

英憲精義

下冊

大 學 叢 書

英 憲 精 義

下 冊

中華民國二十四年一月初版

(34394.1平)

平

大學叢書
(教本) 英憲精義 二冊

Introduction to the study of the Law
of the Constitution

平裝 每部定價大洋叁元貳角

外埠酌加運費匯費

版權所有
翻印必究

原著者 A. V. Dicey

雷賓南

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

(本書校對者 沈抱秋 黃競生 董雲寔 繆巨卿 宮秀)

第二篇 法律主治

第四章 法律主治的體用

第一節 引論

自諾爾曼征服（解1）以來，英格蘭的政治制度呈露兩件異彩；他們的存在與運行足以使英國所有制度別異於他國所有。

兩件異彩中之第一件是：中央政府在通國之中居於至尊地位。當民族歷史初期，這種國家的威權集中於君主一人的身上；因此之故，元首所有權力實足以代表國家所有。英王在此時不但是保安的靠山；而且是法律的淵源。所以當時法院有一格言（解2）『一切權能都寄附於他的身上，而且從他一人自身發軔』（註1）這句格言，從造端時說起，原來根據一件現成的及無疑的事實而發出。如今時移勢易，王室固有的至尊權力已經禪讓於巴力門，而變成巴力門的主權。巴力門的主權是本書所有主題之一；（註2）惟

法律主治

上文早已闡發題義而無餘蘊，是以在此章無庸深論。

兩件異彩中之第二件與第一件甚相關切；他是法律的至尊性，或稱法律主治。這是我們的政治所有怪異性質；法院有一條老規矩 (old law) 最能將此項性質表白清楚；即是，這種法律是最貴國寶，爲君主所有；全國人民以至君主本身都須要受治於法。倘使法律不能爲政，以至全國無法律，必至全國無君主，復無任何遺產之可言。(註³)

這個法律的至尊性，倘自別的視點觀察，是個人權利的一種保證，爲英憲所授與。他是英憲所有第二異彩，因之，他的奧義即爲本書第二篇所欲探討。

外國政論家的見解

外人之視國者，對於此項英吉利政情，深滋怪異，復不覺感慨繫之。於是政論名家，如福爾泰 (Voltaire)，狄龍 (De Lolme)，篤奎爾，或格乃士 (Gauciust) 一流，(解³) 雖則均屬外產，然而他們所有觀感英吉利政治制度的印象，實較任何英國本國人爲深刻。依他們的觀察，英格蘭是一個國家，有獨與其他國家立異的一點：就是法律主治。法律精神與英國人的習慣，兩相結合，牢不可破。因此之故，他們關於此一異點最多感觸。就所有上列諸人之中，莫如篤奎爾最能道達這種驚訝或嘆美的情緒。篤奎爾嘗就守法精神一要旨，取一八三六年之瑞士，與一八三六年之英格蘭，相互對勘，而得到下文的結論。

篤奎爾觀察英格蘭與瑞士後之評論

篤奎爾曰：『我在此頗不欲以合衆國比瑞士；(註⁴) 惟欲以英格蘭與之相比。倘若你要考察瑞士與英格蘭時，或則縱使偶爾行過兩國時，你終要自然而然也感覺到兩國間所有相互異點。兩相比較之餘，我

們儘可概括地下一斷語，即是英格蘭到底是比這個希勒弗惕民國（The Helvetic Republic）解4更富有平民政治的精神。這一點差異，隨處可在兩國制度中尋見，尤可在他們的風習（mœurs）中尋見。

（1）在幾乎全數的瑞士州郡中，報紙的言論自由，只是一件最近纔有的事。

（2）又在幾乎全數的州郡中，個人的自由並不被充分保證，因之一個人可受行政處分，而至於被逮及被押獄中，無須經過許多法律手續。

（3）大概言之，瑞士法院不有完全獨立的地位。

（4）在全數州郡中，以陪審制度折獄，至今未有。

（5）在幾處州郡中，他們的居民在三十八年前絲毫不有政治權利。微實言之：鴉皋（Aargau），蘇皋（Thurgau），惕星（Tessin），弗奧特（Vaud）的全部，及沮利克（Zurich），比恩（Berne）的一部，皆屬此類。

