

胡佛等著

憲法與行政法

臺灣商務印書館發行

胡佛等著

憲法與行政法

「思與言」論文選輯第三集

臺灣商務印書館發行

中華民國五十八年九月初版

憲法與行政法（二冊）

定價新臺幣二十六元

基本定價一元四角

著作者 胡 佛 等

發行者 臺灣商務印書館股份有限公司

臺北市重慶南路一段三十七號

印刷所及 臺灣商務印書館股份有限公司

登記證：內版臺業字第〇一三號

版權所有
翻印必究

目錄

一、美憲制定時的折衷案·····	胡佛·····	(一)
二、美國憲法含蓄默認權原則的確立·····	荆知仁·····	(二七)
三、美國參院對條約的修改權·····	胡述兆·····	(四三)
四、美國總統的沉重職責及其解救·····	雷飛龍·····	(六五)
五、法國總統的權力·····	陳治世·····	(一〇五)
六、日本的內閣制度·····	蘇次雄·····	(一六五)
七、行政法學之研究方法及趨勢·····	張劍寒·····	(一九一)
八、西德聯邦公務員懲戒制度之研究·····	翁岳生·····	(二二九)
九、行政法院審理自由裁量問題之研究·····	古登美·····	(二六三)
十、兵役區分之研究·····	張劍寒·····	(二八三)
十一、論軍事徵用之標的及範圍·····	張劍寒·····	(三一三)

憲法與行政法

美憲制定時的折衷案

胡佛

美國憲法是在公元一七八七年年制定的，到今年為止，已歷時一百八十二年。從人類全部活動的歷史上看，一百多年並不算太長，但從憲法的制定史來看，一部成文憲法能維持這麼長久，能受人尊重這麼長久，實不是易事。一部憲法的持續性如何，因素固多，但就憲法制定的本身研討，它必須自始即為各方所願接受的。為各方所接受的憲法，在理論上並不一定是最好的，在實際上亦不一定是能滿足各方所需要的，不過它却是能行的。能行這點很重要，法如能行才有機會逐步成長，如不能行，即是具文，等於無法，生機就很渺茫了。

近世憲法，大多是革命後的產物。在革命之時，理想總是比較抽象，意見總是比較一致，如爭取民主、自由、獨立等是。革命成功後，就得接觸到現實的問題，各方意見就易發生差異了

。這種情形常常反映在制訂憲法的過程上。就一般說來，制憲當時如能以民主精神互相協調，制憲才能成功，憲政的根基才能寬廣厚實；如不能互相協調，甚或以實力互相逼迫，其後果若不是造成分崩離析的局面，就會產生極權專政的狀態。二者對民主憲政的前途皆是破壞。

不相信理想的絕對，尊重他人的利益，着重討論與同意，這些皆是民主的精髓，而為協調的基礎。制憲各方如能在結成一個國家的大前提下，互相協調，制憲才可成功，民主才可反映於憲政。也唯有如此，才能使憲法隨歲月而成長，永遠協調各方的需要。憲法是「一束協調」(a bundle of compromise)，這話的含義是相當深刻的。

美國憲法，是經過協調折衷而成。其後一百八十多年的成長與發展即是成功的佐證。這篇文字特就美國制憲會議的實況，來探討當時各方協調的過程與成就。由此我們可以看出，一部憲法的成功並非是偶然的。

二

美國獨立戰爭勝利後，十三州曾在1771年訂立過一個邦聯條款(Articles of Confederation)，但這個條款經過六年的考驗，認為不能滿足各州的需要，加上新情勢的發生加速各州對統一的要求(註一)，所以在一七八七年的二月，大陸會議乃邀請各州派遣代表來重新檢討和修訂這個條款。各州除羅得島州外，皆同意派遣代表集會討論。於是美國的一流政治領袖乃齊集賓

