

法 憲 較 比

冊 上

著 升 端 錢 · 杰 世 王

行 發 館 書 印 務 商

中華民國二十七年三月初版
中華民國三十二年十二月重慶第三版(增訂四版)
中華民國三十五年十二月上海增訂第五版

◆(3352)平運報紙

大學比較憲法二冊

每部定價國幣拾貳元

印刷地點外另加運費

著者 錢世升

發行人 朱經農

上海河南中路

印刷所 商務印書館

發行所 各地商務印書館

版 權 所 有
翻 印 必 究

初版序

這部書是著者於過去五六年間，在北京大學講授比較憲法時編纂的。在這篇序言中，著者並無多話要說；所要說的，只有幾句關於本書的態度和方法的話。

本書的態度，是陳述的，不是批評的。本書之所陳述，或然不以列國憲文的意義，或列國政制的内容爲限，而往往涉及諸種政制的理論。然本書標舉理論之時，大率兼舉贊成和反對兩方的見解。而且往往僅於陳述兩方見解而止；陳述而外，極少附以評斷，或已見。蓋政治制度大都含有時間性與地域性，抽象的評斷，不流於偏狹，卽不免失之膚淺；非但無益，且有贗蔽他人思想之虞。

就方法說，西籍中關於比較憲法之著作，通常俱係擇取若干國家，分別說明各該國憲法的内容。這自然也是一種比較方法。這種方法，並且可使我們對於幾個特定國家的憲政組織，得到整個的觀念。但是我們如果採用這種方法，所需的篇幅必然甚鉅；否則我們所選擇的國家只能限於極少數的國家；我們對於任何國家的憲法，亦俱難給以完滿的說明；其結果，仍不過給予讀者一些浮泛的與破碎不全的知識而已。以故本書内容的分類，不以國別爲標準，而以現代一般憲法上所規定之問題爲標準；在各個問題之下，本書將概述列國憲法上或法律上諸種不同的規定，以及學者間諸種不同的意見；卽十數年來吾國中央及各省所會頒布的憲法或法律，凡足爲討論之資者，亦當述及。這種方法，雖不能使讀者對於任何國家的憲政組織，得到整個的觀念，也許可使讀者對於各種憲法問題，知道列國間已經採取了一些怎樣的解決；並且知道學者間對於那些解決，有些怎樣不同的見解。

十數年來，國人對於憲法問題及憲法學的興趣，總算比較濃厚；然因坊間缺乏參考書籍，普通學子以及一般留心憲法問題的人，雖具研究憲法之願，卻無從得到有系統的憲法知識。本書尙能多少補此缺憾，著者將引

爲大幸。惟本書陳述，既然涉及多方面的事實和意見，訛誤等所難免；尙冀省覽是書者不吝指示，俾於再版時得以改正。

北京大學助教向景君襄助著者整理本書文稿，舛誤甚多，著者因向君致其謝意。

王恆公 民國十六年七月

再版序

本書初版訛字頗多；且初版印行距今雖僅一年，書中所舉事實亦不無需要補充的地方。因於這次付印的時候，將初版訛字訂正，並對初版所舉事實及參考書籍，略事補充。

本書出版以後，友人及讀者給了我不少的評論。這回印行，在大體上雖然只是重印，不能說是改版，但於可能範圍以內，著者亦已容納了那些評論。

王世杰 民國十七年十二月，南京。

增訂三版序

本書自初次刊行以來，業經十年。這十年是各國憲法變動比較劇烈的一個期間；或則修改舊憲；或則另擬新憲；或則憲法條文雖未修改，而政制的實際已經大變。此種變動的內容如何，其對於立憲主義的影響又如何，固爲本書讀者所急慮了解者；本書的訂正及補充，乃亦刻不容緩。

此次增訂，在將十年來各國憲法上的變動，以及新近的政治理論，擇要論列。增刪之處殊不爲少；但本書原有的體裁，除末編外，大體上並未改易。原書本將中國制憲問題的經過，附於第五編中敘述；今因制憲問題在中國又多十年的歷史，且國民政府的存在已歷十有二年，其現行政治機構，亦有闡明的必要，故特新增一編，名爲『中國制憲史略及現行政制』。

本書初版序中，曾謂：『十數年來，國人對於憲法問題及憲法學的興趣，總算比較濃厚；然因坊間缺乏參考書籍，普通學子以及一般留心憲法問題的人，雖具研究憲法之願，卻無從得到有系統的憲法知識。本書倘能多少補此缺憾，著者將引爲大幸。』近年來國人對於憲法學興趣的濃厚，證以本書重印次數的頻繁，亦可概見。經此次增訂後，著者深望本書，除供學校教科之用而外，益能有裨於欲明瞭國內外憲政情形的一般讀者。惟本書篇幅頗長，範圍又廣，訛誤之處自所不免，仍祈讀者不吝指示爲幸。

謝義偉，龔祥瑞，林良桐，周書楷，郭登峰，楊鴻年，呂恩萊，蔭師炯，馮煥，林瓊光諸先生均曾分任本版校閱之責；倘無他們幾位的協助，不但本版的刊行將延緩多時，書中訛誤尤難減少。著者因略表其謝意於此。

王世杰

錢端升

民國二十五年十二月，南京。

增訂四版序

本書距前次增訂已經五年。在平常狀態之下，此次改版，必不限於局部的增訂。但舉世各國近來已全部入於戰爭狀態，其政治制度，變動甚速，大都不易論其利弊得失。而因參考警籍及其他資料，蒐集維艱，即敘述亦難正確。本書卷帙頗鉅，在此印刷極端困難之際，能獲續印，已屬幸事；全部改排，殆不可能。因之，此次改版，僅就原書第六編第三節以下，予以增修；俾讀者對於五年以來，我國戰時政制的變遷及其現狀獲一明白的概念。增訂範圍，雖然有限，凡所增益，或為一般治憲法學的人所需求的資料。其他各編及附錄，均暫仍前版之舊，未予更易。

王世杰

錢端升

民國三十一年七月，重版。

目錄

第一編 緒論	一
第一章 憲法的概念	一
第一節 憲法的特性	一
一 形式上的特性	一
二 實質上的特性	二
第二節 憲法的種類	六
一 成文憲法與不成文憲法	六
二 剛性憲法與柔性憲法	九
第三節 憲法觀念的沿革	二
一 希臘羅馬時代	三
二 歐洲中世紀時代	四
三 自歐洲宗教革命至英法革命時代	五
四 十八世紀美法革命時代	七
五 十九世紀以來的變遷與最近事例	九
第二章 國家的概念	一
第一節 國家的名稱	一
第二節 國家的要素	三

第三節 主權問題	二五
第一目 主權的限制問題	二七
一 事實上的限制	二七
二 道義上的限制	二八
三 法律上的無限制性	三五
第二目 主權的分割問題	三五
第三目 主權之所在	三六
一 法律的主權與政治的主權	三七
二 國民主權說	三八
三 國家主權說	四一
第四節 國家的起原及根據	四二
一 神意說	四二
二 契約說	四三
三 強力說	四七
四 結論	四九
第二編 個人的基本權利及義務	五一
第一章 人民的基本權利	五四
第一節 消極的基本權利——個人自由	五五
第一目 個人自由說的由來及論據	五五
一 個人自由說的由來	五五

二 個人自由說的論據	五七
第二目 個人自由的範圍及種類	五八
一 個人自由的範圍	五九
二 個人自由的種類	五九
第三目 人民平等的原則	六〇
一 人民平等的意義	六〇
二 人民平等的論據及其批評	六二
第四目 人身自由	六三
一 人身自由的意義	六三
二 人身自由的保障	六五
第五目 居住及遷徙自由	六六
一 居住自由	六六
二 遷徙自由	六七
第六目 工作自由	六八
一 工作自由的意義	六八
二 工作自由的範圍	六八
第七目 意見自由	七三
一 意見自由的意義	七三
二 意見自由的種類	七三
三 刊行自由	七四

四	教學自由	八四
五	演劇自由	八五
六	廣播自由	八五
第八目	通訊秘密自由	八五
第九目	信教自由	八六
一	信教自由的意義	八六
二	信教自由的範圍	八六
第十目	集會自由	九〇
一	集會自由的意義	九〇
二	集會自由的範圍	九一
第十一目	結社自由	九三
一	結社自由的意義	九三
二	結社自由的範圍	九四
第二節	自由與戒嚴	一〇〇
一	戒嚴與法國法律	一〇〇
二	戒嚴與德奧各國的法律	一〇二
三	戒嚴與英國法律	一〇三
四	戒嚴與美國憲法	一〇四
五	戒嚴與中國法律	一〇五
第三節	財產權	一〇六

一	財產權的意義	一〇六
二	財產權的範圍	一〇八
第四節	積極的基本權利	一一一
第二章	人民的基本義務	一一四
第三編	公民團體	一一七
第一章	公民選舉權	一一七
第一節	選舉權的性質	一一七
一	選舉權爲國民的固有權利說	一一七
二	選舉權爲社會職務說	一一八
三	選舉權兼具權利與職務兩性說	一一九
第二節	選舉團體的組成	一一九
第一目	限制選權與普及選權	一二〇
一	限制選權與普及選權的區別	一二〇
二	限制選權與普及選權的理論	一二一
三	女子選舉權及被選舉權問題	一二二
四	中華民國歷次選舉法中的選舉權資格	一二四
第二目	地域代表與職業代表	一二五
一	地域代表制與職業代表制的區別	一二五
二	職業代表制的理論及批評	一二五
三	職業代表制的各種形式	一三〇

第三節 選舉區	一三三
一 大選區區制與單選舉區制	一三三
二 大選區區制與單選舉區制的理論	一三四
第四節 選民權利的範圍	一三四
第一目 複數選權與平等選權	一三四
一 複數選權與平等選權的區別	一三四
二 複數選權制的批評	一三六
第二目 間接選舉與直接選舉	一三六
一 間接選舉與直接選舉的區別	一三六
二 間接選舉與直接選舉的理論	一三七
第三目 多數選舉與比例選舉	一三七
一 多數選舉與比例選舉的區別	一三七
二 比例選舉制的各種形式	一三八
三 比例選舉制的理論	一四八
第四目 強制投票	一五〇
一 強制投票制的意義及形式	一五〇
二 強制投票制的理論	一五〇
第五節 選舉程序	一五二
第一目 選民冊	一五二
第二目 秘密投票	一五二

第三目 選舉弊弊與選舉訴訟	一五四
一 選舉弊弊	一五四
二 選舉訴訟	一五五
第二章 公民直接立法權	一五七
第一節 複決權	一五七
一 複決的意義及形式	一五七
二 複決制的理論	一六〇
第二節 創制權	一六二
一 創制的意義及形式	一六二
二 創制制的理論	一六三
第三章 公民罷免權	一六五
一 罷免的意義及形式	一六五
二 罷免制的理論	一六六
第四章 公民總投票	一六八

比較憲法上冊

第一編 緒論

一切治憲法學的人，自應首先對於憲法與國家這兩個名詞，有相當的了解。本書第一編的目的，即在分別說明我們對於這兩個名詞必須具備的幾種概念。

第一章 憲法的概念

第一節 憲法的特性

『憲』及『憲法』，為吾國舊有名詞。如尙書所謂『謚於先王成憲』，國語所謂『賞安而茲，國之憲法』，皆是。這些舊名詞的意義，係指『典章』，『法度』而言，係指一般的法規而言，與今人所謂『法』者尙約略相當，與今人所謂『憲法』則有分別。國人今日稱用憲法這個名詞，係借舊詞以表新義，係西文 *constitution* 及 *Verfassung* 等字的轉譯；不復含有一般法的意味。但是今人雖不復以憲法泛指一般法律，而憲法這個名詞，在今人用語中，卻是一個含有歧義的名詞。這是因為憲法本身的特性含有形式的與實質的兩面。今人稱用憲法這個名詞，有時係指其形式的特性而言，有時係指其實質的特性而言，所以彼此儘管同用一個名詞，而其意義往往並不一致。然則從憲法的形式上及實質上分別觀察，所謂憲法的特性者究竟何在？

(一)形式上的特性 從形式方面說，誠然沒有一種特性，可以說一切國家的憲法都能具備。但就現代大多

數國家的實例而言，憲法卻都具有下列兩種特性之一，或兼具下列兩種特性。這兩種特性，都是屬於憲法形式方面的；這兩種特性，也就是現代憲法的特色；也就是現代憲法觀念的特點：

第一、憲法的效力高於普通法律。這就是說憲法與普通法律有主臣之別；普通法律與憲法條文相抵觸時，則普通法律失其效力。這是近代一般學者所認為憲法應具的一種特性。一般學者彼此意見上的互異，不在憲法之應否具有此種最高性，而在此種最高性之應否具備一種有效的保障。許多國家，不獨承認憲法的效力高於法律，並且對於憲法此種最高性，設有一種有效的保障——即法院對於違反憲法的普通法律，得以拒絕適用。有些憲法學者，儘管承認憲法的效力應高於普通法律，儘管承認普通法律不得抵觸憲文，卻不主張設置此類保障。有些國家的憲法，實際上亦尚未設有此類保障。凡此當於論法院的解釋憲法權時細為論列（註一），這裏暫不多說。

第二、憲法的修改異於普通法律。這就是說，修改憲法的機關或手續與修改普通法律者不同。這個特性，只有一般所稱為剛性憲法者纔有。但現代國家雖然不都採用剛性憲法，剛性憲法卻是現代極大多數國家的憲法所採取的形式。所以這個特性，實際上亦可以說是現代一般憲法的特性。不但如此，憲法的效力既然要高於普通法律，則在理論上講，變更憲法的機關，自應與普通法律有異；就令機關相同，變更憲法的手續，亦應與普通法律有別。假定憲法與普通法律，都由一個機關變更，這個機關變更憲法的手續又與制定普通法律一樣，則不獨憲法與法律效力的不平等，於法理上將不能得着一個完滿的說明，事實上，憲法亦必不易取得或維持一種優越的權威。所以在理論上講，憲法的這個特性，可以說是前一個特性的附屬性。

(二)實質上的特性。如僅據上述兩種形式上的特性，來為憲法這個名詞下一定義，則現代各國中，便有不少數國家——最著者為英意——可以說是完全沒有憲法；因為在這些國家之中，一切法律的效力都是相等的；一切法律都是由同一機關（即議會）依同一手續制定的。但是憲法這個名詞，除卻其形式的意義而外，亦尚有其

實質上的意義。學者間稱用憲法這個名詞，往往不是指着一種形式上具有何種特性的法律而言，而是指着一種實質上具有某某特性的法律而言。所謂實質，就是憲法裏面所規定的事項，就是憲法的內容。就憲法的實質說，憲法的特性，在規定國家根本的組織。根據這個標準以立憲法的定義，就是英意等國自然也有他們的憲法。

然則關係國家根本組織的事項，究竟又是那些事項？這個問題的答案，理論與各國實例頗不一致，而有分別解釋的必要。

就理論言，憲法既為規定國家根本組織的法律，則憲法的內容，應以下列三項事件為範圍：

第一、個人的基本權利與義務。所謂個人的基本權利，在十八世紀美法大革命時代，殆限於當時「人權宣言」中之所謂「人權」，即人身自由，言論自由，集會自由等等。近人所謂個人基本權利，尙不止此。所謂個人的基本義務，在法國第三年（一七九五年）憲法的「人民權利與義務的宣言」中，即已有所宣示；惟該法所宣示者，仍不過是服從法律，捍衛國家，與負擔租稅等幾種義務，以比晚近憲法所列舉的個人基本義務，其種類或範圍，殊形狹小。但無論權利與義務的正當範圍，應如何劃定，憲法既為規定國家根本組織的法律，當然也是規定個人與國家的關係的根本法律，從而個人的基本權利與義務，總應於此根本法中有所規定；因為所謂個人的基本權利，即是國家權力的限度，亦即是國家所不應侵犯的權利；所謂個人的基本義務，即是人民所必須犧牲的自由，亦即是人民對於國家所必須負擔的義務；二者有了規定，國家與人民的活動纔可不相衝突。

第二、國家最重要機關的組織職權及其相互關係。所謂國家的主要機關，雖無確定的範圍，然最高行政，立法，司法各機關的組織，職權，及其相互關係，固不容不於憲法有所規定。此類機關的組織，職權，及其關係，雖然仍有許多部分必須以普通法律為補充的或其具體的規定，然凡與國家組織有重大關係者，固不容不規定於憲法之中。至於中央機關與地方機關的關係，在單一國家，既不於憲法上有何規定，在聯邦國家，則中央與各邦的權限，固莫不於憲法上劃定。

第三、憲法的修改 在十八世紀期內，歐洲大陸學者間對於憲法修改問題，頗有幾種不甚切中事理的主張。其一，以爲憲法的變更，應永遠取得人民全體一致的同意；凡不同意者，得脫離國家。瑞士十八世紀有名公法學者華特爾（Vattel）即作此種主張。依此說而加以推論，憲法的修改，在原理上既須具備必要的條件，則憲法之給以規定與否，轉無何等重要。其二，以爲憲法的修改，儘可由人民隨時自由決定其機關與方法，而不必有一定的手續，因爲人民即主權的主體。人民既爲主權的主體，其意志自不受限制，由是憲法上便不應預定修改的手續；憲法只在束縛議會，只在束縛根據憲法而產生的機關（即法人所謂 *puissance publique* 者），而非所以束縛享有制憲權的人民，或其所選出的制憲機關（即法人所謂 *puissance constituante* 者）。法國大革命時代政論家西耶斯（Sieyès）即作此種主張。依此說而加以推論，人民的制憲權既不受任何預定的限制，則憲法上自不應有規定憲法修改手續的條文。然就實際而言，以上二說的弱點，固甚鮮明。倘憲法的修改，概須取得人民全體一致的同意，而凡不能同意者便須脫離國家，則修改憲法一次，便即改造國家一次，人民或領袖亦將隨憲法的修改而變更。倘憲法的修改，應不受預定的限制，則憲法修改一次，便同於革命一次，其修改時的困難與危險，又將達何程度？所以兩人的主張，終亦未爲當時一般人士所篤信。當時人士之所篤信，與近代憲法之所採納者，乃爲下述的一種主張，即憲法的修改，應本憲法條文之所規定。換言之，關於憲法修改的機關與手續，雖無一定不易的原則，而此種機關與手續之必須規定於憲法，則不容否認。盧梭即爲首倡此種主張者。（註一）

以上所述，都只是從理論上推究憲法應有的內容；且即在理論上講，所謂人民的基本權利與義務，所謂國家最重要機關的組織，職權，及其關係，亦初無一定不易的範圍。實際上，一國有一國的政情；一國人民有一國人民的政治觀念；甲國人民所認爲應該入憲的事項，乙國人民或認爲不須入憲。所以，實際上各國憲法所規定的事項，彼此往往互異，有些憲法，甚至極端的與上述理論上的範圍不相一致。今舉數例，即可瞭然於實際與

（註一）以上所說，見 E. Meunier, *Éléments de droit constitutionnel* (1927), I, 608—619.

理論的如何出入，以及各國憲法互異的程度：

法蘭西一七八九年大革命發生後，制憲機關的第一宣示，便是「人權宣言」，蓋即人民的基本權利的宣示；在共和第三年（一七九五）時，且將人民的基本權利與義務並列入憲法之中，而成爲人民權利與義務的宣言。但是法國一八七五年的憲法（即其現行憲法），卻無關於人民權利與義務的條文。反之，德國一八七一年的憲法，初無規定人民基本權利與義務的條文；而一九一九年的新憲法，則特設專章，爲極充長的規定。中國辛亥革命後第一次頒布的臨時憲法（中華民國臨時政府組織大綱），亦未列舉此種權利或義務；民國元年南京參議院制定臨時約法時，對於此種權利與義務，始設專章爲之規定。由此以觀，足見各國憲法，對於人民基本權利與義務問題，有給以規定者，亦有完全省略者；甚至一個國家的憲法，有時給以規定，有時毫不給以規定。但就一般國家的憲法而言，此種權利與義務的規定，究爲構成憲法的重要部分，彼此的互異，只在此種權利或義務的種類與範圍。

至於關於國家重要機關的組織，職權，及其相互關係等問題，各國憲法亦有詳略極不一致的規定。或則對於絕對不容抹煞的問題，亦省略而不給以規定；例如坎拿大及澳大利亞的內閣，俱係對議會負責的機關——即所謂議會內閣制者，——然以拿大及澳大利亞憲法，固無規定內閣對議會負責的明文，而僅令此制存於習慣之中；法蘭西一八三〇年憲法，亦未以明文規定議會內閣制，然在路易腓力普王朝內（一八三一——一八四八），此制亦顯然行於法國。由此可見關係國家根本組織的事項，有時亦爲憲法所含糊過去或全被省略。（註二）或則對於特種問題，雖與國家根本組織絕不相同，於憲法條文之內卻有詳細規定；例如瑞士憲法，對於中央與各邦的權限，規定便極繁雜，我們倘通覽其全文，將見極具體的問題，如漁，獵，牲畜，疾病，以及賭博，開彩等類的事件，亦一一在憲法中有了規定。除了上述幾個極端的例子而外，其他憲法，因爲有幾種問題，——例如

（註一）中華民國元年臨時約法，對於內閣是否對議會負責問題，規定亦不十分明確；其第四十四條所云「國務員體臨臨時大總統負其責」一語，詞義亦不無含糊幾分含糊。

議員選舉權及被選舉權，預算，決算，會計等等——其應否規定於憲法，與應否詳定於憲法，在理論上多少尚
有可以討論的餘地，繁簡遂亦各異。但就近十餘年來各國的新憲法考之，則其內容大都有趨於繁長的傾向。
(註一)

就是憲法修改問題，各國憲法，亦有完全省略不予規定者，意大利的現行憲法即是最著的一例。(註二)

第二節 憲法的種類

憲法的分類，亦與其他事物的分類一樣，可有種種分類的標準。分類的標準不同，分類的結果自異。如以
憲法的形式爲分類的標準，則各國憲法便有成文憲法與不成文憲法的分別。如以憲法修改的難易爲分類的標
準，則各國憲法便有剛性憲法與柔性憲法的分別。

(一) 成文憲法與不成文憲法 歷來學者，大都分憲法爲兩種：一爲成文憲法，一爲不成文憲法。『不成文
法』一詞，係源自羅馬；但羅馬法家所謂『不成文法』(Jus non scriptum)，其原義係指習慣法而言，今人
所謂不成文憲法，則其義初不以此；所以我們不能望文生義，而視不成文憲法與習慣憲法爲一物。今人所謂成

(註一)歐戰後新興國家的憲法大都趨於繁長，一九一九年德意志憲法即其一例。近十餘年來漸成立內憲法，除一九二四年土耳其憲法，
一九三二年暹羅臨時政府憲法，一九三五年波蘭憲法及中華民國臨時約法較例外，其餘如美國多美尼加(一九二四)，蘇格蘭(一九
二四)，智利(一九二五)，巴西(一九三三)，歐洲希臘(一九二七)，立陶宛(一九二八)，西班牙(一九三二)，葡萄牙(一九三
三)，及亞洲伊拉克(一九二四)等國的憲法，亦莫不繁長，而西班牙憲法尤甚。

(註二)意大利現行憲法，仍是一八四八年所頒布的根本法(Statuto Fondamentale del Regno)。自加布以諾法西斯帶黨權，在選期
內該憲條文來正式有過修改；雖則實際上發習慣或議會所制定的法律所變更者不少。自法西斯帶黨權以來，憲法中精神及實質，實因
許多新的立法而大變，但如一九二五年十二月二十四日的政府首領的權力法及一九二八年十二月九日的法西斯帶黨大會權力法等法，亦
未將該憲條文正式刪改。至於神諭國會，則意大利法學家向不認該憲爲永遠不可變更之物，他們認意大利議會即有修改的權能。參看 M.
Bianchi and Roggeri, *The New Constitutions of Europe* (1933), 300 及以下。

文憲法與不成文憲法，其義如下：

凡將關係國家根本組織的事項，以一種文書或數種文書規定者，謂之成文憲法。所以成文憲法亦有稱爲文書式的憲法（documentary constitution）者。各國憲法之具成文形式者，大率爲單一的文書，換言之，卽一種法典，例如日本的憲法。但亦有以數種文書構成一種成文憲法者，法蘭西的現行憲法，卽其明例；因爲他實包含著一八七五年內自二月至七月所陸續頒布的三種法律。（註一）反之，如關係國家根本組織的規定，未嘗併諸一種文書或數種文書之內，而散見於習慣法與多種文書（卽單行法律）中者，則爲不成文憲法。在現代國家中，凡關於國家根本組織的事項，決沒有完全存諸習慣中者；就令某一國的憲法爲不成文憲法，亦只是一部分的憲法散見於習慣之中，另一部分則仍爲文書式的法律。所以不成文憲法一詞，不能與習慣憲法混爲一物。英國就是這樣的一個例子。英國憲法的一部分，固存於習慣法之中，然與英國政治組織有根本關係的事項，亦有許多部分已經文書規定；例如一六八八年限制國王特權的法律（Bill of Rights），一七〇一年規定王室承繼及其他問題的法律（Act of Settlement），一九一一年規定上下兩議院權限的法律（Parliament Act），固都是文書式的根本法。（註二）

（註一）卽一八七五年五月二十五日的公共機關的組織法；一八七五年二月二十四日的參議院的組織法；及一八七五年七月十六日的公共機關的關係法。

（註二）英國憲法之存於習慣中者頗多；以下卽最著的數例：

- 一 內閣不得乘輿隨侍，則須辭職，或則解散衆議院以辭職選民（卽舉行衆議院的改選）；如新選出的衆議院仍不予以信任，則內閣必須去職；
- 二 國務員全歸對於議會須連帶負責；
- 三 在下議院能支配多數議員的政黨，有組閣的特權；
- 四 議會至少須每年召集一次；
- 五 一切財政案（Money Bills）俱須首先向衆議院提出。

雖然，上述成文憲法與不成文憲法的分別，亦不過就大體而言。嚴格的講，現今立憲國家，其憲法有一部分存於習慣，而不存於條文者，實不限於採用不成文憲法的國家；即在採用成文憲法的國家，往往因憲法條文的疎略與含混，或因憲法條文與實際情形難於融洽，亦不免產生許多的憲法習慣，以爲成文憲法的補充，甚或與成文憲法的條文公然牴觸。例如美國憲法，本未明白禁止總統作二次以上的連任；但自華盛頓宣言一人不宜連任三次總統，因而拒絕爲第三任總統的候補人而後，總統的不能三次連任，竟成了美國的一種憲法習慣。相類的例子，殆無國不有。所以嚴格講來，成文憲法與不成文憲法的分別，仍不過一個程度問題而已。

至就成文憲法與不成文憲法的優劣而言，則前者較後者可說有兩種特長：第一，成文憲法較爲明晰，人民的權利，因亦易受憲法的保障；倘採不成文憲法，則憲法上一部分或大部分問題，既僅存於習慣之中，一般人，於其本身的權利，與國家機關的權限，便不易有明白堅強的意念；因爲習慣畢竟不及法律的明瞭與確定，所以運用憲法者，往往能踐踏玩弄，而不虞反抗。假使操握政權的人，缺乏優越的政治道德，則玩弄或踐踏憲法的事實殆極難免。第二，成文憲法既然較爲明晰，則雖缺乏優良的政治訓練與知識的人，亦或能運用自如；反之，不成文憲法，則因其內容欠缺明瞭與確定，故其運用者所需的訓練與知識，自亦較高。不成文憲法的運用，既需要優越的政治道德與知識，所以論者直認此類憲法只宜於一種優良的貴族國家，而不適用於民治國

下列各法，則爲一般人所認爲英憲的成文部分者：

- 一 一七〇一年大憲章 (Magna Carta)，其內容僅限制國王向課稅權及其他事權；
- 二 一六八八年權利請願書 (Petition of Rights)，此項請願書曾經國王批准，其內容係規定課稅須得議會同意等事項；
- 三 一六八八年權利宣言 (Bill of Rights)，其內容係規定國王不得停止法律的執行；非經議會許可，國王不得於平時設監禁備軍；
- 四 一七〇一年王位繼承法 (Act of Settlement)；
- 五 一八三二年，一八六七年，一八八四年，一九一八年，及一九二八年的衆議院選舉法；
- 六 一九一一年議會法 (Parliament Act)，其內容係規定議會上、下兩院的權限。

家。(註一)就實際而言，採用不成文憲法者，在現今立憲國家中，除英國而外，歐戰前只有匈牙利；歐戰後，歐洲大陸新造國家，至爲不少，但其所採者俱爲成文憲法；就中沿用不成文憲法者，仍只有匈牙利一國。

(11)剛性憲法與柔性憲法 英人蒲徠斯(Bryce)首倡柔性憲法(Flexible constitution)與剛性憲法(Rigid constitution)的分別。(註二)他這種分類方法，與前述的分類方法有異；因爲他所謂剛性憲法雖必爲成文憲法，但現代的成文憲法，固不盡爲剛性憲法；不成文憲法雖必爲他所謂柔性憲法，但現代的柔性憲法亦不盡爲不成文憲法。

柔性憲法這個名詞，係指憲法修改的機關及手續，俱同於普通法律者而言。換言之，凡以憲法修改權，交給普通立法機關(議會)，而修改手續，又與普通立法手續相同者，則其憲法爲柔性憲法。其所以名爲柔性者，即因其修改同於普通法律，並無特殊困難之故。苟以此種定義爲標準，則現代憲法實少屬於柔性者；除英吉利匈牙利兩個不成文憲法的國家當然屬於柔性憲法的系統外，成文憲法的國家中，僅意大利的爲一種柔性憲法。(註三)

所謂剛性憲法，係指憲法修改的機關或其修改的手續，不同於普通法律者而言。細分起來，剛性憲法，實含有兩類：在第一類中，修改憲法之機關與普通立法機關有別。或則以憲法修改權，完全交給特殊的制憲團體，不令普通立法機關參預；美國各邦的憲法，多以修憲起草權，交給由人民特別選出的制憲團體(Convention)，而以修憲批准權交給公民全體，普通立法機關——議會——絲毫不能參預，卽是一例。或則雖以修憲起草權交給普通立法機關，但憲法修改案的成立，仍須經其他團體的批准；如美國聯邦憲法的修改，雖得由聯邦議會兩院以三分二的同意通過草案，但其成立則尚須經過各邦議會中四分三議會的批准；又如瑞士聯邦憲法的修改

(註一) Bryce, Studies in History and Jurisprudence (1901), Essay III.

(註二) 同前。

(註三) 參看頁六註二。

案，通過聯邦議會後，必須提交公民團體批准。在第二類中，普通立法機關固為修改憲法的機關，但修訂手續，仍與普通的立法手續不同。不同的形式亦有多種：有對於憲法修改案討論時的法定出席人數加以特殊限制者；有對於憲法表決時的贊成人數限定三分之二或四分之三的多數者；有規定憲法修改，須開上下兩院聯合會議者；有規定憲法修改案通過而後，須即改選議會而以修改案交付新議會表決者；有兼採以上各種限制者；尚有採用其他形式的限制者。凡此種種，本書第六編論憲法的修改時當更詳述，這裏姑不具論。總之，剛憲法的種類，至為繁雜，剛性最大的，如美國聯邦等憲法，其修改的艱難，殆已達於極點；剛性最輕的，如歐戰前的普魯士憲法，則其修改的手續與普通的立法手續沒有難易的分別。（註一）所以剛性憲法與柔性憲法的分別，嚴格的講，亦只是一個程度問題。

至於柔性憲法與剛性憲法，兩者間的優劣，則可分述如下：

柔性憲法較有消弭劇烈的政爭或革命風潮的機能。因當政爭甚烈，或革命將發的時候，倘使憲法易於修改，便可適以修改憲法為弭爭息亂的手段；此種事例，在英國十九世紀以來的憲政史上已數見不鮮，如一八三二年選舉法之爭，與一九一一年上下兩院院權限之爭，俱屬最著之例。然柔性憲法之能弭爭息亂，尚不僅因其實際上容易修改；修改的容易既為人所共知，即反對修改者，事前亦自必努力與要求修改者從事協商，而不持蠻橫態度；因此調和的成功較為可能，而革命亦較易免除。反之，剛性憲法，既不易以實行修改為平服革命風潮的手段，而要求修改者，因預知其修改者的不易，亦或不願努力以求合法的修改，而悍然訴諸法律以外的方法；因此，剛性憲法有時不免為釀成革命的原因。

剛性憲法，縱不致勝致革命，至少常足以阻遏社會的進化；因為憲法條文對於未來事變，常不能一一預知；倘社會的政治經濟等等狀況已發生重大變遷，而憲法卻因修改不易，無以適應其已經變更的環境，則憲法自將為社會進化的阻力。故就法律須隨時適應社會要求的原則而言，剛性憲法實有極大的弱點。處這社會變遷

（註一）普魯士憲法的修改，與普通法律的修改相較，僅有一種特殊限制，即憲法修改案的兩次開會間，至少須相隔二十日。

非常迅速的時期，剛性憲法這個弱點，更不容我們忽視。

以上所述，是柔性憲法較優於剛性憲法的兩點。但柔性憲法有一最大弱點，而剛性憲法則有一最大優點。柔性憲法，因修改甚易，故缺乏固定性。憲法關係國家根本組織，倘因缺乏固定性，而致頻頻更變，則政治秩序與社會規律，將亦無從鞏固。且憲法如缺乏固定性，即令實際上變更，不至過於頻繁，但人民既知其易於修改，自將不免常作要求修改的嘗試。此種嘗試，如常常發生，亦大足影響人心社會，而使人民尊重憲法的觀念與習慣難於發育。所以採用柔性憲法的國家，其人民必須有極強的尊重法律與現存的秩序的精神，纔能收柔性憲法的好果；柔性憲法在英國的成功即因此故。

反之，剛性憲法的優點，即在其含有固定性；而此種固定性的存在，不僅能保障憲法不致頻頻變更，且能減少許多要求修改憲法的嘗試。換言之，剛性憲法，一面同有不易適應社會新要求的弱點，一面卻能使政治秩序與社會人心，易臻安定。所以近代國家遇得下列各種場合時，常採用剛性憲法：（一）人民於革命成功之後，欲預防統治階級侵犯其基本權利；（二）一國之內，有數種民族或階級存在，而少數民族或階級，欲鞏固其最小限度的地位或權利；（三）幾個獨立國家，當其合併而成統一國家時，欲以聯邦形式的組織，鞏固其所欲保留的權利。

以上種種，現代憲法中，柔性者乃極少；歐戰後，新起國家，其所採憲法，亦大都為剛性憲法，雖則剛性的程度，均不甚高。

但是，以上乃僅指一般的立憲國家而言，近年稍見盛行的個人獨裁國家，則其憲法俱屬於柔性的一類。意大利的憲法，本屬柔性，可以不論；德意志的憲法本屬剛性，但根據一九三三年的授權法及一九三四年的革新組織法，則希特勒（Hitler）政府可以命令變更憲法，政府的命令可與憲法有同等的效力；因之，德國的憲法實際上已自剛性變為柔性。（註一）

（註一）一九三三年三月二十四日授權法的第二條如下：『在不變更國會及參議院（Reichsrat）的地位的範圍內，內閣所制定的法律（即

命令）得與憲法有出入，俱不得減輕總統的權力。」一九三四年一月三十日革新憲法的第四條如下：「內閣得制定新的憲法。」

獨裁國家之採用柔性憲法為一種自然結果。倘使憲法不是柔性，則獨裁者勢將處處為憲法所牽制，而無從獨裁。他們只有兩種方法可憑採擇：其一，是採用柔性憲法，或使刚性憲法變成柔性；其二，便是不用憲法。希特勒所採的是前一種，而南斯拉夫前王亞歷山大所採的則是後一種，亞歷山大於一九二九年宣告獨裁時，便將憲法完全停止。但在實際上，德意之有憲法，等於南斯拉夫之無憲法，因為德意的獨裁者一方既有以命令變更憲法之權，而他方又絲毫無尊重法律與現存秩序的精神。於是其所侍存的憲法，乃絕對的缺乏固定性。換言之，德意的憲法已不具形式上的特性。

第三節 憲法觀念的沿革

單從實質上的特性說，中國自與其他國家一樣，歷來亦自有其憲法；這種憲法並且已久具成文憲法的形式。中國成文憲法起源於何時，今雖尚難確定，（註一）然自唐以後；確長有成文形式的憲典——唐開元時代所頒布的六典，即此類憲典之最古而至今尚未散佚者。該典略徵周禮六官之制，分為理典，教典，禮典，政典，刑典，事典六部；分別規定國家各重要機關的組織與職掌，及其施政的準則。明清兩代的會典，亦即與六典相類。據乾隆欽定大清會典凡例所述，則所謂會典者，係「以典章會要為義，所載必經久常行之制；」凡「官司所守，朝野所遵，」皆「總括綱要」，併入於此項「國家大經大法」之中。即此數語，已可略見此類憲典之性質。雖則凡與國家根本組織有關的事項，未嘗悉數併入此項憲典（例如皇位繼承問題，便未經此項憲典給以規定，而僅存於習慣之中，）而此類憲典，究不因一二事項的省略，而失卻其成文的性質。不過晚近論者尚有不願以憲法之名，施諸專制國家的任何法律者；依他們的看法，憲法為人民權利書，立憲國家必須是承認人民享有若干政治權的國家；一個國家，如果絕對不許他的人民參加政權的行使，便不能說是一個具有憲法的國家，

（註一）周禮既具成文憲法的形式；後者遂有以周禮為中國成文憲法的起源者；然則所謂是否為周代的遺制，歷來學者已多疑問；就令明禮所記為周代的遺制，亦不見得就是周公所製或周代所頒行的「一德法典」。

或立憲的國家。照此說法，則即僅就憲法的實質而言，中國歷來便也沒有憲法；因為六典，會典之類，儘管可以說是一種根本組織法，卻不是一種人民權利書。

至就憲法的形式上的特性而言，憲法觀念尤為西方文化的產物，而為中國固有文化之所無；中國歷來關係國家根本組織的法典，如六典，會典之類，固係由臣僚草擬，由皇帝裁可頒布；即其他法律（例如歷朝刑律）亦俱由臣僚草擬，由皇帝裁可頒布。彼此的制定，初無根本差異。一切法律既俱由君主制定，則一切法律之效力相等，當然成爲一種自然的結果。所以就法律的效力言，中國法律歷來並無等級可言；例如唐六典與唐刑律，明會典與明刑律，清會典與清刑律，俱是效力相同，不生統屬關係。

憲法的特性，雖說可有形式的與實質的兩面，然近代憲法與近代人士的憲法觀念之異於往昔者，固在形式方面。從形式上的特性說，中國歷來既然完全缺乏與近代憲法相似之物，本節以下所述，因亦僅以西方史實爲限；至於中國自清末以來，制憲問題的經過，則當另編論述，今亦不贅。（註一）

（一）希臘羅馬時代 古代希臘與古代羅馬，俱嘗有過高度的民治；他們自然亦各有他們的憲法。亞歷士多德嘗輯成希臘一百五十八國的憲法一書，這裏所謂憲法即指規定國家機關的組織及權限的法律。他更嘗謂法律應以憲法爲根據，且須有糾正憲法的缺點的效能。（註二）所以亞歷士多德對於憲法及法律的區分，與今人之劃分法律爲憲法及普通法者，頗有偶合而近似的地方。在羅馬，關係國家根本組織的法律，似乎比在希臘更顯尊嚴。普通的法律，羅馬行政長官（Magistrate）即可變更，但關係國家根本組織的法律，則須有護民長官（Tribune）參加，纔可變更。（註三）可是從法律的制定而言，古代希臘，與古代羅馬，在原則上俱以一切法律

（註一）看本書第六編。

（註二）Aristotle, *Politics*, Bk. IV, ch. 5, 第二節原文。Politics 書中 government 一字，其原文與 On the Constitution of Athens 書中 constitution 一字的原文相同，俱係組織之意。

（註三）此外，羅馬法中有所謂 *res publicum constitutive* 者，與近代憲法所規定的事項也很相近。

的制定權，交給一種公民大會；關於國家根本組織的法律，初與其他法律無異。就法律的效力說，凡公民大會所制定的法律，其效力亦均相等，不特亞歷士多德的見解純屬主觀，憲法與其他法律並不可分；即在羅馬，何種法律可由行政長官單獨變更，何種須經羅馬民官參加，亦無客觀的標準可資鑑別。所以我們如說古代希臘與古代羅馬各有憲法，亦只是從憲法的實質而言；如從憲法的形式說，當時人士實無近代人士的憲法觀念；當時的法律，亦尚無與近代憲法相似之物。不但如此。就是從憲法的實質說，希臘羅馬的憲法，亦不過與現代英吉利的憲法相似，只散見於單行法律及習慣之中；初不像近代一般國家的憲法，具有一種法典的形式。所以成文憲法，在當時亦尚不存在。（註1）

(二)歐洲中世紀時代 歐洲中世紀時代（約略自五世紀西羅馬帝國滅亡起，至十六世紀宗教革命止，）是封建時代，也可說是近代憲法觀念萌芽時代。在這個時代內，君主之勢力，每受各地方封建諸侯（大率即當時的大地主）或各城市團體的限制；而國王對於所屬諸侯或所屬城市，往往以特別法律承認各諸侯或各城市的特權。此項特權，即為國王權力的限制；此項法律，亦頗類於近代的憲法或根本法。最著之例，則為英王約翰於一二一五年所頒布的『大憲章』（*Magna Carta*），該憲章實可謂為英王與當時大小貴族（即當時的封建諸侯）及僧侶所結的一種契約，其目的在限制國王的權力，——尤其是國王徵收租稅的權力。十四世紀的法國則已有『國法』（*lois du royaume*）與『王法』（*lois du roi*）的分別，當時並已有稱『國法』為根本法（*lois fondamentales*）或憲法（*lois constitutionnelles*）者。當時的所謂『國法』，係指國王不能自行變更或廢止的法律而言；倘欲廢止或變更，則國王必須取得『等級會議』（*Etats-generaux*，即由貴族，僧侶，及平民三階級的代表組織而成的議會，與英國當時的議會 *Parliament* 相似）的同意。此種根本法的觀念，實在是一個新的觀念，

（註1）關於憲法觀念的沿革，可參看：

Byron, Studies In History and Jurisprudence (1901), Essay III.

Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1922), Kap. xv.

與近代人士的兩性憲法觀念相類似；自此種觀念成立以後，君主乃不過是一個普通立法者；根本法的變更或廢止，則非君主一手之力所能實現，而須有待於議會的協贊；一如近代各國的憲法，其修改廢止，不屬於擁有普通立法權的議會，而屬於人民與其他特殊的制憲機關。所以中世紀的根本法觀念，就是這形式一方面說，亦與近代人士的憲法觀念相接近。

(三)自歐洲宗教革命至美法革命時代 自十六世紀宗教革命，至十八世紀末期英法革命的期間，可以說是近代憲法觀念逐漸成熟的時代。在此時期內，「根本法」這個名詞（拉丁文爲 *lex fundamentalis*），已逐漸成爲學者間及政治上常用的名詞。當時學者對於根本法這個名詞的新觀念，其意見雖仍未十分一致，然就一般的意見而言，則當時所謂根本法者，即指人民與國家或政府間的一種契約，即盧梭等所謂「民約」(Contract Social)。此種契約觀念的產生，一部分或由於中世紀的根本法觀念——根本法爲封建諸侯及城市與國王間的一種契約——又一部分則係以耶教教社的「教約」(Covenant)觀念爲淵源。(註一)當時宗教革命分子，以爲教社的存在既公認爲基於教社與信徒間的一種「教約」，則國家的存在，自亦基於國家與人民間的一種契約。所以歐洲十六七世紀的宗教革命，間接直接可以助長根本法觀念，及其他政治思想的地方甚多。

當時人士視根本法爲一種民約，已如上述。然此種民約式的根本法，其形式與其權威的特點，畢竟在於何處？這個問題的解答，可於下述十七世紀時產生的兩種根本法中求得；這兩種根本法，實爲近代成文憲法的遠源，而皆產生於十六世紀末至克倫威爾秉政的英國宗教革命期內。當時的宗教革命者——即清教徒——最初不過反對英國教社中的繁文縟節與其專橫。然因英王當時實爲教主，所以清教徒的宗教革命運動，乃進而爲政治

(註一)關於此層，有一顯著之例：克倫威爾 (Cromwell) 軍隊中的黨派分子，即指持「教約」(Covenant) 觀念之人；他們認爲各種教社的成立，應各以一種經由各信徒共同承認的「教約」爲根據。各教社的信徒應有選舉教社職官之權，而代表耶穌爲教社的最高機關。彼萊克倫威爾向議會所提出的人民公約 (Agreement of the People)，其初稿即係由此與軍民草擬，而該人民公約即現代憲法遠源之一(詳下)。

革命的運動；下述兩種根本法俱由清教徒建立。

一為美國康內的各特根本約章(Fundamental Order of Connecticut, 1639)。十七世紀初年，英國清教徒，因不堪詹姆斯一世的虐待與仇視，乃有百餘人，於一六二〇年相率赴北美洲的紐普里穆斯(New-Plymouth)，創立殖民地。此百餘清教徒，美人至今呼為「朝聖始祖」(Pilgrim Fathers)。他們於赴美舟中，曾依照教社的「教約」，草有一種簡單公約(即所謂 Mayflower Pact 者)，以為赴美建國的約法。此約法並曾經全體簽字。今人每稱此項約法為現代成文憲法的遠源。然此約法的條文究屬簡單。英人赴美殖民者所成立的第一完備憲法，當推一六三九的康內的各特根本約章。此約章即為康內的各特(後為美國獨立時代十三邦之一)殖民者的建國憲法，曾經公民全體大會的表決，文中並承認國家的最高主權屬於人民全體。

二為英國克倫威爾軍隊所草擬的人民公約。此為一六四七年克倫威爾軍隊中清教徒所草擬的憲法草案，而曾經克倫威爾提交英國議會者。該約初稿列舉人民若干種權利，認為即議會亦不能有所侵犯；所以其權威實應在議會所制定的普通法律之上。該約並規定須得人民的同意，始能成立；所以其制定權，亦不純屬於議會。該約雖始終未及成立(未及通過議會，亦未交付人民表決)，然其足以代表當時人士的根本法觀念，則甚明顯。

由上所述的兩個實例，可知當時人士對於根本法的形式與權威，實含有三個觀念：第一，根本法的權力高於普通法律，即議會亦不能侵犯；第二，因根本法為建造國家的公約，且因根本法的權威，必須在議會所制定的普通法律之上，制憲權與普通立法權，乃亦不能不分；因此，根本法的成立，不能僅憑普通立法機關(議會)的決定，而須經由人民表決；(註二)第三，因根本法為限制議會權力及其他國家機關權力的法律，其內容乃有明白詳盡地規定的必要；因此，根本法乃不得不為一種成文法。所以我們說，這個時期是現代憲法觀念成

(註二)當時學者，因認憲法為建造國家的公約，甚至主張憲法的制定及修改，不獨須得人民的同意，並須取得人民全體一致的同意；多數取決的原則，遂被認為只能適用於普通法律的制定與修改，而不適用於憲法的制定與修改；對於憲法的制定或修改不能同意的人民，應許

其自由脫離，而不儘速其加入。因此，憲法得確定或修改，不獨須與普通法律的制定修改其機關，並且須與普通法律的制定修改其手續。此項意見，如德國自然法派瓦子爾風道夫(Weierbach)，波爾夫(Wolff)，以及瑞士有名斷訟公法學者施特爾(Stübel)等，於其著述中，俱主張之。參看本章第一節。

熱的時期。(註一)

(四)十八世紀美法革命時代 現代憲法觀念，雖於十六七世紀宗教革命與政治革命時期即已成熱，但近代的立憲運動，究以十八世紀末期北美獨立，與法國西大革命為其原動力與出發點。在此期間內，以前所述十六七世紀的根本法觀念，不特益形昭著，而且對於以前所述的根本法觀念，更有擴充或補助條件產生。所以北美獨立與法國西大革命期內所產生的憲法，實為現代憲法觀念的直接淵源。今取前述十六七世紀的三種觀念——即根本法須為成文法，根本法須經特別制憲機關制定，與根本法的效力高於普通法律的效力三個觀念，——為標準，而研究他們在此美法革命期內，發揚鞏固的經過。

其一，北美獨立時代的憲法觀念 北美十三州於一七七六年脫離母國而各自宣布獨立。宣布獨立之後，一面則各新邦自行制定憲法，一面復訂立一種邦聯(confederation)性質的中央約法，組織一個中央政府。至一七八七年始合衆為聯邦，成立聯邦憲法，而成爲今日的北美合衆國。這個期間中所產生的新憲自然甚多。就當時人士對於憲法的觀念考之，第一，所謂根本法須為成文法的條件，殆已不成問題。就理論言，當時人士已覺根本法之不容散漫含糊，而當自規定於一種法典的必要；就積習言，各州在一七七六年前隸屬英國之時，即有一種類似根本法的『特許狀』(charter)。這尤足使成文憲法觀念易於發展。即如前述的康內的各特根本約章，最初，雖由康內的各特州的人民制定，但仍於英王查理斯二世時代，呈由英王核可，而成爲該州的『特許狀』者。一七七六年獨立後，此『特許狀』又經該州人民的核可，而成爲該州獨立後的首次憲法。其他各州，亦會

(註一)以上所述，詳見：

Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1923), Kap. xv.

