

張亞濤著

比較憲法



張亞濤著

比較憲法

臺灣商務印書館發行

編者弁言

本（六十六）年七月十六日（舊曆六月初一）欣逢吾師岫廬先生九秩壽誕；岫廬先生的門生故舊爲表示崇德報恩的敬意，研商如何安排一項有意義的祝壽活動。當岫廬先生八秩晉八華誕時，曾由其門生故舊及社會人士分別撰寫文章，合編而成「我所認識的王雲五先生」一書，表示對岫廬先生的感佩與仰慕。今年恭逢岫廬先生九秩嵩壽，應該有一項意義同樣重大而範圍更爲廣泛又能傳之久遠的祝壽活動，於是乃發起編輯「岫廬文庫」，因爲岫廬先生的門生故舊多半從事教育文化工作，他們缺乏財力來爲岫廬先生作盛大鋪張的祝壽節目，而生性淡泊的岫廬先生恐怕也不會同意那些鋪張浪費的節目。以文爲壽，乃是中外學者共有的傳統，因此，我們與商務印書館總經理張連生先生商量，由岫廬先生的門生故舊及社會人士撰稿，由商務印書館出版「岫廬文庫」，以「岫廬文庫」爲岫廬先生壽。「岫廬文庫」的出版，不是空言對岫廬先生的歌頌，而是每一位著者以他的筆耕成果，恭恭敬敬奉獻給他們所敬愛的長者——虔誠地爲九十高齡的岫廬先生祝福！

岫廬先生是位蜚譽國內外的學者，幾十年來，在政治、教育、文化、社會工作

二一

各方面的成就和貢獻是了不起的，也是有目共睹的，岫廬先生的苦學成功，早已成爲年輕人努力奮鬥的楷模，成爲老師們訓勉學生努力效法的榜樣，岫廬先生實在是當代中國對國家社會極有貢獻而且有深遠影響的偉人。「岫廬文庫」的著者們以岫廬先生爲榮，他們把筆耕的成果呈獻給岫廬先生，乃是表示他們願意效法岫廬先生的精神——個人的努力是爲了國家社會的利益，他們的著作希望能爲當前中國的學術文化界盡到一份知識分子的心力。

「岫廬文庫」要從岫廬先生九秩壽誕吉日開始長期出版下去，嗣後每月有新書出版，種類與冊數視實際情形而定。在內容而言，以人文與社會科學爲主，但其他方面如果有富有價值的作品，也將酌情納入。爲了攜帶方便，「岫廬文庫」採用四十開本印刷，每冊字數以五萬至十五萬字爲原則，以出版新著爲主，古籍舊書不予納入。

在岫廬先生九秩華誕的前夕，我們虔誠地祝福他老人家永遠健康愉快，同時也向對國家社會具有多方面貢獻的岫廬先生謹致最高的敬意！

陳水逢

王壽南

謹識

中華民國六十六年六月

自序

岫廬先生是我的業師，是我最尊敬的老師之一；但說起來，也真令我慚愧，我雖有幸忝列門牆，但先生的道德文章，我却百不得一，祇能稱做先生的記名弟子。

現在同學們却說由每人各自提供一份著作來編輯成一個岫廬文庫，以便在老師嵩壽之日，好讓老師高興一下；我實在是才疎學淺，無力應命，但又勢不得不附驥尾，於是便祇好將幾篇已經發表過的且性質也甚相近的舊稿拿來湊數獻酬。這幾篇舊稿依次是「五權憲法與其他憲法之比較研究」，「戰時憲政體制之研究」、「三民主義的權利學說」和「言論自由面面觀」。它們共約七萬字，曾分別刊載在中華學報第二卷第一期、新時代雜誌第十二卷第四期、東方雜誌復刊號第七卷第五期及新時代雜誌第十六卷第四期上。因為「五權憲法與其他憲法之比較研究」一文等於

是比較憲法的研究，而其他三篇又無不和憲法的理論有着一些關係，所以我就將這一本書以「比較憲法」來命名，名實也算相符。

在另一方面，我也總是覺得這幾篇舊稿的重印，也並非純屬搪塞，毫無意義，對於學術界或現社會或許也能提供或多或少貢獻。「五權憲法與其他憲法之比較研究」一文可以說不但將國父的思想學術化了，也肯定了五權憲法一理論的學術價值。「戰時憲政體制之研究」一文既徵引了歐美各民主先進國家應付危機的方法，所以對於我國目前的憲政民主勢必頗具做效參考的價值。「三民主義的權利學說」一文就「權利」的意義、來源、項目、器化和制限均就各家學說予以說明，自信各項解釋，均稱正確；權利為民主憲政實施的基礎，此文對於現社會當不無積極的正面的效益。「言論自由面面觀」一文可以說是從各方面來討論言論自由這一個為民主社會所共同關切的問題，既提供了理論的根據，也提供了應有的方法；其對於我國目前的社會當非絕無裨益。