夕凡尼亞州的費城，爲這個國家重新制訂了一個條款，此即美國現行的憲法。這個制憲會議於一七八七年五月二十五日在費城的獨立廳舉行，至九月十七日結束，會期將近四個月。參加大會的代表共五十五人，華盛頓被推爲主席。全體代表並通過每州祇有一投票權，會議情形對外保密。

中央在開會的初期，大家皆認爲邦聯條款過於軟弱，皆同意需要一個比較堅強的中央政府。但這個中央政府應給予多大的權能？中央權與州權之間應如何劃分？大家意見就很有出入。某些代表主張中央的權能應較廣泛，各州應受中央的節制，這些代表多來自麻塞諸賽、賓夕凡尼亞、及維幾尼亞等大州。在很多情形下，他們頗獲得北加羅林納(North Carolina)、南加羅林納(South Carolina)、喬治亞(Georgia)及康納克鐵克(Connecticut)諸州代表的支持。某些代表則反對中央的權力過份集中，強調各州自身的主權，這些代表多來自新澤西(New Jersey)、戴勒維爾(Delaware)、瑪琍蘭(Maryland)及紐約(New York)等小州。有時候他們也得到康納克鐵克及喬治亞等州代表的支持。在制憲過程中，凡是重要的問題大州的主張都振振有聲，很能控制投票的結果。但小州每加以併力抵制，甚至以退會相威脅，最後逼使互相協調，終於通過折衷性的議案。

制憲過程中最激烈的爭論，莫過於小州在中央政府中的地位，亦即州權大小的問題。小州很怕大州控制中央政府，轉而控制小州，所以特別注意中央政府的體制。大州是主張中央集權的，維幾尼亞州爲此會擬訂一個草案，而爲各大州所贊成，史稱維幾尼亞草案(Virginia Plan)

(註一)，這個草案在一七八七年五月廿九日由維州州長倫道夫 (Edmund Randolph) 向大會提出後，立刻引起小州的非議。根據這個草案，將來的聯邦立法機構——國會分爲上下兩院（註三）；下院議員由各州人民直接選舉（註四），上院議員先由各州的州議會提名，再由下院選舉（註五）。國會的立法權相當廣泛，可制定關於全國性的法律。凡各州無法立法的法案，以及各州如予立法即有損國家調和的法案，國會皆可立法，且法律的拘束力可直接及於全國人民。國會甚至可主觀認定州的某項立法違背憲法，而予以否定（註六）。草案規定的行政機構負責執行法律，亦由國會選舉（註七），但有權可抵制國會；即行政機構如認爲某項國會的立法係越權制定時，它可聯合某些法官開會審議，審議的結果可使該法失效。但如國會第二次再予通過時，行政機構就必得加以執行，不能再加拒絕（註八）。草案亦建議建立一中央的司法系統，法官爲終身職，非有不當行爲，不能更動。在某些案件，中央法院有完整的審判權——由初審直至終審皆受中央法院的直接管轄（註九）。

維幾尼亞草案的提議，很多人認爲是革命性的。它使從前鬆懈的邦聯組織成爲一個較凝固的中央政府。小州的代表雖也感覺邦聯的鬆懈須加改進，但却認爲這個草案過份削減了各州的州權，且有意圖利大州而損及各州平等的原則。如與邦聯時代比較，聯邦的國會可以否定各州議會的立法，自是對州權的一種削減，聯邦政府今後可藉此來束縛各州。國會的衆院由全國人民直接普選，自對大州有利；大州的人口多，所普選出來的衆院議員，當然要較小州爲多。參院議員則由

衆院選擊，衆院的大州代表多，所選出的參院議員定還是大州佔優勢了。但大州的代表認爲如要謀取全體的進步，及避免各自爲政的紊亂情況，這些皆是必要的步驟，因非如此卽不能成爲一個强有力的中央政府。所以漢彌爾登說：「一個國家沒有一個中央政府，這是個可怕的景像。」（註十）

