

萬有文庫

第一集一千題

王雲五主編

英憲精義

(六卷)

戴雪著 雷賓南譯

商務印書館發行

萬有文庫

第一集一千種

總編輯者

王雲五

商務印書館發行

英憲精義

部 丙

憲法與憲典的聯絡

英憲精義

第十四章 憲典的性質

第一節 引論

在英吉利憲學中有兩大分類焉：其一是『憲法』(law of the constitution)，其二是『憲典』(conventions of the constitution)。前者包含法院所承認及施行的規則；這是憲章所有法律本體。後者包含風俗、習例、格言，或教義；這是憲章所有道德（或名政治的倫理），而不屬於法律的領域。此項分類在英憲的研究上最爲重要，我曾於本書上文鄭重提示。（註1）而且我又進一步聲明，即謂：只是法律，不是道德，關於英憲的研究（註2）。依了這個見解，我於是爲讀者仔細探討英憲中之兩條大義的體用，即是，巴方門

的主權，(註3)及法律主治。(註4)

雖然，憲典在政治上實為政治家所不能忽略，在史料上又為歷史家所不能漠視，因之，一個律師，縱專心研究為英憲的法律方面計，決不能不自憲典的性質。即使讓一步說，他至少須要測定憲法與憲典究竟有什麼關係。在這一層工夫中，他自然覺察一事；即是依照這樣做法，他的研究在英憲學的進程上只不過繼續從前未竟之功。又在這一層工夫中，他自然發見一要旨；即是，法律的至尊性本來是英吉利憲政中之最出色的一條精義，依然運行於憲典全體。

因此之故，我的主旨將要在本書部丙中做兩層工夫：其一要測定英憲中之法律要素與道德要素，有何繫屬；其二要指點學者，使能於領會此中所有關係之後，能進一步以解明憲法上之幾個次要問題。

將欲達到上項目的，我們只要尋出下文兩個問題的答案。第一問題是：什麼是憲典的性質？第二問題是：什麼是憲典的「責效力」(sanction)？答覆第一問題便是本章所

有論旨；至於第二問題則歸下一章答覆。

第二節 憲典的性質

所有憲典原來是所以構成英吉利憲德的要素，而且在箇中原有許多特性。將欲明白這一類特性，最好讀符禮門（Freeman）的言論如下文：

「我們現在有政治道德的一種體系，箇中含有許多教義，毫不見於常法中或法案中之任一頁。然而在實際上他們不但足以指示政治家以遵行大道，而且足以與大憲章或人權請願書所有原理同受一樣珍視。簡言之，除成文法律外，不成文的憲章漸次旁生於本國。是以每當一個英吉利人談論某一公人的行動是合憲或是違憲，他的意思純與所謂行動合法或違法者迥異。譬如，昔日嘗有一大政治家，在衆民院中動議，旋由多數贊同而決議，宣稱當日閣臣已經不能得到衆民院的信任，因之，他們的繼續尸位實與憲法的精神相違迕。本來這個決議至含有真理；若就數百年來所有政治家實際行動考察，無

人不以為發此論者蓋持之有故。然而若必欲求之於書，我恐怕此項工作未免徒勞而無功。試一就動議者原有意思考察，他並不要用違法的罪名，加之閣臣；以致法院得出而檢舉，及巴力門中之高等法院得出而彈劾。申言之，他並不要聲討內閣諸公所有這番留戀高位，因謂他們必俟元首於相當時機，加以罷免，然後去職，為犯法的行動。他的言論，若加以分析，可得雙重主旨：其一，當日內閣所把持政策，自衆民院的大多數視之，似是不大妥善，而且不利於國民；其二，因此之故，依照憲政上之習例，他們既然不見諒於衆民院，實不如即日去休。（註5）

符禮門先生敘述憲典，可謂形神畢肖；不過個中有美中不足處：即以「成文法律」（written law）對峙『不成文的憲章』（unwritten constitution）是。其實這種反對性的真髓，上文經已提示，是在於這一方面，則有法律本體，或為成文，或為不成文，在那一方面，則有憲政上之各種了解或習例，雖則常受尊視，但不配稱為法律。雖然，此係小疵，僅因用字不謹所致。因此之故，我們儘可接受符禮門先生的議論，作為這層研究工夫的

