

范納著
李百強譯

現代政府之理論與實際
上冊
之二

中山文化教育館編輯

Herman Finer 著
李百強 譯

中山文庫
現代政府之理論與實際
上冊之二

中山文化教育館編輯
商務印書館發行

目錄

譯者序

第一編 動的力量

第一章 政府與國家……………一

第二章 政治與經濟……………四八

第二編 國家活動的狀態

第三章 國家活動的歷史進展……………七九

第四章 國家活動的分析研究……………一三六

第二編 組織的要素

第五章 各種政體——側重民主政治……………一六九

第六章	政權分立的是非·····	二一四
第七章	憲法·····	二五三
第八章	國家的中央疆土與地方疆土之結構·····	三三七
第九章	聯邦主義其制度與理想·····	三七四
第十章	一九一八年以後的德意志聯邦·····	四八三

第七章 憲法（國家制度的結構）

國家是一個人類的團體，藉此以管理個人與其聯合的各份子間某種的權力關係。此項權力關係（*relationship*）乃寄託在各種政治制度之內。根本的政治制度的系統就是憲法。此項界說未能解決憲法體系及其內容的問題，而這種問題只可懸而不決，因為近代各種憲法顯露着許多的不同的方式，而其內容相差亦甚鉅大，所以沒有一種冗長的界說可以包括這許多主要的事實。（註一）故為便利起見，此項討論僅認定該項界說中的兩個主要名詞：系統和根本。

系統（註二） 系統這個名詞乃表示一切根本的政治制度，彼此均有極大的相互關係，並且對於其所存在的社會的性質，關係亦極鉅大。因為各項制度具有此種相互的關係，所以每一種制度，均為其四週的其他制度所重視。各種制度均不得不共同合作，在長時期內，他們原有的鋒芒，逐漸消磨，而造成一致的調協。例如議會所得的利益，而就是人民的損失，或是行政機關或是法院的損失，而內政官吏所獲的利益，或者就是議會的損失；由個人財產上所榨取出來的東西，或者可以變為社會的福利；決定金錢最後用途的機關，也往往可以決定其他一切的權力；又如美國方面，各項制度彼此分立，而為運用收效起見，彼此又不得不具有密切的接觸，故以政黨為維繫此項關連的系統。簡而言之，憲法的每一部分，應該與其他各部分共同的參讀，纔能發見其真正的意義；而各部分，實

際上，在運用方面，彼此均有關係。參預憲法之內而使之推動的人類能力，最痛恨浪費，而逐漸使之減至最低的限制，直至其成爲一個系統方罷。

根本的政治制度也是有關於其社會環境的一個系統。每一種憲法就是當時物質的和精神的環境的產物，並且雖然在其狹義的形式方面，如英國的憲法，或者是爲較早時代的產物，或者是爲立法者的主義觀念所形成的產物，如一九一九年的德國憲法，似乎僅能應用於可能的或不可能的將來，但是在運用上，其意義也總不免響應當代的需要。在國家內往往不免有憲法落後之感；不過據吾人所見，則其必需努力抓住時代，以使其制度迎合環境的需要。（註三）但是大凡缺乏的東西，在比例上遲早總要受人積極的渴望，而不需要的東西，則被人棄置，不屑一顧。這種情形，我們在討論國家活動的狀態中，亦已知之譜矣。

根本 何謂根本根本？是否爲精細的問題，或是應該包括若何種類的制度的問題呢？是否足以包括正式立法、行政制度、司法制度，及其彼此間的關係，如一八七五年法國憲法之所規定，或者應將承認工會列入條文之內，如一九一九年德國憲法之所規定，或者這些制度如英國元老院某著名元老曾經說過僅爲「君主、元老院和獵狐之犬（fox-hounds）」呢？根本制度的開端和結束，並無固定之點，我們目前並且可以看出一個時代與一個時代的不同，和一個國家與一個國家的不同。但是各國均在堅持主張必有根本的制度。他們造成憲法這個名詞，或其相等的名詞。在英國方面，至少由十七世紀以來，憲法是被認爲比普通法律更爲固定而確切的法律。在德國方面，所謂 *Grundgesetz*，就是指法律，如果加重其意義，以爲更爲基本的，更爲「固定的」，則另外又用 *Grundgesetze*

