

法学研究

第 4 辑

1986

书目文献出版社

法 学 研 究 (4)

——台港及海外中文报刊资料专辑 (1986)

北京图书馆文献信息中心剪辑

书目文献出版社出版

(北京市文津街七号)

国防科工委印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

787×1092毫米 1/16开本 4½ 印张 115 千字

1987年3月北京第1版 1987年3月北京第1次印刷

印数1—5,000册

统一书号: 6201·1 定价: 1.20元

〔内部发行〕

出版说明

由于我国“四化”建设和祖国统一事业的发展,广大科学研究人员,文化、教育工作者以及党、政有关领导机关,需要更多地了解台湾省、港澳地区的现状和学术动态。为此,本中心编辑《台港及海外中文报刊资料专辑》,委托书目文献出版社出版。

本专辑所收的资料,系按专题选编,照原报刊版面影印。对原报刊文章的内容和词句,一般不作改动(如有改动,当予注明),仅于每期编有目次,俾读者开卷即可明了本期所收的文章,以资查阅;必要时附“编后记”,对有关问题作必要的说明。

选材以是否具有学术研究和资料情报价值为标准。对于某些出于反动政治宣传目的,蓄意捏造、歪曲或进行人身攻击性的文章,以及渲染淫秽行为的文艺作品,概不收录。但由于社会制度和意识形态不同,有些作者所持的立场、观点、见解不免与我们迥异,甚至对立,或者出现某些带有诬蔑性的词句等等,对此,我们不急于置评,相信读者会予注意,能够鉴别。至于一些文中所言一九四九年以后之“我国”、“中华民国”、“中央”之类的文字,一望可知是指台湾省、国民党中央而言,不再一一注明,敬希读者阅读时注意。

为了统一装订规格,本专辑一律采取竖排版形式装订,对横排版亦按此形式处理,即封面倒装。

本专辑的编印,旨在为研究工作提供参考,限于内部发行。请各订阅单位和个人妥善管理,慎勿丢失。

北京图书馆文献信息中心

目次

战后日本宪法与立法权优越的变迁（上、下）	佐藤功 李鸿禧	一
美国司法审查及其政治性之研究	江斌玉	一二
美英法德（西德）四国立法助理制度研究	曾济群	三二
伊朗现行的伊斯兰刑法	吕云	四七
韩国“国民银行法”	张景南 袁颖生	四九
日本保护女性劳工立法的发展	刘志鹏	五四
介绍美国的新移民法案	赵国材	五八
外国法令介绍		六一
美国扣押命令及强制破产		六一
美国之商务签证		六二
加拿大外人投资审核法案		六三
加拿大营利事业型态之有关规定		六四
韩国专利法		六五
日本最高法院判例要旨介绍		六六
美民意倾向处决死囚	闻楚雄	六七
泰国刑法浅说		六九
美国法院的一些裁决	王君	七〇

戰後日本憲法與

／佐藤功・李鴻禧

立法權優越的變遷（上）

李鴻禧：佐藤教授，在戰後日本憲法學界，您與宮澤俊義、蘆部信喜、小林直樹等教授，同被公認為是魁辰重鎮、廣受景仰。您不但親自參與了新憲法的草擬工作，目睹明治憲法轉變為新民主憲法之過程，備嘗戰敗、聯軍占領、新生等日本國運之艱辛痛楚；而且在五十年代中期，日本朝野保守與革新勢力，為是否修改憲法相持不下而設立「憲法調查會」時，又獻身其間提出不偏不黨、高瞻遠矚的見解，為各界所共同信服，影響日後憲法之發展至深且遠。目前您除了教學外兼任多項公職，又出任日本公法學會理事長，諸事冗忙；今年承您在訪華繁忙的日程中，應邀做一番對話，非常感謝。

無容否認的，戰後日本新憲法，是在聯軍麥帥統帥部兵臨城下時，強力之指導與施壓下制頒的。可是戰後三、四十年來，日本實施這部憲法成績優異，較之西方民主先進國家，也毫無遜色之處。為亞非拉丁美洲各國所不能望其項背；在東方世界更顯得鶴立雞群。您認為主要原因何在？

編按：日本公法學會理事長、國立東京大學教授佐藤功，是戰後日本戰後憲法學界重鎮，近日應邀來華參加議會制度之比較研究討論會。

本社特邀請佐藤教授與其東京大學授業門生、台大法學院李鴻禧教授，做一次對話。並請李教授摘要選譯，以饗讀者。

佐藤：承蒙中國論壇社相邀，很感榮幸，尤其是和闊別十多年的李教授談談戰後日本新憲法問題，更是愉快。

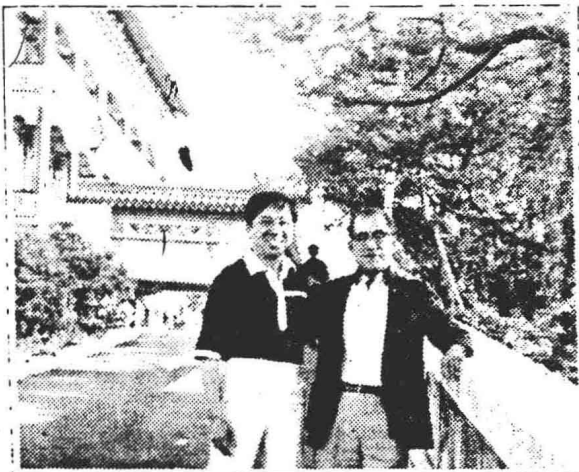
這三、四十年的實施，一般日本人都很感滿意這部憲法，很少有人去意識這是「聯軍占領下強迫制定的憲法」，很多憲法學者還慶幸聯軍當時施加壓力，否則日本還制定不來如此優越的憲法呢！