國父認為要求社會更美好，必須每個人都能發揮服務的人生觀；我的能力有限，無法提供更多的服務，但願本書能作為個人對社會提供服務的一個起點。當然，

卑之無甚高論，本書可能讓老師失望，也讓讀者失望，在此，我申明，以後我將更努力，務求毋負老師的期望，順便也建議讀者，可以多讀一讀作者的老師——王岫廬先生的著作，保證你更上層樓，滿載歸去。

張亞溥誌於國立政治大學三民主義研究所，時當中華民國六十六年開國紀念日。

目 錄

- 一、五權憲法與其他憲法之比較研究……………一
- 二、戰時憲政體制之研究……………六九
- 三、三民主義的權利學說……………九一
- 四、言論自由面面觀……………一二〇

五權憲法與其他憲法之比較研究

一

一般研究憲法的學者類多承認在舉世各國的憲法中，成文（Written）憲法當以美國憲法爲最卓越，不成文（Unwritten）憲法則以英國憲法爲最有成就。美國憲法的特色爲立法、行政、司法三權分立，故人咸稱爲三權憲法，英國憲法的特色爲「巴力門主權」，雖亦分而爲立法、行政、司法三權，但掌理立法的國會是真正有權的機關，故人咸稱之爲一權憲法。成文憲法爲一種或多種文書組合而成，不成文憲法則係由於歷史之成長；成文憲法有所共見之文字，不成文憲法則主要有賴於不可見之習俗慣例；以是，二者雖各有所長，而世之行憲諸國則多取成文憲法之路，至於三權憲法和一權憲法的問題，究應何所取捨？何者爲優？何者爲劣？抑

係二者皆優？二者皆劣？也頗值得研究。從權力（Power）的觀點看，分權、集權究竟孰是？若果分權爲是，如何分才算是？甚至權力究竟能不能分，即使能分，而分後政治上所產生者是否利多於弊？也頗堪研究。更退一萬步以言，即使二者均是，但站在一個有待於憲政化的國家的立場，又應怎樣追隨，是都有待於認真的探索。

國父孫中山先生倡導中國的革命，力謀中國的現代化，在政治原則上，他提出了三民主義的主張，在政治制度上，他提出了五權憲法的構想。他對英美的憲法固亦嘗有深入的研究，他也承認英美兩國憲政的成就。他說：「兄弟歷觀各國的憲法，有文憲法是美國最好，無文憲法是英國最好，英是不能學的，美是不必學的。」（註一）他一方面固然承認英美的憲法「好」，另一方面却又認爲不要學，可見得這種所謂「好」，並不是絕對的，而只是相對的，而相對的好，自亦不能算作真正的好，我們中國傳統的哲學是凡事「取法乎上」，這大概便是國父之所以不學英美的緣由。

英國是民主憲政的發祥之地，其成就確亦睥睨當世，批評它不夠好，似乎頗爲

不易，事實上，也確非易事，必須對它有所精到之研究，在國父，他既敢作此批評，自然是有所依恃，他曾經說過如下的一段話，我們可以見及他所有的深度。他說：「憲法是從英國創始的，英國自經過了革命之後，把皇帝的權力，漸漸分開，成了一種政治的習慣，好像三權分立一樣。當時英國人並不知道三權分立，不過為政治上利便起見，才把政權分開罷了。後來有位法國學者孟德斯鳩，著了一部書叫做『法意』，有人把他叫做『萬法精義』。這本書是根據英國的政治習慣，發明三權分立的學說，主張把國家的政權分開成立法、司法和行政三權。所以三權分立，是由於孟德斯鳩所發明的。當時英國雖然把政權分開了，好像三權分立一樣，但是後來因為政黨發達，漸漸變化，到了現在，並不是行三權政治，實在是一權政治。英國現在的政治制度，是國會獨裁，實行議會政治，所謂以黨治國的政黨政治。」（註二）這種見解實在深刻，令人欽敬。

英國的憲法和美國的憲法既然均未臻於至善之境，然則國父所發明之五權憲法又當如何？是否確有放之四海而皆準，垂之萬世而不朽的價值？此我人所以從事比較研究之緣故。

二

首先，我人稍事敘述英國憲法中之重要部份，並對其價值從事客觀之評估。

研究英憲者，類多熟讀英儒戴雪 (A. V. Dicey) 所著「英憲精義」 (Introduction to the Study of the Law of the Constitution) 一書；此書不但於英國憲政制度之精要刻劃入微，且又諸多偉大見解，乃為士林所極度推重。

在本書中，戴雪不但將其個人所見一一寫出，且綜合柯克 (Sir Edward Coke)、布拉克斯吞 (Blackstone)、狄龍 (De Lolme)、史梯芬 (Stephen) 等人的意見加以運用；他的結論是「巴力門主權」。他說：「自法律觀點立論，英國政治制度之主要特性便是巴力門的主權。」 (註三) 「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廢置巴力門的立法。是為巴力門主權的原理所有真諦，不能增多亦不能減少。」 (註四) 「大凡國內所有規則，但得法為之執行

