



憲政理論叢書

荆知仁 主編

憲法變遷與憲政成長

國民大會憲政研討會出版



正中書局印行

荆知仁主編

憲法變遷與憲政成長

國民大會憲政研討會出版
正中書局印行



究必印翻

有所權版

版初壹月三年十七國民華中

長成政憲與遷變法憲

角三元六 價定本基 册一全

(費匯費運加酌埠外)

仁	知	荆	者	編	主
會	討	研	政	憲	會
大	民	國	者	版	出
儒	廉	蔣	人	行	發
局	書	中	正	刷	印
				行	發

(7854) 號九九一〇第字業臺版局 證記登業事版出局開新
海 (500) 581.19 : 碼號類分

局書中正

(CHENG CHUNG BOOK COMPANY)

號廿路陽衡市北臺灣臺國民華中 : 址地
 (Address : 20 Heng Yang Road Taipei, Taiwan, Republic of China)
 3821147 : 話電部審編 3821145 : 話電定理經
 3822214 : 話電部市門 3821153 : 話電部務業
 號四一九九 : 撥劃政郵

銷經總外海

(OVERSEAS AGENCIES)

司公書圖成業 : 銷經總港香
 號七街海北地麻油龍九港香 : 處事辦總
 3-886172-4 : 話電
 店書風海 : 銷經總本日
 地番六五目丁一町保神田神區田代千都京東 : 址地
 291-4345 : 話電
 店書海東
 地番八九町前門中田區京左市都京 : 址地
 791-6592 : 話電
 司公書圖成業 : 銷經總國泰
 號233路力華耀谷曼國泰 : 址地
 司公書圖強華 : 銷經總國美
 (Address : 41 Division St., New York, N.Y. 10002 U.S.A.)
 司公書圖華英 : 銷經總洲歐
 (Address : 14 Gerrard Street London W.L. England)
 司公書圖華嘉 : 銷經總大拿加
 (Address : China Court, Suite 212, 208 Spadina Avenue Toronto,
 Ontario CANADA M5T 2C2)

「憲法變遷與憲政成長」目次

導言	荆知仁	一
第一編 總論		
一、認識憲法	賀凌虛	一一
二、論美國憲法變遷的類型	賀凌虛	五二
三、美國憲法的理論與實踐	陳德禹	九一
四、美國憲政的發展	王黎明	一一七
五、日本憲法成長與英美憲法	許介麟	一四八
六、異質社會立憲政治之移植與成長	李鴻禧	一六四
七、我國民主憲政成長觀念上的認識	荆知仁	一七四
八、論憲政成功的條件	袁頌西	二〇三
第二編 變遷成長途徑之一——修改憲法		
九、各國憲法修改之研究	林秋水	二二九

十、各國憲法有關憲法修正規定之分析說明	芮和蒸	二五四
十一、美國憲法修憲條款之分析	荆知仁	三六三
十二、論美國憲法修正案修憲會議之批准方式	張榮林	四二一
十三、美國修憲運動與憲政思潮	宋益清	四三四
第三編 變遷成長途徑之二——憲法解釋或判例		
十四、誰解釋憲法	荆知仁	四三九
十五、釋憲制度本質之探討	李鴻禧	四四七
十六、西德聯邦憲法的解釋	王澤鑑	四六五
十七、平昇及合法原則	邵子平	四七六
十八、憲法案件的判決與法官的政治手腕	呂亞力	五〇一
十九、史密司法於管制共黨活動之適用	荆知仁	五一四
二十、漸進的憲法發展	朱志宏	五二九
廿一、美國憲法平等保護條款在教育上的適用	李鍾桂	五五一
廿二、明顯而即刻危險原則與言論自由	荆知仁	五六七
廿三、表現之自由	洪慶麟	五九五
廿四、國家之秘密與國民知之權利	李鴻禧	六〇七

第四編 變遷成長途徑之三——憲法例規或習慣

廿五、現代國家之憲政例規·····	張沛揚·····	六三三
廿六、英國之憲政例規·····	王曾才·····	六五一
廿七、美國憲法習慣要略·····	荆知仁·····	六七二
廿八、美國的憲法習慣·····	蘇采禾·····	六九五
廿九、西德憲政例規擇要·····	蘇俊雄·····	七七四
三十、日本天皇權威與憲政例規·····	許介麟·····	七八九
卅一、再論創建例規·····	田炯錦·····	八〇八

憲法變遷與憲政成長

荆知仁

「憲法是屬於活人的，而不是屬於死人的。」（“The Constitution belongs to the living and not to the dead.”）