一方面要成立一個强有力的中央政府，一方面又不能過份削減平等的州權，這實是制憲大會的難題，好在已有維幾尼亞草案的提出，不管小州如何反對，總算有了個討論的起點。

維幾尼亞草案經提出後，大會卽組織了一個全體委員會（The Committee of the Whole）加以審議。這個委員會在一七八七年的五月卅一日未經激辯卽通過草案的第二條，卽「中央政府的國會應包括兩院」（註十一）。（這個決議在同年六月二十一日由大會以七票多數通過。）國會應否包括兩院是無關重要的，重要的乃是它的組成。所以當草案第三條有關國會組成的規定接着提出時，就引起了雙方的激辯。贊成派以威爾遜（James Wilson）、麥的遜（James Madison）、凱因（Rufus King）及摩里斯（Gouverneur Morris）等人爲首，力主人民普選的原則。麥的遜曾慨乎言之地說：「人民的普選對自由政府的每一計劃皆關重要……這個偉大的結構如求鞏固和耐久，唯有建築在人民自己的堅固基礎上，而不是單單建築在州議會的幾根柱子上」（註十二）。反對派以修曼（Roger Sherman）及葛萊（Elbridge Gerry）等人爲首，他們反對人民普選，主張國會的衆院應由州議會選舉。葛萊曾警告着說：「我們皆曾嚐試過過份民主所帶來的罪惡。」（註十二）

反對派的聲浪雖甚激烈，但委員會在五月三十一日仍以六對二票通過下院由人民普選。投反對票的是新澤西州及南加羅林納州；康納克鐵克特及戴勒維爾州的票分散掉了（註十四）。在六月六日，委員會雖曾從新考慮人民普選衆院的問題，但結果仍是贊成派獲勝（康納克鐵克特州，新澤西州及南加羅林納州投反對票。）委員會乃將這個結果提送大會討論，大會在六月廿一日以九對一票予以通過，僅新澤西一州投票反對，戴勒維爾州的票分散（註十五），這是大州主張普選政府以來的第一次重大勝利。

小州在人民普選衆院上失了敗，但在反對參院由衆院選舉上却獲成果。在六月七日，戴勒維爾州的狄克生提議參院應由各州的議會選舉，麥的遜及威爾遜在討論時皆予反擊，強調國會的權威應當建築在全國人民的基礎上，但修曼則力言參院應當代表各州。當時尚未牽涉到各州代表的人數問題，且委員會亦認爲在這一點上可對小州讓步，於是一致通過了狄克生的提案。六月廿五日大會討論委員會的決議，復以九對二票予以通過（維幾尼亞及賓夕凡尼亞反對）（註十六）。參院代表州的原則到此確定。美國雖擺脫了邦聯政治，但祇能過渡到聯邦政治。政治成長總是按部就班的。對於國會產生的問題，大州與小州於是初步獲得了協調，即衆院採取了大州的辦法由人民普選；參院採取了小州的辦法由州議會選舉。

國會兩院的產生雖獲妥協，但緊跟着又來了另一難題，即國會兩院代表權應如何分配的問題。大州主張以人口的多寡爲計算的標準，小州則主張各州代表權一律平等，不管各州人口多寡

代表數目一致。小州十分恐懼大州藉人口的優勢，選出多數的議員來控制國會，並藉國會來控制各州。所以當這個問題在委員會提出時，雙方爲此曾激辯數日。麥的遜與威爾遜一再堅持國會應代表人民，故國會代表的選舉自應以人口多寡爲標準，但他們在原則上的發揮，並不能平息小州在實際上的恐懼。新澤西州的代表彼德遜曾激動地說：「他的這一州」寧願向專制與極權屈服，亦不願甘於這種命運」（註十七），他的這種說法雖嫌過份，但足可說明小州代表當時的心情。但大州的代表並不爲彼德遜之言而讓步，威爾遜亦以牙還牙，警告彼德遜說：「假如新澤西州還不能放棄她的獨立主權，那就不必奢談什麼中央政府了。」（註十八）這句話的含義是很嚴重的。

