲毫不受牽動。箇中所以致異的理由並不難以尋見。原來樞密使所執行的法律即為公道法律（解8）。公道法律的本身在開始時雖含有武斷權力的要素，但在實際上他大有造於當代老百姓。較諸尋常法院所施行的常法，他實能優勝甚遠。綜在一六六〇年以前，即在克林威爾將死之前，善觀政者儘能鑑別箇中優劣，復能覺察公道法律不久將要發展而成一宗固定法律的體系。將欲在折獄時使兩造各得其平，樞密使有時誠不能不運用裁決權力 (discretionary power) (解9) 以掩護或伸張君主所有特權。然而公道的進展決不以法吏的專斷為唯一途徑；反之，即在那亨含爵主 (Lord Nottingham) 時候 (1673)，公道已能發展成爲一宗有固定性的法律系統。這宗法系所應用的法理，雖迥異常法所用；然而他所有法律形式確然無所游移，關於此旨，公道初不讓常法專美。惟其如是，公道法系在此際當不復受專制主義利用。故英國政治家不再視之爲危險物。又以此項法律雖導源於變態下之政治，但既經多次改革，已成良法，英國政治家更不忍加以摧殘。至於十九世紀中之法蘭西人們所以待遇行政法者，本無殊於十七世紀中英吉利人們所以待遇公道。譬如，試以事實言，自當代公意觀察，行政法誠爲衆矢之的。

(七)成案  
法的迅速  
生長

許多公法家常願望行政法院的職權可以移交尋常法院，甚至主張廢除行政法者不乏其人。然而最終關於行政法之攻擊概被否認；關於行政法院與司法法院的分立依舊維持。又試以情理言，個中所有緣由亦不難解釋。本來行政法實未能臻於完善，行政法院亦多有缺點；但兩種制度所以不至終於見棄者，只因法蘭西人們真能感覺他們的存在為有利。即就反對最嚴厲者的言論觀察，他們不但承認該制度所有優點，而且以為該制度的運行能與法國其他政治制度所有精神相契合。同時，行政法幸能脫逃政客的支配，並能歸法律專家運用；於是在最近五十年間，不但他的武斷性質漸次減除，而且他的固定性質漸次增加。故行政法在今日已能成爲一種確定的法律系統，且受執行於行政法院。所可惜者，行政法院尚不免帶有若干缺陷，即如完全獨立於政府一節，所有英法兩國人士均有同感，謂凡為法院者所應具備；但行政法院在今代尚告闕如。如之何其可？然而無論如何，行政法院在今日終不應被指為政府的行政衙署。由此觀之，任何人倘能通曉英吉利司法行政的歷史，自能遙望行政法的進展過程，而測定未來進步的可能性；即是行政法在法律專家的領導之下，最終必能演進而至成爲法蘭西法律的一支派（法律一名詞縱使在此處為嚴格用法，亦無妨礙）。這種可能性並非虛造，實則可以公道法律的歷史解證。原來公道在英格蘭中，當造端時，不過是道德觀念；然而二百餘年以來，他久已被認為英格蘭的法律之一部份。

最後尚有一點可供行政法的史記抽出，用之可以解明英吉利法律的初期歷史中之一疑團。這一疑團是：只要法院能存在又能繼續工作，一宗法律系統就可以非常迅速創造或伸張於全國。試先審察英國



法律方面的成事。任何人倘若曾經讀過普洛克(Pollock)與梅蘭(Maitland)合著的『英吉利法律史』會要驚異，復不解『王庭』(King's Court) (解10)所逐日施行的法律何故竟能普遍推行於四境，有如是急性的速率。這樣普遍推行自然是一種法律革命，可是這種法律革命似乎只是一個自然結果，特由一所法院努力執行司法職務而產出。此外尤有不可解者在，即是這種效實似乎並非法院着意期求而得到。大概說，他的成因約有兩源：第一，能幹的判官當聽訟時常喜多引用特種成案的判決，而且絕少引用概括原理，因之，新判決只以成案為導師；第二，下級法院常有一種傾向，即以上級法院為領袖。這種傾向至足以解證他爹先生(M. Tardé)的名著『風尚律』(Lois de l'imitation)所極力發揮的一要義，即是人類所有模倣性可以解答兩問題。第一問題是任一制度或習慣何以能風行全國？第二問題是任一制度或習慣何以能風行全世界？雖然，倣效是一事，倣效而成功又是一事。將欲以司法的領導而造成一宗法系，這種成功，以事實言，必需長久期間；然而王庭竟能以短促時候成之。此則讀史者所不能不驚異而嘆為神速者也。試以史乘上之日期一證我的斷案。譬如，自諾爾曼征服以迄愛德華第一登位，即自一千零六十六年起至一千二百七十二日止，為期僅過二百年耳，英吉利法律的基礎竟能確實建築於是時。又如，倘若我們規定司法系統的組織開創日期為亨利第二登位之年，即一千一百五十四年，我們即可作一結論，即謂，這次法律大革命之成功為期不過百年。世間所有神奇事實就過於此？關於這一點疑難，行政法的歷史至足以相助比較法律學的學生解決，使之渙然冰釋。

(1) 行政  
法不應齊  
觀英格蘭  
的法律之  
任何部份

雖然，當在法院的道德感化力方興未艾之際，法律原理及訴訟程序自能迅速發展，我們固無庸對於此項現象大驚小怪。是故在現代文明之下，我們固能及身親見一部法律規矩及原則，與一宗半司法的訴訟程序，曾經以百有八年的期間生長於法國。『生長』(grown up)兩字用在此地，極有斟酌；誠以行政法在一千八百年至一千九百零八年間之發展純屬自然演進。綜括以觀，我們可知法蘭西行政法，酷似英吉利憲法，『並非人造，卻由自然生長』。

## 第二目 異點

大凡一個穎達學生，如果能博學深思，將於短促時間發覺行政法的底蘊，即是個中包含許多規則，用以確立官吏的身分、職務及特殊利益。因此之故，他或不免貿然平行行政法於英格蘭的法律之任何部份。申言之，凡在英格蘭中，不論法律、規則、或習俗，只要用來測定元首的僕役或內務（即將軍職除外）官吏，依他的見解，俱可齊觀行政法。這樣『官法』(Official Law)固然存在於法國，亦存在於英國，於是取兩國所有以作比較研究，自是可能的事。但試再進一步考察，英國的官法實迥異法國的行政法。前項法律，不管是什麼名稱，倘若被用來規定內務官吏所能為及所不能為，只是一個階級的法律，恰如陸軍法律一般，他不過是軍人階級的法律而已。至於後項法律決不是這樣；反之，他是一體的法律，在一定場合之下，可以牽動任一法蘭西公民的權利。譬如某甲控訴某宰於尋常法院，但尋常法院卻不能直接受理，因為兩造所有權利須依行政的行爲以決定，而行政的行爲所惹起問題又須取決於行政法院。由此觀之，行政法實不是

內務官吏的法律，卻是法蘭西公法中之一部，凡法蘭西人們對於公家行政的行爲所有關係均受制裁。所以行政法與法蘭西尋常法律的繫屬決不同特種階級所有法律（例如陸軍法律）與英吉利尋常法律的繫屬。但前者卻於英國法律中有一天然對偶，即公道法律與尋常法律的繫屬是。誠以行政法之在法國，恰如公道法律之在英國，逐一法律皆能於本國中構成一體的特殊法律；在一定場合之下，這種法律儘可以變易每個公民的日常權利。

行政法不能齊觀英國所以管理內務官吏的法律既如上述，然則在一轉念間，我們似可視之同於一種規定政府所有功能的法律。譬如在各國中此項法律固然存在，即在英國中，年來以國家的活動日增之故，此項法律未嘗不漸次生成。試徵實例：例如，工廠立法紛起於十九世紀之下期中，實因監督廠主以保護工人而設；此類法案不但給政府及官吏以極大權利，而且加政府及官吏以極重義務。如果行政法真能與此類法案的綜合體相似，行政法必然具有英國中之『政府的法律』所有通義。加以法國宗師（註70）時以廣義界說解釋 *droit administratif*（行政法）英國學者又漫然以 *administrative law*（行政法）一名詞相對譯，故就名詞論，行政法似乎可與英國中之『政府的法律』齊觀。但實際又不是如此。因爲行政法在實際上並不要規定官吏所有權利及義務，卻要約束私人與政府的代表所有關係。討論至此，我們觸起英吉利法律與法蘭西法律所有根本立異點。是故在這一方面，元首及公僕的權力有時可以增加；有時亦可以減省。但無論或增或減，這種權力必須依照常法的原理而運用。是何以故？則以常法能統

治全國人民所有相互關係故。譬如，工廠稽查從巴力門的法案取得若干特殊權力，倘若奉行命令時至有越權，他必須自負責任。申言之，這種責任不能以奉命行事求解免，同時，所有侵害行為必受治於尋常法院。而在他方面，行政的權力縱使有時被減，私人與政府的相互關係終不能齊視私人與私人的相互關係。惟其如是，行政法的根本思想絕不同英吉利法律的根本思想。前者不但分別兩種關係，而且歧視兩種關係；蓋政府與私人所生關係屬於公法範圍，而私人與私人所生關係則屬於私法。(註九)後者則一律齊觀，所有公私關係。因此之故，這種根本立異，實足使行政法無從與英格蘭的法律任一部可以比擬於倫。由是，法學上有許多問題，法國宗師視為急切重要者，英國學者從英吉利法律的立場觀察，則以為無意義。舉例證之，則有何謂行政訴訟？行政的行為與公共權力的行為有何分別？行政法院及司法法院的管轄權如何分界？

行政法在最近數十年內，曾被輸入英國而構成英吉利法律的多少量成分否？這一問題曾經法律學者(註十)屢次提起，至今尙未解決。我們應與之以否定答案。

最近六十年間，英國政府的權力誠常時擴大，因為國家擔任許多新職務，為從前所未有。譬如，自有工廠立法，政府遂干預產業問題；又自有教育法案，國家遂間及教育行政。不寧惟是，事有為中央政府所不能親為者，國家儘可託於地方政府；由是國家的權力遂間接地增加不少。雖然，增加國家的權力是一事，輸入行政法又是一事；我們絕不能混兩者為一談。所以無論任何官吏，如果依法行事而至於越權，必須肩起常

法上所課的責任。一切法律責任，無論大小，均由常法法院測定。常測定時，常法法院不但可以審問他的法律權力所有範圍，而且可以審問他的上官命令是否合法。由此觀之，法院對於國內一切行政的行爲固能干涉，又能限制。試徵實例：例如倫敦市教育局曾有一度嘗試，要强市內納稅人們增加賦稅以維持高於小學教育的學校；但高等法院在審問之後，特否認此項權力的存在。又如一二年前曾有幾個官吏，奉行海軍裁判所命令，強佔土地。據稱此土應屬於元首。隨後，此土的管領權有人爭執，常法法院在訊鞠之餘，特判決該官吏不合佔領民地。在這種訟案中，所有法律爭端至屬精微，但任何英吉利律師，無論對於法院的判決作什麼批評，均不能反對法院，謂法院無權以測定倫敦市教育局或元首的能力。

行政法以此之故，實至今未嘗插足於英格蘭，至無疑義。顧外國尚有政論家，謂英國近年立法有時別有用心，特給與官吏以司法權力。但試一考察所舉例證，我們自見行政法的意思在此類法案中，至爲微薄，幾乎不可辨認。倘若間有新法參雜，此則純爲便利起見；他們並不足以表證英吉利政治家曾經有意將本國法律的主要原理大加改革。綜括以觀，在英格蘭中至今依然未有行政法存在。

雖然，我們必不能因爲行政法不同英吉利法律之任何部份，便斷定現代法蘭西所有行政法，若以嚴格視察，實不是法律。同時，我們更不要斷定行政法只是若干條原則，依之，行政部得以運用武斷的或裁決的權力。這種意念確是謬誤，我希望讀者在此時已能十分明白。不過關於這種誤解的存在，實有可以原諒之處，甚至具有正當理由，我們亦不能責備太過。

按實言之，法國政府對於政務，尤其是對於外國人，能運用極大裁決的威權；這種威權復不受任何法院控制。至於國家的行動，在施行後，行政部或他的僚屬不能因此故被糾正於任何法院的管轄權。但試問何為國家的行動？則有名作家言人人殊，（註<sub>73</sub>）似乎至今日尚未有一定界說。（註<sub>74</sub>）在此際，英吉利法家對於所有陳議，自然不能作左右袒。不過他總能作成下方一種揣度：即是，在紛亂時候，法國政府可以自由運用裁決的威權，而不憂尋常法院干涉；至於行政法院本可干涉，但仍不願為；大概最後歸宿只得以國家的行動為行政部解釋耳。即由這一部揣度，我們可見行政部具有極大特權一節事實，在英國人的心目中，常與概由官吏構成的法院所施用的行政法之性質相混。

不寧惟是，尋常法院在法國中，常受束縛於法律，致令不能干涉行政部的行動；此項束縛又自英國人觀察（因為他習見英吉利法院能自行測定本己的管轄之故），似乎等於壓低其他國家的威權，以屈就行政部的裁決。這種觀察仍是謬誤，然而這番誤會實由偶然發生的事實所湊成。原來行政法的性質及存在，最初概由篤奎爾的著作而暴露於許多英國人之目前（至少在作者的目前是有如此作用），故篤奎爾的著作有大功用於十九世紀中之英格蘭，恰如孟德斯鳩的著作有同樣功用於十八世紀中之英格蘭。但篤奎爾本人於壯年時，曾自認對於當代所有行政法不甚明白。（註<sub>75</sub>）迄於晚歲，他的學識自然與年俱進，不過他對於行政法的態度頗為奇特，此又不可不知。申言之，篤奎爾當研究行政法時，不站立於律師的地位，卻站立於歷史家的地位；即就歷史家的地位論，他仍以歷史上之特殊見解，而作行政法的研究。這是

要說，『古代政治與大革命』爲篤奎爾的晚年傑作，而該書的主旨實要確立一條大義：即是現代法蘭西所有制度，在許多方面，實與前代君主國所有者之精神殊無二致。本來這條大義當最初出現時，似爲不可通，但經過他的工作之後，已成真理。不幸正以過於篤信謹守本旨之故，篤奎爾對於大革命時代、帝國時代、以至民國時代的法蘭西與君主國家時代的法蘭西之同點，實不免言之過當。而在各種制度中，尤以關於行政法的論述最多，有這種傾向。其始，他表證行政法的基本概念早爲一七八九年前之法家及政治家所接受。其次，他提示行政法在君主政治下之武斷。末後，他不但堅執司法與行政在君主政治之下密切聯絡，而且痛詆此項聯絡爲不幸；於是他復進一步斷定十九世紀的行政法與武斷權力極相關連，恰如十七八世紀的行政法一般。

就篤奎爾的結論考察，他實未能見及行政法在他的生時所有潛移默運，而自經此項潛移默運，行政法的性質不免爲之大變。況且他更不能料及行政法在他的死後半百年間所有屢次改革，而自經屢次改革後，行政法的內容已不復如前日的簡陋粗暴。惟其如是，則凡英國法家倘須賴有篤奎爾的著作，然後明白法國所有制度，自然不能覺察法國更有所謂行政法的司法化（*Juridictionnalisation*）當無足怪。然而行政法的司法化，在法蘭西法律歷史中，實爲一個最可驚及最可注意的現象。

### 第三目 優點及劣點

討論同點及異點既畢，我們還要比較這一方面的英吉利法律主治所有長短和那一方面的法蘭西

行政法所有利弊。

法律主治，在英國中有不可否認的極大利益。個人的自由得所保障遠勝歐洲各國。試徵實例：例如，出庭法案（註76）呵護外國人的自由，無微不至，並不讓本國人獨享此項權利。又如，戒嚴法（註77）被收縮範圍，至於極狹，而且被尋常法院監督極嚴。更如，司法權力的擴張足以打消權力分離的信念；再加入司法獨立的保證，所生效果實為民間對於判官的尊敬。是以在英格蘭中，能代表國家（英吉利語則用元首一名）的莊嚴威勢者不是政府，卻是判官們。至若陪審制度則不免常受攻擊：某一法國著名思想家批評之不遺餘力，即謂以訟案中之困難部份，如事實問題，就決於尋常百姓十二人，只是一種荒誕辦法，其荒誕一如問神審訊或決鬪審訊。以我觀察，這種批評或未嘗無理由；不過陪審制度所以能成功於本國者，亦不是偶然事實，個中蓋有主要原因。這種主要原因就是民衆對於法庭的信仰。本來各個陪審員的智慧及教育至屬平凡，然而尚有審判員在名義上是他們的同僚，在實際上卻是他們的導師。惟其如是，衆民院實能體會選民的意旨，特將選舉訴訟一概交由高等法院處理。甚至當特殊事變發生，有如一八六六年奈田（Sheffield）之役，似非尋常司法手續所能馭，全國民衆亦惟引領以望法院中所選出之審判員出而負審問之責。現代勞資衝突可謂甚烈，但每遇爭訟，無論廠主或工人，亦惟高等法院的審判員之命是聽。綜合以觀，我們可以推知民間所以尊敬法院，並不要服從個人，只要服從法律。換言之，法律的至尊性是民間對於判官的尊敬所從出。



法律主治固有許多長處，但未嘗無短處。是故在法律主治之下，法院不應成爲政府的工具；若法院竟被轉變爲政府的工具，個中有極大危險。在此際，法律主治不能爲法院所以被設立的終局；他只成一個虛懸的目標，爲法院所不能趨赴。其在歷史上未嘗產生尊崇法律與敬重法院之地，法律主治尤不適宜。（註78）加之尊敬法律易流於一種呆板的法律精神，以致妨害國家利益。譬如，儕官吏於平民一種政治風習，固足以制止元首的武斷特權，使不發展於英格蘭，但這種風習，在許多方面實足以爲害於公家役務。

按實言之，公家役吏的溺職當比私家傭工的溺職較爲重大，因之，應受較嚴處分。但這種事實法律似極緩於承認。在一八七八年嘗有在公署中抄寫者一人，私洩一件重要外交公文於報紙。此項行動可謂罪惡重大，在法律上似無明文足以處罰這種嫌疑犯。倘若有人能證明他曾經攜去用以抄寫此項公文的紙張，他儘可被以盜竊罪被審訊。（註79）然而當一囚徒在實際上本犯重大罪惡嫌疑，而在名義上卻以較輕罪名待訊，若輕罪不能成立，此人即可受釋放。迨至一八八九年，巴力門有公家祕密法案（註80）之通過，以規洩漏公家祕密之罪；於是這件行事乃不能逃罪。但該法案所有程式，一依其他英吉利立法的程式，並不確定一概括原理，使凡有負公家信託，即成罪惡。因此之故，凡官吏失職，在他國必受重懲者在英國仍不能加犯者以何等罪名。

抑在英吉利法律中，凡官吏奉命行事，而至於侵害尋常百姓的個人權利，綜使他以善意執行上官命令，亦不能引以自衛。又凡官吏犯了罪過，他必須受治於尋常法院，概與尋常百姓無異。而且在這一類法院

中，裁判事實以測定罪狀者，即是上文所論及之陪審團；團員的智慧及教育並不超過尋常百姓，凡官吏受諸如此類之待遇，自公家利益立論，亦未見極爲有益。

將欲證實此說，我們最好審察民間因將次出海的船隻被留難事而控告商部的訟案。原來英國自一八七六年後，巴力門迭次通過商船法案；在此類法案之下，凡遇商船不適於航海者，商部須依法扣留，不許放洋，以免危及人命。（註81）法律的用意既已明白宣示，人皆以爲商部只要能以誠意奉法，當可無憂受害於船主人。詎意事實並不是如此。商部及部員曾經多次控告，復多次受罰。（註82）至於被控的罪狀既不爲有心所惡，亦不爲放棄職務。換言之，他們實不過因公受累。由此觀之，所謂純以行政的身分執行公務的一件事實，殊不足衛護該部；又所謂奉行部令的一句話，亦不足包庇部員。不寧惟是，若使在執行法律時候，對於法案的條文稍有差池（譬如，就是只將一無所謂的程式略去），執行人，無論官職大小，皆是做錯了事的人。在此際，有一問題最屬重要，因爲答覆這一問題的答案，即足以決定執行人的幸運。這一問題是：該船何故被留？個中究竟具有準情度勢的理由否？但不幸審問此項答案的人員，又以陪審人擔任；因爲隣里的感情關係，陪審人大概表同情於船主人所受留難的損失，而不甚能諒解稽查員所以愛惜人命的苦心。其結果：商部及部員只得以無辜受累；商船法案的效果幾等於零。原來陪審員大概胸有成見，不願贊成政府的行動。然則此項結果所至，當無待問。況且這種法律問題，概屬專門學問與經驗，本應諮詢專門名家，今乃以之取決於素無研究的尋常百姓。此等措施寧非怪事。加之，政府的行動本要謀公共利益，今乃置之於被告地

位，使不能不謀有所自全。個中所有悶葫蘆誠不可解。凡諸如此類的矛盾事實亟應記取，因為他們縱不足以辨護，至少亦足以解明一種主張。即是所有政治家（雖以篤奎爾之傾於左袒英吉利制度亦不能免）均堅信行政問題應就決於行政法院。

行政法  
他的優  
點

現代法蘭西行政法的優點（即就最好處着眼），大抵不為英吉利憲法學者所注意。（註88）其實，國務院當被用如一所行政法院時，嘗用盡全力，費盡心機，以造成對於濫用威權的種種救濟方法。只就這一點觀察，行政法院誠遠勝尋常法院；任一公法學者均不應忽略。大凡行政機關一有越權行事的行為，國務院在今日均能主持公道，以擴張個人的權力，使得攻擊此項行為，并使在遲早間將此項行為撤廢。譬如，一個郡守發令，或一個團體製定公約，倘若命令或約章有越權處所，任何人，不管曾否受過這種條文或規則侵害，均得仗義執言。一經檢舉，這樣命令或公約旋被國務院審查；審查得實，他們一概被廢棄不行。加之，官吏的行為所生罪惡，概被仔細審察，而得到兩類精密區別。其一類生成於官吏（例如郡守或市長）的惡意、暴行、或怠心；這是私己罪過（*faute personnelle*）。其二類生成於上官命令的本體，或為非法，或為謬誤；這是公務罪過（*faute de service*）。這種精工的區別，（註84）有兩種功用。第一，凡尋常百姓受了威權誤用之害，後項區別可給與他以救濟辦法。第二，凡官吏，在執行公務時，做錯了事，前項區別得課他本人以行為的責任。這種責任復得被尋常法院徵取。以我的觀察所及，行政法在國務院的指揮之下，洵是正直無私，毫無偏袒。試徵引一實例，以資解證：譬如，火柴在一八七二年，一如今日，係國家的專利品。為着要實行專