Thomas Jefferson

湯瑪斯·傑弗遜

導言

一

「憲法」(Constitution)與「憲政」(Constitutionalism)是我們現代政治生活中經常遇到的兩個名詞，這兩個名詞的涵義和指涉，不但是類同而不盡相同，事實上其意義之廣狹，內涵之繁簡，品質之精粗，以及價值上可欲性之大小高低，也確有其實質上的具體差別。

首先，從外在形式的角度來看，憲法是指制憲會議所通過的憲法法典，係靜態的文書式法典；而憲

政是指立憲政治實際的運作體制，係動態的全般政治狀況。

其次，從內在實質內容的角度來看，則憲法係國家的政治規範，是規定政府的組織結構，權力關係，人民的自由權利，以至於基本國策等事項的基本大法，但憲法內容中所作的各種規定，雖然構成為國家的政治規範，但是一個國家實際政治運作所依循的規範，卻並不以憲法典所規定者為限，諸如議會所制定與憲法關係密切的重要立法又稱基本立法或憲政立法，行政部門所採取與憲法所定事項直接有關的行政措施，憲法條文的解釋或判例，以及重要的憲法慣例或習慣又稱政治傳統或政治慣例，無不構成為國家的政治規範。這些憲法法典以外的政治規範，因為都是在實際政治運作的過程中所產生，是動態政治的產品，是以皆屬於憲政的範疇。

復次，從精神價值的角度來看，近代立憲政治的基本精神，所有在政治制度或程序上的安排，諸如分權制衡，選舉制度，以及憲法之列舉民權清單等等，其動機和目的，無非在表徵主權在民的觀念，並藉制度和程序上的設計，以約束或節制政府的權力，達成保障民權的目的，進而貫徹民治的精神和原則。所以立憲政治曾經被人認定為民主政治，立憲與民主不過是同實而異名，二者實在是同義而可以互用。可是曾幾何時，在立憲政體成為普遍的潮流風尚之後，新興國家於建制之初，或舊有國家在謀求維新之際，無不以制定憲法為首務，即專制獨裁國家，亦以制憲為粉飾。於是在形式上，各國皆有憲法，而在實際政治的精神表現上，則民主與極權專制，仍然鴻溝俱在，判然有別。從這個觀點來看，憲法之為政治規範，在本質上只不過是處理政治事務的一種手段和工具，既不為民主國家所專有，所以也已經不

足以為民主的絕對表徵。英國沒有完整的所謂成文憲法法典，但其為民主憲政之母，則為世所公認。相反的是，當代許多具有成文憲典的國家，例如共黨國家，其政治之為極權專制，則亦為不爭之事實。所以從近代立憲政體肇因之為民主的精神言，立憲國家之依憲而始，未必即為民主憲政的國家，此正如民主雖為法治，但法治未必即為民主是同樣的道理。其主要區別的關鍵，端視其是否具有民主的基本精神。由此可知，憲法法典是形式的制度設計，係靜態的；憲政是實質的民主精神表現，係動態的。

二

從上面的說明，可知憲法與憲政在涵義指涉，內容範圍，以及精神價值上都有可以區分的差別。一般說來，憲法法典與憲政制度，除了以上所述的各種區別之外，在功能上，都是一個國家的政治規範。憲法是因為政治的需要而制定，所以一部可行的憲法，必需能夠適當地反映制憲當時的社會政治狀況和需要，然後憲法中的規定，才會為社會所尊重，才會有了法的尊嚴和作用。而人類社會由於國民生生不息的新陳代謝，社會情況的變遷，思想觀念的改變，於是多元因素交互作用的結果，後生的社會，必然會產生新的狀況，形成為新的需要。於是其為前人所制定，而為國家政治規範的憲法，使未必能夠再充分地適應後生社會的新生狀況和需要。經驗知識告訴我們：「法」，必需受到人們的尊重，然後才有尊嚴，然後才能發生作用。但是「法」，也惟有能夠適應和滿足現實社會人們的需要，然後才會為人們所遵守。傑弗遜所謂「憲法是屬於活人的，而不是屬於死人的」。其意指不外是說憲法應該能夠滿足當代

人們的需要，否則當代的人有充分的權利對其加以改變，而不受死人——前代的制憲者或修憲者——的拘束和統治。傑弗遜對憲法所持的觀點，可以說和洛克所謂「每一代人有每一代人的憲法」，以及佩因所謂「活人不受人統治」，都屬於一種相同的意義和道理。