小州的溫和派很怕這件事弄僵，使制憲工作受到破壞，故商量着與大州妥協。他們的腹案是：在衆院順從大州，以人口多寡爲議員人數的標準，但在參議院則堅持各州平等代表權的原則，決不讓步。康納克鐵克特州的修曼在六月十一日的一次辯論中曾作此建議，希望局勢能獲得緩和。但大州集團氣焰正甚，仍然斥責州權平等的「不公平」，呼籲打消。他們的策略是：先由凱因及威爾遜向委員會提議衆院的選舉不能再比照邦聯時的舊制，維持各州相等的代表數，而須以人口的多寡爲定，這一提案獲得委員會的通過。康納克鐵克特州認此提議與他們所建議的妥協案的第一部份相同，故亦投票同意。康納克鐵克特州同意這一部份，旨在換取大州同意其第二部份，亦即由各州選派同數的代表出席參院。該州的修曼與愛爾斯我斯 (Ellsworth) 旋向委員會作此提議，並強調說：「小州決不會同意在此院實用平等代表權以外的任何原則。」但這一提議並未換得

大州集團的贊成，結果仍以五對六票失敗。（康納克鐵克特、紐約、新澤西、戴勒維爾及瑪利蘭州投票贊成）。威爾遜及漢彌爾登緊趕着這次勝利，實行他們的次一步驟，即對此作正面的提議，主張參院亦應比照衆院的辦法，由人口的多寡決定代表數。這個提議案復以六對五票通過（註十九）。大州雖同意參院由州議會間接選舉代表各州，但參議員若按人口的比例選舉，大州仍可控制參院，並進步牽制全局，至於間接選出與否，倒不是問題的中心。反過來看，小州如在參院失去平等的代表權，就等於失去了平等的州權，今後處處就要仰大州的鼻息，失去聯邦的意義，這種情形就很嚴重了。所以小州寧願在衆院讓步，來換取在參院的成功。但這項妥協，最後仍告失敗，小州集團的憤慨真是不言而喻的。如有適當的機會，他們當然會全力反擊予以翻案的。

在六月十五日，全體委員會結束了對維幾尼亞草案的審議工作，並將決議向制憲大會提出。大州所主張的中央集權計劃，在這一回合中雖遭修訂，幸損失不大，但小州所堅持的州權平等原則，却毫無成就。但當小州的代表們帶着失敗的心情重回制憲大會時，不由信心大增。原來小州以前未及出席的幾位代表都趕來參加了。其中包括瑪琳蘭州的馬丁（Luther Martin），紐約州的藍辛（John Lansing），戴勒維爾州的彼德福特（Gunning Bedford），他們皆是擁護州權的堅強份子，小州集團於是聲勢一振。新澤西州的彼德遜乃乘勢提出與維幾尼亞草案相對的新澤西草案（New Jersey Plan）（註二十），並強調這個草案是純粹聯邦性的，不若維幾尼亞草案的中央集權化。這個新草案受到小州的支持。

新澤西草案的提出，使局面轉趨複雜。全體委員會審訂維幾尼亞草案的成就因此打了個折扣。一般說來，新澤西草案，僅是過去邦聯條款的一種改良，不若維幾尼亞草案的革命性。它主張維持邦聯時代獨院制的國會，議員由各州選出，代表各州；且不管州的大小，所出議員的人數一列相等。中央行政機構由此一獨院制的國會選出（註二十一），當然受各州的控制。新澤西草案亦建議成立一中央的司法系統，但主要的權能僅在接受某些由州法院轉來的上訴案件（註二十二）。中央的法規先受各州的法院解釋與實用，中央法院祇有終審權，所以中央法院的審判權不是完整的，這較維幾尼亞草案所規定的要差多了。