利，法律特授權於政府，使得以強制力收買私家所辦火柴廠。計算之餘，某部長以為將欲使政府不至多費金錢，莫如減少現有的火柴廠數。郡守者，政府所能直接使令之僕役也，實有權以執行衛生法令為詞，將工廠停閉。某部長於是授意於郡守，即假衛生之名，使停閉某甲所有工廠。郡守既受命行事，即未嘗犯了私己罪過。因之，尋常法院不能課他以行為的責任。（註85）而且我們還可以再加一句；即是，在如此際會之下，就是在其他行政法院，（註86）此案亦無由受理。天幸，某甲提起訴訟於國務院，國務院又能主張公道，斷令郡守收回成命。最後，某甲以國務院之明斷，還取得二千金鎊於政府，以為因非法而被封禁的賠償。賠償之後，政府然後得以善價收買該廠。（註87）

國務院既能伸雪人民冤枉，又能應付尋常百姓需要，我們常無怪該院能積極發展。於是，行政法在現代法國，恰如公道法律在於古代英國，兩者均能進展無礙而孳生不已。雖然，此非英吉利人所能易領會者也。誠以素來習於重視法律主治，而在法律主治之下，尋常法律處於至尊地位；同時這種至尊性實由尋常法院維持。惟其如是，行政法自他的眼光觀察，不免受許多嚴重批評。

他以為國務院的威權愈增加，尋常法院的尊嚴將愈以低降。是以西班牙有一諺語，即謂：『多者愈增而愈多；少者愈減而愈少。』即在英吉利歷史中，亦嘗有一時代在此際，樞密使的司法權力暗與元首的特權相結合，常法法院則與之立於相反地位，專以保護國家與個人的自由為事。當前者的勢力愈漲時，他幾乎可以凌駕後者。於是依同理推測，他終不能不謂國務院及司法法院的地位實互為消長。雖然，此非的論

也。試觀法國有許多法學專家，嘗權衡雙方所有地位之輕重，而加以比較，即謂：國務院人員須受政府直接任免，是以他們不易獨立於政府以外，至於法院雖有任期終身的保障，但以希望政府與以陞遷之故，（註88）獨立的地位亦不易保持。

陪審制度，依法國法學者的批評，是一種兒戲；若就公家利益之關係觀察，此項制度更是一種極不良的兒戲。（註89）試觀法國中之法院：懲戒法院概不設陪審員；惟巡迴裁判法院乃以法官主席，陪審員公斷。於是所有原告人或犯罪人，雙方皆喜前者，而不喜後者。原告人明知凡在懲戒法院一被證實犯罪，罪人即受懲罰。犯罪人亦明知，雖則在下級法院中，他儘可因不得陪審員的同情之故，而失去立被開釋的機會，但仍可希望不至於親受較重刑罰。是以箇中有兩件事實至為確切易見。其一、自一八八一年後，審判員不能再有權以訓令陪審員；於是，年復一年，取決於巡迴裁判法院的訟案數目愈見減少。其二、司法法院的訴訟程序，不管是民事或是刑事，漸覺繁重而不適用。至於國務院中之訴訟程序則異是。此項程序的製定一概根本現代法律思想，即是簡易、便宜與效實。司法法院中之大理院尚能博得民間尊重；其他法院漸見衰頹，院中審判員絕不似英吉利高等法院中之審判員，能運用司法權能，復能取得道德上之信仰。

更自保障私人權利着想，英吉利人誠不易相信行政法院，在與政治有關之爭端，尚能極力以保護私人的權利為職志。若在英國，不但本國人所有權利，即外國居留者所有權利，亦被一視同仁。但無論如何，只要一就尋常法律與行政法的區別（再加入法國法學宗師所主張的權力分離理論）觀察，我們即可明

白法國人的心中內蘊。蓋謂當以誠意執行公務時，官吏必不可受尋常法院監督。這種心中的內蘊可以引  
用許多事實明證。爲着保護國家的役吏，刑法法典於是乎有第一百一十四條之規定。爲着保持此項願望，  
八年憲法於是乎有第七十五條之頒布，而且此條憲法亘七十年而繼續存在。甚至後來實行將該條憲法  
廢棄的人物，仍不免懷抱這種念頭，所以特在廢除法案中，表示政府中之司員須受特殊保障。而且這種念  
頭對於司法界具有絕大勢力，所以後起的判決，在不知不覺之間幾乎盡把一八七〇年十二月十九日之  
法案的立法精神摧倒。甚至即在該法案通過後未幾時，所有判決則有意將尋常法院確定爲裁判官吏因  
公受累之唯一機關，但在實際上仍不受這一個念頭牽擾，而至有游移。最可異者，在一方面，行政法院正在  
努力擴張私人的權利，使於遭官吏傷害之後得向政府索償；在他方面，這種努力的成功適足以創成一種  
保護的新方式，以庇蔭奉命行事的役吏。因爲一個受損的私人，如果能向政府（實即國家自身）（註90）  
取償，必不願再與一個因奉行上官命令而獲罪的屬吏爲難。即令情願，亦有何益？故此舉不如罷休。雖然，任  
你如何着想及如何推論，這種免除責任的特殊利益，雖則現代法蘭西行政法加以承認，究竟與英吉利法  
律的基本概念，不能相容，而適相反對。這種反對性質曾經一個法國法學宗師以警闢語道破。

倭里吁(Haurion)曰：『在逐一法律系統之下，凡遇官吏以執行公務之故而至於損害私人，這個人  
即有權以提起訴訟。這種權利或以某一方式而存在，或以他一方式而存在。但關於此點，法律隨國家而殊  
異他的傾向。是故在二三國家（例如英格蘭或合衆國）中，法律甚着意於課取官吏的個人責任，責任既

定，國家所擔負義務自然減輕。又在其他國家中，法律則努力於提出國家自身所擔負義務，以掩護官吏的責任，使不至因服務國家而得到受罪的痛苦。大凡集權國家的法律，尤其是法蘭西國的法律，即屬於此類。在此類國家中，你可以尋見所謂役吏的保障（*garantie des fonctionnaires*）。』

（註91）

（註1）關於行政法，參考下列書籍——

- (1) Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif (第三版)
- (2) Berthélemy, Traité Élémentaire de droit administratif (第五版 1908)；
- (3) Chardon, L'Administration de la France. Les Fonctionnaires (1908)；
- (4) Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel (1907)；
- (5) Duguit, Traité de Droit Constitutionnel (1911)；
- (6) Duguit, L'État, les gouvernant et les agents (1903)；
- (7) Esmein, Éléments de Droit Constitutionnel (1896)；
- (8) Hauriou, Précis de Droit Administratif；
- (9) Jacquelin, La Juridiction Administrative (1896)；
- (10) Jacquelin, Les Principes Dominants du Contentieux Administratif (1899)；

(11) Jéze, Les Principes Généraux du Droit Administratif (1904);

(12) Laferrière, Traité de la Juridiction Administrative, 兩本 (第二版, 1898);

(13) Tessier, La Responsabilité de la Puissance Publique (1906);

我的主旨並不要在本章中詳明講解行政法。我只要勾出行政法的基本原理中之不同於英吉利法律主治的基本概念者相提並論。我所特別注意之點是在於說明行政法怎樣給與特殊利益於國家的僕役。雖然，爲着闡明題旨，我不能不闖入行政法中之其他重要問題，亦不能不割棄行政法所以進化的一種重要方式，略而不論。原來法蘭西國的行政法，以淵源論，實造端於古代君主政治所有元首的特權，但以現狀論，則因受法律大師的陶鑄之故，漸次趨於司法化 (jurictionnalis-  
on)，而消納於國法中，以構成國法之一重要成分。

(註2) 行政法一名詞隨國度而異稱，譬如在德國則爲 *Verwaltungsrecht*。法國的行政法，比諸德國的行政法 (參考 Otto Mayer, 德國的行政法，第一冊【法文譯本】二九三頁第十七節) 較接近英國的法律主治。在此處一如在他處，所有比較研究均以英法兩國的同點及異點爲標準。原來在歐洲各國中，英法兩國曾經不斷地努力，思有所以維持文治的權力 (civil power) 於國中四境之內，凡有任何階級，如果敢於藐視全國民衆的主權，皆在必誅之列。不過兩國的嘗試各有不相等的成功，而且法國的武力在歷史上特具極大光榮，是以世人對於建立法治的努力，反忽視而不及覺察。

(註3) 德意志帝國保障官吏周更。參考 Duguit, L'Etat 六三四頁註1。

(註4) 見下文本章第三節第一目論同點(8)行政法的進化。

(註6) 爲塞爾的通信與本論題旨然有關連，至值得稱述。信中有曰：「在比較研究兩國制度的工夫中，爲着明白美國，我必須先明白法國。現在我不能不抱愧自承，我對於法國現存制度的關味。原來在本國中，行政法與普通法並立。他們各構成兩個分離的世



界，既不至相視爲友而攜手合作，復不至相視爲仇而至於宣戰。我時常生活於這一世界，卻不能周知其他世界有何活動。同時，我尙未明瞭何者是行政法的普通概念，而此項智識又有求取的必要。敢以此信求教。」見篤奎爾全集第七冊，六七及六八頁。

(註6) 這種智識的缺乏，可得解明，並非無故。篤奎爾在一八三一年纔有二十六歲，當是時，行政法學書籍漸有出版，以應習律者之需要。然而關於憲法之學問文章，儘有許多代表，如拉斐梨耶 (Laferrière)、倭理呼 (Hauriou)、杜歸 (Duguit)、耶磁 (Jéze) 或柏高列眉 (Berthelémy) 者，尙未出現。此項文章不但能析理入微，而且對於行政法之歷史能窮源而竟委。

(註7) 見 Aucoc 行政法第一冊第六節。

(註8) 見同上書。

(註9) 關於行政法的歷史，特別參考拉斐梨耶第一冊(第二版)卷一第四及第五章，一三七至三〇一頁。第二次民國(1912-1951)對於行政法，並無多大效益，故併入第二期。

(註10) 譬如拉斐梨耶有言：「雖然，在本國歷史中，我們亦可表證一事：即是，自尋常法院成立以來，絕未有一時期，在箇中司法官吏之處理民刑訴訟者，同時復受請求出而判決自公共行政上所惹起的困難問題。」(見原書第一冊，一三九頁。)參考同書六四〇頁。

(註11) 篤奎爾有言：「試就行政檔案考察，我們所有常時遇見的事實，似是：行政權力不斷地侵入司法的範圍。行政界中之法律專家常告訴我們以一語，即謂：古代君主國家的內政之大病是在於法官干預行政。按實言之，我們何嘗不可謂當時大病是在於行政官干預司法？不過到了現在，箇中不免有一異點，即是：我們對於前者經已改革無餘，對於後者卻尤而效之。向來我嘗有一種信心，以爲今代所謂行政法院，係創始於拿破崙；如今我已明白此項制度只是古政代治的遺物。而且在古代政治中之一法律原理，至今尙存於契約法。這一條原理是：國家與私人發生契約關係，若有問題惹起，國家應爲這種問題的公斷人。這是一種辦事

方針，君主政治時代之欽派總督視之如金科玉律，今代國民已不及周知矣。但在今代中，此輩欽派總督尙能尋一替人，即一個守 (unpréfet) 是。』見他的 *Envois Completes* 第六冊，二二一及二二二頁。

(註12) 薇微恩 (Vivien) 曰：『某一私人與營業者作一種定期交易，若屆期不能執行，前者應向後者賠償損失。至於賠償之數則以原有成本並加贏餘為比例。此為民法所規定。倘使爽約者為政府而非私人，則所賠償者不過以實際的損失為限。此為行政法規所確立。除非別有法律以明文反對，普通行政的規矩只是：國家應比一個公民為大，公帑應比私財為重。於是，個人的利益亟須割棄。』(見他的『行政研究』第一冊，一四一至一四二頁。(這是一個法學大師在一八五三年所寫。這個特殊原理在今日已見棄於一般法國學者矣。雖然，薇微恩的教訓誠不復被採用，但仍足以解證在法國中個人與國家所有關係。申言之，薇微恩的言語，用在特殊事變，已不通行，但國家與個人的關係，在今代法國中，大致一如從前。即此一事，我們當可概見法蘭西國的行政法在五十年間所有變遷及進步。

(註13) 參考 Ancoc 『行政法』第二十及二十四節。

(註14) 但有些國家(譬如比利時)只有行政法而無行政法院。於是行政法的規則只由尋常法院執行。

(註15) 巡迴裁判法院施行陪審制度，其他在法國中之法院概不採用。

(註16) 大議院(Cour de Cassation)嚴格言之，並不純是上訴法院。

(註17) 郡守院的組織及功能，英國學生儘可以不必理會。

(註18) 即在拿破崙時候，亦嘗有例外的案件存在。此類例外的案件至於近代，數目大增，大概以便於處理之故。是故往往有應歸行政法院受理的訟獄，國會特以法案規定，移交司法法院。亦有應歸司法法院，以同樣方法而移交行政法院。此類例外的案件實難以一定原理分類；就本章所有題旨着想，儘可略去不論。

(註19) 見一五九〇年八月十六至二十四日法令第二章，第十一至十三節。

(註20) 耶磁有言：「他們大概受動於一種極強有力的成見。這種成見不特存在於行政界，而且存在於大多數法師 (Judges, Consultes) 的心上。該成見以為法吏只是行政人員的仇敵。假使他們果有機會以干預行政，公共利益將因他們的故出故入，或遭莽滅裂，而有受害之懼。」 Jézo (1902版本) 一三九頁。

(註21) 耶磁又謂：「行政官吏當運用真正武斷權力時，未絕遭違法吏的任何抵抗。其實在大革命之後，司法人員常表示無限恭慎與絕對服從，政府的命令雖則有時近於侮慢，他們亦只得戰慄從命。」 Jézo, 一二八頁。

(註22) 見民國紀元八年憲法第七十五條。參觀下文論「奉命」一段。

(註23) 參看 Ancoc 『行政法』第二十四節。

(註24) 在一八二八年前，任一刑事案件，恰如任一民事案件一經提起管轄權的抵觸 (clever un conflict)，司法法院即無從過問，於是侵蝕行政法院的威權之患得以防閑。但讀者於此不可不注意一點；即在拿破崙時代，以至現代，倘遇行政法院竟闖入司法法院的範圍，抵觸問題無法可以提出。於是，司法法院只得捷呼負負。

(註25) 保障官吏一層初不必一定屬於行政法，且可以包藏於法蘭西國的法律任何部份。刑法法典第一百二十四條即是一例。但無論如何，此類法律終與行政法有關。

(註26) 第一一四條 『行政人員，無論長官或屬吏，若有武斷的行爲，至於損害個人的自由，或幾個公民的權利，或違犯憲法，他應受褫奪公權的處分。』

但此項武斷行爲，若係奉直接上官命令，可免置議。倘必須議處，其責任當由原有發令長官肩負。』(見刑法法典第一百一十四條。) Garçon 『刑法解詁』二五四頁。參考 Garçon 刑法第三十四條及第八十七條。比較他的刑法法典教程第

十條；狄驥所著『憲法教程』五二四至五二七頁；狄驥所著『國家論』第五章第十節，六一五至六三四頁。

(註27) 刑法第一一四條所有實際效力，只有法國的刑法專家可以斷定。但據考察Carcon的法律論著（看他的刑法法典，二四五至二五五頁）所得，則一個英國法律專家似可作一結論，即是一個官吏縱使犯罪有據，但求能託庇於第一一十四條第二項之下，則該條之第一項固不能與他為難，就是刑法法典中之任一條亦不能與他為難。刑法第一一十四條，由此以觀，豈能包庇大多數的官吏。（參考Carcon對於D. E. 兩綱所下解釋，即原書二四九至二五二頁；及G. 綱，即原書二五三頁；與第一百段，即原書二五四頁，並讀狄驥『憲法教程』第七十五至七十七節，最要緊的是五〇四頁及五二七頁，又讀狄驥『國家論』六一五至六三四頁。）

以英國人的眼光觀察，在這條刑法之下，一個郡守、警士，以至其他役吏，只要以誠意奉行命令，縱使曾犯了毆辱或監禁個人之罪，儘可以不必有受罰之懼。

(註28) 『政府的役吏，除部長以外，惟有先得國務院允許，方能被以公務罪檢舉，既得許可，此項檢舉應執行於尋常法院。』（見Duguit et Monnier 法蘭西國的憲法（第二版）一二七頁。）

(註29) 參看 Jaquelin 『行政訴訟的主要原理』一二七頁。

(註30) 第二次民國僅能壽世三年，且政事棼亂，其間所有立法上之行政法的改革，並不能垂之後世，故此處略而不論。

(註31) 腓立所以能成功為法國君主，亦賴有歷史上之一種助力。當是時，法國人咸以十八及十九世紀中之法蘭西大革命，比擬十七世紀中之英吉利光榮革命。於是，腓立在法國的地位，恰如威廉第三在英國的地位，兩人均要做完成革命的工夫。

(註32) 當時雖無巴力門的改革（即立法的改革），然尚有司法的立法以為改革行政法的工具。這是要說，國務院以司法法院的精神而行事，遂漸收改善行政法的效果。

第十二章 行政法的反比

- (註33) 關於平政院，參考下文行政法在第三時期之發展所有第三項改革，論平政院的設立。
- (註34) 關於國家的行動，參考上文論行政法之第四特點。
- (註35) Grégoire 在他的法國歷史中記述此事甚詳，茲引用之以資證佐。如下：「西耶在六月二十日會議場中，侃侃談論，極力聲明此舉的失當。政府對於公爵夫人，忽加逮捕，忽加拘禁，又忽加縱釋，皆屬違法。最後，西耶特望衆議院考慮此等事變，而決定其當否。衆議院票決之後，仍照議事日程通過（見原書三六四頁）。參考同書二九二至三二八頁，又三五六至三六四頁。
- (註36) 刑法法典第一百一十四條上文經已徵引；參考註腳第二十六條。
- (註37) 八年憲法第七十五條，上文經已徵引；參考註腳第二十八條。
- (註38) 此項檢舉，後來經司法判決，並被擴大意義，以至包含訴訟之關於要求賠償損失者。參考 Jaquelin 所著『行政訴訟的主要原理』一二七頁。
- (註39) 見篤奎爾所著『亞美利加中之民治』第一冊（英文譯本）一〇一頁；又見全集第一冊，一七四及一七五頁。
- (註40) 見篤奎爾所著『古代政始與法蘭西大革命』（第七版本）八一頁。
- (註41) 見 Teno (耶磁) 所著『行政法通義』一三八頁，註1。
- (註42) 參考 Jaquelin 所著『行政訴訟的主要原理』三六四頁。讀者於此有足注意者一事，即是近年以來，憲法第七十五條的原理竟漸次得承認於德意志帝國中之數邦。
- (註43) 欲得佐證，參考下列典籍：

(1) Aucoc 『行政法』第四一九至四二六節；

(2) Jaquelin 『行政的管轄權』四二七頁；

(3) Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊卷三第七章。

然而自有撤廢第七十五條憲法一舉，實際上至少有一效實。這是要說，此舉使人人得以承認一通則，即是官吏犯法與庶民同罪。由此項承認，法國學者斷之為公意之一大進步，又為保國衛家的權力之一種傾向。

(註44) 關於勅令法的法律精義，參考狄驥『憲法教程』一〇三七至一〇三八頁；Moreau 『行政規程』一〇三及一〇四頁。此類法律通過於一八四八年之臨時政府，介於二月二十四日至五月四日之間，又通過於拿破崙第三的政府，介於一八五一年十二月二日的政變與一八五二年三月二十九日之間。拿破崙第三在此際實為一個篡奪權力而未得全國承認的統治者。最後，此類法案又通過於國民自衛政府，介於一八七〇年九月四日與一八七一年二月十二日之間。當時政府可以稱為時代需要下的臨時政府。

(註45) Jaquelin 在他的『行政訴訟的主要原理』確附和這種見解。閱該書一二七至一四四頁。

(註46) 參看下文平政院的設立一段。

(註47) 參考關於 *Ponçet* 的成案，此案以一八七三年七月二十六日判決。此案判決後，極得輿論贊助；試閱 Laferrière 六三七至六五四頁；Berthelémy 六五頁；狄驥『憲法教程』第六十七節，四六三及四六四頁；耶磁『行政法通義』一二七至一四四頁。

(註48) 法文原本的語言引述如下：『Finalement la seule différence entre le système actuel et celui de la constitution de l'an VIII, c'est qu'avant 1870, la poursuite contre les fonctionnaires était subordonnée à l'autorisation du Conseil d'État, et qu'aujourd'hui elle est subordonnée à l'autorisation du tribunal des conflits. 見狄驥『憲法教程』四六四頁。』

(註49) 見一八七二年五月二十四日法令第九章。

(註50) 詳上文行政在第一時期之發展，綜論國務院的性質一段。

(註51) 見一八七二年五月二十四日法令第四章，第二十五至二十八條。

(註52) 平政院曾設立於第二次民國時代，但政變後旋即廢止。

(註53) 參考本書附錄中之第一則，論平政院的組織。又 Berthelmy 『行政法綜論』(第八版)八八〇及八八一頁；Chal-Don 『法蘭西國的行政及役吏』四一二頁，亦可參考。

(註54) 國務員(或參事)自一八七五年後，不見有隨時免職情事發生。

(註55) 參看 Lefebvre 『行政的管轄權論』第一冊二四頁；Chardon 『法蘭西國的行政及役吏』四頁註2；Jeno 『行政法通義』一三三及一三四頁。

(註56) 參考 Jeno 『公法雜誌』(1906)第二十五冊，二五七頁。

(註57) 這三種改革，或受默認於一八七〇年九月十九日勅令法，或被規定於一八七二年五月二十四日勅令法，皆發生於第三次民國成立以前(即一八七五年前)。當是時，國民會議為全國政治中樞，主其事者大多數不是革命黨人，復不是改頁派人物，還只是王黨中人。這是要說，國民會議中之大多數領袖方極力以恢復舊物為事。然而他們竟要施行這種徹底改造者，實為全國人民所要求之結果。

(註58) 參考 Hauriou 『行政法精義』二四五至二六八頁。這三個時期的分畫不能符合法蘭西歷史上之政治改革而為本章上文所已枚舉者，姑錄之以當綜觀。

(註59) 註此旨可用十七世紀中報紙與政府的關係解證。當是時，報紙的地位，在英國與在大陸國具有同點，參看上文第六

章第五節。

(註60) 參考賈地納所著『英格蘭的歷史』第三冊二頁。

(註61) 參看本章上文註脚第二十八條。

(註62) 參考賈地納所著『英格蘭的歷史』第三冊七頁註2。

(註63) 參看 Abbot 所著『倍根傳』二三四頁。

(註64) 讀者注意，行政法的體系今已經過多少司法化於法國。其餘大陸國家亦有行政法，不過這種體系的存在各有殊異方式而已。

註65 參考戴雪所著『英格蘭中之法律與公意』第十一演講，三五九頁，及本書附錄中之書後第四則，四八一頁。英吉利律師們似乎忽視先例 (jurisprudence) 在法國法院中漸具有感應力。

(註66) 參看 Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊二二六頁。

(註67) 參看本章上文綜觀國務院的性質一段。

(註68) 參看 Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊二二六至二三四頁，及 Cornelia 『國務院：他的行政與司法的功能』(一八一八年出版)。

(註69) 載在一八二八六月一日法令。參看 Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊二二二頁。

(註70) 參看 Auoc 『行政法』第一冊第六節，Haurion 『行政法精義』(第三版本為二四二頁，第六版本為三九一及三九二頁) Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊一至八頁。

(註71) 見本章上文行政法在第一時期之發展，論行政法精義兩則。



(註72) 參考 Laferrière, 第一冊九七至一〇六頁。公法學者極喜歡徵引一八九三年官府威權保護法案, 作為行政法已存在於英格蘭的一種證據。依我看來, 這種工夫只是就字上面着想。其實, 一八九三年的法案並非新創, 他不過將一六〇一年後一八九〇年前所有同性質的條文彙成一系的法律而已。是以該法案首先設定, 每一官吏可以做法律上所許可他應做的事; 其次給與這個人以特別利益, 使在一定期間內, 他的行為可以從容進展, 不致因初次錯做了事便受控告。但他並不規定保護的條文, 使一切屬吏(譬如警士)當奉上官命令行事時, 縱有錯過, 亦可以不負責任。

在英吉利法律中, 本來有一二例證, 就中法律的救濟, 除控告直接做錯了事的人外, 不能索償於任何官吏。然而此項例證並不是十分重要。參考本書附錄中之書後第十二則, 論『控訴官吏』。

(註73) 參看本章上文在行政法之第四特性中論國家的行動一段。

(註74) 試將 Laferrière 『行政的管轄權論』第二冊, 卷四第二章三二頁; 及 Hauriou 『行政法精義』二八二至二八七頁; 比較 Jacquelin 『行政訴訟的主要原理』四三八至四四七頁。

(註75) 篤奎爾全集, 六六頁。

(註76) 參看本書上文第五章, 論出庭法案一節。

(註77) 參看本書上文第八章, 論戒嚴法。

(註78) 在革命空氣極濃時候, 以陪審為審訊的制度不易得到尊重直道的結果。試徵實例: 例如, 遮弗梨 (Jeffrey) 在一六八五年以王庭的審判長被命往西方英格蘭審判孟公爵 (Duke of Monmouth) 的黨徒, 歷史上於是乎發生『血判』 (the Bloody Assize) 的慘變。遮弗梨蓄意殺人以取媚君主固不足責, 但使當時非適逢孟公爵的謀叛之後, 人心大憤, 以致陪審人贊助西方人民表同情, 則遮弗梨雖是殘暴, 固將不能為力也。

(註79) 參考 Annual Register, 1878 (一八七八年年鑑) 大事記, 七一頁。

(註80) 該法案旋被撤廢, 並被代以一九一一年公家秘密法案(載於佐治第五代檔案第一第二冊, 第二十八章, 題爲「一八八九年公家秘密法案的續補及修正」, 特別注意該案第二節)。

(註81) 見一八九四年商船法案(載於維多利亞代第五十七五十八冊第六十章)第四百五十九節。

(註82) 參考 Thomas v. Farrer, 9. Q. B. D. (C. A.) 372.