一字，（註四）意即根本的或基礎的法律，或稱爲 *Verfassung*，如果加重其意義，以爲固定的，結合一起造成聯絡，則又用一個名詞，叫做 *statuta*。類似的區別，在法國（*loi*，即憲法），和意大利（*legge*，法典），均可以看到。我們現在姑且把根本一語的意義，由其本身去予以解釋，不過在進入此階段之前，我們可以發問爲什麼一般人均在尋求成立某種的根本制度。

他們這樣的做，是因爲他們希望減少猶豫不決的觀念至最低的限度。世界上充滿着猶豫不決的事情，爲應付由此所發生出來的各項問題，必須要有繼續不斷的謹慎，和繼續不斷的努力。身體上和神經上的煩惱，均由猶豫不決而生，而人類環境及人類關係越複雜，而猶豫不決之事越有可能，以致煩悶越大。人類應該打算減少猶豫之事，這是當然的，尤其是在決鬭場中，足以造成激烈而痛苦的衝突，如政治生活者。（註五）你的自由，你的財產，你的家庭，你的宗教，你的鄉、省或國，即你與你的同事的組合——這一切能够置諸日常的冒險嗎？在這樣一個人生短促的壽命，平均至多不過六十年之間，如果你受到一次兩次的危險，而不能日日或年年去瞭解你在社會中屈服人下，或出人頭地的狀況，這未免是件不可容忍的事。我們甚至對於人類此項簡單的情感，無需再加上現代經濟學識所造成的責任，或者政治家及立法家當前許多焦慮之事，而承認人們感覺的重要，應對一切物事的變動性，加以限制，而成立穩定的狀態。這種事情，可以由憲法的外表和內容之研究，而益得明白。

憲法的外表

由憲法的外表所引起的主要問題，計有三項：（一）是成文憲法或不成文憲法；（二）是具有伸縮性的或呆板的；（三）是否有特種的調整，以保持其至尊性。在這三項的專門問題之上，總括而成爲一個主要的問題：各種不同的方式，究竟對於該國家的政治思想和行爲，發生什麼影響呢？

（一）成文憲法和不成文憲法 成文憲法與不成文憲法間的差別，實足以令人思之神疲，而此種差別，在世界亦只有英國一國是採用不成文憲法，而其他各國均已採行成文憲法。這種差別究竟是什麼呢？

英國的根本的政治制度，均未嘗書之於任何經過正式承認的文件之上。這些制度，係根據於（一）司法的判決，有時則根據於古代國王的諾言，或者「多少模糊不清的由來已久的權利和自由」，如公共集會的自由，身體和言論自由，以上均由普通的習慣法中演繹出來的權利，此外尚有由革命的議會所制訂的協定、決議案和各種法律。如果發生政權衝突事件，則國王方面每依其個人品格，或暫時的行政上和財政上的困難，而予以讓步。（註六）（二）尚有許多法典，經過更周詳的討論，和邀請更多人的參加所制成的（如居住條例、選舉條例和一九一一年的議會條例（註七）等）。（三）此外尚有許多的諒解或「盟約」政治慣例，逐漸發達，而成爲憲法最重要的部分——議會的主權內閣對議會的責任及其對人民的責任。（註八）

司法判決構成成文憲法的一部分；各項法典，固能如此，而議會對於某種最高事件的宣告，亦確實存留。以上各項，總彙一起，其明白清晰的程度，往往不亞於各國的「成文」憲法，且時有過之。但是「各種盟約」並未書予以紀錄，如各法院及議會之所爲。不過在各行政長官的通信中及政治演講中，往往對此予以正確的諒解，並經政