誠如您所指摘，日本新憲法是日本戰敗、聯軍占領日本時，經麥帥統帥部強烈指示催促下制頒的。因而，多年來常有些人主張聯軍占領既已結束，應重新由日本國民自己來制定「自主憲法」，取而代之。然而，絕大多數日本人，特別是憲法學界人士，都深切感到這部新憲法之精神、內容和價值觀，都很優異而富前瞻性，不但反對重新制定「自主憲法」來取代這部憲法，而且連修改憲法的部分條文，都抱著敬謹審慎的態度，不表贊成。事實上，經過

戰後日本實施民主憲政，能有較佳成績，其原因錯綜複雜不一而足。抽象地說，是戰後日本人對於戰前獨裁專制政治之深切反省，努力追求民主政治、戮力憲政施行所致。具體地說，則在一、憲政結構之改變；二、憲法本身之優異；及三、日本憲法學之良好基礎；這三個關鍵。

李：記得十數年前，我在日本國立東京大學法政研究所，選修您所開「憲法與軍隊」課，就常聆聽您闡論：「政治憲法」與「軍事憲法」的二元主義，是日本軍國主義化及立憲政治崩壞的根源。戰後這種憲政結構的改變，確是日本民主憲政推展的前提條件；是否請您略作申論？

佐藤功和李鴻禧。



佐藤：在近代民權運動興起前的封建專制時代，處於絕對君主制度下的「政治體系」和「軍事體系」，是在強大君權下融為一的。換言之，君主一方面，是唯一而最高的立法者、

執行者和裁判官；同時另一方面，也是國家軍隊（亦即君主私人軍隊）的最高統帥、唯一至高的指揮官；借君主的「統治」使「政權」（civil power）和「軍權」（military power）密切地合一，而將政治秩序和軍事秩序「統一」在君主手中。在這種政治結構下，「軍權」是「政權」的基礎，君主的絕對政治權力也源自其絕對的軍事權力；君主主權既然奠基於其無限的統帥權，則一般國家行政無非是由軍事行政所擴張形成。軍權的絕對優越地位，當然封堵了民主憲政體制的形成及發展。

近代民主革命和立憲政治，在摧毀封建專制體制後，最重要的課題就是如何以民主憲政體制，來規範約束「軍權」，使其服膺「政權」而受「文官統制」（Civilian Control）。因此，早從英國「光榮革命」後的「權利法案」第六條，即開始由議會統制「軍權」；法國大革命時的「人權宣言」第十二條，北美維吉尼亞憲法，以至現代各國憲法，大都規定軍隊須受文官及議會統制及約束。民主憲政能夠實踐得理想，也決定在「文官統制」能否貫徹。

令人遺憾的，日本明治憲法體制中，有關軍隊制度類多仿襲繼受普魯士憲法之「政權」和「軍權」分庭抗禮之「二元主義」體制。明治憲法明定天皇統帥陸海軍，決定陸海軍編制員額、決定宣戰與媾和；而這些權能之行使，不由內閣輔弼，另行設置直屬天皇之參謀本部及陸海軍司令部輔佐之。當時不但採「軍部大臣武官制」，內閣中之陸、海軍大臣明定由軍事將領任命；而且，對有關「軍機軍令」事項，規定可由陸、海軍大臣不必經內閣總理或內閣照會，而直接「帷幄上奏」。絕大多數軍事權

能或事務，都列入「軍令系統」，不受內閣及統制內閣之議會過問。這種「國政」與「軍政」、「政治憲法」與「軍事憲法」的「二分結構」、「二元主義」；確使日本走向軍國主義化，也使立憲制度崩壞。

戰後日本痛定思痛，不但在新憲法序文中表示，要防止因政府行為再起戰爭慘禍，將國家之安全與生存，委諸他國之公正與信義，確認世界各國人民都有在和平中生存之權利；而且在憲法第二章明定放棄戰爭，不保持陸海空軍，不承認國家之交戰權。明治憲法下「政治憲法」與「軍事憲法」的「二元憲法結構」之改廢；以及在維護擁有自衛隊之現實，卻嚴受內閣及防衛廳之「文官統制」。這是日本異於其他亞非拉丁美洲國家，能擺脫軍權危害民主憲政之地方；日本民主憲政實施成績較佳，原因亦在乎此。

李：當然，戰後日本憲政結構中，除去軍權因素確是民主憲政實施良好之重要原因，但是這畢竟是「除弊」的消極原因；其「興利」的積極原因，還是在於戰後這部新憲法之優異。您曾參與新憲法之制定，也曾置身修憲護憲之爭議漩渦中；自然對這部憲法之優異之處，相當熟稔。可否請談一談？

佐藤：日本新憲法並非十全十美，沒有瑕疵破綻的憲法；不過一般說來是相當理想的。這部憲法由於基於對明治憲法體制的反省及再出發之企圖，所以摒棄了君主專制的明治憲法，改採近代立憲主義之憲法體制，以國民主權主義、民主主義、保障人權等，作為憲法的根本原理及主要內容。這部憲法，一方面，努力在

改革戰前國家機關和政治組織，俾利議會內閣制之建立和議會民主主義之實踐，同時另一方面，也設法全面改革戰前日本之傳統秩序；使憲法條文涵蓋了社會、經濟、勞動、教育，乃至家庭、思想、文化等相當廣泛的領域；促進日本社會之近代化；使民主憲政之運作，因有良好的環境基礎而易於展開。

特別是這部憲法，制頒於日本戰後受原子彈摧殘之廢墟上，因而充分反應了人類對核子戰爭之危機意識，在極端憎惡戰爭之感情下，表示對世界和平的熱切期望；前述憲法之放棄戰爭、不保持戰力、否認國家交戰權等條項，對未來人類和平生存言，是極具前瞻性的。加上憲法中對生存權、社會權之富前瞻性條項，亦頗不少；更使日本憲法兼有保障基本人權及謀求社會福利功能，足為「現代憲法」兼顧自由權與生存權之楷模。