(註83) 就中即有一點, 譬如, 民間趨赴國務院以求平反, 非常容易。這一點英國學者即常忽視。

(註84) 法國法律常着意於兩種損害的區別: 其一是公務罪過; 其他是私已罪過。在第一類的損害中, 施者(譬如一個警士)並不須負起如何責任; 受者如欲申雪, 務須向行政法院控告國家。在第二類的損害中, 施者(譬如一個警士)必須自己負起行爲的責任, 受者可以訴此人於尋常法院。(參考 Hannon 『行政法精義』一七〇及一七一頁; Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊六五二頁)可見關於第二類的損害, 國家不自負責任。

但兩類的罪過究竟根據什麼事做標準以資區別, 法國學者不能衷於一說。惟同有一種傾向, 即謂: 倘若一個警士能以誠意奉行本已的職務, 縱使犯罪, 此等罪過不能成爲私已罪惡。參考狄驥所著『國家論』六三八至六四〇頁; 又他的『憲法專論』第一冊, 五五三至五五九頁。

(註85) 參考 Dailoz (一八七五年) 第一冊, 四九五頁。

(註86) 參考 Dailoz (一八七八年) 第三冊, 一三頁。

(註87) 參考 Dailoz (一八八〇年) 第三冊, 四一頁。

(註88) 參考 Chadon 『法蘭西國的行政及役吏』三二六至三二八頁。

(註89) 參考 Chardon 『法蘭西國的行政及役吏』三二六至三二八頁。

(註90) 試再考慮一位法學宗師所陳的一條大義，即謂：當役吏真能遵照職分行事，任何過失不應課他以行為的責任。茲徵引狄驥的原語於下，以資印證：“Si, one fect, le fonctionnaire a agi dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire en poursuivant effectivement le but qu'avait l'Etat en etablissant cette fonction, il ne peut être responsable ni vis-à-vis de l'Etat, ni vis-à-vis des particuliers, alors même qu'il ait commis une faute.”見狄驥(Duguit)『國家論』六三八頁。

(註91) 原文見倭里吁 (Hauriou) 『行政法精義』第三版，一七〇及一七一頁。茲將原文徵引於下，以與譯文比較：“Ce principe est admis par toutes les législations, la poursuite du fonctionnaire existe partout, d'autant quelle répond à un mouvement instinctif qui est, pour la victime d'un méfait, de s'en prendre à l'auteur immédiatement visible. Mais les législations obéissent à deux tendances bien opposées; il en est qui s'efforcent d'abriter, l'Etat derrière le fonctionnaire, il en est d'autres au contraire, qui s'efforcent de faire couvrir le fonctionnaire par, l'Etat, de le protéger, de le rassurer contre les conséquences fâches de ses erreurs. Les législations des pays centralisés et notamment celle de la France sont de ce dernier type; il y a ce que l'on appelle une garantie des fonctionnaires.”

(解1) 按『行政法』一名係譯自法語之 droit administratif，英語之 administrative law 及德語之 Verwaltungsgesetz。本來以日常用語觀察，這些名詞可以互譯；但以名理觀察，法者終嫌不能相稱，是以在本書中，戴雪在隨意討論學

理時，或借用英語的名詞，以圖利便；但在標題或緊要處，仍時時稱用法語的名詞，以示名從主人之意。譯本從之。

(解2) 按『各種令行證狀』一名，係譯自英語 Great Warrants。此類證狀由法院發出，送達有司，令之即如命行事。分析言之，則有逮捕證狀 (warrant of arrest)、傳訊證狀 (bench warrant) 及搜查證狀 (search warrant) 等。

(解3) 按『國家的行動』一名，在法語本為 "acte de Gouvernement"。照字面應譯作政府的行動。但戴雪在本書中卻以英語 "Act of State" 對譯，誠以在英語中，Government (政府) 與 state (國家) 在意義上輕重懸殊也；漢語亦有同樣傾向，故從英譯。

(解4) 按樞密使在英語為 Lord-Chancellor，是一個職務極複雜的官吏。他在內庭為英國王的管羅大臣，又在樞密院中參預機要。他是貴族院的議長，又是內閣中之一閣員。從前他本是一個宗教官吏，故今日在宗教上他依然佔居尊嚴地位，與參加許多國教事務，而在司法方面，在昔日他本為衡平法院審判長，今以該院歸併高等法院，故他遂以審判長兼任高等法院院長。當貴族院組成控訴法院時，樞密使實為該院審判長。故以出身論，他大抵習律，又習充律師。

(解5) 按柏梨公爵夫人為柏梨公爵的寡婦，而柏梨公爵又為法國王查理士第十長子。一千八百三十年七月革命猝起，查理士第十出奔，公爵夫人攜幼子相從於患難中，以胆氣甚豪聞。一千八百三十二年公爵夫人自意大利復入馬賽 (Marseilles)，謀作亂，不成被逮。腓立囚之於白列 (Blaye) 故壘，輿論大不以此舉為然。腓立患之，會公爵夫人在獄中自認警於公爵死後再嫁，聲譽陡落。腓立知夫人不復能為己敵，故釋之，使復自由。

(解6) 按先例是一法律的名詞，特別被用於司法判決，以指某一成案中之法律要旨。這一要旨被法院引用以判新案，於是該成案遂帶有一種威權，使折獄有所根據。漢書有言：「不知為吏，視已成事。」此語與本文所有釋義可以互相發明。關於先例在英吉利法律中的重要，參考勞恩著，雷沛鴻譯『法學肄言』七十至七十五頁。

(解7) 按停止進行狀在英吉利法律中爲一古代之命令狀 ( writ )，由君主發生，以送達法院，誡飭法官，使不再進行某一訟案。因爲再繼續進行，君主所有利益或至妨害也。故原文爲 *Writ de non procedendo Rege inconsulto*。

(解8) 按英國法律史家梅因 ( Maine ) 有言：「公道 ( equity ) 爲一部特別法規，與普通法規同時並行。公道不特有特殊原理以爲其基礎，且有特殊效力立於其背後，故往往欲代普通法律而興起。如此一部規則管轄起於羅馬法及英國法中，實爲促進原有法律的自由化及今代化的重要工具。由此工具，此兩種法律遂能成爲世界兩大法系。」(原語爲滂恩所引用，見所著『法學肄言』，雷沛鴻譯本爲八十四頁)。此爲公道法律的確證。又學者如欲考究公道在開始時如何含有武斷權力，及在後來如何演進爲良法，參考雷譯『法學肄言』第十二節，公道的發展。

(解9) 按「裁決是一種權力，審判員受之以運用自己的判斷而決獄。凡訟獄新起而未嘗有規則可用者，或訟獄性質離奇，雖有現行規則而實在不能用者，審判員均應本良心的主張，以裁決方式判行。雖然，法律的目標本來是要屏除自己的要素 ( personal element ) 於司法行政以外，而今裁決方式所依據者實爲己見，如之何其可惟其如是，法律最不願寄託個人以無限的裁決權能或多方面的裁決權能。換言之，裁決是限於極狹的範圍。」(語見雷譯『法學肄言』二十三頁)。此爲裁決權力的真諦。戴雪在本書中屢提這個術語，故引用這一段文字以資解證。

(解10) 按「王庭 ( King's court ) 在拉丁語寫作 *curia regis*，其義最初解作君主所居，爲大臣處理王室事務之所。古時英王常在宮內後庭辦理公事，接見臣屬，於是有了「庭見」 ( received at court ) 一語。此語漸次引伸爲行政中心 ( center of administration )，於是君主在內與否均可不論。故凡外國公使來駐英國，謂之代表某國到聖詹姆士的後庭 ( court of St. James )，其意即指英政府。最後王庭一名稱復與法庭同解，則以司法在斯時已成爲英王的一主要工作，而所有判決又以君主名義執行故也。」此爲「王庭」一名詞的來源及意義。(此段文字係自滂恩所著『法學肄言』引用，見雷譯本六

---

十五頁)關於王庭推廣常法以達於四境之要旨,可參考同上書第十一節,常法的發展。



## 第十三章 巴力門的主權與法律主治

### 第一節 引論

本書第一篇所詳論者有一大義，是曰巴力門的主權；第二篇所詳論者又有一大義，是曰法律主治。兩條大義實浸淫及灌注於英吉利憲法全體。驟視之下，他們似乎互相反對；即使讓一步說，至少成爲兩枝抗衡的力量。雖然，這種觀察未免只是皮相。其實巴力門的主權，試將其他主權權力與之對勘，最能容納法律的至尊性；而硬性法律，每當盛極一時，他的力量能支配全國制度之際，不但足以提挈巴力門的主權，而且足以增加此項主權的權力。此爲兩條大義所有密切關係。

### 第二節 先就巴力門主權觀察

#### 第一目 兩種特性運行於英國

有兩種特性焉，他們的存在至足以區別英吉利巴力門於他種主權權力以外。正惟賴有這兩種特性，法律然後足以主治於英國。



第一、巴力門（包含元首、貴族院、及衆民院）的號令不可以妄發；發出時所有應具條件必須適合。這是要說，巴力門中之三部份務必一致行動；倘有一部份不同意，這種號令便不合法。加之，所有號令必須依照一定格式，又必須經過一定程序；有一不合，便不足算稱立法。簡約說，巴力門的意志（註1）不可不以巴力門的法案發表。

這樣限制決不是一味拘牽形式；卻有極重要意義。誠以世間不乏雄才大略的君主，如魯意第十四（Louis XIV）如拿破崙第一、拿破崙第三，動以詔誥立法；又時有制憲會議，最著者如法蘭西所有的國民大會（Convention），好以決議制定法規。倘若該項限制果能存在，兩者對於法律的侵犯，勢將可以避免。不寧爲是，巴力門要是不說話則已，若有話說，則惟以立法案出之；這條要義實足以增加法院的權威不少。大凡一宗草案一經通過，即可受法院詮釋；而每當詮釋之際，法院惟以法案中之條文的原文爲根據，至於兩院中之一院所有在辨論中通過的任何決議，或在討論中竄改的任何字句，審判員概不加以承認。諸如此類之事例，在英國律師視之至爲自然，在外國律師視之未免駭怪。而且在實際上，這種引用法律條文的方法當然影響及於詮解法律，即不能加以廣義的解釋是。然則由此一特性考察，巴力門的發號施令，自經過如此繁重手續，不但可以確立法令本身，而且能以增加法院的權力。（註2）

第二、除在革命時期外，巴力門絕未嘗直接地運用行政權力，或任免行政部之任何官吏。或者一聞此說，將謂衆民院今日在實際上已取得一種權利以指定某人出而組閣，及某某諸人加入爲閣

員；此項權利似乎是委任權利之一種。雖然，該項權利的取得，自歷史言之為時甚短，為事亦甚紆迴曲折；所以他的存在並不能否認上文的真理。不寧惟是，無論貴族院、衆民院，或兩院的合體，俱不能夠直接地發布命令於一軍官、一警士、或一收稅人；因為他們現在皆是國家的僕役，而且從前曾經做過元首的僕役，是以不管何時，他們原來不直接隸屬於巴力門。以此之故，在此處有一點最足注意：即是巴力門所有對於官吏的態度，實形成於數百來年對於君主的大權之一種考慮及感情；這種大權在古代時嘗為巴力門所嫉視與提防。

惟其如是，兩種特性所產生的結果，遂於不知不覺之間，常有扶助法律的至尊性之傾向。巴力門在格蘭中固是一統治者，但只統而不治。這是要說，巴力門不似其他君主國的統治者，能於立法之外，復操行政大權；因之，巴力門實無從以政府的大權為工具，而阻撓法律的進程。（註）更有進者，巴力門不但不能作如此行動，而且對於他人的違法，不管是什麼大吏，決不令遁逃於尋常法院的管轄權以外；因之，巴力門主權是『行政法』的致命傷。是故在行政法的系統之下，他國統治者方以全力庇護官吏的行為，而在巴力門主權之下，英國統治者則以全力保障審判員的獨立。然而這樣獨立，巴力門復不令過分，蓋亦至於適可而止。所以審判員並不是一經任職，便可終身；他們仍可以受兩院彈劾而隨時卸任。換一句話說，巴力門做成法院的獨立，只令獨立於其他權力以外，但必不令逃出衆民院的管轄範圍。

## 第二目 兩種特性缺乏於外國的立法院

瀏覽之餘，讀者或不免構成一想像，以為這兩種特性既能存在於英國之巴力門，當可以存在於其他大陸國家中之國會，譬如，法國的國民會議（解1）具有許多相似巴力門之點；誠如是，兩特性不難自法國中尋出。雖然，作此項想像者，蓋不知國民會議的精神何所寄附。按實言之，國民會議不啻是布奔王國與拿破崙帝國的後嗣而已。所以他隨在皆有干涉行政的事務之傾向；所以他不甘心令法院具有何等威權，復不願見審判員的獨立。不寧惟是，行政法的制度，法國人民皆以為適合於本國國情，因之，國民會議從未嘗表示不贊成此法之意。故以國民會議與巴力門相比較，前者授政府以極大行政權力，甚至授政府以極大立法權力；後者從不願以同樣大的權力授元首或役吏。抑此不但法國為然，其他大陸國家（例如瑞士或普魯士）莫不皆然。這些國家雖則採用巴力門政治，或代議政治，然而無一能追蹤英吉利巴力門，專以維法律的至尊性為事。

## 第二節 復就法律主治觀察

法律主治有一必要的條件，即巴力門主權的存在是。原來法律的硬性常足以阻撓執政者的行動，因之，且不免有時妨害要公。加以審判員解釋法律時主嚴謹，行政部更無活動的自由。在如此場合之下，政府惟賴有巴力門給以裁決權力，方足以適時應變。誠以現代生活日趨於複雜，每遇變亂或交戰時候，政府非取得武斷權力，必難維持和平於國內，及防禦外侮於疆外。譬如，在內亂期間，謀反叛者固須受罰，即犯謀反

叛嫌疑者亦必須被逮捕；或當外國革命黨在本國內煽亂之際，該黨黨徒必須被逐。倘若不然，國內治安將不能保。譬如，當外國中有兩國交戰，或有一國以內爭事形成兩個交戰團體，除非政府有權力以嚴禁國人有所左右袒，英格蘭必不能嚴守中立。不寧惟是，倘若外國犯罪人一經逃入英國，雖曾經殺人劫貨，亦能倖免，則外國的刑法必因此而成爲有名無實。將欲避免如此不幸事實，英吉利政府須有權力以交出德國的罪人於德國，及提解法國的罪人於法國。以此之故，英國執政者非有裁決權力不爲功。然而就司法方面觀察，此項裁決權力，倘有侵及人身自由之處，必遭法院禁格。於是，假使法國有一兇徒，早殺他人的全家於布陸臬（Boulogne），夜即投下兇器而以血手入於杜斐（Dover），英國元首，除得一特殊法案（註4）允許外，必至於束手無策。由此綜觀，行政部在此際必不能不求助於巴力門，至爲甚明。

爲着協助政府，巴力門是以有下列各種法案的設立。譬如，一宗『外國人法案』（解2）所以使內閣當戰亂時得驅逐異國人出境，一宗『投效外國法案』（解3）所以使內閣能禁制本國人加入外國相互爭戰，或接濟任何方以武器。又如，幾宗『引渡罪犯法案』曾經陸續通過，其用意有二：一則用以防閑英格蘭將爲世界罪犯的遁逃藪；二則用以協助外國遏抑罪惡，因爲遏抑罪惡，世界文明國家皆應共同負責。大凡諸如此類的法案在檔案中至爲繁多，不勝枚舉。他們的設立都是因爲硬性的法律存在之故，政府乃不能不乞援於巴力門。然而法案雖多，但究屬定實，事變或猝起於蕭牆，或紛乘於境外，至難預測。內閣於萬不得已時尚不免出於違法，以作法外行動。此項行動做了之後，閣臣只得乞靈於『赦免法案』，以希冀僥倖。

獲宥於萬一。這種法案的成立便是（如上文所已提示）（註5）巴力門運用最高及最後的主權的表證。他不但可以使本來不合法的舉動弄成合法，而且可以使本來不可解決的問題得到妥善答案。原來在十六及十七世紀當中，有一困難問題，最足以使當代政治家迷目瞽心者，便是在一方面，英吉利政治美德（即守法與服從巴力門主權的習慣）必須顧全；在他方面，世界文明國家的行政機樞，在艱危時候，實有運用裁決權力的必要。這種美德將如何結合那種需要，確是難題；有了赦免法案，這種困難便可迎刃而解。

這種解決方法自批評家視之，似是一篇官樣文章，至少可算做一種巧妙的代用方法，即以巴力門的獨裁主義代用元首的特權是。然而這種見解可謂誤甚。試思行政部必須受成於巴力門的一宗法案，然後可以運用裁決權力，我們當可知在英格蘭中這種權力的運用非同兒戲。而且即就這件事實本身着想，縱當取得極大威權之後，政府所有行動仍須受法院監視。然則政府在此際所有權力，無論如何非常浩大，首先須制限於一宗法案的字句，末後仍要聽命於審判員所有對於該法案的詮譯。巴力門固然是一個至尊立法者，他的意志所表示即成法律，但法律一經製定，這種意志旋即讓審判員為之解釋。而當解釋之際，審判員的見解不但受執政者的感情所感應，而且受常法原理所轉移，於是，他們對於違異常法原理的法案所下詮譯往往不能盡同巴力門的意旨。關於此點，英國與外國異。故在外國（尤其是在法國）中，行政觀念足以制限法院威權，且足以改變法吏的思想。而在英國則反是。然則無論作如何說法，我們總可得到同一結論，即是：巴力門的主權運行所至，必歸宿於法律主治，而法律主治不特要求巴力門出而運用主權，而且

要求巴力門的主權以法律精神而運用。

(註1) 凡國會應設立兩院制，實具有一個極堅強的理，即是兩院並立足以防閑立法機關的決議流於蕪雜，又足以制止立法者妄欲以武斷權力代用國內之尋常法律。將欲領略個中奧義，學者可參考及玩味英國長期巴力門與法國國民會議的史。

(註2) 凡主權的立法機關須以法案的程式而發布命令，這是一個重要原理，造端於古代歷史。原來一宗巴力門的法案本是一種法律，『由君主本人當貴族院及衆民院聚會於巴力門時，得了他們的同意及贊助而製定。』

(註3) 與英國的治道相反者則有法國的治道。雖至十八世紀的後期，法國君主依然常時干預法院的行爲。

(註4) 雖然，此事若遭逢於法國，至爲容易，試觀腓立對待柏梨公爵夫人 (Duchesse de Berry) 之事自明。參看上文第五章註脚第二十五條。

(註5) 赦免法案上文曾經詳論，見第一章及第五章。

(解1) 按法國的國民會議爲第二次帝國傾覆後之法國政府。一千八百七十年之役，拿破崙第三敗於普魯士，是年九月四日，民主黨、自由黨及社會黨相與集合於巴黎，組織臨時政府。次年一月，巴黎投降於普魯士，二月，國民會議召集及成立於波耳多 (Bordeaux)，並選出西耶 (Thiers) 爲執政。於是自是年起，至一八七五年止，凡五年間國民會議即爲法國的事實政府。

