

憲法總論與德國法制、公法史

比較憲法與政治

第一冊

張正修 著



新學林

比較憲法與政治

第一冊

憲法總論與德國法制、公法史

張正修 著

 新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

比較憲法與政治／張正修著。 -- 一版。 -- 臺
北市：新學林， 2008. 05-
冊； 公分

ISBN 978 - 986 - 6729 - 35 - 5 (第 1 冊：平裝)

1. 比較憲法 2. 比較政治

581. 1

97007241

比較憲法與政治 第一冊

作 者：張正修

出版者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市大安區和平東路2段339號9樓

電 話：(02) 27001808

傳 真：(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 總編輯：田金益

責任編輯：林靜妙 版權部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2008年5月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：640 元

ISBN 978 - 986 - 6729 - 35 - 5 (平裝)

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路2段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

謹以本書獻給

地獄不空 誓不成佛

大願地藏王菩薩

序言

這本書是筆者在出版西洋政治思想與法思想第二篇後所出版的另一著作，這本書是以筆者所出版的（1）為脫華而寫的西洋哲學史——古希臘與中世紀哲學；（2）西洋哲學史——近代哲學；（3）西洋政治思想與法思想史第一篇；（4）西洋政治思想與法思想史第二篇四本著作為基礎所寫的。本來筆者於寫完西洋政治思想與法思想史兩本著作之後，打算先寫西洋現代哲學，但是筆者認為憲法思想乃至法政思想是哲學思想的下游，先寫比較憲法與政治可以使法政思想、憲政思想與哲學思想形成一個易懂的體系。

本書是比較憲法與政治的第一冊，主要包括總論篇與各論篇第一部的德國篇，至於第二冊則包括第二部法國篇、第三部英國篇與第四部美國篇。總論篇以憲法的各種主題為中心，介紹了西歐與美國憲法的各種理論的發展，而各論篇則介紹德國、法國、英國與美國的憲法制度、思想與現象之發展。

在第一冊中，我們於介紹德國的憲法與政治時，特別介紹德國法制史的發展，而德國的法制史原則是溯及至法蘭克王朝講起，筆者所以特別介紹德國的法制史，是有特別理由的：

對於臺灣的法律學界來說，德國是一個很近的國家，因為臺灣的法律制度基本上是學習德國的，法律學界的教授也以留德的居多，因此，德國是法律人最熟悉的外國。但是德國雖是法律人最熟悉的國家，國人對她的真實面貌卻是雜亂或者可說是無知。筆者就讀於臺大法律系時，不論是上民法、刑法乃至行政法時，都很清楚的知道這三個法體系是源於德國，但是在讀書的時候，筆者對於其中許多理論一直無法很清楚理解，自己看了許多老師的論文，也很難了解這些理論是在什麼背景之下產生的？但從另

一個角度來看，德國的法理論已可以說在台灣的介紹是最多的了，而要對之能清楚的理解都有困難，更何況是對法國法、英國法乃至美國法的理解。也因此筆者在第一冊特別對德國的法制史做了介紹。

由於筆者在西洋政治思想與法思想第一篇與第二篇中，對德國的中古世紀政治史與政治思想史乃至部分的近代法思想已多所著墨，因此筆者在第一冊中對於絕對主義時代以前的法制與法思想介紹比較簡單，而把重點放在絕對主義時代以後的法思想、憲法史乃至憲政史的介紹上，尤其俾斯麥的德意志帝國形成以後的德國憲法，不論在理論上或是制度面上，有著其他國家所沒有的特色，而威瑪憲法的社會條款又影響全世界，波昂基本法的違憲審查制度更被國內的司法制度所接受，因此德意志帝國以後的憲法制度、思想與發展是德國篇的重點所在，其中，在德意志帝國時代，以奧圖·麥耶為代表所形成的德國行政法也是本書介紹的重點之一。

由於日本以德國法為模範建立了其戰前的法制度，而臺灣曾受到日本人的統治，並因為國民政府受日本的影響而以德國法為模範建立了民法、刑法與行政法的制度與法典，這使臺灣與德國有了連接點，但是德國在西歐史的發展過程中，是有著相當陰暗的一面的。德國於 1871 年才統一，在這之前，德國始終處於鬆散的聯合國家模式而落後於英國與法國；而且因為馬丁路德的宗教改革，使德國陷入宗教戰爭與三十年戰爭，使德國大幅後退；當英國與法國完成民主化的發展以及與以自由主義為基礎的立憲主義時，德國卻是分立的各邦仍處在封建制度之下；而缺乏自由主義傳統的德國更於威瑪憲法時代產生了法西斯主義的政黨——納粹。因此要了解德國法在西歐史以及世界史中的意義，相對的必須對英國、法國、美國的法政治思想以及憲政思想有所了解。臺灣的近代化乃至現代化不能像滿清政府、國民政府統治中國的時代一樣，以為只懂得船堅炮利以及表面的制度即為已足，西歐的法制度、法政思想不外是其整體文化的顯現，西歐文化的發展絕對不是許多阿 Q 的中國知識份子所說的僅是物質文明的發展而已，更非是像儒家思想一般，把人分成君子與小人而對人設等級的文化發展。戰後六十多年的臺灣對主導世界文明發展的西洋文明之了解基本上