Bergström, Etablissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe (1898), 2-13.

自英王先後取得相似的「特許狀」；其後老耆，甚且沿自中世紀末期。這些「特許狀」，大體上都以規定各州的特殊權利及州政府的組織為目的，皆以各州的成文憲法，亦無不可。第二，所謂根本法須得人民同意的條件，亦為當時人士的普通信仰，而盧梭主權在民之說，與十六世紀的「教約」觀念，對於當時人士的影響，尤為重大。因此，自一七七六年至一七八二年的革命期間內，各邦憲法的制定與公布，大都須經由一種特別制憲團體，有若干邦，且以憲法交付公民全體會議（即所謂 Town Meeting 者）表決者。到了一七八七年十三邦聯合建設聯邦，於費來德耳費亞（Philadelphia）召集特別制憲會議，起草憲法時，草憲之人，雖未及主張以所通過的憲法提交各邦公民大會表決，然亦於該草案之末，規定該草案須經由各邦分別選舉的特別制憲會議（Conventions）表決，然後發生效力。制憲權與普通立法權的必須分離，固亦顯然為當時人士的信仰之一。

第三，所謂根本法權力高於普通法律的觀念，自北美十三州革命而後，不獨益形昭著，抑且獲得一種有效力的新保障。各邦於一七七六年後陸續所制定的邦憲法，均含有一種「權利宣言」（Bill of Rights），此種「權利宣言」中所列舉的人民種種自由，在當時人士的見解中，實為國家普通法律所不能侵犯的權利。故憲法已顯然高於普通法律。然普通立法機關的法律，如竟有違反憲法的規定之事，又將奈何？對於此點，美國當時人士，尚認法庭有權根據憲法，以否認違憲的法律。此即當時人士對於根本法高於普通法律這個原則所增設的一種新的保障。此項保障，初為各邦憲法所採納，繼為一七八七年美國聯邦憲法所採納，至今垂為美國聯邦憲法的一大特彩。

其二，法國西大革命時代的憲法觀念。法國一七八九年的大革命，距美國聯邦憲法的成立，不過二年。當時法國人士，對於根本法的見解，一面則與美人同受十七八世紀以來一般思潮的影響，一面更深受美人的影響。美國既已成立一種成文憲法，則他們於一七八九年『等級會議』集會後，自然也應從事於一種成文憲法的制定。至於制憲權之應屬於普通立法權，則法國當時思想的代表者西耶斯（Sieyès）言之頗詳：他認為制憲權當與立法權分離，前者應屬於國民，即有因版圖太廣，不能以制憲權屬諸公民全體者，亦當以制憲及修憲之

權，交給特殊的制憲團體。徵諸事實，法國大革命後的首次共和憲法（即一七九三年憲法）即曾交付公民表決；當時制憲團體並有『非經公民表決者不得稱爲憲法』的宣示。從此可知憲法須經人民同意，憲法的制定應異於普通法律，實爲當時人士徹底的深切的信仰之一。此外，憲法效力應高於普通法律，亦極爲當時人士所崇信；一七八九年所發表的『人權宣言』，及一七八九年以後的憲法上所載的『人權宣言』，其作用即在限制國家立法機關的權力。嚴格的講，當時人士，不僅欲藉『人權宣言』以限制國家立法機關的權力，他們並認此種權利，爲人民永遠保有的權利，即國民制憲團體，亦不能變更。然美人對於憲法高於普通法律這個條件所設的一層新保障，——法院有否認違憲的法律權——則因種種原因，始終未被法人所採納。

（五）十九世紀以來的變遷與最近事例 自法國大革命而後，歐洲各國即陸續的產生一種立憲運動；自一八〇〇年至一八八〇年之間，歐洲各國前後成立或改訂的憲法，總計不下三百種。歐洲各國，除俄國而外，至一八八〇年，蓋無一不有一種憲法；除英吉利及匈牙利憲法而外，且無一非成文憲法。不過十九世紀時期內成立的憲法，多半仍出於君主的頒給，或君主與人民的協議。純粹民造的憲法，除瑞士前後各憲法外，尙少其例。當時，法蘭西大革命期內民主政治的失敗，尙深入一般人的腦海；故即革命分子，亦只注意於君主權力的限制，而未嘗遑思以共和政體代替君主政體。一九一八年歐戰完結而後，各國的新憲法，始相率容納民主主義；對於憲法的成立與修改，亦相率承認憲法須由人民直接表決或由人民所特別選舉的制憲機關表決的原則。至於憲法效力高於普通法律的觀念，十九世紀以來，不列顛帝國的各自治殖民地，如坎拿大，澳大利亞等，以及中美南美各國的憲法，且已陸續容納美國憲法上的前例，而予法院以根據憲法，否認普通法律之權。歐洲各國，歐戰而後，亦有容納此種原則的趨勢。所以在若干年以前，歐洲十六七世紀人士的根本法觀念，及十八世紀美法革命時代的根本法觀念，曾已獲得普遍的實行。

不過到了最近數年，成文憲法的意義在制憲國家，又受一劇烈的變動。近年實行獨裁的國家，其仍保留成文憲法者，無論其憲法屬於剛性（如蘇聯），或屬於柔性（如意及德），皆不復承認憲法有限制國家權力的效

館。他們都是所謂極權國家 (Totalitarian state)，國家的權力完全無缺，大至於極，故不能有任何樣的限備，即憲法亦不能加以限制。於是，憲法只能規定國家機關的組織，以及各機關行使權力的方法，卻不能保障人民的自由權，或限制國家的權力。國家的最高權力機關有自由行動的權利，而變更憲法亦為此權利範圍以內之事。所以過去三四百年來關於成文憲法的流行觀念，——即憲法須經特別制憲機關制定，與憲法的效力高於普通法律的效力兩種觀念——在獨裁國家已不存在。在獨裁國家，憲法儘可為成文憲法，但其效力不必高於普通法律，且普通立法機關亦可以任意修改。如果國家的權力定須毫無限制，如果國家定須為極權國家，這也許是必然的結果。然而極權國家的所謂憲法，已不復是十九世紀與歐戰初告終後盛行於全世的一種憲法。極權國家的憲法，其所規定的事項與普通法律不同，但其性質與普通法律無別，既無前述的形式上的特性，也不盡具有實質上的特性。





第二章 國家的概念

關於國家性質的各種問題，英美學者大半認為屬於政治學的範圍，憲法書中往往略而不論；歐洲大陸學者，則更有所謂國家學（*Allgemeine Staatslehre, theorie generale de l'Etat*）者，常以此項抽象問題為其研究的對象。本書側重在研究現代憲法上的各種具體問題；對於這些抽象問題，因不欲詳細討論。可是這些抽象問題的研究，與憲法的研究，亦不是可以截然分割的。如果我們對於政治學或國家學上所討論的問題，缺乏相當的知識，我們對於一研究憲法的全部精神，或其一部分的條文，或竟亦不能完全了解。譬如普魯士舊憲法（一八五一——一九一八年）便建基於主權屬於君主這一個原則上；美法比等國的現行憲法，則建基於主權屬於人民這一個原則上；我們如果不覺察這種事實，或不了解這些原則的涵義，我們便不能明瞭這幾種憲法的根本精神；對於他們的條文，有許多地方，容或也不能得着一個正確的見解。這些原則，便是政治學上或國家學上所討論的問題。有些學者只將政治學或國家學習作憲法學的一部，就是因為這個緣故。因此，我們對於國家的名稱，要素，主權，與根據諸問題，亦即專章，為前持的討論。至於政體的區別問題（如君主制與共和制的差異，聯邦制與單一制的差異，議會內閣制與總統制的差異等），政府職權的劃分問題（立法，司法，行政，三種職權的性質以及三權分立的原則等），通常雖亦為政治學或國家學上所討論的問題，本章則略而不論；因為本書第四編論及國家機關及其職權諸章時，對於那些問題，尚須為比較詳細的說明。

第一節 國家的名稱

表示國家這種組織的名稱，是隨時代而異的。一個時代的政治組織，有一個時代政治組織的特點；表示國

家的名詞，其字義亦往往與當時政治組織的特點相應。

中文中表示國家的名詞，爲「國」「邦」等字；此二字之起原，說者以爲得出於中國封建制度發生時期。求諸此二字的字形，與夫經籍上此二字的考證，此說頗有根據。封建時代的政治觀念，自然要偏重土地這一個要素，所以國字的古文爲，或，邦字的古文爲，或；古文四字形，顯係偏於土地這一個要素。考之舊籍，如孟子所云，「大國地方百里，小國地方七十里，小國地方五十里」；又如周禮所云，「大宰掌邦之六典以佐王治邦國」；註云，大曰邦，小曰國，則國邦等字固亦俱指當時封建諸侯的領域而言。釋名謂邦字爲「封也，封有功於是也」，則意尤顯明。

先秦封建時代，稱天子所治曰「天下」，諸侯所治曰「國」(或「邦」)，卿大夫所治曰「家」；孟子下列數段：「天子不能以天下與人」；「人有恆言，皆曰天下國家，天下之本在國，國之本在家，家之本在身」；及「王曰何以利吾國，大夫曰何以利吾家，士庶人曰何以利吾身」；都明白地把「天下」，「國」，「家」表示三種不同的意義；其所表示，便即天子，諸侯，與大夫三種階級的治境。此外雖亦有將國家二字聯用，而意義較欠明確之例，如孟子「國家閒暇，及是時，明其政刑，雖大國必畏之矣」；又大學「長國家而務財用者，必自小人始矣」之類，但照孟子，大學，及中庸各書中較普通的用法，則國家二字決非專指一物。國家二字的成爲單獨名詞，當在先秦封建制度廢止以後。

西文中的國家稱謂，亦經過許多的變遷；其種類稱謂亦常與其時代的政治組織相適應。希臘羅馬古代的家領域，均以城市及其近郊爲範圍，當時各國，不外是一種「市府國家」(city-state)；所以希臘人稱國家爲 *polis*，羅馬人稱國家爲 *ciuitas*，兩者俱是城市之意。到了歐洲中世紀封建制度時期，政治權與土地所有權發生密切關係，於是 *land* (土地之意) 乃成爲國家的普通稱謂；至今德人尚稱國會爲 *Landtag*，稱國法爲 *Landesgesetz* 者，蓋即沿此舊日稱謂而來。十五世紀以後，歐洲封建制度衰落，英德法意人士，乃逐漸採用 *State* (英語)，*Staat* (德語)，*Fuat* (法語)，*Stato* (意語) 諸字，以表示國家。這幾個字，德國學者

耶律芮克(Jellinek)以爲俱出於拉丁文 *Ordo* 一字，含有既存的紀律(Ordinance)之意。(註一)然學者對於此項意見，亦頗有否認者，(註二)以上諸字究竟是否爲拉丁文 *Ordo* 的變化，似乎尙無定論。

第二節 國家的要素

國家是一個有政治組織的社會。這種社會，一般均認爲包涵着下述三種要素：

國家的第一個要素，自然是人民。國家既爲人類的一種組織，自然不能脫離人類而存在；凡無人類的荒地，自然不能有所謂國家者存在。可是，關於人民這個要素，亦有數點，尙須簡潔說明。

人民雖爲國家的一個要素，而構成一個國家的人民，實際上卻不必都屬於一個民族。在英美法各國普通用語中，『民族』(nation) 這個名詞，往往與『國家』(state) 混用；這實在不當。民族一詞，誠然亦可有廣狹兩義；就狹義說，民族即指由同一種族的人類所構成的人羣。但解釋民族的人，大率採取廣義的解釋，而不以種性之同一，爲民族的必要條件；英人彌勒(J. S. Mill)便以其『共同情感』(common sympathy)的人羣爲民族，以『共同情感』的存在，爲民族的要件。他的所謂『共同情感』，即一個人羣中的分子，願受同一政府統治，且僅願受該人羣自行組織的政府統治的情狀。他認爲此種情感的成立，或由於種性的同一，或由於語言宗教的相同，或由於政治歷史的相同；就中尤以歷史相同，爲最有力的原因。(註三)美人柏哲斯(Harress)對於民族的解釋，與這解釋亦復相似；關於現代民族成立的原因，他亦不重視種性的同一，而注重語言的同一。(註四)然無論民族的要件爲何，民族與國家，總不能混爲一談；因爲現代國家中，有些國家，無論如何總不能

(註一) J. Jellinek, *Authentische Staatslehre* (1922), Kap. v.

(註二) 亞瑟·勞達利, "The World State," *The Law Quarterly Review*, January, 1923.

(註三) Mill, *Representative Government*, ch. xvii.

(註四) Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law* (1933), I, 2.

說是一個單一的民族——不列顛帝國便是一個最著的例子。近代人士因多傾向民族主義者，他們的理想國家，自然是『民族國家』(national state)——即由一個民族構成的國家。傾向國際主義的人，卻尚希冀一種『世界國家』(world state)出現。這些都是理想，我們用不着在這裏討論；我們所要說的，不外是：現代國家中，有的固然可以說是一個『民族國家』，有的卻不能說是一個『民族國家』；從這種現實的狀況，以定國家的界說，則只人民是國家的要素，民族不是國家的要素。

●人民雖為國家的一個要素，但國家的人口，卻無一定限度可言。亞歷士多德曾以為理想國家的人口當在一萬至十萬之間；依着盧梭的理想，一個國家的人口，且應不逾一萬。然此不過他們兩人的理想，決不適宜於現今的情狀。求諸實際，則今日號稱國家者，大者其人口超過百兆，如中國及蘇聯等；小者亦往往達四五百萬，如瑞士比利時等；最小者則又僅數萬，如歐洲的摩那哥(Monaco)等。無論從理論立言，或從事實立言，構成國家要素的人口，並不能有一限度。

國家的又一個要素為土地。現代國家無一不有一種固定的土地。然人類文化開始時期的遊牧民族，初無土著觀念。即如歐洲弗蘭克民族，當其由現時德法毗連的萊茵河上流流域內，侵入西羅馬帝國境內時，亦只是一種遊牧民族；其政治首領，亦只自稱為『弗蘭克人之王』，並不稱為『法蘭西之王』。此不過耶穌紀元五世紀事。英國當時亦只以『英人之王』名其元首，『英吉利之王』一名，直至英王約翰時代始行出現。國史中的西域諸國，舊亦有『行國』之稱；漢書因有『大月氏本行國也，隨畜牧徙，與匈奴同俗』的記載。這類民族，雖無一定領土，然亦有政治組織；不過他們的政治組織，只建築在一種駝人的主義之上。如果我們對於國家這名稱，作極端嚴格的解釋，則即此類有政治組織而無固定土地的遊牧社會，殆亦可稱國家。但一切較為進化，與一切已經加入現時國際社會的國家，則都有一定的領域；所以一般學者，不僅承認土地為國家的要素，並且承認國家必須佔有固定的土地；國際法家解釋國家時，尤其注意土地這項要素。

國家的第三個要素，就是主權。一般人認主權為政治組織的特徵。一個社會如果有一個特定人或特定組

關，在法律上，又能行使下述兩項具有特性的權力，那個社會便成國家；那種權力，便是主權。這兩個特性是：其一，那個特定人或特定機關，能決定對於那個社會的一切分子（個人與團體）的權利與義務，並能決定他自己的權利與義務，而不受任何更高的法定權力的支配。其二，那個特定人或特定機關，能以自己的實力，強制那個社會的分子；服從其命令。關於主權的性質，我們於下節，尙當爲較詳的說明；現在我們所要申說的，不外兩點。第一，一切非政治組織的社會，如工會，公司之類，是沒有與主權相似的權力的，因爲那些社會，在法律上，必藉國家的允可及威力，乃能強制社員服從他們的規則，其自身初不具有固有的強制力。第二，即僅就有政治組織的社會而言，國家這個名詞，亦只能適用於獨立的社會，而不能適用於一個獨立社會所屬的任何政治團體（如單一國家的地方團體，聯邦國家的各邦，殖民國家的殖民地之類；）因爲那些團體，縱能規定人民的權利與義務，其自身的權利與義務，仍須受更高的法定權力的支配，其本身初無自主的意志。事實上，聯邦國家，固亦有以國家這個名詞，名其所屬的各邦者，如美國及舊時德意志帝國等；即在理論上，德國學者亦有主張國家這個名詞，可以適用於聯邦國家的各邦者；但聯邦國家的各邦與聯邦國家的本身，既非一物，則用同一名稱，究嫌混亂。爲避除混淆起見，吾國用語，對於聯邦國家的各邦，大率用『邦』字來表示，而不直稱爲『國』或『國家』。這自爲較妥的辦法。

第三節 主權問題

主權問題，是學者間聚訟紛紜的一個問題。我們今特作較詳細的討論，偵讀者瞭然於各方爭論的所在，以及各方意見的大要。

主權一語，國人有稱爲『權威稜帖』者，這是西文 *sovereignty*, *soverainete*, *Souverainetat* 一字的音譯。西文此字遠源出自拉丁字 *supremus*，含有『最高』或『較高』的意味。今人解釋主權，因亦往往稱爲國家的最高權力。但主權這名詞雖出自拉丁文，而近代政治學上的主權說，則隨十六世紀法人鮑丹 (Bodin) 而成

立。他於一五七六年，在其所著共和六書（*Six livres de la république*）一書中，認主權為國家的要素；他以為凡屬國家，必有一種中心機關，對於全國人民享有一種最高權力。依着他的意思，此種最高權力的特質，即在其不受任何人為的法律的限制，而只受上帝的法律或自然的法律的限制。在歐洲中世紀期內，封建制度盛行，教社又與君主爭雄，城市以及基爾特（*guilds*，即職業團體，則往往享有極大的自主權；所以政權分裂，在同一地域內，往往有數種互相抗衡的機關或權力存在。當時所謂國家，實非近代國家可比。到了中世紀末期，封建制度衰落，教社勢力亦因宗教革命運動而削減，君主的權力，事實上逐漸能直接的控馭全國人民，而確具最高的性質。鮑丹創主權說，其目的即在予當時的專實以一種理論上的基礎，而使國王的威權得有所憑藉。鮑丹而後，格老休斯（*Grotius*），霍布斯（*Hobbes*），洛克（*Locke*），及盧梭等一班學者，亦相繼討論主權問題。雖則他們的觀點各有不同，有主權在君者，有主權在民者；但他們全都以擁護國家獨立，使其權力內外兩不受限制為目的。

主權之說，經兩三百年的演變後，到了十九世紀已成為一種刻板的文章。依照傳統的說法，主權有兩大特性：一是主權的無限制性，二是主權的不可分割性。這兩種特性，因十九世紀以來許多新發生或新被注意的現象及事實，久成為學者間爭論的焦點。或則從聯邦制的存在以攻擊不可分之說；或則從國際法的發展，以攻擊無限制之說；或則更從非政治團體所享的實力，以攻擊國家有無上權力的議論。就令傳統的主權說毫無可說，然主權寄於何處，仍為一個極難解答的問題。我們因取主權的限制，主權的分割，與主權的所在，三個問題，各為簡括的說明。（註一）

（註一）關於主權問題的參考書籍甚多，今略舉可以代表各種意見的著作各數種於後，以備參考：

Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1873);

Willoughby, *The Fundamental Concepts of Public Law* (1923);

De Malberg, *Contribution a la theorie generale de l'etat* (1920);

Marrian, *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau* (1909).

他以上敘述，可與他國憲法學說觀。

Maitland, *Political Theories of the Middle Ages* (1900);

Duguit, *Law in the Modern State* (1919);

Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (1924), I;

Laski, *Studies in the Problem of Sovereignty* (1917);

Laski, *A Grammar of Politics* (1925);

Krabbe, *The Modern Idea of the State* (1922);

Cole, *Social Theory* (1923);

Ward, *Sovereignty* (1928);

Elliot, *The Pragmatic Revolt in Politics* (1928).

從以上敘述，可見英法兩國主權論者的國說。

第一目 主權的限制問題

通常憲法或政治學書中，大率稱主權為一種無限制的權力。要決定主權有無限制這個問題，須將問題的意義，分析明白，否則討論便極易混亂。歷來學者間對於這個問題的意見紛歧，有時就因彼此論點之不能一致。

所謂主權的限制問題，實在包含着三個問題。第一，從事實上講，主權是否為有限制的權力？第二，從道義上講，主權應否為有限制的權力？第三，從法律上講，主權是否為有限制的權力？

(一)事實上的限制 從事實上講，主權有否限制，尚不是一個難於解答的問題。主權之為物，在法律上無論如何無限，實際上行使主權的人或機關，是不能不受限制的。這種限制，誠如英人戴雪(Dicey)所云，(註二)可以說有主觀客觀兩層。所謂主觀的限制，即是行使主權者本人良心上的牽制，如恐人民起反抗，或顧惜公理

(註一) Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), 74—82.

與名譽等；所以即極端專橫的君主，亦往往畏懼發生革命，賄賂等情事而有所不爲。同時，行使主權者的法律命令，實際上或不盡受人民的服從，有時且因人民反抗，而致失其效力；這是客觀的限制。所以就實際言，主權決不是毫無限制的權力；在有些社會，行使主權的人或機關所發布的命令，失效之時，或且較生效之時爲多。

晚近多元主權論者，攻擊傳統的主權無限說，往往亦以行使主權者實際上不能爲所欲爲，爲其論據。蓋在現代國家之內，實際上往往有多種團體（最著者爲勞動者及宗教的組合），其地位的重要足以比肩國家，其意志足以支配國家的行爲。然此究不過事實而已，在法律上，這些團體仍受行使國家主權者的支配。歷來倡主權說的人，大都亦只說主權在法律上無限，並沒有說主權在實際上也是一種毫無限制的權力。

（二）道義上的限制 在道義上主權應否有限制，便是一個較爲複雜的問題；學者間對於這個問題，意見甚形紛歧。但綜括的說來，關於這個問題的意見，大致不外主權無限，主權自限，與主權有限三說：

其一，主權無限說 依着倡導此說者的意見，國家的權力，在這義上講，亦無限制。自然，凡有常識的人，決不會說，國家的權力，無論如何行使，都是合理的。就是偏信主權無限主義的人，亦不過是說，私人以及私人團體，對於國家，不能享有任何對抗的權利，國家爲保持自己的生存與增進自己的實力起見，可以犧牲私人的任何利益或目的。最可代表新說者，爲海格爾（Hegel）與索西克（Troitschke）等——即十九世紀內德意志國家主義派的鉅子。海格爾認爲一個人最高的義務，不在發展他的個性，而在完成他對於國家的義務；因此，任何反抗國家的行爲，他以為都不合理的行爲。十九世紀期內，許多普魯士學者，所以認國家的權力，不應受『人權』的限制者，大半也就是受了他的思想的影響。柴西克之承認國家權力無限，則較海格爾尤爲露骨。他以為國家行使權力的時候，即在道義上講，亦可不顧私人的任何目的或利益；他以為國家的權力，只有事實上的限制；換句話說，國家對於人民，事實上能支配他們到什麼程度，就可以支配他們到什麼程度。在這極端國家主義者的眼光中，國家的目的，高於一切私人的目的，國家的最高義務，就在鞏固他自己的實力，

與擴大他自己的實力；至於私人對於國家的對抗權，與夫國家權力應有的限制等問題，在他們學說的系統中，差不多是沒有位置的。（註一）

海格爾等之推崇國家，主張主權無限的議論，到了最近，更成了法西斯蒂主義（Fascism）的基石。法西斯蒂認國家爲人類最高的組織，人類一切的活動及表現俱須以國家爲依歸。國家權力，只能爲人民造福，所以應不受限制。說國家的權力應有道義上的限制，便等於說，人民在道義上不應求最高的發展。這是法西斯蒂的議論。（註二）

其二，主權自限說 十九世紀後半期以來，尚有一部分德國學者，作主權『自限』（Selbstverpflichtung, 一稱 Selbstbindung, 又稱 Selbstschick ankommt, 法人則稱 auto-limitation）之說，否認主權之絕對無限。德人葉林（Hering），殆即首倡此說之人。他以爲國家的權力，雖不受外力的限制，卻應受自己意志的限制，應遵守他自己所頒布的法律；換一句話，在法律尚未正式廢止或變更以前，行使主權的國家機關，應與受主權支配的人民，同受該項法律的拘束，而不得有違反該項法律的措施。這種限制，便即近代所謂『法治』或『法治國』（Rechtsstaat）的精神；因爲在近代法治國家中，國家對於人民，非依據既存的法律，便不能有何舉措；國家如要人民履行任何義務，尤不能不根據一種既存的法律。然則國家何以應遵守他自己的法律呢？依着葉林的意見，國家之須受這種限制者，乃所以樹立法律的權威；沒有這種限制，則國家不易誘致人民服從他的法律。商鞅欲行法治，而先立木示信，其用意正亦相同。所以葉林國家必須遵守此種限制之說，只是一個『政黨』問題。（註三）學者間至今服膺主權自限說或大體上表示同情於此說者，尚屬不少；譬如耶律芮克與法人馬爾

（註一）卡爾施德爾·特尼 Hegel, Die Grundlinien der Philosophie des Rechts (卷三) The Philosophy of Right, 譯者 W. Dyde, & Treitschke, Politik (卷三) Politics, 譯者 R. Dugdale & T. de Bille)。

（註二）參見 Przeworski, Fascism (1928), K. MacMillan 著。

（註三）葉林的意見，詳見所著 Der Zweck im Recht 一書。

伯格(Carre de Malberg)大體上都採納葉林學說。(註一)這種限制，有些學者似認為一種法律的限制，其實不然。任何限制，如果是一種法律的限制，則被限制者於違反限制的時候，必另有一種法定機關，對於他能行使一種法律的制裁。倡主權自限說的人，不過是說在政策上，行使主權者應該遵守他自己的法律；他們並沒有說，行使主權者如果逾越這種限制，尚有何種法定機關，對於他得以行使何種法律制裁。所以這種限制，也只是一種道義上的限制。

其三，主權有限說 國家的權力，決不是任便如何行使，都是必然合理的；所以歷來主權論者，儘管在法律上堅認主權無限，在道義上講，大都仍認國家的權力，應該有相當的限制。可是這種限制究竟應該是怎樣的，一種限制，學者間的議論，亦殊不一。

十七八世紀學者，如洛克之流，以及十八世紀美法革命時代的人權宣言，大都認主權應為一種有限制的權力；而『人權』便是主權的限制者。所謂人權，即彼等所認為一切人類固有的幾種權利，即人類與生俱生的權利，即人格權成的要素；如人身自由，言論自由，信教自由等等。依着他們的見解，國家的存在，只在劃定人民與人民間人權的界限，並給予這些人權一個保障；人民於不侵犯他人權利的範圍以內，國家便不能加以侵犯。所謂國家不能侵犯，就是說，這種權利，不獨非普通法律或普通立法機關所能取消，就是憲法或制憲機關也不能取消。簡單言之，就是說行使主權者不能侵犯人權。這是一說。

法國憲法學者狄驥(Duguit)亦主主權有限之說，但他對於歷來的人權說，卻表示不滿，而別創所謂『社會聯立關係』(solidarité sociale)說，以為人權說的代替。人權說認凡屬人類，因其為人類之故，便享有某某權利。狄驥以為這只是一種純理的論斷，初非一種實證的論斷，在人民信仰純理甚深的時代，自可動人聞聽，但

(註一)關於這兩人的議論，可看：

Jellinek. Allgemeine Staatslehre (1922), 474-489.

Malberg, Contribution à la théorie générale de l'état (1920), I, 88-147.

在實證的科學的時代，則難以存在。所以，狄驥對於國家權力的限制，另從事實方面求得一種限制。這種限制即是所謂『社會聯立關係』。依着狄驥之意，主權如果是一種不受限制的權力，則他不能承認有所謂主權。他固承認國家享有極大的權力，但這只是一種事實權力，其本身原無倫理的根據；凡行使這權力之人，於其權力的行使，必須能有助於人類的『社會聯立關係』；換句話說，能促進人類的分工與合作。反之，國家權力的行使，如與人類分工與合作的原則有相矛盾者，則人民便無服從義務；換句話說，即國家的權力，不能妨及人類的分工與合作。狄驥以為他這種學說，是建築於事實上的一種論斷，因為人類進化之須有賴於『社會聯立關係』的鞏固與發展，實為社會學者所公認的一種事實；依據社會學者的觀察，人類所以結合為社會，與人類所以不能不生活於社會，乃因人類一方面彼此有共同的需要，一方面復各有其個別的需要，與個別的性能。人類因有共同的需要，而此種需要，復非與他人合作，不能滿足，於是人類乃各舉其相似的性能，從事於相似的工作，以滿足其共同的需要。此種現象，社會學者名之為同求的聯立關係 (*solidarite par similitudes*)。人類亦各有其個別的性能與個別的需要，而此種個別的需要，必賴各個人利用其個別的性能，從事於個別的工作，復以個別的工作，與他人作交易之品，而後可以滿足。以是社會乃產生一種廣大的分工作用，而社會的結合，益形鞏固。此種現象，社會學者名之為有機的或分工的聯立關係 (*solidarite par division du travail*)。這些合作與分工的現象都是我們能直接觀察證明的事實；而人類企圖幸福之增進，必須賴於此種合作與分工現象的鞏固與發展，乃亦成爲一種基於事實的論斷。但是，狄驥雖不滿意於歷來的人權說，而在他的學說之下，凡人權說對於國家權力所立的限制，如人身自由，言論自由，信教自由等等仍仍存在；因為這些自由，都是人民發展個性的條件，亦即分工現象發展的條件。所以人權說與狄驥的社會聯立關係說，觀察點雖異，而歸宿並不相反。

狄驥學說所示的限制，在我們看來，也不過是一種道義上的限制，雖則他自己卻割切肯定的指爲一種法律的限制。這是因爲他的所謂法律，與我們的所謂法律有異。我們的所謂法律，只是一般法學者——尤其是英美

法學者——的所謂法律，只是國家機關所頒布認可的規則，只是有國家機關的實力為後盾的規則，只是學者聞之所謂『實在法』(positive law, droit positif)；而他的所謂法律，則不是這些實在法，而是羣衆心理所認為國家機關應以其實力為後盾的一切規則，而是與歷來自然法派之所謂自然法者相似。我們以為法律這個名詞，不宜如此混用；所以狄驥所指陳的限制，在我們看來，仍為一種意義上的限制。(註一)

法人狄驥而外，荷人克拉克(Krakke)，亦從法律的效力方面，以攻擊主權無限之說。他以為法律之所以有效者，不因國家的權力，而因人民能認該項法律為合於他們的權利觀念(Rechtsgefühl)，凡法律之不能合於此種觀念者，實際上總缺乏強制的效力；(註二)換言之，國家於立法時，不能不顧到人民的權利觀念。因此，國家的主權便受有道德上的限制。

傾向工團主義(syndicalism)或基爾特社會主義(guild socialism)的人，亦大都倡主權應該有限或主權應該分割之說。他們以為國家職務(function)，應與其他任何團體的一樣，應有一定的範圍。他們以為國家這種組織，是一種地域的組織；換句話說，國家這種組織，係以同居於一定地域內的全體人民，為其組成分子的一種組織。這些組成分子，自然也有他們的共同利害與共同目的；但是他們的職業與地位，彼此既不盡同，他們決不具對於一切問題，都有共同的利害，亦決不是對於一切問題，彼此都有相等的處理能力。如果我們承認國家對於一切問題都可以處理，則多數所決定者，不見得就是多數的利益；一則因為全體人民中的多數，不是對於一切問題，都有適當的處理能力；二則因為有些問題，與人民多數便無關涉，如果該項問題，亦由全體人民以多數決定，則其所決定者，便難免有偏袒情事。所以這些論者，主張國家權力的所及，應以關涉全體人民共同利害的問題為限；其僅關涉特殊團體的利益的問題，則應由那種利害關係較為直接，與組成分子較有處理能力的團體處理。有些論者之所以認國家的權力祇應以處理政治問題為限，至於經濟問題——尤其是生產問題——

(註一)狄驥的論說詳見著者 Traité de droit constitutionnel, I. 參看北京大學社會科學季刊二卷一號，關於此書的介紹與批評。

(註二) Krakke, The Modern Idea of the State, 1922, ch. III.

則不宜由國家機關處理，而應由職業團體（或職業團體的聯合組織）處理者，就是因為這個緣故。（注一）

從道義上講，學者間對於主權限制問題的意見，大致不外如上面所述。我們以為海格爾及柴西克那些人的主張無限說，只是一種主觀的理想，就事實觀察起來，工團主義者及基爾特主義者的議論，很可以推翻他們的國家萬能主義；所以主權無限之說，我們很難贊同。至於主權自限說，我們亦只應部分的贊同。國家必須遵守他自己的法律，這是我們所應該承認的；因為從事實上觀察，非如此，確不足以提高法律的效力。但是，我們還應承認，國家權力的限制，決不應至此為止，國家法律的內容，也應有一定的限制。至於這個限制究竟如何，我們以為狄康的學說，頗為切實。他的學說，雖與人權說的隔宿不甚相當，但其論據則較為切實。而且這學說，與傾向工團主義或基爾特社會主義的議論，在原則上亦屬一致；因為兩方的見解，均係注重分工與合作兩種社會現象的保持與發展。但傾向工團主義或基爾特社會主義者的意見，往往較狄康的意見更形具體化，他們往往具體地將若干種職權，劃歸國家權力範圍以外。這種具體計劃，無論如何正確，總免不了因時間上或空間上的限制，而有不適當的情形。所以就一般而論，究以取法狄康，僅立下一個抽象原則為當。

(二) 法律上的無限性 如上所述，主權在事實上不能不受限制；在這邊上，且應有限制。然則從法律上說，主權是否亦有限制？說到此層，我們還應記得在前節討論國家要素的時候，我們對於主權所立的界說。在前節我們曾經說過，主權含有兩項特性：第一，行使主權者（人或團體），不僅能決定那些受他支配的人民及私人團體的權利與義務，並且能決定他自己的權利與義務。所以德國學者往往說，主權是一決定一切職權的職權（Kompetenz-Kompetenz）。第二，行使主權者，能以自己的實力強制那些受他支配的人民及團體，服從他的命令。這裏所謂命令，就是英人奧丁斯（Austin）的所謂命令（command），也就是他的所謂法律（law），因為他的所謂法律，就是行使主權者的命令。這便屬於主權的界說，實在只是一個法律的界說。在這個法律的

(注一) *Martian and Barnes, A History of Political Theories* (Recent times), (1924), 89-98. 參見 *Cole, Social Theory* (1923), ch. v-viii.

界說之下，主權說如奧斯丁及一般法家所云，是一種無限制的權力。所謂法律的限制云云，必是一種造法機關所設立的限制；依照現立的學說，行使主權者，就是一切法律的淵源，而他的法律又能決定他自己的權力與義務，則主權的本身，在法律上自不能有有限可言。

有些論者以為憲法上的規定就是對於國家的主權所設的法律限制。這並不是一種正確的觀察。憲法上的規定，誠然可以限制代表國家的一切機關，於是制憲機關的權力亦往往受憲法的限制，譬如憲法條文如果對於制憲機關修改憲法的程序有所規定，那便是對於制憲機關所設定的一種限制；又如憲法條文如果明定某項事體或某項原則，不得由制憲機關變更（例如法國現行憲法規定共和政體不得為修改憲法的議題），那自然也是對於制憲機關所設定的一種限制。但是這一類的限制，只是行使主權者——制憲機關——自設的限制；並不是行使主權者以外的機關所設的限制，所以在法律上說，至多也不過能說，主權機關的意志尚受自己的意志的限制。嚴格的說，自己的意志的限制，是不能構成一種法律的限制的（見前論主權自限說）。

有些論者以為行使主權者的權力，在國內法上雖然可說沒有法律的限制，對外卻受國際公法的限制。這也極有反辯的餘地。所謂國際公法，就是文明國家所公認為規律國家與國家間關係的一些規則。在道義上講，我們亦堅決承認，一切國家應該遵守這些規則。可是在法律上說，這些規則的拘束，是否構成一種法律的限制，便要看這些規則，已否成為法律。如前所說，主權者的命令即是法律（即「實在法」）。果爾，則一種規則能否稱為法律，便要看產生那種規則的個人或機關，是否一個主權者；換句話說，便要看他能否決定其所屬分子及其自己的權利與義務，也要看他能否以其實力來強制執行他的意志。國際公法，有的只存於習慣之中，而非任何特定個人或特定機關所制定；有的雖見於國際協約，然產生此種協約者，卻不會構成一個具有主權條件的團體。所以奧斯丁不認國際公法為「實在法」(Positive Law)，而只認國際公法為「實在道德」(Positive morality)。目前的國際公法因此時已大有進步，然仍未能進化到我們所謂「實在法」的階段。即就國際聯盟而說，聯盟公約除對於違約作戰者略設有制裁外，對於該約其他條文，以及其他國際公認的規則，亦未設有何等制裁。

且聯盟的決定，不一定可以拘束會員國；因為會員國依聯盟公約，尚保有退出聯盟的權利。這就是說，國際聯盟尚無決定其所屬分子及其自己的權利與義務的權能。這種事實，亦可表現國際組織尚未成為完全主權社會；國際公法尚未成為『實在法』。因此，我們如能對於法律這個名詞，只作狹義解（即僅作『實在法』解），則主權在對外關係上，亦並不能說受有法律的限制。至於國家的國際行為，在道義上應該受國際公認的規則的限制，在實際上，亦多少不能不受國際公法的限制，我們當然一一承認。

（二）主權的分割問題

我們認主權為若干種別權力，如『對外宣戰，媾和，締約等權』，對內立法，行政，司法等權』的集合體，則主權自屬可以分割之物。然而我們並不認主權為這種的集合體；上述一類的個別權力，只是德國學者所謂『統治權』（*Herrschafts-gewalt*），（註一）而不是主權。我們所謂主權，係決定國家所屬的分子與國家自己的權利義務的權力。如前所述，此種權力，即便德人所謂『決定一切權力的職權』（*Kompetenz-Kompetenz*）。在這個界說之下，主權自然是一種無可分割的權力，因為在一個國家之內，如果有兩個賦有此種權力的個人或機關，其結果必成爲一種無政府狀態。

可是主權雖然不能由兩個或兩個以上的個人或機關獨立的各自行使，卻可由兩個或兩個以上的個人或機關共同行使。英商憲制，以決定國家所屬分子及國家自身的權利義務的權力，付給君主及上下兩院院共同行使，即是一例。其他諸國，亦往往以主權付給兩個或兩個以上的機關共同行使。

晚近多元主權論者之主張主權分割，實亦不免誤以此義。英人柯爾（*Coyle*）分割主權的計畫，顯然犯著此（註二）『統治權』為德國公法學者所創立的名稱，然德人所用的字亦並不一致，有稱 *Herrschaftsgewalt* 者，有稱 *Hochgewalt* 者，尚有稱 *Recht* 字者。此字的意義如何，德國學者間亦不無分歧，然大抵均指此種權力為一體對內的命令權，即限制個人與團體生命命令之權；多數學者，俱認統治權為可分的權力，而主權則否。

病。依着他的計畫，國家應有兩種議會：其一為政治議會，依地域選舉制選出，對於政治問題，行使立法權；其二為經濟議會，由各種職工團體的代表組成，對於經濟問題，行使立法權；至於兩方權限的爭執，則由兩方代表合組的聯合機關決定。(註一)這就是柯爾的所謂主權分割。可是在我們的主權界說之下，這並沒有把主權分割；這不過把主權，即「決定一切職權的職權」，付諸地域代表機關與職工代表機關合組的聯合機關行使罷了；在這樣的一個國家內，仍然沒有兩個機關可以獨立的各自決定國家所屬的分子以及國家自身的權利與義務。

十九世紀上半期以來，有些聯邦論者，以為聯邦國家之所以異於單一國家者，即在主權的分割；他們以為在單一國家，主權統於中央，在聯邦國家，則分隸於聯邦與其所屬的各邦。(註二)此種意見的成立，無非因為聯邦國家的各邦與中央政府，依據憲法，各享有若干種權利，為彼此所不能侵犯。實則聯邦憲法所劃分的事權，只是國家統治其人民時所需的各種個別權利，只是德人所謂「統治權」，而非主權。主權既為「決定一切職權的職權」，則即在聯邦國家，亦無可分割。在聯邦國家中，行使主權的機關，亦只是制定聯邦憲法的機關；因為只有他能決定中央及各邦的權限之權。聯邦國家的制憲機關，也許是單一的，也許是複合的（即由兩個或兩個以上的機關合成的機關）；可是聯邦國家，亦決無兩個或兩個以上的機關，可以獨立的行使「決定一切職權的職權」。

第三目 主權之所在

主權之所在問題，也是一個複雜的問題。在十九世紀時期，英法德美四國中，本各有一種盛行的學說：在英者為議會主權說，即主權在議會；但因實際的主權或不在議會，英人遂更設法律的主權與政治的主權之分；

(註一) Cole, Social Theory (1921), ch. viii.

(註二) 美國南北之戰以前的聯邦論者大都作此說；德國的聯邦論者則大都作此說，而作國家主權說(見下)。Cooper, *Wain* 雖力主張新學說的學說，但不為一般德國學者所景從。

在法者爲國民主權說，即主權在國民的全體；在德者爲國家主權說，即主權在國家，而國家則具有抽象的人格；在美者爲所謂共有主權說（*co-ordinate sovereignty*）。美國爲聯邦國家，美人在南北之戰以前嘗倡主權由聯邦及各邦共同平等行使之說，其有倡爲主權分割，聯邦與各邦共享一部分的主權之說者。自南北之戰告終，主張邦權（*state right*）一派人的勢力消滅後，此種談論已不復入時，且其缺乏根據，我們在上面也已說過，所以不必再爲討論。其餘三種學說則今當分論如下：

（一）法律的主權與政治的主權 英人的國會主權說本謂英國的主權在議會——說得精確一些，在議會與君主集合體（*The King in Parliament*）；因爲在法律上，英國的議會能制定任何法律（憲法及其他法律），而不受外力的限制。本來就法律而言，不論在任何國家，凡享有最高立法權的個人或機關，便即主權的所在，英國的議會固是主權的所在，從前中國與俄羅斯的君主也是主權的所在；且他們都具有決定國家所屬分子及國家自身的權利與義務的權力。至於在那些一面承認憲法效力高於其他法律，一面復以制憲之權付給普通立法機關以外的制憲機關的國家中，則制憲機關便是主權的所在；因爲在那些國家中，惟有制憲機關才能制定任何法律，而不受拘束，亦惟有他才行使最高立法權的機關。

但是，在實際上，有最高立法權的個人或機關的決定，卻不見得不受其他個人或團體的勢力的支配。因此，有些學者，如戴靈，里特奇（*Richie*）等，（註一）更造爲法律的主權（*legal sovereignty*）與政治的主權（*political sovereignty*）的分別。

所謂法律的主權，就是在法律上能決定國家所屬分子的，及國家自身的權利義務的權力；這就是普通的所謂主權。所謂政治的主權，就是在實際上，能決定國家所屬分子的，及國家自身的權利與義務的權力。擁有這種權力的個人或團體，就是政治主權的所在。法律主權與政治主權的分離，是極常見的現象。譬如一個民選的

（註一）參 *Dacey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1915, 68-73; *Richie, Principles of Stat. & Jurisprudence* (1901), 并參 *Bryce, Studies in History and Jurisprudence* (1901, Essay 2; *Sidgwick, Elements of Politics*, 1919), 627-633.

