

大 學 叢 書

比 較 憲 法

下 冊

中華民國二十七年三月初版

⊙(32334平)

大學叢書  
(教本)比較憲法二冊

裝平 每部實價國幣叁元叁角

外埠酌加運費匯費

著 者

錢王 端世 升杰

發 行人

王 雲 五

印 刷 所

商 務 印 書 館

發 行 所

商 務 印 書 館

## 第四編 國家機關及其職權

在政治發展已達一定程度的社會，國家的職權蓋多具有立法，行政，與司法的分別；國家的機關亦有三個。此為十八世紀以來，政治學者倡導三權分立主義的影響。晚近數十年來，攻擊三權分立主義之說固不一而足；有主張將向所稱為行政的權，分成執行（executive）及管理（administrative）兩權，而共成四權者；●有謂國權的劃分，只能有立法與行政兩種，所謂司法權並無特別性質者；●孫中山先生則更倡五權——即行政，立法，司法，考試，及監察，——分立的理論。但就各國一般的情形而論，三權分立仍為最普遍的形式。● 所以本編共分三章：一曰議會；二曰行政機關；三曰法院。

註● 參閱 Goodnow, *Politics and Administration* (1900), 16-17.

註● 參閱 Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (1923), II, 534-542.

註● 關於分權觀的討論，可參閱下列各書：

Finer, *Theory and Practice of Modern Government* (1932), I, 153-180;

## 第一章 議會

### 第一節 議會的性質及起原

#### 第一目 議會的性質

在一般人的觀念中，所謂議會係一種代表國民的團體，其全部分或大部分的分子，則出自人民的選舉；所謂議會制度或代議制度，即是議會得行使國家最重要的職權的政體。這種政體與專制政體及純粹民治政體，俱不相同，因為在專制政體之下，議會常不存在（或雖存在，亦無重要職權），而在純粹民治政體（例如古希臘的城市國家）之下，則國家一切重要職權，俱由公民大會直接行使，議會亦不存在。但這種觀念，究只

Esmein, *Éléments de droit constitutionnel* (1927), I, ch. iii;

Jaansen, *Montesquieu's Theorie von der Dreiteilung der Gewalten im State auf ihre*

*Quellen zurückgeführt* (1878);

St. Girons, *Droit public français: essai sur la séparation des pouvoirs* (1881).

是一種政治的觀念。欲從法律上去考求議會的性質，便應推究議會與其選民間，究存有何種的法律關係。

關於議會與其選民間的法律關係，歷來論者有下列不同的三說：

一 委託說 此說認識議會各個議員，各爲其本選舉區選民的受託人。法人稱此

說爲命令式的委託說（*theorie du mandat impératif*）；今簡稱爲委託說。細析起來，此說含有兩層意思：第一層意思，係承認議員與選民之間，含有一種私法上的『委託』關係；第二層意思，係承認此種委託關係，僅存於各個議員與其本選舉區選民之間，並非存於議會全體與全國選民之間，或各個議員與全國選民之間。法蘭西大革命時有一部分人頗主此說；今亦間有附和此說者。今將此說的兩層涵義，分別說明如下。

各個議員，何以僅與其本區選民，成立委託關係？欲明此點，須知主張委託說者，本是服膺盧梭民權主義的學說者。依着盧梭的民權主義，各個人民原各享有國家主權的一部分；主張委託說者，遂以爲各個人民既各享有一部分的主權，其選舉議員，復爲其行使主權的表示，則各個議員與其本選舉區選民之間，自可認爲存有委託關係；但各個議員與全國選民間，則不能存有委託關係，因各個議員並非由全國選民選出。