治學家及學者承認，甚至加以極詳細的筆錄，如赫恩（Hearn）、巴佐特（Bagehot）、提西（Dicey）、梅依（May）和安松（Anson）諸氏。（註九）然則英國的不成文憲法與其他各國的成文憲法，究竟有何差異呢？予以爲其異點有二。英國憲法包括許多重要章節——即各項盟約——均係假定如此，而未嘗經過正式的成立手續，除非由各個偶然的人正式承認；許多的根本制度，例如，工會和政黨，公共義務教育和宗教自由，在他國均列入憲法之內，而英國則付闕如。而更重要的，就是沒有成立人民團體，受全國之託，集會討論憲法，如他國之所爲。在別個國度內，到處可以看見許多的憲法會議（constituent assemblies）或特別會議（註一〇）惟在英國則除普通的立法部及行政部之外，並未嘗有一正式的立法權（pouvoir constituant）。因爲英國的憲法工作，並不屬於一特組的團體來主持，而是偶爾採取各機關處理判別是非的結論。有一個時期，正適宜於採行計畫周詳的憲法，就是在查理一世行刑之際，但是當時全國沒有一致的意見，足以容許成立此根本大法；因爲一部分人保守着宗教權力，另一部分人保守着政治權力，遂使全國嚴格地分爲兩大派別。

因此，在比較上說起來，雖然不是絕對的說法，「不成文」這個形容詞，如果用在憲法上面來，就其主要的事例言之，可以指（一）一切應予明文記載的事件，未曾全部列載，而他國憲法上所列載者，亦多被完全遺漏；（二）這種憲法並非經過周詳討論的結果，使憲法以外，不能有任何普通的法律。我們此處再重複說一句，這種差異並非絕對的而只是相對的；因其持以比較成文憲法，「多少雷同」而已。抑尤有進者，此項差異的重要，在法律家方面，較甚於政治學家。

例如，提西氏於其憲法論中，嚴重誇大此項差異，因其不願回顧到法律背後支持大陸各國成文憲法及英國憲法盟約的社會勢力。他過分側重於成文憲法的人工做作，而遺漏使憲法集成而得運行的許多重要盟約。

成文憲法之興起 成文憲法的發展，由於兩項原因：第一，因為舊的社會權力關係（Social power-relationship）的崩潰，通常是經過一次暴動，於是乃採用明文規定方式，來宣佈另外一種具有固定關連的新的權力關係。其次，因為政治上及行政管理上一切浪費及阻礙，均得避免以後，一切可望不可即的目的，均得逐漸實現以後，於是許多國家，如北美合衆國、瑞士聯邦、澳大利亞自治領地等，均將其團結的行為，明文規定於憲法之內。以上云云，均於成文憲法史上，明白表見之。

英國第一次的成文憲法企圖，乃發生於一六四九年。（註一）人民協定（Agreement of the People）的文件提出之後，經由議會的委員會通過承認。該項協定的用意，如其序言所示，乃表明何以需要成文憲法之原由：「盡吾人之所能，以善願未來，而避免回到奴隸境況的危險，並防止另生戰事。」「吾人完全同意並決議（這是成文憲法的材料）極端願意規定自今以後，我們的各代表不但是可有可無，並且也不能用不平等的方法選出，而其希望的目的，亦均宣告無效。除非經過我們宣布和贊同……」此項協定永遠未曾實行。

一六五三年克倫威爾（Cromwell）及其官吏，藉政府的法令而組織成立攝政政府。該項法令規定攝政與議會的權限。（註二）克倫威爾的友人都說：「此時正好由某種權力通過一種法令，以壓制人民游移不定的心情，而宣告全國，正如萬能的上帝曾經對不受管束的海洋所說的話：『這裏是你的界限；在此以內，你可以來去，但是

不能更遠。」憲法的根本要素之一，就是固定（*stability*）。「游移不定的心情」和憲法，乃為兩種互相衝突的觀念；而「不受管束的海洋」則以地球為之界限，於是我們乃明白德國所以普遍採用「根本」及「基礎法」等名詞的原因。英國的光復，遂使成文憲法，又告停止。依照法令而選出的議會乃否認其效力，辯稱只有議會議有發佈此類法令之權。（註一三）而在此點上，克倫威爾遂對憲法立下千古的定案。（註一四）

然而「不成文」憲法最顯明的例證的國家，乃成為成文憲法之母。因為由於宗教和政治競鬭而發生的清教徒革命，乃使許多同樣反對聖公會，反對保皇黨的人民，拋棄他們的祖國，而另向北美尋找殖民地；而就在這些殖民地內，成文憲法乃得其萌芽，雖然不像英國之突然停止，但是此種辛苦努力，已確定其以後政治生命的環境，而成為歐洲極有力量的先例。因為在新英格蘭殖民地內有兩種情形，而為舊國家內之所無者：第一，創立該殖民地之人，均為清教徒，所以他們先具有贊同民主政體的傾向；第二，因為他們既已打破舊的基礎，遂在這一塊完全的處女地內，立意創立合作的基礎。（註一五）