專制元首，如果不希冀於任滿後繼續被選，並且缺乏責任心，道義心，他也許就成爲一個沒有法律主權與政治主權的人；因爲在法律上他享有無窮的權力，在實際上他也可以不顧民意，爲所欲爲；但是他如果對其被選，他就不能不尊重選舉機關的意思；因此，他就不復保有完全的自主權。這還不過是一個虛構的例子。就實例言，英國即是最好的一個。從法律上說，英國的主權機關議會（詳言之，應該說操諸議會與君主，）可是，在實際上，英國的選民團體，是很可支配議會的意志的；因此，有些學者以爲英國的選民團體，雖然不是法律的主權的所在，卻是政治的主權的所在。（註一）

在現在許多民主治國家中，政治的主權，也許可以說是操諸人民的多數或選民的多數。然而操握政治主權的人，是否僅以這些人爲限，還是一個問題。在民主治尚未發達的國家，我們往往很難指出那些特定人或特定團體爲政治主權的所在。因此，政治主權的所在問題，永遠得着一個確切的答案。可是里特奇以及其他學者對於這困難問題，卻成立了一個簡單的答案：他們以爲不論在什麼國家，政治的主權，實際上都存於人民的多數。他們以爲人民多數的意志，是必然有效的，因爲人民多數有訴諸實力或革命的可能，無形有形中，統治者永遠不能不受他們的威壓。這種學說自然亦有一部分真理；可是這種學說卻忽視了實力的組織問題：一個人數較少而有組織的人羣，其實力很可超過一個人數較多而無組織的人羣；一個或制君主，挾着少數有組織的軍隊，便可宰制衆多的人民。因此，在許多國家中，政治的主權，實際上並不存於人民的多數。就合說，人民多數的意志終於有效，人民的意志，亦決不是在任何時期都有效力，或在任何時期都有充分的效力。

(二)國民主權說 自十八世紀以來盛行於法國的所謂國民主權 (sovereignty nationale) 說——吾國譯語有

(註一)奧斯丁也認英國的選民團體爲法律的主權之所在。那是他的一項錯誤；因爲英國選民團體，在法律上並不能制定任何法律，並不能自行以法律決定任何人或任何團體的權利義務。一個國家，對於其選民團體，如果採用了複決 (referendum) 與創制 (initiative) 之權制度（參看本書第三章第二章論複決與創制各節），他的公民團體乃可說是法律的主權的所在。但有時公民團體仍不過是行使主權機關的一部分，因爲議會或其他機關仍有參預制定之權。

時稱爲民權主義——則謂國民全體爲主權的所有者，爲主權的主體，而行使主權的個人或機關，則係受主權所托的委託，而行使其權力。主張這種學說者，蓋將主權的所在問題，分作主權由誰行使與主權屬誰享有兩層。用法律上的說法，行使某種權利的人，本不一定就是該種權利的所有人；因爲權利的所有人有時可以將其權利，委託他人行使。所以盧梭以及其他許多學者，以爲主權雖可由受國民的委託的團體行使，但仍屬於國民的全體。

這種學說，法國自一七八九年大革命以來，並屢次以憲文宣示。一七八九年人權宣言的第三條說：『主權全體，根本的屬於國民；任何團體或個人，不得行使未經國民賦予的職權。』一七九一年憲法則云：『主權是唯一的，不可分的，不可割讓的，不受限制的。主權屬於國民。』以後法國憲法，屢有類此的宣示；其他各國憲法亦往往設有此種規定，吾國亦非例外。（註一）

從盧梭的民約論與上述法國大革命時代的憲文，我們可以看出國民主權說的兩個要點：第一個要點在承認主權屬於國民全體；第二個要點在承認政府爲代表國民全體行使主權的機關（盧梭說，政府只是國民的雇員，*commissaires du peuple*），他的權力是有限的，因爲主張國民主權說的人們明白宣示，『任何團體或個人，不得行使未經國民賦予的職權。』至於主權所有者——國民全體——的主權應否亦有限制，則法蘭西大革命時代崇信國民主權說的一般人士，與倡導國民主權說的盧梭，意見似不一致。法蘭西大革命時代的人士，認爲『人權』不獨非任何政府機關所能侵犯，就是國家或國民全體也不能侵犯。這顯然是說主權要受人權限制。盧梭則認個人的一切權利，於最初成立『民約』，組織國家的時候，已完全割讓於社會（即國民全體）；因此，盧梭不認個人保有對抗社會的任何權利；換言之，即依據『民約』，國民全體的權力，不復有任何限制。（註二）所以狄羅

（註一）中華民國元年臨時約法有『中華民國之主權，屬於國民全體』一條；民國二年天壇憲法草案亦設有關於主權的規定；民國十二年北京國會所成立的中華民國憲法，仍設有主權一條，規定『中華民國主權屬於國民全體』；民國二十年訓政時期約法中關於主權的條文與元年約法相同；民國二十五年立法院所擬的草案仍有同樣的條文。

（註二）參看 Rousseau, *Contract social*, liv. I, ch. vi, voir liv. II, ch. I. 馬君武譯盧梭民約論欠精確之處甚多，讀者看原本或英譯本較

梁。

謂法國革命時代的人權觀念，不本於盧梭而本於洛克；因為洛克的契約說，承認人權為人民於最初締結約造國的時侯所保留的權利。(註一)狄龍並以爲盧梭的國民主權說，與十九世紀以來德國學者所倡導的國家主權說根本相同；因為承認主權屬於國家與承認主權屬於國民全體，實際上初無根本差別；且盧梭既承認國民全體的權力無限制，則與德人的國家主義或國家主權說，早屬根本一致。(註二)

主權何以應認為屬於國民全體？依着盧梭的學說，主權之屬於國民全體，是『民約』的一個條款。這完全是盧梭虛擬的一種理論，初無事實的根據；我們於下節評論契約說時，當再說明此層。可是國民主權說，雖屬虛擬的理論，他的實際的效用，確屬不可湮沒。在法國西大革命以前，法國君主路易十四『朕即國家』的觀念本是歐洲流行的觀念；普通人每認君主為主權的主體，或主權的所有者。換句話說，那時候一般人所崇信的還是主權在君說。即到了十九世紀，歐洲的學者——尤其是普魯士學者——仍不乏崇信此說之人。國民主權說，在法蘭西大革命時代，曾經撲滅了法蘭西人士的君主主權說；在法蘭西大革命以後，對於他國人士主權在君的觀念的消滅，也達過不少的功績。但是這個虛擬的理論，單就他的實際效用而言，仍不免有兩大弱點。第一，國民主權說的採納，不一定可以得着一個為國民全體謀利益的政府；因為這個學說並沒有要求探行何種特殊政體。這個學說只說行使主權者是主權所有者的委員或代表；因此這個學說所要求者，至多亦不過是政府須出自民選。那末，像古代希臘的純粹民治制度，近代瑞士的複決制度，近代一般國家的單純代議制度，甚或羅馬的民選專制元首制度，無一不可與國民主權說相融洽。就實例言，法國大革命後的憲法，除了一八一四年憲法而外，雖然一一採納了主權屬於國民全體的原則，但其所設的政制，或為共和，或為君主，或為民選專制元首，形形色色，無一不備。由此可見崇信國民主權說的法蘭西人，亦初不以為此種原則與任何特殊政體，有邏輯的

(註一)洛克向契約說詳見上節。

(註二)Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (1925), I, 464-493.

關係。但爲防杜政府專制起見，主權行使的機關與主權行使的形式，實較主權的所屬問題更形重要。第二，國民主權說，可以危及個人自由。若照盧梭的國民主權說，則國民的『共同意志』，可以爲所欲爲，而不受個人任何權利的限制。贊成國民主權說的人，就令不和盧梭一樣承認國民主權無限，實際上亦難免發生與盧梭學說相似的危險，因爲主權既在國民全體，則一般人，便難免不把國民的『共同意志』，與真實的正道公道視爲一物；換句話說，一般人難免因法律產自國民的公同意志，遂視法律爲正道公道的表現。這也很可妨及真正公道的實現，很可危及個人的自由。所以狄驥對於國民主權說，也和他對於主權在君說，同樣的力加攻擊。他以爲國家的權力，永遠是屬於一個強有力的統治者。他以爲統治者，無論爲皇帝，爲君主，爲議會，爲國民全體或國民多數（即令統治者在形式上爲國民全體，實際亦只是國民多數），不能說是有何固有權利或無限權力，可以強制他人的服從；他們的行爲，應該與受治者，同受一個最高原則的支配，即促進『社會聯立關係』的發展，換言之，即促進人類的分工與合作。所以主權的主體問題，在狄驥的學說中，便完全不能成立。（註一）

（三）國家主權說 依照德人的『國家主權』(Staatssouveränität)說，則國家的主權即在國家本身；國家是一個法人，而這個法人，又有法律上的意志 (juristischer Wille)，所以可爲主權的所在。這個學說自然與主權在道義上無限之說，相輔而行，因爲國家既爲主權的所在，而又有意志，則這意志的表示，自然可以無所不包，而非人民所應抵抗。但國家究不是一個自然人，國家的意志需要一個具體的人或團體來代表，於是代表這意志的人或團體遂成了有絕對的權力者。所以，如果國民主權說有妨害人民自由的可能，則國家主權說也同樣的有此可能。而且照國民主權說，統治者縱爲凱撒式的拿破崙伯姪，但在理論上仍須尊重人民的『共同意志』，仍須有人民總投票一類的形式；照國家主權說，則連這種理想也不必顧及。

晚近流行的法西斯蒂主義以及極權國家 (totalitarian state) 的學說，蓋亦深與國家主權說相合着。法西斯蒂主義者稱法西斯蒂國家爲工團國家，爲會社國家，但是工團或會社的總意志，仍不能算是國家的意志；國

（註一）Duguit, Traité de droit constitutionnel (1924), I, 432-436

的意志不獨在任何工團或會社的意志之上，也在全體工團或會社的，或全體的人民的意志之上。國家要怎樣做，便可怎樣做。究竟何者為國家的意志，則法西蒂蒂主義者或其他極權主義者並未闡明。我們僅知道，在實際上，法西蒂蒂統治者的意志即為國家的意志。所以在海格爾柴西克一班人心目中，君主固應有專制的大權；而在法西蒂蒂主義者的心目中，則法西蒂蒂統治者亦應有專制的大權。統治者雖不同，而國家主權說的實質則並未變更。

第四節 國家的起原及根據

國家因何而產生？這是政治學上的國家起原問題。國家根據什麼理由而存在，而可要求我們的承認與服從？這是國家的根據問題。這兩個問題，本不必有因果關係；因為國家產生的原因未必能為國家要求我們服從的理由。然政治學者往往將國家的起原與國家的根據看作為有因果的關係，把這兩個問題，混作一個問題。這是錯誤。今將他們併在本節討論，不是承認他們有連帶關係，正是為說明他們沒有連帶關係。

國家起原這個問題，是政治學者與社會學者的共關問題。前者的方法，係從理論上推測想像；後者的方法，係從事實上探考——即從人類過去歷史及現時野蠻民族生活的實況上去探考。前者所研究的問題，是國家產生的原因；後者所注重的問題，是國家組織由何種形式的人類生活蛻化而來。所以國家起原這個問題，在政治學上及社會學上的意義並不全然一樣。自然，社會學者如能解決他們所注重的問題，他們也定能幫助政治學者解決國家產生的原因問題。可是國家的產生，尚在人類有史以前，他究係由何種形式的人類生活蛻化而來，探考亦極不容易，社會學者對於人類最初的社會組織，迄今亦尚議論紛紛，莫衷一是。歷來政治學者，則大都撇開事實，而專從理論方面，以推測國家的起原，國家產生的原因。許多政治學者並以爲國家的起原，即國家權力根據的所在。這種理論，約有數說：

(一)神意說 此說的主要觀念，在認國家的存在基於神意。這個觀念，殆存於一切初民的腦筋中。據近代

社會學者的一般意見，宗教與政治的組織，在各種古代民族中，都有密切的聯合；當時的酋長或君主，往往同時被認為宗教領袖。猶太民族即最著的一例。在舊約中以及梵文典籍中，這種觀念極爲普遍。在十五六七世紀時的歐洲，神意說仍爲許多君主及尊君的政論家所倚賴。至於在東方，則君主「受命於天」之義，亦久爲儒家所深信。

主張神意說者，不獨以爲國家的存在基於神意；他們並以爲國家既基於神意而產生，人民便不能不服從國家。以是國家的根據，即存在於國家產生的原因中。

國家的產生基於神意，這已經是一種虛玄的超科學的論斷。就令國家的起原基於神意，人民又何以因此而有服從國家權力的義務呢？崇信神意說者的說明，大概不外兩層：或則以爲凡屬人類皆有服從神意的義務；或則以爲國家既基於神意，人民便無對抗政府的任何權利，因爲政府的權利係受諸神祇，而非受諸人民。所以神意說亦稱爲『神權說』(theory of the divine right)。這自然也只是些虛玄的與超科學的議論，在學理上並無討論的價值。就實際言，在十六七世紀歐洲各國，君權方興，民權思想未起之時，神權說之於民權運動，誠可有對抗能力。但今則此說的勢力，在一般國家，已完全消滅，故實際上亦無須予以駁斥。

(一) 契約說 與神意說相對抗者爲契約說。契約說對於近代政治思想有很大的影響，值得詳細的討論。

第一，契約說的一般性質 主張契約說者甚多，其立論初非彼此一致；但一切契約說，均含有兩個共同觀念。第一個觀念便是『自然狀態』(state of nature)的觀念。凡主張契約說者，俱謂人類於國家成立之前，實生活於一種毫無政府與毫無法律的自然狀態之下。至自然狀態時的生活若何，則衆說紛歧，初非盡同。或謂自然狀態爲一種人類終日互相爭殺的野蠻狀態；或謂自然狀態不過是生命與自由不甚安全的狀態，究非極端的野蠻狀態；或則謂自然狀態的生活，爲人類樸實，愉快，自由的生活。第二個觀念，便是『民約』(social contract)觀念，凡主張民約說者，俱以爲國家的產生，基於一種契約。至於這種契約的當事者爲何人，則亦衆說互歧。或以爲這種契約僅成立於人民與人民之間；或則謂這種契約，成立於人民與政府之間。

第二，各種契約說的互異 以上所述契約說的觀念，即在希臘與羅馬時代的政治思想中，亦未嘗全不存。在柏拉圖的共和國中，哲學家甘路康 (Glaucon) 即承認國家的成立基於契約，不過柏拉圖自己並未附和後者之說。羅馬法律原承認人民為一切政治權力的淵源；所以政府存在之必須出於人民同意，不備為當時法律家的思想，抑且已為當時一般人士的思想。然契約說雖在古代已有萌芽可尋，但其真正的發端，則在歐洲中古時期，盛行則在十七世紀之間。在十七世紀間，倡導契約說的最力者，為英人霍布斯 (Thomas Hobbes, 1588-1679) 與洛克 (John Locke, 1632-1704)，及法人盧梭 (Jean Jacques Rousseau, 1712-1778)。今取三人之說，分別論述如下：

一、霍布斯契約說 霍布斯以為人類初期，係生活於一種自然狀態之下，無法律，無政府，終日互相爭殺，以各求自存；故他所謂自然狀態，實是一種野蠻殘酷的生活狀態。久而久之，因為人民不滿於這種爭殺生活，人民與人民之間，乃成立一種契約，組織國家。人民與人民互相承認，各以其一切權利，讓諸一個強有力的個人，或一個強有力的團體，而聽其支配。這個強有力的個人或團體，便是政府。

依着霍布斯的學說，這個造國的契約原只成立於人民與人民之間，政府並非契約的當事者；因此，人民雖因已將其一切權利自願割讓，而有完全服從政府的義務，政府卻可不受民約的束縛。霍布斯這種議論，本為克倫威爾革命所引起的一種反動，其用意即在為君主專制求得一個理論上的根據；故其輕視民權，自亦理所當然。(註一)

二、洛克契約說 依着洛克的契約說，人類於未有國家以前，固生活於一種無政府與無法律的自然狀態之下，然自然狀態，初非如霍布斯所說，為一種長日互相爭殺的野蠻生活，不過人民的生命財產，因無公認的仲裁者為之保護，遂致不能安全鞏固罷了。為求生命財產的鞏固，人民乃相約以其權利的一部分，讓諸一個統治

(註) 霍布斯著 *Leviathan* 係於一六五一年出版，恰在克倫威爾革命時期內，距查理斯一世的被殺，不過四年；當時社會紛亂，思想複雜，故：斯欲就君權以維持秩序，但又不能憑藉君權神授之說，因編民約以作者權的根據。

者，欲藉統治者所取得的權力，以保障人民所保留的權利。故依洛克之說，人民亦有服從統治者的權力的義務，因為人民與統治者之間，原有一種契約存在；但統治者的權力，究以人民所劃讓的權利為限，而不能侵犯人民所保留的基本權利，否則人民得將他推翻。這為洛克與霍布斯見解相異之點。

洛克的學說，本產生於英國一六八八年革命之後，（註一）其目的在為當時的革命統治，求得理論上的根據；當時的革命者已廢黜了英王詹姆士二世，且正在力圖君主立憲政治的除設，洛克深表同情，因發為一種可貴憑藉的學說。

三、虛構契約說 虛構以為自然狀態的生活為人類的愉快生活，當時人民，各能覺得其個人的幸福，而又極端獨立，不受任何人為的法律的束縛。嗣後人口日衆，這種愉快的原始生活，乃不復可以繼續，於是人民不得不放棄其原來的自由，相約而以民約組織一種國家。關於民約的當事者，與民約的內容，虛構的意見，概括言之，不外下列三點：第一，民約係成立於人民與人民之間，並非如洛克所說，成立於人民與政府之間；第二，契約內的條款，必已給予一切人民以平等的待遇；因為不如此則不能取得一切締約者的同意；第三，依據契約的條款，一切人民必俱已承認將其固有的一切權利，歸諸國民全體，而聽國民『共同意志』（*Voluntas Generalis*）的支配。（註二）因此，國民全體或國家成為主權的主體，成為最高權力的所有者。締約人民何故肯以一切權利歸諸國民全體或國家呢？即因為國家權力既為全體人民公有的權力，則服從國家的權力，實無異於服從自己；所以國家的權力雖無限，個人的自由卻不因之而減縮。至於政府，虛構則認為國民的雇員，其權力當然須有限制。這是虛構意見異於霍布斯及洛克之點，因為霍布斯承認政府的權力為無限，而洛克繼承政府

（註一）洛克所著 *Two Treatises of Civil Government* 終於一六九〇年出版。

（註二）虛構所稱原從『公共意志』云云，亦只是要從多數的意見。依虛構的見解，民約本身，必須是通過各種一致的意见而成立的一種法律。民約既成以後，一切法律——即主權者所表示的『公共意志』——均成立，卻不享受得人民全體的同意，而且須人民多數的贊同。所以既從多數，在他的理論中，也是民約中的一個條款。看 Rousseau, *Contract social*, liv. IV, ch. II.

的權力有限，卻沒有將政府與國家分爲兩物。(註一)

第三，契約說的批評 由以上所述，可知三人的契約說，皆有他們的特殊用意，或在擁護君主專制，或在反抗君主專制，或在伸張人民全體或國家權力；他們俱不是能以冷靜的客觀態度，推究國家的真實起原者。在實際上，他們的學說雖俱發生很大的功效，在學理上，各說今俱已爲一般人所唾棄。依着他們的契約說，則人類最初的國家，是因爲一羣毫無政治經驗的人民，感覺政治組織的必要，遂各各本其自己的意志，而以契約造成的。換言之，原始的國家，是一羣毫無政治經驗的人民的產物，雖則也是這些人民的理性與意志的產物。但就事實而言，我們實無從贊同此種理論。在人類歷史上，我們便尋不着一個毫無政治經驗的人羣，能依着自己的理性與意志，結約以成國家的。近代歷史上，固然也有人民互相立約以建國家之事，例如一六二〇年英國清教徒赴美殖民，於其舟中簽訂公約，預備根據該約，在美洲立國之舉；(註二)然這種人民，並非在一種自然狀態下生活的人民，也非毫無政治經驗的人民。政治的覺悟，雖可認爲特種國家的起原；倘必認爲一切國家或人類最初國家的起原，則便非史實所能容許。且主張契約說者，往往認國家的成立，不僅在於人民全體的意志，而且基於各人個別的意志。這亦與近代社會學者所研究的結果不符。據近代一般社會學者的意見，人類初期社會的單位，不是個人而是家庭；社會權力，不在個人，而在家庭或家長；權利義務的關係，不存在於個人與社會之間，而存在於個人與家庭或家長之間。(註三)

(註一)以上所述盧梭的契約說，大部見他所著民約論；但盧梭對於自然狀態的見解，則詳其所著 *Lettres écrites de la Montagne* 及 *Discours sur l'égalité de l'Inégalité*。

(註二)參看本書第一編，第一章，第三節。

(註三)此說詳見夫人梅因(H. Maine)的 *Ancient Law* 及 *Early History of Institutions* 兩書。依據梅因，人類各種社會的最初政治組織，始由由一個家庭擴大而來。一個家庭之中，其權力完全操於一個年輩較長的男子；其餘分子，皆完全受其支配，時與彼種對於君主無異。嗣後家庭擴大，遂分爲若干家庭；此若干家庭，一面亦各各有其年輩較長的男子以爲其長，一面復共同受治於一個年輩較長的男子；再是，部落的組織成立。再以後，一部分分子，復脫離此部落而自成新部落，而此若干部落仍因其血統的相同，共受治於一個首領之下；由

是，國家的組織成立。隨言必，彼者趨因之混，物與社會，其原或實為家庭而非個人；其家庭權力與社會權力俱操諸男子家長之手。這纔是社會學者所謂父系說 (Patriarchal theory)。推因此說，從可列：(一) 社會持各人種的古史——尤其是猶太人的古史——中，可得許多明顯的證據；即在希臘羅馬時代，城市的政治權，亦皆操諸各家家長之手。固然，社會學者亦論者以母系說 (Matrilineal theory)，以及圖騰 (Totem)，「類婚」(promiscuity) 等說，與父系說相對抗者。然無論最初生活狀態為父系的或母系的，然圖騰的或雜婚的，各個人民，都不見得如契約說者所想像，而有同等的意思力。

由上所述，足見契約說決不能解釋國家起原。契約說既不能說明國家起原，他亦自不能給國家以任何的根據；因為主張契約說者，原認國家權力的根據，在於人民間或人民與政府間，於國家最初成立時，所成立的契約中。今即退一步說，假定國家最初成立之時，實有一種契約存在，然祖先所立的契約，在道理上講，亦不見得能繼續的束縛其嗣裔；因此，欲令國家權力，繼續確有根據，殆非如往昔美國麥迪生 (Madison) 傑斐生 (Jefferson) 等政論家的提議，憲法(一) 由他們所認為民約者(二) 應於一定年限內交付人民表決一次不可；(註一) 且非如瑞士華特爾 (Vattel) 所說，凡對於憲法不能同意者，應許其脫離國家不可。(註二) 果然，則國家實際上亦將陷於極不穩固的地位。

(三) 強力說 與契約說相對抗者，除了神意說而外，歷來尚有強力說。主張契約說者，以為國家的產生，出於人類的理性與意志；主張強力說者則認國家的產生，完全是一種自然現象，而不出於人類的理性與意志。這為一個相異之點。主張契約說者，認國家的產生由於契約，其根據亦在契約，以是國家起原與國家根據，混而為一；主張強力說的人，雖亦有認強力為國家的根據者，例如柴西克(他以為人民必須服從國家，因為「強力即是權利」) 但是狄曠等則以為強力僅是為國家起原的說明，卻不能認為國家權力的根據。因此，國家起原與國家權力的根據，析而為二。這又為一相異之點。

瑞士政治學者哈勒 (Ludwig von Haller) 為十九世紀初期倡導強力說最力之人。他於一八〇六年充任柏因

(註一) Willoughby, Examination of the Nature of the State, 1911, 867-868.
(註二) 參看本書第一卷，第一章，第一節，論憲法的修改。

(Barb) 大學公法教授，對於法蘭西大革命時代流行的民約說，深致不滿，乃發表鉅著以力駁其僞。(註一) 依着他的學說，人類有強弱，是一種自然現象；國家的產生，係因人類有強弱；所以國家的產生，亦是一種自然現象。人類有強弱，何以便能產生國家？哈勒以為強者力能自給自助，既無須假藉於人，且能輔助他人滿足其需要；因此強者便成了自然的統治者，而依賴強者以滿足需要的弱者，便成了一個自然的被治者。一羣之中，如有一人，因其武力，資產，或其他先天與後天所獲得的才智，足以自助，且足以助人，自然有許多資質及地位較弱之人，擁之而受其支配；因此，便產生君主制的國家；一羣之中倘有一團體之人，其財力，或資產，或才智，立於相互平等的地位，此相互平等之人，將羣受其他較弱者的擁戴；因此，便產生共和制的國家。依着哈勒的理想，國家的產生並不出於人民的理性與意志，而純出於自然；即強者的支配弱者，亦並不須乎強者的希冀此種權力，與追求此種權力；就令強者無所容心，而強弱間的支配關係，仍必自然產生，恰如家庭間幼者之受庇於長者。

狄曠亦為主張強力說，否認契約說的一人；他亦以人類一切國家的產生（過去的與現存的一切國家）都因人類之有強弱。雖然某一時代的所謂強弱，與另一時代的所謂強弱，不必恆同，甲時代的強弱可以武力為分，乙時代的強弱可以經濟力為分，丙時代的強弱又可以另一種標準為分，但是強弱的差別，則永遠存在。強弱的存在，便即統治者與被治者兩階級的所由生；因為強者不惟能支配弱者，並且常欲支配弱者。然狄曠雖以強力說解釋國家的起原，國家的根據，他卻並不以為存於其產生的原因之中；因為強者的支配權力，只是一種事實的權力，只是基於一種自然的現象；任何事實權力，不能打成倫理上或法律上的權利；換句話說，在道理上，無強制他人服從的根據。(註二)

(註一) 哈勒對此問題，曾於十八年之力，成一專著，名爲 *Restoration der Staatverfassung* (政治學原論)。哈勒學說的概觀，見 *Dunning, History of Political Theories* (1920), II, 195-209.

(註二) *Duguit, Traité de droit constitutionnel* (1924), I, 499-512.

(四) 結論 神意說與契約說之不能說明國家的起原，實屬無可否認；既不能說明國家起原，則神意說與民約說關於國家權力根據的說明，自亦不能成立，因為神意或民約都不過是空中樓閣——就令神意或民約不是空中樓閣，也不見得可以構成強制人民服從國家的根據。國家的起原，與國家權力的根據，本屬兩事。

國家的產生，誠可由於人類之有強弱。可是人類之有強弱，是否就是國家產生的唯一原因呢？關於此點，們還應略略說及一兩種未經說及的學說。

承認國家產生，不基於人類的理性與意志，而基於自然事實的，除卻強刀說而外，學者間尚有有機體說，羣性說，與心理說。有機體說認國家的產生及進化，如同一種有機體物。(註一)羣性說認爲國家這種組織的產生，由於人類都有一種天然的羣性，由於人類有願營羣的生活的天性。心理說認爲國家的成立，由於人類間彼此都有一種共同的利害感覺。(註二)有機體說頗可說明國家的進化，但對於國家的產生卻不能說是一種切當的說明。天然的羣性與共同的利害感覺之各爲國家成立的一個要素，我們並不否認；假使人類沒有這種生理的或心理的狀態，就令人類間有強弱，也許仍不能產生國家。可是羣性說與心理說可以說明人類一般社會生活的起原，卻不能說明國家這種社會生活的起原；換句話說，人類的羣性與共同的利害感覺，不一定要使人類產生國家這種形式的社會生活。我們知道，國家這種社會生活的特性，在有一個統治階級，以其武力爲其意志或法律的制裁。我們知道，如果沒有強者支配弱者的那個因素，則縱有天然的羣性，與共同的利害感覺，國家這種社會仍是無由發生。所以我們雖不承認強力爲國家成立的唯一原因；我們卻不能不承認強力爲國家起原異於其他社會生活起原的唯一原因。

至於國家的根據問題，則應與國家的起原當作二事。即使強力爲國家產生的主要因素，國家仍不能憑強力以爲根據。『強力即權利』，不獨是一種虛玄無據的論斷，並且是一種極危險的言論。國家如欲強制人民的服

(註一)參 Bluntschli, *The Theory of State*, 1892, 18 頁以下。

(註二)關於羣性說及心理說，見 Willoughby, *Examination of the Nature of the State* (1911), 2 頁以下。

從，自須於強力而外另覓倫理的根據。國家應利用其權力來履行他的目的。國家的目的不外下列三項：第一是對外保護國民的安全；第二是對內維持社會的秩序；第三就是『文化的目的』。所謂文化的目的，約言之，不外促進人民的道德，知識，與物質幸福的發展。個人主義者與社會主義者，對於第三項目的的意見，固不一致；可是無論何人，決不會承認現代國家，只應該是一個『警察國家』，只應以履行第一、第二兩項目的為限。國家如果使用他的權力，以達上述各種目的，我們就可以承認他有必要求我們服從的理由；否則，他沒有強制我們服從的理由，也沒有存在的根據。

第二編 個人的基本權利及義務

在現代國家的憲法中，規定個人基本權利義務的條文，大都成一重要部分。『基本權利』及『基本義務』尚非一般憲法所習用的名詞。(註一)我們稱用『基本』二字，無非要表示這些權利，是各國國憲所認為個人必不可缺少的權利；這些義務，是他們所認為個人必不可免除的義務。

現代憲法，固大都設有關於權利義務的章節，但如本書前編第一章第一節所述，亦有完全不設這類規定者。不主明於憲法內設這類規定者，其理由不外兩層：或則認這類規定為無益，或則認這類規定含有危險性。法國一七八九年制憲時代，議會中有一小部分人反對以人權宣言列入憲法；德國一九一九年制憲時代，議會中亦有一小部分人反對於憲法中規定個人的權利及義務；他們就大致抱着這種見解。法國一八七五年憲法(即現行憲法)，與德國一八七一年憲法之完全省去這類規定者，大致也是基於這種見解。何謂無益？蓋個人的權利，無論如何充分，總不能不有一種限制——即甲於行使某種權利時，必不能妨害乙之行使那種權利。因此，憲法上所規定的權利，在原則上無論如何正當，實際上總還需要普通法律給以具體的規定；憲法本文決不能規定得十分具體。在普通法律給以具體規定以前，論者以為那些權利，實際上便不能行使，那些權利實際上不過是一種約言。權利如此，義務也是如此。這就是論者認為無益的一個理由。再者，任何權利，如果不受法庭的保障，實際上便同虛設。憲法等國對於違反憲法的普通法律，既不承認法庭有拒絕適用之權——即所謂憲法保障權，——則凡個人憲法權利遭受普通法律侵蝕時，敢言或說者不能向法院請求救濟；因此，憲法上所設的權利，實際上亦將等於虛設。這也足論者認為無益的一個理由。然則所謂危險性者又在何處？憲法所規定

(註一)一九一九年德國憲法第二章，關於個人權利義務的規定，係以『德國人民的基本權利與基本義務』為名；而斯威士一九二一年憲法第二章，以『國民的基本權利及基本義務』為名；一九二六年新加坡憲法第十章，亦以『公民的基本權利及義務』為名。

的權利，在理論上雖不能不各具相當的限制，然以憲法承認特種權利，實際上終不免使一般人感覺着那些權利是不受限制的權利，感覺着一切限制那些權利的法律是違憲的法律。那末，以憲文承認個人享有任何權利，實際上無異引誘人民入於抗法自恣的途徑。這是論者認為含有危險性的一種說法。另一種人，則雖同樣認憲法之列舉人權為含有危險性，而其理由則適相反。他們以為憲法如列舉某種權利，則未列舉的權利，立法機關自可任意剝奪。這很足以造成立法機關的專制，而所含的危險益亦大。（註一）

上述各種理論自亦各具一部分真理；可是個人的權利與義務，究不因此而當入憲。以憲文規定這種權利與義務，實際上可以實現下列四種目的：

第一，可使立法者，行政者，及司法者有一行為的準則。各國憲法上關於個人權利與義務的規定，多半誠然是些抽象的主義或原則，在實際上固然需要更具體的律文為之補充；可是這些主義或原則，亦很足以昭示未來的立法者以立法的方針，未來的行政者與司法者以行使行政權與司法權的軌範。法國一七八九年人權宣言（註二）所注重的就是這個目的。那個宣言，總共不過十七條，條文亦極簡單；內中如禁止法律溯及既往，禁止不依律文而處罰，擔保人民在法律上的平等規定，俱係採取十八世紀的政治思潮而成立的抽象律文；其主要目的，俱在範圍未來立法者，行政者，或司法者的行為。其他國家的憲法，往往於採取時代的新思潮而外，對於該國既存法律上所已承認的人民權利，與夫保障人民權利的方法，亦往往攝其精要，標為原則，著諸憲典；如美國聯邦憲法，將美國法制上夙已存在的陪審權著諸憲典，即其一例。這也是為未來立法，司法，或行政等機關的行為，設定範圍。一九一九年德國憲法關於人民基本權利與基本義務的規定，大部分固然採自現世紀的新思潮，一部分亦係採自德國中央或各邦既存的民刑等律。

（註一）Federalist, No. 84 節印這類的議論。

（註二）法國第一次人權宣言於一七八九年八月二十六日通過議會。及一七九一年法蘭西大革命後第一次憲法完成之時，該項宣言即變為憲法內憲條。

第二，可以爲人民權利謀有效的保障。人民的任何權利，誠如論者所云，都不能不有相當的限制；可是憲法上所規定的權利，不一定都須普通法律給以補充的規定，人民纔能行使。這全然要看憲文如何規定。有時候，憲法上所規定的權利，即無任何法律爲之補充，人民亦儘可行使，亦儘可以法庭爲行使該項權利的後盾。憲文所規定的權利，即令尚須普通法律爲之補充，普通法律初亦不能違反憲法所規定的原則；否則受損害者應亦可訴諸法庭。由此看來，以憲文規定人民的權利義務，不僅可以表現一種主義或理想，不僅可爲國家機關立定行爲準則，實在還可以發生真正的法律效果。自然，這都是假定法院享有憲法解釋權而言。在事實上，有些國家並未承認法院享有此權；但法院之應有此權，在理論上究屬不容否認。（註一）

第三，可以糾正特殊的弊端。大凡憲法的成立，即不是革命的結果，至少也是對於既存政制的一種改革。過去政制如有特殊的弊端，對於人民權利如有顯然蔑視的地方，則於憲法權利篇中特別指正，往往可以發生相當的功効。法蘭西大革命在剷除封建制度，所以一七八九年的人權宣言，對於封建流弊防範特嚴。德意志一八一八年的革命在剷除君主，貴族，及軍閥的特殊勢力，所以一九一九年的德憲中的權利篇，對於這些特權亦禁止特嚴。

第四，可有政治的教育作用。以憲文規定人民的權利及義務，條文儘管簡單——並且正因爲條文簡單，——很可對於一般人民灌輸一些基本觀念。否則一般人民或不免永遠缺乏這種觀念，因爲他們決沒有充分時間或充分能力去理解很繁複的普通律文。所以各國制憲機關，對於以憲文規定個人權利義務問題，往往特別重視。（註二）這種規定，對於一般人民的政治心理的改造，往往也是一種極有力的工具。

根據上述各種理由，一般國家，對於個人的權利義務問題，乃大都在憲法中有所規定；其所異者，只在規

（註一）見下第四節，第三等，第五節。

（註二）一九一九年德國國民會議制憲時，亦極注重此點；憲文內並且規定，學校對於舉辦學校的學生，須各給憲法一冊（一九一九年德國第一四八條）。

定的詳略。就新近憲法而言，這種規定，並且大部屬於詳詞。（註一）不過，這當然僅指一般的國家而言，至於「極權國家」，則是例外。極權主義者，否認人民有基本權利之說；在「極權國家」中，人民的權利，根據於法律，而統治者又有無限制的立法權；故人民只有無限制的義務，而無基本的權利可言。即令關於權利義務的規定，仍存在於憲法之中，其效力也歸於零。

第一章 人民的基本權利

何種權利應認為個人的基本權利，這自然隨着時代的思潮與各國制憲者的見解而異。各國憲法有將上述三類權利一概視為個人的基本權利者，亦有不盡視為基本權利者。第一類為消極的基本權利，即人身自由，言論自由，信教自由，集會自由等各種個人自由。為使個人知識，道德，與身體上的優性，得以盡量發展，國家對於這些自由，負有不加侵犯與防止侵犯的義務。所以這一類權利，亦可謂為國家對於個人的消極義務。第二類權利，可以謂為積極的基本權利，亦有稱為受益權者，如受國家供給最小限度的教育權利，及失業時或災害時受國家救濟之權等。為謀個人知識，道德，與身體上優性的發育，有時候國家尚須對於個人，積極地履行若干種活動；國家的這種積極義務，便構成我們之所謂個人的積極權利。第三類就是參政權，如選舉權，被選舉權，複決權，創制權，直接罷免權等。這類權利，以參預國家意思的構成，與國家意思的執行，為其內容。這一類權利與第一第二兩類權利也可以說是行日的與手段的關係，因為沒有這一類權利，第一第二兩類權利也許無從實現。在十八世紀法國西大革命時期，一般人士，輒以參政權與個人各種自由，含有一個根本差別，他們認個人自由為先國家而存在的「人權」，應為一切人民所享有，不能因年齡，性別，或其他任何資格而有差異；至於

（註一）一七八九年法國人起草者總共不過十七條，文句亦極簡單。一九一九年德國憲法，關於人民基本權利與基本義務的規定計總五十七條之多，各條文句亦往往甚長。一九三一年西班牙憲法亦有二十六條。

參政權的賦予與否，他們卻認爲可隨年齡，知識，道德等資格而定。換句話說，個人自由是普及的權利，參政權則不必普及於一般人民。所以法國一七八九年人權宣言所列舉的人權，並無參政權在內。嚴格的講，這種區分，殊不精確；因爲法律對於各種個人自由，有時亦不能不設爲年齡，國籍，甚或其他限制；例如未成年者的書信秘密自由，及婦女兒童的工作自由，須受法律的特殊限制；又如出版，結社等自由，各國法律亦往往設有年齡，國籍，甚或其他限制。近年一般國家都採普及選權之制，而將歷來限制選權的財產，性別，及教育等各項條件廢棄；參政權的性質，就其普及的程度而言，與前述第一第二兩類的權利，已無何種重大差異。所以晚近的憲法（例如一九一九年德憲）往往將參政權亦視爲人民基本權利之一。

關於參政權的各種問題，我們於第三編論到公民團體的權利時尙當細論；本章所論，則以第一第二兩類權利爲限。

第一節 消極的基本權利——個人自由

第一目 個人自由說的由來及論據

（一）個人自由說的由來 今人輒稱人身自由，信教自由，言論自由，財產自由，以及其他若干種個人自由，爲國家權力所不能侵犯的權利。這種觀念，不特爲東方文化史上之所無，即在歐洲古代文化稱盛時代，亦不存在。希臘羅馬固皆具有民主政治的歷史；然在希臘羅馬民治稱盛時代，一般人士，亦皆認國家權力爲無限，初未嘗承認人民有與國家對抗的基本權利。

歐洲中世紀期內，自然法的觀念日漸發達；個人自由的觀念，也跟着發展。十七八世紀以來，洛克以及其他學者，俱認所謂人身自由，信教自由，言論自由等等，爲國家所不能侵犯的基本權利。北美十三州於一七七六年離英獨立之時，於其獨立宣言中，即宣示人類平等的原則，而認一切人類俱有若干種不可割讓的權利——即「生存，自由，與尋求幸福」的權利。獨立宣言發布以前，維基尼亞州於一七七六年六月制定憲法時，即曾

以權利宣言，冠諸憲法。這爲個人基本權利入憲的起始。其他各州於制憲時，亦相率採納這種權利宣言。一七八九年法國大革命發生後，其議會亦首先通過一種人權宣言，（註一）據列入憲法；一七九一年法國大革命第一次憲法完成時，該項宣言，即被列入該憲之首。（註二）近代各國憲法，認個人自由爲人民基本權利，而列入憲文中者，即以美國各州的權利宣言與法國的人權宣言爲淵源。誠然，承認個人自由爲人民的權利，並以成文法律爲之保障，即在美法革命以前，美國已有實例，如一六二八年英王查理斯一世承認的權利請願書，及一六八九年英王威廉接受的權利宣言等等。（註三）這些文書，自爲美法革命時代的人士所熟讀。但是他們都只以限制國王權力爲目的；美法革命時代人士的權利宣言與人權宣言，則以限制國家一切立法機關的權力爲目的，而所表示的思想，則爲十七八世紀學者自由，平等，民約的觀念，不是英國那些有文書的觀念。所以近代憲法之列入個人自由，從大體上講，不能說是以英國那些有文書爲淵源。（註四）

（二）個人自由說的論據 爲甚麼國家不應侵犯個人自由呢？對於這個問題，十七八世紀人士的與近今學者的見解殊不一致。

一、十七八世紀人士的解釋 洛克及十七八世紀一般人士大都認人身自由，言論自由等等爲人權（*Liberty*

（註一）一七八九年人權宣言的原稿爲 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*，詳譯起來，應爲「人與國民的權利宣言」，「人權宣言」自屬附譯。惟該宣言所列舉的權利，都只是十八世紀人士所謂人權（即以人類資格所享有的權利），並將普通所謂國民權（即以國民資格所享有的權利，例如參政權；）國民字樣，只在宣言內所列舉的權利，在國家成立以前爲人權，在國家成立以後，則爲國民權，——即受國家保障的人權。見 *Duguit, Traité de droit constitutionnel* (1923), III, 556-559. 人權與國民權所行抵牾一物，則爲稱用的便利計，不妨沿用人權一詞。

（註二）法國一八四八年憲法的本文中固不含有權利宣言，但該憲法序言中，有國家承認凡於其憲法範圍高於實在法的權利及義務一語。若然，則人權之仍爲憲法的有效部分，固甚明顯。

（註三）關於這種權利宣言的內容，參看本卷七七、七九。

（註四）*Georg Jellinek* 於其 *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* 一書中，論及這種一七八九年人權宣言的由來。他認美國各州所訂立的憲法而來。但學者則有不同的意見，如 *Duguit, Traité de droit constitutionnel* (1923), III, 568.

of man, droits de l'homme)，他們所謂人權，即人類與生俱生的權利，即構成人格的要素；所以他們也稱人權為自然權利 (natural rights, droits naturels)。國家對於這些自由之所以不應侵犯，一方面固因其為人權；但依洛克等的理論，則也因這種人權，於其不侵犯他人權界以內，實為人民最初締結契約組織國家時所保留的權利。人權說在歷史上雖已有極大的功效，但在學理上講，究嫌空疎。第一，此說既認人民各種自由，於其不侵犯他人自由界限以內，為人民締約造國時所保留，則國家的起原，倘非基於一種民約，此說的根據，立成空中樓閣。然契約說之不能解釋國家起原，已知李普敦編所論。第二，人權說認個人各種自由，為人格構成的要素，為人民與生俱生的權利，亦只是一種虛玄的論斷，而非直接或間接所能證明的事實。所以此說在實際上確已發生重大功效，其理論上的弱點，要難否認。

十七八世紀主張人權說者，更常以個人自由為非任何法律所賦予的權利，亦非任何法律所能毀滅的權利；以憲文列舉此種權利，亦只是宣示這些權利的存在；憲法初不能創造這些權利，因為這些權利是人類與生俱生的權利，是先國家而存在的權利，是人民最初立國時所保留的權利。在這種見解之下，所謂個人自由或人權，與其他權利不同：其他權利（譬如參政權）是有國家而後產生的，是國家法律所賦予的權利，是國家法律所能變更的權利；個人自由或人權，則無論列入憲法與否，任何立法機關——包括制憲機關而言——在法律上俱無變更的權力。這種見解，十九世紀以來曾引起許多學者的攻擊。實際上，十九世紀以來，一般國家的憲法，亦已不復稱個人自由為『人權』；譬如一八一四年法國憲法，關於個人自由的規定，稱為『法蘭西人民的公權』(Droits Publics des Français)；一八三〇年比國憲法稱個人自由為『比國人民的權利』(Des Droits des Belges)；一九一九年德國憲法關於個人權利義務的規定，稱為『德意志人民的基本權利及基本義務』(Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen)；俱係有意避用『人權』字樣。中國歷來已頒布的憲法或約法，及未頒布的憲法或約法草案，關於個人自由及其他權利的規定，亦俱係僅對中華民國人民而言。(註一)

(註一)例如臨時約法第三章，規定個人自由及其他權利，雖以『人民』二字命題，但該章首條關於人民平等的規定，明稱『中華民國人

民，而不泛言「人類」。

這種稱謂，大率含有兩層意味：一在表示那些個人權利，只是憲法賦予的權利，在法律上可依制憲者的意志而變更；又一則在表明憲法上列舉那些權利，只是對國民而言，而非對他們賦予一切人類（國民及外籍人民）。

二、晚近學者的解釋 今之對於個人自由別立新。解釋者，則謂國家之必須承認個人各種自由，並非因為這些自由是一種人權，而納因這些自由為個人發展人格所必需。社會全體進化之有賴於人類分工現象的發展，本為公認的事實；而個人人格的發展，為促進社會分工現象發展時所必需，亦屬顯而易見。所以欲求社會全體的進化，實不能不給一切人民以各種自由。國家的目的既在促進社會全體的進化，則國家對於個人自由，於不妨害他人自由的界限以內，自然不應侵犯；不但不應侵犯，且應給以保護。（註一）

這種解釋，實較人權說為切實，雖則兩者都承認人民的自由不應受國家的侵犯。惟歷來主張人權說者，以為國家的目的，只在消極的保障這些自由；他們並不承認國家更有何種積極的義務，如給予人民以工作或受教育的機會等等；因為他們以為個人人格的發展，應由個人自謀；倘由國家積極干與，則其結果或且與豫期者相反。所以持舊解釋者，實皆偏於個人主義的理想。持新解釋者，不僅承認國家對於個人各種自由有不加侵犯與禁止侵犯的消極義務，並且承認國家對於人民，尚有積極的義務。他們不獨承認國家對於人民負有積極義務，並且以為人民對於國家，亦負有發展其個人人格的義務，如受教育的義務，及工作的義務等等。這是傾向社會主義者的理論。兩者間對於個人自由的問題，雖然是論據異而歸宿同，但對於國家與人民的積極義務問題，則已不復保持相同的結論。

第二目 個人自由的範圍及種類

國家之必須承認個人自由，已如上述。然則抽象言之，個人自由究應有何範圍？分析言之，個人自由究含有若干種類？

（註一）參見 Laski, *Grammar of Politics*, 1925, 89 頁以下。

(一)個人自由的範圍 國家承認個人自由的目的，在使各個人民得以自由發展其知識，道德，與身體上的優性。個人自由，就是個人的身體，知識，與道德自由活動或表現的權能。關於這種權能的限制，法國一七八九年人權宣言第四條明白地說：「自由包含一切無損他人的作為；各人的自然權利，其行使時，只須以不妨害社會中別的分之享用同種權利為範圍。這些範圍只能以法律來規定。」這就是說，國家對於各個人民的自由，只能於保護全體人民自由的必要範圍以內，以法律設立限制。這種限制，在原則上自然無可否認。可是個人自由，我以為還應另有一種限制；我以為個人行使自由的時候，不得違反國家承認個人自由的目的。國家承認個人自由，其目的在謀個人知識，道德，或身體上優性的發展。享有自由的人，如果於行使他的自由的時，違反了上述的目的，自然應與妨害他人自由，同認為濫用自由。例如享有個人自由的人，因行使其人身自由，而甘以自己的身體為買賣的目的物；又如享有工作自由的人，因行使其工作自由，而甘充他人的奴工（即於法定期限以內，身體與工作受他人的支配者）；雖然不能說是妨害他人的自由，卻與國家承認個人自由之目的，根本相反相異；因為這些行為根本的就該妨害個人知識，道德，或身體上優性的發展。所以精細地說，個人自由的範圍，應具兩種限制：第一，不妨害他人的自由；第二，不違反國家承認個人自由的目的。這二者就是些抽象的原則；實際上何種行為便是妨害他人自由的行為，或違反個人自由目的的行為，自然還是些極費研討的問題。所以各國制憲的人，儘管承認這些抽象的原則，其對於各種自由的具體規定，彼此仍有重大的歧異。

(二)個人自由的種類 各國憲法，不特對於各種自由的範圍，規定得互，出入，即其所列舉的個人自由的種類，亦繁簡不一。但是現代憲法所列舉的人民自由，究皆直接間接沿襲美國各邦的權利宣言與法國西大革命時代幾次的人權宣言，故其所列舉的種類，歧異究屬不多。我們可以說，現代各國一般憲法所承認的人民自由，實含有下述兩大種類：

一為關係個人物質的利益之自由。屬於此類者可說是有四種：即人身自由，居住自由，工作自由，與財產自由。二為關係個人精神的利益之自由。屬於此類者也可說是有四種：即信教自由，意見自由，集會自由，結

社自由。

各國憲法，於規定個人的基本權利與義務的時候，尙往往宣示人民平等的原則；有些憲法甚至列人民平等爲個人基本權利的一種者；（註一）其不宣示這種原則者，幾皆爲偏重君權或貴族權利的憲法（例如日本憲法）。自十八世紀以來，凡抱自由主義的人，蓋俱以平等與自由爲絕對不容偏廢的原則。故在討論各種自由的意義與範圍以前，特先解釋人民平等的原則。

第三目 人民平等的原則

（一）人民平等的意義 法國一七八九年人權宣言第一條即宣言「人民生而權利平等」。所謂人民平等，究竟是一切人民的經濟狀況應一律平等呢？抑僅一切人民，應享有法律的平等呢？如爲前者，則承認人民平等，殆非承認均產主義不可。如爲後者，則人民平等的原則，初不涉及財富的分配問題。法國西大革命時代的幾個人權宣言，除了一七九三年的宣言之外，（註二）其關於人民平等者實只在宣示法律上的平等。他國憲法，亦大抵如此；就是一九一九年德國憲法也只說「總意志人民，於法律上均爲平等」（第一〇九條）。民國元年臨時約法第五條關於人民平等的規定，爲「中華民國人民一律平等，無種族，階級，宗教之區別；」這種規定，雖未明認人民平等爲法律的而非經濟的，但當時立法者未嘗有承認經濟平等之意，固甚顯然。民國二十五年立法院所制定的中華民國憲法草案則且明白規定「中華民國人民在法律上一律平等」。然則所謂法律的平等，其涵義果又如何？

依據法蘭西大革命時代迭次人權宣言的宣示，則法律平等的意義，即國家對於一切人民，其保護或懲罰，均應平等之謂（一七八九年人權宣言第四條）。所謂保護與懲罰的平等，蓋即不承認任何人民，在法律上

（註一）法國一七八九年人權宣言第一條即宣言「人民生而權利平等」，且於第二條列第八款，人民平等即未嘗列爲一種人權。一七九三年法國憲法，則明認人民平等即法律人權之一。參看 Duguit et Aloufard, Les constitutions de la France depuis 1789 (1925), pp. 331, 66.