(解2) 按『外國人法案』爲英語 "Alien Act" 之譯名。此法案以一八四八年通過於巴力門。

(解3) 按『投效外國法案』係英語 "Foreign Enlistment Act" 的譯名。此法案載於佐治第三代提案第五十九冊，

英憲精義

第六十九章。

(解4) 按『引渡罪犯法案』譯自英語：“Extradition Acts”，此類法案係陸續通過。

## 第二篇 憲法與憲典的聯絡

### 第十四章 憲典的性質

#### 第一節 引論

在英吉利憲學中有兩大分類焉：其一是『憲法』(Law of the constitution)，其二是『憲典』(conventions of the constitution)。前者包含法院所承認及施行的規則，這是憲章所有法律本體。後者包含風俗，習例，格言，或教義，這是憲章所有道德（或名政治的倫理），而不屬於法律的領域。此項分類在英憲的研究上最爲重要，我曾於本書上文鄭重提示。（註1）而且我又進一步聲明，即謂：只是法律，不是道德，關於英憲的研究。（註2）依了這個見解，我於是爲讀者仔細探討英憲中之兩條大義的體用，即是巴力門的主權（註3）及法律主治。（註4）

雖然，憲典在政治上實爲政治家所不能忽略，在史料上又爲歷史家所不能漠視，因之，一個律師，縱專



心研究爲英憲的法律方面計，決不能不明白憲典的性質。即使讓一步說，他至少須要測定憲法與憲典究竟有什麼關係。在這一層工夫中，他自然覺察一事，即是依照這樣做法，他的研究在英憲學的進程上只不過繼續從前未竟之功。又在這一層工夫中，他自然發見一要旨，即是法律的至尊性本來是英吉利憲政中之最出色的一條精義，依然運行於憲典全體。

因此之故，我的主旨將要在本書第三篇中做兩層工夫：其一要測定英憲中之法律要素與道德要素，有何繫屬；其二要指點學者，使能於領會此中所有關係之後，能進一步以解明憲法上之幾個次要問題。

將欲達到上項目的，我們只要尋出下文兩個問題的答案。第一問題是什麼是憲典的性質？第二問題是什麼是憲典的『責效力』(sanction)？答覆第一問題便是本章所有論旨；至於第二問題則歸下一章答覆。

## 第二節 憲典的性質

所有憲典原來是所以構成英吉利憲德的要素，而且在箇中原有許多特性。將欲明白這一類特性，最好讀符禮門(Freeman)的言論如下文：

『我們現在有政治道德的一種體系，箇中含有許多教義，毫不見於常法中或法案中之任一頁。然而在實際上他們不但足以指示政治家以遵行大道，而且足以與大憲章或人權請願書所有原理同受一樣

珍視。簡言之，除成文法律外，不成文的憲章漸次旁生於本國。是以每當一個英吉利人談論某一公人的行動是合憲，或是違憲，他的意思純與所謂行動合法成違法者迥異。譬如，昔日嘗有一大政治家，在衆民院中動議，旋由多數贊同而決議，宣稱當日閣臣已經不能得到衆民院的信任，因之，他們的繼續尸位實與憲法的精神相違迕。本來這個決議至含有真理；若就數百年來所有政治家實際行動考察，無人不以為發此論者蓋持之有故。然而若必欲求之於書，我恐怕此項工作未免徒勞而無功。試一就動議者原有意思想察，他並不要用違法的罪名，加之閣臣；以致法院得出而檢舉，及巴力門中之高等法院得出而彈劾。申言之，他並不要聲討內閣諸公所有這番留戀高位，因謂他們必俟元首於相當時機，加以罷免，然後去職，為犯法的行動。他的言論，若加以分析，可得雙重主旨：其一，當日內閣所把持政策，自衆民院的大多數視之，似是不大妥善，而且不利於國民；其二，因此之故，依照憲政上之習例，他們既然不見諒於衆民院，實不如即日去休。」

(註5)

符禮門先生敘述憲典，可謂形神畢肖。不過個中有美中不足處。即以『成文法律』(Written Law)對峙『不成文的憲章』(unwritten constitution)是。其實這種反對性的真髓，上文經已提示，是在於這一方面，則有法律本體，或為成文，或為不成文，在那一方面，則有憲政上之各種了解或習例，雖則常受尊視，但不配稱為法律。雖然，此係小疵，僅因用字不謹所致。因此之故，我們儘可接受符禮門先生的議論，作為這層研究工夫的出發點。

試徵實例，(註6)則有下列各種格言。譬如：『一個閣部若遇反對黨人贏得多數的反對政府的票數，應即自行辭職。』『一個內閣，縱遇對黨人贏得多數的反對政府的票數，仍可以解散現存衆民院，以求公斷於國民。』『倘若在公斷後，選民仍多數選回反對黨人，則選民的意思經已明白表示，內閣再無權以作第二次的解散。』『關於政治措施，內閣應以全體向巴力門負責。』『關於閣中各部的任免人員，內閣在一定範圍內亦應以全體向巴力門負責。』『凡在衆民院中居多數的政黨應有權利(就大致說)以任用該政黨黨員。』『該政黨中之最高領袖應被(就大致說)任爲內閣總理。』凡諸如此類之格言皆所以規定內閣的地位及組閣方法。然而尙有其他题目的教訓，可以枚舉。譬如：『締結條約並不一定需要巴力門的法案，但元首(實際上只是代表元首的一個閣部)總不應訂定巴力門所不能與以同意的條約。』『本國的外交政策，宣戰，及構和，應交由元首(或元首的僕役)辦理。但在外務，一如在內務，兩院的意見總應被隨從，萬一兩院的意見不能融洽，衆民院的意見必不應被蔑視。』『倘若有一閣部，對於宣戰構和，竟敢公然不顧兩院的意旨，這種行動可謂違憲已極。』『倘若關於某一政策，貴族院與衆民院不同意見，貴族院應稍與讓步(但讓步到那一處爲止境則未經確定)。萬一貴族院竟不願讓步，而衆民院又仍然得到全國人民的信任，在此際，元首(或他的輔相)負有一責任以增設貴族院的議員(或只須以此事相恫嚇)務使院中反對力受了均衡勢力而至於消失，因之，兩院得以復相融洽如初(註7)。』『巴力門爲迅速處理政事之故，應每年至少召集一次。』『倘若事變猝起，或因內亂，或由外患，內閣爲取得較大威

權以應變計，應即召集巴力門開會，以請求巴力門授與相當權力。同時，閣臣應即當機立斷，務有所以壓抑亂萌，或抵抗外侮，雖至於破壞法律亦可不顧。萬一國法竟被侵犯，在此際，閣臣惟有請命於巴力門，隨後通過一宗赦免法案，以求庇護。」

### 第三節 憲典的共相

這些規則（我故意用散漫方式雜陳於上文）與其他同類規則，實構成今日所有憲德。他們都是政治家們的行動所依據，徒以不受施行於法院之故，遂不能被視為法律。他們具有形形色色，各不相同，不但輕重不同，而且所有格式與範圍亦不同。但試進一步而仔細探討，他們實具有一共相，即是：他們都是（至少可說大半是）一種準規，依之，元首（或他的臣僕）的裁決權力將如何運用得以測定。這個共相，在審察之下，可以隨在尋見於上文所已枚舉的規則，又可以大半（雖則非全數）尋見於一切未經枚舉的憲典。雖然，將欲完全了解此一要旨，我們尚須詳加討論。

何謂裁決權力（解1）大凡元首及他的僕役，都有權以做出任一種行動，雖未嘗得請於巴力門的新法案，但準諸法律並未相背，不至被視同越軌。這就是裁決權力。試徵實例。例如，雖未得法案允准，元首仍可以解散或召集國會，可以宣戰或構和，可以增設新貴族議員於貴族院。他們都是政府的裁決威權中所有事。這種威權以理論言，或嘗造端於巴力門的法案，更以實際言，有少數實嘗造端於此類法案。試觀一八七

特權運用的測定

○年之歸化法案；由此法案，一個部長依據法案中所規定，得以轉移一個外國人的國籍，使變成不列顛人民。試觀一八七〇年之引渡罪犯法案，由此法案一個部長依據一定條件，得以跨越常法，而移交一個外國人於他的政府，使歸案受訊。雖然，關於這一類由巴力門特許的裁決，我們可以不必贅論。因為這種裁決被運用的方式大抵詳確規定於法案本身；倘使運用時稍有出入，隨在可以成爲法律問題；於是，裁決的運用方式在此際遂由道德的範圍而轉入法律的領域。本來裁決權力，自歷史觀察，並不起源於巴力門的法案，但起源於『特權』(Prerogative)（解<sub>2</sub>）而特權一名，在憲法的名詞中，最足使學者迷惑，復不易索解。因此之故，我們亟須在此地先將這一名詞的義解探討。特權一物，自歷史言之，又自事實言之，不過是武斷威權的殘餘；至於武斷威權，不論何時，依法律應歸元首掌握。誠以英吉利王，昔日在實際上，今日在名義上，原是真正的『薩威稜』(Sovereign) 譯言「主權者」或「統治者」；即使讓一步說，他至少是薩威稜的權力中之最有勢力者。試觀英吉利歷史遲至一七九一年，即當法蘭西大革命轟動全歐之際，利弗士先生 (Mr. Reeves) 以博學多聞著名，還要發刊『英吉利法律歷史』一書，主倡此說。書中有一段極長文字，以櫛樹比喻憲法，遂以之斷定元首的權力爲樹身，而其餘各部份不過是枝葉而已。由此斷語，著者遂作一結論，即謂：元首是法律權力的源泉，倘若竟受摧殘，即無異伐斷這一株可貴的櫛樹，將使全國人民於逃避『雅各賓主義』(Jacobinism) 之際，失去庇護；至於衆民院與其他制度，隨時可以芟除，而不至傷及樹身。（註<sub>8</sub>）此書一出，輿論大嘩，羣以爲著者實有意阿媚元首，而蔑視衆民院。於是，衆民院特要求政府，

務將著者訊辦；當是時，內閣劫於威迫，對於此舉雖屬不願，然而實不敢抗命。平心論之，利弗士先生當革命聲勢極盛之際，竟敢發表這種理論，殊欠檢點；然而這種見解，若自歷史觀察，實具有堅強理由。所以陪審團審察事實，卒能主持直道，而不坐著者以叛逆罪。

何以見得利弗士的見解爲不背於歷史的事實？試觀自諾爾曼征服以迄一千六百八十八年之革命，元首在實際上實具有主權的大部份。然則元首的權力起源甚遠，且遠過衆民院所有權力的來源。所以特權一名卽代表元首固有的威權之殘餘物；因之，上文曾經提示，他只是古代武斷威權中之留在元首的掌；上者；至於這種威權在今日究竟由君主自身運用，或由閣臣運用，殊可以不必深究。是以每一行爲，凡未經巴力門以法案許可而仍不至於違法者，只以特權存在使然。以此之故，我們儘可爲討論便利計，權將巴力門的法案所許的一部份權力（譬如，自「外國人法案」而得到的權力）置於不論不議之列；同時，「特權」一名卽可與行政院所有裁決權力等稱。於是，我們卽可斷定：所有一切憲典，以大體論，便是各種教義，依之，凡特權所以運用的方式及精神皆可決定。換言之，所有特權（例如，宣戰與構和）究竟應如何行使，庶幾行政的行爲不至違法，此事必須取決於憲典。這一句判斷應用極廣，他可適用於一切裁決權力之在法案以外運用者。分析言之，則有君主依自己的意見而做出的行爲；又有君主與閣臣參酌意見後而做出的行爲（此項行爲遭逢多次，其實多過現代憲法學者所願意承認）；更有閣臣以君主的名義而做出的行爲。簡約說，憲典是用來測定元首的裁決權力如何運用的準規；至於運用者或爲君主自身，或爲閣臣則

可以不必問及。試徵實例。譬如，有一格言，謂當反對票數對於某一政策在衆民院中佔居多數時，內閣應自行引退；是不異聲言，元首得依自己的意志以罷免內閣的特權，應參合衆民院所有意旨而運用。又有一格言，謂閣臣不應締結凡兩院不能贊同的條約；是即無異申明，元首所有締約的特權（美國人稱爲締約權力）不應被用來反對巴力門的意志。譬如，有一條規則明定，巴力門每年至少集會一次，這是等於稱說，君主雖有任意召集巴力門的法律權利或特權，然而這種特權，當運用時，應成爲一種方式，依之，巴力門得以開會，每年至少一次。

上文分析憲典所得結果足以惹起一個確乎不拔的批評：即是，分析工夫雖係正確，然尚有未盡；因爲有少數憲章的習例實與特權的運用無關。試徵實例。譬如，有一條規則——不過這條規則稍涉廣泛而已——即謂：倘若衆民院的意志與貴族院的意志常不融洽，貴族院在某一點限度內須退讓。譬如，又有一條習例（至少從前有之）即是：貴族院的司法功能只由法律爵主（解3）處理；更有一條了解，即是：離婚法案不以立法程序，卻以司法程序處理。凡諸如此類的憲典都是一類規則，依之，這一院，或那一院，或兩院，所以運用裁決權利的方式均得測定。這種裁決權力，自歷史上之用語立論，應稱『特殊利益』（privileges）。（解4）即就特殊利益一名詞觀察，我們已可概見這個名詞足與特權一名詞並列；因之，在特殊利益的名詞之下，當含有若干憲典。其實介於兩名詞之間，實有一點極關連的類似點：這一個是用來指明元首所有裁決權力在歷史上之名稱；那一個是用來代表巴力門所有裁決權力在歷史上之名號。然則綜合以觀，憲

特殊利益  
的運用的  
測定

典被用以節制特權如何運用者實具有一目的；這目的是在於測定統治體中之一部份（即元首）所以行使他的裁決權力之方式；憲典被用以節制特殊利益如何運用者亦具有一目的；這目的是在於測定統治體中之別一部份（即巴力門中之兩院）所以行使他們各自的裁決權力之方式。從而所得結果是：所有憲典，若作一個整體觀察，只是風俗與習例，由之，主權的立法機關之各分子，在運用各自的裁決威權時，得所依據；至於裁決威權，或名特權，或名特殊利益，可以不必拘泥。原來主權的立法機關，自英吉利憲法上之名詞立論，本稱『君主在巴力門中』（King in Parliament），（註9）是故君主與巴力門原屬一體，不可強分。不過憲典中之大多數規則概為應如何運用特權而設立，於是，為簡便計，我們即不妨將憲典看做一體系的習例，依之，特權的運用方式得以決定。

#### 第四節 憲典的終局

憲典的共相既經審定如上文，我們當可再進一步將他們的品格解剖。在這一點觀察，他們同抱有一個最終目的。他們的終局是：巴力門，或內閣（其實內閣即由巴力門間接地委任）務須努力以宣達選民的大多數的意志，或民族（這是日常通用但不大正確的稱謂）的意志。原來選民的大多數，或民族，在現代英格蘭中是一個真正的政治主權者。

討論至此，從前的見解（註10）所以極力要區分主權為『法律的』（Legal）及『政治的』（Political）



兩種之故，於茲大白。故從法律的視點觀察，巴力門在通不列顛帝國中，是一個絕對主權者，因為巴力門的每一法案俱足以約束四境內之法院，而且無一規則，不管是道德的，或是法律的，倘若抵觸了巴力門的任何法案，足有約束法院之力。然而所謂巴力門政治的真髓，只是代議政治，而代議政治的最大作用，便是在於奉揚政治的主權者（即是選民的大多數，或民族）所有意志。於是主權的立法機關中之各分子所有行動務須受制於一定規則，庶幾立法主權者的行動不致抵觸政治主權者的願望。此舉在今代實為重要。試考歷史在古代英格蘭中，政治主權者只是君主一人。當是時，所有立法可以隨他一人所喜歡，而採用兩式之一以爲之。第一，君主可以親自立法，或用詔誥發表，或用勅令發表。第二，別一機關，例如國務院，或巴力門，可以受命立法，但此項立法必須遵守惟一條件，即不背君主的意志。倘若第一式被採用，憲典自然不有存在的必要。是何以故？則以立法主權者與政治主權者都屬於君主一人之身故。倘若第二式被採用，一切立法的進行程序必應有一定規則；如其不然，則所立法律雖已觸犯元首，亦無從探知。惟傳至今代，政治已漸趨於平民化，於是英格蘭的政治主權遂從君主的身上，而移交於選民團。但以性質論，選舉團是一個龐大而又散漫的團體，他自然不能如古代君主，躬親立法事務；又以歷史論，巴力門替代君主立法歷有年所，故能繼續保存理論上之至尊立法地位。其結果是：主權的立法機關所有行動，依照理論，自不能受制限於法律，但又不可毫無所制裁；於是各種了解生焉，務使巴力門能迎合全體國民的意志。這些了解即形成憲典。然則今日所謂憲典實含有許多風俗習慣，不管起源何處；他們都負有雙重使命：第一層以保持衆

民院的至尊身分爲事；第二層，更用衆民院爲工具，『主權在民』的大義遂得以伸張於全國。

試將此類政治倫理的教義一兩條詳加審察，這二要旨自易明白。譬如，在憲典中嘗有一教義，即謂：元首的權力須由閣臣代爲行使，而閣臣的出身須同時在兩院中之一院爲議員，更須『受信任於衆民院。』加以解釋，這句教義的指意是：立法機關之選自民間的一部份（即衆民院）在效實上（雖則不免由間接方法）實能任用行政大吏；加之，元首及他的臣僕必須實施（至少不能違背）衆民院的願望。雖然，代議政治的進程不過是一種方式，依之，衆民院的意志得以迎合全國民衆的意志，從而這條給與所有任職大吏權及監督政府權於衆民院的教義，在根本上恰好等於一條規則，依之，全民族得以選擇及最後監督執政。同理，亦有一條習例，即謂：凡遇極嚴重的政治爭執，貴族院須在某限度內之一點，對衆民院而讓步；因爲衆民院實能代表全國民衆的鄭重考慮。同理，更有一條俗例，（雖則該俗例的生長較屬於近日，然已成爲重要的憲德之一條教義）（解5）亦謂：萬一貴族院堅持己見，不願接納衆民院的判斷，元首即應增設貴族議員的名額於貴族院，以衝破反對勢力。（註11）然而個中不免含一疑竇，即是所謂某限度內之一點究竟如何決定？換一句話說，到了那一點，貴族院就應該讓步，否則元首就應該出而干涉？這一問題至值得提起，因爲他的答案不但足以解明本題，而且足以說明所有構成憲典的一切規則之性質及目的。誠以該答案的要旨不外是：這一點所在地方即以人民的意思而測定；故每當衆民院所爭執爲人民在鄭重考慮後而得到的判斷之際，貴族院必須讓步，否則元首必須增設貴族議員。由此答案，我們當不難類推，所有關

於約束貴族院及元首的行動之習例係屬各種規則，依之，政治的主權者（即選民團）的至尊身分可以保證。（註12）

門解散巴力

是故在諸種憲典之中，有規則焉，驟視之餘，似乎屬於憲典所有普通原理的例外，實則最有憲典的真精神，即關於解散巴力門的規則是依據這一類規則，凡遇閣部的提案被衆民院投票否決，內閣即有權利以要求將該院解散。而在其他方面，若有多年相當機緣湊合時，元首亦能罷免衆民院的多數黨所組織之內閣，復將現存巴力門解散。簡約說，解散巴力門的特權可被元首或閣臣運用以蹂躪衆民院的意志，而不至於發生違憲問題。驟聞之下，學者或不免得一結論，即謂特權竟有時可使民族的意志不生效力。其實不然。原來元首的特權，依照憲章的先例（解6）本應於必要時，被用以滅殺現存衆民院的威權。但衆民院所以不能繼續存在而被奪去權力之故，並不關元首濫用特權，只因衆民院在此際受了不能代表全國民衆所有意志的嫌疑。爲着測定民意所向，衆民院遂被解散，庶幾選民得一機會以表示真實意見。由此觀之，凡遇立法機關的願望被人致疑，至於指爲不能膺合人民的願望，解散之舉不但是可許，而且成爲必要。

這條大義是由一七八四年及一八三四年兩次極有名的競爭而確立。在每一例證中，元首所罷斥的內閣皆能取得衆民院的信任。在每一例證中，元首皆以解散方式請求全國公斷。惟一七八四年之役所得結果較諸一八三四年之役所得者實不相同。在前者中，選民大表同情於披特（Pitt）及他的同僚，他們入閣主政，實出於元首的獨斷，而不爲衆民院所贊同。在後者中，披勒（Peel）及惠靈吞（Wellington）的入

年一七八四  
三及一七  
例證四的七

閣亦有同樣事實，但選舉結果卻有大不利於現存內閣。然而不論爲成爲敗，兩事同有一主要點，亟須記取，即是這兩次競爭所得教訓皆結晶於一原理。原理爲何？即政治主權者爲全國最高公斷人。在如此原理之下，凡關於內閣究應有繼續任職的權利或權力之問題概取決於選民的大多數。

關於一七八四年的解散或一八三四年的解散所惹起之憲法問題，議論蜂起，或以言語，或以文字。  
(註18) 其實此項爭辨大抵起於字義的混淆，故『依憲』(constitutional)的意義必須確詰。倘若『依憲』竟作『依法』(legal)解，則佐治第三及威廉第四實有權以解散衆民院而不至於違法；此事當無人敢於否認。倘若『依憲』只作『照常』(usual)解，則當一內閣依然得衆民院的信任之際，竟被罷斥，盡人皆知這是『非常』的舉動。倘若『依憲』又作『合於憲法的基本原理』解，我們對於佐治第三的行動極表贊同，而無絲毫猶豫。當是時，佐治第三深信衆民院所行政策大拂輿情。及今觀之，他的見解殊屬不謬於事理。今代憲法學者無一不知衆民院的威權來自民衆；他所以具有如此重大威權，只因他能代表全國人民的意志。至於解散巴力門的主旨即是在於測驗巴力門的意志究竟曾否與民族的意志相符合。然則佐治第三此次運用解散的特權，正是他善用特權處所，在因爲測驗民意就是特權所以存在的唯一使命。以此之故，他的行徑，若自憲法的現代理論觀察，確能依了憲法以行事。不過自當代政治思想觀察，此舉在憲理上縱無不合，在事實上亦屬創舉。無論何人，若曾研究微克士(John Wilkes)在憲法上所爭執之問題，(解7)及英格蘭與美洲殖民地在法律上所爭執之問題，(解8)當能明見佐治第三與當代大多

數的政治家直至一七八四年爲止，確能實施主權巴力門的理論，使巴力門成爲真正的統治者。就中尤以伏克士（Fox）爲最熱心。當少年爲王黨黨員時，又當晚歲變成民黨黨員時，伏克士確能堅決主張巴力門的統治權。當是時，惟有遮擔（Chatham）父子，獨能見到一條精義，即是：立於元首的背後，立於大革命家庭的背後，立於巴力門的背後，尙有遮擔所稱『大公家』（the great public），即今代所謂民族。而且他們復能見及一層事理，即是：巴力門之所以能爲巴力門者，實賴有民族爲之扶持。遮擔父子的偉大實在此點。（解）至於佐治第三本人，在一七八四年之際，只以事機危迫，而不能不採用遮擔父子的態度。於是，他遂有解散巴力門之舉。在此一舉，他實由巴力門的主權，而訴願及於人民的主權。前者本是他生平所有主張；後者本是他生平所畏懼；然而佐治第三卒不能不舍此而就彼，可謂怪極。然則這種訴願究屬依憲的行動，或革命的行動，此時姑不深論；惟有一點，卻不可不記取，即是：此舉實能堅決地肯定我們所有憲法的基本原理一則。這是要說，國家的至尊權力，在政治上觀察，不是巴力門，卻是全國民衆。當代政治哲學者布雅克（Burke）不知此義，且要終身反對民主政治的趨勢，故始終駁斥那一次解散爲『行刑的』解散。當代政治家伏克士亦不澈底明白此義，但仍欲勉強接合巴力門的絕對主權之大義於人民的主權之信條，是以關於駁斥那一次解散的議論，不免時相矛盾。