上方所得結論，用以批評瑞士風習，較之批評制度更見真實。

（1）在許多瑞士州郡中，大多數國民對於自治十分無興味，因之，並未有這種習慣。倘若國家有變亂發生，他們儘管盡心經營私事，絕少留心公務。至於英吉利人民則異是；他們盡瘁國事，絕不以私害公。

（2）瑞士報紙，以新得自由之故，往往好濫用此項權利。故以瑞士新聞報與英吉利新聞報相比較，前者常傾向革命論調，後者尚屬實際而切當時勢。

(3) 瑞士人似乎仍視集會結社爲一種革命的工具；此類傾向正與法國人無異。他們還不能及英國人民專以集會結社爲一種極緩却又極穩妥的政治改革的方法。原來集會結社不但是一種技能，而且是一種國民應有權利，瑞士人民似尚未認清此旨。

(4) 就愛直道一端論，瑞士人民遠不及英吉利人民。瑞士的法院在政治措施中不能置喙，而且不能以法律意見引導輿論。以法律意見領導政治行動與愛直道兩事，原來是自由人民的最顯特性。

(5) 最後，瑞士人民究竟尙缺乏幾種政治習慣：即是，尊重直道，愛好法律，與不顯武力。數事皆自由人民所以能存在的要素，最顯著於英國。

繼此我當以數語綜括前論。

無論何人，倘若曾在合衆國遊觀，必不能自禁其爲一件事實所感動：即是，以自由的精神能固結亞美利堅人民的習慣若是，復以他們又能篤嗜自由若是，合衆國的國體只好是民主國家。同樣以英吉利人民所有政治習尚論之，倘謂英國的政體，除却自由政府外，竟可成爲專制政體或其他政體者，實不符於事理。至於瑞士則異是。假使現有民主制度竟被暴力摧殘，瑞士人民，或不免於短期間變故之後，習視自由的失去爲常事。故以三國所有政情互勘，英美兩國所有自由在人民的風習中實較在法律中爲盛；瑞士所有適與英美兩國相反。(註5)』

綜觀馬奎爾所批評，就中有兩要旨，恰與法律主治的題義十分關切：第一，他的議論足以提示法治是

英吉利制度所有顯著特性。第二，這種議論足以指點英吉利民族的一個品性實在可以注意，然而極難以言語形容。篤奎爾在觀察中蓋遇有一難題焉，他明明認識一件異彩的存在；但仍不能區別這件異彩於他種政治心理以外。所以他不免有時竟使這異彩與自治的習慣，秩序的愛好，直道的尊敬，及法律的傾向等事互相混淆。本來諸如此類之政治心理原互相聯屬，然而他們決不是同一事實。倘若竟將彼此互相印證混爲一談，則又不免陷於不正確之病。雖然，篤奎爾評衡政治，素稱精細，但仍不免有此失，至爲可惜。況旁觀者清，當局者迷，我們自己於此必知所自做。是以通常我們論及英國，我們輒謂英吉利人民尙法治，或謂英吉利憲法具有法律的至尊性。此類用語，在發言者自觀，雖則含著眞際的義理，然而在他入聞之，只覺廣泛無稽。然則將欲領會法律主治或法律的至尊性，或法律的優勢 (rule, supremacy or predominance of law) 等術語所包含奧義，我們必不可不先確定此類術語所有眞諦，至爲明白易見。

第二節 法律主治的三個指意

每逢本書論及法律的至尊性，或法律主治，是英吉利憲法的一個主要特性，我們通常概括三個分明而又聯立的概念。茲當分別提示之。

第一目 武斷權力的不存在

第一，概念指明凡人民不能無故受罰，或被法律處分，以致身體或貨財受累。有一於此，除非普通法院

會依普通法律手續，說明此人實已破壞法律不可。用在如此指意時，法律主治與下方所陳一個政制剛相反。這個相反的政制是：在政府中有一人或數人能運用極武斷，又極強奪的制限權力。