這個草案仍交由全體委員會審議，在會中威爾遜與侖道夫皆曾發表強烈的演講，批評維持獨院制的不當，認為係邦聯時代的舊制，不若維幾尼亞草案的為優。新澤西草案於是提付表決。提案內容很簡單，即維幾尼亞草案「是否較彼德生所提的新澤西草案為優，而應為各方所適用。」投票結果以七對三通過，（投反對票的三州是紐約，新澤西及戴勒維爾，瑪珂蘭州分散）（註二十三），亦即新澤西草案被否決掉了，這是大州的再一次勝利。全體委員會通過此一表決後即告散會，並將前經修訂過的維幾尼亞草案再送回制憲大會討論。

三

維幾尼亞草案經過這一番週折後，終於又回到了制憲大會，全體委員會在六月十九日向大會

正式提出該草案的修正報告。

大會對於該修正草案中有關衆院代表人民（由人民直接選舉，是大州所主張的）及參院代表各州（由州議會間接選舉，是小州所主張的）的折衷方案，很順利的以多數票通過（通過時的日期及票數，見前引）。但在六月廿七日，一觸及兩院代表人數的分配問題時，激辯又隨之展開了。

如前所述，全體委員會在討論草案中有關兩院代表人數的分配標準時，大州與小州的代表們會爭論得面紅耳赤，相持不下。後來委員會所通過以州人口數爲準作爲所出議員數的辦法，完全是出於大州的主張，是大州的勝利。小州會想在衆院讓步，而在參院主張維持州的平等代表權，以爲另一折衷方案，但這一折衷案復遭委員會否決。小州見勢態嚴重，又在大會提出新澤西草案以爲對抗，可惜又功虧一簣。不過小州的幾度掙扎，頗振聲勢，那種堅決的態度，也給與會代表們一種強烈的感覺，即這個問題如不能圓滿解決，大會的前途是值得憂慮的。現大會又正式討論這件事，這是小州最後的反擊機會了。

小州的代表路德·馬丁以兩天的時間對大會作疲勞轟炸式的演說，認爲：「共同的政府僅是用來維護州政府的，並不是用來統治人民的，它的權限應限制在較小的範圍內」（註二十四）。他堅主州權平等，宣稱小州決不讓步。

在六月廿八日，紐約州的藍辛提議大會應推翻維幾尼亞修正草案中，有關兩院代表人數分配

基於人口多寡的決議。威爾遜與麥的遜照例予以反駁，麥的遜且指出，小州懼怕大州聯合起來壓迫小州的想法僅是一種過慮，他強調維幾尼亞、麻塞諸賽、賓夕凡尼亞三大州之間並沒有共同利害關係的存在；此不論在風俗習慣上、宗教上、以及出產上皆是如此。維州產的是煙草，麻州產的是魚類，賓州產的是麪粉，它們是毫無理由非聯合成一體不可的（註二十五）。但小州的代表們並不為麥的遜的言詞所折服，雙方的爭論且愈演愈烈，很多代表皆擔心制憲大會已瀕臨失敗的邊緣了。班簡明·富蘭克林（Benjamin Franklin）甚至呼籲大家每日向上帝祈禱，乞求神的力量來解決大會的難題。

在六月廿九日，康納克鐵克特州的強生（Johnson）向大會再度提出以前修曼在全體委員會建議的折衷案——即衆院根據各州人口的多寡來分配議席，參院則維持各州平等的議席。但強生提案的命運同修曼的提案一樣，又告失敗，大會以六對四票予以否決（投贊成票的四州爲康納克鐵克特、紐約、新澤西及戴勒維爾，瑪琳蘭州的票分散掉了）（註二十六）。至此，兩個星期的討論同協商竟一無成就，絲毫沒有變更大州代表們的心意，但小州代表仍不接受這種安排，仍希望再來一次翻案。於是第三次的折衷案終又被提出了。這一次還是由康納克鐵克特州的代表提出，不過換了人，改由愛爾斯我斯出面。