至於威廉第四的舉動，較之佐治第三的行事，略有分別。自憲法的視點觀察，一八三四年的解散實出於誤會，不過威廉第四確相信衆民院在當時不能代表全國民的意志。就選舉所得結果觀之，這種信念誠

屬謬誤，但並非毫無根據。所以在一方面，披勒的黨人幾乎取得全國選舉票的半數；在他方面，他的敵黨的勢力不久即中衰。綜合以觀，倘若每遇巴力門不能代表選舉區時，元首既在憲法上有權以直接向選民訴願；政論家即不能因選舉得到失敗的結果便斷定這一次解散為違法。是故選民團不受承認為政治的主權者則已，如受承認，則每逢衆民院被疑為不能代表選民之際，元首特欲直接請示，而至於解散巴力門，實不能謂為非憲。唯其如是一八三四年的解散所有憲法問題端視一種事實以為斷。事實為何？即元首的主觀會否有實在根據是。雖然，這種事實的尋求屬於歷史家的職務，我們可以不必深究。不過專就憲法方面着想，一七八四年及一八三四年的解散，已成先例，而且得確立不拔。由這兩次先例，解散的特權應如何運用之原理於是產生。復由這種原理，我們可以作一類推：即謂，凡是憲典的一般規則，一概立意以求出選民團的至尊身分，務使在實際上成為國家的政治主權者。綜括說，憲德的效力應替『主權在民』之大義服勞執役。

再進一步觀察，解散的特權與巴力門的主權極有密切關係。試觀合衆國，以立法機關不是主權的權力之故，解散的權利即屬缺乏，亦無大礙，理由有二端。其一，聯邦憲法嘗有明確規定：即謂，凡有重大變革，非曾經得請於國民，不能舉行。其二，立法機關經受法律規定，須以一定時期改選全部或一部份；因之，立法機關的意志，在不斷地變遷中，必能和諧公衆意見。若在巴力門的主權之國，必須更有別種方法，以求取雙方的融洽。這種方法就是解散的權利。有了這種權利，元首與閣臣即可隨時舍巴力門而訴願於全國民衆。不

過這種公訴方法，若以嚴格立論，並不是盡善盡美。設譬明之，則有巴力門及內閣儘可傾心於憲法上之創制，一經提交總投票，以不見許於選民之故，反不成功。是故七年選舉法案及與愛爾蘭合一法案，兩者皆是法律上的革命，倘若必先請命於選民，似乎極難通過。在此處，一如在他處，試取亞美利加的憲法主義比較英格蘭的憲法主義，前者所有硬性超過後者所有。然而處在現代政治生活的狀況之下，解散特權的存在於本國，幾乎足以（倘若未能十足）與美國憲法之特別限制立法權力具有同一功用。申言之，兩國所用方法皆足使一種同情心生長於立法機關的行動及民衆的意志之間。在此項例證，一如在他項例證，所有明白規定於諸邦憲法及聯邦憲法的各種原理，都暗藏於英吉利政治制度的運行之中。綜括以觀，解散的權利即是直接舉行訴願於人民的權利；這種權利復能灌注及浹洽於憲典的全體。唯其如是，所有憲典的規則，在他們的終局，均是務要使法律主權的權力，與政治主權的權力，得以和諧一致。

（註1） 見本書第一章論憲法的內容部份。

（註2） 見本書第一章。

（註3） 見本書第一篇。

（註4） 見本書第二篇。

（註5） 見符禮門所著『英吉利憲法的生長』（第一版）一〇九及一一〇頁。

（註6） 參考本書第一章所列舉憲典的各種例證。

(註7) 關於憲典上之揚衆民院而抑貴族院一節，軒恩 (Heath) 獨特異議。參考他的『英格蘭的政治』(第二版)一七八頁。

(註8) 參考 26 St. Tr. 自五三〇至五三四頁。

(註9) 關於英國的主權立法機關的義解，參看本書第一章，論巴力門的主權之性質一段文字。

(註10) 關於主權的兩種區別，參看本書第一章，論巴力門的主權理論所有困難。

(註11) 軒恩 (Heath) 先生否認貴族議員可以增設的憲典曾經存在。(見他的『英格蘭的政治』(第二版)一七八頁) 雖然自我觀之，他的持論殊欠缺充分理由。

(註12) 參看貝吉 (Bagehot) 『英吉利憲法』二十五至二十七頁。

(註13) 參考本書附錄中書後之第七則，論『違憲的意義』。

(解1) 按，裁決權力一名詞的用處最廣，有應用於司法官吏者，有應用於行政官吏者，有應用於立法機關者。前一用法已詳敘於上文第十二章本文，譯者並附解釋。後二用法本章均有論述，且甚詳盡。

(解2) 按，特權在英吉利法律中本爲元首所有，今則以之寄託於行政院。在運用時，行政院只能以之作善，不能以之行惡。關於特權的一種權力，參考下列典籍：

(1) Rutherford, *Institute* 279

(2) Coke on *Littleton* 80

(解3) 按『法律爵主』譯自英語“Law Lords”，他們同是貴族院中之貴族議員，因從前曾躬身高級法庭，或嘗著名於律



師業務中而得名。

(解4) 按『特殊利益』譯自英語“privilege.”解作免除責任之一特典(an immunity from liability)。通常應用於立法中之特殊權利或特典。

(解5) 按歷史上極著名的巴力門大改革法案以一八三二年六月七日正式通過。而在六月七日以前，巴力門的腐敗已達於極點，改造聲浪亦已騰沸全國。徒以惠靈吞將軍時方領袖王黨(The Tory Party)貴族院又爲王黨的反動政策的大本營，多年的全國屬望之改革運動常遭禁格。顧自七月革命(the July Revolution)成功於法國而後，英國人民外受革命風潮鼓盪，內受邊沁及功利主義的信徒鼓吹，民情激越益不易壓抑。加以在野方面，則有Thomas Attwood及Francis Place等從事於『中下勞動階級政治大同盟』之組織，在朝方面，復有格雷(Charles Grey)主倡於貴族院，白洛威(Henry Peter Brougham)主倡於衆民院。兩人皆爲民黨(The Whig Party)領袖，並致力於改革運動。一八三一年，改革草案第一次提出，衆民院雖與以通過，貴族院卒將此草案打消。於是人心大憤，全國幾陷於革命的恐慌。次年，該草案重提於巴力門，旋即通過於衆民院；雖貴族院亦以受迫於輿論之故，在委員會中特將其通過於第一及第二讀會，時四月十四日也。顧自十四日而後，形勢陡變；貴族院必欲修改草案，然後與以通過於大會，衆民院主張要是不通過則已，倘得通過，決不許修改隻字。雙方相持，各不相下，格雷時方爲內閣總理，並爲民黨領袖，乃謀增設貴族議員，以衝破王黨壁壘。此議一出，全國『中下勞動階級大同盟』爲之運動於朝下，民黨黨人爲之鼓吹於朝上。唯惠靈吞持反對論如故，王黨黨人及貴族院大多數議員亦持反對論如故。加以英吉利王亦不贊成此舉，但增設貴族議員實爲元首的特權，君主一日不允行，反對勢力即一日不能擊破。於是，貴族議員的增設(peerage-making)一問題遂爲憲法上之爭訟的焦點，尤以在五月間政局最爲混亂，即歷史上所稱爲五月的日子(The Days of May)是也。卒之，君主及貴族院屈於輿論，與迫於各種示威運動，同願讓步。於是大改革草案得照原文通過，而貴族議員的增設亦未嘗

實行，只成惘然而已。譯者以此一問題本身關係英憲甚重，又以本章加以反覆討論，故撮述本題所有原委如上方。如欲再加深究，學者可參下列三書：

(1) Trevelyan, Lord Grey of the Reform Bill

(2) Wallas, The Life of Francis Place

(3) Wakefield, Life of Attwood

(解6) 按先例一名譯自英語 *Precedent*。在英吉利法律中佔重要位置。是故滂恩有言：『英國法重成案，不自將判決所依據之原理翹示求之之法。惟賴法學生在故紙堆中勤求先例，先例既得，然後在成案中抽釋其相似原理，原理既得，然後將新舊案情比較而尋出其類推方法，方法既得，然後應用於新生事變上以下判決。以是之故，英國法吏乃能於未嘗存在的常法之外創造法律。所以常法又名「判官所造的法律。」』（見雷沛鴻譯法學辭彙第七十一頁）此名用在憲典上，係屬段借用法。

(解7) 按，微克士在一千七百六十年之間，以多才善辨聞。當為報館編輯時，微克士極力批評佐治第三的政策失當，並主張憲政上許多改革。嗣後，嘗有一次當選為眾民院議員，該院不與收納，微克士反受革除。微克士不服，特倡非難之議，即謂：人民既有權選舉，便有選擇的自由；於是，他們所選出者為何人，即何人當選；至於眾民院的意志殊可以不必顧及。此類議論，在今日視之，至為平常，在當代視之，實屬創聞。倫敦市民聞之，相與嗔呼一口號：『微克士與自由』。並即選之為倫敦市長，以實行他的理論。

(解8) 按，英格蘭與美洲殖民地所起爭執，始於一七六五年之印花稅，終於一七七六年亞美利加的獨立。在母國方面，英國政治家以為國債新增由於最近之英法戰爭，而此項戰爭實為保護殖民地而惹起。因此之故，殖民地須擔負若干債務，巴力門應課以新稅。在殖民地方面，一自印花稅法案通過，報紙抗議，律師辨難，都謂巴力門不有權以征稅於殖民地，並聲言：『無代議士的賦稅是貪暴政治。』雙方各執一說，同以法律問題為爭點，於是相持不下，而戰禍以起。

(解 a) 按遮擔父子，即 William Pitt (披特) and Pitt, the Younger (細披特)，老披特受封爲遮擔伯爵 (Earl of Chatham) 故名。遮擔父子在生時均以剛毅智勇著名，同爲當代最偉大的人物，又爲最有才幹的政治家。在一七八四年之頃，老父的戰功及政績方震懾當世，幼子年未二十五，即當選入衆民院，旋入內閣。他們的政敵是伏克士；他是一個巴力門大家 (a Great Parliamentarian)。伏克士又爲民黨領袖，故極主倡巴力門政治。解散巴力門事起，細披特主正，而伏克士主反面。雙方各作劇烈的政治運動。其結果，披特及王黨大勝，伏克士及自由黨大敗。後世史家追論披特所以成功之由，謂爲公衆的信任所致，誠以當代羣衆思潮方十分激盪，此項思潮發洩於法國則爲大革命，惟於英國則爲民族主義。當是時，英國方以混合內閣專政之故，而至於喪失美洲殖民地，混合內閣於是大不理於人口。故自從披特請佐治第三一下解散命令，全國人民羣趨於他們的旗幟之下，爭先恐後。所以當時實有一個政論家下一斷語，即謂「惟有公衆之力，足以使披特戰勝四面密布的陣勢。」參考 Rosebery, "Pitt," 第三章。

## 第十五章 憲典的責效力

### 第一節 一個重要問題

什麼是這種責效力，依之，人們對於憲典的遵守可以強制執行？

這是由憲法的研究而惹起之最困難問題。在此際讓我們先記取巴黎 (Paley) 所交下的隨感：即謂，使人明白一件困難問題的答案自是難事；使人能灼見困難的存在，尤其是更難的事。唯其如是，在未設法答覆本題之前，學者須先知本題的困難所在。

原來憲典所有規則並不是法律；因為他們決不見執行於法院。試設一例。設如，有一內閣總理，對之，衆民院通過一不信任的決議。倘若他不惟不辭職，而且效法巴麥士登爵士 (Lord Palmerston) 所爲，要求元首解散巴力門。不幸在改選的結果後，他的政治幸運不似巴麥士登，他依然再受衆民院投票譴責。當是時，他總應依照憲政上所有慣例，登時告退。但設使他仍不辭職，靦然尸位。在如此情形之下，無人尙能否認，這一個內閣總理，做了這樣舉動，還不算做違憲。雖然，法院決不能以違憲爲詞，而審訊他的行檢。再設一例。設如，巴力門中之兩院同齊通過一重要草案，但元首竟拒絕同意，或（依日常用語）加以「否決」(Veto)。

此項行爲未免太過傷害慣例，但決不能成爲罪狀，而至於被人告發，再設一例，設如巴力門不被召集開會，以處決政務，已經有了好幾年。此項疏忽並不是事同小可；他是十分嚴重的違憲舉動。雖然，通英格蘭全國，決不有一法院能受理巴力門不經召集的訴訟。（註一）由此觀之，憲典不是法律，至爲明白易見。然而試一就實際考察，憲典縱不能如法律，得被施行於法院，但憲典所有效力幾乎可以企及法律所有。申言之，以憲典與法律較，所有憲典，蓋與大多數法案，同受一樣尊視；更有許多法案還遠不及憲典之受人尊重。這是何故？箇中所有悶葫蘆如何揭破？將欲索解，我們必須尋出憲典的責效力何在。誠以必須有別一種力量以立於背後，憲典乃能不用法院的強制力，而依然得生效力。

## 第二節 各種答案

### 第一目 片面的答案

或人因爲這種難題實無法解答，則設爲遁詞，以求減少箇中困難，故謂人們對於憲典並不真意服從，而所云服從，只是偽造。就實際考察，憲典的規則時時被人踐踏。譬如，卽以一個閣臣的進退而論，當他應退休時，他有時仍依舊戀棧。試觀事實，例如，在數年前，嘗有在野黨羅列各種證據（雖則未必十分確鑿，然而並非無因），卽聲討當日內閣以冒犯人權請願書中之規則的罪名。又如，在一七八四年，披特（Pitt）當國，當是時，衆民院不但以口舌證明，而且以票決表示他的違憲舉動。更如，在一八三四年，民黨（the Whigs）

亦以同樣事由攻擊惠靈吞及披勒（Peel）。不寧惟是，任何人若不憚煩而翻閱漢撒（Hansard）（解1）的各頁書中，自不難尋出其他同樣例證，而遇見許多極著名的規則亦遭蔑視。然則綜合以觀，凡蔑視規則的成功適足以表證此項規則未嘗存在，而憲典在施行時至無一定把握，於此可見。因之，政治家縱有違憲舉動，儘可以託詞掩飾，即謂憲典的某一規則既屬無有，某一行爲當可視同無事。

雖然，上文所設答案或可適用於個別例證，決不足以概括憲典的作用之全體。按實言之，前文所謂憲典幾乎與法律具有同等效力，並非毫無意義。試舉三數規則，他們固有遵守的必要。譬如巴力門的召集，年復一年，毫無間斷；恍如自然法律早有規定。而且憲典中更有一條大義，足以包羅一切規則者，即是英格蘭的政治必須依照衆民院的意志而運用；願立於衆民院的背後，還有選民團，而衆民院的意志必須隨選民團的意志爲轉移；於是，選民團遂爲全國政治的主腦。是故就零星規則立論，儘有不定準的服從例證可以枚舉；但就這條大義立論，元首與他的臣僕，無一人敢抗命不遵。這條大義並不是法律，因爲他既不被規定於任何法案，又不屬於常法的任何部原則；倘受蹂躪，任何法院復不能依訴訟程序處理。然則這一條大義，以及其他相關連的典則，何以竟能具有法律的力量？此項問題，約成簡式，就是研究英憲的進程上所遇之一悶葫蘆；我們必須及早看出破綻。徒以在研究時或不從法律的視點出發，則雖憲法宗師亦不免忽略箇中所有困難而不及覺察。於是，他們往往舉下列兩宗答案之一，以應付要求。平心論之，這兩宗答案未嘗不含有真理的成分，但無一答案能解疑析難，使尋問者得以十分滿意。

## 第二目 不精詳的答案——彈劾與公意

憲法宗師所舉兩宗答案，其一側重彈劾的權力，其二側重公意的力量。茲請依次討論之。

倘若第一見解果能實現，所有憲章的典則自然不只是一種了解；他們簡直是在嚴格界說下之法律。於是，憲典所有獨異處只是在於一點；申言之，凡犯了此類典則，只有一所非常法庭，如所謂巴力門的高等法院者，方能處罰。雖然，此說所持理由極有商榷餘地。本來憲政施行的習慣在開端時確實生成於兩院的彈劾權力；這件事實權是重要，亟應承認。但倫敦故壘（the Tower）的拘留所與壘中一塊斬首木砧（the block），傳至今日，決不足以威嚇現代政治家，使不敢有所作惡。譬如，紙老虎原不可以嚇人，倘謂可以嚇人，無人敢於相信。是故彈劾權力用於處罰違憲舉動，對待麥克列非勒（Lord Maclefeld）哈士丁（Warren Hastings）及蔑勒微勒（Lord Melville）外，（其實就本論要旨着想，三人的事件儘可不提提及，）百年以來未嘗遇見。至於用彈劾的手段，對付在改選後之衆民院中居於少數地位的內閣總理，使不能再行戀棧，此權久被棄置，今已視同廢物。原來此項武器，從前嘗被用以衛護自由，現在因被擱置日久，已受銹蝕；因之，他已被什襲珍藏，與其他憲政上之古董一齊安置；於是，我們儘可以預先斷定，演武器決不至於被拔出匣袋中而有受人運用之一日。誠以彈劾權力，若被用為施行憲典的工具，常帶有一極大遺憾，譬如，一個閣臣，倘若他果然有受罰之權，自然用盡全力，以懲惡元首，使不召集巴力門。巴力門既不召集，彈劾將何由舉行？然則彈劾權保護憲典的可能性，倘若操之過急，適足以使人挺而走險而已。即專就名理

立論，所謂閣臣被畏懼彈劾的心理逼迫，遂不得已而主張召集巴力門，迨巴力門既經召集，彈劾然後得以實行；如此推理未免近於自相矛盾。早知今日，何必當初？我們可以斷定，如果彈劾權是破壞憲典的唯一障礙，現代政黨領袖，必不願作法自斃，且將效法前數世紀的成事，而主張巴力門不應聚會。

至於第二見解既側重公意，故對於本題的考慮，則謂憲典的各種教義所以得人遵守者實因有公意的力量以為保障。

這句決定詞誠有道理，且足以解證過去事實。是故巴力門須年年召集，實為全民族所期望；一個閣臣，倘若不能保持衆民院舊有信任，即應辭退，亦為全民族所期望。任何人，一經被任為內閣總理，必不能辜負他們的厚望。因此之故，公意實足以維持大義昭明的教義，使之在公衆生活上發生效力。不過尚有一缺點：即是，倘若不更進一步而加解釋，這一句決定詞只能將本問題所有困難述出，但不能將本題所有困難解答。因為本問題所要求的答案，正是：為什麼公意，在表面觀察，能有充分力量，以為憲典責效？然則所謂憲典由公意而得到強制執行的一句決定詞，必不能算做本問題的答案，至為明甚。而且我們還須記取一件事實，即是：許多行為的規則，本來為公衆的意見所扶助，但每日受人蹂躪之事所在多有。譬如踐約本為公意所贊許，犯罪又為公意所貶抑；但全國人心雖則堅信誓約應守，然並不能禁止國內商人有宣告破產的舉動；抑全國輿論雖則咒詛殺人流血之非，然未嘗足以遏止犯殺的行為。本來在一定限度內，公意足以制止奢淫與罪惡，可無疑義；然而公意所以能運行無礙者實因有法律為之助；至少在最後一着，違犯公意總不



免受國家的物質權力出而干涉，然後得以成功。由此觀之，公意若無警察相助，收效至僅；行為的規則，若無法院爲之執行，必遭蹂躪。倘以公意的贊成爲強行憲典的唯一工具，是無異以道德的力量爲實施國際法的唯一手段；兩者必將終陷於失望。是故任何人，除幻想人物外，皆能領會國際法與實力所有關係。申言之，國際法的推行，決不專恃道德的力量，必賴海陸軍力相輔以行。由此類推，所有憲典，除得公衆褒許外，必須加入別一種力量，然後可望強制執行。

### 第三目 唯一答案——法律的力量

所謂「別一種力量」究竟是什麼東西？我的答案是，這就是法律的力量；除此之外，再不有別種力量。本來一道政治倫理的教條，若向源頭上溯，誠造端於畏懼彈劾的心理，若從下流追蹤，誠賴公意扶持以繼續存在。然而公意與畏懼彈劾的心理都不具有責效力，因之，他們即不能羈勒所有一切膽大妄爲的冒險行動，務使逡巡退卻以遵守憲法的大義，及包藏此類大義的典則。於是，責效力並不是別事；他只是，凡有違憲行爲，不管被破壞者是憲法的大義，或是憲典的規則，犯者在遲早間終要與國法及法院發生衝突。

上文一段語言即所以解答我自己提起的困難問題。爲着確立我的答案，疏證的工夫與申辨的工夫尙不可缺少。繼此請先從事於疏證。

將欲疏證這一句答案的指意及理由，莫如先將憲典所有重要教義，逐一提示，隨即假設某條教義受了破壞，然後審察此後所生法律效果。

就已經確定的規則觀察，其中有最著名者一條：即是巴力門每年至少須聚集一次。這條教義，上文經已明示，並不從常法得來，亦未經法案確定。假使元首竟令停會，而且停會不止一次，於是巴力門不復集會於威士敏士惕（Westminster）者已歷二年之久。在此際，我們即有破壞憲典的一項例證，但並無破壞法律的事實。然則這件事變究竟產生什麼結果？就大體說，這種結果便是任一閣臣，倘若敢行副署，或容忍此項行動，以及與此項行動有關的逐一人員，自然不免陷入法網。

試加以一頃刻間之考慮，我們當可洞見結果所至。陸軍（解<sup>2</sup>）（逐年的）法案首先以期滿失效。於是，別一永久的陸軍法案，本為軍紀所從出，亦從而停止所有效力。（註<sup>2</sup>）更推想一步，所有控制陸軍的法律根據，自此之後，即不能繼續存在。於是，兩種處置方法必須採用：其一，解散陸軍；其二，仍舊維持陸軍。若用前法，全國的和平與秩序且將無以維持；若用後法，軍中所有紀律殊無法律根據。但無論採用任一方法，逐一人員將不能逃出法網則同。是故自總司令以下，一切軍官，甚至士兵，不管是發令者，或是奉命者，自然會要發覺本人的行事隨時不免犯了法律。軍政之外，則有財政。（解<sup>3</sup>）在此際，各項賦稅幾乎盡數尚能收入國庫，但歲入的大部份已成爲非法征收。於是，每一征收人員將不免陷於法網。至於歲出方面，已經收入國庫的賦稅亦無從依據任何法律以供給政府。倘若閣部要動用此類收入，他們會要覺察，這是非法行爲，此項行爲一經做出，他們將不免對簿公庭。假使閣部竟敢悍然不顧，他們明知法律，復故犯法律，未嘗不可。但這種膽大妄爲仍然無濟於事。若要成功，非有若干官吏願與狼狽爲奸不能得到。就中還有好幾個重要人員，