今代英吉利人驟聞此語，會須驚訝，以為『法律主治』（依本文所用指意）何事？那能令英吉利制度專美？倘自今日政情觀之，凡在文明而又有秩序的國家內，這種政治變成普通慣習，似乎非英國所專有。雖然今代歐洲大陸已盡被文明國家所佔居，此類政象復不能謂為完全缺乏於大陸；但即就現況觀察，我們仍敢相信，用在這種狹義的『法律主治』一事，實是英格蘭所有別相。否則再推廣言之，我們只可說這種別相惟附麗於一切國家之會傳受英吉利傳統思想者如合衆國之類。此外國家之散佈於歐羅巴大陸者，行政院概具有大權，遠過英國行政院所有。譬如，關及逮捕，羈押，以至驅逐出境等處分，大陸各國行政院實能運用極大的裁奪威權；英國行政院必不能企及。試一考察歐羅巴政治，英國讀者必不禁得到一種感想：即是，大凡行政院能以裁決權能（discretion）（解5）執法，就中即不免有許多武斷性（arbitrariness）（解6）而在一民主國中，一如在君主國中，行政院若有法律上之裁決威權，人民必至受不健全的法律自由之累。

然而此固未可以概論。倘使我們專就二十世紀的歐洲觀察，我們似須讓步。這是要說，在幾乎全數的大陸國家內，法治漸能確立，仿佛英國。在此際假使個人不要牽入政治或只要能遵守法律，此人可以無須畏懼政府，個人的自由不至受害。誠如是，我們推理所及，必至遇一件難事：即是，法律主治既成普遍現象若

此；然則一般外國政論家必欲以武斷權力的不存在爲英憲的主要特性者何故？（註6）

雖然，此非真難事也。假使我們能回顧百年以前情事，至於英憲最初被批評又被頌揚之際，這種迷替必可以渙然冰釋。當在十八世紀中，許多大陸政府本不是暴虐；然而在任一國中，無一個人能安居於武斷權力以外。惟有英國在此際能卓然有所樹立。試一考究他的特長所在，讀者自見此項特長不是在於善政，復不是在於寬政，却是在於政制中之法律性。故當福爾泰離去法蘭西而遊英格蘭時，他所有最強大的情感是：他適纔舍棄一個專制國家，復正在行入一所在地；這所地方所有法律儘管是嚴刻，然而當地人民只受治於法律，而不受治於人情好惡（caprice）（註7）。福爾泰者法國文學家也，不但他的文學恰足以代表他的時代，而且他的感情亦足以代表他的時代。於是他儘有充分理由以抉出雙方所有差異。試再就個人的身世所遭逢考之：在一七一七年福爾泰曾因一首詩之故，被發放於巴斯體耶獄中，不但福爾泰未曾寫這首詩，而且他不知作者誰氏，復不表同情於詩中所表情感。顧一被誣陷，福爾泰縱有口舌亦不能自辨。尤可異者，當時攝政處分此案實等於戲弄他人毫不經意。攝政謂此首諷刺詩既以『我未曾見』爲題，他的作者即應受命入獄，庶幾這個詩人『得見前此所未見』。於是福爾泰遂不能不入獄矣。又在一七二五年，福爾泰赴一位公爵之宴，飲食之際，福氏忽被強奴迫令離席，復被鞭撻於這位公爵之前。當是時，福爾泰的文名鵲起，在國內已有文豪之稱，顧不能取得一機會，以求申雪。後來因爲他自不量力，尙以此次受辱爲言，卒須重遊巴斯體耶一次。誠然，這次是他入獄的最後一次，但終此一生，他常時與武斷權力相衝突，復相抗

衡。因此，他的生命屢瀕於險。^(註8)幸而他的文名，他的豐耳，他的機變，與最後他的財富，尙能拯救這位詩人，使受罰不過於暫時入獄。然則法國在當日所有政治，蓋一味專尙武斷若此；至於英國所有則何如？任何人倘欲灼見法律的至尊性在十八世紀中之英格蘭是怎樣稀罕的一個政治現象，讓他自讀摩梨所著狄爹裸特傳（解7）。按本傳，法國在那時只有一部百科全書（解8）尙須費二十二年之磨折，方得完全出版問世，一般著名文學家由之方能得一機會以發洩積憤。即此一端，無論就抗爭的困難着想，或就抗爭的成功着想，俱可概見法蘭西政府所有武斷權力之大。