其次，各個議員與其本區選民，何以僅有一種委託關係？所謂委託關係者，又是何物？本來主張委託說者，即爲崇信主權不可割讓之人；主權既爲不可割讓之物，則選民之選舉議員，自不能看作一種割讓主權的行爲；所以他們不認議員爲承受主權的割讓之人，而僅爲選民的「受託人」（*mandataire*）；換言之，即選民與議員之間，僅存有一種委託關係。依着他們的意見，議員與其本區選民間的委託關係，與私法上所謂委託關係相同；委託人得對於受託人給以訓示（*instructions*），受託人在議會中的一切行爲與表示，務須依據委託人所明授的訓示爲之，不能憑一己的思想與見解而自由行動；委託人並得隨時撤銷其委託；換言之，某區的選民，對於其所選議員，尙保有一種「直接罷免權」。

在理論上，我們是否能承認議員與其本區選民間，存有上述的委託關係，後當別論；在實際上講，則在議會制度產生的初期，例如中古時代的英國議會及法國往昔的等級會議（*Etats-généraux*），議員與其選舉區或選舉團體間雖往往含有這種關係，但今則一般國家的法律，已不復承認這種關係能存在於議員與其本區選民或任何選民之間。

## 二 代表說

此說否認議員各爲其本選舉區選民的受託人，而認議會全體爲全

國人民的受託人；否認議會與人民間的關係類似普通民法上的委託關係，而認為一種具有特殊性質的委託關係。此說法人稱為代表式的委託說（*théorie du mandat représentatif*）；今簡稱爲代表說。在法國大革命時代，崇信此說者甚衆；至今法國一般學者，仍主此說。今將此說的兩層涵義細爲解說如下：

此說何以否認議會議員爲其本選舉區選民的受託人，而認議會全體爲全國人民的受託人？蓋倡此說者以爲主權原屬於人民全體，初非分隸於各個人民；因爲一個選舉區的選民，原只是全國人民的一部分，而不能構成主權的主體；所以一個選舉區的選民，不能認爲主權者或委託人，而議會議員亦不能受託於本選舉區的選民。

其次，此說所謂特殊的委託關係（或代表式的委託關係）究是何物？議會全體與全國人民，又何以只應有此種委託關係？主張代表說者以爲議會全體所表示的意志，原須視爲與人民全體所直接表示的意志相等，而有拘束人民全體的效力；因此議會全體與人民全體，實應認爲含有一種委託關係；換言之，議會實可認爲曾受人民全體的委託。但此說對於任何選舉區或任何選民，則不能認其有以訓示拘束任何議員的權力；因爲各個議員原俱是全國人民的代表，而非本選舉區選民的代表，議會選舉雖往往

分爲若干選舉區，但其目的僅在謀選舉的便利。如認任何議員應受某某特殊選舉區或某某特殊選民的訓示的拘束，便等於承認一部分人的意見得以拘束全國人民的代表或受託人；這固與人民有共同意志之說不符，主張代表說者自難予以承認。

各國近代的憲法或法律，大都默認代表說，甚有以明文承認者。例如一七九一年法國憲法第七條即有「各郡所選舉的代表，應不認爲各該郡的代表，而應認爲全國國民的代表；各該郡亦不得給予該代表以任何委託。」又法國一八七五年衆議院組織法第十三條，亦有「一切命令式的委託（mandat impératif），俱無效力」的規定；此項規定至今存在。德國一九一九年憲法第二十條則有「議員爲全體人民的代表，應僅憑自己良心行動，而不受任何委託的拘束」的規定。其他國家憲法亦有設爲相似的規定者，如比國憲法，瑞士憲法等。凡此雖承認代表說，而否認委託說的實例。

三 國家機關說 此說向爲多數德國學者所主張，但法意各國人士，亦有附和者，例如法人梅旭（Michoud），馬爾伯格（Carré de Malberg）及意人奧蘭多（Orlando）等。法人通稱此說爲國家機關說（théorie de l'organe d'état）。主張此說者，大率以爲選民團體與議會，各爲國家的一種機關，各有其職務；前者的職務在選舉，後者的職務，則在於

一定限度以內行使其決議之權；在法律上講，彼此之間並無任何委託關係或代表關係。彼此的職權都來自憲法。德國著名公法學家拉龐（Laband），於其所著德意志國法學中，即剴切主張此說；因謂：「國會議員爲全國人民的代表云云，在法律上實無任何意義，議員的職權並非受諸任何權利主體，而係直接根據憲法而來。」●