如都監察使兼審計長，如英格蘭銀行的監理，諸如此類之官吏，平日素與行政部無統屬關係，今則無辜受累，以至於同負罪名。這些重要人員，我們還要記取，不似其他行政役吏，縱然做錯了事，尙能希望得到元首所有特權的庇護，與以特赦。唯其如是，在此際，任何人，不管是總司令，或是團長，倘若欲以武力執行政府的政策，會要遭逢反抗。不消說，此項反抗必然受法院許可。因為在英吉利憲政中，有一件要事，我們必須緊記在心頭，即是：法律可以運行於兩途。是故在一方面，他可以降罰或施刑於毀法的奸徒；在他方面，他可以獎借奉公守法的國民，使得對於非法命令加以抗拒。這是要說，被動的抗命為法律所特許。此類抗不遵令的行爲，以行政法（註）及極龐大的裁決權力未嘗存在於英格蘭之故，益得增加效力。誠如是，被動的反抗並非示弱，而且收效極大。凡以上所舉種種禍端皆起源於巴力門的不召集一事。除非全國真要毀棄一切紀綱，政府必至於動受挫折及孤立無助。

綜括以觀，巴力門每年必須集會一事，雖則不是法律而只是憲典，然而他在憲政上決不應被漠視。因為一受漠視，則株連犯罪者且將以千百計。就中更有許多官吏並不能受庇蔭於特赦法案，一經受罪，必至含冤不白。然則這一條憲典，在實際上，不但以國法為基礎，而且以國法為保證。

平情論之，上文所徵引的典則自然是最明顯的一條例證。我特意做出這番詳細審察工夫，不但因為他是最明顯的例證，而且因為他是一個關鍵，依之，我們可以諦視憲典所有強制權利的法律效實。

憲典具有法律的效力在法理上是十分真實，此理當以在審問別一最典雅的原則後更為分明。這一

原則是：每逢衆民院對於現任內閣投一不信任票，閣部全體應提出總辭職。假設有一內閣，在這樣票決之後，竟敢在現代中做法披特（Pitt）在一七八三年所行事，仍守官如恆。此項行動一望而知為憲政的倫理所不許。於是箇中所蘊蓄事端不難究詰。倘若內閣還要在憲法範圍內行動，他們必須表示所以不辭職的理由，志在要求全國公判。因之，衆民院隨受解散。有此一舉，內閣蹂躪法律的行事自然可以避免。但這種避免犯法的事實究竟能確立與否終視內閣所有行為能否合於憲德以為斷。因為這一條典則的真諦，並不是當被衆民院譴責，內閣即不能尸位。反之，此項真諦卻是在如此場合之下，若欲繼續行使職權，內閣只有一條路徑可行。申言之，內閣務須以自己所抱持政策及此次衝突經過，公訴全國，因而要求選民的充分信任，多選出同一樣主張的代議士，以組成一所贊助現任政府的衆民院。萬一內閣竟不願走這一條路徑（就是，常在初時內閣不下解散令，後來改選失敗又仍不辭職）到了那時，閣臣確是犯了憲典的這一條原則，再不能託詞以自解。自此之後，衆民院必然下一種決心，以控制現任內閣。申言之，現任內閣受操縱於衆民院，若再不守法，必至違法。在或遲或早間，陸軍（逐年的）法案必至滿期，度支法案行將逾限，衆民院只須拒絕此類法案的通過；於是，在巴力門經過兩年間所生違法的危險（一如上文所提示）必將遭逢於今日。綜合觀察，我們可見所破壞者雖則僅為一種儀節的規矩，而且這種規矩不但未嘗見於英吉利法律，而且反對英吉利法律的理論，然而所得結果已足以陷行政人員於抵觸國法。然則即此一端，我們當可概見所有責人以必從憲典的力量只是法律的力量。本來憲典的本身不是法律，但在效用上看，要是憲典

不有約束能力則已，如有約束能力，一絲一毫俱由法律產出。唯其如是，然後違犯憲典者最終必至於犯法，且無一人可以逃罪。

駁議及申

雖然，所謂憲典的責效力來自法律本身一大義不無一二疑難之點，可以提出，而作成駁議。於是，爲着確立此義，我們必須諦聽反對者之論調，而加以申辯。

武力可以  
推翻法律

駁議中之第一端實集中於武力一點。據反對者的推理，政府有時可以利用武力，以惹起政變，隨之，即可以蔑視本國所有法律。

這條駁議在事理上至爲真實，但並不貼切題旨。當在革命時期，或在政變時期，全國方陷於大亂，遑論國法？然而暴亂足以藐法一說並不足以駁倒憲典有法律爲後盾之大義。若以兩者互相比較，憲法當然不能較國內常法法律爲更有力量。任一閣臣，如果真要學在一八五一年之法蘭西總統所爲，既敢於毀棄一切法律，即不難推翻憲法。所以我們在此間並不要證明法律絕不可以蔑視，與憲法絕不可以推翻。反之，我們所主唱的理论只要證明一點：即謂，當憲典能約束個人的行動，一如法律，在此際憲典所有效力只起源於一件事實，即凡人違犯憲典必至於違犯法律是。

抑有進者，巴力門的主權，一經成立，大足以消除野心家對於憲政的無謂攻擊而抵制革命。譬如，當一次變亂發生，革命黨人或叛徒通常自以爲自己的行事早經得到國人的同情，是以敢於發難。倘若革命果能成功，這種信念自然可以確立。但在現代英格蘭中，革命殊可以不必發生。因爲任一政黨，只要取得選民

的大多數贊助，儘可以努力行事，而收成革命所得的效果。是故當全國為革命潮流所撼動之際，在巴力門的主權之下，革命的政策可以即時實施。又當反動精神方盛行於全國之際，保守的政策仍可以由巴力門實現。試徵史乘。（解4）譬如，在十七世紀中之復辟期間，巴力門則陸續頒布壓抑自由的法案，又在法蘭西大革命發動以迄佐治第三之末年，巴力門又專意設立反革命的法律。兩者皆足以援助憲政，使得免於以自身為衆矢之的。於是，立法精神的變革足以避免政體的改造，而憲法的軟性在此際遂著奇效。

在既聞上方的申辯之後，或者轉滋疑惑，因發為一問題：即謂，倘若政治道德的維持既有賴於巴力門的拒絕通過陸軍（逐年的）法案，而此項陸軍法案，對於秩序的保持及社會的存在，皆屬必要，何以巴力門絕未嘗一度運用這種方法以強人守憲？

這種駁議可分兩層答覆。其一，巴力門每年開會的規則在憲典所有規則中原屬最重要，但以這條規則的本身遵行已久，則叛變法案可以無須拒絕通過。其二，巴力門具有絕大威權，隨時可以達到自己的願望；於是，只此拒絕權力的存在已足以控制內閣而有餘。其實，自一六八九年以後，除得全國的同情外，內閣再不敢輕視衆民院。換言之，除非相信衆民院在改選後確能以表同情於自黨的政策者居大多數，內閣絕未嘗敢開罪於衆民院。所以我們敢於補足一句，巴力門自光榮革命後固未嘗不有一二次思量不通過叛變法案，或竟以此舉相恫嚇，但這樣例證在歷史上究竟絕少遭逢。是以披特（Pitt）戰勝混合內閣一段事實嘗被翹舉，即以之證明巴力門實無能力以行為這一件事。雖然，任何人，如果用心研究『混合內閣的成

案，』當能見及論者的誤會。伏克士（FOM）及他的朋友在此際本已決心實行運用衆民院的拒絕通過權，不過他們隨即覺察，當日佔居院中的大多數的政黨已不能代表全國的意志，於是此事卒不果行。因之，這一宗『主要成案』所能證明者只是：內閣以得到元首的扶助之故，自然具有解散權力；當是時，衆民院若再不能博取選民的同情，遂不免橫受解散。討論至此，我們依然歸宿於現代憲政主義的基本信條：即謂，法律的主權要常時屈就政治的主權。此項基本信條實以一七八四年的事變確立於英格蘭，披特在此際所以敢於跨越憲章的俗例者，實因他能以憲章的原理為根據。於是，雖則違憲典以行事，披特仍能保持令譽。倘若依同理以進一步推究，假使在政治奮鬥的進程中，事屬必要，他還可以棄置法律於不顧。這是要說，倘若混合內閣竟要推進他們的法律權利而趨於極端，一七八四年改選後之巴力門必然通過一種赦免法案，以圖救濟這一位閣臣的不法行為。誠以這一位閣臣，我們當補說一句，早已得到元首的扶助，貴族院的扶助，以至民族的扶助。然而無論這件事變的終局如何，我們儘可在此間作一結論：即謂，介於披特與伏克士兩人間之一段著名的政爭歷史決不能適用於或者的駁議，即以推翻我們所確立的論據。申言之，所謂衆民院，雖則受全國協助，仍不敢運用絕對法律威權，此說不能成立；反之，衆民院在此際為着實施憲典計，必能進迫抗命的內閣，使不得不走入辭職或革命之一途。（註4）

### 第三節 憲法上之幾個次要問題

彈劾權爲  
什麼棄置  
不用

憲典爲什  
麼游移不  
定

介於憲典與憲法兩者之間所有正確關係既經明白了解，學者將能對於憲法之幾個次要問題，從前所視爲大惑不可解者，如今可以理會。

次要問題中之第一個便是，巴力門在古代時，嘗以好幾種方法，例如，彈劾，及給養的正式拒絕，以至其他同類權力，強行巴力門的威權，到了現代，何以棄置不用？

答案至屬簡單，即是：諸如此類之權力所以不見用，只因他們在此時實可以不必使用。原來現代憲法主義有一基本原理：即是，民族的意志之由於衆民院宣達出來者必須遵從。而此項基本原理，在實際上，早已浸淫灌注於國法；以此之故，凡違背該原理以行事者必至觸犯四境內之尋常法律。惟其如是，所有憲政上之非常的救濟方法，在古代非用之則不足以強行民族的意志者，在今代殊用不着，而至於萎縮。然而他們所以尙能繼續存在而不受裁撤者，亦屬有故。分析言之，這種緣故半構成於英吉利人民之保守精神，半構成於一種特殊戒懼。誠以事變無常，至難預測，國中或再有重大罪惡發生；當是時，四境內之尋常法律或不足以遏抑元兇大愆；於是，誅鋤禍根尙有待於巴力門中之高等法庭。

次要問題之第二個便是：憲典中所有各條規則何以都具渾含性質與遊移不定的成分？

試徵實例。譬如，以關於內閣總理辭職之規則言，何以無人能確切規定辭職之際會？又如，以兩院相持不下時所有關係言，如以無人能建立一標準，以測定貴族院應在那一點退讓衆民院？而且在昔日時代，何以貴族院能制止衆民院的立法而不致於破壞憲德？更以元首與政事之關係言，何以無人能詳明敘述元



首可以左右政策的界限？而且在佐治第三與佐治第四時代，較之在維多利亞時代，何以前二人能以個人的好惡及心願實行於國家大計，且遠過於後一人所能爲？

爲着解答以上所舉問題及其他同類審問，我們還要再次鄭重提示憲政的主要原理。原來此項主要原理只是：首先人人須遵從衆民院所明白宣示的意志；最後一着，人人更須遵從衆民院所代表全民族的意志。至於憲典所有一切條教，上文曾經提示，不過是用以教人尊重此項基本原理的行爲準規。在此類行爲準規之中，本有少數規則（譬如巴力門必須召集每年至少一次的規則），得到國人畏敬，有如巴力門的威權一般，於是，任何人，倘若果不願從事革命，必不敢有所忽視。這種規則在今日已爲全國公認，應與以共同遵守。而且此項共同遵守更保證於一件事實，即是：無論何人，倘若敢於干犯，或助人干犯，這種規則，他的行爲隨在可以觸犯法律。此外，尚有許多規則，所佔地位十分差異。他們的履行，在某一程度內，足以求取巴力門的至尊身分，但他們所含義蘊至爲不分明，所以無人能明示，在那一限度中，巴力門及民族必要國人信奉他們，違則有罰。以此之故，他們所得到的尊敬心只是別異的及無定的分量。

譬如，試就閣部失却衆民院的信任而辭職的規則觀察。由該規則所宣示者以推究，人人皆知任何閣臣不能永遠忽略這條規則的精神；萬一不守此戒，違者將要陷入法網，而他的行爲將成非法行動。然而箇中有極難辨別處；即所謂衆民院不與信任的朕兆是。此項朕兆將以內閣的重要提案被打消而決定耶？抑以在內閣指揮及支配下之大多數的議席及票數驟形縮小而決定耶？假使你要發問，將無一人能確實答

你。(註5)所能說者只是：除却各種例外已在上文反覆申明。(註6)可以不計外，內閣不應於不信任票已投後尙圖戀棧。在此際，內閣全體總以早行引退爲佳。誠以衆民院既代表全國民衆，該院的意志又經宣示，閣臣於是必不可以不服從。不過在未有此項票決以前，則衆民院究竟會否有這種暗示之一問題殊難以任何原理爲標準，而加以決定。是故在今代中閣員不易推知究在何時已失却巴力門的信任；恰如，在古代中，閣臣不易測定實以何時已失却元首的信任。譬如，新寨公爵 (Duke of Newcastle) 當任大藏部長職時，一旦失去元首的歡心，雖經彪特爵主 (Lord Bute) 暗示可以退休，然該公爵仍茫然罔覺。近代屢次內閣，對於衆民院的信任問題，當感同樣困苦。故在主人不明白辭退僕役之際，則主人所有行動會否暗示此意，自然成爲問題，而惹起討論及考究。由此類推，衆民院的意志有時固難測定，選民的大多數的意志當然更難測定。

又有普通規則，關於立法事宜，貴族院最後須讓步於衆民院，亦爲現代憲政上已經確立的教義。但使有人要問讓步之點怎樣劃定，無一近似真理的答案可以求出；無已，只有一句極含糊的答語可說，即謂，無論何時，當覺察下院確被證明能代表全國的意志時，上院應即退讓。不消說，解證的性質往往隨時會而變異。

有一事焉，倘若專就憲政的理論考究，此事殊難索解；但在衆民院既能代表民族的意志以制勝貴族院之後，此事至易明白。這一件事就是現代內閣對於貴族院所發生的關係。徵實言之，譬如，雖則在貴族院

中，政府黨未嘗佔居大多數，然而內閣可以繼續存在，不至動搖，殆五十年來如一日。而且如此內閣復能施行一種政策，本為貴族院所深惡，然而却未受貴族院極力反對。而在別一方面，雖則貴族嘗受壓逼，以通過該院所不願設立的法案，然而貴族院究能控制立法的進程之事亦屬屢見不鮮。例如，介於一千八百三十四年與一千八百四十年之間，上院在林赫士爵士（Lord Lyndhurst）領導之下，屢次反對內閣所提出而又已通過下院的各種方案，而且屢次成功。就中如改善猶太人的待遇草案，即是最著者之一例證。此案本已通過於衆民院，徒以貴族院不與通融之故，猶太人卒無權以被選入巴力門者多遲數十年。倘若你要根尋箇中所有緣故，你當能尋見，他只是一件單純的事實，不過這件事實不免深藏於政客的詞藻與雄辯中而已。這是要說，關於此類政爭的爭端，選民實未有相當準備，以扶助內閣而屈服貴族院。假使選民真能準備，內閣總理，在實際上本為衆民院的代表，當不難設法使貴族院退讓。此法為何？即增設貴族議員。不過在現代國家中，有如英格蘭者，凡事甚少走入極端；因為某一種權力的存在，知之已足，殊可不必見諸實行。試徵諸私家生活：多數人們不須被傳到法院而已先清償本己的債務；因為法院及郡長的設置實可以使人知畏，於是債務自能如期清理。私家生活如是，公家生活何獨不然？是故貴族議員，雖則不喜某一方案，但仍與以通過者，並非無故。其故何在？在於一件事實。事實為何？即貴族議員的增設權力之存在是。雖則這種權力是一種極笨重的機械，不易運用，然而他的存在已足使上院知所戒懼，而不得不遵從一條憲典。這條憲典是，貴族院的願望必須退讓衆民院的意志。雖然，該條憲典的本身已是隱約不明，而由此項規則產

出的遵行力，在程度上觀察，復時有高下。是何以故？則以民族的意志並不能時常明白宣示故。而且在此處，一如在他處，民族的意志的本身亦不免時時變異。唯其如是，此項規則的固定性至難得到。不過以現代英格蘭論，憲政上各種機械之運行各循定軌，復能互相聯絡，於是上下兩院所有關係不至因此項規則的無定性而發生極大困難耳。是故爲着明示箇中所有困難，我們姑舍英格蘭本國，而考察英吉利殖民地所有經驗。而在各處殖民地中，若欲尋求一個最好的例證，以表證下院強迫上院屈服之方法，莫如考察一八七八年及一八七九年之維多利亞（Victoria）。先是，下院之在維多利亞者，將參議院所已駁回的草案之實際內容，編入一宗歲費草案，並極力要求參議院與以通過。參議院不允，意將歲費草案駁覆。於是，內閣盡數罷免官署役吏，地方有司，地方法院審判員，及其他人員；因爲歲費即無從支出，內閣再無方法以支付官俸故也。最後，內閣實不得已，乃謀以下院的單獨決議爲根據，向財庫照領經費。但在這一着，內閣的行事實已抵觸巴力門的法案，即與國法相抵觸。於是，上下兩院相爭不下，復爭執不已；卒至公意大變，遂能選出一下院，使與參議院合作。然後爭端乃息。至於該兩院相爭後所得結果如何，與我們在此處不相關涉，故可略而不論。惟就中有三點必須勾提。第一，雙方所有爭訟最終依照選民的意志而了結；第二，在政爭的進程中，每方各用盡憲法上之權力，應有盡有，此項行事甚少見於英格蘭；第三，因爲上院亦由人民選出，內閣遂不能利用增設上院議員的方法，以和諧兩院。如其不然，倘使總督誠有權以指派上院議員，上院必須向下院屈服，一如貴族議員之屈服於衆民院。

元首的感  
應力何以  
無定

次要問題之第三個便是：所有典則，凡被用以制裁元首與政府的實際工作間之相互關係者，何以一概是隱約不明，而且游移不定？

本題所有疑點，若欲索解，則依貴族院與內閣間之相互關係，以作類推，亦當不難得到。試自各種政治日記稽考，復自現代公共生活觀察，我們可以發見隱藏於古代風俗中之兩要旨，實為本國制度的精神之所寄。第一，逐一國家的行為雖以元首的名義做出，然英格蘭的實際執行機關只是內閣。第二，雖則元首未嘗親身處理政務，然而在前王中無一人（即在今王亦是如此）履行，或試為履行，西耶（Thiers）所造成的原則，即謂，『英吉利王統而不治。』其實，佐治第三在行政上常處於領袖地位，他的兩兒在全國政治上，雖則干政的程度各異，所用方法各殊，俱能實行他們的意志，以至偏好及偏惡。因此之故，元首的意志在憲法之下，對於全國大政，實具有無界限的勢力感應的範圍。不過此等政治狀況，若自不熟悉英吉利憲法精神者觀察，不免帶有許多奇異性質，而此類性質即可從所有一切約束君主的個人行動之憲典看出。申言之，此類憲典的意義概是泛濫無涯。若欲進而探求其故，凡曾經玩味本書上文各章者自易於用功。元首的私人情面及勢力依然存在於今日，並非因為國務尚依他的名義處理，只是因為法律的主治權力（即巴力門）及政治的主治權力（即民族）同齊願望，他還能運用私人所有威信於全國政治。唯其如是，關及元首在運用私人威信時所有風俗及習慣遂不能作成界限。其理由有二：其一，依政治家的見解，此風俗及習慣殊不易以硬性的規則處理；其二，生人所知有限，因之，當無一人能預料全國人民的願望，究竟

君主的說話在實際政治上應有幾許重量。於是我們在此際所能確鑿說出者只是關於此旨，元首所行事與民族所願望時時變異。譬如威廉第三，在統治時嘗屢次運用否決權力；迨至佐治第三時代，此項權力未嘗有一次見用。但佐治第三本人，每逢大事發生，必強行自己的意志。自此之後，所有嗣君，無一人再襲用佐治第三的故技。是放在小事中，一如在大事中，英吉利政治的趨勢大抵呈露一種傾向：即是所有大小政治權力，在向日原屬於元首者，在現代漸次移交內閣。試再從小事觀察，譬如介於丁士 (Jeanie Deans) 及卡羅憐王后 (Queen Caroline) 間之話劇只可以遭逢於佐治第二時代，適足為當代的真相描寫。又如朶特博士 (Dr. Doct) 以著名牧師，因作偽犯罪而被處死刑；他的友人，如約翰孫博士 (Dr. Johnson) 之流環請特赦。徒以佐治第三堅持不許，朶特只得就死。若在今日，特赦權力已歸內務部長運用。更就今代情勢觀察，假使再有一個丁士出現，此事當歸內務部處置；至於一個著名牧師應否抵罪的問題，君主已不過問，讓內閣加以答覆。

次要問題之末後一個便是：元首所有裁決威權的殘餘物稱爲特權，上文已經討論，不過還有一疑問，即謂：特權究竟有什麼實際的效實？

在此地我們必須分別兩事。其一，特權的存在，對於元首所有私人威信，發生什麼影響？其二，特權的存在，對於政府的行政權力，具有什麼作用？

在英吉利憲政中，許多政務照例可以不歸巴力門直接提督及監理。譬如，國家的重要行爲概以君主

的名義執行，實際上大抵復爲君主所嘗經目。又如，審判員的委任，主教的增設，以至外交的處理，皆可以不  
必諮詢兩院。此類事實殊足以給與元首以不少機會，得從中潛移默運全國政治。是以貝吉（Beaumont）用  
平日敏銳的眼光，評判此事，特謂，即就此項方式觀察，閣員須稟承及報告君主以國家大事，其間所有經過  
即足以增進元首的威信不少。