大州代表對小州代表的一再提出折衷案，阻擾大會通過修正草案的做法，甚感困惱，但亦無可如何。麥的遜又重復強調不必擔憂大州定會聯合，他說：「州與州間的分合是在於各自不同的

利益，並不在於州的大小……各州利益最大的不同主在是否畜奴，所以美國不會分成大小州的集團，但會分成南北州的集團」（註二十七），（按美國南部各州當時大量蓄養黑奴）。因之，他以爲如須折衷妥協，應當是兩北兩集團間的折衷妥協，不必涉及大小的問題。他根據這個觀點乃建議另一種的折衷案，即在衆院的選舉，南方各州可將黑奴的數目完整地計算在人口數以內，但在參院的選舉，黑奴的數目祇能折算爲五分之三，如此南北兩方的利益可以獲得折衷的效果。他因反對州的大小分野說，故亦反對各州在參院代表額的平等說；他因看出南北利益的不同，所以亦主張維持適度折衷的辦法。但他的這種提議爲小州所反對，因小州的代表是一向堅主州權絕對平等說的。

愛爾斯我斯再度提出同一折衷案後，小州代表急盼能獲通過，故對大州的反對顯得很激動。戴勃維爾州的耿寧·彼德福得在講演中竟以極端偏激的口吻說道：「大人先生們，我並不信任你們，如你們一旦抓到大權，就無法限制你們的濫用……但大州是不敢解散邦聯的，如果真膽敢如此，小州會找到很友善的外國盟邦……」（註二十八）。他的話使得凱因暴跳如雷，他隨即攻擊彼德福得竟擅離自己國家的立場而覓外援，「他應當悲哀這種思想會走進他的心中……唯一可予解釋的，是他的激動」（註二十九）。會場的氣氛真够緊張的了，幸好第二天是個星期天，讓大家冷卻了一下。大州的有些溫如派，現在感覺這樣下去，很不妥當，要挽救制憲的危機及避免小州的走向極端，似乎不再能固執下去了。

在七月二日，愛爾斯我斯所提的折衷案又付諸表決，結果形成五對五的僵持票數——康納克鐵克特州、紐約州、新澤西州、戴勃維爾州及瑪琍蘭州贊成，麻塞諸賽州、賓夕凡亞州、維幾尼亞州、北卡羅林納州、南卡羅林納州反對，喬治亞州的票各半分散（註三十）。這個僵局的形成主在喬治亞州的代表票未能集中一方投出；在投票時，喬治亞州的一位代表威廉·庇爾士（William Pierce）因去紐約開會，未參加投票。他是反對折衷案的，故如在場投票，喬治亞州的一票是定會投向大州一邊的。瑪琍蘭州的丹尼爾（Daniel of St. Thomas Janifer）因出席略晚而未及投票，他也是反對折衷案的，如他亦參加投票，也會影響到瑪琍蘭州決定的。所以華倫教授（Charles Warren）說，這兩個人的缺席，變更了憲法的命運（註三十一）。

五對五票的結果，在小州方面無疑地是一大進步，但這仍是個困局——折衷案尚未被通過。爲了打開這個困局，賓克奈（Charles C. Pinkney）乃建議設一委員會，由各州派一代表參加，來討論折衷的可能性。他的提議立即受到很多代表的支持，就是大州的溫德和份子如麻州的吉萊（Gerry）亦加贊可，他認雙方此時必須互作讓步，否則憲法即無法制成（註三十二）。始終堅持反對的人物，仍是威爾遜及麥的遜。但大會通過設一委員會（僅賓州反對），並選出大州的吉萊、富蘭克林、梅生（Mason）、大衛（Davie）、露特吉（Rutledge）、小州的愛爾斯我斯、葉特（Yates）、彼得遜、彼德福得、馬丁、以及喬治亞州的鮑得溫（Baldwin）爲代表（註三十三）。