四 各說的批評 委託說實有兩層弱點。第一，此說與現在一般國家的憲法及法律中的規定完全相反；因爲現代一般國家的憲法與法律，並不承認議員的行動，應嚴格的遵守其本選舉區選民或任何選民的「訓示」；換言之，議員與其選民的關係，實際上並不類似私法上的委託關係。第二，此種私法上的委託關係，在理論上講，亦實不宜存在，且不能存在於議員與選民之間。不宜存在，因爲議員與選民間，如果存有此種委託關係，則實際上直接民治制度的實益與代議制度的實益，將兩俱不能取得。不能取得前者，因爲國家既未直接的徵求人民的意見，則凡議員所須遵守的訓示，事實上或只

註 ● 見 Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1911), I, 297. 關於以上各說的說明

及討論，最好更參考 Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état* (1922),

II, 199 及以下 Juguit, *Traité de droit constitutionnel* (1923), II, 494-514.

是政黨機關或政黨主持人的訓示。亦不能取得後者，因為議會議員既須永遵選民的訓示，則他將無從利用其本人經驗與見識以行使職權，造福國家。不能存在，因為國事變化無窮，選民於選舉時所給予議員的訓示，必難預測一切。如遇新的事變發生，議員便須請命於選民；此則在事實上殊難實行。

至於第三說認選民團體與議會各為國家機關，各受權於憲法，而不認議會與選民間有任何代表或委託的關係，亦非我們所能附和。議會與選民的職權，各以憲法為根據，自為我們所不能否認；但議會與選民，並不必因此而遂不能保有一種委託的或代表的關係。我們如絕不承認此類關係的存在，則議會的行動便不必與選民的意見同其向背。果然，在政理上講，議會政治，將不免流為少數政治；在法律上講，則各國法律中關於議會任期或解散等問題的規定（如議會須於一定任期後改選，如行政機關得以解散議會，如公民得以直接解散議會或罷免議員），亦將缺乏意義；因為這些規定，實際上，都只是力求公民與議會間的意見趨於一致。所以對於議員與選民間的法律關係問題，我們雖不能如第一說所云，認他們間有一種與私法的委託關係完全相似的關係存在，亦不能如第三說所云，否認他們間存有任何委託的或代表的關係。我們以為議會

全體與全國選民之間，實保有一種特殊的委託關係——亦可稱爲代表關係。這種代表關係之類於私法的委託關係者，即在代表者的行動，在法定範圍以內，有拘束被代表者的效力，而且代表者須力求與被代表者的意見趨於一致；這種代表關係之異於私法的委託關係者，即在代表者的行動，不以被代表者所明授的訓示爲限制。主張第二說者所提出的理論，關於主權一層，雖不免有近於虛玄之處，然就其結論而言，固與我們的見解，無根本差別。

## 第二目 議會制度的起原

現代的議會脫胎於中古封建時期的等級會議（*Estates-General, Etat-généraux*）。封建制度本建築於封建主與封建臣中間的契約關係之上；臣民有效忠於主，並服從主命的義務；主有保護臣民，並徵詢其直屬的諸侯的意見的義務。所以當歐洲封建制度盛行之時，各封建國家大都有一個等級會議。等級會議即是直接屬於封建君主的大小諸侯的一種會議，其職務則在供君主之諮詢。如果君主所要求於諸侯的義務，超過了舊日的成規，則這種要求，須獲得等級會議的同意。諸侯有大小及僧俗的不同，故會議採等級的形式，各等級各自開會，合起來則稱爲等級會議。

等級會議與現代的議會迥不相同，縱其名稱有時相同，例如英國十三世紀的等級會議稱『巴力門』（Parliament），而今日的議會亦稱『巴力門』。議會的議員爲全國人民所推選；等級會議則僅是各級諸侯的會議的總稱，諸侯或親自出席，或推選代表出席，則隨等級而異；所以議會可以代表全國，而等級會議僅能代表各級諸侯。