雖然，我們的審問工夫還須更進一步，以考究特權與內閣的地位有何關係。按實言之，特權的存在足  
以賦與許多權力於內閣總理及他的同僚，使不受兩院鈐制。外交即是其中最要者之一事。譬如，巴力門  
儘可因外交政策而譴責閣臣；然而所有條約，一經元首訂定（實則由內閣訂定），可不待巴力門許可即  
生效力。甚至執政的締約權力有時或可以跨越國法（註7）此義雖則未能確立，然而至少可成爲一種公  
開疑問。但無論如何，我總可以斷定，即謂，主持國交的機關不是巴力門，却是內閣。閣部在實際上還可以決  
定交戰與構和問題。北美合衆國的開國元勳實能了解英憲中之奧義，故能在美憲中創一新法。申言之，他  
們安置締約權力於總統及上議院之手，不令總統一人掌握，而且授否決權於上議院，使得否決總統的委  
任人員。此項安排足以解證一種方式，在其中，特權所受限制即成爲執政所有裁決權力的束縛。假使貴族  
院，亦如上議院一般，具有此類權力，則本國的制度所起變化，直可引用專門術語，謂爲元首在締約與委任  
方面所有特權被限。然而這樣創制所收效實直等於內閣的裁決權力之受限。

除增加內閣的裁決權力外，特權能健在於今日，尙含有一種效果，惟該效果每不易爲人覺察耳。按實

言之，特權的健存還可以增加威權於衆民院，並由衆民院而授威權於選舉區。原來閣員在運用一切裁決權力時，自不免切志服從國家中之最大支配的權力。譬如，當君權全盛時，閣臣在名義上，一如在實際上，只是君主的僕役。又在歷史之一時期中，貴族院的權力嘗足以支配政治，內閣的行事亦惟貴族院之命是聽。其在今日，衆民院在全國中已成爲最主要的統治機關，於是，閣部對於裁決的運用，正在努力於宣達衆民院的意志。但當內閣須俟受命於立法乃能有所作爲之際，情景又爲之一變。因爲一言及立法，則必須於衆民院之外，加入貴族院一機關。是故任何政府，倘要增加權力，自非得到貴族院許可，必不成功。是何以故？則以每一法律必須經貴族院裁可故。於是，巴力門的一宗法案自然不能單純代表衆民院的願望；此類願望實爲修改於貴族院後而得到之效果。本來貴族議員所有思想，經過長期間之演進後，必能與選民所有者相符合。但若就一短促期間着想，貴族議員或至誤解選民的意志；於是，對於衆民院所通過的草案，他們竟以爲選民不贊成，或無所可否。由此觀之，我們當可括舉上文，作成約語，以綜觀內閣在兩方面之活動。是故在特權下所有行爲，內閣在實際上（雖則名義上不是如此）須就範於民衆的代表機關；而在法案下所有行爲，內閣不但須稟命於下院，而且須受裁成於上院。其實還不止此，內閣自法案得來的權力，當運用時還要時時被法院干涉。試從現世史中摘取一例，以解證個中所有異點。（註。）在一八七二年，當日內閣提出一草案以裁撤陸軍軍職之購買制度；此案並得通過於衆民院。惟一經提出貴族院，該草案竟受否決。內閣不得已，乃返而求諸特權，卒之發見有所謂御用狀（Royal Warrant）者，甚似特權的運用之一種。（註。）



可以達到目的。於是，此項購買制度遂被裁撤。這種變革，我們可以揣度，不但迎合衆民院的願望，而且投契選民團的心理。雖然，假使此項制度的裁撤必有待於立法的威權，此等弊政，雖遲至今日，尚依然可以健存。然則特權的存在，自這件事實觀察，實足以副選民的厚望；而且這種結果，在現代政治之下，特權的運用隨時隨地可以產出。誠如是，元首的特權，在今日，遂變成人民的特殊利益。任何人，倘若要知道此類特殊利益怎樣追蹤衆民院的進步，（換言之，衆民院變成實際主權者的直接代表愈見親切；此類特殊利益的伸張愈見廣漠，）應仔細斟酌貝吉（Bagehot）在他的名著中所論述關於元首不須就商巴力門而即能自行運用的權力，同時並須記取現在運用這些權力的內閣，不復是元首的僕役，却是一個人民代表機關的僕役，而且代表機關的本身還要謹依選民的命令。貝吉之言徵引如下。

「前乎此時我曾說過，倘若人民被人告以今代君后不用就商於巴力門亦可以處理許多事務，他們必將驚訝不已。但這句話並不是無稽之談，且經確實。因為當今后以特權裁撤軍職購買制度（在貴族院纔拒絕通過一宗裁撤此項制度的草案以後）時，公衆即發生極大驚惑。」

雖然，今后可以依法行事，而不須向巴力門商量；此類權能原不勝枚舉，因之裁撤購買一事直可以不必計及。譬如，軍隊爲國防所繫，但她可以將國軍一概解散；（依法，她不能招募兵士，超過一定數目，但她可以不招一兵。）軍官爲全軍司令，但她可以罷斥自總司令而下一切官佐。不寧惟是，她可以遣散全國海軍；她又可拍賣全國軍艦以至海軍軍用品儲藏所；她可以犧牲康華勒（Cornwall）之地面構和；她又可以

因要攻取柏梨但尼 (Britanny) 之地而宣戰；她可以盡封全國男女國民爲貴族；她又可將逐一教區造成大學；她可以罷免全國內務役吏；她又可以特赦一切囚犯。簡約說，以特權爲工具，今后能推翻政府中之行政的舉動，能卑屈求和及喪師辱國，又能遣散全國海陸軍，使我們成爲無防衛的民族。」（註10）

倘若以巴力門主治的政府竟有轉變成爲以衆民院主治的政府之一日，此項轉變的成功大概賴於元首所有特權的運用。

#### 第四節 結論

討論至此，英憲的研究工夫行將告終，讓我們且從法律方面綜覽英憲，以提示我們在探討進程所已得到的結果。

由法律的觀點觀察，英憲在表面上再不呈現「一團糟」(a sort of maze) 的狀態。加以分析，他可以被區分成兩大部份：其一是以各種了解、俗例，或典則構成；其二是以法院所施行的規則構成。前者不見承認於法院，嚴格言之，不能算是法律；後者在嚴謹的界說之下，確是法律，至於曾備載於法案中與否都可不管。因之，只有後者，纔能構成英憲的法律全體。

再進一步觀察，我們又見英憲的法律部份即是英國政治所託足的基礎，而且在實際上，他還能給與英憲的典則部份以法律效力，使能責國民以服從。（註11）

加之，英憲的法律是在兩條大義支配下所造成之產物；這兩條大義又由歷代英吉利政治家及律師，以明白地知覺心，復以不斷地努力，逐漸做出。

兩條大義的第一條是巴力門的主權。在第一大義的領導之下，統治權力漸由元首而移交於一所愈趨愈能代表民族的機關。（註<sup>12</sup>）申言之，主權在最初時不過是君主的個人所有威權，後來乃漸次轉變成爲君主在巴力門中之主權。這種古怪進程有兩樣效實：他消滅君主的武斷權力；他又能保持國家的至尊威權，而不受損傷，復不受輕減。

兩條大義的第二條即是我所稱的『法律主治』。法律主治的指意，在根本上，實解作尋常法院常有權利以懲治任何人所犯的任何非法行爲；這是英吉利制度的要素。倘若巴力門的主權所授與英吉利憲法者爲他的法律形式，法律主治所授與英吉利憲法者當爲他的實質。簡約說，英吉利憲法，雖自某一觀點觀察，甚似習慣與風俗的集合體，然自法律觀點觀察，則在全世界中，除合衆國的憲法外，（註<sup>13</sup>）最能根據國內法律以組成極完整及嚴謹的內容。

當我們明察孰爲英吉利政治的基本原理之際，我們同時復覺得英憲雖爲外國政治家所極力抄襲，但此類原理殊少習用。譬如，巴力門的主權原爲一種政治思想，至與現今存在於其他採取代議政治的國家所有硬性憲法不能相融洽。至於法律的至尊性之一概念，雖發展於合衆國，而且能在彼地充分發展，甚至能超越英國所有程度；然而此一概念實爲法國的制憲專家所屏棄，而且又爲其他大陸國家之步武

法國者所屏棄。誠以法律主治的解釋不外指明審判員在最後一着應有權利以約束政府；而權力的分離的意義，依法國人所詮釋，却為政府應有權利以約束審判員。因此之故，法院的威權，如英國人所熟悉者，極難與盛行於法蘭西中之行政法並立。其實我們還可更進一步以斷定，英吉利法律主義至難與一種官治機關的存在，如外國所稱為『行政』者相投契。此項判斷並非故意抑外國制度而揚英國憲法，並以宣示外國制度不適於文明社會與自由民衆。反之此項判斷只是由分析本國制度，並取之以比較外國制度所得的結果。由是，總括以觀，英吉利憲法到底具有特別標誌，而且此類標誌是十分深刻，遠非尋常意想所料及；若以約語提示，英憲所有特性是，巴力門的主權與法律主治兩大義相與結合及聯立。

(註1) 關於法院不能直接處理巴力門不召集之問題，參考下列典籍：

(1) 4 Edward III. c. 14

(2) 16 Car. II. c. 1

(3) 1 Will. and Mary, Sess. 2 c. 2

但學者尚應比較研究載於查理士第一代檔案第十六冊第一章之撤廢法案。依該法案所規定，巴力門的召集當成為法律問題。

(註2) 用通俗語（但並非十分正確）表示，則為『叛變法案會要期滿失效。』參考第九章註脚第二十六條。

(註3) 詳見上文第十二章。

(註4) 其實，拒絕給養的意思在現代中尚時為政治家所採用。譬如，在一八六八年，為着實現提前解散眾民院的政策，給養的

拒絕即被用爲恫嚇之具。又在二八八六年，在衆民院被解散前，給養的法令並不完全通過；當時所得通過的法令只限於一定期間。

(註5) 參考軒恩『英格蘭的政治』第九章。軒恩嘗於該書之第九章中試爲測定閣部應辭職之時機。又參考一九〇五年七月二十四日之辨論，亦可略得關於辭職之先例的梗概。(見巴力門辨論第四集，第五百十冊，第五十縱行。)

(註6) 參考本書上文第十四章論解散巴力門之規則一節。

(註7) 關於此義，參考下列典籍：

(1) *The Parliament Belge* 4 P. D. 129

(2) 5 P. D. (C. A.) 197

『究竟這種權力(元首能強令人民以遵守條約中之規定的權力)曾否存在於和平條約，又曾否存在於與和平條約類似之條約，而且究竟在兩種情形之一種或全體中，干涉私人權利一事是否可以由立法機關以外之機關規定，此類問題皆是極嚴重的問題，惟諸位審判員均不以爲亟須答覆而發表他們的法律意見。』(詳見Walker v. Baird.(1892), A. C. 491, 477, judgement of P. C.)

(註8) 關於裁撤軍職購買制度一節，斯梯芬的伏窩特(Fawcett)傳有論斷，極值得注意。參考原書二七一及二七二頁。

(註9) 其實，嚴格言之，所謂軍職的購買受特權裁撤，並不是十分正確。先此曾有法案禁止此項制度，惟有軍職之以御用狀批准者除外。今則內閣再以御用狀通禁此項制度施行於軍中，故當批准此事的御用狀一經撤回，禁止此事的法案即得發生效力。

(註10) 原文引自貝吉所著『英吉利憲法』導言，三十五及三十六頁。

(註11) 詳見本章上文第二節第三目所論。

(註12) 主權的移轉方法，在此地不妨以數語敘論。英吉利人民，當與王權競勝時，除革命時代外，絕未嘗試衝破元首的權力，使永遠不能爲一國主宰。數百年來，他們所抱持政策常爲：在一方面，不欲驚動及滅君主固有權力；在他方面，惟欲約束元首的行爲於一定程序，依之，法律的至尊性首先得以保證，最後隨即保證及於人民的主權。譬如，在司法方面，君主被認爲最尊法吏，但他的司法活動應由法院施行；在立法方面，君主被認爲惟一作法者，但除卻用『君主在巴力門中』之名義外，他不能自行制定有效的法律；在行政方面，君主擁有一切特權於手中，但經過長期爭鬪之後，此類特權只能由他的樞密院中之臣僕，即閣臣，代爲運用，同時該閣臣必須代負行爲上之責任。於是，君主的私人意志漸被改變，又漸能印證元首依法律而宣示的意志。此項變形大概成於法律的假造方法之運用，而此項假造大抵始於律師。倘若欲以實事證明，莫如觀察法國歷史。法國在十八世紀之末，『議會』(parliaments) 尙欲借用此項假造以遏抑在法蘭西君國下之完全發展的專制政治。縱觀此段史事大足以令人觸起遠在百年之英吉利憲法家所使用之技術。由此項技術，元首的特權實漸被縮小範圍。參考 Rocquain 所著『大革命前之革命精神』(註13) 在此地有一要旨須順便提示，即是合衆國的憲法，就現行法律論，大致託足於判官所造的法律之上。馬撒爾 (Marshall) 者大理院院長，亦聯邦憲法之解詁學者也。在亞美利加的政治中，他的事業不能與開國元勳齊名，至少亦可與立國諸公媲美。參考他的『判決彙刊』所有法律意見之關於憲法諸問題自明。見 The Writing of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, on the Federal Constitution.

(解1) 按漢撒 (Hansard) 本屬人名，本文所論則指公報名。先是，英國人有名漢撒 (John Hansard) 者，初時受僱倫敦市之曉士 (Hughes) 爲工人，繼於一七七四年權代總經理，末後於一七九八年代爲業主。曉士原爲巴力門公報印刷人，自買受曉士的物業後，漢撒及他的後裔即繼續爲巴力門印刷公報，自一七七四年起，至一八八九年止。因此之故，巴力門公報遂以漢撒

得名。

(解2) 按，此處論巴力門集會與陸軍的存在之關係，行文簡約，不易驟解。著者蓋以上文已經詳論個中要旨也。復閱本書上文第九章。

(解3) 按，關於財政的法律根據，復閱本書上文第十章。

(解4) 按，著者斷言「立法精神的變革足以避免政體的改造」，此語最爲精警，復耐人玩味。不過著者引用史事以解證巴力門的主權能順應時代的要求之妙用，不免偏重保守方面。其實巴力門的立法，在歷史上觀察，有時亦能順應全國人民所有革命心理，以施行革命的政策。最顯著的例證便是一八三二年所通過的巴力門大改革法案。參考本書上文第十四章解5。

## 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，立法機關只為一院制，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：

一所謂尋常立法議會概由人民選出，其任期以兩年為限。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，修改的事變方能開始。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，凡有為憲法可加以限制者亦無微弗至，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，倘若一七九十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，然制憲人物尚以為未足。(註2)卒之，他們還要再加一種制限，即是：剛在憲法修正罷了後，相繼成立的下屆兩次選出的議會即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(Departements)的半數以上，就中倘有十分一贊成現行憲法有修正的必要，立法機關即須根據此項要求，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，即是主權的立法機關，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(Projet 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(plebi-

scio)。(註。)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 (cuite privilégie 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，巴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。在任期的第二年中，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，尙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草，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，而以為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<sup>v</sup>）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，且於許多歲月，馴致忍無可忍，全國卒至鬧成革命。（註<sup>8</sup>）

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，他們雖則仍然保留尋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，憲法的修訂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<sup>10</sup>）

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。願在這十年間，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；願在這一個時期內，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，至今亘一百年之久，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，不足為怪。

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為。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，爲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（Jélie）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 (S. Fruchtor, 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。

(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。參考克兒勃 (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) 一仿語中, 『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) 蒲傑士 (Blyce) 『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，只是諸議機關。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；由前者法國君主的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，亦斬而不與。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，並以一八五一年的政變一實例爲解證。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，有一部份曾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，皆不能擅爲己有。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之同意，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，必需要聯邦的保證。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

顛北亞美利加法案。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) 澳大利亞的平民國家

(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為博大；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為無效。(註12)

(3) 帝國政府究竟能以違憲為根據，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顛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顛北亞美利加法案第九十節，又參考布利挪（Bourne）所著『巴力門習例與立法程序』七十六至八十一頁。

（註6）參考一八六七年不列顛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 (Loewell) 論討極詳；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今用文字的規定，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為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』特別注意該書第十一章。

(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為德意志書後二、聯邦國家中之權力分割。

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為五十八人，故投票的總數亦為五十八票。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)得三票，翁寫(Hesse)亦得三票，布龍儲城(Brunswick)得二票，麥克薩布(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，此類聯合即不能為所欲為。

(解3) 按，各邦所有特權曾經憲法保證者，為數甚多，為式亦不一。其中有為對於某邦，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；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。讓我將個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。個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，我們儘可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。同感為何？他是那時憲政實藏有一種稀奇古怪的事件於愛爾蘭巴力門的政治身分之中。誠以這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，每逢該機關專為愛爾蘭而設立法律，英吉利巴力門中之兩院不應干涉；然而愛爾蘭執政在那時對於愛爾蘭巴力門之關係，並不因此就變成巴力門式的執政，因為他們，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：其一以為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；其他以為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。但此為旁論，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愛爾蘭憲法。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，有如貝吉爾（Bagehot）所嘗反覆申論（註<sub>2</sub>）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<sub>3</sub>）依同理推究，我們當可以相信，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，牠的閣員必須同時為兩院中之議員，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為非巴力門式的執政。今則實質變矣，而名義依舊，於是，矛盾現象在勢為不可免。

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為非巴力門式的執政？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眾民院之手。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（爲着簡便起見，我們在此處姑將此式執政與內閣政制認爲一致）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眾民院（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阨，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哀惡亦不忍拂逆。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意旨；亞美利堅總統，當執政與立法遠異時，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（Bismarck）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<sub>2</sub>）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，故為執政者能當機立斷。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，自拿破崙第三被選為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，必欲為之解說，儘可歸咎於鬭爭中之主要人物，即拿破崙第三。何則？蓋以拿破崙第三在當時身為民國總統，實具有獨立權力；同時他又為拿破崙朝代的遺裔，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<sub>2</sub>）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。此非為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）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方在互相競勝，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。這番持論並非差無故實，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，我們儘可斷之為已經失敗，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，即是此項半巴力門式的執政制度的失敗並不完於麥克馬洪之辭職；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，亦不欲再復多事，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，每逢一個果毅有為的政治家就任此職，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為。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為變本加厲；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為民國創制人物所計劃，不意屢經嬗蛻，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？產生於聯邦會議（Bundesversammlung, Assemblée fédérale, Federal Assembly）。願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 Etats, 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，即常時變遷不定。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，任職且於三年之久，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，即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。倘若這種選舉果能實行，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） 參考翁里（Heine）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 Grattan) 生於一七四六年，死於一八二〇年，為愛爾蘭的愛國者。先是英國歷代君主早在十二世紀中即從事於攻略愛爾蘭；其間不知興師動衆幾次，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。這就是為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，格拉坦始入愛爾蘭巴力門為議員，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為號，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，愛爾蘭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（即舊教教徒）的解放運動，直至死之日為止。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) 撤銷，但格拉坦已經死去八年矣。

(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。願議會中之多數黨，即『進步黨』 (Fortschrittpartei) 終以為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。

書後三·執政的兩種形式



俾士麥於是以普王的許可主治全國，既不用預算制度而收支財賦，復不倚賴議會而發號施令，互於四年之久。其後，普魯士卒兵力先勝丹麥，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；徒以適當林肯肯被害之後，國會仇視南的心理驟增，約翰孫不但見諒於國會，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，願國不納，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。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；雙方交闕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，而基末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 (Jean Carnot) 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 在此處純為廣義的用法）究竟以何種原理為根據而（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，萬一不善為之，必至貽社會以隱憂。譬如，自助受制，則弱者將常為強者所凌迫；又如，自己的權利主張得到過分獎借，則械鬪將成為積習。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2）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：凡人為自衛權利計，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) 卽實行此旨，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，但以身為軍人之故，大佐平日日本習於服從軍令，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，武力爲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——爲着擁護一人的自由，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：其一必須爲『需要』 (necessary)，這就是適可達到目的而止，此外不再濫用武力；其二，必須爲『合於情理』 (reasonable) 或爲『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身受的損傷爲正比例。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，對於本身所身受的損害，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。讓我敘論之於下方。

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是需，要復是合理；又由第二理論的見解觀察，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

必不爲任一理論所容許。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，即曰有之，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：『擁衛所有物的戰鬪有時亦可視爲合法，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：凡人爲自衛計，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，或較爲穩實可靠耳。申言之，所謂『極端』武力，在使用時，當以完全出於自衛的舉動爲易於得到法律的許可。

雖然，或者對於自衛理論的見解，常然不免發生一個反響，即謂：如此持論似乎限制國民的正常防衛所應有權利，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，庶幾公眾和平不至受累。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，亦屬正當。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，倘若依據伏士揚（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，即謂：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，我們即不免遇一點困難。困難爲何？即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廢之於道旁。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，某甲即不應遽爾動武；因爲一經動武，他的行爲，倘若揆之上方兩種理論，即無有是處。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，即極力維持一條老例，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。是放在 *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，即謂：除非該囚犯（即某甲）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，必不為法律所容許。（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；因為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，而設為假例。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，必欲阻止某甲通過某一特殊門戶在法理上為不合。在如此情形之下，某辛的行為既屬非法，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。『因為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，當為法律所不容許。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 (Fiskine) (註19) 橫加干涉，該主教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。若問個中要旨所在，我以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. 43—49 (C. 2345), Notes A and B;
  - (2) Stephen, Criminal Digest (6th ed.), art 221;
  - (3) 1 East, P. C. 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擲爵主 (Lord Leonards) 所倡導。由鄙見觀察，究竟斂擲爵主的持論會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 pp. 42—46.

伏士楊 (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。」

伏士楊又曰：「凡遇一個兇徒圖謀規略或暗殺，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 Discours: II Chap. III pp. 273—274)

(註6) 參考並比較下列書籍：

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

(2) Stephen, Commentaries. (8th ed.), IV pp. 54—56;

(3) 1 Hale, P. C. 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，論者必須將上方所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，要規略或殺害一個善民，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 1 Hale, P. C. 481) 關於捍衛住宅之理由，參考 East, P. C. 287.

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

(1) 1 Hale, P. C. 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，即是這條規則（即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避免的事實。

(註8) 原文載於 Rolles Ab. Trespass, g. 8.

(註9) 參考 Blacks. Comm. IV pp. 183, 184.

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

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

(註12) 原文載於伏士陽 (Foster) 『法學講話』第二講，論殺人罪，二七一及二七二頁，比較原書在二七三與二七四頁中所論。

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『解話』（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。

會後四 自衛的權利

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方，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, 1898, p. 534.）

（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 Acts）的效實及，警務長所有權力的範圍，略而不論。

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

（註19） 參考 The Bishop of Bangor's Case, 26 St. J. r. 403.