李：我個人在比較研究亞非拉丁美洲等開發中國家或後進國家之憲政發展情形後，深切感到：一個國家若憲法學研究發達水準高，則其移植繼受歐美先進國家之立憲主義思想及制度，就比較容易；相反的，若一個國家憲法學研究落後水準也差，則縱令勉強或被迫移植繼受民主憲政先進國家之憲政，也容易使之變形變質，名存實亡。日本戰前自明治維新制頒明治憲法以來，憲法學、比較憲法學之研究，輒已相當發達；不但傑出憲法學者輩出，憲法學研究水準業績均頗可觀，而且憲法學者多風骨嶙峋、具有風範節操。戰前東京大學憲法教授美濃部達吉，因擇善固執於其「天皇機關說」，而飽受日本政府解聘、禁書、圍剿、軟禁等迫害，仍能威武不屈，就是典型的例子。從而，雖在戰時大眾逼於日本軍部淫威不敢明示，但對民主憲政已有相當程度的認識；戰後日本新

憲法一制頒，全日本很快就進入憲政時代，了無困難，可能就是憲法學基礎厚實所致。不知佐藤教授對戰前戰後，日本憲法學發達之環境，與日本較易移植繼受歐美憲法之關係，抱持什麼看法。

佐藤：我很贊同李教授這種假說和推論。日本戰前憲法學研究之發達，確使戰後日本很容易「轉變」為民主憲政國家。然而，戰後日本憲法學之愈益發達，更是使日本民主憲政實施成績斐異之主要「動力」。

戰後日本新憲法明白揭櫫其基礎在於「人類普遍之原理」，亦即肯定日本新憲法涵容、採擇近代各國之憲法思想、制度及經驗。固然，戰前日本也有比較憲法學底研究，但是因明治憲法是移植繼受德意志之君主立憲制度，所以比較憲法研究幾乎都集中德意志憲法，研究目的也只在於斷章取義地剽剽德國憲法，俾供註釋或補強明治憲法的「天皇國體」而已；至於其他憲法學界對英、美、法、俄憲法，所作之比較憲法研究，則被視為純學術研究，即「為學術而學術」，並不用作實施憲政的殷鑑，而遠離孤立於另一「憲法學世界」。然而，戰後日本新憲法本身，就移植了不少美國憲法上之制度，像「違憲審查權」、「法律正當程序」、「人身保障律」等等；又涵容比較憲法規範；因此，不僅比較憲法以及相關之研究，相當發達；對象也擴及歐美各國；而且比較憲法研究所得，常常不只用來詮釋、補充日本憲法學，有時甚至就作為日本憲法學之內容之一部。

抑且，由於戰後日本憲法學研究，深受美國憲法學及憲法理論強烈之影響，所以美國憲法學研究時，與其他諸多鄰接科學作科際整合研究之風尚，也波及日本，使戰後日本憲法學，擺脫戰前德國憲法學專重註釋法學方法，而改

採美國憲法學研究方式，廣泛地從政治權力、政治過程、政治方法之角度，去分析究明憲法；把憲法現象視為社會現象，然後再就憲法之實際狀態、機能，以及確保其實效性之條件等，一一加以分析解明。目前，這種與憲法學有關之「鄰接科學」，尤其是政治學或社會學底憲法研究，相當發達。浸假在憲法學上占有愈來愈大的比重，不單充實了憲法學的內涵，也增多了憲法學的前瞻性。

再說，由於戰後日本新憲法，採用了美國憲法之違憲審查制度，各級法院法官都能行使違憲審查權；憲法法典就一變成爲可由法院直接適用之「裁判規範」，不再只是行使行政權或立法權時，實施者的心理基準。因而，憲法判例之研究比重，飛躍上昇，殆已成為戰後憲法學之核心部分。憲法判例本身亦不再停留在解釋憲法之補助手段的地位，甚且成為憲法的法源或憲法之一部；這是日本戰前憲法學所欠缺的、戰後憲法學的新領域。特別是戰後日本憲法判例研究，往往與憲法之政治學、法社會學底研究，交互重疊，犬牙交錯；使憲法學變得五色綵紛，多彩多姿，且視界廣闊，方法也多，極富朝氣，生氣蓬勃。

特別是戰後日本憲法學內容富蘊，憲法判例層出不窮，憲法相關文獻亦極龐多複雜，加上憲法問題性質的錯綜複雜、詭譎難解，憲法學之研究，因焉在量與質上，都變成非單獨或少數人之研究所能濟事，這種發展促使共同研究方式，大為盛行。事實上，戰後日本之憲法研究者人數急遽上昇；同時大學紛紛將憲法列為必修或必選課程，助長憲法書籍之出版。也助長了共同研究之風尚。這種共同研究，雖未必是達到真正「共同研究」之境域，甚至只是「共同執筆」而已；可是這與戰前憲法學幾無

共同研究者，則成強烈對比。值得一提的是，隨著共同研究範圍之擴大，有關憲法學之科際整合的研究，也大行其道。當然，這種科際整合的研究，也有一定的界限；主要的是：比如就地方自治、都市問題、社會保障、教育權利等問題，讓憲法學者參加經濟學、社會學、社會政策學、財產學等學者，所做的共同研究而已。

戰後日本憲法學的這些特色，確是使日本戰後實施新憲法時，能推陳出新，因應自如。若不然，明治憲法與戰後新憲法，在理念及制度上南轅北轍迥不相侔，戰後日本社會、經濟也急遽推移，民主憲政是不易推展出今天的成績的。

李：佐藤教授這番說明，從日本憲政結構之改變，日本新憲法本身之優異，以及日本憲法學之良好基礎的角度，來說明戰後日本民主憲政之優異發展；確是令人易於瞭解信服。不過，若從西方立憲主義思想及制度的移植和繼承的角度來看，很多東方國家或非洲、拉丁美洲國家，雖都制定內容美侖美奐之憲法，但實施起來卻變形變質，使民主憲政名存實亡，其中原因固然錯綜複雜，不一而足；我認為日本戰後使憲法學擺脫政治、文化、傳統等枷鎖，回歸「科學底憲法學」，而以「科學底憲法學」來詮釋、適用新憲法，可能是最根本原因之一。戰前日本憲法學不能擺脫「君權神授的天皇制