（註二）一七九三年宣言的第三條可解釋爲含有社會上的平等的意義。

享有「特權」(privileges)之意。大革命時代的政論家西耶斯以爲法律的承認特權，綜括之，殆不出兩種方法：或則對於法律所禁止的事項，獨令特殊人民享有不受禁止的權利；或則對於法律所不禁止的事項，不令一般人民享有行使的權利。依據這種解釋，則法律平等的原則，將有下列的各種結果：

法律上平等的意義，既係否認特殊人民享有任何特權，則其第一結果，便須否認貴族制度。因爲貴族如享有實質的特權——例如英吉利及日本的貴族，雖因其爲貴族之故，而享有議會中上院的席位之權——則無論在形式上或精神上，與法律平等的意義，顯然俱相衝突。即令貴族對其地位僅爲一種榮譽的表示，而不附有任何實質的特權，亦與人民平等的精神，不甚相容：蓋此種榮譽，如爲一切人民得以享有的榮譽，則不應獨令特殊階級享有；如必須爲對於社會著有特殊勳業者始能享有的榮譽，則官階國籍已足爲酬勞其德之資，亦無取乎更立爵位名稱與世襲制度，一方面使一般國民永存階級的觀念，一方面且使其具有爵位者自身不必爲會著任何勳業之人。所以法蘭西於大革命發生後，於一七九〇年，即遂以法律禁止頒給爵位，並且禁止應用貴族名稱。其他共和國亦大率禁止國家頒給爵位。惟與爵位相類似的榮譽者地位，如所謂勳章之類，則即在共和國，仍有由國家頒給者；即在法蘭西，今亦保留一種勳章制度。但若干共和國察其憲法，對於勳章及其他一切榮譽，則採取徹底否認的態度。(註一)

法律上平等的原則，既係否認任何人民可以享有特權，則其又一結果便是：國家對於一切公共機關的職務與位置，除規定智識的及道德的資格，以限制人民參加外，便不應別設其他的限制。換言之，即凡具有法定的智識及道德條件的人民，便應一律享有充任該項職務或位置的資格。此亦法國一七八九年人權宣言所曾明白宣示者(該宣言第六條)。一九一九年德國憲法第一二八條亦有同樣的宣示；該憲第一〇九條並且明白規定男子及女子，『在原則上，享有相同的政治權利與義務。』(註二)中國民元臨時約法及十二年中華民國憲法，雖尙未

(註一)參看第六章第四節，第三段，第七節，關於榮譽制度的論述。

(註二)『在原則上』(Grundsätzlich)一語之含義，德國憲法學者們頗有頗不一致；有謂此語顯指平等的意義，是說凡國民均應享有同等上

的差異而不能予以相同的待遇者，則即設定相異的待遇，如關於女子之兵役（例如德氏女子的兵役）；有謂這係疏狀的遺風，是說雖因現行法律對於男女兩性所設的差異，仍可有效，憲法的規定只是給予未來立法者以一個立法方針；更有謂男女兩性的平等，既係於政治的權利與義務，則對於男女的私權如婚姻權，繼承權，選舉權等，如果設定特別的待遇，初與該國所謂男女平等，不無抵觸。

肯承認男女兩性間不應有所區別；但二十年的制政時期約法則已明白禁止男女間的不平等；男女平等的範圍，且涉及一切權利，（註一）不備如憲法所定，限於政治權利（即參政權）。就理論言，法律平等的原則，雖不必承認人民參政權的普及——因為人民的智識與道德等狀況不必盡能滿足各項公共職務所需要的條件——然於智識道德等條件而外，倘復增加性別的條件，其有背於法律平等的原則似屬無可否認。

此外，法國一七八九年人權宣言的納稅平等，亦是當時人士所認為法律平等的一種結果。惟當時所謂納稅平等，自非謂一切人民，應負擔同額的稅，只謂各個人民，應各按其能力而納稅。

（二）人民平等的論據及其批評 十七八世紀學者之承認人民平等，其根據不外兩層。第一，他們以為人是天然平等的，所以法律亦當認其平等。一七八九年人權宣言，宣示人民生而平等，即是此意。他們宣言人民生而平等，亦非不知各人的天賦並不齊一；他們因認一切人民皆有若干種與生俱來的權利——即所謂人權——故認一切人民生而平等。第二，他們以為人民在無國家無法律的「自然狀態」中，彼此原皆平等，一如今日國際社會中，國家與國家間的狀態。後來由自然狀態進而組織國家，人民的平等，亦為民約中人民互相承認的條件之一；所以國家不能不承認人民在法律上的平等。

以上兩種論據的空泛，我們於評述契約說及人權說時，已經說過，今不贅論。今之主張社會主義者亦指斥法律平等之說。他們以為人民之間，天賦既為不齊，環境亦復互異。假使人民之間，無這種差異，則依據人民天然平等的事實，而施設法律的平等，自屬公道；人民之間，既有差異存在，則欲施設真正的公道，法律的保護亦當有所差別；換言之，凡特別須要國家的保護者，如勞工婦女之類，國家即應予以特別的保護。他們不獨

（註一）制政時期約法第六條：「中華民國人民無男女，種族，宗教，階級之區別，在法律上，一律平等。」

以爲法律的保護，應有差別，即法律的懲罰，亦當隨着人民的天賦與環境，而有差別，而不當對於觸犯同一罪行之人，處以同等之罰。這即晚近刑法學者所謂『處罰從人』主義。由此看去，足見今人思想，與十八世紀人士的平等主義不相一致；十八世紀人士的平等主義，在保護與懲罰的平等；近今社會主義者的平等主義，則在保護與懲罰的分等。近今傾向社會主義的憲法或法律，一面宣示平等主義，一面復對於勞工，婦女，兒童等弱者階級，設立各種特別的保護，在理論上確甚合於物，不是矛盾，也不儘是調和。

第四目 人身自由

(一)人身自由的意義 人身自由，可以說是個人各種自由中的基本自由；因爲個人如果沒有這種自由，就沒有行使其他任何自由的可能。人身自由，是個人的人身自主權，是個人『居止行動』的自由。人民的『居止行動』，除了妨害他人自由，或違反人身自由的目的，應不受其他限制。人身自由就應有限制，亦應由立法機關以法律規定，而不能由行政或司法機關，隨事隨人，任意決定。所以訓政時期的法第八條，有『人民非依法律不得逮捕，拘禁，審問，處罰』的規定。一般國家的憲法，對於人身自由亦俱設有相同的規定。法國一七八九年人權宣言第七條『一切人民，非依法律所規定的場合及手續，不受控訴，逮捕，或拘禁』的宣言，及第八條無律文則無刑罰的宣言，是一般憲法關於人身自由的規定的張本。分析起來，這種規定，實包含着下列幾個條件：

第一，任何人民，如未觸犯法律已經禁止的行爲，應不受任何刑罰。換句話說，任何行爲，在其發生之前，如果未經法律明白認爲犯罪行爲，就不受國家機關的處罰。這就是所謂非依法律不得處罰，所謂『無律文則無刑罰』的意義。在專制國家，這個原則往往常被破壞；國家處罰人民，往往不以律有明文行爲爲限。(註一)其在中國，數千年來刑法上的『科比』制度，亦恰與此種原則相反；因在那種制度之下，司法者對於律

(註一)意國一九二六年一月三十一日之法律規定，凡例外犯人，如有妨害國家利益，或有損憲法制度的行爲，即使未經任何罪名，亦可處以監禁刑罰。這和律文亦皆違反無律文則無刑罰的原則。

無正條的事件，自得比附規定相關事項的律文而科罪。但中國現行刑法（註一）及一般國家的刑法，俱已否認這種「科比」制度。有些國家並已將無律文則無刑罰的原則，於憲法中以專條宣示。（註二）

第二，人民就含有觸犯法律的行為，亦必須由依法享有審問處罰權的機關，審問處罰。凡對任何犯罪案件或犯罪人，於法定審問處罰機關以外，設立臨時或特別法院，以行使審問處罰之權者，也構成侵犯人身自由的行為。各國憲法對於這種法院，亦往往以明文禁止。（註三）

第三，人民就含有觸犯法律的行為，亦必須由依法享有逮捕，拘禁，審問，處罰等權的機關，依法定的手續，而逮捕，拘禁，審問，處罰。關於這些機關與手續的問題，一般國家大都完全以普通法律——刑事訴訟法——來規定，憲法本文大都不得設何種規定。但依現代一般國家的法律，對於一般人民有享有審問處罰權的機關，皆限於法院；對於人民能下逮捕令或拘禁令的機關，除現行犯外，亦以法院為限。（註四）所以各國憲法中，有將非依司法機關的命令，不得逮捕或拘禁的原則，列入憲文者。（註五）

上述三點，只是「人民身體，非依法律，不得逮捕，拘禁，審問，或處罰」這個原則所包涵的條件。人身自由的目的既然在於各人以發展其個性的優點，則賦有這種權利的人，自不能將他的這種自由完全割讓於他人；換句話說，就是人身不得為買賣的目的物，——無論為強買，和賣，或自賣，俱不在可以容許之列；因為這種割讓，根本就會妨及個人知識，道德，或身體上的優性的發育，與國家承認個人自由的目的不相融洽。所

（註一）中國刑罰法第一條：「凡行為之犯罪，以行為時之法律有明文規定者為限。」

（註二）例如一九一九年德國憲法第一一六條。

（註三）例如一九一九年德國憲法第一〇五條；一九二〇年愛沙尼亞（Eesti）憲法第八條。

（註四）民國二十四年刑罰訴訟法亦然（看第七七，八五，一〇二條條文）。實際上，該法所規定者，不為常設機關；例如偵查逮捕令之權，使偵查機關屬於檢察官或法院，實際上行政機關仍時有自頒逮捕令之事。又依懲治盜匪暫行條例，則對於一般人民享有檢閱處罰權的機關，除了普通法院外，亦尚有軍事機關。這與現代一般自由國家的平時法制，亦顯然相背。

（註五）例如一九二一年比國憲法第七條；一九二〇年愛沙尼亞憲法第八條。

以法國第三年憲法（即一七九五年憲法）中的人權宣言，更設有一任何人民俱得爲人工作；但其身體不得爲人所賣或自賣；人身爲不可割讓的財產的規定（宣言第十五條）。

中國買賣人口之風，相沿極久。凡自賣其身爲人奴隸或妻妾，夫賣其妻爲人妻妾，主人出賣其奴婢，俱爲歷來律例所不禁；官廳亦往往以官奴婢作價發賣。但歷來刑律對於販賣人口的營業，以及親屬賣其子女爲奴婢等事，無論爲和賣或賂賣，卻又設有形同虛設的禁條。清代宣統二年禁革買賣人口條例頒布後，買賣奴婢，妻妾，子孫之事，本已一律禁止。民國成立以後，暫行刑律復設有賂誘和誘之條；凡以營利或非營利爲目的，拐取婦女或幼年男子的行爲，即構成賂誘或和誘之罪。民國三年暫行刑律補充條例，亦設有強買和賣之禁；凡對於一被扶助養育或保護之人，而強買或和賣者，以及豫謀，收受，或藏匿。此項強強買或和賣人者，與犯和誘或賂誘等罪者同科罪。民國十七年及二十四年的刑法，對於使人爲奴隸或居於類似奴隸的不自由地位者更處以重刑。不過積習既深，剷除不易；在社會救貧事業，與勞工立法未具相當的規模以前，法律上的禁止，自不能收重大的效果。

(二)人身自由的保障 有些國家，不僅於憲法上宣示人民的身體，非依法律，不受逮捕，拘禁，審問，或處罰；並且對於這種自由，特設保障。美國聯邦憲法以明文承認出庭狀(Writ of Habeas Corpus)制度，即最著的一例；因爲出庭狀制就是對於遭受非法逮捕拘禁的人，所設的一種有效的救濟手段。

出庭狀(國人也有稱爲保護狀者)制，肇始於英國。英國一二一五年的大憲章，即已承認這種制度；有人並謂該制的產生尙在大憲章以前。按照這種制度，人民如被任何人監禁，其本人或任何他人，俱得向高等法院(High Court of Justice)，請求頒給一種命令，命令監禁者將被監禁者移交法院審查其監禁理由；這種命令就叫做出庭狀，法院經審查後，如認爲無正當的監禁理由，則被監禁者，自可立時恢復自由；否則法院亦當按照法定手續，進行審判。這種請求，爲人民的一項權利，法院不能拒絕。(註1)

(註1) Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1915), 209-212.

上述出庭狀制度，美國憲法審以明文承認；並聲明除戰爭或內亂時期，不得停止。但晚近憲法有不完全探取出庭狀，而僅空洞的規定應給被拘禁的人以提出抗辯的機會者；一九一九年德憲便作這樣的規定。該憲第一一四條云：『人身自由不受侵犯。公共機關，非依法律，不得限制或剝奪人民的人身自由。對於被拘禁的人，至遲當於拘禁的次日，將對其自由的理由，及下剝奪命令的機關的名稱予以通知，並立即予以提出抗辯的機會。』但是拘禁機關如果蔑視這些規定，被拘禁的人，究又有何種方法可以知道他被拘禁的理由，與下令拘禁的機關呢？究又向誰提出抗辯呢？所以這種規定，如果不輔以出庭狀制度，是不能發生充分效果的。

民國元年臨時約法，除了宣示『人民之身體不得逮捕，拘禁，審問，處罰』而外，對於救濟非法的逮捕監禁，未設何等救濟。民國十二年中華民國憲法已設有關於出庭狀——該憲稱作保護狀——的規定，該憲第六條云：『中華民國人民，非依法律不受逮捕，監禁，審問，或處罰。人民被羈押時，得依法律以保護狀請求法院提至法庭審查其理由。』這便是出庭狀制度。惟『以保護狀請求法院提至法庭審查其理由』云云，文義殊屬不通，因為出庭狀制，在令人民得向法院請求出庭狀，並非以出庭狀向法院提出何等請求。民國二十年訓政時期約法則規定：『人民因犯罪嫌疑，被逮捕或拘禁者，其執行逮捕或拘禁之機關，至遲應於二十四小時內，移送審判機關審問；本人或他人並得依法請求於二十四小時內提審。』這種規定亦係採納出庭狀制度。

不過出庭狀制的實行需要法院高度的權威；如果法院的權威未著，則出庭狀制仍不免等於具文。民國十六年二月北京政府對於軍人屢屢違法逮捕普通人民，嘗根據十二年中華民國憲法，頒布一種保護狀條例；但事實上，憲法及法律兩俱未生任何效力。

第五目 居住及遷徙自由

(一) 居住自由 所謂居住自由，即人民居住處所，不受侵犯之意；詳言之，即人民居住處所，非得本人同意，無論何人，不能侵入。就是國家官吏，亦非依法律所定的場合與手續，不能侵入，搜索，或封鎖。臨時約法及訓政時期約法所承認的居住自由，俱不外這個意義。這種自由，也可說是人身自由——即居住行動的自由

——的延屬。

居住自由權，在英法革命時代的憲法中，大都有明白規定，而以法國大革命後第八年（即一七九九年）憲法的規定最為詳密。該憲對於侵入人民住宅的行為，分為日間侵入與夜間侵入兩種：夜間除遇有火警、水淹，或室內呼助等場合外，雖官吏之持有法院命令者，亦不能侵入；日間則官吏可以侵入，但在原則上亦必須執有國家機關的正當命令。這種規定，至今成為法國法律對於人民居住自由的保障。在現代許多國家的法律之下，人民的居住自由，除因室內呼助，不可抗力（如水警火警之類），與現行犯發生室內等事，得由警察官吏逕自侵入外，官吏的強迫侵入人民住宅，概須預經法院的決定，概須執有法院的搜索令；所以侵入人民住宅而行搜索，在原則上只是一種司法處分，而不屬於行政處分的範圍。有些國家甚至以這種原則列入憲文。（註一）

居住自由，中國舊律亦極重視：漢代賊律已有無故入人室宅廬舍，格殺無辜的一條。自唐迄清，刑律的規定亦大率如此。唐律云：『諸夜無故入人家內者，笞四十，主人登時殺死者無論；若知非侵而殺傷者，該圖殺傷二等；其已就拘執而殺傷者，各以圖殺傷論；至死者加役流。』現行刑法亦設有侵犯居住自由之禁（第三百〇六及三百〇七條），但沒有舊律那樣的苛刻態度。

（二）遷徙自由 各國憲法於承認居住自由而外，尚有承認遷徙自由者。臨時約法及訓政時期約法亦承認人民有這種自由。遷徙自由，就是選擇居住的自由。人民的身體自由既包含『居住行動』的自由，遷徙自由，即不經憲文特別規定，似亦應隨身體自由而存在。歐洲各國，在農奴制度存在時代，人民誠無由甲地遷居乙地的自由；但今則各國法律，除對於罪犯或外僑往往施以居住的限制而外，對於一般人民的遷徙自由，已不復設有限制；不獨在國內可由甲地遷於乙地，即出國的自由，在原則上亦為法律或憲文所承認。（註二）

一般聯邦國家的憲法，對於人民的遷徙自由，往往設有詳盡的規定。凡屬聯邦國人民，在聯邦國境以內，

（註一）例如一九二一年波蘭憲法第一百條，及一九三一年西班牙憲法第三十一條。

（註二）例如一九三一年西班牙憲法第三十一條。

由此邦遷於彼邦，各邦政府大抵不能予以限制或禁止；且人民之由此邦徙居彼邦者，其政治權及其他權利，各邦亦大抵不能限制。蓋在聯邦組織之下，中央憲法如果對於這類事項漫無規定，各邦法律，對於本邦及他邦的人民，便不免有所歧視；且聯邦國家的各邦，在憲法所給予各邦的專權範圍以內，原不受中央政府的干涉；倘這種歧視未經憲法明白禁止，中央政府必擬法制止。

中國歷來的法律或習慣，對於甲地人民之取得乙地籍貫，雖或設有條件（如居住年期之類），而人民的移徙，倘在國境以內，則無論為耕作，或經商，或替他種職業，俱不在法律或習慣禁止之列。但明清等朝刑律，俱著有「私出外境及違禁下海」之條（即所謂「海禁」之律）。凡人民希圖出國謀生者，在律俱為犯罪；所以人民的出國自由，在法律上可說是全不存在。此項律文，於道咸以後，已成具文，至清末修改大清律例時且正式宣告廢除。不過此後出國自由的限制雖除，而外人排華的風習又起；所以國人仍不盡享有完全的國際遷徙自由。

第六目 工作自由

（一）工作自由的意義 工作自由，臨時的法稱為營業自由；因為這種自由的意義，就是承認人民得以自由經營任何職業之謂。所以民國十二年中華民國憲法，選擇為「選擇職業之自由」。法國一七八九年人權宣言，初未明白承認這種自由；這或因當時人士，認工作自由只是人身自由的一種必然結果，沒有特別宣示的必要。但法國一七九三年憲法中的人權宣言第十七條，卻有「無論何種勞工，教育，或商業，不得禁止人民操作」的規定；這便是承認人民的工作自由。

（二）工作自由的範圍 個人如果不能隨其性之所好，選擇這一種或那一種職業，個人智識，道德，或身體上的優性，自不免缺乏盡量發展的機會。所以工作自由之必須承認，無待申論。今僅就工作自由與下列幾種問題的關係，以討論工作自由的範圍。

第一，工作自由與奴工制度 國家既承認人民有工作自由，自然應禁止任何形式的奴工制度。凡身體與工

件，於無定期限內，完全受他人支配者是奴工；即令期限有定，然而工作無定，雇主可以自由支配者也是奴工。（註一）奴工的存在，如出於他人的強迫，固與工作自由的原則不能相容；即令爲奴工者自願爲奴，亦應爲法律所不許。各種自由的目的，既在使個人智識，道德，及身體上的優性得有充分的發展，則是以剝奪發展機會的奴工制，自然違反個人自由的原則。就是極端傾向個人主義的斯賓塞爾，也說過：『自由的原則決不是說各人應有不受自由的自由。割讓自由的自由，不是自由。』（註二）十八世紀政治學者，如洛克盧梭孟德斯鳩諸人，亦無不痛詆奴工制度，而力主廢止。雖則法國對於殖民地奴隸營業的禁令，時弛時張，奴工制度之不容存在，在法蘭西第一次大革命時期，即已爲法蘭西人士所承認；其第三年憲法宣言人身不得爲買賣的目的物，就是對於奴工制度的一種否認。（註三）法國一八四八年憲法，並明白規定一切奴工制度，俱不能存在於法國領土以內。美國憲法，經過南北之戰而後，亦設有明文，否認奴工制度。自此而後，奴工制度，不獨爲各國輿論所不容，並已爲一般國家的法律所不許。（註四）

中國常以向無階級制度見稱；但其奴婢制度的普遍，殘酷，與久遠，實在令我們不能如此自誇。

就其普遍的程度而言，中國奴婢制度不獨流布於全國各地，即奴婢的數量亦甚鉅大。奴婢供給的淵源，歷來甚衆：有出自罪犯者（大都爲『緣生』犯，即罪人妻子或其他親屬）；有出自俘虜者；有出自買賣者；有出自『家生』者（即奴婢之子息）；有出自自願『投孫』者。至於數額之鉅，更是可驚。漢元帝時貢禹上疏言『官奴婢十餘萬，遊戲無事，稅良民以給之，宜免爲庶人。』漢代官奴婢（大半即罪犯）之衆，即此亦可概見。漢哀帝即位，因當時王侯官吏及豪富人民，皆養奴婢過多，乃命有司議限制；然即依當時有司所議的限制。

（註一）漢書刑法第十八條正義：『*voluntary servitude*，聯邦及各邦法律俱有 *legally*。這項者俱是期限有定，而工作無定的奴工。』
（註二）Spence, Justice, § 70.
（註三）法蘭西一七八九年的國民議會曾有剝奪奴工的宣言，令奴主釋奴，不收贖金。

（註四）歐洲各國的廢奴，在其本國較早，在殖民地較晚。英於一八三六年始廢殖民地蓄奴；法於一九一一年始有同樣的命令。

制，諸侯王仍得設置奴婢二百人；列侯公主百人；閭內侯，吏二千石，及豪富民，三十人。此則可見當時私人置養奴婢之衆。元魏遼金蒙古入主中國之時，漢人被俘爲奴婢者，數亦極鉅。元清等朝，奴之子孫當然仍隸奴籍，於是『家生』奴婢，爲數萬衆。買賣人口，除特種場合外，雖爲歷來刑律所禁，但實際上買賣奴婢之事，固常爲奴婢供給的主要淵源，而於天災流行，饑饉交臻之時尤甚。

就其殘酷的程度而言，中國歷來法律，大體上亦如羅馬法，擬奴婢於資財，奴婢的人格，在法律上受有極大的限制。爲奴婢者，不獨可由主人售賣，不獨公權如應試出仕權之類，完全被剝；他們的其他權利，亦在在被剝奪或被減削，例如他們的婚姻權便受『良賤不能爲婚』的律條的限制，他們的訴訟權，便受『干名犯義』的律條（即奴僕控告主人，無論屬實與否，俱須受刑之律）的限制，他們的犯罪較諸普通人民須受較酷的刑罰，等等皆是。

就其流傳的久遠而言，則自有史以至清季宣統二年禁革買賣人口條例的出現，中國奴婢制度，在法律上從未消滅，實際上且至今猶存。說者以爲中國奴婢制度的起源，在於懲罰罪犯；此說雖未容深信，而以罪犯爲奴婢，固確爲中國極早極久的一種制度。尚書云『子則孥戮女』，論語云『箕子爲之奴』；說者訓孥爲奴，孥與戮蓋俱含刑罰的意義。如果我們承認周禮所記爲周代的法制，則以罪犯爲奴婢，秋官亦有『男子入於罪隸，女子入於春蠶，凡有爵者與七十者，未配者，皆不爲奴』之文。漢代以後，歷朝刑律，尤有收沒『綠坐』男女爲奴婢之條。清代末年修改大清律例，除『綠坐』之法；數千年來收沒『綠坐』男女爲奴婢之律，始被刪去。清宣統二年頒布禁革買賣人口條例，奴婢買賣以及奴婢名目始獲完全禁止；歷來法律對於奴婢身分所設定的種種限制亦隨而一一消滅。但該條例雖廢止奴婢制度，卻又規定一種長期雇傭制，以爲代替；該條例云：『凡貧民子女不能存活者，准其議定年限，立據作爲雇工。先受雇值多少，彼此面訂。雇定之時，不問男女長幼總以扣至本人二十五歲爲限，祇准減少，不准加多，如屆時十歲不得過十五年，九歲不得過十六年之類；願減少者聽。限滿歸歸本家。……倘雇限以內，主家有虐待情事，准本家繳還未滿工值領回。』在這種長期雇傭制之下，被

僱男女之喪失工作自由，既與往昔的奴婢相似，則其受雇主的壓迫，亦必與奴婢相若；雖說雇限以內，主家如有虐待情事，本亦得裁去罷工俾而後已；然此項條件實際上亦不見得能發生若何效益，因為價值傾向與向官廳證明虐待，俱非貧民力所優爲之事。所以這種長期雇傭制，實際上成了一種變相奴婢制。廢止奴婢制度之時，自然不能不顧及奴婢產生的主要原因——貧民子女之不能存活——然變相並顯，應該是一面完全廢止奴婢制度，一面實施救貧政策，決不能容忍變相奴婢制度的暫存，以爲救貧政策的代替。（註一）民國二十一年修正的刑法將『使人居於類似奴隸之不自由地位者』與『使人爲奴隸者』同科，自是較進步的律條。

第二，工作自由與契約自由 人民有締結契約的自由，爲現代一切文明國家所公認；因爲沒有契約自由，人民不能享有工作自由——即選擇一切職業的自由。所以契約自由也可說是工作自由的一種必然結果。但是契約自由並不是一種絕對的自由，而且應以不妨害全體自由與不違反個人自由的目的爲範圍；否則契約自由的結果，必不免破壞工作自由的目的。所以契約自由決不是說人民可以締結任何契約。

十八世紀人士，本極重視契約上的義務，美國聯邦憲法因有各邦不得制定『損害契約義務的法律』的規定。當時人士尚不只視契約上的義務爲神聖，他們似乎還以爲工作契約的條款，概可由契約當事者自行決定，不容國家法律，設定限制。誠然，奴工契約，他們亦認爲應該必須禁止；可是除此而外，國家就該容許人民自行決定工作的條件。所以契約自由也可說是十八世紀人士所認爲應有的一種個人自由；不過契約自由這個名詞，未及納諸當時的人權宣言或憲法罷了。

近數十年來，一般人士，目擊工業革命後勞工的苦況，乃承認契約自由，必須加以較大的限制。可是最初大家還以爲國家的干涉，只能及於婦女與兒童的工作契約；對於成年男子的工作契約，國家仍不應干涉其內容。今則這種理論亦已爲一般人所唾棄。蓋在事實上，工人決難與雇主立於平等的地位；工人是無產階級，除

（註一）關於以上所述，可參看亞歷山大·中納奴隸制度，北京大學社會科學學院，第三卷，第三號；及邊際，中國社會科學院，清華學報，第二卷，第二期。關於清代禁革買賣人口條例，看大衛道新法令（國醫印書館，宣統二年），第十二冊五十八節。

了憑藉他人的資產不能工作；不能工作，即不能生活。在這種狀況之下，工人對於雇主，自無相等的抵抗能力。所以，工人與雇主訂立工作契約時，往往不能不承諾雇主所提的苛刻條件，而使他們身體，知識，或道德上的發展，遭受重大的損害。晚近一般國家的法律，對於各種工作契約，設為工作時間，最低工資等限制，對於特種工作，甚或完全禁止童工或女工加入，就是基於這個原因。（註一）這些限制不獨為工作自由的原則所容許，並且為工作自由的原則所要求；因為自由的原則，決不容任何人行使他的自由以損害他自己。這不僅是晚近社會主義者所抱的見解；就是十九世紀的個人主義者如彌勒（Mills）等人，亦已有相似的主張。（註二）

第三，工作自由與職業團體 歐洲各國，自中世紀以降，從事於工商業及其他職業的人，在各城市大都各有一種基爾特（guild, corporation de métiers），以維護同業的利益，與吾國各地的行會性質相似；凡欲加入一種職業之人，事實上並且非加入該業的基爾特不可。所以人民工作自由，實受基爾特的限制。法蘭西大革命發生後，因即勵行禁止一切職業團體；十九世紀前半期，歐洲各國勞工組織之所以遭受完全的或部分的禁止，基爾特制度的陳迹未始非一重大原因。但從理論上講，法律雖可不許職業團體有禁止外人從事該團體中人所操作的職業的行為，國家卻不應因此而遂禁止任何職業團體的存在。國家的法律，當一面承認從事各種職業者，為謀同業的利益，得以組織職業團體，如今之所謂工會（trade unions, syndicat）之類；一面更承認人民之從事某某職業者，有加入職業團體及不加入職業團體的自由。工作自由的原則之所要求者，只是如此；一般國家晚近法律之所規定者，亦大率如此。但為保持工人對於資本者的對抗能力起見，各國法律亦有強制工人加入工會者。

第四，工作自由與特種職業的取締 依據工作自由的原則，人民雖有選擇各種職業的自由，然國家對於特

（註一）中華民國師政時期約法第三十八條規定：『人民有締結契約之自由；在不妨公共利益及善良風化範圍內，受法律之保障。』民國十八年十月三十日工務法對於童工及工作時間等更設有嚴厲限制。

（註二）參見 J. S. Mill, Liberty, etc. v.

種事業，倘因其關係公共的安全與秩序，或因其關係人民的衛生或其他利益，限定須有特殊資格者始准加入該種事業，甚或禁止私人經營該種事業，而留待國家經營，卻不得認為違反工作自由的原則。(註一)如酒業，教師業，律師業，醫師業，助產士業之類，因與一般人民的衛生或其他利益有重大的關係，文明國家的法律大都設有資格，以限制人民的經營；又如火柴業，軍械製造業，因攸關全國的治安與秩序，許多國家亦設有嚴重的限制，甚或完全禁止私人經營。這類限制，都可以說是保護人民全體自由之所必需，與工作自由的根本精神初無抵觸。

第七目 意見自由

(一)意見自由的意義 意見是個人精神上的事情，不獨非法律所宜干涉，並且非法律所能制裁。所以承認意見自由，不是承認思想自由；因為思想自由，初無須乎法律的承認。所謂意見自由，只是表示意見的自由。國家所以必須承認個人享有這種自由，無非因其可以給人民以交換知識與思想的機會，並可以促進人民智識與道德的發育。近代文化可以說是完全建築在意見自由之上；倘人民無意見自由——尤其是意見自由中的出版自由——則科學，藝術，商業種種方面，固無從進步，而近代地廣人衆的民治組織，亦決不可能。說者謂古希臘羅馬的民治制度，只能行於地域極小的城市國家，而近代的民治制度卻能行於地廣人衆的大國者，即因一無報紙，一有報紙之故。

(1)意見自由的種類 國人常有稱意見自由 (freedom of expression, liberty of opinion) 爲言論自由者；然言論自由 (freedom of speech) 的意義實甚狹窄，不足以包括意見自由的全部。臨時約法及十二年中華民國憲法俱承認人民有言論，著作，及刊行三種自由。(註二)這三種自由，自然都是意見自由；凡意見之以口語表

(註一) 頭政時期的法第七條即根據於這原則。

(註二) 頭政時期的法中作『發表言論及刊行著作之自由』，將刊行及著作二者混視。民國二十五年立法院通過的中華民國憲法草案作『人民有言論，著作，及出版之自由』，意義較嚴。

示着爲言論，而這種表示的自由，便是所謂言論自由；凡意見之以文字圖畫表示者爲著作，而這種表示的自由，便是所謂著作自由；凡意見之以印刷的文字圖畫表示者爲刊行的物，而這種表示的自由，便是所謂刊行自由。法國一七八九年人權宣言第十一條，亦以言論，著作，刊行三事並舉。精細的說來，刊行自由不能不包括言論自由與著作自由；所以本目下面所述，僅以刊行自由爲限。

意見自由，除卻言論，著作，及刊行自由而外，亦尚有其他種類。教學自由，演戲及講演自由，廣播自由，秘密通訊自由，信仰自由，及聚會自由等等，蓋無不可看作意見自由。關於秘密通訊自由，信仰自由，及集會自由諸問題，將於本節第八至第十三目另行討論；本目以下所述，除卻刊行自由而外，當略略論及教學等各種自由。

(三) 刊行自由 出版事業，在歐洲文化中，本來是比較晚出的一種事業。中國木版印刷，自隋即興，自唐已盛；即活字印刷，說者亦謂北宋時已有泥塑活字版的行用。歐洲的活字印刷，只創自十五世紀中葉；即其木版印刷，亦直到十四世紀歐洲紙業出現時，始行出現。中國對於文書的出版，歷來俱採事前放任，事後干涉主義；歐洲諸國，則於出版事業創始時，即採取檢查制度。直到十七世紀以後，刊行自由，乃漸爲學者所鼓吹，（註一）然除英吉利而外，歐洲各國刊行自由的實現，大都仍是十九世紀後半期或二十世紀初期之事。

關於刊行自由的範圍，我們可以分作三層討論：（一）出版的手續；（二）文字圖畫的範圍；（三）違法出版物的處分。

第一，出版的手續 就各國過去或現行的法律而言，其關於出版手續的規定，要而言之，不外兩種制度。一爲預防制（*systeme preventif*）。在這種制度之下，凡出版物不特於出版以後，須受法律的制裁，即於出版以前，亦須受警察機關的干預。所以這種制度亦稱警治制度。又一爲追懲制（*systeme repressif*）。在這種制度之

（註一）米爾頓（Milton）於一六四四年出版的“*Areopagitica, a Speech for the Liberty of Unlicensed Printing*”一書，英人大抵認爲提倡刊行自由的最先作品。

了，凡出版物於出版以前，毫不受任何機關的干預，僅於出版以後，受法律的制裁；換言之，凡出版物的違法者，於出版後始須依法律的規定，而受懲罰。所以這種制度亦稱法治制度，英美兩國久已採用這新制，在歐洲大陸，則預防制度，流傳甚久，且亦甚為普遍。

預防制度的目的，無非欲假藉行政機關的干預，以預防人民之濫用出版自由。然既採用此制，則誰又能保障行政機關不濫用其干預權，以束縛人民的言論？且人民的普通行為，實亦只於行為發生而後，始受法律制裁，事先固大率不受任何機關的干預；今人民於刊行出版物以前，預經行政機關的一度干預，亦實與法律上的普通原則相反，故在英美等自由國家，刊行自由 (Freedom of the Press) 這個名詞，在一般人見解中，只是個人得以書籍，報紙，告白等印刷物，傳達思想與知識於他人，而於刊印及發行時，不受政府檢查，或特許，或其他干預的意恩。

預防制嚴厲的程度，則隨其所採的預防手段而異。

預防制中的最嚴酷者，自為檢查制 (Censorship)。自十六世紀而後，歐洲許多國家（尤其是英法兩國）對於刊行自由，常採兩種干預：一為對於出版業的干預，一為對於出版物的干預。他們對於出版業——印刷業或發行業——則限定須經國家特許的機關或公司經營；對於出版物，則施行一種檢查制度；凡出版物，非於出版以前，預經政府檢查機關 (Censors) 檢查核可，不得出版。這兩項干預，在英國雖於一六九五年以後，即已消滅，但在歐陸其他諸國，則雖在十九世紀期內，亦常見有檢查制的存在。法國一八三〇年革命的重要對象之一即為檢查制。到了二十世紀初年，則一般國家的憲法或法律，大率已明禁檢查制度；在承平時期的，蓋已不認其有存立的餘地。但是遇到作戰時期，則檢查制又多恢復。在一九一四至一九一八年歐戰期內，歐洲大陸各國，甚至英國，俱設有檢查報紙的機關，只有美國是例外。美國憲法禁止國會剝奪人民言論及出版自由的法律，所以即在戰時，殆亦不能設立檢查出版物的機關。（註一）

（註一）美國於一九一七年有 Espionage Act，一九一八年有 Sedition Act 皆以取締妨害作戰的言論及出版物為目的。該兩法初未設有

檢査制，但一部分學者已認爲兩法與爲廢止案第一條抵牾。參見 N. Chafetz, Freedom of Speech (1920)。關於歐戰前內各報刊行自由概況，可參看王世杰，『現代之出版自由』東方雜誌，第二十一卷，第一號。又 Encyclopaedia Britannica (14th edition), Article on "Censorship"。

但近年以來，刊行前的檢査在歐洲又成爲習見的制度，而對於新聞紙爲尤然。蘇聯新聞事業向由國家經營，本無所用其檢査；但意德兩國政府則事實上常有檢査新聞紙及雜誌的舉動，雖則他們尙無明設檢査制的法律。奧國一九三四年新憲法則更明許檢査制的存在（第二六條）。

次於檢査制者爲特許制。這是有些國家曾經採用以爲檢査制的代替者。在這種制度之下，報紙及一般的出版物，雖不受檢査，但報紙的開辦，則須預得警察機關的特許。例如拿破崙三世時代的法國及今日的意大利（註一）俱採這種制度。特許制雖較檢査制稍爲和緩，然其足爲行政機關束縛人民言論的危險武器，亦甚顯然。今之自由國家，亦無不否認這種制度。

就各國先例而言，對於報紙的出版，尙有以保證金制與特許制並行者；法國於拿破崙三世時代便是如此。在這種制度之下，凡開辦報紙之人，事先既須預得警察機關的特許，並須預繳若干保證金（cautionnement）。在十九世紀期內，別國中亦頗有模倣法國的保證金制者。日本現行新聞紙法（明治四十二年頒布），雖未採檢査或特許等制，亦尙存有保證金制，凡在大都市發行關於時事的新聞紙，其應繳的保證金，至達日金二千圓。保證金制，一方面既足阻遏報紙的成立，一方面對於已經存立的報紙，亦足影響其言論，因爲政府既持有保證金，則懼政府或法庭之沒收保證金，自爲主持報紙者必有戒心，因是報紙對於政府的評論，便或不免過於怯懦。法國及一般自由國家的法律，今已廢止保證金制；比國憲法，且以憲法條文明白禁止。（註二）

（註一）意大利一九二五年十二月三十一日的法律規定，凡報章雜誌的負責人須得政府自認可，其投稿人則須預在法西斯黨部登記。屬我們的分類方法，這種制度自是特許制，但在事實上政府及黨部仍有刊印印局字樣者。

（註二）一九二一年比憲第十八條第一項云：『刊行應任自由；檢査被認不得存在；對於著作人，發行人，或印刷人，並不得索繳保證金。』

預防制的最輕者爲報告制。報告制與特許制有別。如行特許制，則出版人於出版前，不獨有報告警察機關的義務，且須得其特許；反之，如行報告制，則出版者雖有報告警察機關的義務，警察機關卻無拒絕其出版之權。報告制的目的，在使警察機關得預知某種出版物將出現，而予以注意；故其性質，亦可謂爲一種預防手段，惟不像上述之特許制之自負其責。然如適用於一切出版物，則其束縛刊行自由，實亦不可忽視。現時法國所行的報告制，亦僅適用於報紙，而不適用於書等及其他出版物；換言之，即凡報紙的出版，於該報成立之時，必須報告警察機關一次；他種出版物（例如書籍），則可逕自出版。這種報告制，既僅適用於報紙，且僅適用於報紙成立之始，實際上殆不發生如何的束縛。

第二，文字圖畫的範圍。出版物所載的文字圖畫究應有如何的限制？何種文字圖畫便應認爲合法，何種便應認爲非法？這便是文字圖畫的範圍問題。就理論與各國法律言，關於出版物的記載的限制，可說是含有兩類：其一爲保障社會全體利益而設的限制，其二爲保障私人利益而設的限制。

（甲）爲保障社會全體利益而設的限制。這種限制，即在近今自由國家，仍然不能一致。就理論言，這種限制の規定，未嘗不可有一個適當的標準。這個標準便是：凡出版物的記載，如僅係一種意見，便不能構成一種非法行爲；必其記載的本身，已經構成妨害社會全體利益的事實，始應認爲非法。法人嘗謂出版法中不應含有所謂「意見罪」(Opinion)者，蓋即此意。惟意見罪與非意見罪，殊不易抽象的立爲界說。今姑舉若干例子，以明二者間差別的大概。

各國法律，爲保障社會全體利益起見，固皆承認記載下列各種情事爲犯罪：如敗壞風紀的淫辭淫畫，鼓勵人民暗殺強烈的言論，揭示軍事外交的絕密文件，揭示法院未經公布而應秘密的案件，散布知其爲僞而有害公安之謠言等等。上列記載，其本身實已構成一種危害社會全體利益的事實，故認他們爲犯罪，自不得以爲意見罪。反之，如承認攻擊團體的言論爲犯罪（從前許多國家俱如此），或諷刺元首的言論爲犯罪（今之君主國家尙大率如此），或諷刺宗教的言論爲犯罪（英美法中至今尙有所謂誹謗耶穌教罪(Misphemy)），或離開社會

各階級間感情的言論爲犯罪（如德國一八七〇年刑法第一百三十條及其一八七四年出版法之所規定），便爲一種意見罪。就理論言，這種政治的或宗教的意見，原不妨任其自由表示；苟加禁止，縱或有裨於一時的秩序，然人輿思想與組織，或又無從改善。且對於此種意見的表示，嚴加禁阻，事實上能否有裨於一時的秩序，有時亦屬疑問。

（乙）爲保障私人利益而設的限制 各國法律，爲保障私人的利益起見，對於出版物類皆設有幾種重要的限制：其一，出版物不得有妨害私人安全，名譽，信用，或秘密的記載，違者犯罪。在多數國家，這種記載，就令屬實，有時亦可構成犯罪行爲。（註一）其二，爲「答復權」（或稱「更正權」）的設立。凡報紙記載的涉及私人名譽，信用，或安全者，該報對於當事的私人，便負有登載他的辯正函件的義務。這種義務，便構成當事者的答復權。答復權的行使，既較訴訟爲簡便，而答復函件的功用，有時且較訴訟爲敏捷而宏大；所以答復權的規定，極形重要。其三爲著作權的承認。著作權原爲國家鼓勵私人著作的一種政策，當然爲保障私人利益的一種工具。

第三，違法出版物的處分 凡違法的出版物，究應由何種機關，採何種程序，並依何種原則，施以處分？這便是違法出版物的處分問題。

所謂處分的機關問題，便是警察官廳應否享有直接處分權的問題。所謂警察的直接處分權，即警察機關，對於他所認爲違法的出版物，可否不預經法院的審判，而逕行沒收出版物，停止出版，或封閉出版機關等等處分之權。就原理言，警察的直接處分，無論爲沒收，封閉，或停止，俱無充分理由可資辯護；因爲警察如有此

（註一）有些國家，對於妨害私人名譽的言論，不敷事實的有無，一概處罰；例如日本刑法。這自然是過於苛罰。有些國家，卻又爲相反の規定；只要言者能證明事之真實，便不處罰；例如德國刑法。這也許不免太寬。多數國家，係採一種折衷制度；對於與公益無關的誹謗，則不爲真偽而一概科刑；對於有關公益的誹謗，則承認誹謗者得以舉證；例如法國現行出版法（一八八一年頒布），一面承認妨害私人名譽的誹謗，虛不同真偽而一概科刑；一面承認誹謗公務員的人，則得因其所言屬實而不受罰。這是因爲公務員的人格，直接與公益利益有關之故。中國現行刑法第三百十條亦做此意。

權，便無異兼有執行法律與解釋法律之權，必至擅專行事，絕少顧忌。即僅就實際利害言，不獨封閉處分，關係甚大，即停止，沒收等處分，有時亦大足影響報紙未來的營業與生存；倘以此權付諸警察，報紙事業實處於極危險的地位。所以，現今各自自由國家或完全否認警察享有直接處分權，或則僅承認警察有極狹小的直接處分權。(註一)沒收，停止，封閉等處分，在原則上，惟依司法機關的命令始能實施。換言之，這些處分，是司法機關的職權，而不是警察的職權；屬於司法處分的範圍，而不屬於行政處分的範圍。

所謂處分的程序問題，最要者，即出版物訴訟的審判應否由普通人民——即陪審人員——參與的問題。對於出版物訴訟，一般國家，已俱採用陪審制度；蓋出版訴訟，最易演為政府壓迫人民的武器；倘採用陪審制，政府便不易橫加壓力；因為陪審人員，既為普通人民，而非常任官吏，其仰承政府意旨的可能自不至如普通法官之大。(註二)有時因律文限制言論過嚴，陪審制且有幾分調劑作用；因為陪審人員，既為普通人民，其嚴守律文的習慣，自必較過於一般法官，對於被告人民，或易為寬大的處置。例如英國法律雖亦設有誹謗罪(Blasphemy)與誹謗國家罪(Scditions libel)等意見罪，而這種律條實際上未易演為政府蹂躪意見自由的利器者，陪審制的存在即其一因。(註三)惟是陪審制雖可有這種良好功用，亦尚有許多流弊；權衡利害，究否宜於採用，固尚有討論餘地。但該項討論，屬於刑事民事等訴訟法的範圍，故這裏不必論及。

所謂處分的原則問題，最要者便是違法出版物的責任問題。出版物之含有違法記載者，其責任果應誰屬？這問題的解決，有互異的英比兩制為例：英制認著作人，編輯人，發行人，印刷人，甚至代賣人，對於出版物的違法記載，俱須負責。英制的理由，無非欲令違法出版物，與普通犯法行為，完全立於平等地位；因為對於

(註一)例如法國現行出版法，便僅承認警察對於絕約的圖書有沒收權；對於其他任何出版物，仍無沒收權；至停止封閉等權，則全未賦予警察官署。但意德法則賦予警察及行政官署以處分的大權。這一九二五年十二月三十一日的法律權州委以警告，沒收，暫停出版，及禁止再版等權。

(註二)例如法國一八八一年出版法即規定凡為讀者譽頌之涉及公務員(國會議員包括在內)者，即由陪審法院受理。

(註三)參見 Drey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1915), ch. vi.