，便成法律。……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。……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。」（註五）「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。巴力門對於其所屬之立法固可以明許，又可以默認。倘使兩者均得不到；則所謂法律決不能具有責效力（Sanctions）。」（註六）「巴力門的權力所至，誠有如柯克（Sir. Edward Coke）所云，不但是卓越，而且是絕對。……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，或關於宗教，或關於世俗，或關於內政，或關於陸軍，或關於海軍，或關於罪犯，則又皆可不必拘論。……簡言之，凡天意所不能為之事，巴力門均可以人力為之，因之，世人遂誇稱巴力門為萬能。」（註七）「狄龍（De Lolme）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。』」（註八）戴氏更將柯克在所著「第四法經」（Fourth Institute）中所舉巴力門對英國人民之私權所作干涉諸例加以引證，（註九）使讀之者更深感英國巴力門之威權竟是如此的強橫霸道，不但是無所不能，甚至可無惡不作。

一般人談論民主政治，認爲它必須是民意政治，必須是法治政治，必須是責任政治，必須是主權在民！英國的巴力門既有如此威權，其是否仍爲民主政治，便不無可疑了。即使是民主政治，也就不無可議之處。此所以國父批評它是「國會獨裁」（註一〇），而盧梭更有惡評，他說：「英國人民，自以爲自由矣，其實誤也。在選舉議員時，彼等全屬自由，然選舉終結，則均爲奴隸，故英人雖於選舉之剎那間，曾享有自由權利，然正以誤用自由，故反失其自由。」（註一一）是無異指責英國的國會爲暴君。

若問英人亦曾感受之否？且一讀戴雪氏在前述名著中之所供述，他說：「巴力門的議員遂負一國自由權利之重寄；如此重寄的勝任不獨須仰賴他們所有權能，而且須依仗他們所有誠信、剛毅與智識。所以吾國名人財相布爾來（The Great

Lord Treasurer Burleigh) 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聯繫；渠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。裁判長孟德斯鳩於此更爲一預言，以斷定巴力門的前程；他以爲在以前各國如羅馬、斯巴達及迦太基既已失却自由而歸於淪亡，英格蘭的憲法將來必不免同蹈覆轍，至於失去自由，歸於湮滅。故一遇立法權力較行政權力更爲腐化之日，即英格蘭的憲法湮滅之時。」(註一二) 是誠感慨之至！

然而，在英國憲法之下，其巴力門並未作惡多端，且能多所造福；是何以故？戴雪氏作如此解釋：「自常識方面觀察，人人皆知巴力門主權所有權力，無論法律學者作何論調，事實上決非絕對無限。君主、貴族院及平民院縱能合成一體，亦不能具有一種萬能力量。復有許多法案，縱非極不聰明，又非十分暴戾，巴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，亦不值得我人在此地極力稱道。」

(註一三)他甚至強爲辯解：「主權者，無論爲何人，或何團體，當運用權力時，必被約束於兩種限制：其一屬於外部，其他屬於內部。這兩種實際限制的存在，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而不易抵抗；但使不善用之他的選民，或全體，或大部份，必至互相携貳而不願守法。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。……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，君主亦不能任意行爲。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。……」(註一四)吾國已故政治學名教授鄒文海先生在其所著「比較憲法」一書中亦說：「巴力門權力的無限，不過法理中的『項假設』(Legal Fiction)，事實上，並不是真正無所限制的。英國的輿論，限定了國會可以行動的方向，英國悠久的政治傳統，亦告訴巴力門何者爲其行爲的邊緣。凡輿論及政治傳統的力量不如英國者，如果採取英國巴力門至高無上的原則，那真是畫虎不成反類犬了。」(註一五)總之這些辯解都是十分的牽強，至少它並非真正鞏固，更非無懈可擊。

即使英人，亦殊不敢毫無忌憚地寄望於此，乃近年來，英國便頗有主張採用複決權以資救濟之呼聲；甚至有人將「主權」分而爲二，一曰政治主權，一曰法律主權，政治主權屬人民，法律主權屬巴力門，人民行使複決權，便是運用政治主權以尅制法律主權。這種呼聲雖尚未成爲實際的政治制度，但也足可見出英國憲法之確有病（註一六）。

以英國之歷史傳統和社會背景，而英人對其所有憲法尙抱如此疑懼態度，則其他國家而毫無此歷史傳統和社會背景者，自更無採用此種憲法之理由，國父僅稱其爲不能學，而實則心存鄙視，尙有不必學的理由；我人於此，亦深有同感。

三

其次，我人再稍事敘述美國憲法中所有重要部份，並亦對其價值從事客觀的評估。

研究美國憲法自不以其憲法本文七條及增補案二十六條爲已足；它確乎與英國憲法有所不同，英國憲法乃是經歷數百年久所成長而來，符禮門（Freeman）固