度原理」，就像很多共產國家的憲法學，套上「共產主義」框架一樣，使憲法學只能做某種政治思想、價值意識的「侍妾」；憲法學一旦失去其科學底憲法學的本質；憲法的詮釋、適用就難免受特定而非「共識」的政治主義、價值所扭曲，而變形變質。不知佐藤教授以為然否？

佐藤：我的看法與李教授之看法完全一致，在過去發表的「戰後日本憲法學之特色及課題」一文，我就曾強調指摘過這種看法。的確，日本也是戰後新憲法制頒後，憲法學才具備成為「科學底憲法學」的條件。戰前，日本雖也不無學識卓越，憲法學底造詣極深的學者，努力在紹述歐美憲法、想建立高水準的憲法學；但是因為戰前明治憲法之基本原理，乃是「君權神授」的「天皇制度原理」，以這種政治意識與立憲原理作為國家體制之「國體」理念，也就劃為不可分析、研究或批判之「聖域」、「禁區」。在這種情況下，不僅憲法學無法做科學底研究和詮釋，比較憲法學之研究也變成非為借鑑外國，而只是「純研究」之學問。剛才李教授所提美濃部達吉教授之「天皇機關說」，就是憲法學者想以社會科學底「法人」「機關」學理，來詮釋「天皇」的國家機關地位，沖犯了「天皇是神」的不可分析、研究或批判的「基本國策禁區」，才會惹來倍大麻煩的。因此，戰前，不僅憲法學無法做科學（特別是社會科

學）底研究和詮釋，而且為貫徹「天皇制度」之「神聖國體」原理，反而要扭曲變造憲法學理論；憲法學之推展每為這種框架窠臼所封鎖。相反的，日本戰後，新憲法改廢了戰前神權天皇制度，突破「基本國策」之「聖域」「禁區」枷鎖，憲法學得獲自由研究良機，發展成「科學底研究」，比較憲法學底研究也借鑑、繼受歐美憲法之長處；為憲法之詮釋、適用，提供符合客觀、理性、公平、明確等科學底條件。其結果，不僅使民主憲政之實踐運作，因為易於獲得全民信賴和進展；而且使憲法及其他法律之整個法律體系，成為科學底法律體系；頗有神益於民主法治之發達。

（待續）

戰後日本憲法與 立法權優越的變遷（下）

／ 佐藤功・李鴻禧



李：日本新憲法中，有如其他國家一般憲法，包藏有若干類似對立有待調衡之原理，而情形更為錯綜複雜；日本憲法目前已從近代憲法移到現代憲法，必然會發生若干問題。佐藤教授以為如何？

佐藤：日本新憲法裡，確是有若干相互矛盾對立之原理和制度，盤根錯雜地併存著。例如：國民主權主義和天皇制度，自由權（自由國家原理）和社會權（社會國家原理），財產權與生存權，權力分立（權力之抑制）與議會內閣制（權力授權），議會主義（立法權優越）與違憲審查制（司法權優越）等犬牙相錯都是。很多憲法爭議問題，都是源自這些矛盾和對立。偏偏在這種矛盾和對立之狀況下，憲法又在逐漸作「現代的變形」，其比較顯著的徵象，像是：生存權的基本權在人權體系中比重日漸增大；統治機關中執行權的強化、執行機關之肥大化；憲法規範中，思想或價值規範以及社會或經濟規範，急速增多增大；由「消極國家」走向「積極國家」；「議會中心主義」移為「行政權優越主義」；「國家主權之絕對性」轉變為「憲法之國際化」等等。因此，未來日本憲法及憲法學之問題，難免錯綜複雜、犬牙交

錯匯集於此。恐怕這種現象，在比較憲法及比較憲法學上，也不易避免。這都有待我們憲法學界共同努力來加以克服的。

李：佐藤教授，您在日本憲法學界中，以比較憲法及比較政治制度之研究業績素著，被景仰為這方面的權威。我們可否來換個方向，就比較憲法及比較政治制度立場，談談戰後的轉變或未來的趨向。特別是就立法權之傳統觀念與其變化，來做一番分析。

佐藤：正合吾意。通常在「法學緒論」或「憲法概要」等教科書，傳統的闡論中，都會說立法權是制定抽象之法律規範之權力和作用；而行政權則須執行法律、「依法行政」，司法權則解釋適用法律、「依法審判」；亦即行政權與司法權，乃是依據立法權所制定之抽象的法律規範，具體地實施或處分之權力或作用。從而，立法權因可以管制行政權及司法權，所以立法權就優越於行政權及司法權，由於「立法權優越」實踐上是由人民選出議會，由代表人民意思之議會，來控制行政機關與司法機關，所以又合乎「民主主義」的要求。如此一來，則立法權作用之範圍愈廣，立法能愈遍及各種政事，確保人民之自由與權利之「法治主義」，也就愈益完整其結果，由人民決定統治意思及

統治運作之「國民主權主義」及「議會民主主義」，也因為思想理論體系井然。

然而，在戰後，這種「立法權優越」的論說，已面臨嚴苛的考驗。在現代，勿寧因立法權機能之衰頹，形成「立法權衰退」而「行政權優越」之問題。很多學者專家討論「由自由主義國家推移到統制主義國家」、「自由國家轉變為社會國家」、以及「由自由主義法治國家演變為福利主義行政國家」等推移遞變問題。這種趨勢之所以形成展開，其原因固然千頭萬緒不一而足，難於縷析詳明。不過，若從立法權與行政權的關係著眼；一方面，是因現代國家的行政機能之「量」的擴大和「質」的技術化、專門化，以致立法權（議會）呈現了其機能之限界，相對的擴大了行政權之機能。同時另一方面，則是因現代國家的任務，已由消極地保障人民的自由人權，變成積極地促進人民的生存福祉，而這種任務無法單憑立法權之運作去達成，必須期待執行權之運作，自然會形成「行政權優越」的趨勢。