## 書後五 公衆集會的權利所有問題

在公衆集會的權利之中，有四個問題焉，必須商榷。這四個問題是：第一，在公衆地方中會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，但此類權利究爲何物？第四，合法會議，常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，對於爲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在。

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，公衆集會的權利常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。（註二）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，公眾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）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。故兩種要旨均爲解決上方四個問題之前提。

此爲本篇文字的緒論，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）在公眾地方中會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，爲集會的宗旨而開會於公園，或公眾場所（commons）或其他可以聚集的開會地方。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眾地方，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，其地方是公眾地方，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；至於所謂公眾地方究為扼克士惕院（Eggar Hall）或為哈特斐勒（Hastfeld）的空地，或為柏鍊海（Blenheim）的空地，或為倫敦市內各公園，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，俾公眾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為公眾集會之用。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，或一次政治雄辨，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，以為世間應有這種權利如所謂公眾地方的集會權利者，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，即所謂公眾集會的權利；在那一方面，則有英國人民誤認的私人權利，依之，人人覺得凡是在公眾地方，任一個人可以召集開會；其實這兩類權利，在英格蘭中，一為真有，一為假有，不意邦人不但弄假成真，而且混兩者為一事。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，安能混為一談？抑誤解又是何在？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，大路本來屬於公眾，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利，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，即在一塊公眾場所（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—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，在箇中不但大眾可以使用，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，則許多崇尚衛須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，即定之爲非法。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，此類定義未嘗割切開示；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，即構成於法院的立法，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，凡有三人或二人以上之集會，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，其行為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，而斬向同一目的，在此際，姑勿論此項目的為合法或為違法，但比鄰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，或至於產生鄰里間之恐怖心，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：在開會期間鄰人究作何種感想；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（即會否挾帶武器）；開會地點是空曠郊野或是人煙稠密之區。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滅。

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，但鄰人或且因此誤會，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，鄰右曾大起恐慌，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，以為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，假使鄰右懷懼果足以構成集會的非法性質矣，這種懼怕心，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？此為第二問題。

關於第二問題，我在本書上文會勉為解答一遍，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震於反對者之手，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爲非法會議。（註16）

（丙）元首及其臣僕究竟有什麼權力以處置此類非法會議？

（1）逐一個人，凡曾經參加是會者，概犯了行爲不端之過，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，當依事實而決定。

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，中央政府的閣部部長，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) 正惟有這種謬見，倫敦市當在戈登暴動 (the Gordon Riot) 之際，遂陷於暴民之掌握凡數日，且無人敢撻其鋒。『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，通常稱之爲『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，會中人尚敢違抗，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，又有什麼權力以相抵抗？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，倘若追縱下去，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，某甲對於這番戳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（Willes, 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？誠以此項法律問題，至精至微，即在長時間問難之後，

尙足以迷瞶一個有經驗的律師；而謂一個普通軍士能決定是非於俄頃，復無舛誤乎？何謂不義誠以就軍人的職務言，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評，（註23）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，即爲）攻擊某甲，可出於兩途：其一出於市中無賴所爲；其二出於負責任的人物。後者確信自己所爲係運用法律權利，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爲事；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，至多亦不過畧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，即謂：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26）遂以救世軍人集會爲非法會議，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，並不有法律根據。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，因爲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<sup>28</sup>）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，頗能相助解決公眾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常了解，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<sup>29</sup>）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. Tursey*（註<sup>30</sup>）一案嘗對公眾集會的權利，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，並手持合眾國國旗一面以遊行。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 *Petty 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 *McClenaghan 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，就是少量溫和武力的使用以對抗警士能否被贊同於本案，尙是一個疑問。誠以本案實根據上案，即 *Beatty v. Gilbanks* 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，故上訴人們確能護遵法律以行事；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，我以為此項意見尙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. Carlile, 6 C. and p. 628, 636;
  - (2) The Tramways Case, the Times, 7th September 1888.
  - (註9) 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. 150
  - (註8) 參考下列典籍
  - (1) Hawkins, P. C. 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 C. and p. 254;
  - (7) Rex v. Hunt, 1 St. Jr. (n. s.) 171;
  - (8) Redford v. Birley, *ibid.* 1071;
  - (9) Rex v. Morris, *ibid.* 521;

- (10) Reg. v. Vincent, 3 St. Tr. (n. s.) 1037, 1082;
- (11) Beatty v. Gilbanks, 9 Q. B. D. 308;
- (12) Reg. v. M'Naughton (Irish), 14 Cox. C. C. 576;
- (13) O'Kelly v. Harvey (Irish), 15 Cox. C. C. 435.
- (註9) 括弧〔〕內之文字係取自 C. O'Kelly v. Harvey (Irish), 15 Cox. C. C. 435。遵條定義之一部份之包含於括弧內者在英格蘭中或不能成爲定論，但試一參考下列兩成案：其一爲 Reg. v. Ernest Jones, 6 St. Tr. (n. s.) 788；其二爲 Reg. v. Russell, ibid. 723, 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，叛逆者的行爲已暴露於公眾集會，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 C. C. 572;
- (5) O'Kelly v. Harvey (Irish), 15 Cox C. C. 435;
- (6) Reg. v. Burns, 16 Cox C. C. 355;
- (7) Reg. v. Ernest Jones, 6 St. Tr. (n. s.) 788;

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

(註11) 參考下列兩成案：

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

(2) Reg. v. Dewhurst, *ibid.* 530, 599.

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，有如我在上文所提示，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。

(註13) 參考下列兩成案：

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

(2) Reg. v. Justice of Londonderry, 28 L. R. Jr. 440, 461, 462. (看審判員何母士 Holmes J. 的斷案)

(註14) 參考下列成案：

Wise v. Dunning [1902] 1 K. B. 167.

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

卷後五 公眾集會的權利所有問題

- (註16) 參考 *Rex v. Fursey*, 6 C. and p. 81, 3 St. Tr. (n. s.) 543.
- (註17) 參考下列兩案：
- (1) *Reg. v. Neale*, 9 C. and p. 431;
- (2) *Burdet v. Abbot*, 4 Taunt. 401, 449.
- 並參考本書上文第八章。
- (註18) 見 1 Geo. 1. 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 C. and p. 81, 3 St. Tr. (n. s.) 543.
- (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, 即是: *Keighly v. Bell*, 4 F. and F. 763, 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 *Beatty v. Glibbanks*, 9 Q. B. D. 378.
- (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。故密判長威勒特 (*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，但顯然立意懲戒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. 81, 3 St. Tr. (n. s.) 543.

(註28) 參考下列四宗成案：

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

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

(3) Wither's Case, 1 East, P. C. 238, 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

書後五 公眾集會的權利所有問題



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 Reg. v. Ernest Jones, 6 St. Tr. (n. s.) 783, 781, 812, Summing up of Wilde, C. J.）

（註33）載於 9 Q. B. D. 308.

（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：Beatty 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 6 St. Tr. (n. s.) 783, 807—816）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，巴茹隊長 (Captain Parker) 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；這幾段文字可視爲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的責任，此則毫

不用疑議。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；誠以武力原是不不得已而使用，必須畧帶和緩，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，即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，旋即有軍事行動，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，初不以該當道不在遠爾自甘放棄，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，常不能不放槍；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為能力，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為，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？倘果為必要，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。是故死者倘為肇事領袖，則死當其罪；倘為旁觀者流，則無辜被累，洵可謂為无妄之災。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為之解釋，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織煤礦山場（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1）

（註1） 此爲巴力門特派委員會對於一八九三年九月七日在羽石（Featherstone）地方所發生的變故之調查報告書。原文見 Report of the committee appointed to inquire into the circumstances connected with the disturbances at Featherstone on the 7th of September 1893 [C.—7234].

## 書後七 『違憲』法律的義解

『違憲』(unconstitutional)一名詞，當用以形容憲法時，至少有二種不同義解；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)當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愛爾蘭寺院法案為例）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)當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：凡法案一被指為違憲，該法案即變成無效，因為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，而至於斥該案為惡法。反之，一個亞美利堅人儘可獎借一宗法案，謂為有利於國與益於民，



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之同一法案時，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<sup>(註1)</sup>

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，有如布希眉安人民 (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，均被認為人所有公務的經理；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，固然建立，不可搖動。更嚴格說，瑞士人民所佔居地位，較之伊利薩伯君后（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。試觀歷史伊利薩伯在英國中所有威權，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尚在，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。究竟此類制度為得失，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，為瑞士人民所獨創；吾輩外國人，生長於別異的憲法之下，最難了解。此項理想為何？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。然而共相而外，尚有許多別相；而且此類別相大抵生成與支配於上文所已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。

(1) 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，純為法律問題，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，或嘗提出律法草案，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，復依通例多爲議員一分子，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爲。執政的任期原定二年，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，如此離奇事實，在瑞士中誠爲屢見不鮮，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，甚至大反其所爲亦屬常事。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。故爲股東者自應以信任董事爲得計。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，卻爲政府强有力的源泉。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，實以經營國家事務爲其本分。

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，因爲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<sub>2</sub>）

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；願自兩國憲政史觀察，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<sub>3</sub>）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<sub>1</sub>）以爲對。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，與其稱之爲運用閣員的威權，毋寧稱之爲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，至爲有益。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。願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。其一事故則爲選舉聯邦執政委員會；此爲上文所已論及。其二事

故則爲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爲接受執政的報告與通過法案。聯邦會議每年集會期至爲短促，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（Council of States）爲着便利起見，可稱之爲參議院（the Senate）（解2）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歆羨。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，以至叛逆罪狀，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，聯邦法院當有管轄權。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6) 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；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) 願在聯邦執政委員會管理下之聯邦官吏，聯邦法院對之，亦不有極敏活的指揮權力。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。查觀宗教自由一事，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）復決權（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做效合衆國的陳跡，我們對於復決權制度卻不能發覺同樣事實或傾向。這是要說，復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爲根深與蒂固。然則何謂復決權？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，即謂復決權是一個佈局，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，除卻投票公民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，我們雖稱之為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（譬如在伊利薩伯時代）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，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，亦可不願。（註12）

創制權在聯邦憲法之下，尙未有許多嘗試機會。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，即謂創制權一制度，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，縱使當時尙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，已經取得及養成，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：這是政黨政治尚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，故復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之感念。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，蓄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，兩國在今日所有與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，瑞士社會尚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理院並駕齊驅。其實若就外國政論家的眼光觀察，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，所謂分職制度瑞士人民而未嘗夢見，而賄賂公行之弊尤爲一塵不染。

（註1）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) Marquardsen's Handbuch des Oeffentlichen Rechts, iv. i. 2.

（註2）參考上文書後第三則。

（註3）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書』三三六頁及三三七頁。

(註4) 參考盧兒勒 (Lowell) 原書第二冊，二一四頁及倭列里 (Orlin) 原書，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，二二〇頁。

(註10) 參考盧兒勒原書第二冊，二八八及二一九頁。

(註11) 參考盧兒勒原書第二冊，第十二章；亞當士所著『瑞士聯邦』第六章。複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，此項制度並不見造端於該憲法，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，二八〇頁。

(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，最爲精審。英吉利吏治之優異在今日政治學界中，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)。

(解2) 按參議院 (the Senate) 本爲合衆國國會的上院，而聯邦參議院 (the Council of States) 乃爲瑞士國會的上院。

善後八 瑞士聯邦主義

名稱雖異，實際則同，故戴雪云然。

(解3) 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，兩者在現代民治國家中同視爲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治國家中之作用，參考 (A. Lawrence Lowell, Public Opinion and Popular Government.)

## 書後九 澳大利亞聯邦主義 (註1)

澳洲政治家 (Australian statesmen) 當從事於起草平民國家的憲法草案時，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澳洲民族；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；<sup>(註4)</sup>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）。<sup>(註5)</sup>關於此旨，澳大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。<sup>(註6)</sup>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？不寧惟是，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，維多利亞巴力門（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，或維多利亞巴力門，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大利亞法院，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，遂無一人尙能懷疑此事。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釋者，隨之，還要做成憲法的監護人。關於此旨，澳大利亞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顛自治殖民地。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，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：澳大利亞執政，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，澳大利亞執政，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爲合衆國總統所有，而且不爲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，尚

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制，否，亦宜做瑞士所爲而採用半巴力門式的執政委員會制。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。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，卽謂：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，卽是：澳洲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，澳洲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他法爲止。』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，卽謂：澳洲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：其一爲澳洲民族的生長感念；其二爲竭

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，在他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，即始終仍爲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大利亞立法，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，一如在澳大利亞平民國家法案（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）

將欲明白澳大利亞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，因爲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，倘若果爲屬邦內之多數

行省與多選民所願望，帝國巴力門自然爲之着急通過，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，屬邦比平民國家爲較少受治，因爲前者所有行省，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。此點爲何？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爲屬邦所有，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，而爲屬邦官吏。凡此種種皆爲平民國家憲法所無有。

(註1) 關於澳大利亞聯邦主義參考下列典籍：

(1) The Commonwealth of Australian Act (澳大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『澳大利亞平民國家憲法註疏』(The Annotated Constitution of the

Commonwealth of Australia)

- (3) Moore 所著『澳大利亞的平民國家』
- (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 Esmein 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。

(8) 不列顛北亞美利加法案（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 *Order and Certiorari* 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，即是：倘若這種判決不是因為要推翻各邦大理院的原有斷案而交下，却是因為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顛北亞美利加法案，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，第三十五，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1)

本篇所要考慮的問題先有一種假設的事實，其原委可以簡約敘出如下：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

起的問題，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：任何不列顛臣民，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，確被某一宗巴立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，倘有人要宣稱戰事存在，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：第一層為戒嚴法的性質；第二層為由研究此項性質有所得後之推論；第三層為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，政府為着達到維持公共秩序（在法律上之用語則為君主的和平）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，戒嚴法的存在大抵為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3)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：依法的規則所昭垂，人人得趨赴此間及使用我的土地，以捍衛社稷。如在危急情形之下，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：

「諸位爵士（譯者按，此為律師對審判員的稱謂）在如此危急時期，我以為不但君王陛下，就是一平民，只求為其力之所能及，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。而介於兩種干涉行為間究有輕重的區別，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，為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為犯法，而害及人身自由；甚至為着應付緊急的需要起見，他們還可以致不列顛臣民於死地，亦不為過舉。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）為能相稱。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. Rolfe）嘗謂「戒嚴法的運行只是普通法律的停止；牠的運行倘真為時勢的迫切要求，即受法律容許。」（註9）此語最為中的，且可稱之為要言不煩。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，因爲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，當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（Northumbria）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，縱使已經被人告發爲有叛逆罪，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。當是時，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，此類刑罰必不能成爲合法。雖然，違法之舉固不限於刑罰而已；即有輕於刑罰的舉動，或爲逮捕，或爲監禁，倘不依尋常程序行之，亦爲不當。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，又出於赤心衛護公衆利益，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顛臣民於英格蘭，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，



但仍是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，當比邑宰、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9）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制抑暴動時所有義務。

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，個中常露有兩個普遍特徵。第一、凡將官或邑宰，爲了保持公眾秩序，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，這是三種事實，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。願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，究竟會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，究竟會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認成案(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為替代尋常法院，因為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28）

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為，事定後受人控告為非法行動，倘若查明屬實，但所行事仍出於誠意，而且純為國家服務而受累，在理，該軍人或該官吏應受法律保護，而此項法律實為一宗赦免法案。（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為變成合法。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，即以一七二五及一七四五年之革命（註28）為例）之後。誠以在這種變亂期間，役吏及其他人物，為着保護國家的利益起見，曾經不依法律途徑以行事（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。此項法案的真相必須澈底明白，然後本論題旨方可以繼續討論下去。第二層，我們須知所謂赦免法案，對於合法行為，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，羣衆中途有三數人受擊斃。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；今茲所為，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，不遵行法律途徑以行事，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，倘若這件行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. Pinner)」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20)

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，他又要因忽略不為而受重罰。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，一向毫無為難私人之意；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為之罪，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，縱使他的行為是合理，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。所以法律上不為與道德上不為自然是十分異趣。試設例明之。設如，白理士涂 (Bristol) 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，此項忽略不為必須受罰，因為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，尙有三派學說，各樹一幟。第一學說以御用特權為戒嚴法的使之基礎。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，以為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，並非為無稽之談，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：『倘若因為人權請願書未嘗抨擊戒嚴法，論者便要硬派之為贊成戒嚴法，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）而不負行為上之法律責任。加之，一切法律權利本來站立於同一水平線上；倘若因為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，他即可以禁錮一個英吉利人，甚至罰之，或殺之，亦無不可。約言之，為着作戰之故，他可以干涉任一英吉利人的任何權利。說者以為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為不能審判；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為。由之遂得結論，即謂：軍人在軍事行動下之出於誠意的行為，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）凡上方所陳述皆為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，即謂：

戰爭的發生即可視為尋常法律的效力即時停止；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為，不任受控訴於尋常法院，猶之審判員在執行職務下之行為，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轄權的大義，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挨鴉（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。他們以爲當在外敵侵入境內之際，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尚能保持和平；法院尚在開庭審事。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？我以爲在如此情勢之下，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：市內和平尙在保持，法院尙在開審，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爲優勝。即使有所優勝，他的罪名亦不見得到極大減輕。（註95）

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96）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爲確實。誠以平尼市長在此案中所以受罪之特殊情勢大致如下述：第一、平尼先生在當時身任市長，即負有維持白理士涂市的公衆安寧之責，詎料當暴動初起，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，爲着恢復秩序起見，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。他的行為固然是懦弱無能至無疑義；然而一經反覆審訊，他仍然被陪審員視為非明知而故犯刑事罪者。比審判員亦以為然而與以同意。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，因為外敵正在侵逼，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為合法。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，即以為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，至為明白。倘若該案尚不能為之解證，此外我更不知尚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。此旨亦為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，即謂：倘若此項見解是正確，則歷來所有赦免法案只成為多事而已。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為，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87）

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，愛爾蘭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，當時尙不足以庇蔭斐格拉（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換鴉（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1）關於本題論旨參考下列典籍：

（1） Law Quarterly Review, XVIII.

（2） Holdsworth, *Marital Law Historically Considered*, pp. 117—132.

（3） Richards, *Marital Law*, *ibid.* pp. 133—142.

- (4) Pollock, What is Martial Law? *Ibid.* pp. 152—158;
- (5) Dodd, The Case of Marais, *ibid.* pp. 148—151;
- (6) The Case of Ship Money, 3 St. Tr. 828;
- (7) Wall's Case, 28 St. Tr. 51;
- (8) Ex parte D. F. Marais (1902) A. C. 109;
- (9) Forsyth, Cases and Opinions, Ch. VI p. 188;
- (10) Clode, Military Forces of the Crown II Ch. XVIII.

此外尚有英國方面之典籍：

- (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，雖則不爲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 (Gibb) 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

書後十，戒嚴法在外戰或內亂時期之問題



(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  
一至一〇二三頁，一一三四頁，一一四九頁，一一六二頁及一一一四頁。

(註5) 參考 1 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。比較荷勒本 (Hollorne) 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. Meredith, 4 T. R. at p. 797.

(註8) 參考 Trevellyan 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稿 (Reg. v. Eyre) 一案八四頁中所發言論被引用，以證明這種法律處  
務為合法，我們必須記取一事，即是：白拉克布恩替挨稿總督所辨白，純以者參加立法機關所立法案為根據；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. Marais, [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) 參考寫耶 (Thayer) 的憲法成案，卷四，二三九〇頁。

(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。

書後十 戒嚴法在外戰或內亂時期之問題

(註23) 參考下列成案：

(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册一五六及一五七頁。

(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』第二册一六四及一六五頁，又佐治第一代檔案第一册，法令第二號，第二十九頁，及佐治第二代檔案第十九册第二十章。

(註29) 此為審判員白拉克布恩在君主對埃瑪 (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埃瑪一案所發言論，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) 嘗第論文，即以戒嚴法爲題，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. J. r. (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. J. r.) 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<sup>(註1)</sup>

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) <sup>(註2)</sup> 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) <sup>(註3)</sup> 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，則為最高法院一人，國務院一人。

以上八人依法得接連被舉，其實接連被舉乃為常事。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 (Maires des régnes) 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) 參考別寫列眉 (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 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，尋常法院干涉及行政法上之訴訟，是否即爲越權的問題) 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，常時以為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，或為

(1) 與元首所訂契約，以至與政府各部所訂契約頓被毀棄；或為

(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為謬誤。

### 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）因為有管理公眾建築物之故，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。

#### 關於侵害行爲

倘若官吏因處理公務而有侵害行爲，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為國家的役吏為之者，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，若有經紀為之代訂契約，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。)

### 主文

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卽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，而通過決議如下方——

### 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爲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，以證實其爲財用草案。在未騰具此項證明書之前，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（不論其爲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，又根據同法案所受威權而立法，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，不適用於為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，不以本法院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，巴力門任期向為七年，繼自今此項任期應改為五年。

#### 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，其父為 Thomas Edward Dicey (愛德華戴雪)，其母為 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)，即由愛德華戴雪主撰。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) 即為其最著者。列士梨斯梯芬與戴雪教授為中表兄弟，相交甚契。列士梨嘗為其姑及姑丈作傳，各有切實稱獎；前者被稱為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 (Balilol) 學案爲學生；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. F. 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，當戴雪修學時，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 Fundem 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蒲徠士 (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

烈士梨斯梯芬、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，蒲徠士與戴雪尤爲死生道義之交，中間雖以愛爾蘭自治問題主張各異，然朋友交誼始終保持不變。蒲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. Rait) 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，戴雪先生與本威架楊 (Finor 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，故生平與其愛妻良友所有往來書札，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，樸萊克斯頓 (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，然求其能紹承樸萊克斯頓遺緒，以樹立宗風者，戴雪實爲樸萊克斯頓後之第二人。

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為政治領袖。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。其一為改進全魂學院（All Souls College），務使之成為牛津大學的極優良法律學校；其二為殫心著作，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（the William Anson）合作，全魂學院在今日，不但成為一優良法律學校，而且成為全國極有名譽的法律學校。安生爵士原與戴雪教授為同學，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，以為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？』為題，而加以肯定答案。而且在講學期間，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』，此書由在牛津大學的講義編成。其第二部為『法律與公意』（Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century），此為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，蒲徠士相與偕行，時為一八七〇年，而此行實為蒲徠士後來作『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，特於一八九八年遷往講學，同時並演講於盧兒研究院 (Lowell Institute)、普林斯登大學與哥倫比亞大學。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)，願著者獨喜用『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，即謂著者『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，戴雪即擔微桌講座，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為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，不但在本國中成為法律的經典文學，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。迨至該書第二次修正後出版纔數日，著者遂亦溘然長逝矣。

中華民國二十四年一月初版

(34394.1平)

大學叢書  
(教本) 英憲精義 二冊

Introduction to the Study of the Law  
of the Constitution

裝平每部定價大洋叁元貳角

外埠酌加運費匯費

版權所  
翻印必究

原著者 A. V. Dicey

譯述者 雷賓南

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

(本書校對者 沈抱秋 黃競生 董雲霆 總編輯 宮秀)

\*B五八七一

平

三四八

54  
2010



Y