然而現代成文憲法直接的祖先，還是美洲各殖民地推倒英國權力後所制成的各憲法。菲列得爾菲亞（*Philadelphia*）國會團結抵抗，並經新英格蘭代表約翰·亞當斯（*John Adams*）之動議，採取以下決議：「茲經議決向美國各社團建議，今後所成立的政府，應莫過於依照人民代表的意見，最足以培養各個國民及美國一般的快樂與安全的政府。」（註一六）此項議決案於一七七六年五月通過採納。而且已經有兩個殖民地，即新罕普什爾（*New Hampshire*）與南卡羅來那（*South Carolina*），業已採行此項憲法。弗基尼阿亦於六月繼起採行，而其

憲法活動，最爲著名，因其首先公布人權宣告，非但爲美洲之模楷，亦且爲歐洲之規範。（註一七）迨至一七七七年之春，除馬薩諸塞（Massachusetts）之外，均宣布新憲法，或修改舊憲法。馬薩諸塞於一七八〇年完成其全部憲法工作，而其憲法之重要，足以與弗基尼阿之完備，爭一日之短長，因其發表當時的政治理論。（註一八）

以上乃爲精詳的條例，以覓取政治生活的堅固基礎。當時的信念，以爲那幾種的制度，是根本的制度，而須明文規定，並須以嚴肅的態度，經特殊會議，予以採取宣佈，這些均須於憲法之首，紀載明白。馬薩諸塞的憲法，開始即搬述約翰·陸克的民主政治論，並對上帝——「宇宙間最偉大的立法者」——申謝，因其得有和平誠懇的機會，正式完成憲法。此後不久，即有十三種的憲法成立，均經精細周詳的討議，由此而人類始宣布其未來生命的拘束。至於人們受此根本大法所拘束的範圍，只能由憲法條文的本身，以發見之，不過我們將於本書後面關於憲法本質的討論時，再予以分析。

此項趣味的中心，轉向到法國方面。法國直至革命時期爲止，尙由獨裁制度統治。爭奪政治權的各個份子，如皇帝、議政院（半司法半立法的集團）、貴族、各市區、平民領袖，大家都需要更大的權力，不僅是使他們服從的權力，因此各團體中的每一個份子均努力以求某種穩定的權威，亦即所謂根本的法律，此項法律，例如對皇帝的權力加以限制，或者此項法律至少可以成立一種固定的秩序，使此權威得以運用。此種迫切追求根本大法，確爲一種最有趣味的現象，因爲據當時的了解，以爲在尙未有成文憲法之際，人們仍應假裝做有根本大法的存在，如果請出這種大法，就可以分明是非而終止糾紛。此類討論乃較孟德斯鳩氏的學說爲早，不過孟氏的法意刺激此項

討論而對法國君主政體，予以一種歷史的分析，其結論以為法國的君主政體是有限的 (limited)，因為權威必須明確而固定，其次，則君主政體需要「中間權力」，如貴族、教士、官吏等，以為限制。此處可以引錄兩段，使此點更為明白。君主政體與專制政體不同之處如此：前者「是由一人統治，惟須依照固定而經成立的法律；至於專制主義，則只有一個統治者，並無法律或規章，只依照他個人的意見和好惡。」（註一九）抑尤有進者：「中間的、隸屬的、和附設的各種權力，構成君主政府的特點；著者此處乃指由一個人依照根本法律來統治……以上種種根本大法，必需假設為各種權力經過的中間路線；因為如果只讓一個人隨其自己意見，出爾反爾，以統治國家，那末就沒有什麼能够固定的東西了。」（註二〇）有許多人企圖在法國君主政體中成立其固有的根本法律，而孟德斯鳩亦為其中之一，或者可以算是唯一最偉大之一。（註二一）他所為中間權力的替代名詞，就是「路線」，很明白的表示出根本大法的拘束性和限制性。雖其結論甚多，均因各理學家彼此的興趣與社會階級的不同而有異，然而大家全都在尋求保障。（註二二）