李：雖然已是十五、六年前的了，我記得在日本東京大學，聽您提起：「現在議會之成為政治之核心而受到重視，並非因其作為立法機關而有之立法機能，反而是在其可以組織

政府、監督政府、使政府有能之機能。」的理念；印象十分深刻。的確，就像日本之政府（內閣），依日本憲法之規定；形式上，是由「國權上之最高機關」的國會組織、支持與監督的；實質上，倒是政府（內閣）深深介入立法權之機能。換言之，憲法上「國家唯一立法機關」之國會，其立法機能之運作，不論形式上如何，實質上則大為萎縮。可否請就這方面再深入談一談。

佐藤：嗯。李教授所說國會機能縮小問題，所呈現的現象乃是：第一、在法案之制定過程中，議會的角色地位日益衰退。像英國目前，議會所提法律案，平均有百分之八十五係內閣提出，而內閣提出法律案在議會通過成立的，平均也在百分之九十五左右。又如美國，由於憲法上實施徹底的權力分立，立法權原則上屬於聯邦議會；法律案之提出，形式上完全由國會議員為之；可是事實上其百分之五十，是由政府草擬委託議員提出，其他法案也有很多是本諸政府之要求而草擬提出的。因而，在立法方面，議會與總統所扮演的角色，正與憲法所定完全相反，總統被視為主要的立法者，議會之立法作用，被認為是以審議、修正、議決總

統之立法計劃為主。就連日本，如你所知，也是以內閣所提之法案，其比重居壓倒性地位。

第二、在法律之審議過程中，政府之左右力量極為強大。在議會，對法律案審議討論之程序、時間之分配，以及議事日程之決定；政府之影響力極為強大；特別是在政黨內閣制度確立，政黨紀律強大之國家，政府透過政黨之運作，對左右法律案審議之力量，更是強大。第三、由於有關專門技術事項立法之需求，顯著增大；以及能敏捷適應情事亟變而富於機敏性之立法範疇，日益擴張；所以委任立法在範圍和數量上，不斷地增加；使委任行政權立法之情形，增長不已。

這種傾向，在現在既不能否認，也無法遮掩得了。抑且現實上也已不可能將之反轉過來。說真格兒的，今天指責政府（內閣）法律案提出之增多，或委任立法之增大為侵害立法權，而加以排拒；抑或攻訐其違反憲法原理，而極力抵抗；都已不合現實，也不大可能了。不過，也不能因而使議會喪失其對政府（內閣）之監督與制衡之機能。如何確保這種議會監督與制衡之機能，恐怕就是當前「執行權優越」時代，最為重要之課題。

李：事實上，傳統的「立法權優越」的重要理論基礎，在於立法權操諸民選之民意代表，承認肯定立法權之「優越」，就確實保障民眾的「基本人權」言，有其絕對的意義。然而，這種保障人權的立法機能，隨著前述立法機能之衰退而減縮，不能不仰賴司法權之運作來補強。甚至，司法機關借判例法之運作，來發揮保障人權的「司法底立法機能」。而在實施違憲審查制度較為普遍而徹底的國家，這種情形愈益顯著。盱衡世界各國政治制度，除少數共產國家以及採總統制之民主國家外，絕大多數國家都採內閣制——尤其是「議會內閣制」，在這種「議會內閣制」下，政府（內閣）與議會在政黨政治下，事實上是融合為一的，完全寄望議會的立法機能來保障人權，並不妥當；在這種情況下，保障基本人權以及維護憲法尊嚴，勢必求諸司法權之運作。如此一來，立法權與行政權之關係，固然會有上述轉變，恐怕立法權與司法權之關係，也會有極大的轉變吧！

佐藤：我很同意李教授的看法。的確，在戰後，不僅立法與行政之關係的傳統理念想法，有了轉變；而且在立法與司法之關係上，亦有轉變的現象。換言之，依傳統的看法，認為：

只要議會制定法律，則在具體的訴訟案件中，該當法律自然會為法院所適用，以解決民眾之自由與權力之糾紛，立法自能發揮其保障人權底機能。這種傳統的看法，可說是建立在「法律完整性」之假設上。然而，問題在於現代國家社會中，由於國家機能之擴大、與社會生活複雜化之結果，「法律之不完整性」明確地呈顯出來。換言之，對於各種有可能發生之事態，由法律預先釐訂規定予以涵蓋乙事，已日趨困難。其結果，在具體的訴訟案件中，由法院運作法律解釋機能之範圍，也逐漸擴大。依傳統之權力分立的想法，立法在制定一般、抽象之法律規範；而在立法之下制定具指、個別之法律規範者，則歸諸司法；而目前像這種司法（判決）之立法機能，已變得更加以重視。職是之故，本來應屬立法機關任務之「憲法護尉」或「人權護尉」之角色，現在也變成為法院之角色功能。我們若認為立法機能，乃是實施憲法及保障人權之機能，則此種機能已無法單靠立法機關，而其大部分則有賴司法機關負擔。基於這種觀點，司法權所具之「立法機能」已受重視；日後將裁判（判決）之機能，視為立法機能之一環而予運作，其必要性也會更加增

大。

李：個人頗有同感。雖然，司法乃就個別訴訟案件加以審理，而且依「不告不理」原則，審理也是以被動形式為之；但是不論如何，司法確在運作「立法機能」。固然，這種立法不過是對某特定案件之「立法」，可是透過判例之多量化與分類化之結果，「判決底立法」絕不僅是對單一案件之立法，抑且會帶有「一般立法」之性質。在賦予各級法院以違憲審查權之國家，則更是如此。」在這種情形下，傳統上所言：立法乃是一般而抽象之法律規範之制定，立法機關只要依此制定即可，法律之適用則可讓諸法院去運作的理念；恐怕要面臨新的考驗了。

佐藤：事實上，法學界很早就有：「判例乃是『法官所制定之法』（Judge made Law）的說法」；在現在，判決（判例）之立法底、創造底機能，更受到注意；目前判例法、特別是憲法判例之研究，所以如此盛行，其最大之理由之一，即在乎此。而成文法即法律規範的不完整性，則又使判例的「立法機能」，增大不已。這種現象之所以產生，立法機關應負泰半之責任，這不是立法機關可引以為榮的事。