基於上述的道理，所以憲法之反映現實政治需要，其規定一旦付諸實施，進入動態的狀況後，它就具有了生命，有生命就有成長，成長乃是生命存在的必然現象。而憲法既為國家的政治規範，所以當現實政治狀況和需要有所變化的時候，作為政治規範的憲法，也必需有所變遷以為適應，然後才能維持其尊嚴，保持其功能。由此可知，一部有生命的憲法，必需不斷地適應後生環境的需要，這種不斷的適應現象，是為憲法的變遷，而綿無止境的適應過程，是為憲法的成長，廣義的也稱為憲政的成長。

有生命的憲法和憲政，有其制度的一面，必有其精神的一面，這二者是可分而難分的。一個國家的政治規範，從憲法文字上的靜態設計，到表現為動態的和成功的憲政制度，必然要因為適應現實政治的需要，而經過不斷變遷，發展和成長的過程。而象徵憲法和憲政制度變遷，發展與成長的表現方式或途徑，學者曾根據美國憲法將近兩百年的成功運用經驗，將之區分為：(一)修改憲法，(二)基本立法或稱為憲政立法，(三)行政措施，(四)憲法判例或解釋，(五)憲法習慣或稱為政治慣例或政治傳統。憲法和憲政，在制度的一面，要經由上述五種途徑的變遷成長，以發展為成功的政治規範。至於精神的一面，這屬於一個國家的政治文化問題。對於一個久具專制傳統的國家而言，政治之民主化，這涉及到文化，特別是政治文化的轉變。由專制的政治文化，轉變為民主的政治文化，其成效只能得之於蛻變；而無法得之於突變

，而蛻變的本身，實質上也就是一個變遷和成長的過程。

三

我國實施民主立憲政治為時尚淺，無論在憲法憲政制度方面，或民主的政治文化方面，均有待銳意經營，以謀國家之長治久安與全民之福祉。語云：「取他山之石可以攻錯，察異方之言可以知漸」。為了攻錯知漸，國民大會憲政研討委員會，特自民國五十七年一月，開始出版「憲政思潮」季刊一種，用為翻譯介紹各國有關民主立憲政治之理論學說，以及憲政制度之運作狀況與經驗，以謀加強民主政治文化在我國之社會化過程，從而加速我們的民主憲政建設。該刊自發行迄今，已歷時十三年，發行達五十期。對民主憲政之理論與實際，每期皆預定主題，然後從外文書刊中廣事選材，或取專書之特定章節，或取專刊之有關篇章，以為系統之譯介。綜觀十三年五十二期之中，各類有關民主憲政之論著，大體上可以說是紛然雜陳，粲然大備。為謀憲政研討委員會委員諸君參考利用上之方便與系統化，特再訂定專題，並就「憲政思潮」五十二期之中的有關論著，分章繫目，選集專輯，刊為專書，以圖便讀者。

本書定名為「憲法變遷與憲政成長」。而憲法變遷與憲政成長，乃是西方民主國家，特別是採行成文憲法歷史最久，而且實施最為成功的美國，從經驗中所提供和顯示出來的一種問題和知識。有生命的憲法，必然要「法與時轉」，必然會發生變遷；成功的憲政，必然是與時俱進，必然是長成功的。這其間的因由，我人已在前面第二節中有所說明。總之，從歷史的觀點來看，一個國家一旦採行民主立憲政

體之後，則隨著社會政治狀況之發展與需要，其憲法之必將隨時代而變遷，其憲政之必將因需要而成長，實在乃是一種事所必至的現象。而就一個政治民主化的發展中國家而言，如果其統治羣及政治精英階層，能夠普遍地瞭解有關憲法變遷與憲政成長的道理和技術，則必然會對其憲法與憲政之變遷與成長，發生積極而有益的催化影響作用。

從美國兩百年來採行成文憲法的經驗來看，其憲法制定於一七八七年，始行於一七八九年。當時的美國，尚處於相當低度開發的農業社會時代，美國的學者，稱其制憲的那個時代為「四輪馬車時代」。兩百年來，美國的社會，已從四輪馬車時代，發展到了太空時代；從低度開發的農業社會，發展成為高度開發的工業社會；從守夜無為的警察國家，發展為積極服務的福利國家；從管事最少，才是最好的政府，發展為擴大管轄與要求高度效能的政府。美國社會在兩百年來，已經發生了這樣劃時代的巨大變化，可是其憲法，卻仍然是一七八七年制定於四輪馬車時代的那部舊憲法。迄今近兩百年來，其憲法雖然也已經先後不斷地增加了二十六個修正條文，但第十八及第二十一條相互抵消之後，只剩下二十四條，這二十四個修正條文之中，第一至第十條是第一屆國會於一七八九年九月通過，由四分之三的州社會，於一七九一年十二月十五日批准同時生效，一次產生的。所以正確地說來，美國自一七八九年行憲迄今，有效的修改憲法案，不過十五次二十四個條文而已。這二十四個增修條文，第一至第十條是有名的所謂民權典章。其他的十四個修正條文，除了第十六條修正案，授權聯邦無條件地徵收所得稅外，第十一條修正案，尚且禁止聯邦法院管轄以州為被告的有關普通法或平衡法的任何案件。至於其他十二個修正條