一七七〇年以後法國要求獨裁政府的解放，最為迫切之時，適發生美國革命，而美國的獨立宣言及各邦憲法，遂將法國所感覺到的種種渴望，均用法律予以規定。約翰·亞當斯及便雅憫·法蘭克林 (Benjamin Franklin) 把此項新憲法，舉示其法國的友人；迨至一七八三年美國各種憲法，均已譯為法文在法國出版，並且受全國熱烈的討論。（註二三）德意志的學者哲林尼克業已表示一七八九年的法國人權宣言，乃受美國事件的直接模範和刺激。（註二四）盧梭的社約論不能為之前驅，因為僅僅天賦權利的理論，若無過急的原因，就不足以實現其法律

上的成就。美國革命家所發明的各名詞，遂都成爲法國革命的字彙：如人權宣言、全國會議、公共治安委員會等。因此，一七八九年十月二日，憲法會議投票表決人民權利宣言，並於其序言中，列舉成文憲法的許多主要理由：

「爲使此項宣言能長留於社會團體每一員的腦海之中，使其永遠注意其權利與義務，使政府的立法權與行政權更受人的尊重（註二五）並使人民將來的要求能依照此簡單的原則，以保持憲法和一般的快樂。」

此項宣言據稱是「嚴重的」，而其所舉的權利則爲「神聖的」。至一七九一年則隨而有第一次完備的成文憲法：直至一八七五年止，時常均有其他憲法成立，惟在該年計有十二種不可改變的憲法，已隨過去數年的時間而消亡。

至一八七五年時，第十三次憲法，組織第三共和國（註二六）此次憲法不如過去憲法相似，因其並非一完備的法典，而以人權宣言冠其首，只爲三種分立的法律，共同包括當時主要的憲法問題——行政元首的地位和權限，以及衆議院、參議院，和行政元首的團結，及其相對的權限。此項憲法，分崩析離——剝略權利保障，並未曾有任何提及司法、內務，及地方政府的組織之處。但是「一七八九年的原則」則爲多數憲法學家所主張，以應用於現在的憲法。（註二七）

法國在歐洲建立下成文憲法的先例，而其革命戰士，並將此觀念，散佈於意大利、比利時、西班牙，及南德意志各邦。法國的經驗可以算做由革命引起的成文憲法最出色的例證，就是把一切的事實，突然間予以變動，並另外表示社會的權力關係。

一七八七年在美洲各殖民地內第一次發現使各邦和平團結，而消除邦際間的糾紛，並謀大規模組織的利益。於是乃有建立北美合衆國的憲法，雖曾經過數次的修改，仍舊統制着此強大的國家。

成文憲法的政治影響 我們現在要發問的問題，就是憲法制度的政治影響如何？凡採行成文憲法的國家，其政府是否因此而能較之採行不成文憲法的國家爲優呢？在這兩者之中，究竟有無鉅大的利益差別呢？

如果只考慮到明文規定一點的影響，則成文憲法比較不成文憲法的利益，縱使有的話，也是不多。因爲，第一，成文憲法未必較之不成文憲法更受人崇視，以爲是更尊嚴而根本的法律。在採行成文憲法的各國內，人民所以對之尊視者，由於成文憲法的產生，乃具有悠久的歷史，並經過許多的奮鬥，而且提倡宣布成文憲法的人，其品格才能均極可欽敬。（註二八）以上各項原因，在英國憲法方面，更有較大的力量；並且，如果憲法的要素就是指其具有不能變更的特質的話，那末成文憲法，將因其運用的不靈敏，而發生流弊。一切憲法均與其他事物或觀念相類，具有一種保守的效力，不過加以明文規定之後，因爲僅僅是用文字表示，所以也不見得更顯明的保守。第二，成文憲法是否較之英國憲法更能解決一切糾紛呢？其界說是否更爲明確固定呢？據經驗表示並不如此；或者如果如此，其範圍亦極小。因爲沒有一種憲法，條文規定如此的精詳，而無需要任何的解釋。憲法會議除非長期存在，否則亦只能立定若干廣泛的原則；縱使其能規定詳細的條文，而其地位亦不能較之普通的立法團體爲優。試就最精詳的成文憲法而言，如美國某幾邦的憲法，（註二九）以及一九一九年德國的憲法，其條文意義亦不能不藉解釋而明瞭。此種情形的發生，往往在立法方面，以及法院引用法律，作判決詞時，而引起此項問題。關於後者，將在後面分析