普通犯法行爲，一切參與犯法者均須負責。比制則認違法出版物的負責者只有爲首的一人；爲首者應爲著作人；著作人不可查知時，則由編輯人負責；無編輯人時，則由印刷人負責；印刷人不可查知時，則由發行人負責。（註一）比制在使著作人的言論不致受編輯人，發行人，或印刷人的阻撓；因爲他們如須與著作人同負責任，則著作人的言論，實際上便不免要受他們的檢查。對於一般出版物，如圖書廣告之類，比制殊被英制爲完善；惟對於報紙，則比制未必適當；因爲報紙的經理人或編輯人，對於報紙中的文字圖畫，是應注意而且能注意的；實際上報紙上的文字圖畫，也大都足曾經他們審定或指導而發表的。他們的責任，決不能受著作人責任的掩護。依法國現行出版法的規定，報紙的經理人，關於報紙的違法記載，轉立於主犯地位；著作人僅得視爲從犯。這自然是比較公允的辦法。

以上係從理論及各國實例兩方面，討論刊行自由的範圍。以下將取中國歷來關於刊行自由的各種法令，爲簡括的說明。

中國歷來對於出版物，俱採事前放任，事後干涉主義；直至清季，尙無所謂檢查，特許，保證金等預防制度。文字之獄，有時誠亦甚酷；清康熙雍正乾隆三朝，士林及官吏之以摺奏，著作，或出版物買禍者尤爲衆多；然亦不過事後追懲，事前干涉的制度則未嘗存在。事前干涉的法律，始於光緒三十四年的律律。（註二）該律大體上係依照日本舊新聞紙條例（於明治四十二年廢止）。對於報紙的成立，既設有報告官廳及繳納保押費兩條件；對於報紙的發行，不論爲日報或非日報，並設有檢查手續。該律第七條云：『每日發行之報紙，應於發行前一日晚十二點鐘以前，其月報，旬報，星期報，問日報等類，均應於發行前一日午十二點鐘以前，送由該管巡警官署或地方官署，隨時查核辦理。』這便是該律所設的檢查制。這制制度，不獨使辦報者感爲困苦，

（註一）比憲第十八條第二項云：『著作人已知而且住居比國時，則發行人，印刷人，或發賣人俱不受控告。』比國刑法對於本問題尙有詳細規定，看 *Etrenu, Traite droit public belge* (1918), 76-77.

（註二）該律全文見大術光緒新法令（商務印書館，宣統元年），第九卷。

即執行該律的官署亦不勝檢索之煩。所以該律施行一年以後，民政部即有請求酌予修改的奏摺。（註一）至於該律對於違法者所設的各種處分，如罰金，及禁止發行之類，究應由何種官署決定，該律初未明白規定；但各省審檢廳，當時既未完全成立，這類事件，事實上自然全係由行政衙門任便判斷。

民國成立，臨時約法既承認人民有言論著作刊行的自由，清末的報律於理當然不復可以存續。然臨時約法第十五條既稱約法所載人民的權利，『有認為增進公益，維持治安，或非常緊急必要時，得依法律限制之』，一則以法律來限制人民各種自由，實際上殆無一定的範圍；因公益治安云云，都是些寬泛而無邊際的名詞。民國三年，袁世凱政府為箝制言論起見，曾頒行兩種關於刊行自由的法令：一為民國三年四月二日的報紙條例，又一為民國三年十二月四日的出版法。（註二）報紙條例所規定者，為報紙的出版；出版法所規定者，為報紙以外的『文書圖畫』的出版。

報紙條例，對於報紙的出版，係兼採特許與保證金制；即凡日刊，不定期刊，週刊，旬刊，月刊，年刊的出版，須於出版前預得警察機關的認可，並繳若干元的保押費。對於報紙中文字圖畫的範圍，該條例設有下列八種禁條：

- 一 淆亂政體者；
- 二 妨害治安者；
- 三 敗壞風俗者；
- 四 外交軍事之秘密及其他政務，經該管官署禁止發載者；
- 五 預審未經公判之案件及訴訟之禁止旁聽者；
- 六 國會及其他官署會議按照法令禁止旁聽者；

（註一）民政部奏請修正報律條文摺，見大清宣統新法令，第九冊。

（註二）以上兩種法令全文，見政府公報，或法令大全（國務印書館，民國四〇）。

- 七 煽動，曲庇，贊賞，救護犯罪人，刑事被告人，或陪審刑事被告人者；
 八 攻訐個人陰私損害其名譽者。

上述第一項認『淆亂政體』的記載為非法，便是割切承認意見之足以構成犯罪。第二項『妨害治安』云云，詞旨空泛，亦易入人於罪。至該條例對於報紙所設的罰金及停止發行等處分，警察官署雖享有直接決定與執行之權，但以報紙遠反呈報手續，不繳保押費，及不經特許而發行等場合為限。報紙的文字圖畫，如果違反該條例所定的範圍，其處分權仍屬於司法官署。關於答復權及報紙文字的著作權，該條例亦俱有明文承認。

報紙條例於民國五年黎元洪復職為總統後，即被廢止。嗣後北京政府從未製定關於報紙的中央法令。所以自該條例的廢止起，至民國十五年一月止，報紙以及其他『文書圖畫』的出版，俱係受出版法的支配。出版法原僅規定報紙以外的『文書圖畫』的出版，故對於出版的手續僅採報告制，而無檢查，特許，保證金等苛刻條件。該法對於文字圖畫所設的範圍，亦與報紙條例所設的八款大致相同。十五年一月，因各方面的嚴重反抗，出版法亦由段祺瑞政府以明令廢止。

出版法廢止以後，全國刊行自由，在法律上只受暫行刑律支配，不復受任何特別法律支配。但京師警察廳，於民國十四年四月朱深為廳長時代，對於北京地面，尚頒有一種廳令，名為管理新聞營業規則，其限制報紙及通信社的成立，較之報紙條例尤酷。此項廳令，後雖微有修改，然嚴酷的程度，終北京政府的時期，沒有大減。

國民政府定都南京後，又於民國十九年十二月十六日頒佈新出版法。該法所稱出版品包括新聞報，雜誌，書籍及其他出版品。在大體上，該法與法國一八八一年的出版法相同，因為該法對於新聞紙及雜誌採報告制，而書籍及其他出版品則可以自由發行。但按照新出版法，出版品除禁登禁止公開訴訟事件的辯論外，並不得為左列各款的記載：

- 一 意圖破壞中國國民黨或三民主義者；

二 意圖顛覆國民政府，或損害中華民國利益者；

三 意圖破壞公共秩序者；

四 妨害善良風俗者。(註一)

上述種種事項，如任令登載，本足以妨害社會安寧，所以此項禁止不能認為苛刻。且照民國二十年的訓政時期約法，「發表言論及刊行著作之自由」本可以法律限制(第十五條)，所以出版法亦並未違反約法。但該法更規定，如有違法的記載，內政部尚得輕則糾正或警告，重則將違法的出版品予以扣押。這種行政處分，如施之於定期出版品，頗足以影響其營業，所以於出版自由甚為不利。

但是，中國新聞紙之出版，尚應受若干種檢查辦法的管轄。(註二)根據這些辦法，凡重要都市的新聞紙，概須先受檢查，然後始可發行。

至於出版法一類法律之應否存在，則是另一問題，論者亦不一其說。依據英美等國成例，人民的言論，著作，及刊行等自由，只受刑事法典所設的限制，而不受任何其他特別法令的拘束；所以英美等國於普通民刑法而外，不別立報紙法或其他出版法。一九一九年的德國憲法，且規定意見自由的範圍，僅能以普通法律來設立(第一一八條)。(註三)英美人士遂大都不贊成特別法的存在。他們以為凡履行這種特別法的國家，大體上係

(註一)法蘭西一八八一年出版法並未特設出版罪，有那類行為者，概依普通刑法辦理。但嗣後有幾個單行法，對於出版品之宣傳無政府主義或妨害善良風俗者特別定有罰則。

(註二)重要者如下：(一)中央執行委員會常務會議二十二年九月二十一日通過的修正重要都市新聞檢查辦法。(二)同機關二十二年十月五日通過的修正新聞檢查標準；(三)中央政治會議二十三年二月十四日決議：「在檢查期間，如新聞紙有不願檢查者，軍政機關得予以一日至一星期停版之處分，及其他必要之處分。」此外，各地黨政軍機關，亦常有既成的單行辦法。

(註三)民國十一年各省憲法或憲法草案，亦大都依此精神，有所規定，例如民十一兩章第十一條云：「人民在不抵觸刑事法典之範圍內，有用文字，語言，圖畫，印刷，及其他方法，自由發表意見之權，不受何種特別法令之限制，或檢查機關之侵害。」但關於傳習第一一八條所說的「普通法律」，解釋亦並不一致：有謂係指普通刑法而言，故出版法等法律，即為違憲；有謂如出版法等法律對於一切人民有

束縛力，亦可謂為普通法律。

對報紙或其他出版物增加束縛，如設立出版的手續，給予警察機關以停止發行，與沒收出版物之權等等。如果人民的刊行自由，只受普通刑法的支配，這些箝制自然都不存在。不過，特別法固可以增加刊行自由的束縛，但亦可減少刊行自由的束縛。這可以英國的刊行自由為喻：依照英國刑法的原則，凡參加一種犯群行為之人，須各負刑事責任；所以著作人，編輯人，印刷人，甚至發行人，對於一種違反刑律的出版物，在英國制度之下，亦不能不各負刑事責任；因為英國人民的刊行自由，係受普通刑法支配，而不受任何特別法支配。在歐洲大陸各國，則這種責任，往往於特別法中設有特別規定，普通刑法的束縛，轉獲減輕。所以嚴密地說，各國關於刊行自由特設的法律，亦不盡在增加刊行自由的束縛。

(四)教學自由 歐洲各國尚有於憲法中特別規定教授與學習自由者。這種自由，學者固有純然為意見自由的；嚴格地說，與其說是意見自由，毋寧說是意見自由與工作自由的合併。

教學自由問題在十九世紀上半世紀最見重要。其原因有二。第一，歐洲中古時代的大學本為執有特許狀的一種社團，所以享有高度的自由，教者可以自由講授，而學者亦可以自由研究，幾乎不受君主的干涉。這就是所謂學校自由 (academic liberty)。但在維也納和議以後，專制潮流波及歐洲大陸全部，學校自由發生重大危險。所以各國於成立憲法時，輒有將教學自由特予規定者。第二，在十九世紀以前，歐洲各國的教育大抵由教社經營。及後國家設立公共學校，並施行強迫教育時，輒干涉教社所設學校的課程及訓練等等，甚或根本禁止教社所設學校的存在。教社為自衛起見，遂倡教學自由的口號。

但是，國家權力既日在增加，而教育又為國家主要的職務之一，不論大學或教社，自然俱不能永久抵抗國家的干涉。大學的教學自由固日在縮小，即教社的教育權亦有減無已。至在中國，則因歐洲各大學及各教社的背景並不存在，故教學自由問題更不發生。即民國十七八年政府取締教社所設學校最嚴厲時，教社似亦未嘗以教學自由為號召。

(五)演劇自由 各國大抵以劇本與書籍同樣看待，但在開演以前，大抵須經檢查。惟檢查方法各國互不一致。有根據憲法者，例如奧國；有根據特別法令者，例如法國；有根據數百年的成例者，例如英國；有由社會團體檢查者，例如美國各邦；有由黨部執行檢查者，例如中國。(註一)

對於電影的映演，各國的法律在大體上亦採檢查制。因為電影的影響比戲劇尤為廣遍，所以檢查較為嚴厲。德國一九一九年憲法，本類一般的檢查制，惟獨對於電影，則國會可以制定任何適當的法律，以防流弊；換言之，即檢查制亦可設立。中國亦有電影檢查法。(註二)

(六)廣播自由 意見自由中的言論自由在昔常與集會自由混而為一，因為無集會便無所謂言論。但自有廣播無線電臺後，不集會亦可以有言論。各自由國家對於廣播，除技術方面的必要限制（如廣播電臺甲不能擾亂廣播電臺乙等等）外，大都採絕對自由主義。但德意等國獨或國家則禁民營電臺作關於政治問題的廣播。中國現制，政府於必要時得制止民營電臺播發新聞；民營電臺依法亦不得「擾亂或妨害國有海陸空及公眾通信電臺之業務」。(註三)

第八日 通訊秘密自由

通訊秘密自由，即人民函件與電信的祕密，不受任何官吏或任何私人侵犯的意思。本來，電信傳遞事業，如由私人經營，則書信秘密自由，即不於憲法或其他公法中特加規定，亦或不易遭受侵犯；因為傳遞者之必須保持秘密，儘可成爲通訊人與傳遞人間的契約條件。然現代國家的郵電事業，既大都由國家專營而不許私人經營，通訊秘密自由倘無憲法爲之保障，便難免遭受國家行政機關的侵犯，或立法機關的剝奪。所以各國憲法往往(註一)美國：一九三四年憲法第二十六條。法國：依照一八六四年的命令，郵政可以自專設立，但則本則須經過檢查；在巴黎者歸教育總務部負責檢查；在外地者，歸州長負責檢查。自一九〇六年起，教育總務部派派委員，依法定檢查，已同虛設。但郵政干涉之權甚大，實際上仍有檢查。英國：在倫敦者向由內務大臣派員檢查，在外地者不受檢查。中國：則本經郵部核准後始能開演。

(註二)民國十九年十一月三日的法律。

(註三)參看交通總局二十一年十一月二十四日的民營廣播無線電台暫行取締規則。

往特設通訊秘密自由的規定；中國臨時約法及訓政時期約法亦有這種規定。

但各國法律對於通訊秘密自由，亦不能不設爲若干種例外：如未成年者的書信，得由其家長或監護人拆閱；如嫌疑犯的書信，得由法庭拆閱（但各國法律，即對於這類書信的拆閱，亦往往設有嚴重的限制）；如含有課稅物的嫌疑郵件，得由郵局令寄信人或受信人拆示其內容；如無法投遞之郵件，郵局得拆閱內容，以尋覓原寄信人的地址等等。

第九目 信教自由

信教自由問題，在吾國雖不甚重要，但在歐洲一般國家，則向爲重大問題。有許多國家，甚至不能不在憲法條文中，爲極冗長的規定；如瑞士憲法及一九一九年德國憲法即最顯之例。

(一) 信教自由的意義 歐洲人士的自由思想，大半爲十五六七世紀宗教壓迫的產物；人民因不堪宗教壓迫，民權之說遂應時而起。信教自由當然爲十八世紀美法革命時代人士所重視。然則所謂信教自由者，其意義究竟如何？一切的宗教，都可說是含有兩個元素；一爲宗教的信條，一爲宗教的儀節。承認人民有信教自由，便須承認人民有兩種自由；換言之，信教自由，實含着兩種自由。其一爲信仰自由 (Freedom of conscience)，即人民有信仰任何宗教與不信仰任何宗教的自由。所謂信仰，即對於宗教的信條而言。其二爲禮拜自由 (Freedom of worship)，即一方面任何信教人民有履行其本教儀節的自由，一方面國家又不得強迫任何人民履行任何宗教的儀節。所謂禮拜自由，蓋即指宗教的儀節而言。

(二) 信教自由的範圍 信仰自由，與工作等自由有別；我們承認個人有工作自由，只是承認個人有選擇一切工作的自由，不一定是承認個人有工作與不工作的自由。依據晚近傾向社會主義的憲法，那些自由只是一種相對的權利，法律對於享有那種權利的人，還可令其完成一種義務，有工作的自由者於是亦有工作的義務。但是信仰自由卻可以說是一種絕對的權利，——至少在現代如此；因爲國家不但不能強制人民信奉某種宗教，並且不能強制人民信教。信仰自由，是信仰與不信仰的自由。不但如此。爲徹底實現這種自由的目的起見，國家

不獨不當強制人民信教，並且不能採取任何方法，鼓勵人民信奉某種宗教，或禁止人民信奉某種宗教，或一切宗教。（註一）換句話說，國家對於信仰自由問題，應該完全採取超然中立的態度，而不當有任何種的干涉。

信仰自由，本是個人精神上的事情；個人的信仰或不信仰，既非他人所得而知，實際上亦自非法律所得而制裁。法律的干涉，只能及於個人對於宗教問題之表示。這種表示，不外是言詞的討論，與宗教儀節的履行或不履行。前者屬於意見自由問題；後者屬於禮拜自由問題。意見自由的範圍，上面已經論及。禮拜自由只可以有兩種限制：一則禮拜的儀節須不妨害公共的安寧；二則須不妨害善良的風紀。在不妨害公安及善良風紀的範圍以內，國家對於任何宗教的儀節，亦不當有所干涉。

現在我們根據以上所述，來討論與信教自由有關係的幾個問題：

第一，信教自由與參政權及其他權利 在耶教及回教的國家，其現行法律或其過去的法律，對於信奉異教的人民，往往有剝奪其參政權，或其他權利之事；即如猶太教人之在英國，亦遲至一八五八年，始取得衆議院議員的被選舉權。這種規定，不獨違反信教自由的原則，抑且顯與人民平等的原則不相融洽。所以現代各國憲法，多以明文聲明人民權利，不因其宗教信仰而有差別。

第二，信教自由與宗教經費 現時歐洲許多國家，尙有對於特種宗教，或對於各種宗教，由國家助以經費者；然既承認信教自由的原則，則其邏輯的結果，國家對於各種宗教的待遇，殆非採取平等的與超然的態度不可。果然，則國家以國帑津貼特種宗教，固失平等超然之義，即令國家以國帑津貼一切宗教，亦與平等超然之義不合；蓋國帑原爲全國人民的負擔，全國人民初不盡爲教徒；國家倘以國帑津貼宗教，便等於強迫不信教者，負擔宗教經費，等於鼓勵人民信教。這仍逃不了不平等與不超然的弊病。

第三，信教自由與教育 歐洲在中世紀時期內，教育事宜，幾完全操諸教社之手；嗣後雖逐漸脫離教社，

（註一）憲法於法律上不禁宗教團體的存在，但在事實上，則對宗教團體加以種種限制，故事實上應無信仰的自由。

然許多學校中，尚有強迫學生練習特種宗教的教義之事。晚近以來，許多國家，經過重大的教訓，始於法律或憲法中，禁止任何學校強迫人民練習特種教義，甚或禁止國立義務教育學校設立任何宗教科目（法國現行法律便是如此）。至國家既承認信教自由，便須對於宗教問題採取超然態度；既採取超然態度，自不能強迫人民受何種宗教教育，亦不能容任何學校強迫人民受宗教教育。今之對於宗教問題抱急進主義者，不惟認國立義務教育學校應廢止一切宗教教育，並主張禁止私立義務教育學校設立這種科目，以免兒童的心靈，於判斷力尚未發育以前，為任何宗教信條所佔有。一九一八年蘇俄憲法第十三條，所以一面承認宗教宣傳與反宗教宣傳為人民的自由，一面卻規定教社必須與國家及學校分離者，也是這個意思。

第四，信教自由與國教問題。由上所述，則任何形式的國教制，俱不能與信教自由的原則相融洽。且僅僅否認國教制，亦未必遽能完全貫徹信教自由的原則。

因為所謂國教制，大別不外兩種：或則承認一種特別宗教為國教，而強迫一切人民信奉其教義，履行其儀節；舉凡不信奉該教者，便失卻法律上的權利與保護。古代猶太教與近代回教各國，便是如此。或則一面承認人民有信奉任何宗教的自由，一面復承認某教為國教；國家對於國教，予以特殊的優待，且令該教與國家的關係，特別親密；英吉利現行的國教制，便是一例。英國以英吉利教為國教，該教教社的官吏由國家任用，其經費則為一種田稅的附加，叫做什一稅（titho）者。（註一）這兩種國教制度，第一種固然違反信教自由的原則，即英吉利的國教制，亦復如是；因為英國對於宗教事宜，亦未採取平等及超然的態度。

所謂非國教制，自亦不只一種形式，今舉法比兩國為例。法國在一九〇五年以前，雖不承認特種宗教為國教；然對於有幾種宗教（即公教，新教，及猶太教，）國家尚予以津貼，其官吏亦由國家任用；自一九〇五年通過政教分離的法律而後，國家始拒絕津貼任何宗教，且不參與任何教社的官吏的任用，所謂平等超然的政

（註一）關於英國國教與國家的關係，參看 Lowell, The Government of England (1912), II chs. II III.

策，至是始完全貫徹。(註一)比國今亦無所謂國教；國家對於各種教社的官吏的任用亦不參與，但對於幾種在比國流傳較廣的宗教，尙由國庫撥予相等的津貼。(註二)以國幣津貼這些宗教，畢竟有強迫不信這些宗教或不信任何宗教的人民負擔宗教經費之嫌。換句話說，比國政府，對於宗教問題，雖然大體上採取了平等主義，卻不曾採取超然主義。故即在國教不存在的國家，信教自由的原則，也有不完全貫徹者。

民國元年臨時約法，承認人民有信教的自由(第六條)，並承認信奉一切宗教者的平等(第五條)。當民國二年天壇憲法草案起草時，政府及其他少數人士，方主張孔，於是該草案除於第十一條承認「人民有信仰宗教之自由，非依法律不受限制」而外，復於第十九條有「國民教育以孔子之道為修身大本」的規定。這兩項條文，在民國六年憲法審議會時代，曾引起許多爭辯。有根本反對孔教，並反對以孔教或其他任何宗教規定於憲法者。有對於原草案僅定孔子之道為國民教育之大本，表示不滿者。第二派人雖亦主張人民有信仰任何宗教的自由，卻要求以憲文規定孔教為國教。(註三)該審議會最後係採取剝恩格的修正案，以替代原來第十一條及原來第十九條的附加規定。該修正案云：「中華民國人民，有尊崇孔子及信仰宗教之自由，非依法律，不受限制。」既承認「信仰宗教」的自由，復贅以「尊崇孔子」的自由，自屬漫無意義。據該修正案提案人的說明，孔教不是宗教，故不當定孔教為國教；國民教育的方針須隨時代而異，不宜訂諸憲法；孔子之道亦不止於修身一端，故不當僅定孔子之道為修身大本。這些說明，我們都可承認。然該提案人對於以「尊崇孔子」四字入憲，畢竟沒有提出任何有力的說明。(註四)實際上當時憲法會議所以通過此項條文，只是遷就事實。蓋在一方面國教之說既為多數所不贊同，在又一方面當時的政府與一部分議員以及孔教會諸人，又力倡孔教為國教之

(註一) Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (1925), V, 495 及以下。

(註二) Paul Eberm, *Traité de droit public belge* (1918), 80 及以下。

(註三) 例如劉雲文等所提的修正案，即為「中華民國人民皆有信仰以孔教為國教；有信仰其他宗教者亦聽其自由。」見吳宗憲，*中華*

民國憲法史(民國十三年)，前編，頁一七一。

(註四) 看吳宗憲，前書，前編，附編，頁二七一—二七一。

說，憲法會議只好通過這種漫無意義的修正條文，以敷衍提倡尊孔之人。民國十二年的中華民國憲法亦仍採納六年的草案。但調政時期約法則已明定「人民有信仰宗教之自由」。

不過憲法的規定與事實又往往不能一致。中國人民固可以自由信仰任何宗教，但在蒙藏青海等地方，佛教仍不脫為一種國教；國家一面正式承認其存在，並從而許其賴地方的收入以資維持；一面又隨時加以特殊的監督，並不與普通的社團同樣看待。（註一）所以就佛教而論，中國以國情的特殊，實際上尙未能貫徹平等及超然的主義。

第十目 集會自由

（一）集會自由的意義 所謂集會自由，即人民得以自由集合於一地點，以演講形式，表示其思想或知識，或以辯論形式互換其思想與知識的意思。國家承認此項自由，與承認言論，著作，刊行等自由，同其目的；其目的蓋俱在助長人民知識道德的發展。不過此項自由，是否一種可以獨立的自由，則歐洲大陸各國人士，與英美人士的見解，似不免分歧。

英美人士，向認集會自由，僅為人身自由與言論自由的併合。他們以為人身自由，抽象言之，原只是人民的居止行動的自由；一切人民，既俱有居止行動的自由，則人民之得以集合於一地，自為當然之事。且集會的目的，無非以演講或辯論的形式，為知識與思想的表示；若然，則承認言論自由，便須同時承認集會自由。所以英美法律對於集會自由，初無特別承認的明文；關於集會自由的限制，亦只是普通刑法中對於人身自由與言論自由所設的限制，而無特別關於集會自由的限制。（註二）反之，歐洲大陸各國，則大率視集會自由為一種特殊自由；對於此項自由，往往制成一種特殊法規（即集會法），於普通刑法，對於人身自由及言論自由所設的限制外，更設為若干特殊的限制。

（註一）列知民國十八年十二月七日的監看守廟條例中所說的監禁。

（註二）Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1915), p. 474.

(二) 集會自由的範圍 欲說明集會自由的範圍，須分別說明集會的手續，與集會的解散兩項問題。

第一，集會的手續 各國法律，對於集會手續的規定，亦有追懲與預防制的分別。

英美人士因承認集會自由，純為人身自由與言論自由的合併，故對於集會手續，亦只採追懲制，而不採任何預防制；因為英美法律，對於人身及言論等自由，原亦只採追懲制。在英美法律之下，人民的集會，不問性質如何（政治的或非政治的），不問地點何在（屋內或屋外），不問參加者為何種人（男子或女子，成人非成人等），事前俱無須請求警察許可，亦無須報告警察。如參加集會者在集會時有違犯普通刑法的行為，則亦按普通刑法治罪。

歐洲大陸各國，因視集會自由為一種特殊自由，所以於集會法中，每每將人民的集會分為若干種類，而分別採用追懲制或預防制：有將人民集會，分為政談集會與非政談集會者；有將人民集會分為屋內集會與屋外集會者；有將人民集會，分為勞工集會與非勞工集會者；有將人民集會，分為私人集會（即與會之人限於召集人所招請之人）與公眾集會（即任何人民俱得與會之集會）者；有將集會分為選舉集會與非選舉集會者。因集會的性質，而規定集會的手續。對於甲種集會，或純採追懲制，對於乙種集會，或又採用一種預防制。

所謂預防制，亦有兩種：一為特許制；採用此制，則集會前若干時間，須報告警察，得其許可。一為報告制；採用此制，則集會前若干時間，亦須報告警察，但不必得其許可。就實際言，預防制中的特許制，固大足束縛人民的集會自由；即報告制亦可危及自由。蓋集會自由，與刊行自由或結社自由不同；新聞紙的出版或人民的結社，即令事先須報告警察，亦不至發生重大障害。集會是一種臨時集合，往往且為一種緊急集合，倘亦須於事先若干時間報告警察，則其所生的障害，實際上時或甚大。（註一）故即採用報告制，亦只能限於特殊的場合（例如屋外集會）。提出報告的時間，距集會前，尤不能過長。

（註一）法國一八八一年集會法本取報告制，但一九〇七年的修正法已竟去報告。

第二，集會的解散。警察官吏，自然應有權入集會地點；各國法律，且有承認一切集會，須設警察席俾得監臨者。但警察官吏的監臨會場者，究應有何種權限？往時歐陸各國法律，有承認警察享有極廣泛的解散權者。凡會場中的言論，如經警察認為非法，警察便得逕自解散。但以這樣的解散權付給警察，便等於給警察以解釋法律的司法權，其危險之大，蓋甚顯然。所以法國現行集會法（一八八一年法），承認警察解散集會，應以兩項場合為限：一即會場發生暴動，二即召集人自行請求解散。除此兩項場合外，警察便無逕自解散集會之權；就令會場中發生違法的言論，警察亦不能解散；警察所能為者，亦不過於事後訴諸法院，請求對於當時發言者施以追懲而已。英美的警察，在平時本無解散集會之權。但如認為有發生騷動的可能時，則英國的警察可以稟准內政部，當場宣讀勸法（Riot Act）。勸法一經宣讀，會眾立須解散，否則警察可以武力解散。惟警察機關如判斷錯誤，以武力解散並未含有騷動危險的會眾，因而引起傷害時，則仍須負民事及刑事上的責任。美國各邦亦有類似的法律。

以上為各國法律關於集會自由規定的種種。中國於清光緒三十四年即已頒有結社集會律；就中關於集會的規定，重在取締『政論集會』；凡『政論集會』不獨須於事先報告警察，並不得容許學生教員及婦女參加；參加人數，亦不得超過二百人；至於警察，依該律亦享有中止集會權與解散集會權。（註一）民國元年臨時約法，雖承認人民有集會自由，卻未規定此項自由的範圍；民國三年袁世凱政府所頒布的治安警察法，關於集會自由的規定，略如下述：

一 分集會為政談集會與非政談集會；前者須於集會前十二小時報告警察；後者如『行政官署因維持安寧秩序認為必要』時亦得令其呈報；

二 復分集會為屋內集會與屋外集會；屋外集會，不論為政談集會，非政談集會，甚或為公眾遊戲的集會，俱須於集會前二十四小時報告警察，並得其許可；

（註一）結社集會律全文見大清光緒新法令，第九冊。

三 勞動工人的一切『聚集』，如係煽惑『同盟解雇』，『同盟罷業』，『強索報酬』，『擾亂安寧秩序』，或『妨害善良風俗』者，警察官吏得逕自禁止；

四 集會的講演議論，經警察認為涉及特種刑事訴訟事件，或認為『有擾害安寧秩序或妨害善良風俗之處』者，警察得逕自中止其講演或解散其集會；

五 女子，未成年入，僧道，及其他宗教師，小學校教員，學校學生，軍人，警察官吏，以及褫奪公權尚未復權者，俱不得參加政談集會。

以上規定，俱係直接取自日本，間接沿用歐戰前德國與普魯士的法律；其嚴酷的程度，比照上面所述各國的情況，便可瞭然。

在訓政時期約法之下，集會自由本可為法律所停止或限制，但政府迄今尚無集會法的頒布。現行的正式法律中可認為有限制集會自由的效用者，僅違警罰法（民國十七年七月二十一日公布）第三十四條第四項中的規定。依照該項，凡『公衆會合，公安局……令其解散，』不解散者便構成犯法的行為。這種規定等於承認公安局有解散集會之權。但公安局在何種場合下方可解散集會，則又無法律可資考按。黨部及軍政機關所不時頒發的取締公衆集會的命令，則多缺乏法律的形式，且缺乏固定性。

第十一目 結社自由

（一）結社自由的意義 結社自由的所謂『社』，自與集會自由的所謂『會』有別。『會』為一種暫時的集合；而『社』則為一種永久的團體；所以『社』必為一種有機開有規律的組織，而『會』則常常不是這樣。法蘭西大革命期內的各種人權宣言雖曾明認人民的集會自由，但迄未承認結社自由。當時人士之所以未承認人民的結社自由者，其原因似有兩層。第一，十八世紀政治學者，在理論上並未承認人民的結社自由。盧梭即為否認人民有結社自由的一人。他以為欲使全國人民真正的『共同意志』（*Volonte Generale*）得以表現，便不應容認人民，在全國人民的公共大團體（即國家）以外，另組其他較小團體；因為有了小團體以後，各人的意見便

不免喪失了本來的面目，而受小團體的意見的影響。(註一)第二，歐洲中世紀遺傳下來的基爾特(Ordre)組織，在法國大革命時代，嘗為當時人士所深惡痛絕。基爾特本為從事各項工商業者所結合的團體，其會員有壟斷本業的權力，非會員則無經營該業的自由；所以大革命起後，基爾特遂被認為自由的仇敵，而被禁止；(註二)一般的結社自由亦因此而來為當時人士所承認。但就理論言，結社自由能予人民以互換知識與思想的機會，能助長人民互助與協作的習慣，能增加人民自衛的力量，其有關於人民智識與道德的發展，實不在言論，著作，刊行，與集會各種自由之下。盧梭的推論，與基爾特制度的歷史，俱不足為否認人民結社自由的根據。

人民的結社，可以分作兩類：一為以營利為目的的結社，各種商業結社(合夥與公司等)屬之；一為不以營利為目的的結社，各種政治，宗教，學術，慈善等結社，以及各種職業團體(如勞工，教員，律師，醫師等團體)屬之。(註三)商業結社向極自由，只股份有限公司的成立受有若干限制；但各國法律，近亦已趨於解放。譬如依照法國商法舊文，股份有限公司須取得政府的特許，始能成立；但自一八六七年以來，這種限制，已逐漸取消，今且無存。不以營利為目的的結社，尤其是政治結社，則往往受法律或行政機關的嚴重干涉。所以，所謂結社自由，往往僅指不以營利為目的各種結社。以下所述的結社也以這種結社為限。

(一)結社自由的範圍 欲解釋結社自由的範圍，便須分別說明四個要點：即(一)結社的程序，(二)非法結社，(三)非法結社的解散，及(四)社的法人資格。

第一，結社的程序 關於結社程序的規定，各國法律亦有追懲制與預防制的分別。採用追懲制，則人民的結社，無須請求警察許可，或報告警察，所以秘密結社，只消沒有違法行為，在所不禁；採用預防制，則人民

(註一) Rousseau, Contrat social, liv. II, ch. iii.

(註二) 在一七七四年時，Turgot 曾下令禁止過，但亦生大火。

(註三) 德國一九〇八年的結社法，即設有經濟團體的社與非經濟團體的社的分別。

的結社，須請求警察許可（特許制），或報告警察（報告制），所以秘密結社便不合法。（註一）各國過去的或現行的法律，有採用追懲制者；有採用預防制者；亦有特別對於政治結社或宗教結社採用預防制，而對於其他不以營利為目的的結社，採追懲制者。法國自一九〇一年結社法成立後，不以營利為目的的結社，而又非宗教結社者，已無須請求警察許可，或報告警察。（註二）一九一九年德國憲法第一二四條，亦聲明一切結社，無論為政治的或非政治的，俱聽自由，不受政府任何預防的限制。英美等國則向來是這樣的。

第二，非法結社 無論結社自由廣大到若何程度，有幾種結社，則不能不視為非法結社。如結社以觸犯普通刑法所規定的犯罪行為（如贈送竊盜之類）為目的，則各國法律固無不認為非法結社。以經營彩票為目的者大都亦干禁律。但尚有幾種結社，是否應為法律所許，則各國法律頗不一致，且亦值得分別的討論：

一為反抗國體及經濟制度的結社 反抗國體的結社，即無具體的犯法行為，亦往往為法律所禁止。法國現行法即認反抗共和國體的結社為非法，其他各國亦多有相似的規定。至於反抗經濟制度的結社，在俄意等國則絕對不能存在，而在民治國家，則大都可以存在，但日本及美洲諸國則又大都禁止共產黨的存在。

二為勞工結社（註三） 勞工結社，在各國過去法律中，雖曾被禁止；但今則一般國家的法律或憲法，皆已承認勞工可以結社。在一般的國家中，勞工結社的自由俱包含在普通的結社自由之內，但在德意志及波蘭等國，則憲法有特殊的提及。至於工會的成立，則各國法律有規定不必經由任何手續者，如英、美、比利時、丹麥、瑞士、荷蘭等國；有僅規定須將會所及職員姓名報告官署者，如法蘭西、挪威等國。文明各國中，迄今仍未正式承認工會者，僅日本一國。但自晚近獨裁制度盛行以來，工會有成為國家組織的一部分的趨勢。無論在法（註一）意大利一九二五年十一月二十六日的結社法且明禁勞工結社，雖則根據一八四八年的根本法（即憲法），意人仍享有自由結社的權利。上述結社法今已成為一九三一年刑法的一部分。

（註二）按一九〇一年結社法，報告者即為 *association declared*，不報告者即為 *association non-declared*。前者有法人地位；後取得法人地位起見，依法無須報告警察的結社，事實上仍大都向警察報告。參看「附頁」七四。

（註三）關於勞工結社的自由，兩勞勞工同盟出有 *La liberte syndicale* (1927-1928)；共五卷。首卷為理論，後四卷則分論各國情況。

兩斯蒂的意德，或在共產的蘇聯，工會皆由國家負責組織，人民並無自由結社的權利。(註一)

勞工結社可使同盟罷工之事較易發生；從前各國法律之所以禁止勞工結社，實際上也就因為這個原故。但國家一認勞工有結社之權，國家亦即不能不認勞工有同盟罷工的自由。(註二)個人本有工作與不工作的自由，所以個人罷工，如無暴動或其他犯罪的行為，便不受刑事的制裁。同盟罷工在當時之所以犯法，乃因當時工人不能結合，工人的結合在當時為犯罪的行為；同盟罷工不能不有需乎結合，所以同盟罷工也成了犯罪的行為。但自英法比荷等自由國家不禁工人結合而後，換言之，承認勞工有結社自由而後，同盟罷工自然與個人罷工同樣看待。個人罷工，既非有暴動，或其他犯罪行為，不受刑事制裁；同盟罷工，也就非有暴動或其他犯罪行為，不受刑事制裁。(註三)在理論上講，同盟罷工的危險性，自與個人罷工不同；但就實際上講，就令國家承認一切同盟罷工者為刑事犯，法院仍無法使成千成萬的工人受法律制裁。所以在工商業發展已達一定程度的國家，勞工結社或同盟罷工，即令不為法律所容許，律文亦往往徒成具文。日本的刑法至今視工人的結合為犯罪行為，同盟罷工亦為犯罪行為，但在事實上，工會並不因此而不能存在，即罷工亦為常見之事。

三為公務員結社 公務員加入一般結社之權，除法官及軍人而外，自不因其為公務員而消滅；這裏所討論的，只是他們能否組織他們自己的職業團體的問題。學者間對這問題，頗多爭論。有謂一切公務員俱不能有公務員的會社者。他們認公務員的地位，與從事其他職業者不同；倘令公務員得以成立職業團體，便不啻鼓勵他們利用團體的名義與勢力，向政府或社會有所要索，甚或對抗政府或社會；所以於社會秩序與行政紀律，可以發生重大危險。有謂應按公務員所司職務的性質，而分別承認或不承認他們有成立職業團體之權者。如公務

(註一) 普漢大利一九二五年十一月二十五日的結社法，及一九二六年四月三日的勞工結社法。

(註二) 憲法明許工人罷工者僅有愛沙尼亞一國。

(註三) 至於因罷工而發生的民事責任問題，則各國法律各為複雜。英國自一九〇六年後，工會對於因罷工而起的損害，並不負責；但在一九二六年的大罷工，即有一九二七年的勞工管軌及工會法後，工會頗負責任。法國今仍依一九二〇年的法律，工會仍無責任。

員所從事的職務屬於事業的性質，如郵，電，鐵路等等機關，則應許其組織職業團體，與工會同樣看待。如公務員所從事的職務嚴格的屬於行政或司法等性質，則不應許其組織職業團體。但在現代的社會狀況之下，兩者間的分別往往不易成立。有謂凡是公務員，俱應許其有結社之權者；因為如果不能結社，則公務員受雇主（即政府）的壓迫時，將無以自衛。至於各國的實例，其紛歧亦正如學者間的意見。有否認公務員有組織工會之權者，一九二七年後的英國可為一例。（註一）有尚無法律明文，以規定這種結社權之有無者。亦有明許公務員得與從事其他職業之人，享有同一的結社權，而可組織公務員的職業團體者。法國自一九二四年後，公務員已與普通工人同樣享有結社之權。德國一九一九年新憲法第一三〇條也有類似的規定，但自一九三三年變政以來，公務員結社之權已經取消。

平心論之，公務員組織團體，以維護其本業的利益，雖或不免妨害國家行政的紀律，而使行政長官之約束屬吏較形困難，但這種團體的存在，可使國家機關的用人行政減少徇私，受賄，專橫，苟且等弊病。且僅承認公務員有結社權，未必即致危及社會秩序與行政紀律。公務員的團體，如憑藉團體勢力，以同盟罷工手段，要脅國家，才對社會秩序與行政紀律，可以發生重大危險，因為公務員所處的位置，實為社會秩序的鎖鑰，一經罷工，其危害自較其他一切職業團體之宣告罷工為鉅大。但欲避免這種危險，只須否認公務員有同盟罷工的權利即可，而不須禁止他們的結社。在法比等國，公務員結社之權，頗為完全，但大多數的論者仍認他們無同盟罷工的權利。如果他們真有罷工的行為，國家殆可採嚴厲制止的方法。

教員結社的性質略同於公務員的結社。在一般國家，教員結社的自由往往比工人結社的自由為狹小，而比公務員結社的自由稍為廣大。

四為宗教結社 宗教結社在一般的國家與普通結社沒有分別，但在若干嘗以天主教為國教的國家，則法律有特為規定者；例如法國的普通結社不須經官署核准，但宗教結社則須先經核准，方得成立。

（註一）德國一九二五年十一月二十六日結社法亦禁止公務員組織或加入工會。

第三，非法結社的解散 人民的結社，如為非法結社，政府自然可令其解散。但解散權當屬誰屬，則頗有問題。如認警察對於人民的結社，得因其為非法，而逕自解散，則警察便獲得自行判定某某結社是否違法之權。如認警察於解散任何結社時，必須預經法院的判決，則一種結社之是否非法，便不能由警察逕自認定，而有待於法院的判決。在自由不甚發達（例如歐戰前的德國），或方行獨裁制度的國家（例如意德奧），警察固有趣自解散結社之權，但在自由較為發達的國家（如英比等國），則解散權固皆屬於法院。

第四，社的法人資格 法人資格之有無，與結社的發達與否，有密切的關係；因為只有具有法人資格的團體才得以團體名義置產，及為訴訟的主體。但各國法律對於各種商業會社，雖皆認其得以取得法人資格，而對於政治，宗教，學術，慈善，職業等等不以營利為目的的結社，是否亦能取得法人資格，則規定頗不一致。有承認其得以取得完全的法人資格者，亦有僅承認其享有有限的法人資格者。在比，奧，丹麥等國，這種結社皆享有完全的法人資格。在美德等國，則他們可以取得這種資格。美國各邦的法律大都規定，凡結社一經向政府完成其註冊手續後，便能取得完全的法人資格；其取得財產，與經營財產之權，殆無限制（但亦有對於不動產的取得加以相當限制者）；即未經註冊的結社，各邦法律亦往往認其享有有限的法人資格。論者以為這種寬大態度實美國近三十年來，人民各種結社所由發達的重要原因。德國一九一九年憲法第一二四條，於承認人民得以自由成立一切結社之外，亦並承認人民政治，宗教等等結社，於履行民法所定手續後，可與其他結社同樣取得法人資格。在法意等國，此種結社的法人資格須經法律特別賦予，且其所賦予者多半仍為不完全的法人資格。法國現行結社法（一九〇一年頒布）規定，凡一切不以營利為目的的結社，得以自由成立，但須於報告警察之後，始能取得法人資格。然其所取得的法人資格，仍只是一種有限的法人資格；因為這種結社雖享有出席法庭，取得財產，與經營財產的權能，卻不能向公衆募集資金。其取得財產之權，除國家或地方的補助金而外，僅限於對於會員徵收有一定限度的會費；其置買不動產，亦只限於足供本社的需用。倘這種結社，欲向公衆募集資金，則非預經行政機關認為一種「公益結社」（établissement d'utilité publique）不可。這種權限

制，其目的蓋在防止這種結社積聚雄厚的財產，而獲得壟斷政治，宗教，學術等方面的勢力；因為這種結社財產，與私人或商業公司的財產不同，私人或商業公司的財產，無論如何雄厚，總不免因繼承，分紅，納稅等等手續而分散，而上述結社的財產則為一宗永久的財產（法律上稱為「死手」(mainmorte)）。（註一）惟以上所言者僅指普通結社，法國的職工結社則根據於一九二〇年之法，固亦享有完全的法人資格。

以上係論述各國憲法或法律，關於結社自由的規定。中國清光緒三十四年所頒的結社集會律，對於結社，取稱自然甚嚴。『秘密結社』在絕對禁止之列；『政治結社』則須得官署特許，始能成立，且不得容許學生，教員，女子等加入，其社員並不得超過一百人。（註二）臨時約法雖承認人民有結社的自由，但未劃定任何範圍。單行法之規定結社自由者，為民國三年的治安警察法。該法關於結社自由，有下述數項：

一 分結社為政治結社與非政治結社；前者必須事先報告警察；後者如『行政官署，因維持安寧秩序認為必要』時，亦得令其呈報。

二 一切結社之認為有『擾害安寧秩序之虞』，或『妨害善良風俗』者，或係秘密性質者，俱為非法結社，概在禁止之列。

三 前項非法結社，行政官署，得逕自解散之。

四 女子，未成年兒，僧道，及其他宗教師，小學校教員，學生，軍人，警察官吏，以及機密公權尙未復權者，俱不得加入政治結社。

按照訓政時期約法，結社自由亦受保障。但根據中國國民黨黨部所頒布的人民團體組織方案，（註三）則一

（註一）Duguit, Traité de droit constitutionnel (1925) V, 621-625.