文，都和聯邦政府的權力無關，換句話說，都對聯邦政府的權力無所增華。但是近兩百年來，美國聯邦政府，對內管轄業務或服務範圍之擴大，以及對外活動責任之加重，都和建國之初有天壤之別。

美國一七八七年制定的憲法，是為適應一七八七年當時的社會與政治狀況需要所設計的。憲法是國家的政治規範，美國社會在經過兩百年的快速發展與巨大變遷之後，聯邦政府的權力，也隨著職務管轄的擴張而擴大。美國聯邦政府的管轄權，必須要有憲法上的根據，而其行憲兩百年來，聯邦的權力雖然日趨擴大到出乎當年制憲者的想像，但奇怪的是，其憲法中關於聯邦權力的條款，除了上述的第十六條所得稅條款修正案外，在憲法文字上，可以說幾乎完全沒有改變，並沒有增加聯邦政府的權力。但是制定於一七八七年四輪馬車時代的憲法，究竟如何像魔術般地適應兩百年來因社會巨變所產生政治上新生的需要呢？從上面的說明，我們可以知道，美國憲法所賴以適應後生社會需要的辦法，主要的並不是靠修改憲法，而且別有途徑。這些途徑，我們前面也曾說明，其中有：基本立法，行政措施，判例解釋，以及憲法或政治習慣等四種。當然，當非修憲的方法，不足以肆應政治上的需要時，那就仍然要用修憲的方法來解決，這可以其憲法第二十二條修正案，正式明確禁止任何人擔任總統時間超過十年為顯例。

從以上的說明，我們可以知道美國憲法變遷與憲政成長的途徑，共有修改憲法，基本立法，行政措施，判例解釋，以及憲法或政治習慣等五種。在這五種辦法之中，從美國行憲兩百年來的實證經驗來看，以修憲的方法來適應新生的需要，來表現憲法的變遷和憲政的成長，只有在非常必要的時候，才會被考慮使用，這又可以一九二四年的童工修憲案（Child-Labor Amendment）之迄未獲准成立為顯例。

不過，無論如何，修憲終究是憲法變遷的一個正式途徑。在修憲這個途徑之外，兩百年來實質上積極表現美國憲法變遷與憲政成長的，主要的是透過其他四種途徑。而在其他四種途徑之中，又以國會的基本立法與行政部門的行政措施（executive acts）為直接而積極，這是因為國會與行政部門經常要面對問題，解決問題，所形成的自然現象。但是國會的基本立法，與行政部門的行政措施，有時會發生違憲越權侵犯州權，以及違憲濫權侵犯民權的爭訟。這個時候，各級法院就會根據聯邦最高法院，於一八〇三年馬伯瑞控麥迪遜案（*Marbury V. Madison*）判例所建立起來的司法審查權威，來審查涉及爭訟中的議會立法或行政措施是否違憲，如被法院認為違憲，便予拒絕適用，使違憲的法令無效。

自一八〇三年以來，聯邦最高法院宣告聯邦及各州法令違憲無效的案件，至一九七三年為止，多達九八一案，其中聯邦者九十二案，各州者八八九案。同時，聯邦最高法院，對有關法令違憲爭議之變更判例者，共達一九六案。判例變更了，憲法條文的意義，也隨著變更了。這些大量有關憲法問題爭訟的判例，都直接關係到了美國憲法的非正式變遷與憲政之成長。由於這個關係，所以公認聯邦最高法院院長的休斯（*Chief Justice, Charles E. Hughes, 1930-1941*），曾稱聯邦最高法院，等於是一個常設的修憲會議。

至於憲法習慣，完全是憲法條文以外，由先例而慣例所形成的一項憲政制度。而憲法習慣上先例在最初之出現，可能是肇始於政治人物之率先作為，例如華盛頓與傑弗遜總統，在連任一次之後，拒絕第二次連任。也可能是起因於行政部門或立法部門的措施或作為，例如美國行政協定之不送請各院批准，