由於這種現象之形成發展，現實上，法院、

特別是最高法院判決宣示，某法律之規定違憲時，立法機關就不得被迫改廢該當法律。同樣的，行政命令被判決宣示違憲時，行政機關也不得被迫改廢該當命令。就日本而論，通說認為關於違憲判決之效力，應採個別效力說，而不應採一般效力說；換言之，某一法律縱令經法院判決宣示違憲，該當法律並不因之歸於無效；其效力是否仍予維持而不改廢乙事，解為委諸立法機關自行決定。日本「最高法院事務處理規則」第十四條規定，法院判決宣示法律違憲，法院應將該判決正本檢送國會，其趣旨即如前述，將違憲法律之善後措施，委諸立法機關期待其有所作為。當然，在法律上，違憲判決之宣示，並不使違憲之法律立即無效，立法機關也無將該違憲法律改廢之義務；可是事實上，立法機關一旦面對其所制定之法律，被判定為違憲無效，就不能不被迫作善後措施，改廢違憲之法律。

李：誠如您剛才所言，現代之立法權正面對行政權與司法權之兩面夾攻，而諸多困難。換言之，一方面有「執行權強化」，另一方面有「司法權」（判決）之立法機能之增大」的

顯著現象；在這兩種現象愈益明顯之情況下，目前立法權要像往日一樣、發揮其控制行政權與司法權之功能，已相艱難。「依法行政」和「依法審判」原理，已無法確保「立法權優越」之傳統。行政權與司法權方面，對單單忠實而機械地、將立法權所有制定之抽象法律規範，加以執行或具體化之機能，也已不能滿足。這是無可否認的變遷。今後，立法權必須如何因應，才能發揮其原有的機能？

佐藤：在今日，立法權確實面臨李教授所說的兩面夾擊之困難，日本之立法權也不例外。不過，縱令有此現實環境，或者毋寧說因為有此現象環境，立法權的任務和責任，才更為重大。在這種情況下，作為立法機關之國會，無論如何必須確保之機能為何？如何發揮這些機能？才能因應現代立法權之變遷，確是值得吾人深思的問題。個人不揣淺陋，願提出如下若干一己看法：

第一、必須使立法過程能反映民意。

國會機能之根柢和前提，本就在於吸收民意、反映民意，無庸贅述。這裡所指之反映「民意」，是特別指非直接反映政治底、政黨底「民意」。換言之，國會雖是政治討論之殿堂，

也是政黨抗爭之場所；可是「民意」未必完全地由政治黨派或其他勢力所代表；因而，在政治黨派勢力所未代表、即所謂「政黨系列外」之國民意見及期望，應能在立法過程中反映出來。對這種國民意見及期望漠視之而立法時，該當法律就難以發揮其法律之實效底機能。

第二、立法過程應能發揮其調整機能

一般法律之釐定，類多源諸政治底、社會底或經濟底要求而來。這些要求當然會有或多或少的對立和抗爭，立法必須因應諸此要求而為調整，方能成立。然而，現實上，內閣提出法案時，雖也會做一番調整，但是如常受指摘似的，其調整僅是針對各部會間權職「本位主義」，彼此妥協互讓一番而已。因而，立法機關對內閣（執政黨）所提法案，就要超越各部權職「本位主義」之立場與觀念，因應來自政治、社會及經濟各方面之要求，來作適當調整。實際上，在法制上、民眾期待上，這種國會發揮其調整機能，都是很重要的。

然而，儘管法制上、民眾意願上，都很期待國會發揮此一調整機能；可是實際上，國會內部卻常比照內閣各部會，設立常設委員會；而這種常設委員會則成妨礙國會調整機能之「

殺手」。因為常設委員會既然比照內閣各部會而設置，則設委員會難免與各部會，沆瀣一氣；內閣中各部會間之權職本位主義所引發之調整弊病問題，會在國會各常設委員會中，依樣畫葫蘆，如法炮製一番。要針對這一點而加以改革，雖是相當困難的「實際問題」，但是若從重視立法過程之調整機能之立場言，這種改革，連同強化內閣提出法案之調整機能方策，都是相當重要的。

第三、重視立法審議過程之修正，活用發揮修正權。

國會將內閣提出法案，一字不改地原案通過，雖然外表上看來，像是保全了法律案之完整性，但是從立法權應有的態度來看，是不理想的，反而會意味其法律案之不完整性。特別是當政府（內閣）提出某法案時，政府執政黨堅持「原封不動、絕對通過」立場，想強行表決使原案不加修刪地通過；而在野黨則堅持「拒絕修刪、絕對反對」立場，不考慮修改刪除後的可行性，只求議事妨害使全案胎死腹中時；法案便無法在審議過程中，作適當之修正。這是最不應有的立法態度。

為了使立法之審議過程中，「絕對通過」

或「絕對反對」，即 all or nothing 之形態減少，而增多「修正」之餘地和可能性，就成改善法案內容的不二法門。為了充實立法（審議）過程，自應重視「修正」作用，活用發揮修正權。當然，要充實審議之效率，千頭萬緒，不一而足；但是要之，一、為求審議之能充實，可採（一）保障少數政治黨派之發言權。（二）採行「委員會中自由討論制度」，（三）聽證會及參考人制度之活用。（四）「聯合審議制度」之活用。二、為求審議之有效率，（一）確保法案審議之期間，（二）「預備審查制度」之活用。這些方式，過去在日本之「參議院問題懇談會」，所提出之「有關參議院運營改革意見書」中，也有所提及；那時在日本也引起憲法學界熱烈討論，似乎那時李教授也參加了不少類似議會問題座談會吧！

李：佐藤老師您記憶性真令人佩服，那是一九七一年的事。我確是參加了不少這種座談會。記得也曾在上課或座談時向您請教了一些問題，「引出」您不少「箱底」的學問，既很高興多學了不少學問，也對您更萌高山仰止的敬佩，至今印象仍很深刻。不過，您對現代立法問題所提看法，恐怕不只上述三點吧，我聽得正興味淋漓呢？