（註二）續社集會律全文見大清光緒卅法令，第九冊。

（註三）這方案於十八年六月十七日經中央執行委員會臨時通過，後經立法院通過，於同年十二月二日經國民政府公布，但於十九年七月十七日又經常務會議修正。

切職業及社會團體的設立，須經黨部事先的核准；成立後，黨部仍保有監督及指導的權力。除此而外，政府對於各種職業團體，尚設有各種特殊法律，如商會法，工商同業公會法，工會法，農會法，及教育會法等；所以各種職業團體，於設立時，除向黨部請求准可外，更須依法報告官署，請求核准。其法人的資格則依民法之規定；如具備民法所規定的條件，而又經呈報主管官署備案者，便可取得完全的法人資格。

至於工人結社，則今依工會法（註二）之所規定。在北京政府時代，工人向無結社之權。民國三年時的治安警察法積極的既未承認工人得以組織勞工結社，消極的復對於一切工人「聚集」之具有煽惑「擾亂安寧秩序」，或煽惑「妨害善良風俗」，或煽惑「強索報酬」等等性質者，明示禁止。在這類規定之下，工會的存在，自難為法律所容許——雖則實際上，許多工會當時已秘密的或公開的存在於大部會中。國民政府成立於廣州後，即一反北京政府的壓迫政策，而鼓勵工人的結社。但民國十八年的工會法對於工人結社的自由，限制甚嚴；該法對於同盟罷工，也設有種種限制。（註三）

第二節 自由與戒嚴

凡值國家因戰爭，內亂，天災等非常事變而宣告戒嚴，則個人各種自由，較諸平時自不能不受較大的限制，所以戒嚴問題與個人自由問題實有密切關係。關於戒嚴問題，可以說有法，德，英，美四種不同的制度。從這四種不同的制度，我們很可以看出四國法治程度的高下，與自由保障的完缺。今分別述明各種制度於後：

(一) 戒嚴與法國法律 法國在平時即有一種戒嚴法（註三）存在；該法規定戒嚴的原因與種類，戒嚴宣告的

（註一）民國十八年十月二十一日頒布，二十年十二月二十日，二十一年九月二十七日，及二十二年七月二十日修正。

（註二）參看工會法第二三條及第二七條。

（註三）即一八四九年八月九日的戒嚴法。

機關，與戒嚴宣告的結果；遇有戒嚴的原因發生，則享有戒嚴宣告權的機關便得依該法宣告戒嚴；由是該法所預定的種種結果，遂亦可以實現，這為法制的梗要。今更就各點分別予以說明：

第一，戒嚴的原因與種類 法國學者，依着戒嚴的原因，分戒嚴狀態為兩類；其一，凡因戰爭地點，或軍事要塞，遭受攻擊，或遭受包圍等非常事變，而宣告戒嚴時，則其所宣告的戒嚴狀態，謂之「真實的戒嚴狀態」(état de siège réel)。(註一)其二，凡遇戰爭或內亂等等非常事變，為施行警備起見，對於未被攻擊或包圍的地域宣告戒嚴時，則其所宣告的戒嚴狀態，謂之「虛擬的戒嚴狀態」(état de siège fictif)。

第二，戒嚴宣告的機關 凡真實的戒嚴狀態的宣告，自然屬於當地的司令長官，因為包圍與攻擊等事實已經產生，且係產生於戰地或軍事要塞。至於虛擬的戒嚴狀態的宣告，法國戒嚴法律，為預防行政機關或其所屬的軍事官吏，濫行宣告起見，仍認為必須由議會宣告；如戒嚴原因發生時，恰值議會閉會期內，則經國務會議的同意，總統便得逕自宣告戒嚴；但遇此項事變發生，議會即於戒嚴宣告後二日內，自行集會。如戒嚴原因發生時，議會已經解散，則應分別外戰與內亂辦理；如遇外戰，則總統得暫行宣告戒嚴，同時即舉行選舉議員；如遇內亂，則須待議會重選後，總統始得宣告。這種規定，等於承認戒嚴宣告權，在原則上，屬於議會而不屬於行政機關。

第三，戒嚴宣告的結果 依着法國戒嚴法的規定，戒嚴狀態的宣告，不論為真實的或為虛擬的戒嚴狀態，俱發生下述兩種結果：(一)民政機關的一切職權(如警察權，司法權等等)，在原則上均歸軍政機關享有；但未經軍政機關收管事件，仍由民政機關處理；(二)軍政機關，得依戒嚴法所定的範圍，限制人民的人身，居住，集會，言論等自由；但個人的自由，未經戒嚴法認為得由軍政機關限制者，軍政機關仍不能加以侵犯。

以上兩種結果，自然極其重大；然依着法國這種制度，即在戒嚴狀態之下，法律的效力，仍未嘗一刻失去，因軍政機關，仍須完全受戒嚴法支配，而不能逾越戒嚴法的規定，以侵犯人民的任何自由；如竟侵犯，

(註一)法文 *siège* 一字作被包圍解。

則當事者仍須受法律的制裁。且議會可隨時以法律宣告解嚴。簡言之，在法國制度之下，軍政機關，雖在戒嚴時期，亦無變更法律或停止法律的權力；其一切舉措，仍純須依法而行。

(二) 戒嚴與德奧各國的法律 德奧等國人士對於戒嚴問題，歷來有一個特殊觀念。這個觀念，便在承認國家行政元首，凡遇戰爭，內亂等等非常事變發生，便享有一種預布「緊急命令」(Notverordung)之權。他們稱行政元首這種權利，為「緊急權」(Notrecht)。德奧等國的緊急命令制度，與前述法蘭西的戒嚴制度有兩個根本不同的點：

第一，在法國戒嚴制度之下，遇有戰爭，內亂等等非常事變發生，國家雖可宣告戒嚴，然戒嚴宣告權，在原則上固仍屬諸議會；在緊急命令制度之下，則凡遇戰爭，內亂等等非常事變，緊急命令的預布便屬諸行政元首。第二，在法國戒嚴制度之下，軍政機關（即享有軍權的行政機關）的舉措，仍應遵循戒嚴法的規定，所以國家的法律，嚴格言之，實未嘗因戒嚴而遭行政機關的停止或變更；在緊急命令制度之下，則行政機關的緊急命令便可變更法律。

本來德奧這種緊急命令制度，只是君主政體的一種遺傳；蓋在舊日德奧等君主國家，一般人原認議會的職權，係以君主於憲法上所曾明白讓與者為限；凡未經君主讓與者，仍歸君主保留；非常事變時代的戒嚴宣告權，既未經憲法讓諸議會，自應仍由君主自由行使。德國許多公法學者，如耶律芮克及梅葉(Udo Mayer)等，且認行政元首當然應有預布緊急命令之權；依照他們的意思，行政元首的緊急命令權，殆即國家的一種自衛權(Selbstwehrrecht)，與私人的正當防衛權約略相似。這種意見，在理論上既嫌牽強，在事實上亦太危險，為應付緊急狀態計，法之戒嚴制度，似亦可以勝任。

歐戰以前，奧國與德意志帝國中的各邦，大都於憲法中明白承認行政元首享有預布緊急命令之權。(註一)如遇非常事變發生，而議會適值閉會時，一切事件之必須由議會決定者，元首得不經議會決定，而逕以命令決

(註一) 參看奧憲第十四條。

行。一八七一年的德意志帝國憲法，固未明白承認德皇享有頒發緊急命令之權，然第六十八條所予德皇的宣告『被圍狀態』或『作戰狀態』之權，其足以侵害人民的自由，亦與緊急命令權不相上下。一九一九年的德意志且明白承認總統享有緊急命令權。依照該憲第四十八條的規定，遇國家的公共安全或秩序，發生重大危險時，總統便得選擇必要的手段，以恢復公共安全或秩序；爲達到這項目的，總統並得暫時停止憲法上所列人民的人身，居住，通訊秘密，意見，集會，結社，及財產自由的一部或全部。總統於行使第四十八條所賦的特權時，固須報告議會，總統所採取的辦法，議會認爲非必要時，總統固須立時取消；但在事實上，則政府常有以命令代替立法之舉，議會並不能爲有效的制止。（註一）

日本模倣歐戰前的德奧制度，其憲法第十八條規定：『天皇爲保持公共的安全，與避免公共的災害，事關緊要，而議會又逢閉會時，得發代法律的勅令。此項勅令俟至下次會期，應提交帝國議會會議，如議會不承諾，政府應宣示其不能生效於未來。』

（三）戒嚴與英國法律 英制，既不於平時預先制定一種戒嚴法，留以處置非常事變，亦不承認行政機關，一遇非常事變發生，即得自頒緊急命令，以變更現行法律。所以英制與法制德制，俱不相同。依照英制，即在非常事變之下，行政機關亦不得逕自逾越平時法律所規定的權限而有所動作；即有必要，亦只可臨時請求議會通過法律，授予行政機關以較大的權力；新法律成立後，行政機關始能根據法律，以增加對於人自由的限制。

英制限制行政機關，既然這樣嚴密，自亦不得不設一調劑的方法。按照英制，倘遇緊急事變發生，而行政官吏又不能等待議會通過新法，授以應付事變所必要的權力時，則他們可以斟酌情形，選擇法外手段，以維持社會的秩序與安全。這種行爲，雖有利於國家，但在法律上則仍違法，所以仍須受法院的制裁；但政府得於事後請求議會通過一種『赦免法』（Act of Indemnity）。『了赦免法後，當事人便可脫逃違法的責任。如果緊急

（註一）參看佛羅升，德國的政府（民國二十三年），頁三九—四一。

的情形來到採取法外手段的程度，而行政官吏有濫用威權的嫌疑，則議會自然可以拒絕通過任何赦免法。果然，則遠法的官吏仍難逃其應有的責任。

英國法中，更有每年一度通過議會的驅動法(Plot Act)者，亦係為應付非常事變而設。依照該法，行政官吏(軍事的或民事的)，於非常事變(如國境遭受敵人攻擊，或國內有革命或暴動)發生時，得以武力撲滅叛亂人民的叛亂行為；但該法並未承認這類事變一經發生，行政機關便得執行一切民政職權，或以命令限制人民的自由；亦未承認任何行政機關，得以緊急命令變更法律。所以英國的驅動法，與法國的戒嚴法，及德國式的緊急命令俱不相同。但自歐戰以後，英國為應付同盟罷工時所引起的危險起見，於一九二〇年曾通過一種名為緊急權力法(Emergency Powers Act)的法律。依據該法，行政機關於同盟罷工發生時，為維持食料，飲料，燃料等必需品的供給，便得宣告緊急狀態存在；經宣告後，便得以行政命令，授予政府各機關以維持和平與這類供給的必要職權。這與法國式的戒嚴法不無相似，不過其適用場合只限於同盟罷工，而且有效期間，如非議會另予延長，只能延長七日。一九二六年五月總同盟罷工發生時，英政府即嘗根據此法，以應付事變。但自一九二七年的勞工爭執及工會法成立後，總同盟罷工已在禁止之列，所以緊急權力法的需要恐已不復存在。

(四) 戒嚴與美國憲法 美例與英制甚相似；所不同者，英制僅以限制行政機關的權力為目的，議會的權力，則在變亂或承平之時，俱不受任何束縛；美國的聯邦議會，則雖在變亂之時，亦尚受聯邦憲法的束縛，所以，遇到非常事變發生時，英國的行政機關雖不能遂以命令限制人民自由，而英國的議會則仍能以法律增加對於人民任何自由的限制；因為英國原無成文憲法以束縛議會的立法權。反之，美國聯邦議會，則一如美國聯邦行政機關，其職權係受憲法限制；即在戰亂之時，凡憲法上所列舉的各種自由，除經憲法明認得由議會於戰時加以限制者外(例如出庭狀制度，該憲即已明認議會得於戰亂時停止)，議會亦無變更或停止之權。與憲所保障的自由於平時戰時蓋享有同一的效力。(註一)

(註一)此係美國學者的一種解釋，該憲初未明白規定。倘謂憲法，並有以明文規定議會或其他機關，無論如何，不得停止憲法者。例如

比憲第一三七條，僅有『本憲法不得爲全部或一部分的停止』的規定。

(五)戒嚴與中國法律 民國元年三月十一日臨時約法第三十六條規定行政元首『得依法律宣告戒嚴』。本這條文，則戒嚴的宣告及其結果，自須以議會所制定的戒嚴法爲根據。議會於民國元年十二月會制定戒嚴法。

民國元年十二月戒嚴法，分戒嚴狀態爲兩類：一爲接戰地域的戒嚴，二爲警備地域的戒嚴。各種戒嚴的宣告，屬於總統，或當地的司令長官。戒嚴的結果，則爲(一)當地行政及司法事務的管轄權，移屬於軍事官吏；但在警備地域以內，移歸軍事官吏的事務應以與軍事有關係者爲限；(二)軍事官吏於戒嚴區域內，得停止人民集會，結社，出版，書信秘密等自由，並得限制人民的財產，居住，人身等自由。凡這規定，大體實與法制相似；所不同者，法制係認戒嚴宣告權，在原則上屬諸議會；而中國的戒嚴法，則以此權完全付給行政機關。

民國三年中華民國約法(即所謂袁世凱約法)，關於戒嚴問題，一面規定『總統依法律宣告戒嚴』(第二十六條)，一面又謂：『大總統爲維持公安或防禦非常災害，事機緊急不能召集立法院時，經參政院之同意，得發布與法律有同等效力之教令；但須於次期立法院開會之始，請求追認前項教令，立法院否認時，嗣後即失其效力』(第二十條)。這自然仍是德奧日本等國的緊急命令制。

民國十二年中華民國憲法第八十六條云：『大總統依法律得宣告戒嚴；但國會認爲無戒嚴之必要時，應即爲解嚴之宣告。』依據這條，戒嚴宣告權，固仍屬行政機關；但行政機關，於戒嚴時期，亦須遵行法律，並不得以命令變更法律；且議會更能迫行政機關宣告解嚴。更據該憲第一百六條『法律非以法律，不得變更或廢止之』及第一百四十一條『憲法非依本章所規定之修正程序，無論經何種事變，永不失其效力』兩條的規定，不特行政機關顯然不能以命令變更法律，即議會亦永不能以法律變更憲法。

訓政時期約法未提到戒嚴的問題，但國民政府在廣州時代即已有戒嚴法的頒布(民國十五年一月十二日)，

於北伐時又改爲戒嚴條例（同年七月二十九日公布）。現行的法律則爲二十三年十一月二十九日所公布的戒嚴法。民國十五年的法律與條例，其內容和民國元年的戒嚴法並無多大出入。現行的戒嚴法則有兩點值得注意：第一，因戰爭而施行戒嚴，其宣告之權屬於國民政府，且須經立法院議決；因遇非常事變而宣告戒嚴，則國民政府無須得立法院的議決；第二，第一種戒嚴的結果與元年戒嚴法所規定者相似；第二種戒嚴的結果，行政司法之權並無變動，但軍事機關亦可限制人民自由。

第三節 財產權

(一)財產權的意義 財產權向亦被視爲個人自由中的一種。但晚近人士對於財產的觀念，已與十八世紀美法大革命時代人士的觀念大不相同。十八世紀時代的人士大率認財產爲財產所有者的一種人權，爲一種自由；今之解釋財產權，則認財產爲財產所有者的一種社會職務 (social function)。我們傾向於今人的觀念；因此財產權亦不能與各種個人自由權相提並論。至於二說的差別，則分別說明如下：

第一，財產權爲人權說。法蘭西大革命時代的人士，認財產權與人民的身體，居住，工作，言論，信教等等自由，同爲人權。他們所謂人權，上面已經說過，就是他們所認爲一切人類與生俱生的權利，就是他們所認爲構成人格的要素者。但是私人的財產，何以得與私人的身體，居住，工作，言論，信教等等自由，視爲性質相同的人權，殊令人不易索解；即在當時一般人士的腦筋中，亦不見得有十分明瞭的理解。即如當時最負聲譽的政論家西耶斯，雖亦力主財產權爲人權，雖亦力爲解說，但他亦無非以爲人身自由，包含着工作自由，而工作自由，又連帶的產生了財產自由——即普通所謂財產所有權。但工作自由，何以便能連帶的產生財產自由，即西耶斯之說亦復牽強穿鑿，缺乏申述的價值。(註一)實際上，當時一般人士的真實目的，只在維持當時有產階級的既得權利；他們所以認財產爲人權，亦只在對於他們的既得權利，求一最強大的保障而已。必欲求得

(註一)西耶斯之說，見 Larrain, *Elements de droit constitutionnel* (1928), II, 590-595.

他們理論上的邏輯，非但不必，亦不可能。否則他們固俱承認人民平等的原則者，亦固俱承認人權為一切人類所享有的權利者；財產權既亦被認為人權之一，則其邏輯的結果，殆非承認均產不可。但當時一般人士的思想，初未嘗能這樣的合於邏輯。（註一）

當時的革命者，因尊重財產權為人權，所以在他們的見解中，財產權差不多是一種完全沒有限制的權利。財產權之不應稍受限制，顯然可從那時迭次的人權宣言中看出。一七八九年人權宣言第十七條稱『財產為神聖不可侵犯的權利』；一七九三年憲法中的人權宣言第十六條則謂『財產為一切人民得自由處分其財富，其收益，其工作與職業所入的權利。』這些條文俱到切承認財產權的無限制性。

第二，財產為社會職務說。今之解釋財產權者，以為這種權利，並不是所有者的一種人權，而是隨所有權而發生的一種社會職務。因為財產所有者，負有這種社會職務，所以於其履行這種職務時，便應受相當的保護；換言之，他有處分其財產的相當自由。這種保護，構成法律上所謂財產自由——即財產所有權。然則法律對於財產所有者何以認為負有這種社會職務？這無非因為私產的存在，在現時狀況之下，尚為『社會利益』所要求；換言之，法律所以承認私產，只因社會財富的增加，與社會需要的滿足，現時尚不能不利用私產制度為工具。為適應『社會利益』起見，在財產所有者的一方，應視財產權為社會職務，而在社會一方，則應尊重這財產權。如因社會演進，社會利益對於執行這種職務的要求縮減，甚或無所要求，法律自亦可以縮減財產權的範圍，甚或使一切私產消滅。所以財產權在原則上不是所有者的一種含有絕對性或不受限制性的權利，而只是所有人的一種有條件的與可限制的權利；亦可說是所有者的一種有條件的與可限制的社會職務。（註二）

（註一）法蘭西大革命時代人士，不認財產自由為人權，正認財產權純出於法律的創造者說亦有人；如梅拉波（Méhau）最伯士（Robespierre）等的言論便皆如此。但在法國大革命全期間俱均產說者，則惟麥伯樂（Maly）及巴勃夫（Babouf）等二人而已。見 Duguit *Traité de droit constitutionnel* (1923), III, 668-617.

（註二）杜爾即為主張社會職務說最力之人。見 Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (1923), III, 617-627。又參見 Laak,

Gruner of Politics, ch. v. 關於學者對於財產權性質的各種學說，可看 Rational Basis of Legal Institutions (Modern Legal Philosophy Series) (1923) 關於產權各章——最要者即 chs. xiv-xviii。

社會職務說，不獨在理論上較人權說為完滿，即就事實言，各國晚近法律關於財產權的規定，亦實傾向社會職務說；其限制財產自由的條文，倘不採用社會職務說來作解釋，亦實不能得一完滿的解釋。以下擬說明財產權在社會職務說之下，應有何種的限制，並說明各國晚近憲法或法律，如何承認這些限制。

(一)財產權的範圍 我們如果承認財產權根據於所有者的一種社會職務——即增加社會財富與滿足社會需要的職務，簡言之，即增進社會利益的一種職務——則財產權的範圍，自應有下列幾種限制：

第一，財產權根本上既係以社會利益為根據，既根據於所有者的一種社會職務，則所有者便須有履行其職務的義務；換言之，即運用其財產的義務。

依着財產權的舊觀念——即財產權為人權，為無限制的權利的觀念——則所有者可以運用其財產，也可將其財富放棄不理；法律俱不能干涉。如果我們認財產為一種社會職務，則所有者自不能有這樣的自由；享有土地者，便有運用其土地的義務；享有他種財產者，亦有運用他種財產的義務。這種義務，歐戰以來，各國中甚有以憲文規定者：一九一九年德國憲法第一五三條規定「財產負有義務」；第一五五條則規定「土地的種植與使用為所有者對於社會的義務」。這便是割切承認財產所有者有運用其財產的義務。

第二，財產權根本上既係以社會利益為根據，既根據於所有者的一種社會職務，則所有者若行使其財產權時，自亦應同時有助於公益。所謂有助於公益，其意義雖甚廣泛，然至少含有兩個條件：即所有者行使其財產權時，(一)決不能為無益於己，而有損於旁人的行為，(二)亦不能抵抗任何有利於旁人而無損於己的行為。此類行為，如依據財產權的舊觀念，亦或非法律所能禁；然依據社會職務說，則因為法律所不能容，因為與社會利益不相容。各國晚近民法，頗有明白禁止此類行為者；(註一)一九一九年德國憲法第一五三條，亦有「所有

(註一)例如德國一九〇〇年民法第三二六條「凡權利之行使，僅以損害他人為目的者，為非法」的規定，即係禁止財產所有人為無益

於已死者遺孀及旁人的行爲。又戰後歐洲各國土因都市缺乏住房之故，曾以法律禁止房主獨用寬大房舍，並強令召租，如德國一九二二年三月三十一日之法等等。這亦根據於上述的原則。

人使用其財產時，應同時有助於公益』的規定。

第三，財產權根本上既係以社會利益爲根據，既根據於所有者的一種社會職務，則因社會全體利益的要

求，國家機關自得以給付代價之法，強制收用私產。

強制收用私產的原則，即在法國大革命時，已成覺有承認的必要。一七八九年人權宣言云：『財產爲神聖不可侵犯的權利，除顯然因公共的必要，國家得以公平的與預付的賠償金收用外，不得強令割讓。』此即明示私產得由國家強制收用；惟強制收用必須以（一）公共的必要，與（二）預先給付公平的賠償金爲條件。晚近各國法律，不獨承認強制收用的原則，抑且逐漸擴充強制收用的範圍；而一九一九年德國憲法所規定者爲尤甚（第一五五條）。但是強制收用的範圍無論如何擴充，國家究不能不給所有者以賠償金。蓋法律既向承認私產，則便應給私產以相當的保護；如果私產所有者原無過失，僅因社會利益的要求，以致私產被國家無賠償的強制收用，則究屬未免有背公道。只有一方強制收用，以發展社會全體的利益，一方酌予賠償，以顧全私人的利益，才是公道的辦法。所以各國憲法或法律，關於強制收用的規定，亦莫不承認國家負有賠償的義務，即上述德國憲法亦復如此；不過德國尙承認國家法律，得特設不給代價的例外而已（第一五三條）。

關於私產的徵用，各國的法律大都對於土地爲特許，或者在民法中有詳細的規定，或者特立土地徵收之法。中國於民國十七年亦有土地徵收法的頒布；該項法律後成爲十九年六月二十三日所頒布的土地法的一部。關於房屋的徵收，及動產的徵用，則各國的法律尙無如土地徵收法的完備。原因有二。第一，在國家可以徵收土地（即 expropriation）的原則得一般人士的承認以前，歐洲各國尙有所謂最高土地權（eminent domain）的原則——即主權者對於國家以內的土地權收用的原則。第二，徵用房屋及不動產的必要，不如徵收土地的必要之大；國家可以自動遷房購物，而不必強徵收用民房民物。所以關於房屋及不動產的收用（requisition）往往

只爲用兵時的一種措施。

至於銀行及其他工商企業之歸於國有，如德國一九一九年憲法第一五六條所宣示，則係根據於另一個原則——社會化的原則，而非以私產可受限制的原則爲根據，此處無須加以申論。

第四，財產權根本上既係以社會利益爲根據，既根據於所有者的「一種社會職務」，則財產價值的增加，如不出於本人對於其職務的努力，其增加的價值，便不應爲所有者所享有，而應歸諸國家。私人財產價值的增加，有時係出於財產所有者的經營，有時實不因所有者本人的經營，而純以國家警察、衛生，及企業上的設施爲其原因；如衛生行政與警察行政的進步，可以使城市的房屋增其價值，因鐵路電路的敷設，可以使沿路的地畝增其價值等等。此項增值，在財產權的客觀念中，自然不發生任何問題；因爲財產權既認爲所有者的一種人權，而非根據於所有者的一種職務，則財產價值的增加，與所有者之曾否盡力，自不生何種關係。但如認財產權爲所有者的一種社會職務，則此項增值既不由於所有者對於其職務的努力，自亦不應歸所有者享有。所以，歐戰以前，英德等國，即已對於此種增值，徵收一種特稅，名爲「自然增值」(unearned increment) 稅。德國一九一九年的憲法，且於憲法本文之內，設爲「地畝價值，如不因運用勞力或資本而增加，則其增值應歸國家」的規定(第一五五條)。

第五，財產權根本上既係以社會利益爲根據，既根據於所有者的一種社會職務，則財產的繼承，國家自可加以重大限制。根據社會職務之說，私產本只是暫須容忍，而不是長照擁護的一種制度。私產如果完全由子嗣繼承，私產制度固益見鞏固，但子嗣行使社會職務的能力則或不如原來的創業者。所以晚近各國的法律皆有限制繼承權的傾向，德國一九一九年的憲法，且明白宣示國家可以徵收繼承財產的一部分(第一五四條)。

以上幾種條件，邏輯上似都爲社會職務說的必然結果；或諸實際，則各國晚近法律亦儘多容納這些條件者。故社會職務說，漸已成爲各國晚近法律中關於財產權的基本觀念。中國臨時約法對於財產權問題，僅於第六條中宣示人民保有財產的自由，而未規定財產自由的範圍；雖該條尚須受第十五條的支配(即因增進公益，

維持治安，或有非常緊急必要時，法律得以限制財產自由，然這種限制的條文，究尚過於空泛。調政時期約法第十七條雖仍保護私產，但以不妨害公共利益為範圍；第十八條並有『人民財產因公益上之必要，得依法徵用或徵收之』的規定。近來國民政府所頒布的土地法及其他相關法令，均多傾向於私產的限制。

第四節 積極的基本權利

本章第一節所述的個人自由，只是國家所不能侵犯，與必須禁止侵犯的基本權利，其性質是消極的。國家所以必須承認這種消極權利者，乃因這種權利與個人身體、智識、與道德的發展有關。但國家如欲助長個人的發展，並非單單履行這種消極義務所能成功；國家必須積極的履行若干種義務，更須從社會全體方面着想。國家的義務即人民的權利；國家如履行若干種積極的義務，即人民獲有若干種積極的權利。

積極的基本權利又稱為受益權，因為這種權利實即人民獲受於國家的利益。受益權的觀念當然和自由權的觀念不同。前者以個人為出發點，與個人主義為同盟；後者則以全體社會為出發點，與社會主義相連繫。兩者不但是不同，而且多少是衝突的。社會主義愈發達，受益權的觀念也愈發達，同時，國家對於自由的限制則轉而愈大。

受益權的觀念不是歐戰後的產物。一七九三年法蘭西憲法中的人權宣言第二十一條及第二十二條，即說國家應舉辦社會救濟及教育事業。一八四八年法蘭西憲法的緒言，第八條更說及許多別種義務，如保護勞工等等。不過詳列積極權利的憲法則尚以一九一九年的德國憲法為首創。自此以後，各國新憲法大都列舉若干種國家積極義務，即中國的憲法，約法及憲草，亦非例外。

積極權利的最普通者約為下列幾種：

第一，受國家給予最小限度的教育的權利。欲令一切人民享有發展其個性的機會，自不能不承認一切人民，須受最小限度的教育。然僅承認人民有受最小限度教育的義務，而不廣設公立義務教育學校，或津貼私立

義務教育學校，使一切人民，在事實上得有受學之地，且令貧者亦不至因學費及其他費用而受窘迫，則凡關於義務教育的規定，終不能完全實行。所以近代文明各國的義務教育，俱為一種無給教育；換言之，即國家對於一切人民，不能不予以最小限度的教育的機會。一九一九年德國憲法，且已將國家應使義務教育成為無給教育的原則，列入憲文（第一四五條）。訓政時期約法第五章亦有類似的規定。英法等國的義務教育，則已久成無給教育；甚或學校的飲食，對於貧者亦採無給主義。

第二，弱者得受國家救卹的權利。現代國家大都承認國家對於殘廢，衰老，而無法自存的人民，負有救卹的義務；這類人民得以要求國家，給以醫治，衣食，與居住。國家這種救卹義務，即構成一般人所稱生存權。在許多國家中，國家的救卹，且不限於殘廢或衰老的貧民，而更涉及其他弱者階級；如孕婦，私生兒，貧兒等等。一九一九年德國憲法，以及新近憲法的模範德憲者，如南斯拉夫，波蘭等國憲法，對於這些弱者階級的保護，均設有明文。

第三，勞工階級得受國家特別保護的權利。各國晚近法律，對於勞工的保護，已逐漸擴充其範圍，如規定最低工資，限制工作時間，施行強迫保險，與特別保護女工與苦工等等。但這種保護，大都仍只是國家對於勞動與資本兩階級所設的干涉。最近則許多國家更有承認國家須以實力補助勞工階級者；如國家建築房屋，以廉價租與工人；如對於工人之不能覺得工作者，由國家設立種種介紹工作的機關，以助工人尋覓工作等等。法國政府自一九〇四年以來，曾以法律令各市設立介紹所（*Bureau municipal de placement*）；英國政府自一九〇九年以來，在全國各地亦曾設有許多的工作介紹所（*employment exchange*）。但英法雖由國家設立這種介紹工作的機關，卻尚未承認失業者的，有要求國家代謀工作的權利。德國一九一九年憲法，則一面承認人民有工作的自由與工作的義務；一面復承認國家對於失業人民，有代謀工作的義務；倘使國家不能代謀工作，則國家便有供給其生活的義務（第一六三條）。這比一般文明國家，在形式上更為進步。但在事實上，則多年以來，德國對於失業者的救濟尚遠不及英國的有效。英國政府久已對於全體失業人民發給生活費用，而德國則從無力量做對

這層。由此可知，受益權的實效要看政府的經濟實力。訓政時期約法第四二條亦嘗說及國家應施行勞動保險制，但在國家缺乏經濟力量的時候，這類條文當然不能發生實效。

第二章 人民的基本義務

前章所述，只是人民的權利。國家所以必須承認那些權利，乃因為那些權利為個人優性發展的條件。然個人優性的發展，亦非單由國家承認那些條件之所可實現。為使個人優性得以發展起見，國家尚不能不強迫人民履行若干種義務。所以現代一般國家的憲法，於宣示個人權利而外，往往同時宣示人民的義務。

在一七八九年法蘭西制憲時代，即有少數人主張於人權宣言中，宣示人民的義務；但此議初未為當時人士所容納。（註一）法蘭西第三年（即一七九五年）憲法，則已以權利與義務並舉，其第一章的標題即稱人民權利與義務的宣告。這便是近代憲法並舉人民權利與義務的起原。一八四八年法蘭西憲法，本帶社會主義的色彩，所以亦以權利與義務並列。一九一八年歐戰結束後，歐洲各國的新憲法，大率模倣一九一九年的德憲，德憲固對於個人權利與義務各為充長的規定者。

法蘭西大革命時代的憲法，雖已有關於個人義務的宣示，但其所宣示者固極簡單。第三年憲法所列舉的個人義務，綜合言之，便不外（一）服從法律，（二）尊重財產，（三）負擔租稅，與（四）捍衛國家數項。（註二）這幾項義務，自然是個人必須負擔的義務；因為人民如果不負擔這些義務，國家的組織與社會的秩序，根本就無可創造或維持，而個人一切自由，亦無從保障。

晚近憲法所宣示的人民義務，其範圍往往較前時為大。第一，依十八世紀時代人士的觀念，財產權是個人的權利，個人的義務只在尊重他人的財產權；但按近今許多國家的憲法，則個人義務卻不如此狹隘，個人更有運用其財產的義務。第二，依十八世紀人士的觀念，人民不過有各按其力，負擔租稅的義務；至於「自然增

（註一）見 Esmein, *Éléments de droit constitutionnel* (1927), I, 595.

（註二）該憲法將納稅一層列入人民權利部分，未列入人民義務部分，因該章之所重視者，乃在人民各依其經濟能力，平等納稅。

值稅，遺產稅，以及其他含有社會主義性質的負擔，則不為當時人士所容納；今則有些國家的憲法；不僅明定人民有依其能力納稅的義務，並且以此類租稅明定於憲文之中。（註一）第三，捍禦國家的義務，不過是承認國家可以強迫人民服兵役，卻不一定承認一切健全的國民必須受軍事訓練，服義務兵役；今則許多國家的憲法，不僅承認兵役可以加諸國民，並且承認一切健全國民，必須受軍事訓練，服義務兵役——即所謂徵兵制。（註二）誠然，法國自一七九八年即已勵行徵兵制——論者並認法國一七九八年徵兵法為近代徵兵制的起原——然當時反對該制者甚衆，且該制在大革命時代亦未嘗列入憲法。（註三）

晚近憲法，不僅如上所述，取十八世紀人士所承認的人民基本義務，而擴大其內容，並且往往增設新的義務。在這些新的義務之中，最重要的，自然是受最小限度的教育的義務。欲令一切人民的知識，道德，與身體俱有發展的可能，自不得不令一切人民俱受最小限度的教育。所以自十九世紀後半葉以來，一般文明國家的法律或憲法無不有義務教育的規定。有些國家近來且將義務教育的期間特別延長，而令一切人民不獨有受初級教育的義務，並且有受中級教育的義務。一九一九年德國憲法第一四五條即規定人民於未滿十八歲以前，俱為義務教育年齡。自然，這項義務的履行，國家只能責成應受義務教育的兒童的家長，而不能責成應受義務教育的兒童；所以此項義務，實際上只是家長的義務。其次，便是工作的義務。如僅認人民有工作自由，而不承認人民有工作義務，則人民的身體，知識，或道德的發展，仍或不能實現；因為享有工作自由之人，也許竟不工作，因而成爲惰民。在法蘭西大革命時代，一般崇拜個人主義的人士，自然只承認人民有工作的自由，而不承認人民有工作的義務；因為他們以爲國家的職責只在給予人民以自由發展的機會；至於人民是否利用這個機會，則儘可任人民自由。但如承認人民有工作的義務，則事實上確將發生種種困難；所以即在晚近各國亦尙不敢以明

（註一）例如一九一九年德憲第一三四，一五四，一五五諸條。

（註二）例如一九二〇年德克憲法第一二七條的規定。

（註三）但法國一八四八年憲法，其軍事款已有徵兵制的規定。

文承認這項義務。一九一九年德國憲法尚承認人民兼有工作自由及工作義務，但亦僅認這項義務為道義的義務，而非法律的義務（第一六三條）。第三，為使用財產，以增進公共福利的義務。財產為一種社會職務，所以財產所有者不能不使用其財產，使用的目的且須為公共謀福利。英國法律，對於大地主之不自耕種者，已課以特高的稅率，蓋即寓有懲罰之意。德國一九一九年憲法第一五五條且明示人民有使用財產，並耕種土地的義務。第四，為服務國家的義務。當兵義務自然是服務國家的義務；但在現代國家中，人民為國家服務的義務，初不限於兵役。例如各國法律，有認選舉時的投票為人民的義務者，有認法院陪審為人民的義務者，甚至有認應選為地方或中央議會的議員為義務性質的職務者。這些義務性質的職務，有由國家給予報酬者，亦有全不給予報酬者。

中國民元臨時約法僅規定人民「依法律有納稅之義務」，及「依法律有服兵役之義務」。十二年中華民國憲法規定人民依法律有納稅，服兵役，及受初等教育的義務。訓政時期約法，除以上各種義務外，更規定「人民對於公署依法執行職權的行為，有服從之義務」。至於工作義務問題，民國十二年四月北京議會憲法起草委員會所提生計章草案，及民國十四年段祺瑞政府國憲起草委員會所草定的中華民國憲法案，俱設有「國民有不良風俗，為精神上或體力上勞働之義務」的規定；訓政時期約法第二十六條則有「人民依法律有服兵役及工役之義務」的規定。這些規定實較一九一九年德憲尤為急進，因為德憲還承認工作義務只是一種道義上的義務，而上述憲草與約法則並未明認這「義務為道義上的義務。自然，以法律的條文，宣示某某義務為道義上的義務，在形式上殊為不當；但這類義務如竟認為法律上的義務，則律文又難免不成具文。一則因為律文對於不工作者所設的制裁，勢難嚴格實行；再則因為國家如果要強迫人民工作，則對於無數求工不得的失業者，勢不能不代謀工作。這不獨難以期諸吾國，即歐洲各國的政府，對於失業問題，亦苦無法措置。所以工作義務的原則，我們儘量應該承認，在法律的制裁與國家的救濟未易實施以前，仍以不入憲文或任何律文為宜。（註一）

（註一）民國二十三年立法院所擬的中華民國憲法草案將兵役而未提工役，自是一種較宜於訓政時期約法的辦法；他在二十五年最後稿中
的憲法草案中，「工役」二字重又加入。

第二編 公民團體

概括地說，公民這個名詞，係指享有參政權的人民而言。因為某一國公民所享有的參政權，其範圍或與另一國公民的參政權不同。所以公民這個名詞，在一國有一國的涵義。

在有些國家，政權完全操諸政府，甚或操諸政府中一個獨裁君主，國民並無任何機會去參加國家政策的決定，如一九〇五年以前的俄國等。在這類的國家中，公民團體直可謂全不存在。在另有些國家，公民團體是存在的，但公民的職權限於選舉，如現今的英法等國。在這類國家中，公民可與選民混稱。在還有些國家，公民團體不獨享有選舉權，並且享有直接立法與直接罷免官吏議員等權，如瑞士及美國各邦等。在這類國家中，選民這個名詞，不能代替公民這個名詞。

本編的範圍，在依據學理與實例，分別論述（一）公民選舉權，（二）公民直接立法權，及（三）公民直接罷免權。

第一章 公民選舉權

第一節 選舉權的性質

所謂公民的選舉權，即是公民得以書面的或非書面的方法，選舉國家立法機關或其他機關的人員的權能。這種權能的本性，究竟是公民的一種權利，還是公民的一種職務，學者間頗有些不同的議論。

（一）選舉權為國民的固有權利說 在十八世紀法國大革命期內，有一部分人將選舉權完全看作國民的一種

固有權利。所謂固有權利，即國民當然享有的權利，既無須國家憲法或法律賦予，也不是國家憲法或法律所能剝奪。這種理論，乃根據盧梭的主權論；盧梭以爲主權既在全體的國民，則爲表示全體國民的共同意志起見，自然非由全體國民參加投票不可，也自然非全體國民有選舉權不可。(註一)承認此種理論，便發生兩種重大結果。第一，選舉權既爲國民的固有權利，則不論在何種社會與何種時代，一切國民俱須享有此權。凡幼年人，或有精神病的人，或犯罪者，或因其尚無表示意志的能力，或因其顯然有妨害社會生活的事跡，自然仍可除外；但除此而外，國家便不能任意剝奪國民的選舉權。第二，選舉權既爲國民的固有權利，則享有此權者，便可行使與不行使此種權利的自由；換言之，即選民應有投票與不投票的自由。

固有權利說，在理論上既不免過於虛玄；就實際的利益講，其兩種應有的結果，亦不能使我們贊許。倡導此說者，原意只在對抗十七八世紀歐洲各國的選舉制度，因爲當時的選舉權，限於貴族，僧侶，及有產階級，而不及於一般的人民。這種限制，自然應予取消；但因循舊固有權利之說，則亦不免矯枉過正。

(二)選舉權爲社會職務說 有一派人不認選舉權爲固有權利，而認爲選民的一種社會職務。依着這派人的觀念，選民的選舉權不是一種國民固有的權利，而出於國家的賦予；國家所以賦予選民以這種權利，乃爲全社會的利益，而不是爲享有選舉權者私人的利益；選民之行使選舉權，亦當認爲係以國家名義而行使，亦當爲着國家利益而行使。簡言之，選舉權便是國家法律授予選民的一種職務。一七八九年法國國民議會的大多數人本已傾向此說；一七九一年法國憲法因分公民爲『活動公民』(citoyens actifs)與『不活動公民』(citoyens passifs)兩類，而令選舉權限由前類公民行使。十九世紀以來的德國學者，更認選民團體爲國家的一種機關，選舉權則爲選民的社會職務。

社會職務之說亦產生兩種結果，惟皆與上說的兩種結果相反。第一，選舉權既爲一種社會職務，則這種職

(註一) Rousseau, *Contrat social*, liv. III, ch. II; liv. IV, ch. I. 盧梭思想及法國大革命時代選民權範圍有權利者的理論，詳見 Carre de Malberg, *Contribution a la theorie generale de l'etat* (1922), II, 424 頁以下。

務的授予，國家自可依社會的利益，而規定相當的資格。雖然，此種資格的規定，亦不能出以武斷的態度，而應基於理性的考慮；但在原則上講，資格的限制畢竟可以存在。第二，選舉權既為一種職務，即享有此權者便有履行其職務的義務；因是國家對於選民，即施行「強制投票」，亦為理論所許。