是很表面的，因此筆者在此建議讀者們，為了更深切了解德國的法制、政治思想等在近、現代史中發展的意義，可參考作者前述之四本著作。

本書校稿匆促，錯誤在所難免，尚祈各界先進賜與指正，不勝感禱。

考試委員 張正修

佛曆 3034 年

西元 2008 年 4 月 6 日

註解之寫法與應注意之事項

壹、註解之寫法

本書於最後「參考文獻」處將註釋分為如下五個部分：

一、日文文獻；二、台灣漢文文獻；三、中國漢文文獻；四、香港漢文文獻；五、西洋文文獻。以上五個部分，我們分別以 R（亦即 Reference 之略稱）表示，亦即 R1 至 R5 即代表以上五個部分。讀者閱讀本文時，其中註釋之寫法例如：

¹ 哲學（岩崎武雄，R1、112），頁2-4。

此即表示，註釋一中之「哲學」一書是在第一部分日文文獻中的第 112 本（或篇），作者或編者為岩崎武雄。讀者如欲了解該書之出版社、出版年份，請自行參考「參考文獻」之一。

又在同章，如出現如下註釋：

³ 同註1（R1、112），頁5-6。

此即表示，註 3 所使用之參考資料與註 1 之文獻 R1、112 相同，亦即該註是參考「哲學」一書之第 5 頁至第 6 頁之資料。

貳、有關括弧之用法

本書中常用之標點符號是〈〉或「」，其用法主要是當名詞與形容詞等來使用，當「名詞」時有很多是用在「名詞子句」上；當「形容詞」

時，是適用在「形容詞子句」上。舉例來說：

如果詳細加以說明，例如：啟蒙就是要比照自然之光（亦即理性）打開〈民眾被封建的舊習慣、宗教傳統所造成的無知、俗信與教條等等所支配的愚昧無知〉，上述這一句話中的〈民眾被封建的舊習慣、宗教傳統所造成的無知、俗信與教條等等所支配的愚昧無知〉，即是作為名詞來使用。

又如：法國的唯物論者們排斥神蹟，也排斥「神會干涉自然的法則性」的說法，這一句話中的「神會干涉自然的法則性」加上「的」成為形容詞來修飾「說法」二字。

目 錄

第一篇 比較憲法中之西歐憲法

- 一、何謂比較憲法？ /3
- 二、國家發展之簡史 /4
 - (一) 農業型社會 /4
 - (二) 從農業時代至行政國家的成立 /4
- 三、近代以前立憲主義的發展 /10
 - (一) constitution 的意義 /10
 - (二) 古希臘的立憲主義——宗教共同體與法律共同體 /10
 - (三) 羅馬的立憲主義——人民主權 /12
 - (四) 中世的立憲主義 /15
- 四、近代立憲主義的發展 /16
 - (一) 國家與憲法 /17
 - (二) 從消極國家到積極國家 /25
 - (三) 自然法的思考與實證主義的思考 /33
 - (四) 憲法的角色——從「價值中立的憲法」到「對憲法的忠誠」 /38
 - (五) 憲法運作時，憲法所具有的規範性 /44
 - (六) 非常時期擁護憲法秩序的制度——實定法上的緊急權與抵抗權 /48
 - (七) 統治機構——從「立法國家」到「行政國家」與「司法國家」 /49
 - (八) 選舉制度與政黨 /58
 - (九) 權力分立與其新狀況 /69
 - (十) 人權——從「自由國家」到「社會國家」 /76
 - (十一) 從國家主權的絕對性到憲法的國際化 /97

各論篇

第一部 德國篇

第一章 德意志中世初期之國家社會體制 105

- 一、中世初期 /105
- 二、法蘭克王國之產生 /106
- 三、法蘭克王國的努力與其脆弱性 /108
- 四、法蘭克王國之社會結構 /109
- 五、法蘭克王國之一般法制 /109
 - (一) 部族法 /109
 - (二) 王室法令——敕令 /111
 - (三) 證書 /112
- 六、公法領域 /113
 - (一) 法蘭克王國之國家體制 /113
 - (二) 法蘭克王國之行政 /114
- 七、私法領域 /117
- 八、法蘭克王國的法制特色——人結合之國家與完全的家及實力原則 /117