出發點。

試徵實例，（註6）則有下列各種格言。譬如：「一個閣部若遇反對黨人贏得多數的反對政府的票數，應即自行辭職。」「一個內閣，縱遇對黨人贏得多數的反對政府的票數，仍可以解散現存衆民院，以求公斷於國民。」「倘若在公斷後，選民仍多數選回反對黨人，則選民的意思經已明白表示，內閣再無權以作第二次的解散。」「關於政治措施，內閣應以全體向巴力門負責。」「關於閣中各部的任免人員，內閣在一定範圍內亦應以全體向巴力門負責。」「凡在衆民院中居多數的政黨應有權利（就大致說）以任用該政黨黨員。」「該政黨中之最高領袖應被（就大致說）任爲內閣總理。」凡諸如此類之格言皆所以規定內閣的地位及組閣方法。然而尙有其他题目的教訓，可以枚舉。譬如：「締結條約並不一定需要巴力門的法案，但元首（實際上只是代表元首的一個閣部）總不應訂定巴力門所不能與以同意的條約。」「本國的外交政策，宣戰，及構和，應交由元首（或元首的僕役）辦理。但在外務，一如在內務，兩院的意旨總應被隨從；萬

一兩院的意見不能融洽，衆民院的意旨必不應被蔑視。」「倘若有一閣部，對於宣戰構和，竟敢公然不顧兩院的意旨，這種行動可謂違憲已極。」「倘若關於某一政策，貴族院與衆民院不同意見，貴族院應稍與讓步（但讓步到那一處爲止境則未經確定）。萬一貴族院竟不願讓步，而衆民院又仍然得到全國人民的信任，在此際，元首（或他的輔相）負有一責任以增設貴族院的議員（或只須以此事相恫嚇），務使院中反對力受了均衡勢力而至於消失，因之，兩院得以復相融洽如初（註？）。」「巴力門，爲迅速處理政事之故，應每年至少召集一次。」「倘若事變猝起，或因內亂，或由外患，內閣爲取得較大威權以應變計，應即召集巴力門開會，以請求巴力門授與相當權力。同時，閣臣應即當機立斷，務有所以壓抑亂萌，或抵抗外侮，雖至於破壞法律亦可不顧。萬一國法竟被侵犯，在此際，閣臣惟有請命於巴力門，隨後通過一宗赦免法案，以求庇護。」

第三節 憲典的共相

這些規則（我故意用散漫方式雜陳於上文）與其他同類規則，實構成今日所有憲德。他們都是政治家的行動所依據，徒以不受施行於法院之故，遂不能被視為法律。他們具有形形色色，各不相同，不但輕重不同，而且所有格式與範圍亦不同。但試進一步而仔細探討，他們實具有一共相，即是：他們都是（至少可說大半是）一種準規，依之，元首（或他的臣僕）的裁決權力將如何運用得以測定。這個共相，在審察之下，可以隨在尋見於上文所已枚舉的規則，又可以太半（雖則非全數）尋見於一切未經枚舉的憲典。雖然，將欲完全了解此一要旨，我們尚須詳加討論。

何謂裁決權力（解一）大凡元首，及他的僕役，都有權以做出任一種行動，雖未嘗得請於巴力門的新法案，但準諸法律並未相背，不至被視同越軌。這就是裁決權力。試徵實例。例如，雖未得法案允准，元首仍可以解散或召集國會，可以宣戰或構和，可以增設新貴族議員於貴族院。他們都是政府的裁決威權中所有事。這種威權以理論言，或嘗造端於巴力門的法案，更以實際言，有少數實嘗造端於此類法案。試觀一八七〇年之歸化法案；