(二)選舉權兼具權利與職務兩性說 此說者以為選舉權固為選民的一種職務，但同時仍為選民的一種權利。此處所謂權利，不是國民的固有權利，而是國家法律所授予的權利。何以仍為選民的一種權利？因為各國法律，大率承認凡依法有資格取得選舉權的人民，如被國家官吏無意或有意遺漏時，被遺漏者便得向法院起訴，以維護其資格，而達到履行選舉職務的目的。說者以為這種規定，便是選舉權為一種權利的特徵。

以上三說之中，以第三種較為合理。選舉權的授予，一方面固是為着社會的利益，一方面亦是欲令私人得以表示其意見與情感；故謂選舉權的授予，純是為着社會利益，而非為私人利益，亦不免言之過當。選舉權固不能僅認為職務而非權利。不過選舉權雖含有權利的性質，而與私人的普通權利究有不同；私人的普通權利，大都可以割讓於他人，或委人代為行使，或因疏忽而消滅；按諸一般國家選舉法，選舉權則為不可割讓，不容委託的權利，亦不因自行宣言而可消滅。在採用強制投票的國家，當事者且有不能不行使其權利的義務。所以在一般國家的選舉法上，選舉權實可視為一種賦有職務性的權利。這類權利，在公法上或私法上亦未始毫無其例，例如各國公法上所承認的人民陪審權，與私法上所承認父母對於幼年子女的財產管理權等等；因為享有這類權利之人，在一方面固有行使陪審權或管理子女的財產的權能，在另一方面亦有預參陪審或代子女管理其財產的義務。

第二節 選舉團體的組成

行使選舉權的團體，究應由什麼分子組成？關於這層，我們應該討論的有以下的兩點：第一就是限制選權與普及選權制的分別；第二就是地域代表制與職業代表制的分別。

第一目 限制選權與普及選權

(一) 限制選權與普及選權的區別，凡於年齡，國籍，無精神病，與未受刑事處分等條件而外，更設立其他資格以爲取得選權的條件者，可稱之爲限制選權制。反之，如於年齡，國籍，無精神病，與未受刑事處分條件而外，不另設其他資格，則可稱之爲普及選權制。

選權所受的特殊限制，在各國亦不盡相同。有注重財產資格者；十八世紀期內英國及其美洲殖民地的選權資格，法國大革命初期所規定的選權資格，及日本於一九二八年以前的選權資格，均以財產爲主要的標準；今之仍沿用限制選權制者，大率也是這樣。有注重教育資格，或兼重教育財產兩項資格者；例如意大利於一九一二年以前，其議會選舉權的取得，即以納若干租稅，或曾受相當教育爲限。有注重性別的資格者；歐戰以前，一般國家所採用的普及選權制，實只普及於男子，而不遍及於女子；所以當時一般人士所稱的普及選權亦只以男子所享的普及選權而言。但今則選權已漸漸普及於女子；繼續維持性別限制的國家，縱令其成年男子均有選權，亦不能稱爲普及選權制。

財產，教育，與性別三項資格，不過是大多數國家所曾採用的限制條件。此外尚有採用其他條件，以限制選權的取得者，例如英國下議院選舉法，從前設有獨立「住宅」(occupation)的條件；葡萄牙選舉法，從前設有能識文字或身爲家長的條件。極大多數國家，至今仍以一定的居住期間爲選權資格之一；在某選舉區取得選資格者，須於選舉舉行前，曾在該區居住滿若干時期。但居住條件爲各國社會黨及勞工團體所反對，因爲勞動工人，事實上往往不能在任何區域內爲長期間的居住，而鐵路工人及海員工人爲尤甚。德國一九二〇年的選舉法即已廢除居住的限制。

選權的普及運動，本爲民治運動的產物，所以當歐戰告終，民治運動達到最高的發展時，普及選權亦成爲文明國家的通例。同時，俄意等獨裁國家則爲採用限制選權的國家，不過其限制的條件不是性別，教育，財產等等，而是俄意立國的要素。蘇聯爲共產國家，共產國家重工作，凡一切工作者，滿十八歲時俱得行使選舉

權；而一切「非工人」(Non-worker)則皆不得享有選舉權。(註一)意國爲法西斯蒂國家，注重業團，凡加入各種業團(syndicates)的成年男子，俱得行使選舉權；而非業團社員的選舉權則限制極嚴；女子則完全不能享有選舉權。

(二)限制選權與普及選權的理論 主張限制選權者的理論，與主張普及選權者的理論，約略言之，有如下述：

各國採用限制選權制者，其限制條件，彼此雖不盡一致，然除反民治的俄意等國而外，大致不外男性，財產，與教育三個條件。男性這個條件本來缺乏理性的根據；這層我們在下面當有較詳的說明。主張以財產爲條件者，大概亦不外下述幾種理由。或則以財產爲智識或教育的表徵。這種理由是否可以成立，自然要看有一個國家中，有產階級的智識或教育，是否高出於其他階級；在現今義務教育將普及，或已經普及的國家，財產已不足爲智識或教育的測驗。或則以財產爲納稅的表徵；但選權本是國家委託一般有相當能力的人民的職務，並非對於納稅者特設的一種酬答。或則以有產階級爲最能愛護政治秩序的階級。法國第一次大革命時代，頗有持這種見解者。依着這種見解，選權之所以必須屬諸有產階級，乃因有產階級對於社會秩序，獨有愛護的誠心；而有產階級之所以能愛護，則因其享有財產之故。這種見解是否正確，已屬疑問；即令正確，有產階級所愛護的秩序，亦只是與他們有利的一種秩序；倘他們得獨享選權，則與國家應爲人民全體謀福利的義務，亦不相容。所以財產這個條件也可根本否認。教育這個條件，我們不能不認爲有相當理由；因爲選權既係一種社會職務，則擔負這種職務者自應有相當的能力；但在教育普及的國家，這個條件也非必要；因爲選權雖係一種職務，其所需要的資格究不甚高；如果一切國民俱已受過初級教育，則選權即令普及，於職務的執行固亦不生妨礙。

歷來主張普及選權者，大率不外根據下述兩種見解。其一，以爲依據全民主權之說，選權便應普及。此種

(註一)自一九二六年新憲法成立後，選權限制也已解除。

見解，保認選權為國民固有權利，保認主權屬於各個人民（盧梭認各個人民俱享有主權的一部分；例如一國之中如有六千人民，則每人便有六千分之一的主權。）主權既屬於各個人民，則為使各個人民有行使主權的機會起見，選權便有普及的必要。這種理論弱點太多；即今之維持全民主權說者，亦無法附和這種見解；即他們也得認主權屬於人民全體，而不分屬於各個人民。其二，以為依據功利主義，選舉應適當普及。英國功利主義者（如邊沁等）即抱這種見解。這派人以為一切人民皆有『痛苦』與『幸福』的感覺，國家的目的，在為最大多數人民謀最大福利；欲達到這個目的，惟有令各個人民，各自表示其所希望的福利；因為某一人之痛苦，或幸福，比較上應以他自己的感覺為最親切，他自己的觀察為最真實可靠。在這種見解之下，選權普及不是一個權利問題，而是一個功用問題。這種學說固含有相當的真理，但是某人對於他自己的真正福利，能否有明瞭的觀察，能否一定較旁人的觀察更為清楚，仍當視其知識或教育的程度；所以，選權普及究亦不能認為一切國家所能採用的一種制度。實際上，即功利主義者亦未敢作這樣的結論。

綜之，選舉權既含有社會職務性的權利，凡行使這種權利的人民，自不能不具相當的能力。在原則上，國家的法律亦可酌設教育的資格。但除教育的資格而外，其他資格俱不是行使這種職務的必要條件，俱不是合乎理性的條件。即教育條件應否設立，實際上亦當視一國人民的教育狀況而定；在教育已經普及之國，亦無設立特殊教育條件的必要。

(三) 女子選舉權及被選舉權問題 選舉權既為一種含有職務性的權利，則女子宜否享有選舉權及被選舉權（被選舉權自然也是一種含有職務性的權利）自然只須討論女子能否勝任這類職務。自來反對女子參政者，(一)有認女子的身體狀況，以及知識，或道德，不宜參政者；(二)有根據生物學上動物愈進化，男女性的分別亦愈顯明的公理，認為女子參政足以使男女職務雷同，差異減少，演為人類退化現象者；(三)有根據分工原則而反對女子參政者；(四)更有因女子不服兵役，而謂不應享有參政權利者。這些議論，或則純為一種偏見，或則根據於一種不甚準確的觀察，皆不能成為反對女子享有選舉權與被選舉權的理由。反之，主張女子參政者，不

特許女子參政，在原則上雖未承認；而且根據種種事實，認女子有自行參政的必要。這些事實中的最著者：(一)爲男女受教育的機會不平等；(二)爲男女在法律上所享權利的不平等；(三)爲男女取得職業的機會的不平等。主張女子參政者認爲這種種的不平等，在女子無參政權的國家甚爲顯著，但在女子已獲選權的國家，則有消滅的趨勢；他們因此便主張給女子以選舉權及被選舉權。

歐戰以前，女子享有選舉權及被選舉權者，幾限於北歐的挪威，丹麥，瑞典，芬蘭數國，新西蘭及澳大利亞兩不列顛自治地，與美國聯邦中的若干邦。歐戰後，各國相率給女子以選舉權及被選舉權，於是女子參政乃成普遍的現象。在歐洲各國中，除了希臘，南斯拉夫，羅馬尼亞，布加利亞，及土耳其五個東歐國家，及意大利葡萄牙而外，只法國及瑞士仍不許女子參政，其餘則無不授女子以選舉權及被選舉權。美國及不列顛帝國的自治殖民地也已先後准許女子參政。在美洲拉丁系各國中，墨西哥一九一七年憲法及巴西一九三四年新憲法亦然。至於女子在各國取得選舉權及被選舉權的經過，則我們可就英美及德國的情形，而加以說明。

十九世紀中提倡女權最力者首推英人彌勒(J. S. MILL)。自從彌勒於一八六一年出版關於代議政府的考慮一書，公然主張女子參政以後，英美的女子，即作參政的要求；自一八六九年起且在英國及美國各邦的地方選舉中，逐漸取得選舉權及被選舉權。但英美女子之獲得中央的選舉權及被選舉權，則仍爲歐戰以後之事。歐戰中，女子嘗努力從事於戰時的種種工作，於是向日反對女子參政的人們亦一變其向來態度，而同情於女子參政運動。英國議會乃於一九一八年通過新選舉法，予女子以選舉權。美國議會則於次年亦通過一憲法修正案，規定「聯邦及各邦選舉權不得因性別而有差異」；該項修正案於一九二〇年即得各邦的批准。英國一九一八年的法律固然沒有給女子以完全平等的待遇，但自一九二九年議會通過平等選舉法後，男女間的不平等，已完全消滅。

至於德國女子之取得選權及被選權，則又與英美女子不同。英美女子之得以參政，爲他們數十年努力得來的結果。但德國的女子，在歐戰前並沒有作要求參政的運動；歐戰結束，民治潮流一時極度高漲，一九一九年

一月德國選舉國民議會時，遂准女子加入，而選國民議會所制定的憲法，亦承認了男女的完全平等。不獨在德國是這樣，即在其他新興國家，如捷克，波蘭，奧大利等等，也俱一舉而准女子有平等的選舉權與被選舉權。

(註一)

歐戰結束後的數年，無論民治國家或共產國家，俱承認男女應同樣享有參政之權。即素來反對女子參政的法比等國，其政論家一時亦不積極反對女子參政的原則。但自法西斯蒂主義勃興後，女子參政運動又遭受一種新的打擊。意德法西斯蒂主義的領袖俱反對女子參政；他們以為女子應以管理家務，繁殖民族為主要職務，而不應參與政治。所以意國至今不給女子以選舉權；德國女子已取得之選舉權，雖未取消，但國社黨僅許女子參加選舉，而不許女子被選。德國議會數年前常有三四十名女性議員，今則在事實上女子的被選舉權已被取消。

(四)中華民國歷次選舉法中的選舉權資格 民元臨時約法無承認選擇權普及或女子參政權的條文。民元衆議院議員選舉法，採用一種限制選擇權；其所說的特別條件，為男性，財產，教育，及在選舉區內的居住期間。依照該法第四，第六，第七各條，凡有中華民國國籍的男子，年滿二十一歲，於編製選舉人名冊以前，在選舉區內住居二年以上，具左列資格的一種者，有選舉衆議院議員之權：(一)年納直接稅二元以上者；(二)有值五百元以上的不動產者（但於藏廠青海得就動產計算）；(三)在小學校以上畢業者；或(四)有與小學校畢業相當的資格者。但凡經褫奪公權尚未復權，或受破產宣告後尚未撤銷，或有精神病，或吸食鴉片，或不識文字者，俱無選舉權，或被選舉權；又凡軍人，現任行政司法官吏及巡警，僧道，及其他宗教師的選舉權及被選舉權。

(註一)關於女子參政的理論及各國女子參政運動的經過，可參看：

Penkurst, *The Suffragettes; the History of the Women's Militant Suffrage Movement, 1905-1910* (1911)

Fawcett, *Woman Suffrage; a Short History of the Great Movement* (1912)

Strachey, *The Cause; a Short History of the Woman's Movement in Great Britain* (1928)

Joseph-Barthelmy, *Le vote des femmes* (1849)

俱被停止；（但蒙藏青海的官吏，巡警，及宗教師不在此限。）參議院議員由各省議會選舉。省議員選舉人的資格與衆議員選舉人資格相同。

民國七年八月十二日召集的新國會（即一般所謂安福國會）則係根據同年二月十七日馮國璋政府時代所頒布的參衆兩院議員的選舉法而選舉者。依照該兩種法律，衆議院議員選舉人的資格比前更高；其年齡須在二十五以上，其財產則一倍於民元法律所定的資格，惟其教育程度仍舊。參議院議員選舉人的資格則受更嚴的限制；凡年滿三十的男子，具有（一）高等或專門學校畢業，或相等的程度而任事三年以上，（二）曾任中學校長，或教員三年以上，或（三）有學術著述，經內務部核准的資格，才有選舉參議院議員的權利。

國民革命成功後，財產的觀念既不然大變，男女的平等又完全取得承認；所以民國二十一年一月一日公布的國民會議代表選舉法完全廢除關於選舉權資格的一般限制，選舉人既不須享有財產，也沒有男女之別，即年齡亦無限制。凡屬於下述五類團體者，縱未成年，縱不識字，亦可參加選舉。這五種團體即：（一）農會；（二）工會；（三）商會及商業團體；（四）大學及自由職業團體；及（五）中國國民黨。至於這種選舉權資格所自根據的理論，則我們於本節第二目中當另有討論。民國二十五年五月十四日公布的國民大會代表選舉法對於選舉人重設年齡（滿二十歲）的限制，但仍無關於財產，教育，或性別的限制。

第二目 地域代表與職業代表

（一）地域代表制與職業代表的分別 從選舉團體的構成而言，各國的選舉制度尚有地域代表（*geographical representation*）制與職業代表（*professional representation*，*functional representation* 或 *vocational representation*）制的分別。現時一般國家所行用的選舉制度，係以地方團體，如一省一縣一區一市之類，爲選舉團體；這便是所謂地域代表制。職業代表制，則以職業團體，如工人會社，商人會社，律師公會，教員團體，新聞記者團體之類，爲選舉團體。

（二）職業代表制的理論及批評 職業代表制的鼓吹倡導只是最近數十年間之事。倡導最力者，則爲法國的

工團主義 (Erydicalism) 派，與英國的基爾特社會主義 (Guild socialism) 派。普魯士在俾斯馬克當政時嘗一度設立經濟院 (一八八〇年)，則為實行職業代表制的最早者。

主張職業代表制者的理論，約略言之，不外下述三種：

其一以為欲使議會制度與現時及將來社會組織的形態相適應，便不能不採用職業代表制。

十九世紀末期以來，法人所倡導的工團主義，實為職業代表主義的一個主要淵源。依著主張工團主義者的理想，國家於過去雖曾以家庭，部落，或地方團體，為其構成的單位，但國家的將來，必純以職業團體為其構成的單位。換言之，未來的人類社會將不復以屬於同一血系，或居於同一地域為人類結合的根本原因，而將以從事於同一職業為其結合的根本原因。所以工團主義者所預期的國家，只是一種由各種職業團體聯合而成的政治組織。他們不獨預料人類未來的政治組織將為這樣的組織，他們且由這種組織為人類最合理性的組織。

人類未來的政治組織是否即純為人類職業團體的政治組織，這樣的政治組織，是否即為一種最合理性的組織，固然仍可發生疑問；但在歐美現今社會的組織中，職業團體數額之日形增多，及職業團體勢力之日形擴大，則為無可否認的事實。這種團體的聯合組織或聯合會議，其能發生的勢力，與其足以引起社會與政府的注意，有時不特非舊式政黨機關的代表會議所能比擬，即國家的議會有時亦不能相比；例如英國的職工會代表大會，美國的礦工代表大會或農事企業者的代表大會，澳大利亞各種勞工組織的代表大會，便有雄厚的勢力。各國議會制度於是乃有外重內輕之勢。有人謂職工團體的增多，與其勢力的擴大，實為晚近各國議會制度衰落的一大原因，誠非虛語。(註一) 議會之外既已有這樣重大的勢力存在，所以主張職業代表制的人，認為為維持議會的權威起見，為使議會的組織與社會的組織相適應起見，決非吸收此種勢力於議會以內不能成功。

其二以為欲使議會富有專門人才，以應付現代日趨艱難複雜的立法職務，亦不能不採納職業代表制。

這層意見，亦似為主張職業代表制者所公認的一種意見。他們以為在現今各國地域代表制之下，議會決議

(註一) Bryce, Modern Democracies (1921), II, ch. XVII.

吸收專門人才。一個地方區域中既含有從事各種不同職業的選民，則爲其代表者，自亦不能不注意各種不同的問題，而不能專心致意於特種事業，或特種問題；所以議會的議員，往往不是一種富有專門智識或經驗的人才，而爲一種缺乏專長的『政客』。從事專門事業的人才，或因其不願於本身的事業以外，更向一般民衆爲普通的政治活動；或因其缺乏向普通民衆爲這種活動的餘暇；其能當選爲議員者，遂絕無而僅有。可是現代的立法職務，確又日趨於複雜艱難之境；議會之中，如果長此缺乏專門人才，則議會制度的衰落恐屬無可挽救。蒲傑斯論晚近各國議會衰落的原因，亦以今代表立法職務，日趨艱難，而議員能力不能相與並進爲言。他以爲半世紀以前，各國議會的工作只在掃除舊日種種的束縛與障礙，大體上仍不過是一種破壞的工作，尙不十分艱鉅；今則議會的工作，在在是一種建設的改造的工作，其複雜艱難的程度，遠非昔比。現代議員的才能雖不較劣於舊日的議員，但因議會職務，較重較難，於是議會的權威信用遂不免低落。（註一）

但是有些論者，對於職業代表制足以增加議會專門知識這一層理論，不甚表示贊同。他們以爲各職業團體所選出的代表，雖是具有專門經驗或知識的人才，而甲職業團體的代表初不必能了解與乙職業團體有關的立法問題；因此，在職業代表制之下，議會中大多數的議員，對於任何立法問題，常會缺乏常識；任何立法事項，只有與各該立法問題有關係的職業代表才能了解。所以職業代表制亦未必能使議會對於今代表複雜艱難的立法工作，較能勝任愉快。拉斯基即抱這樣的見解。（註二）

其三以爲欲減少代議制度的虛偽，亦不能不採納職業代表制。

代議制度原不免帶有幾分虛偽，因爲代表者或被代表者間的意見，事實上總難完全一致。所以急進的人往往不信任代議制度，而主張直接民治，盧梭民約論中的意見便是這樣。偏於保守的德奧學者，則因不滿意於代

議制度，歷來且寄同情於賢人政治，如哈勒（Von Haller）及戴爾布呂克（Hans Dahlbrück）等。（註三）即對於代

（註一） Bryce, *Modern Democracies* (1921), II, 574.

（註二） Laeti, *A Grammar of Politics* (1925), 72-73.

（註三） Dahlbrück, *Government and the Will of the People* (1923).

議制度不憚十分偏激的見解者，因目觀英美等國選舉及政黨的狀況，亦常不能不認代議制度之日流於虛偽；如華拉斯（Graham Wallas）及奧斯特洛高斯基（Ostrogorzki）等。（註一）今之主張職業代表制者以爲此種虛偽，實因採用地域代表制而產生，或因採用地域代表制而增甚。他們以爲一個地方區域既含有各種職業不同的選民，則選民的目的亦自不同；不同目的的選民是無法代表的。所能代表的只是選民的意志；然而意志的本身又是無可代表之物。某一地方的選民所選出的代表既不能代表各種選民的各種目的，而意志又無從代表，則代議制度豈不流於虛偽，缺乏實在？這是主張職業代表制者攻擊地域代表制的一個重大理由。（註二）他們以爲採用職業代表制，便可以免除或減少這種流弊；因爲職業團體，既爲從事於同一職業的人民，彼此之間，自有其共同的目的，如以職業團體爲選舉團體，則代表者便可代表被代表者的共同目的。而且在地方區域之中，選民既無共同的目的，自難有整齊嚴密的組織，即有政黨亦不能與選民發生密切關係；因此，選民對於其所選舉的代表，事實上常不能爲有效的指導或監督，而選民與代表間的意見，因此遂相離愈遠。主張職業代表者，以爲從學於同一職業之人，既易有嚴密的組織，而對於代表的主張，復較有判斷的能力，自然對於代表，能爲較有效的指導或監督；如能再輔以直接豁免之制，則其指導與監督，或將更形嚴密；而代表與被代表者間的意見亦更易趨於一致。

上面所述三種理論，可以說是主張職業代表制者的一般理論。至於反對這種制度或對之懷疑的人，則有以三種最普通而有力的意見。

其一以爲職業代表制的實現是非常困難的。議會議員既爲各種職業的代表，則各種職業團體所出代表的人數，自應相當於各該團體的重要，但團體的重要實不易有準確的評量。如果各國體代表的人數不能與各團體的

（註一） Wallas, *Human Nature in Politics* (1922), Pt. II, ch. II, *Origin of Democracy and the Organization of Political Parties* (1902), Pt. VI.

（註二） Cole, *Social Theory* (1922), ch. VI.

重要成相當的比例，則職業代表制的原來用意不免失去，轉不若採行地域制，使各個代表，能代表一定的公民數目。

其二以爲職業代表制足以引起議會內部的劇烈衝突。抱這種見解者，以爲在地域代表制之下，每一選舉區的職業分子，其所選出的代表，自不必與其他選舉區的代表，各有顯然不同的目的及任務，所以選舉之中，雖亦常有各種政團存在，而議會內部的分裂與衝突，仍可不至太甚。但如以職業團體爲選舉團體，則其所選出的代表，將各各代表一種特殊的利益，各各負有一種特殊的任務；所以議會內部的分裂與衝突，或不免較前更甚。其結果可使議會的工作更形艱難，或且促成議會中若干種職業團體互相聯結，以壓迫其他職業團體，而演爲一種殘酷的多數專制。

其三以爲職業代表制足爲社會進步的障礙。英人華拉斯之懷疑職業代表主義，即原於此。（註一）華氏承認各種職業團體的存在，不僅爲事實上所不能免，更可增進從事各項職業者的自尊心與其幸福；但以之爲議會的選舉團體，或由其代表決定國家的經濟立法（如基爾特社會主義者之所主張），則不免增加社會進化的阻力；因爲依照華拉斯的觀察：職業團體常是一種富於保守性的團體，屬於特種職業之人，往往對於該團體的傳習有深厚的好感，與無限的忠誠，而不忍斷然改易；在現時大規模的生產組織之下，團體的改進，尤多阻力。一種職業固然如此；各種職業團體所共同組織的團體，或且更甚。這猶僅就一般的職業團體而言。若就英國現存的律師，醫師，軍官，與教員四大職業團體的歷史而言，則華拉斯所指的保守性更是顯著；他們嘗爲各該業改革運動的一種阻力；各業的改善常須有賴於外力的贊賞。

上述三種批評，我們自然不能斷然否認。惟細考主張職業代表者的理論，與其反對者的批評，我們覺得批評者所提出的理由，初不能打消一切形式的職業代表制。若然，則職業代表制之宜否採用，須看我們能否覓取適當的形式。

(註一) *Wallas, Our Social Heritage (1921), ch. v, vii.*

(三)職業代表制的各種形式 學者們所曾提議的職業代表制，及各國所曾實行的職業代表制，概括起來，可分為下述的三類：

第一種形式在合議會純為職業代表機關，而完全感止地域代表制。這為法國工團主義者的理想組織；他們認國家的組織，只應是各種職業團體的聯合，其共同的機關，只應是各種職業團體的代表聯合會。法人柏諾槐 (Ch. Benoist) 於一八九七年即曾擬有一個具體計畫，主張純以職業團體，依比例選舉法，選舉議會。(註一)現在意大利眾議院所採的選舉制度，頗為類似。意大利的眾議院自一九二八年起，採用了一種特殊的選舉制度，議員的候選人不由政黨提出，而由各種業團 (corporations) 依法組成的全副同盟提出。各同盟共提一千人，由法西斯蒂黨的評議大會圈定四百人，交由人民投票表示可否（在事實上，人民殆只能投票表示贊同，不敢反對。）所以意大利現在的眾議院不啻已成了各種業團的議院。業團既是職業的團體，而意大利的上議院又無權無力，意大利在形式上可說已經充分採用了職業代表制度。(註二)

第二種形式，在兼採職業代表制，與地域代表制，並令職業團體的代表機關，與地域團體的代表機關，享有平等的立法權。英人衛布夫婦及法人狄曠均為這類形式的主張者，不過兩人之間，意見亦不盡相同。依着衛布等的理想，國家應設兩種議會：一為經濟議會，其選舉團體為各種職業團體（即生產者）；對於經濟問題，有完整的立法權，不受其他議會的限制；二為政治議會，其選舉團體，仍由地方區域中的一切人民（即消費者）構成；其立法權，則以政治問題為限。(註三)但狄曠則主張採用兩院制的議會制度，上院由職業團體選

(註一) Benoist, *La crise de l'état moderne* (1897).

(註二) 參閱上面。

(註三) 參見 Sidney and Beatrice Webb, *A Constitution for the Socialist Commonwealth of Great Britain* (1920), G. D. H. Cole 著 *Self-Government in Industry* (1913), ch. iv 中亦曾主張地域代表的國會與職業代表諮詢特設議會兩者並行，但於一九一九年該書再版中，Cole 已不復作此主張；於其所著 *Social Theory* 一書中，更明白主張以職業代表機關為立法及行政的最高機關。

舉，下院則仍由地方團體選舉。(註一)狄驥這種計畫，自然不同於喬布等的主張；因為狄驥並為主張上院專司經濟立法，而下院專司政治立法；在狄驥的計畫之下，職業代表機關與地域代表機關，就其職司而言，彼此初不必有如何的差別。

第三種形式，在兼採職業代表與地域代表制，而令職業代表機關的立法權，較小於地域代表機關。年前德意志的議會制度，便可認為這類計畫的一個代表。當一九一九年德意志新憲法草案方在討論時，德國社會黨人，或則主張採納蘇俄制度，純以勞工的代表機關為國家最高的立法及行政機關，或則主張採用一種類似前述狄驥的計畫的兩院制；其最終採納的計畫，則係於議會之外，更設立一個全國經濟院 (Reichswirtschaftsrat)。德國的議會仍依地域代表主義選舉，經濟院則由職業團體選舉。但是憲法第一六五條所規定的經濟院始終未成立；其在一九二〇年成立，一九三四年始正式取消者，則為臨時經濟院。臨時經濟院的構成分子可分為六種：即(一)各項企業雇主的代表，(二)各種工人團體的代表，(三)消費團體的代表，(四)公務員及自由職業的代表，(五)參議院 (Reichsrat) 的代表，(六)政府的代表。這六種代表中，後四種代表的人數極少，所以就大體言，該院實為雇主與工人的代表機關，換言之，即職業代表機關。但是經濟院的權力卻非常狹小。即依憲法第一六五條的規定，經濟院的主要職權不過兩種：其一，經濟院可向議會提出經濟或社會立法的法律案；其二，凡政府向議會提出經濟或社會立法案時，須預經經濟院的審議，始能提交議會。但經濟院並無自行制定法律之權；議會所通過的法律，亦不必待其同意。至於臨時經濟院的權力則更是狹小，幾乎限於討論政府所交議的法律案件。

德國的前例，英法等國亦曾略倣效。法國自一九二五年起有全國經濟議會的設立；英國則於一九三〇年起有經濟顧問議會的設立；(註二)兩者的設立俱根據於命令，所以只能作政府的諮議機關，而不具憲法上的權

(註一) Dupuit, *Traité de droit constitutionnel* (1923), II, 596-606.

(註二) Finer, *Theory and Practice of Modern Government* (1932), II, 902-904.

限。但論實際的工作，則法德兩國的機關極爲近似，他們對於重要經濟立法都會有所參與；英國顧問會議的活動範圍則似較狹小。一九三三年四月九日秘魯憲法也模倣德意而有全國經濟院的設立（第一八二條）。

除了上述三種形式而外，蘇維埃的制度，葡奧等國所採用的所謂社會議院，及巴西的制度，也可在此處約略說明。

蘇維埃本爲勞工者的會議，但這會議的權力不限於立法事件，而遍及於行政及司法。上級的蘇維埃則由下級蘇維埃的代表組成，最高的蘇聯蘇維埃代表大會，則由聯邦中各邦的蘇維埃代表大會所舉的代表組成。所以我們如將最下層的蘇維埃看做職業團體，則蘇聯的最高機關，自然也是職業代表制的一種。不過將蘇維埃看做職業團體未免牽強，因爲蘇維埃雖是工人的集團，但仍有工廠的蘇維埃與地域的蘇維埃的分別；地域的蘇維埃實包涵了無數種的職業在內，說他能代表某種職業，未免失當。

葡萄牙及奧大利俱是意大利法西斯蒂主義的摹倣者，俱是以社會主義國家自號者，但其對於職業代表主義的重視，則又遠不及意大利。葡萄牙的立法機關，除了地域代表的議院，稱做國會者外，尚有一個稱做社會議院者。社會議院的議員有三類，即各市集的代表，各文化團體的代表，及各經濟團體的代表。但社會議院只有參議立法之權，最後的議決權則仍操諸地域議院。奧大利的議會叫做聯邦議會，由參議院，聯邦文化院，聯邦經濟院，及省代表院四個機關的代表組成。四個機關各有討論立法之權，但議決權則仍操諸聯邦議會。所以職業代表機關在葡奧所享之權，僅與德國的經濟院相似，而不能比擬於意國的衆議院。

巴西一九三四年新憲法規定衆議院共設議員三百人，其中二百五十人由地方團體選舉，五十人則由各職業社會選舉，在職業會社中勞資兩方有平等的選舉權。衆議院之外，仍有參政院，由每邦各舉代表二人爲議員。換言之，巴西的兩院制一如昔日，但衆議院議員的選舉，兼採地域代表及職業代表兩種制度。

詳考上述各種職業代表制的形式，可知凡職業團體的組織已達相當程度的國家，職業代表制之相當採用，殆已不易避免；惟所採的形式則彼此不必盡同。（註一）

(註一)最近尚有法人 Richard Lavergne 於所著 *Le développement des techniques politiques et sociales en France* (Paris: Editions Larousse, 1933) 一書中，提倡同一議會能容兩種代表，一為個人的選舉權，人人一視，因為人人是消費者，又一篇社會的選舉權，則視各人在生產界所佔的地位，而分大小。這也是贊成職業代表制的二種理論；但其原則之不易具體化則亦顯而易見。參讀該書 *ch. III, IV.*

在中國，職業代表制亦已有過嘗試。孫中山先生於末年時曾主張以職業代表制代替地域代表制；(註二)所以民國二十年召集的國民會議，其代表除黨派及華僑的代表外，亦係由全國職業團體及中國國民黨產生。職業團體包含(一)農會，(二)工會，(三)商會與實業團體，及(四)教育會，大學與自由職業團體四類。惟因中國職業團體在民國二十年時尚無健全的組織，所以各職業團體所產生的代表，並不能確實代表各職業團體，更不能具有職業團體代表應具的力量。(註三)

第三節 選舉區

(一)大選區區制與單選舉區區制 凡規定每一選舉區，僅得選出議員一名者，為單選舉區制(法人稱為 *scrutin uninominal*)。反之，如選舉區的地域較大，每區得選出議員數名，則為大選區區制(法人稱為 *scrutin de liste*)。

英國向為採用單選舉區區制的國家，有多少衆議員，即有多少選舉區；英法兩國則有時採用單選舉區制，有時採用大選區區制。在歐戰發生時，英法下議院的選舉，俱採單選舉區制。自一九一九年至一九二七年法國嘗採用一種不純粹的比例選舉制，同時亦為大選區區制；但在一九二七年又恢復了單選舉區制。英國在一九一八年的新選舉法之下，各郡市的選舉區雖仍為單選舉區，但大選區區則間有為大選區區者。其所以容納大選區區制，則因為欲試行比例選舉制，便不能不採用大選區區制(後詳)。

(註二)見孫中山先生民國十三年十一月十日的北上宣言。

(註三)民國二十五年五月十四日國民大會代表選舉法則將地域代表及職業代表制，見下面。

中國民元衆議院議員選舉法，對於初選及複選，俱係採用大選舉區制。元年國會組織法對於參議員的選舉，亦係採用大選舉區制（各省選出參議員十名，其他藏青海海華僑等選舉會，及中央學會，亦各選出若干名。）

(二)大選舉區制與單選舉區制的理論 主張大選舉區制者，以爲選舉區大小，則賄賂，恫嚇等各種情弊，較易發生；因爲選民人數較少，則舞弊亦較易。主張單選舉區制者，則以爲此制有兩種優點：(一)能使選民對於希冀當選者的才力較易判斷；如選舉區甚大，則希冀當選者甚衆，選民的判斷因亦不易；(二)能使本區選民，對於本區議員較易加以監視與督責；因爲本區既只有一個議員，該議員對於本區選民的委託，便不易卸責於其他議員。但大選舉區制實爲比例選舉制的連帶條件，其應否採用，須視比例選舉制之應否採用。關於比例選舉制的理論，當於下節第三目詳述。

第四節 選民權利的範圍

第一目 複數選權與平等選權

(一)複數選權與平等選權的區別 各國選舉法，有規定一切選民的選舉權平等者；換言之，即一切選民俱只能投一個票，且一切選民所投的選舉票，其效力相等。這就是平等選權 (equal suffrage) 制。反之，如對於具有特殊資格的選民，給以投數票之權，而普通選民則僅能投一個票，或令特殊選民所投選舉票的效力大於普通選民的選舉票，則皆爲複數選權 (plural vote) 制。

歷來各國的選舉法，不獨趨於選權普及，並且趨於選權平等。然在過去，複數選舉權的實例，實不稀罕；即各國現行選舉法中，亦仍有容納複數選權制者。今舉數例，以略明複數選權制的種別。

其一，普魯士下議院及縣市議會的選舉，在歐戰以前，嘗採用一種特別選舉制，名爲『三級選舉制』 (Dreifachenordnung)。這也是一種複數選權制，因爲各選民所投之票，其實際效力並不相等。該制係先將

每一選舉區中的選民製成總表，以選民所納直接稅的多寡爲序；次將表中選民分爲三級，取表中前列各名（即納稅比較最多的各選民），而其所納之稅共達全區選民所納總稅額三分之一者，併爲第一級；取表中第一級選民後的各選民（即納稅比較次多的各選民），而其所納之稅也達全區選民所納總稅額三分之一者，併爲第二級；表中所餘之選民，則併爲第三級，其所納之稅，自亦占全區選民所納總稅額三分之一。依此法併合各級選民的人數自然不等（第一級選民人數最少，第二級較多；第三級最多）。但依法律所定，各級選民，各成一選舉團體，而各選出等級的議員。（註一）所以，如乙級選民的人數，數倍或數十百倍於甲級；則甲級中每一選民的選舉權，其實際的效力亦數倍或數十百倍於乙級。所納稅額與選舉權，適成爲一種正比例。納稅能力本來就是財產的表徵；所以這種選舉制度，亦只是優待財產階級，不過其優待的程度，實際上且遠過於他國的複數選擇制。歐戰告終後，此制自然不能復爲普魯士一般人士所容認，故已完全消滅。中國清末時於城鎮鄉地方議會及咨議局的選舉，亦嘗採用兩級選舉之制，其原則一如普魯士的選舉；但民國成立以後，便即廢棄。

其二，蘇聯於一九一八年至一九三六年間，其蘇維埃代表大會的選舉亦嘗採用一種複數選舉制度。共產黨的革命自始以城市的工人爲重心，所以工人每二萬五千選民便得選一代表出席於全蘇維埃代表大會，而農民則每十二萬五千人民纔得選一代表。各下級蘇維埃代表大會的代表，亦依此農工不平等的比率而選出。但自近年蘇維埃政體較爲鞏固後，對於農民的歧視，已無必要；所以一九三六年的新憲法特將上述的不平等廢除，而改採選權平等的原則。

其三，英國下議院的選舉法，歷來亦使選民中的特殊分子，在事實上享有複數選權。在一九一八年以前，英國衆議院選舉法，認獨立『住宅』（occupation）爲選舉權取得的資格；因此，凡選民於較選舉區中各有一

（註一）當時普魯士中央議會下議院的選舉係採用間接選舉制，三級選舉制只適用於初選當選人之選舉；複選時期由各級初選當選人，各組一區選舉團體，而以該團體爲初選當選團體。參 *Händ de Grön, Verfassung und Verwaltung la Preussen und dem Deutschen Reichs* (1915), 72.

個獨立住宅者，在此數選舉區中，事實上皆可投票（但非法釋明文有此規定）；且因各地方的選舉每不於同日舉行，故在數選舉區中各享有選擇權者，實際上亦常能行使選擇權。一九一八年英國衆議院新選舉法仍未能完全打消這項複數選擇權；但因各地選舉已改爲同日進行，且因該選舉法明定，無論何人不能在兩個以上的選舉區投票，所以舊有的複數選擇權顯已大受限制。又英國歷來的選舉法，於地方選舉區域外，復認每一大學或數大學得自成爲選舉團體，而對於曾在各該大學得有學位或有相當資格者，授以選舉權。所以，凡在各地方區域享有選擇權的選民，如在各大學又享有選舉權時，實際上亦爲享有複數選擇權的選民。但一九一八年新選舉法一人不能投兩票以上的限制，亦包括大學選舉權在內；所以英國三千萬的選民中，得投兩票者今約僅百分之一而已。

(二)複數選擇權的批評 以財產，居住，教育等條件爲取得複數選擇權的資格，與以此等條件爲限制選擇權的資格者，其性質不無相似。以教育爲限制選擇權的條件，在特種場合之下，我們固不能不認其具有相當的理由，國家對於行使選舉權的國民，如設爲最低限度的教育程度，於理固無不當（見前）；但如比國曩時所行的複數選擇權制，承認凡具有高等教育資格者，便享有投數票之權，則究非合理辦法；因爲選民行使選舉權的能力，並不與其教育程度成正比。所以，以財產，居住等條件爲複數選擇權取得的資格固爲不當；即以教育資格爲取得複數選擇權的資格，我們亦不能認爲善制。

歷來各國所採用的複數選擇制，在理論上及事實上，今雖漸遭唾棄；但近今主張職業代表制者，似又容納複數選擇的原則。他們以爲一個選民所從事之職業，既不限於一種，則其所隸屬的職業團體，亦自不只一種；他所隸屬之職業團體既不只一種，則以職業團體爲選舉團體時，他的選舉權，亦自可爲複數。最近且有明白主張，在職業上有較高的地位者，應有投較多之票之權。（註一）

第二目 間接選舉與直接選舉

(1)間接選舉與直接選舉的區別 凡議員（或官吏）的選舉，不由選民直接選定，而必由選民選出的代表

（註一）見上面，頁二四五。（註二）Laverge 所擬備關於 *strange world* 的學院。

選定時，爲間接選舉(indirect election)制；反之，則爲直接選舉(direct election)。制所謂間接選舉，自然亦有種種形式。有令選民選出若干初選當選人，再令初選當選人選出議員者；例如歐戰前普魯士下議院議員的選舉，及中國民元衆議院議員的選舉。有以地方議會爲選舉團體者；例如法國衆議院議員的選舉，及中國民元國會組織法關於參議院議員選舉的規定。民元國會組織法規定參議員由各省省議會議員選舉，但各省省議會議員原亦由間接選舉而來；所以參議員的選舉，不僅爲間接選舉，且爲三層選舉的間接選舉。

(二)間接選舉與直接選舉的理論 主張間接選舉制者，無非以爲一般選民，每因缺乏充分知識與判斷力，不能抉取相當的政治人才；如採用間接選舉制，則一般選民的職務，便不在抉取最終當選的職員(或官吏)，而僅在選定執行最終選舉職務的人們，所以選民縱知識薄弱，亂選之弊亦可大減。然間接選舉，實含有兩種甚大的流弊。其一，在使選舉制度對於一般選民的政治知識，不能發生重大的教育作用；因爲初選目的，既只在決定執行最終選舉職務之人，而非選定最終當選的人員，則初選時各政黨的選舉競爭，或不免將政策的宣傳與討論諸次要之列，而一般選民對於各方面的政治意見，或亦不能得着相當的了解。其二，在使選舉賄賂與選舉恫嚇的情事較易發生；因爲最終選舉時，選舉人數既較初選人數大減，賄賂與恫嚇等情弊，自然較易實行。所以，晚近以來，各國選舉法大抵趨於直接選舉制；除對於上議院尚有採用間接選舉者外，下議院的選舉，幾已一致採用直接選舉制。

第三目 多數選舉與比例選舉

採用平等選權制，則一切選民的權利，在形式上誠然可以說是平等；但採用平等選權制而不採用比例選舉制，實際上，各個選民，因其所隸的黨籍不同，機會仍然不平等。因此，晚近一般民治國家，有漸漸拋棄多數選舉制而採用比例選舉制的趨勢。

(一)多數選舉與比例選舉的區別 任何一種選舉制度，如果使各選舉區應出的議員名額，爲各該選舉區內得票比較最多的政黨完全占取，那種選舉制度就是一種多數選舉制。換句話說，在多數選舉制之下，各選舉區

的代表權，完全屬於各該區域內的多數黨。反之，比例選舉制，則在使各選舉區內各政黨所取得的議席，與各黨所得的票數約略相當。凡採用單選舉區制者，自然俱係多數選舉制；因各選舉區既僅能選出一人，則當選人員自然只能屬於得票過半數或得票比較最多之人，——即多數黨。所以欲採用比例選舉制，必須同時採用大選區制，每一選舉區務須選出議員數名。但採用了大選區制，不一定同時非採用比例選舉制不可；大選區制與多數選舉制仍可並行不悖。今設例如下。假定某選舉區應出議員五人，每一選民各得選舉五人，以得票比較多者當選；又假定該選舉區選民總數共十萬人，該選舉區有兩政黨，多數黨的選民六萬人，少數黨的選民四萬人。在這種場合之下，如多數黨組織完善，其各選民所投人名能一致，則該區應出的議員，將盡為多數黨所有，少數黨將無一人當選；因為多數黨選民所選出的五人，將俱較少數黨選民所投的五人得票較多。這種選舉制度，可使一選舉區議席，甚或全議會議席，盡為多數黨所占；其選民較少的各黨，若或無一人列席議會。反之，如採用比例選舉 (proportional representation) 制，則各選舉區的當選人員，將不以得票最多者為限；而各選舉區中各黨當選議員人數之比，將等於各黨選民數額之比。如以前例為喻，在比例選舉制之下，多數黨將能選出三人，少數黨亦能選出二人；因三與二之比，恰當六萬與四萬之比；換言之，即各黨俱獲以選民二萬人出議員一名。十九世紀中葉，即有英人吉爾品 (Thomas Gillin)，瑞士人康西特郎 (Victor Constant)，及英人哈爾 (Hare) 彌勒 (J. S. Mill) 等，提倡廢除多數選舉制，而代以比例選舉制。至十九世紀末期，比例選舉制，已行於瑞士各邦及比利時。歐戰以後，各國採納比例選舉制者更多，新興各國尤顯然趨向此制。

今先說明比例選舉制的各種形式，再討論關於此制的各種理論。

(一) 比例選舉制的各種形式 比例選舉制，原有種種形式，繁簡精粗各有不同。以下所舉，不過比例選舉制及準比例選舉制的幾種主要形式，此外固尚有其他形式。(註一)

(註一) 解釋比例選舉制各種形式的書籍極多，今舉數種參考書於後：

Darlington et Davez, *Traité de droit constitutionnel* (1933), 353-375.

Fennel, *Elements de droit constitutionnel* (1927), I, 346-384.

Commons, *Proportional Representation* (1907);

Kjog and Haller, *Proportional Representation* (1926);

Lochpelle, *La representation proportionnelle en France et a l'etranger* (1919);

Klotz, *Die Proportional Wahl in der Schweiz*, *Geschichte, Darstellung und Kritik* (1901);

Parthelary, *L'organisation du suffrage et l'experience belge* (1912);

Horwilt, *Proportional Representation, Its Dangers and Defects* (1925).