第二章 中世盛期與中世後期德意志之國家社會體制 119

- 一、德意志王國的形成 /119
- 二、神聖羅馬帝國的成立與發展 /120
 - (一) 國家教會制 /120
 - (二) 法蘭肯公國的薩利亞王室與領域國家之推動 /121
 - (三) 克魯尼運動 /121
 - (四) 主教授任權之鬥爭與帝國的弱化 /122
 - (五) 沃姆斯協定對帝國的影響 /124
 - (六) 史陶芬的時代——德意志封建時代的形成與空有其

- 殼的帝國 /125
- (七) 大空位時代 /127
- (八) 家門權力政策 /127
- (九) 哈布斯堡家獨占帝位 /128
- 三、經濟 /128
 - (一) 都市 /128
 - (二) 農業 /129
 - (三) 工業 /129
- 四、社會結構 /129
- 五、一般法制 /130
 - (一) 法源的錯綜性——邦法的時代 /130
 - (二) 法源 /130
- 六、公法領域 /133
 - (一) 國家體制 /133
 - (二) 領邦之發展 /137
 - (三) 行政 /139
 - (四) 訴訟 /141
- 七、中世盛期與中世末期德意志國制之特色——等族國家的形成 /142
 - (一) 制度性領域國家的發展 /142
 - (二) 帝國會議的形成與二元式的身分制國家 /143
 - (三) 領邦身分制國家之法結構 /144
 - (四) 帝國議會中的帝國與領邦 /145

第三章 近代初期德意志之國家社會體制 147

- 一、近代初期 /147
- 二、歐洲世界的擴張與德意志 /147
 - (一) 奧地利的崛起 /147
 - (二) 歐洲列強——奧地利的稱霸 /148
 - (三) 德意志中的普魯士 /149
 - (四) 啟蒙思想之準備——人文主義與德意志的神秘主義 /149

- (五) 宗教改革 /153
- (六) 農民戰爭 /156
- (七) 宗教戰爭 /157
- (八) 三十年戰爭 /159
- (九) 西發里亞條約與神聖羅馬帝國 /161
- 三、一般法制與帝國之發展 /162
 - (一) 羅馬法之繼受 /162
 - (二) 帝國之法制與行政 /163
 - (三) 人民角色的轉換 /165
 - (四) 帝國之司法 /165
- 四、領邦之發展與都市——領邦君主的強化與領邦絕對主義之發展 /166
 - (一) 領邦君主的強化與領邦身分的轉變 /166
 - (二) 領邦行政的變化 /168
 - (三) 領邦統治的理念——Polizei /169
 - (四) 領邦的財政 /169
 - (五) 領邦的法制發展 /170
- 五、自然法與理性法之發展 /172
- 六、法律學著作 /172
- 七、宗教對抗中的帝國法院 /173
- 八、德意志法發展的四個重要因素 /177

第四章 德意志的羅馬法繼受

179

- 一、羅馬法繼受之原因與新階級的出現 /179
- 二、中世紀的羅馬法學 /180
 - (一) 註釋學派與註解學派 /180
 - (二) 士林哲學的方法 /181
- 三、羅馬法在德意志被繼受的原因 /185
 - (一) 神聖羅馬帝國與羅馬法 /185
 - (二) 帝室法院與羅馬法繼受 /186

四、教會法 /188

- (一) 羅馬教會與教會法 /188
- (二) 教會法典之編纂 /190
- (三) 教會法對政治思想之影響 /190
- (四) 教會法對西洋法治化的貢獻 /191
- (五) 教會法對於法制近代化的影響 /191

五、羅馬法的相對化 /195

- (一) 人文主義法學 /195
- (二) 三巨頭 /196
- (三) 法蘭西學風 /196
- (四) 標特 /196
- (五) 法的體系化 /197
- (六) 法國人文主義法學的終結 /197
- (七) 德意志的特殊情事 /198

六、潘德克頓的現代適用 /203

- (一) 普通法與地域固本法 /203
- (二) 潘德克頓的現代適用 /205
- (三) 潘德克頓的現代適用之展開 /206
- (四) 潘德克頓的現代適用之頂峰 /206
- (五) 賴札與潘德克頓的現代適用 /206
- (六) 潘德克頓的現代適用之結束 /207
- (七) 法學發展中的潘德克頓之現代適用 /207

七、羅馬法與自然法論、啟蒙思想之關連 /207

第五章 德國近代的自然法思想

209

一、近代自然法前史 /209

- (一) 近代自然法論的先驅——西班牙後期士林哲學派 /209
- (二) 尼德蘭運動與新斯多噶學派 /210
- (三) 新舊論爭 /212
- (四) 格老秀斯——近代自然法之父 /212