等級會議之變成議會爲英國獨有的歷史。法蘭西西班牙等國家亦早有等級會議，但他們的等級會議至法蘭西大革命時期，仍未改變其等級分立的性質，雖則他們俱已自封建國家進爲君主王國。法蘭西大革命後，議會制度始由英國傳入歐洲大陸；大陸各國的等級會議，並未能自行蛻變爲議會。

至於英國等級會議變成議會的經過，則可約述如下：

英國的等級會議肇始於十三世紀。在有等級會議以前，英國原有所謂『鉅臣會議』（Magnum Concilium），爲大僧侶與大貴族的團體。在一二一五年的大憲章中，亦嘗有國王如增課特別租稅，務須徵求鉅臣會議的同意的規定。但鉅臣會議尙不能稱爲等級會議，因爲大僧侶與大貴族在英國本不甚可分，而其他等級則尙無代表。到了十三世紀中葉，國王爲增課租稅起見，始令各郡武士，各市市民，及下級僧侶推選代表，與

大僧侶大貴族共同供國王的諮詢。這就是所謂「巴力門」就是英國的等級會議。但在起始幾個巴力門中，有時缺少市民代表，有時缺少下級僧侶的代表。自一二九五年起，始永有這些階級的代表。所以這一年的巴力門，英人稱爲「模範巴力門」。

嚴格的說起來，英國的巴力門應和一般的等級會議一樣分成僧侶，貴族，及市民三個等級。一二九五年的巴力門誠然分成三個這樣的等級，但不久即發生變化，各郡武士即與市民代表在一起開會。而且所謂某郡武士的代表，實際上是該郡全體自由民的代表；全體自由民——無論是小貴族，或是有自業田的平民——皆可參加選舉；所以武士的代表與市民的代表俱成了平民的代表。小僧侶的代表起初固與大僧侶合成一級，但到了十四世紀初年，他們即不感覺參加巴力門的興趣，他們寧可在他們的宗教會議（Convocation）中通過什一之稅，以予國王，他們自動的退出了巴力門。於是英國的巴力門，乃成了一個僅有兩院的等級會議，大僧侶與大貴族合成了貴族院；而武士代表與市民代表則合成了衆議院。

衆議院之兼含武士代表及市民代表，實爲英國憲法史上一幸運的偶然事件。英國統一甚早，到了十三世紀，已是統一國家。因爲是統一國家，所以國王權力較大，而大

諸侯常有不滿。大憲章運動即是諸侯們不滿國王專權的一種表示。但是，如果他們不得郡市人民的助力，他們必不能建立巴力門的威權。又如衆議院中只是平民的代表，而無智力財力較高的武士（即小諸侯）爲之領導，或者武士也加入了貴族院，則巴力門縱有威權，亦將爲諸侯的威權而非平民的威權。若然，則近代的議會制度亦將無從成立。英國十四世紀上半葉巴力門分級或分院的實況，一方使巴力門全體得以樹立威權，一方又得使衆議院逐漸成爲巴力門中有力的一院。這就是英國的巴力門得以變成議會的重要原因。

議會自成立後，其權限即日有增加，而其性質亦逐漸自封建時代的等級會議，變成近代流行的議會。經一六八八年的革命後，議會便取得了最高的地位，即國王亦不能離議會而獨享大權。貴族院與衆議院間權力的高下亦有不斷的變化。十五世紀及十五世紀以前，貴族院的權力固較衆議院的爲大，但到了宗教改革後，衆議院即已是權力較大的一院。衆議院的權力愈大，則選舉問題亦愈尖銳化；因之，自一八三二年起以至今日，英國曾有過五次關於選舉權的大改革。到了今日，英國所有成年男女均爲衆議員的選舉人。衆議院選舉權的基礎愈廣大，則其權力亦愈廣大。所以貴族院今雖