獨立委員會之不對總統負責，閣員首長之不列席國會院會等。我國副總統之兼任行政院長，國際協定之送請立法院通過，以及在職立法委員之不得執行律師業務等，迨皆屬此類。法院的判決，必可能是憲法習慣的來源之一，美國的司法審查權，就是一八四三年的判例所建立起來的一項制度。現代的國家都是政以黨成，所以政黨的作為，往往會形成為一種政治傳統，而成為一種憲政習慣，例如美國政黨的總統候選人提名大會，實質上改變了美國的總統選舉；我國政黨本身的總統候選人提名，亦頗具有美國政黨提名總統候選人的意味，至於是否會發展成為類如美國式的實際上的直接選舉，那要看今後政黨的運用情形而定。憲法習慣雖然是憲法條文以外的東西，但它不唯構成為憲政制度的一項因素，時或成為影響憲法成文規定實效的重要因素，這是研究憲法變遷和憲政成長所不能忽略的一個領域。

四

關於近代以來民主國家憲法變遷與憲政成長的意義與途徑，我人已說明如上。本書之以「憲法變遷與憲政成長」為題，就是基於這種認識所訂定的。我們檢視「憲政思潮」十三年五十二期所刊有關譯著，依上述憲法與憲政變遷及成長的途徑，就其有關者，一共選錄了三十篇文章，因其內容而分類為四編。

第一編為總論，選文八篇，大體上係一般性或綜合性討論憲法，以及有關憲法變遷、成長或發展的論著。第二編以下至第四編，原則上係依照前述憲法與憲政變遷及成長的途徑而歸類分編。第二編為

「變遷成長途徑之一——修改憲法」，共選文五篇，限於「憲政思潮」既刊文章的限制，這一編在本書中，是比較弱的一部分。第三編為「變遷成長途徑之二——憲法解釋或判例」，共選文十篇，其中有六篇是屬於美國聯邦最高法院憲法判例的文章；關於西德憲法法院之解釋憲法，和美國的憲法解釋制度完全不同，我們選到了一篇。第四編為「變遷成長途徑之三——憲法例規或習慣」，共選了七篇文章；這七篇文章，涉及了英、美、西德及日本四個國家的憲政習慣；英國本是不成文憲法的國家，其憲政制度本以習慣為主；在其他三個成文憲法國家中，以美國憲法制定最早，行憲經驗最豐富，行憲績效最卓著，最值得吾人借鏡。所以關於美國的憲法習慣，我們選到了兩篇文章，其中「美國憲法習慣要略」雖然是介紹一本書，但該書是到目前為止，討論美國憲法習慣唯有的的一本專書。另一篇「美國的憲法習慣」，原來是政治大學政治研究所的一篇碩士論文，經「憲政思潮」予以刊載，也是一篇值得參考的專著。

論憲法的變遷與憲政的成長途徑，除了上述第二至四編，所輯有關修改憲法，憲法解釋，以及憲法習慣三點共二十二篇文章外，其他關於基本立法與行政措施兩種途徑的文章，則均付闕如。所以出現這種情形，主要是在「憲政思潮」已刊行的五十二期中，沒有發現這一類的文章。不過行政措施之關係憲法變遷，多數可以從憲法習慣中去瞭解，倒是基本立法之關係憲法變遷者，至大且巨，實在不能等閒視之，希望未來「憲政思潮」會有這一類的文章出現，幫助大家認識和瞭解基本立法對憲法變遷與憲政成長的重要性。

認識憲法

K. Loewenstein 著
賀 凌 虛 譯

（本文譯自 “Political Power and the Governmental Process” 一書一九六五年第二版的第五章，為求醒目，對各節之標題稍有增益，並一律冠以數字，而為節省篇幅，腳註概從略。）

一、緒 論

（一）憲法為管制權力的基本工具

一種政治制度之應歸類為專制極權的抑或民主憲政的，繫乎其是否具備了各種有效的手段，使「權力持有人」(power holder) 得藉以分享政治權力的行使，同時當「權力所有人」(power addressee) 以最高「權力持有人」的資格而行動時，使「權力持有人」受其控制。人性既然如此，我們無法冀望「權力持有人」以自動的自我限制防止「權力所有人」及他們自己不致流於惡性的濫權。各種用於牽制權力的方法並非自動的存在或運作，它們必須審慎的創制及有意的建立於權力程序 (power process)