由此法案，一個部長依據法案中所規定，得以轉移一個外國人的國籍，使變成不列體儲人民。試觀一八七〇年之引渡罪犯法案，由此法案一個部長依據一定條件，得以跨越常法，而移交一個外國人於他的政府，使歸案受訊。雖然，關於這一類由巴力門特許的裁決，我們可以不必贅論。因為這種裁決被運用的方式大抵詳確規定於法案本身；倘使運用時稍有出入，隨在可以成爲法律問題；於是，裁決的運用方式在此際遂由道德的範圍而轉入法律的領域。本來裁決權力，自歷史觀察，並不起源於巴力門的法案，但起源於「特權」(prerogative) (解2) 而特權一名，在憲法的名詞中，最足使學者迷惑，復不易索解。因此之故，我們亟須在此地先將這一名詞的義解探討。特權一物，自歷史言之，又自事實言之，不過是武斷威權的殘餘；至於武斷威權，不論何時，依法律應歸元首掌握。誠以英吉利王，昔日在實際上，今日在名義上，原是真正的「薩威稜」(sovereign) 譯言「主權者」，或「統治者」。即使讓一步說，他至少是薩威稜的權力中之最有勢力者。試觀英吉利歷史遲至一七九一年，即當法蘭西大革命轟動全歐之際，利弗士先生 (Mr. Ro-

eyes) 以博學多聞著名，還要發刊『英吉利法律歷史』一書，主倡此說。書中有一段極長文字，以櫟樹比喻憲法，遂以之斷定元首的權力爲樹身，而其餘各部份不過是枝葉而已。由此斷語，著者遂作一結論，即謂：元首是法律權力的源泉，倘若竟受摧殘，即無異伐斷這一株可貴的櫟樹，將使全國人民於逃避『雅各賓主義』(Jacobinism)之際，失去庇護；至於衆民院與其他制度，隨時可以芟除，而不至傷及樹身。(註8)此書一出，輿論大嘩，羣以爲著者實有意阿媚元首，而蔑視衆民院。於是，衆民院特要求政府，務將著者訊辦；當是時，內閣規於威迫，對於此舉雖屬不願，然而實不敢抗命。平心論之，利弗士先生當革命聲勢極盛之際，竟敢發表這種理論，殊欠檢點；然而這種見解，若自歷史觀察，實具有堅強理由。所以陪審團審察事實，卒能主持直道，而不坐著者以叛逆罪。

何以見得利弗士的見解爲不背於歷史的事實？試觀自諾爾曼征服以迄一千六百八十八年之革命，元首在實際上實具有主權的大部份。然則元首的權力起源甚遠，且遠過衆民院所有權力的來源。所以特權一名即代表元首固有的威權之殘餘物；因之，上文

曾經提示，他只是古代武斷威權中之留在元首的掌上者；至於這種威權在今日究竟由君主自身運用，或由閣臣運用，殊可以不必深究。是以每一行爲，凡未經巴力門以法案許可而仍不至於違法者，只以特權存在使然。以此之故，我們儘可爲討論便利計，權將巴力門的法案所許的一部份權力（譬如，自「外國人法案」而得到的權力）置於不論不議之列；同時，「特權」一名即可與行政院所有裁決權力等稱。於是，我們即可斷定：所有一切憲典，以大體論，便是各種教義，依之，凡特權所以運用的方式及精神皆可決定。換言之，所有特權（例如，宣戰與構和）究竟應如何行使，庶幾行政的行爲不至違法，此事必須取決於憲典。這一句判斷應用極廣，他可適用於一切裁決權力之在法案以外運用者。分析言之，則有君主依自己的意見而做出的行爲；又有君主與閣臣參酌意見後而做出的行爲（此項行爲遭逢多次，其實多過現代憲法學者所願意承認）；更有閣臣以君主的名義而做出的行爲。簡約說，憲典是用來測定元首的裁決權力如何運用的準規；至於運用者或爲君主自身，或爲閣臣則可以不必問及。試徵實例。譬如，有一格言，謂當反對票

數對於某一政策在衆民院中佔居多數時，內閣應自行引退；是不異聲言，元首得依自己的意志以罷免內閣的特權，應參合衆民院所有意旨而運用。又有一格言，謂閣臣不應締結凡兩院不能贊同的條約；是即無異申明，元首所有締約的特權（美國人稱爲締約權力）不應被用來反對巴力門的意志。譬如，有一條規則明定，巴力門每年至少集會一次，這是等於稱說，君主雖有任意召集巴力門的法律權利或特權，然而這種特權，當運用時，應成爲一種方式，依之，巴力門得以開會，每年至少一次。