路易十五世（Louis the Fifteenth）在法蘭西皇室中原屬暴主，所以百科全書阨於御用特權，難於出版，當不足怪。不過此類跨越法律的皇家舉動初不限於路易十五世；因為他只是法蘭西行政系統的產兒。試觀在路易十五世之後登位者實爲路易十六世，其爲人本非暴戾，然而武斷權力仍時時運用如故。由此可見武斷權力與法國政制原來兩相繫屬，不可分離。惟其如是，倘若有人假設一類事實，謂法律主治早存在於一七八九年前之法蘭西君主國家，如此設想只是謬誤。讀史者不嘗見爹雍武士（Chevalier d'Eon）之待遇（解9）乎？這人所受待遇的愚騷，屈辱及神祕發生於百年以往，恰如冒名欺騙以要索權利之舉動發生於今日，足以聳動他人視聽而作談資。此類事實，自今日觀之，至不足道，復不值追憶。但我們於此有必不能忘記者一節：即是在一七七八年，即約翰生（Johnson），亞當斯密（Adam Smith），穆本（Gibbon），考別（Cowper），布雅克（Burke），及曼斯斐爾（Mansfield）等生存之日，即當亞美利堅獨

立戰爭尚在進行之時，又即當全國會議（The States General）開會前十一年之期間，竟有一名武士及一個有名外交家，不知所犯何罪，不經審訊，復不經定讞，竟遭疑忌復受奇辱；而此類罰則與奇辱，雖在東方專制主義國家亦不敢創制及施行。（註9）

雖然，讀者慎毋因此一節，遂遽然想像在十八世紀中法國政府當比其他大陸國家之政府，較為武斷。設此假想只是誤會大陸的政情。按實言之，法律與公意，在法國中，以視在西班牙中，在意大利小邦中，或在日耳曼市府國家中，尚能比較地見重。至於專制政體之弊害所有已經存在於法國者不特並行於上列各邦；而且為害更烈。正以太過刻毒之故，上列各邦之苛政，筆不勝書，口不能盡；道於是世人視聽乃撇却上列各邦而移向法國。是故法蘭西君主的權力，比諸散處歐洲二十許小霸王的藐法行動，反受極嚴厲譏彈者，並非因為前者較後者為更暴虐；實因自世界眼光觀察，一則以法蘭西民族在十八世紀之進步論，亟應取得大量自由；二則以傳統思想論，法蘭西自古素為專制政治之中心。惟是，巴斯體耶的陷落遂博得全歐之同情。實則當那一堡壘被攻破時，在內囚犯不及十人；而在英國牢獄，負責囚徒之奄奄待斃者不下百數。顧英人在當日為感情所蔽，遂不能分別審察。乍見之際，他們慶賀法國革命成功的狂熱，實為生在二十世紀的英人所不能了解。但試詳細玩味，則這種同情瀰漫於文明世界間，橫極東西，縱盡南北，自有緣故。巴斯體耶非他物；他只是毫無法紀的權力之一種象徵。所以他的陷落當足以惹起歐洲人士的感觸，（而且此項感觸至屬確當，）以為這種捷報，實所以報知其他大陸國家，謂向來存在於英國中之法律主治，行將代武

斷權力而興起。(註10)