依舊存在，但所謂英國國會，實際上不啻即其衆議院而已。●

由上以觀，可知在美法革命以前，英國的議會制度，蓋早已成立。美法革命本俱以民權及自由爲號召，而英國的議會制度，則早已有孟德斯鳩之輩爲之宣傳；所以美法革命的結果，不特美國抄襲了祖國的議會制度，法國亦廢等級會議，而成立國民議會。及後革命潮流波及愈廣，則議會制度亦愈通行。到了十九世紀末期，除俄國外，議會制度蓋已普及於歐美各國。

## 第二節 議會的組成

歐戰以前，各國議會的組成大都爲兩院制；採用一院制者，不過二三小國以及各國的地方議會。蓋英國議會爲議會制度的泉源，則凡摹倣英國而設議會者，遂亦倣設兩

註● 關於英國議會制度的演進，可參考：

G. B. Adams, *Constitutional History of England*;

Stobbe, *Constitutional History of England*;

Erskine May, *Constitutional History of England*;

A. F. Pollard, *The Evolution of Parliament* (1920).

院。所以美國雖無貴族，但當憲法會議議訂憲法時，大多數仍主採用兩院制度。法蘭西百餘年來嘗頒過十幾種憲法，但採用一院制者僅有兩次（一七九一及一八四八）。這兩次憲法之不能實行及失敗——雖則與一院制並無關係——更堅深了一般人對於兩院制的信心。所以在歐戰以前，一院制僅通行於布加利亞、蒙特尼格羅及中美諸小國。直到歐戰告終以後，始有許多國家敢作一院制的嘗試。當時採用一院制者，計有德國、南斯拉夫、土耳其及波羅的海諸國。西班牙一九三一年的憲法也改兩院制爲一院制。

奧國一九三四年新憲法設立了一個四院制的聯邦議會。這是奧國的新嘗試。奧國爲聯邦國家，所以設省代表院以代表各省；又爲獨裁國家，行政首領的權獨大，所以將隸屬於行政機關的參政院列爲四院之一；又以會社國家爲標榜，所以有由會社推選的聯邦文化院及聯邦經濟院。但這種新的制度是否真能發生實效，我們尙無從推測。

### 第一目 兩院制與一院制的理論

一 主張兩院制者的理論 主張兩院制者，其普通理由大率不外下列數種。其

一，以爲兩院制可以防杜議會的專橫。議會專制的可能，本不亞於行政機關；所以蒲徠斯（Bryce）嘗謂美人之採用兩院制，與羅馬人之設置兩個執政（Consuls），其用意均在

防杜專制。蓋就個人與團體比較，個人之流於專制，固較團體爲易；但就團體與團體比較，則單一性的團體，較諸複合性的團體，自又易流於專制。其二，以爲兩院制可以減少法律案的草率與粗疎。蓋在一院制之下，一種法律案，只經由一個機關議決，即可成立；如採用兩院制，則各種法律案的成立，須經由兩個機關議決，所以法律案的內容，比較易臻精密。且兩院制所以能增加法律案的精密，尙不僅因法律之曾經兩院議決；往往甲院因懼乙院將有挑剔抵抗，故於議決法律案時，常不能不十分慎重從事，於是草率粗疎之弊亦可大減。其三，以爲兩院制可以減少議會與行政機關間發生劇烈的衝突。蓋議會與行政機關的衝突，無論在何種政制之下，俱所難免。此等衝突，如不設有相當的調劑方法，往往可使一方或兩方趨於極端，馴致釀成莫大的政變。所謂調劑，則兩院制亦其一法；因行政機關與議會的衝突，往往只是行政機關與議會中一院的衝突；果然，則立於衝突以外的另一院，自可任調停或公斷者，以防止兩方的決裂或僵持。

以上所述皆爲主張兩院制者的普通理由。論者尙有於此種普通理由而外，提出其他特殊理由，以主張兩院制者：有謂君主國家採用兩院制，便可以一院代表一般人民，而以另一院容納貴族分子，由是貴族政治與平民政治便得一調劑之法，孟德斯鳩即持