佐藤：哈！剛才把「話柄」弄斷了，我確是還有一些意見。

第四、必須緩和政黨決議對所屬國會議員之拘束力。

在上述日本「有關參議院運營改革意見書」中，曾指摘：「在參議院之形成政黨化，縱令係大勢所趨不可避免；為確保參議院原有之理想及獨立性，對於在眾議院中所呈現之各政黨的對立抗爭，參議院最好亦應能保持某程度之距離；庶幾能對眾議院發揮制衡與相輔相成之機能。可是，目前連參議院也在強有力之政黨支配下，妨害了其獨立性及自主性之確保。」因而，提出「緩和政黨決議對所屬國會議員之拘束力」的建議，以作為「確保參議院之獨立性與自主性」之對策。

不庸贅言的，「緩和政黨決議之拘束力」雖是發揮參議院獨立性之重要訣竅；但對眾議院也一樣可以適用。剛才我們提起的「絕對通過」和「絕對反對」口號下，造成 all or nothing 的僵硬審議，使審議過程無法「審議」；其主要癥結就在於各政黨嚴厲貫徹其「政黨決議之拘束力」，換句話說，一個法案，一旦政黨決議採「絕對成立」或「絕對反對」之方針，

則即令朝野雙方有經過若干修正就能妥協之「可能性」，也會因政黨決議之拘束，而被阻止封緘。當然，民主政治是政黨政治，在政黨政治下不可能完全否決政黨決議之拘束力，因此如何「緩和」拘束力，也是煞費周章的事。

不過，最能具體有效地改革此一弊病者，可能是內閣提出法案的手續。目前，在議會內閣制或政黨內閣制的國家，內閣提出法案前，往往須將法案提出執政黨黨部，由其審議再議決成為「政黨決議」；必俟政黨決議認許後，內閣才能正式向國會提出。依照這種程序提出法案後，若國會兩院議員想作重大修正，例須再經所屬政黨總部或國會黨團之同意；使法案審議中之「修正」，事實上變得極其困難。改善之方法，首先，應使內閣於提出法案前，僅提出法案之大綱，及基本事項於執政黨黨部；由執政黨黨部僅就大綱，及基本事項，作成執政黨決議與認許；而法案之其他細節，則應尊重國會（及其常務委員會）審議之結果。詳言之，法案不是整個一字一句地先交黨部決議，只由政黨黨部就法案之大綱及基本事項，先作決定，其他範圍之「細節」則不作政黨決議之拘束，而由國會或常設委員會審議決定。這一

來，政黨決議之拘束力，仍存在法案大綱及重要事項，至於細部因決議國會，故立法機能之充實，仍非不可能也。

第五、重視立法之善後措施

所謂「立法之善後措施」，係指法律制頒之後，不就認為萬事終了，仍然注意其施行狀況，以謀「善後」之意。重視立法之善後措施，原就是立法機關之責任。其中特別重要的是：

一、嚴格管制委任命令：行政機關基於立法機關之委任制頒委任命令時，立法機關應經常監督注意其委任命令有無逸脫委任之範圍，以及行政機關之權限是否適切。於有必要時，必須督促行政機關改正，或自行修改法律撤回委任。英國為此設立Committee on Statutory Instrument，以管制委任命令，就可證明國會嚴格管制委任命令之重要性。

二、法律制頒後於實施期間，若被法院行使違憲審查權，以判決宣告該當法律違憲無效時，立法機關到底應仍使之維持原狀，或應考慮將之改廢，以免違憲之法律繼續存在；就是一個值得注意的問題。面對此種問題，立法機關自應發揮其「立法之善後措施」底機能，提

出改廢違憲法律之議。蓋因此種「立法之善後措施」，從立法機關之機能與責任看來，本就適於立法機關去運作，由內閣各部會倡議，反會招致相當的困難。

李：個人對佐藤教授適才所提改善立法機能之見解，很表贊同。事實上，在長年注意關切日本戰後議會民主制度之發展後，我感覺到日本正循像您所提的方式，努力在改善。不過，日本這種經驗，是不是其他國家、尤其是亞非各國所能東施效顰，仍是一個疑問。因為日本的立法輔佐機關，相當完備。除了參眾兩院之下各有頗具規模之法制局外，各院所設常設委員會裡，也有專門法制人員之必要配置，特別是國會圖書館藏書之多、資料之豐富，較諸歐美先進國家，毫不遜色；國會圖書館所設之立法調查部，所為立法資料之蒐集彙譯。這都不是其他亞非國家所能望其項背。而這些立法的輔佐機關，相當裨益於減低國會立法之「政治色彩」、提升國會立法之「法律品質」的。

佐藤：雖然，時間已差不多了，但就這一點我想補充一下。固然，國會本就是政治競爭的場所，也是政黨抗衡的所在；立法也可說原

就是政治行為與政治產物；事實上大部的法律，也都是經政黨派間之政治抗爭、妥協、攤牌而生的。然而，立法卻應該排拒這些現實，避免輕易地使「政治論」之色彩滲透過濃。國會議員雖是國會立法之主角，但是一般說來，國會議員與其說是「法律家」，勿寧說是「政治家」；因而，他們的「政治底、政治家底意識」，遠比「法律底、法律家底意識」強多了。職此之故，立法的輔佐機關有其重要的機能；特別是在對充滿「政治底、政治家底意識」的國會，給予「法律底、法律家底意識」的補強；對發展立法的機能，有深遠的意義。