第二目 普通法律與普通法院居優勢

第二概念指明，(註11)在英格蘭四境內，不但無一人在法律之上；而且每一人，不論爲貴爲賤，爲富爲貧，須受命於國內所有普通法律，並須安居於普通法院的管轄權之治下。

法律平等的意思，(這種意思換一句話說，包含凡人皆受治於普通法律，而普通法律復執行於普通法院)被推行於英國中，蓋已達於極大限度。所有在職官吏，自內閣總理以至巡士或徵稅差役，倘若違法，一律與庶民同罪。故當他們以個人資格行事而犯罪時，法院固然無所寬假；縱使他們不以私人資格犯罪，惟因執行公務而至於越權，法院仍責令賠償損失。諸如此類之案件司法公報至多刊載。故有一殖民地總督，(註12)一內閣部長，(註13)陸軍將士(註14)以至一切屬吏，雖則執行上司命令，然而必不能越權行事。倘若所行之事有爲法律所不許，這個官吏，須自己負責任，一如私人或非官吏須對於自己行爲負責任。誠然，兵士，(註15)或國立寺院僧侶的法律地位，在英國一如在他國，與尋常百姓的法律地位頗異；即是，前兩者除受治於普通法律外，復各被管轄於一種特殊法律；這種特殊法律實未嘗治理普通人民。因此之故，他們在某種特例中須求平反於不同普通法院的一種裁判所。這是要說，官吏有時在一定範圍中受治於所謂『官法』(official law)。雖然，這件事實並不矛盾上列原則。(即是，凡人在英國內皆受命於本國普通法律。)誠以一個兵士，或一個僧侶，縱使因地位關係至於負荷尋常百姓所不負荷之法律責任，但並不以

此之故便能拋棄普通國民的本分。

就一個英吉利人的眼光觀察，他自然不免有一想像，以為法律主治（依本文所用指意）只是任一文明社會通有的習尚。然而這種假設實屬謬誤。大概言之，歐洲在十八世紀以前，貴族、僧侶，以至他種人物均能藐視法律；至十八世紀之末，歐陸民族之大多數漸能脫離這一時期而演進。若以英格蘭而論，貴族僧侶的無法時期，早於十六世紀之末，經人民以流血解脫。但嚴格言之，雖在今時大陸國家中，若云，人人受治於同一法律，或云，法院在通國中為至尊，此節未見得可以完全證實。試以法蘭西為實例。在法蘭西中官吏——在此名詞之下，所有服務於國家內之各種機關的人物應盡數包含——當在職時，於一定範圍內，不但被撇開於普通法律以外，超越於普通法院的管轄權之上；而且有幾時受治於官家所執行之官法。如此論斷，驟聞之，未免驚人細察之，卻是絲毫不謬。

第三目 憲法的通則形成於普通法院的判決

第一第二概念既明，尚餘第三概念必須探討。法律主治，或法律精神的優勢，用在第三概念時，亦可稱為英吉利制度的專有德性。在此際，我們儘可斷定英憲是完全被法律精神的優勢浸淫瀰漫。我們要下這一斷語，自有確鑿根據：即是，英憲的通常原理（譬如即以人身自由的權利或公眾集會的權利為例）的成立緣由起於司法判決，而司法判決又起於民間訟獄因牽涉私人權利而發生。（註16）可是在多數外國憲章之下，個人權利的保證只能形成（至少在外表上是如此）於憲章的通常原理。

這個法律主治的指意至足以解明時論所暗示之一件事實（至少是他的一部份），即是日常所謂『英憲未嘗被造出，只自然生長』。這句話未免誤人。倘若拘牽文義以求之，此項隨感實不合於名理。是故穆勒（Mill）有言：『政治制度（無論發言人在命意遣詞時怎樣不理會）是人工所造；他們須靠人類意志而產生，而存在。人們並不於夏天睡醒之後就看見這些制度湧起。況且他們並不是如樹木一般，可以於一次栽植之後，雖當人們酣睡時，即在夜間生長。是故他們的存在，無論在那一時期，純賴人類的願力：人類要他們怎樣；他們便成（註¹⁸）怎樣。』

雖然，論理本應是如此，但我們須留意一句定訓；即是，政體的生成與人民的生活煞有密切關係，以彼此關係如是密切，我們如必欲待遇政治制度，以人類願力下之一類產品，似乎甚難。所以這句定訓，雖是略近游移，到底能將一件事實提示。這件事實為何？就是許多政制，在其中英憲就為一顯例，並不會被人們以一口氣造出，而且遠非一次立法（依通常意義解釋）所製定；反之，他們卻是千百年來法院替私人權利力爭而得到的結果。簡約說：英憲只是一宗裁判官造成的憲章。在表面他附帶着裁判官造成的法律許多善良或惡劣彩色。