憲法尊嚴性質之時，再予以討論，不過我們立刻可以說美國的憲法，乃包括於正式公布的三十一頁條文之中；惟各項條文所引用的主要事例，反而需要七百頁的文字，來予以解釋，並且在每一個事例中，均有相反的意見；而且研究者，往往對於多數的意見和少數的意見，均持異議。然則憲法所說的究竟是些什麼呢？法律書即所以使憲法的條文，更爲明確具體。例如，法國的人權宣言明白警告各項條文應依照將來制訂的法律而發生效力；此項事例，如言論自由、私產保障等。此外尚有其他的事件，如獎進人才、教會地位、公共教育等——這些問題，若無具體的說明，就毫無意義。至於一九一九年的德國憲法，亦皆如此，在每一條文之末，均有這樣的一句話——「其詳細辦法，當另以法律規定」，或是「依照一般法律辦理」。因此，憲法不能被視爲唯一的根本大法，——因此尚須受以後制訂的各種法律所限制。因此成文憲法是憲法以及由此所發生的許多法律和決議的產物。

然而在英國方面，憲法原則，均直接明確的或暗示的，包括於特種的法典之內。如果要尋求英國憲法的共同原則，那末必須把許多特種的法律判決、議決案、法典和傳記等，加以概括的研究；不過成文憲法的共同原則，必須由直接的閱讀而知之。但是這僅指共同原則而言，因其如此的普通，所以往往與解釋憲法的法律書或是執行憲法的政治機關的行爲，發生矛盾。但是這種根本法律的意義，如此晦暗，在一切的相反意見之中，如何可以得到對於根本法律的一致意見呢？職是之故，沒有一種成文憲法，無論法國的、德國的、美國的、澳大利亞的，或是任何的成文憲法，均不能獨自成立。這是需要加以補充完備：以法律而予以詳細的規定。而補充憲法使其完備的各種法律，亦顯然不致有異於不成文憲法的國家所通過的各種法律。

抑尤有進者，成文憲法有時須有詳細的條文規定，並且由法典及司法訓令予以補充完備，而其完全明確的意義，仍難得到。在法、德、美各國的憲法中，每一條文，甚至每一字句，其所發生的爭議，較之英國憲法上所引起的爭議，無少異；甚且過之。創立憲法者的原意，該國當時的社會環境，新時代所引起的新事件，一切的一切，均在一字一句中，可以引起注意。

僅以明文規定憲法或宣布憲法，其利益甚小。究竟有多少的利益呢？成文憲法至多不過可以作為參據的標準；其價值乃以其條文的明晰，及其不受解釋所變動的範圍，而為比例。因為沒有一種憲法經憲法會議公布之後，十年以上，尚能滿足以上各項條件，故其利益適等於零。

簡而言之，吾人必須對於憲法經過文字明定後的特點，及其修改的困難之間，予以辨別，不過此兩事不能混為一談。^{註三〇}這並不是因為經過明文規定就可以有保障，而是因其可以對於修改一層，加以障礙。修改的手續乃較之明文規定更為重要，而明文規定並非主要的，僅為偶然的重要。

(二)修改 憲法的要素就是較之普通法律，沒有伸縮性。我們或者可以解釋憲法就是指其修改的手續而言。因為修改就是撤銷和重訂。此點就是其他一切憲法異乎英國憲法之處。廣而言之（吾人將在後面再加以限制），在英國政府的制度中，任何組織，不論是否根本的，無論是否曾經過去的議會或司法確定認為根本的，均可由普通的立法手續正式變更之，甚至撤銷之；此項立法手續，即由衆議院多數的通過，通常亦有依議會條例，由元老院聯合通過。撤銷元老院的重要權力案，或是限制工會權力案，其通過的手續，與有關寡婦卹金案，或公共衛