李：哦，「對談」的原定時間已超過很多了；很感謝佐藤教授在訪華繁忙日程中，仍撥冗參加這中國論壇社的對談。可惜時間有限而餘興未盡，仍希他日有機會再多請益。

佐藤：我也有此同感，希望有機會再來深入暢談。謝謝。

美國司法審查及其政治性之研究

江斌玉

壹、前言

美國憲法第二條第二款第二項規定，美國總統與他國所締之條約，必須獲得參院出席議員三分之二的同意始生效力，若不能獲得參院出席議員三分之二的同意，則該項與他國所簽訂之條約，自始即不發生效力。換言之，美國與他國締約權之行使，分別為總統與參院所共享，即總統若無意與他國締約，則締約行為自始即無從發生，如果總統的締約行為，不能獲得參院的批准，則所簽條約自屬無效。在一七八九年至一九三四年間，總統所提出九六九個條約案，通過者六八二件，否決者十五件，修改者一七三件。最著名的一件是一九二〇年三月十九日，參議院以四十九票對卅五票不批准凡爾塞和約，致使美國無法參加國際聯盟。從而可知美國締約程序，規定甚為清楚，而未發生爭議。至於廢約程序如何？應由總統單獨行使？抑或需經參議院同意？憲法對此並未作明確規定，發生爭議自屬必然。

民國六十七年十二月十五日，美國總統卡特在與中共建立外交關係的聲明中稱，他將依據中美共同防禦條約第十條的規定，在民國六十八年（一九七九年）一月一日，正式通知中華民國政府終止條約，使中美共同防禦條約於一年之後，也就是一九八〇年一月一日起失效。一星期後，參議員高華德先生，及其他十五位參眾議員，向聯邦地方法院華府分院（哥倫比亞特別區地方法院），正式提出訴狀，指出締約權力既由總統與參院共同行使，則總統的廢約行為亦需獲得參院同意，未經參院批准，總統不能單獨行使廢約權力，因而卡特總統未經參院同意，即終止中美共同防禦條約，顯屬違反憲法，故要求法院判決其止約行為應屬無效。稍後卡特政府的司法部則辯稱：此乃政治問題而非法律問題，法院不應予以受理。蓋依美國司法審查慣例，法院只受理法律問題，而不受理政治問題，然則某一事件，究屬政治問題或法律問題，則由法院自行認定，他人無權干涉，亦無一定標準。

所謂政治性問題，其定義很難界定，而視最高法院對其「寬」「嚴」不同界定而異^①，因而政治性的問題，最高法院亦可視為法律性質而接受，反之，法律性的問題，亦因最高法院視有政治敏感性而加拒絕。高華德參議員控卡特總統單獨行使權力為違憲無效案，最後終告敗訴，終止中美防禦條約也如期生效，遂又形成總統有權單獨廢約，此對美國憲法之成長影響如何，目前尚難定論。但由此案例，可理解美國司法審查制度之適應性與政治性。

政治的本質就是衝突，衝突的解決多半賴於政治的妥協，政治常被視為在政府政策形成上團體衝突^②，政治也就是集合與整

合，因而緩和衝突，使社會得以整合而持續^③，所以說：「人類社會如果沒有衝突，使政治沒有必要；如果沒有和諧，使政治沒有可能。」任何國家的憲法，其本身均是政治妥協的結果。美國憲法是世界上第一部成文憲法，制憲諸賢運用高度智慧，以妥協奠定美國憲法基本精神。美國聯邦最高法院在憲法解釋的審判中，對此精神表露無遺。美國聯邦最高法院從事司法審查，是一種純法律行為，與政治無關，此為部分研究憲法學者的「迷思」(Mithy)。此說是否與事相符，似值探討，正如史溫德勒(Wi-lliam F. Swindles)教授所言：「關於美國憲法法律與最高法院，有一種難登大雅之堂的傳說，但却非常神奇，就是在美國的司法解釋，既不影響也不被政治、經濟的變動所影響。總統在提名法官時，無須看重其對政治或經濟信仰的主張，此乃與持相反論調者相持不下。一旦當被任命為法官時，常轉移其保守的觀念為自由觀念，或相反的由自由觀念轉向保守觀念(這兩種理論也都是神話)。對憲法文義無論予以『從寬解釋』或『從嚴解釋』，就解釋者而言，在其心目中皆有其對這些字眼使用的看法」。

④因此之故，法官不論是否基於政黨政治或哲學意識上的考慮，皆足以說明最高法院是整個政治過程中一部份的事實。

憲法解釋是促進憲法成長，使之適應社會變遷發展的一個要素。各國解釋憲法的機關，雖有立法解釋、司法解釋、以及特設機關解釋等不同制度，但其解釋的運用，以促進憲法成長的作用，使呆板的條文歷久常新，則初無二致。同時憲法解釋，各國雖有不同的機關來運作，但均強調其法律性，然其實際解釋的過程與結果，則有高度的政治性。試以憲法解釋制度運用歷史最久，亦最具成效的美國來說，聯邦最高法院，所作有關違憲性訟案的判決，其實際意義即等於是拒國會或總統對憲法某一條款所持的見解。

美國憲法並未規定法院可以合法決斷國會或總統的行為之合法性。憲法第六條明載：憲法、國會立法和合眾國的條約，必須為各州或聯邦法院所遵守，稱三者為「全國最高法律」，憲法中并無特殊設計，應由那一部門來裁決憲法文獻的權威與官員行動間的衝突。最高法院首席大法官馬歇爾(Chief Justice John Marshall)澄清由最高法院來決定憲法最後的意義，肯定最高法院可以運用審核立法案件的功能，來決定法案是否與憲法一致，其權力獲取的方法是政治性的運用，而非法律性的分配，其結果也是在衝突中謀求妥協，充分表現了政治作用而非法律精神。聯邦最高法院個案判決的流傳，實際意味著其享有決策之權，而其所做某些判決，事實上亦終能造成政治上的重大作用，所以美國法院成為一個實際上的重要政策決定機構。

美國聯邦最高法院，應否享有這樣大的政策決定權？在美國學者與民間均有爭論，但另有學者對此問題有其獨特見解：僅認美國聯邦最高法院只是司法機構，實在是低估了法院在美國政治體系中的重要性。聯邦最高法院同時也是一個政治機構，是一個對某些爭論的國家政策問題，達成最後決定的政治機構。法院成為政治機構是非常稀罕的，美國人不十分願意接受是政治機構的事實，但又不能否認這是事實，因而時常同時採取兩種態度，這情形令外國困惑，使邏輯家感到興趣，對一般美國人則可以從兩