英憲與外
憲互勘

因是之故，英格蘭的憲法呈露許多異彩，確與外國憲法立異。試一一曉示之如下文：

第一，在英憲中我們不見有各種權利的宣言或定義；在外憲中，外國憲法家都視之等於金科玉律。而且這樣原理，當研究英憲時你可以發見，實是在法院判決之下確立的準規。這些準規是從審判員的判案

或隨感中取材；或從巴力門因為應付及解免人間冤苦而建立的法案（在此際巴力門儘可視同高等法院，他的意見並可視同法律意見）中提要；隨之以造成概斷或通則。再用別的方式表示可得個人權利與憲法相互關係一節。英憲與外憲不同：在外國如比利時者之國中，憲法是立法行動的結果；而在英格蘭之中，憲法本身是以法律的判決為根據。世上儘有許多國家，他們的憲法是一件慎思而發出的立法行為；比利時即是一個好榜樣。是故就比憲而論，你可以真實地斷定，謂個人對於人身自由的權利是從憲法產出，或被憲法保障。若在英國則不然。個人對於人身的自由權利所以成為憲法之一部者，只因爲此類權利會經法院以判決擁護之故；同時復因為出庭法案（解¹⁰）整個的承認與推行之故。倘若名學的法式可被用，以解答法律問題，比憲與英憲所有差別可以名理陳述之如下：就是在比利時中，個人權利是從憲法的原理演繹出來之結論；在英格蘭中所謂憲法原理是由法院涉及每個人所有權利的判決案歸納得到之通則。

這種別異自然是不過一種形式上的區別。若就實際上立論，倘若自由在比利時中，一如在英格蘭中，只得到同樣安全，則保證個人權利的主力或為憲法，或為四境內之普通法律，殊可以不必拘泥。雖然，有一問題於此，我們必須注意。這個問題是：人身自由的權利，或信仰自由的權利，究竟是否安全，必賴一個考究所得答案以為判斷標準。這個考究的主旨是要問明制憲人物在制憲時所有着手工夫。至於答案可有兩種：其一，制憲者可從權利的宣言或界說開首；其二，制憲者又可從所以衛護或強行權利的方法起始。兩種

着手工夫互異，他們所收效果隨卽不同。試觀外國制憲所爲；他們大概自權利宣言着手。但試進一步而推求其故，此舉之成立，一則因爲時勢激盪與要求，二則因爲制憲者自己感覺，以爲如此行動確是立法者所有本分。不幸外國憲法家只見其一，未見其二；所以他們徒勞心焦慮以規定權利，卻不能留意於補救方法的籌備，使此類權利於宣告之後得以見諸實行。此等不幸事實凡有歷史知識者諒能灼見。試以實例作證。例如：一七九一年憲法卽檄告全國以良心自由，出版自由，集會權利，及官吏責任。（註19）但試一按之實事，從來個人權利之常被蹂躪一若憲法未嘗存在者；稽之歷史記錄所及，當以法蘭西大革命時所遭逢爲最慘酷。又如，卽就今日情勢而論，倘謂個人權利在法蘭西民國之下，衛護周至，可以平比英吉利君國，任一旁觀者驟聞此語，亦要懷疑。是何以故？則以法蘭西民國實未設備權利受損害後之救濟方法故。英國則大異是。故在他一方面，權利本身與強行權利的方法在英憲中常有不可分離的相互聯屬。所以古語稱道，在有法律之地卽有救濟辦法存在；（解11）如此準備至關重要，非僅同一種同義異字的言陳已也。試專就憲法運行方面着想，我們可以發見英吉利人民務求實際的傾向。當他們逐漸構成一套極複雜的法律與制度而稱之爲憲章之際，他們實努力於籌備所以實行某一種權利之策略。換言之，他們注意於救濟侵權行爲的損害，勝似宣示人的權利或英吉利人們的權利。譬如，出庭法案並不宣示何種原理，或規定何種權利；但此類法案的效實，在實用方面可當保證個人自由的憲法條文一百條。討論至此，學者幸勿遽作假設，以爲權利與救濟方法的聯屬賴有瀰漫於英吉利制度的法律精神方能成功。因之，此類聯屬遂與成文憲法的