- 二、德國的自然法思想 / 215
 - (一) 蒲芬多夫 / 215
 - (二) 自然法與法實務 / 217
 - (三) 自然法論與潘德克頓現代適用之互相影響 / 217
 - (四) 湯姆修斯 / 217
 - (五) 多瑪的法體系 / 219
 - (六) 沃爾夫——自然法的完成者 / 219
- 三、自然法的影響 / 222
- 四、自然法論的衰退 / 223

第六章 德意志的絕對主義時代

225

- 一、有關絕對主義概念之再探討 / 225
- 二、絕對主義的時代與社會之需求——以德意志的社會紀律化與 Polizei 為例 / 226
 - (一) 時代的變動與秩序之重整——社會紀律化 / 226
 - (二) 新統治學——Polizei / 227
- 三、啟蒙絕對主義與普魯士及其法制之發展 / 229
 - (一) 普魯士之興起 / 229
 - (二) 菲特烈·威廉之改革 / 231
 - (三) 菲特烈·威廉一世 / 232
 - (四) 菲特烈·威廉二世與啟蒙及法典之編纂 / 233
 - (五) 普魯士的史坦因—哈登貝格改革 / 241
- 四、浪漫主義 / 245
 - (一) 浪漫主義意識之特徵——浪漫主義具有無法還原到他人的自己的特殊性 / 247
 - (二) 浪漫主義是被主觀化的偶因主義 / 247
 - (三) 浪漫主義中的不幸意識 / 250
 - (四) 浪漫主義的發展 / 250
 - (五) 德意志的浪漫主義 / 251
- 五、絕對主義與行政學的發展 / 254

- (一) 絕對主義與秘書學 /254
- (二) 行政法發展的背景 /255

第七章 德意志同盟

257

- 一、德意志同盟的成立 /257
 - (一) 維也納會議與德意志同盟 /257
 - (二) 德意志同盟與憲法 /258
 - (三) 德意志同盟與德意志的統一 /259
- 二、德意志同盟與初期立憲主義 /260
- 三、德意志關稅同盟 /262

第八章 法治國家論之發展

——三月前期暨其以前的理論

263

- 一、法治國與法的統治的差別 /263
- 二、德意志法治國理論形成簡史 /265
- 三、自由主義式的法治國理論 /266
 - (一) 康德 /266
 - (二) 費希特 /267
 - (三) 洪寶德 /267
- 四、三月前期的思想狀況 /268
- 五、三月前期的重要思想家 /269
 - (一) 史塔爾——形式法治主義的創造者 /269
 - (二) 國家有機體論與布魯茲利 /273
 - (三) 摩爾 /277

第九章 法蘭克福憲法

283

- 一、法蘭克福憲法制定的背景 /283
- 二、法蘭克福憲法的內容 /286
- 三、法蘭克福憲法的意義 /287

第十章 普魯士憲法與法實證主義之發展

289

- 一、1848 年普魯士憲法 / 289
- 二、1850 年普魯士憲法的制定 / 291
 - (一) 普魯士憲法制定前後的各種憲法思想 / 291
 - (二) 普魯士憲法制定之過程 / 291
 - (三) 普魯士憲法之內容 / 294
- 三、普魯士憲法的運作與憲法爭議以及俾斯麥的憲法思想 / 297
- 四、法實證主義憲法學與德國歷史法學派 / 300
 - (一) 法實證主義憲法學之發展 / 300
 - (二) 莫惹——德意志國法理論之父 / 301
 - (三) 披特——近代公法學始祖 / 302
 - (四) 哥納——神聖羅馬帝國之最後公法學者 / 302
 - (五) 歷史法學派之發展 / 303
 - (六) 歷史法學派之影響 / 306

第十一章 德意志帝國憲法

309

- 一、德意志同盟的復活與普奧之爭 / 309
 - (一) 三王同盟 (Dreikönigsbuendnis) / 309
 - (二) 四王同盟 (Vierkönigsbünden) / 311
 - (三) 艾爾福特之同盟議會 (Das Erfurter Unionsparlement) / 311
 - (四) 柏林王侯會議 (Der Berliner Fürstentag) 與法蘭克福會議 (Die Frankfurter Konferenz) / 312
 - (五) 奧米茲條約 / 312
 - (六) 德列斯登會議 (Die Dresdener Konferenzen) / 313
 - (七) 法蘭克福王侯會議 (Fürstentag zu Frankfurt am Main) / 313
- 二、北德意志聯邦憲法之誕生 / 313
 - (一) 普奧戰爭 / 314
 - (二) 八月同盟 / 315
 - (三) 1866 年 12 月 15 日普魯士政府的草案 / 315