上文分析憲典所得結果足以惹起一個確乎不拔的批評：即是，分析工夫雖係正確，然尚有未盡；因爲有少數憲章的習例實與特權的運用無關。試徵實例。譬如，有一條規則——不過這條規則稍涉廣泛而已——即謂：倘若衆民院的意志與貴族院的意志常不融洽，貴族院在某一點限度內須退讓。譬如，又有一條習例（至少從前有之），即是：貴族院的司法功能只由法律爵主（解⁸）處理；更有一條了解，即是：離婚法案不以立法程序，卻以司法程序處理。凡諸如此類的憲典都是一類規則，依之，這一院，或那一院，或兩院，所

以運用裁決權力的方式均得測定。這種裁決權力，自歷史上之用語立論，應稱『特殊利益』(privileges)。(解4) 卽就特殊利益一名詞觀察，我們已可概見這個名詞足與特權一名詞並列；因之，在特殊利益的名詞之下，當含有若干憲典。其實介於兩名詞之間，實有一點極關連的類似點：這一個是用來指明元首所有裁決權力在歷史上之名稱；那一個是用來代表巴力門所有裁決權力在歷史上之名號。然則綜合以觀，憲典被用以節制特權如何運用者實具有一目的；這目的在於測定統治體中之一部份（卽元首）所以行使他的裁決權力之方式；憲典被用以節制特殊利益如何運用者亦具有一目的；這目的是在於測定統治體中之別一部份（卽巴力門中之兩院）所以行使他們各自的裁決權力之方式。從而所得結果是：所有憲典，若作一個整體觀察，只是風俗與習例，由之主權的立法機關之各分子，在運用各自的裁決威權時，得所依據；至於裁決威權，或名特權，或名特殊利益，可以不必拘泥。原來主權的立法機關，自英吉利憲法上之名詞立論，本稱『君主在巴力門中』(King in Parliament) (註5) 是故君主與巴力門原屬一

體，不可強分。不過憲典中之大多數規則概爲應如何運用特權而設立，於是爲簡便計，我們即不妨將憲典看做一體系的習例，依之，特權的運用方式得以決定。

第四節 憲典的終局

憲典的共相既經審定如上文，我們當可再進一步將他們的品格解剖。在這一點觀察，他們同抱有一個最終目的。他們的終局是：巴力門，或內閣（其實內閣即由巴力門間接地委任）務須努力以宣達選民的大多數的意志，或民族（這是日常通用但不大正確的稱謂）的意志。原來選民的大多數，或民族，在現代英格蘭中是一個真正的政治主權者。

討論至此，從前的見解（註10）所以極力要區分主權爲『法律的』（Legal）及『政治的』（political）兩種之故，於茲大白。故從法律的視點觀察，巴力門在通不列顛帝國中，是一個絕對主權者，因爲巴力門的每一法案俱足以約束四境內之法院，而且無一規

則，不管是道德的，或是法律的，倘若抵觸了巴力門的任何法案，足有約束法院之力。然而所謂巴力門政治的真髓只是代議政治，而代議政治的最大作用便是在於奉揚政治的主權者（即是選民的大多數，或民族）所有意志。於是，主權的立法機關中之各分子所有行動務須受制裁於一定規則，庶幾立法主權者的行動不至抵觸政治主權者的願望。此舉在今代實爲重要。試考歷史，在古代英格蘭中，政治主權者只是君主一人。當是時，所有立法可以隨他一人所喜歡，而採用兩式之一以爲之。第一，君主可以親自立法，或用詔誥發表，或用勅令發表。第二，別一機關，例如國務院，或巴力門，可以受命立法，但此項立法必須遵守惟一條件，即不背君主的意志。倘若第一式被採用，憲典自然不有存在的必要。是何以故？則以立法主權者與政治主權者都屬於君主一人之身故。倘若第二式被採用，一切立法的進行程序必應有一定規則；如其不然，則所立法律雖已觸犯元首，亦無從探知。惟傳至今代，政治已漸趨於平民化，於是，英格蘭的政治主權遂從君主的身上，而移交於選民團。但以性質論，選舉團是一個龐大而又散漫的團體，他自然不能如古代君主