現在先說明減記投票法，單記投票法，與重記投票法三種制度。他們的形式很是簡單，一般論者往往稱他們為少數代表制，或準比例選舉制，而不稱為比例選舉制。

(甲)減記投票法 (Limited vote) 此法英國於一八六八年，一八七四年，及一八八〇年，對於衆議院的選舉，曾於十三個選舉區中試用。在試用減記投票法的選舉區中，每一個選舉區得選出議員三人，但每一選民，只能投選二人；以得票較多者當選。因此，少數黨選民，如能佔全數選民三分之一以上，便有選出議員一人的可能，多數黨不必能占取全區議席。但英國於一八八四年即廢止此制。在意大利西班牙等國，此制雖亦曾被採用，但今亦不復存在。

(乙)單記投票法 (single vote) 單記投票法有有轉讓與無轉讓之分。有轉讓單記投票法即所謂哈爾比例選舉法，下面另有述及。這裏所討論的則為無轉讓單記投票法。此法與減記投票法極相似；惟採用減記法者，投票人僅不能投足當選人的數額；採用單記法者，則投票人只能投選一人。中國民元參議院議員選舉法及衆議院議員選舉法，俱係採用單記投票法，但尙規定一個最小當選票額。參議員的選舉，用無記名單記投票法（即每票只能投選一人，投票人不書本人姓名；）以得票滿投票人總數三分之一者當選。當選人不足額時，則重行投票，至足額為止。衆議員的選舉也用無記名單記投票法。初選，以本區應出當選人名額，除投票人總數，將得數三分之一為當選票額，非得票滿額者，不得為初選當選人；凡因不滿當選票額，致無人當選，或當選人不足

額時，則取得票較多者，按照所缺當選名額，加倍開列姓名，再行投票，至足額為止。（註一）覆選，以本區應出議員名額，除覆選投票人總數，將得數之半為當選票額，非得票滿額者，不得當選；凡因不滿當選票額，致無人當選，或當選人不足額時，則重行選舉，至足額為止。

（丙）重記投票法 (Cumulative vote) 此法通行於英國地方教育機關，及美國的若干邦。按照此法，選民所投選的人數，仍與議員人數相等；但各選民得以所有票數，全數投選一人，或分別投選數人；以得票較多者當選。例如某選舉區應出議員三人，每一選民，便能投三票；換言之，即各個選民，各有投三票之權；此三票可由選民彙投一人；或分投二人或三人；以得票較多者當選。在這種場合之下，少數黨的選民，如能占全體選民三分之一，自亦得選出議員一名。

以上所舉三種投票方法，雖亦能使少數黨有當選機會，然究欠精密。因為少數黨選民，如在某一選舉區中不滿該區選民全數若干分之幾（如以上述各例為喻，則為三分之一），仍不能有人當選；如在全國多數選舉區或一切選舉區中，俱不滿各該選舉區選民若干分之幾（如就上述各例而言，則為三分之一），則該黨在多數選舉區或一切選舉區中將無一人當選，雖則全國屬於該黨的選民，其總數仍或不少。所以上述三種選舉法，只能說是一種少數代表制，或稱比例選舉制，而尚不能稱為真正的比例選舉制；他們雖亦能使少數黨有當選機會，卻不能保障選舉結果，能使各政黨所得議席之比，約略地等於各政黨選民數額之比。為取到較準確的比例起見，我們乃不得不採用較複雜的選舉法。這些較複雜的選舉法，一般便稱為比例選舉制。但一般所公認的比例選舉制，亦有多種，其精粗繁簡的程度且大有不同。現在我們當先就各種比例選舉制為概括的說明；然後再具體地解釋若干種的比例選舉制。

就選民投票的目標而言，比例選舉制可大別為二類。其一，選民投票仍以個人為目標；換句話說，他們對

（註一）曲無最小當選票額及重行投票的規定，一般稱為『二次投票法』(second ballot)，通行於德國與法國，其目的在使少數黨不易利用多數黨選民投票之未備一致，而稀稀除多數黨的當選。

於選舉區內凡有被選舉權的人，都可選舉，不受任何限制。其二，選民投票，不以個人為目標，而以政黨為目標；換句話說，選民投票的時候，在原則上，不是選擇某某個人，而是選擇某某政黨。其法在令各選舉區內의 各政黨，於舉行選舉前，向選舉官署各提出一種薦選單，將各該黨所推定的候補當選人一列舉於中。選民投票的時候，只在選擇甲黨或乙黨的薦選單，而不是選擇某甲或某乙。其嚴格採用此法者，選民不獨不能將甲黨薦選單中的候選人與乙黨薦選單中的候選人混合投票，即對於任何一個薦選單中的人名，亦不能有所去取，或顛倒他們的序列。

就當選票額的決定而言，比例選舉制亦可大別為兩類：

其一，為「商數票額」法，以各選舉區應出的議員額數，除各該選舉區的選民所投有效票的總數，即得「選舉商數」。例如某選舉區選民所投的有效票額共為 100,000，其應出的議員名額為十人，則其選舉商數便為 $\frac{100,000}{10} = 10,000$ 。採用商數票額法之比例選舉制，即以選舉商數為分配議席於各政黨的標準。一個政

黨，在任何一個選舉區內，如其所得的票數，等於該區的選舉商數，即能有一人當選；如其所得的票數為該區選舉商數的二倍，或三倍……則有二人，或三人……當選。茲再以上例為喻：假定該選舉區有甲乙丙三黨，甲黨薦選單得 80,000 票，乙黨薦選單得 80,000 票，丙黨薦選單得 20,000 票，則在該區應出的十名議員中，甲黨可得五名 $\left[\frac{80,000}{10,000} = 8 \right]$ ，乙黨可得三名 $\left[\frac{80,000}{10,000} = 8 \right]$ ，而丙黨可得二名 $\left[\frac{20,000}{10,000} = 2 \right]$ 。

但上述選舉商數僅為選舉商數的一種，即世所稱為「哈爾商數」(Hare Quota)者。尚有所謂「特羅普商數」(Droop Quota)者，則為瑞士人特羅普所發明，其法如下：
有效票總數
總選區數 + 1 = 特羅普商數。特羅普商數比

哈爾商數為小，但亦不會使各黨在某一區所得議員的總額超過該區應出的議員總額。如以上例為喻，則選舉商

數當爲 $\frac{100,000}{10+1} + 1 = 9,991$ 餘，所以甲黨仍得五人，乙黨仍得三人，丙黨仍得二人。

如果各政黨所得的票數，恰等於選舉商數，或恰爲選舉商數的倍數，則以上所述的選舉商數法分配議席，誠稱精確，而比例選舉制的原則亦得充分實現。但實際上各政黨所得的票數絕少如此湊巧。因此，一個選舉區，於依上法分配議員名額後，往往仍有殘餘名額待着分配。這殘餘名額應如何分配，卻是一個困難問題；爲解決這個問題起見，乃有各種不同的比例選舉制的產生。今設例說明如下：假定某選舉區的有效票數爲 800,000，應出議員五人，則其哈爾商數便爲 $\frac{800,000}{5} = 160,000$ ；又假定該區有甲乙丙丁四政黨，甲黨得票 150,000，乙黨

得票 83,000，丙黨得票 34,000，丁黨得票 33,000，則各數中將無一數恰等於 160,000，或恰爲 160,000 的倍數；所以甲黨分得議員二名，乙黨分得議員一名後，四黨將均有其殘票若干，且尚有議員名額二名未及分配。

即用特羅普商數 $\left[\frac{800,000}{b+1} + 1 = 60,001 \right]$ ，則甲黨分得三名，乙黨分得一名後，亦仍有殘票及殘額存在。如何利用這些殘票與分配遺餘的議員名額，便是比例選舉制上最困難的問題。後面所述的瑞士制及比利時制就是對於這個難題的兩種解決辦法。

其二，爲「均一票類」法。在選舉法中預定一個當選票類，而使之適用於全國一切選舉區者，謂之均一票類法。任何政黨，不論在那一個選舉區，如所得票類等於法定當選票類，即得在該區占取議員一名；如所得票數爲法定當選票類的二倍，三倍……，則得在該區占取議員二名，三名……，例如法定當選票類爲一萬，某黨在甲選舉區如得票一萬，則得在該區占取議員一名；如得票二萬，即得在該區占取議員二名。推之，如該黨在另一選舉區得票一萬或二萬，則亦得在該另一區占取議員一名或二名。但採用此法，各政黨仍或不免有殘餘票類。如何利用這殘票以貫徹比例選舉制的要求，仍是一個難題。後面所述的德國比例選舉制，就是對於這個難題的一種解決。

以上所述，只是各種比例選舉制間互相差別的大略情形。以下我們再具體地說明四種比例選舉法：即（甲）哈爾比例選舉法，（乙）最大殘數法，（丙）最大均數法，及（丁）德國比例選舉法。前三種俱屬於商數票額法的系統，其互異之點，只在殘票之如何利用，殘餘議員名額之如何分配，以及選民投票之是否以政黨為目標；第四種方法則為均一票額法的一例。

（甲）哈爾比例選舉法 此法為英人哈爾所首倡，又稱單記有轉讓法（single transferable vote）。（註一）就當選票額的決定而言，此法係商數票額法的一種。例如某選舉區應出議員五人，有效票共有五萬，則其當選票額即為一萬。就選民投票的目標而言，此法仍係以個人為目標；換句話說，選民投票的自由，與一般多數選舉制相同。在各選舉區中，每一選民，在其選票上所能選舉的人數，可與各該區應出議員的名額相等。但每一選民的選票，實際上只能對於選票中一個候選人發生效力。選民在選票上填記被選人姓名時，須記先後的次序，將他最願意投選之人列為第一選，他意願中居於第二、第三……者，列為第二、第三……選。選民投票完畢，選舉官吏即將每一選舉區內各選民所投之票綜合在一處，而執行總開票（換句話說，開票手續不分數處舉行。）開票時，一面唱名，一面記錄；當開票的最初，所唱及所記之名，僅以各選票中的第一選為限；依此法開票，開至有人得票已滿當選票額（如以上例為一萬票）時，立即宣布此人當選——姑稱為某甲。此後開出之票，如仍有以某甲為第一選者，則不復呼唱，亦不復記錄其名字，而以該票票權界諸該選票中得第二選之人。如此往下開去，如另有一人得票滿當選票額，亦即宣布此人當選——姑稱為某乙。如此再往下開去，所開出之票，凡以某甲或某乙為第一及第二選者，概不呼唱或記錄某甲或某乙之名，而以該票票權歸諸該票中位

（註一）按哈爾選舉法也有人稱做「優先投票法」（Preferential vote），惟此種名稱實欠妥當；因為美國有所謂「布克林優先投票法」（Buchlin Plan）者，其選票的式樣與投票的方法雖同於哈爾制，而計票的方法則完全不同，且其用意亦不在求比例，而在使選民得對於所選的各候選人中表示一種優先。按布克林制，投票者所選的人數等於所應當選的人數，惟普通投票法不相明被選人的次序，而布克林投票法則須列明次序。數票時第一次為數第一選，適中數者當選；第二次將第二選加入計算，適中數者當選；如此做法，直至過半數者當選為止。

的人數爲止。有克林制完全與比例選舉制無關；但該制因得被人稱爲優先投票法，增進選舉制自不宜再稱爲優先投票法。

唐某甲及某乙之次之人。如此做去，直至各票開盡爲止。如至各票開盡，而得票滿當選票額者，尚不滿應出議員的名額，則犧牲得票最少之人。而以其所得之票界諸該選票中得第二或第三選之人。如得票滿當選票額者，仍不滿應出議員的名額，則再犧牲得票較少之人。如此做去，直至全數議員選出爲止。

此法固爲許多英美人所贊賞，卻有兩大弱點。第一，某某人的當選或不當選，與開票時的機會頗有關係。假如某選舉區的當選票額爲一萬，選民所投的選舉票，有一萬張係以趙某爲第一選，錢某爲第二選，另有一萬張則以趙某爲第一選，而以孫某爲第二選。依理，錢孫兩人應有同等的當選機會；但事實上，則要看先開出的一萬票的內容，而定兩人當選機會的大小。如果在先開出的一萬票中，錢某爲第二選之票多於孫某爲第二選之票，則孫某當選的機會便大於錢某。一種可以這樣地顯受機會影響的選舉制度，自然不是一種完美的制度。(註一)第二，此法既須將一個選舉區中各處所投之票集於一處，而舉行總開票，復須有呼唱及記錄種種繁重手續，於時間費用，未免兩不經濟。

(乙)最大殘數法 此法歷來行於瑞士各邦，故亦名瑞士制，亦係商數票額法的一種，但選民投票須以政黨爲目標(即對於各政黨所提出的黨選單加以選擇)。倘按選舉商數分配議員名額後，仍有殘餘議員名額未及分配，則即以殘餘名額分配於殘票(即尚未利用之票)最多的黨選單。所以法人稱此法爲「最大殘數法」(le système des plus grands restes)。今取論商數票額法時所用數字舉例如下：

假定某選舉區的有效票共爲 300,000，應選出議員 5 人；則當選票額應爲 60,000；又假定有甲乙丙丁四個政黨競選，其真選單所得票額，甲爲 151,000，乙爲 89,000，丙爲 34,000，丁爲 32,000；則：

(註一)爲減除機會的成分起見，有人主張用所謂「嚴準方法」(Exact Method)或「分數方法」(Fractional Method)方法以爲補救。這方法誠可減除機會的成分，但手續的繁雜則更形增加。兩法的內容參看 Hoag and Hallist, *Proportional Representation*, 389-395.

$$\begin{aligned} \text{甲應出議員 } 2 \text{ 名, 存有殘票 } 31,000, & \text{ 因 } \frac{31,000}{60,000} = 2 + \frac{31,000}{60,000}, \\ \text{乙應出議員 } 1 \text{ 名, 存有殘票 } 23,000, & \text{ 因 } \frac{23,000}{60,000} = 1 + \frac{23,000}{60,000}, \\ \text{丙應出議員 } 0 \text{ 名, 存有殘票 } 34,000, & \text{ 因 } \frac{34,000}{60,000} = 0 + \frac{34,000}{60,000}, \\ \text{丁應出議員 } 0 \text{ 名, 存有殘票 } 32,000, & \text{ 因 } \frac{32,000}{60,000} = 0 + \frac{32,000}{60,000}. \end{aligned}$$

尙未分配的兩名議員，則由殘票最多的丙丁各得一名。

(丙)最大均數法 上述的最大均數法，往往犧牲多數黨的選票太多，且各黨議員所獲的票數亦相差太多，不免與比例制的原始目的不符。就前例言，甲黨存有殘票 31,000，乙黨存有殘票 23,000 俱未能利用；而丙黨以 34,000 與丁黨以 32,000 俱提出議員一名亦太不平等。爲糾正此種弊害起見，各國間乃有採用『最大均數法』(systeme de la plus forte moyenne) 者。此法也是商數票類法的一種，選民投票亦須以各政黨的薦選單爲目標。凡此本與最大均數法相同。但關於殘餘議員名額的分配，則依最大均數法須按照下列程序。先姑以所餘議員名額試給各黨選單；次即以各黨選單所得議員總額除各該黨選單所得票類，除得之數就是各黨選單每一議員平均所應得的票數。最後，察看各黨選單中，此項均數孰爲最大，則即以所餘議員名額正式給予該單。今就前例所用數字說明如下。甲乙兩黨選單按照選舉商數分得議員三名後，尙有議員二名未及分配。今先試給甲乙丙丁四單各一名，則甲將共得三名，乙將共得二名，丙將得一名，丁將得一名；而各黨選平均票類，甲將爲 20,333.33，乙將爲 41,166.67，丙將爲 34,000.00，丁將爲 32,000.00。這四個均數中，以甲的均數爲最大，故甲應加得一名，即共得三名。尙有未及分配的議員一名，則用同法試給各黨，並求得甲的當選平均票類爲 37,166.67。

乙的爲 41,500，丙的爲 34,000，丁的爲 32,000。這四個新的均數中，以乙的爲最大，故乙應加得一名，即得二名。如是，丙固仍須犧牲 34,000，丁固仍須犧牲 32,000，但所犧牲者固比甲乙的平均票額爲小，故亦不能謂爲不平。

最大均數法爲比人唐特 (D'Hondt) 所創，又爲比利時自一八八九年以來所採用，故又稱唐特制或比利時制。唐特及比利時根據此法的原理，更設爲下述方式，以便開票時較易計算。先以一，二，三，四……等數字，陸續除各黨選舉所得票額，直至除得商數，其個數與該選舉區應出議員的個數相等爲止（譬如該選舉區應出議員五個則除得商數亦須滿五個）。次將所得商數，按其大小，依次排列；而以序位與應出議員之數相若的商數爲選舉除數 (diviseur électoral)，爲分配議員名額於各黨選舉的標準。今仍以前例爲喻：

各黨選舉的票額	甲	乙	丙	丁
以 1 除之，得	151,000	83,000	84,000	32,000
以 2 除之，得	75,500	41,500	17,000	16,000
以 3 除之，得	50,333	27,667	11,333	10,667
以 4 除之，得	37,750	20,750	8,500	8,000
以 5 除之，得	30,200	16,600	6,800	6,400

如將上列商數依大小排列，則第五個商數爲 41,500。以此爲選舉除數，除各黨選舉的票額，則甲得 3 名，乙得 2 名，其結果與上述者相同，而與最大殘數法不同。

除了唐特的方法外，更有所謂哈根巴赫——畢孝夫 (Hagenbach-Bischoff) 制者，則可以更簡捷的方法，得到同一的結果。其法即利用特羅普商數作初次的分配。如用上列數字，則特羅普商數爲 50,001。經初次分配後，甲黨得三人 $\left[\frac{151,000}{50,001} = 3 + \dots \right]$ 乙黨得一人 $\left[\frac{83,000}{50,001} = 1 + \dots \right]$ 丙丁兩黨各得零人。再增予各黨一名，

而以各黨所得議員的總名額除各該黨所得的票額，以求得商數；並以最大的商數爲選舉除數。由是甲黨的商數爲 $\frac{151,000}{37,750} = 4$ ，乙黨的爲 $\frac{83,000}{41,500} = 2$ ，丙黨的爲 $\frac{34,000}{34,000} = 1$ ，丁黨的爲 $\frac{32,000}{32,000} = 1$ 。而選舉除數則爲 41,500。以 41,500 爲選舉除數，則甲黨應得議員三名，乙黨二名，丙丁各零名，其結果正與上述者相同。

(丁)德國比例選舉法 德國一九二〇年來採用的比例選舉法，係均一票額法的一種。此法雖純以各政黨的萬選單爲目標，(註一)但可補救最大殘數法及最大均數法的弱點。

上述瑞比兩制，雖較減記重記各投票法爲精密，但少數黨選民如在選舉區中所得票數，不足特定數額，仍不免全被犧牲；推而言之，如少數黨在衆多的選舉區中或各個選舉區中俱係如此，則其所犧牲的票數總額，或不免甚大(多數黨自然亦能遭受此類犧牲)。所以瑞比兩制的結果，或仍不能使各政黨在議會中所占議席，恰與各政黨選民所投的票額相當。爲補救此弊起見，德國一九二〇年國會新選舉法，乃採納一種較新的比例選舉法。此法內容，既較比制爲簡單(比制爲一般選民所難了解，其開票時的計算手續，亦嫌繁重)；精密的程度，亦在瑞比兩制之上。

德制先預定一個當選票額，其數在德國爲 60,000，國會議員的總額，則隨投票人數的多寡而定。各政黨得提出下列三種薦選單。(一)『選舉區薦選單』。此係各政黨在各選舉區提出者。(二)『聯合選舉區薦選單』。此薦選單係聯合數個『選舉區薦選單』而成。德國全國分爲若干聯合選舉區，每一聯合區，含有若干選舉區。將聯合區內各政黨所提出的各『選舉區薦選單』歸併成一名單，即爲該政黨的『聯合選舉區薦選單』。(三)『全國薦選單』。凡已在各選舉區提出薦選單的各個政黨，尙得提出一個『全國薦選單』。各選民在各選舉區

(註一)自一九三三年希特勒當權後，國社黨外的其他政黨俱已不能存在；因之，一九二〇年的比例選舉法雖未正式取消，在實際上則雖只有投票與不投票國社黨薦選單的可能，而並無其他政黨的薦選單可資抉擇；既無所謂選舉，更無所謂比例。

投票時，須投選一整個的『選舉區薦選單』，不得變更該單的人名，亦不得變更各候選人的次序。各政黨『選舉區薦選單』所得票額，滿 80,000 時，該單即出議員一人；如二倍或三倍……此數，則出議員二人或三人……其殘餘票額則與該政黨在同一聯合選舉區中其他各選舉區的殘票相加，亦按每 80,000 人出議員一人的比率計算；此項議員歸諸該政黨的『聯合選舉區薦選單』。如尚有殘票則再與該政黨在其他聯合區中的殘票相加，仍按每 80,000 人出一議員之率，而給該政黨的『全國薦選單』以若干議員。今更設例如下：

假定全國共分爲甲乙丙丁戊五個聯合選舉區；又假定甲聯合區有子丑兩選舉區；某政黨在子丑兩區所得選票，假定子區爲 210,000，丑區爲 100,000；

由是，該政黨在子區應出議員 8 人，其殘票爲 80,000，在丑區應出議員 8 人，其殘票爲 80,000，以上議員 16 人歸于丑兩區『選舉區薦選單』分別分配。

復次，將子丑兩區的殘票相加， $80,000 + 100,000 = 180,000$ ；

由是，該政黨尚得選出議員一人。此名議員即歸諸該政黨甲聯合選舉區薦選單，其殘票 10,000，即爲該政黨在甲聯合區的殘票。

今更假定該政黨在乙丙丁戊四聯合區尚有殘票乙 30,000，丙 80,000，丁 85,000，戊 80,000，加入甲聯合區殘票 10,000，共得 185,000。

則該政黨的『全國薦選單』尚可出議員 8 人。

總計該政黨在全國所犧牲之票，不過 5,000。

(三) 比例選舉制的理論 主張比例選舉制者，以爲議會應爲全國人民的代表機關，而不應僅爲多數黨的代議機關，議會應如一個鏡子，能使國民全體的意見，各如其量，反映於中。他們以爲比例選舉制，就原則上講，既較多數選舉制爲公允，就實際利益上講，亦足使議會不易爲一黨所壟斷；由是，多數黨專制之弊，可以減免。

但是反對比例選舉制者，亦振振有詞。他們的理由，約言之，不外下列幾種：

其一，以爲比例選舉制與多數政治的原則相背。此說頗嫌幼稚，因爲政治問題取決多數，本是不得已之舉；如無必要，固未始不可代以他制。會議議員的選舉，既有他法可以代替多數選舉制度，便不必固持多數政治的成見，認議會議員的產生，必須全由多數黨選民決定。且即採用比例選舉制，議會中一切議案，固仍取決於多數，又安得謂比例選舉制足以破壞多數政治？如必屏除少數黨於議會之外，不獨少數黨將無決定國家政策的權能，即求在議會抒發意見，以求影響多數黨的政策，亦將不可得。殺語率理，豈得謂乎！

其二，以爲比例選舉制足使政黨內閣制不易成立。英人反對比例選舉制者，歷來多注重此點；因英吉利向爲政黨內閣制的國家。他們以爲比例選舉制的實行，可使許多小政黨，亦得列席議會，議會之中，或竟沒有一個政黨，能占有過半數的人數；這樣，則政黨內閣便或無從成立；縱能成立，亦難鞏固；因議會中既無一個占過半數議席的多數黨，則任何政黨組織內閣時，便不能不援引他黨入閣，以黨在議會獲得過半數的擁護；即或不必援引他黨之人入閣，在政策上，亦總得常與他黨協商，以減少反對力量。前一個手段，將使內閣的組織，含有混合性質；後一個手段，將使政黨內閣的地位，不易鞏固。英人爲欲維持其傳習上的政黨內閣制起見，對於比例選舉制，因持反對之論。但是政黨內閣制，在理論上講，原不必爲絕對的良制；如選民之閱，原無一個過半數的多數黨，而強欲以一種選舉法，使議會得有一個過半數的多數黨，因以產生一個政黨內閣，則尤有削足適履之嫌。且就事實而言，除英吉利而外，其他各國之採用責任內閣制者，亦幾無一能實現一黨內閣制度。蓋社會間的政治意見，本極分歧，即勵行多數選舉制，其結果往往仍不能使任何政黨，在議會中占有過半數的名額。歷來歐洲大陸各國的內閣，常爲一種混合內閣者，亦即以此。近年來，即英吉利的議會，也不常有一個過半數的多數黨；即有這樣一個政黨，內閣也不一定由該黨組織；所以英吉利政黨內閣的前途，究竟如何，亦實難預測。

其三，以爲比例選舉制，可以減少選民投票的獨立與自由。上面說過，各國所行比例選舉制，有令選民投

票，僅以各政黨所提出的薦選單爲目標者。這種束縛，亦即遭人攻擊的一點。但主張比例選舉制的人，所以要有此層束縛，亦未嘗沒有相當理由。他們以爲政治活動，根本上就是一種團體活動；處現代政治社會之中，任何私人的政治目的，都須憑藉團體的行動纔能實現。既然如此，選民如不犧牲若干個人的自由，事事純依己意作去，則其個人目的，亦終難實現。照此推論下去，如果一個選民，不投一個政黨的人，而自由投選甲乙丙……數黨的人，他的選票，將成爲無意義；他的個人目的，也難實現。

其四，以爲比例選舉制，足以增加政黨機關弄選民的機會。這爲一般反對比例選舉制的人，攻擊該制最力之點。他們以爲比例選舉制內容甚爲複雜，非一般人所能了解，所以採用此制，實際上會增加辦黨者舞弊選民，及指使選民的機會。此說確具相當的理由，我們難以抹視。不過比例選舉制實有種種形式，欲防杜此弊，儘可斟酌本國情形，採用比較簡單而易於了解的比例選舉制；卻不能因其複雜難懂，而完全否認其應用。上述的德制，實際上即非十分難於了解者。

綜上所述，反對者的議論，雖確有值得我們考慮之處，究不能完全推翻比例選舉制的價值。

第四目 強制投票

(1) 強制投票制的意義及形式 對於無正當理由而放棄投票權的選民，施以法律制裁，即是強制投票 (compulsory voting, *vote obligatoire*)。所謂正當理由，即指疾病及老年（例如七十以上的人）等事而言。這種制度，許多重要的民治國家，雖至今尚未採用，但已採用的國家亦屬不少。瑞士採用此制最早；比利時採用後，亦成效卓著。此外如丹麥，西班牙，德國巴敦 (Baden)，巴雅恩 (Bayern) 等邦，以及中美南美各國亦久已採用此制。歐戰後的匈牙利，荷蘭及捷克等國亦已容納此制。至於各國法律所設立的制裁，則形式不一。有對於無正當理由而放棄投票權的選民，儘由法庭予以贖資或小額的罰金者；有令此項罰金，隨選民放棄投票權的次數而遞增者；有以停止選舉權若干年爲制裁者（比制則隨選民放棄投票權之爲初犯或累犯，分別採用以上

數種制裁；）有規定每次選舉，如舉票人數不及選民全體人數三分之二時，則舉行第二次選舉，而令未及參預第一次選舉的選民，負擔第二次選舉的經費者（此爲巴那思一度採用的制度）。

（二）強制投票制的理論 主張強制投票制者，有一根本的理由：他們認選舉權爲一種社會職務，或爲一種含有社會職務性的權利，所以有選舉權者，同時負有行使選舉權的義務。在原則上講，這種理論，我們自可承認（參看本章第一節）。但主張強制投票制者，不特認此制在原則上可以承認，且謂實際上亦有不能不採用的各種原因。其最大者有二。其一，以爲如不施行此制，則由選舉產生的議會，或仍不能代表選民全體的多數；因爲參預選舉的選民，有時或不免過少。這種情形，即在民治發達的國家，亦或不免。即如英國，其選民對於政治的知識與興趣，可算濃厚；然就其最近幾次下議院選舉的結果看去，其放棄投票權的選民，亦常佔選民全數百分之二十以上，甚或超過選民全數百分之四十以上（一九一八年的選舉）。論者以爲這種情形，如實行強制投票，當可獲得相當補救。比國於一八九三年以前，放棄選權的選民，爲數亦極大，然自一八九三年採用強制投票後，選民放棄投票權者，頓形大減。這種變化甚可爲上說的贊助。其二，以爲在許多國家中，一般人民，或因厭惡議會制度與議員，或因選權普及而賤視選舉權，遂致自甘放棄其選舉權，如不施用強制投票制，則其流弊將不堪設想；因爲民治主義的最大仇敵，便是一般人民對於政治問題之不肯注意與不願奮鬥。

以上爲主張強制投票制者的幾種重要理由。反對此制者，亦有兩項普遍的意見。其一，以爲強制投票制，縱能強迫人民到投票地點報到，但人民仍有不投票與投票的自由，國家仍無從強制；所以強制投票制，仍不能達其本來目的——即迫令全體選民或極大多數的選民，對於政治問題，表示其真實的意見。其二，以爲法律的制裁，事實上亦難嚴格的實行；因爲每次選舉，各處選民放棄選舉權者，人數或達萬千，法庭的審問處罰每成十分困難之事。例如西班牙昔年雖行強制投票，然各選舉區中選民放棄選舉權者，有時仍佔全數選民百分之四十至八十，在這種情形之下，法律上所規定的制裁，自然只能成爲具文。由於以上兩種理由，所以各大國間仍未有採用強制投票制者。

第五節 選舉程序

第一目 選民冊

有選舉權的選民不能就享有投票的權利，在選民冊上有名的選民總能有投票的權利。因此，選民冊的制定，為選民行使選舉權的初步手續。

各國大都以辦理戶籍的地方官吏，負制定選民冊的責任，因為他們熟知人民的各種情況，如年齡，移居等等。但制定的方法，則各國開出入甚大；有按期造報的方法，如美國各邦大都逐年制定新冊；有取隨時訂正的方法，法德地方官吏即不斷地在將喪失選權的人除名，而將新獲選權的人加入。

成立選民冊的目的既在防止無選權的人冒名投票，而使有選權的人得有保障，則名未列入冊中的選民，應有要求加入的權利，而不應列入冊中的人民則當有方法可除其名。所以各國於制定選民冊時，第一假將草冊公布，庶幾人民可以作添入或除名的要求。此項要求，制造選民冊的官吏往往僅有初步的裁決權；要求者如不服裁判時，尚可訴諸法院。經過鄭重嚴正的手續後，選民冊纔算決定。於是，凡選民冊上有名的選民便可行使選權；遇有冒名頂替等情弊時，辦理選舉的官吏也可立予制止。

第二目 秘密投票

秘密投票制在保持選民投票的獨立與自由，藉以減少選舉時的賄賂與恫嚇；因為在這種投票法之下，行使賄賂或恫嚇之人無從確知選舉人是否依約投票。法國承認投票秘密，始於第一次大革命。英國則遲至一八七二年始廢止舊日言詞選舉之法，而採用秘密投票法。但英國當時所採用的秘密投票法，亦不過廢止言詞選舉法，而代以無記名書面投票法——換言之，即令選民於選舉票上僅書被選舉人姓名，而不自著姓名。今則法英美等國所採用的秘密投票，已更形細密。

依照法國下議院議員現行選舉法，每一選民，在投票場所，依法向選舉官吏證明其履歷後，即領取選舉封

筒一枚，隨即走入投票場中的一個獨室 (Jothin) (投票場內設有許多獨室)，將他所欲選舉之人的姓名，於選票中寫好，封入封筒內，將封筒封固，然後退出獨室，將該封筒投入獨室外的投票櫃。在這種方法之下，選民填寫選票時，自然無人能在旁窺視，而選票的內容亦無人可以偷知。

中國民元衆議院議員選舉法所採用的秘密投票法，亦爲無記名投票法；但該法並無關於封筒或獨室的規定。該法的施行細則（元年九月二十日頒布）卻有關於投票封筒的規定（第二十四條及第二十七條）。施行細則並云：『投票所須有相當設備，使投票人不能互相窺視及交換傳觀與其他不正行爲』（第十七條）。現行中華民國刑法對於謀刺探無記名投票的票載內容者，且處以罰金（第一四八條）。

英國下議院現行投票法，做自澳大利亞，故通稱爲『澳大利亞投票法』(Australian Ballot)。此法於各選舉區中，由政府製成選舉票，列舉該區候補選人的姓名。依照英國及澳大利亞等的選舉法，各選舉區當選的議員，俱以該區候補當選人爲限；所謂候補當選人，即希冀當選之人，其姓名曾經若干選民向選舉官吏提出者。選民到選場時，即領得這種選票，於是走入選舉場內的一個獨室 (voting booth)，在選舉票上，擇定他所願選的人名，作一符記，然後將選票封捲，退出室外，投入投票櫃中。這種方法，既可增加秘密的程度，復可使不會書寫的選民亦能投票，因爲選民只須在選舉票上某某人姓名之側，作一符記，而無須自寫被選舉人的姓名。美國各邦之採用『澳大利亞投票法』者，有時並准各政黨提出一個政黨旗幟，而將該旗幟印諸選舉票中該黨候補當選人姓名之側；不識字的選民只須認識其本黨的旗幟，亦可投票。

近來美國各邦，更有採用『投票機器』(voting machine)者，則選民的秘密更增加，而開票計票各種手續更簡易。

反乎一般民治國家的趨勢，而採用公開投票制者，在法律上，今固只有匈牙利一國；但在德意等國，因爲國社黨或法西斯蒂黨黨員可以監視選民的投票，實際上秘密投票制的精神亦不存在。蘇聯向亦採用公開投票制，但其一九三六年新憲法則已放棄公開投票，而採用秘密投票（第一四〇條）。

第三目 選舉舞弊與選舉訴訟

(一)選舉舞弊 選舉時選民與選舉官吏以及候選人的種種舞弊，實是選舉制度中的重大問題。這種舞弊，各國於選舉法或刑法中，固均設有相當的罰則。中華民國元年參議院議員選舉法第九十四條均定「關於選舉之犯罪，依刑律處斷；」現行刑法第二編第六章，對於妨害投票的種種行為，如賄賂、期約，或對選民施行強暴脅迫，以及騷亂選舉之類，俱設有徒刑及其他罰則。但是，僅於法律上對於選舉舞弊行為設為罰則，而不別設方法，以使此種行為不易發生，實際上仍恐不能發生廣大效力。且所謂賄賂行為，其涵義究嫌空泛；何種行為構成賄賂，亦應有精細的具體的規定，使一切選舉當事人，能瞭然於選舉道德的範圍，不易受人欺罔，亦不致欺罔他人。

英國自十八世紀後，賄賂行為成了選舉的風氣，即至十九世紀中葉後，此風仍未大止。但自一八八三年頒行選舉舞弊行為法 (Corrupt and Illegal Practices Act) 後，此風卻已大減；今則英國議會選舉的純潔，殆為一般人士所公認。該法的特點：第一，在對於各種選舉舞弊行為，依據經驗所得，有了具體的列表；第二，在對於候選人的選舉運動，設為嚴密的限制與制裁，以冀賄賂行為，實際上亦難於發生。該法不僅限制候選人（即希望當選而其姓名曾經向選舉官吏提出者）使用選舉費用的方法，抑且規定各候選人，在其選舉區中所付合法費用，不得超過特定的數額。該法不僅對於行使各種賄賂行為者，設有嚴酷的罰則，抑且規定各選舉區中，各候選人於支付合法費用時，須交由一個他所委託的代理人辦理；該代理人並須造具詳細賬目及收據，送交選舉官吏查核，由選舉官吏在各該選舉區中宣布，藉使一般選民亦得施行監察。如一般選民能發見舞弊行為，則可以告發，並請求總檢察長 (Attorney-General) 提起選舉訴訟。

美國的選舉賄賂行為，舊時亦極普遍，自一八九〇年起，各邦始陸續摹倣英制，而有禁止選舉舞弊行為的法律。但美國的選舉競爭，大率由政黨機關出款主持，或由鐵路、保險等公司納款主持，不像在英國則選舉費用大都由候選人自己擔任；所以美國各邦，不特對於候選人限制其選舉費用與其使用方法，並有對於各政黨的

選舉費用，亦予以相似的限制者。美國聯邦議會，於一九〇七年即通過一種法律，禁止各種公司或銀行，對於聯邦官吏的選舉，有捐款協助之舉。一九二五年的聯邦法律更令候選人或其委託人，於選舉進行的過程中。對於選舉費用的賬目，前後作六次的公布。各邦的法律大體上亦有同樣的規定。

德法及其他大陸國家，對於選舉舞弊的防範，尚遠不及英美的周密，因為他們僅禁止賄賂等項關係不法的行為，而對於選舉費用等事尚無限制。

至關於選舉官吏開票計票時各種舞弊的防範，各國有令候選人或政黨得以委派監察員者。中國民元衆議院議員選舉法第十六條亦規定初選覆選俱須設投票管理員，開票管理員，與監察員，皆由選舉監督委任，但監察員必須爲本選舉區選民。

(二)選舉訴訟 關於當選人當選資格的種種訴訟，應由何種機關審判的問題，其解決方法頗不一致。

法制，凡當選議員，於其初到議院時，不論其當選資格，曾否發生爭訟，俱須經由該議院的審查；非經審查合格者，其議員資格不能成立。如有對於當選議員的資格，提出選舉訴訟者，亦須以當事者所隸屬的議院，爲判決的機關。(註一)英制，凡對於當選議員資格所提起選舉的訴訟，以及其他選舉訴訟，俱由法院審判，而不由議院自理；凡新當選的議員，亦無須經所屬議院的審查；但議員如有犯罪或其他重大原因，則所屬議院得隨時通過決議，取消其議員資格，而召集補選。(註二)

以上爲英法兩制間的差異。法制對於當選議員資格的訴訟事件，不付諸法院處理，而由議院自行處理者，蓋關於選舉事務，行政機關往往卽爲舞弊的關係人，如將關於議員資格的訴訟，付諸法院處理，則法院或會畏懼行政機關，而有不公的處理。但就另一方面看去，英國之不以此項訴訟交付議院自理，而以之交付法院，亦有一何種大理由。蓋議會的一切決定，實際上爲議會多數黨的決定；如將關於當選議員的資格的訴訟，交付議

(註一) *Essentials of droit constitutionnel* (1928), II, 392.

(註二) *Amson, The Law and Custom of the Constitution* (1922), I, 91-92.

會審理，則多數黨袒護本黨議員與歧視異黨議員之事，勢所難免；所以議院的決定，亦難望公允。法國議會的決定固常有偏袒不公之譏，與法國同制的美國，其議會——無論為聯邦議會，或為各邦議會——更常有不公允的決定。

德國一九一九年的憲法採用了一種折衷方法。根據該憲第三十一條，德國有一特殊機關，名為「選舉審定法院」(Wahlprüfungsericht)。該法院的職權，即在審理一切關於國會議員資格的爭議問題。該法院做法院與議會合組的機關；一部分法官係由國會就議員中選任，另一部分法官則由行政法院(Reichsverwaltungsericht)推薦，而由總統任命。這種方法，德國各邦中亦有摹倣者。

民國元年衆議院議員選舉法(第九十至九十三條)規定一切選舉訴訟事宜(辦理選舉的人舞弊違法，當選舉人資格不符，落選人之應當選而未與選等事)，概歸法院審判，蓋亦摹倣英制。至關於衆議院選舉的訴訟的提起，則自選舉日起，初選須於五日以內，覆選須於十日以內，向法院提起。(註一)其所以限制必須於選舉日起始能提起者，乃因選舉訴訟，如能於選舉以前提起，則提起選舉訴訟之權，或不免為人利用，以為防止他人當選的一種方法。但衆議院議員選舉法雖以一切選舉訴訟的審判權歸諸法院，而二年議院法，卻仍承認衆兩院，對於本院新到院的議員，有審查其資格之權；開會以後，議員資格發生疑義時，兩院亦得各自審定；不過此項審定不能涉及選舉訴訟事件。所以兩院仍保存着取銷其本院議員資格之權。(註二)

(註一)民國二十五年五月十四日的國民大會代表選舉法，關於選舉訴訟的規定，亦大致相同。

(註二)參看該總統法第六條至第八條。

第二章 公民直接立法權

在古希臘許多城市國家 (polis) 中，公民團體不但享有選舉官吏之權，並且享有直接立法之權；而且當時除公民全體大會外，並無所謂議會或代議團體，所以公民團體，不但為最高的立法機關，並且為唯一立法機關。現代國家所屬的地方團體，其立法權亦有完全由公民大會行使，而不另設議會或其他立法機關者，如瑞士各邦中，至今尚有數邦沿襲着中世紀遺傳下來的公民大會 (Landsgemeinde) 制度。但這種純粹民治制度，究只能行用於區域極小的社會。在地域稍大的社會，這種制度不能行用；大國中即民治極端發達者，亦只能於議會之外，承認公民團體得以參預立法，並不能以立法之事完全付給公民。至於公民團體參預立法的方式，約有兩種：一為『複決』(referendum)，又一為『創制』(initiative)。本章內容，即討論這兩種制度。

第一節 複決權

(一) 複決的意義及形式 取議會所通過的法律案或憲法案，付公民投票表決，以決定其應否成為法律或憲法，即是複決。公民的表示，自然只有贊成或反對的投票，而不能於投票之前，共同集會討論；蓋公民人數甚衆，事實上實不能集會討論。

複決制的遠源，雖不始於近代，但嚴格的複決制，則初見於十八世紀英法革命的時期。當時革命人士，大都服膺盧梭民權主義之說，且認憲法為民約，因有主張一切憲法，須經人民批准者。一七九二年法蘭西革命政府所組織的『國民議會』(Convention Nationale)，並曾通過一種決議，宣言凡未經人民批准的憲法，不得目為憲法。該『國民議會』所制定的一七九三年憲法，即經過各地人民投票採納。十九世紀內，瑞士各邦的陸續採用此制，大半亦受了盧梭學說的影響。但在歐戰以前，各國採用此制者，幾限於瑞士及英國各邦。歐戰告

終而後，歐洲新造各國的憲法，始相率採用此制；德奧新憲法，即其最著之例。

各國所採用的複決制有許多形式，簡括言之，可有下列兩種分類方法。

其一，就人民所複決的法律的內容，而有制憲的複決 (*referendum constitutionnel, constitutional referendum*) 與立法的複決 (*referendum legislatif, legislative referendum*) 之分。制憲的複決，即對於議會或其他制憲團體所通過的憲法案或憲法修正案之複決。立法的複決，即對於議會所通過的普通法律案所召集的複決。制憲的複決比較立法的複決為盛行。美國各邦幾無一不採用制憲的複決，但採用立法的複決者則只有十三邦。但在瑞士，則兩種複決俱極盛行。聯邦及各邦對於制憲的複決，固已一致採用，即對於立法的複決，亦幾已一致採用。現時各邦中，除採用公民大會諸邦已以立法權完全付給公民大會外，其餘各邦，除佛拉堡 (*Vouivre*) 而外，複決制並皆適用於普通法律案。(註一) 德奧等國的憲法，亦俱承認複決制得適用於憲法案及普通法律案。

其二，因複決的必需與否，而有強制的複決 (*referendum obligatoire, obligatory referendum*) 與非強制的複決 (*referendum facultatif, optional referendum*) 之分。凡議會所通過的憲法案或法律案，如必須經過複決，始能成立，則該種複決，便是強制的複決。現時瑞士聯邦憲法，及各邦憲法，對於議會所通過的憲法修正案，俱限定必須經由複決，始能成立；換言之，瑞士的制憲的複決，概為強制的複決。即對於普通法律，瑞士各邦中，亦已有若干邦採用強制的複決。他國之採用強制的複決者，大都限於制憲的複決；但美國各邦，亦有若干邦，對於憲法案及普通法律案，俱採用強制的複決。在非強制的複決制之下，議會所通過的憲法案或法律案，不必一定交付複決，纔生效力；如無公民或其他機關的要求，即不交付複決。各國所採立法的複決，大抵為這種複決；即對於制憲事宜，各國亦有僅採非強制的複決者。但非強制的複決，又可因要求複決的團體的不

（註一）瑞士複決制適用的範圍頗廣，但有一種法律案——議會所通過的「緊急」案——則聯邦憲法及各邦憲法大都認為不能適用複決。

同，而有下列幾種的分別：

(甲)由公民要求召集的複決 這種複決，為非強制的複決各種形式中之最普通者。採用這種形式，則議會所通過的議案(法律案或憲法案)，於通過議會後一定期限內，倘經公民若干人的聯名要求，便須交付公民投票表決。例如瑞士聯邦憲法第八九條規定，凡聯邦議會所通過的普通法律案，倘經公民三萬人的要求，或八邦的政府的要求，便須提交公民表決。至於此項要求提出的期限，則經該憲第九〇條聲明，須別以法律規定。又德國一九一九年憲法規定，凡公民對於議會所通過的憲法案或法律案要求召集公民複決時，要求的人數，必須滿全國公民總額二十分之一。這種自動的複決，在較廣大的地域，實際上殆極不易實行。蓋法定要求的人數，論理原不能太少，否則便係承認極小部分的公民，亦得與議會相對抗；但法定人數過高，則當事者湊集簽名人數時，與政府當局審核簽名真偽時，又嫌過於困難。

(乙)由議會主動的複決 美國各邦議會，因欲徵取人民公意，或因欲卸責於人民，每每對於自己所通過的法律，憲法上原來規定須提交公民複決者，自願提交公民投票表決。密歇干(Michigan)邦且僅以要求召集公民複決之權付給議會，而不以付給公民。奧國一九二〇年憲法亦有類似的規定。按照該憲第四三條及第四四條，國會的多數，對於普通法律，得自願的提交公民複決；至於憲法修正案，則雖聯邦院或國會三分之一的議員，亦得要求召集公民複決。這些規定，其用意俱在給議會的多數或少數以訴諸公民的機會。德國一九一九年憲法第七二條並承認參議院對於國會通過的憲法修正案，如不能同意時，得要求召集公民複決。這種規定，則欲藉公民複決，以解決參議院與衆議院間的衝突。

(丙)由行政機關提交公民的複決 德國憲法第七四條承認總統對於國會所通過的法律案，於一月內，得以提交公民複決。這種規定的目的，在以公民複決為解決行政機關與議會間對於法律案意見的衝突。

(丁)由各邦政府要求召集的複決 瑞士聯邦憲法第八九條規定，各邦中八邦聯合起來，便可要求將聯邦議會所通過的法律案，付公民複決。這種規定的目的，在給各邦以對抗聯邦政府之權。

以上所述，爲複決制各種形式的大要。以下將略論主張複決制者及反對複決制者的各種理論。

(二)複決制的理論 一般主張複決制者所持的理由，不外下列三種。其一，以爲複決制最合乎民權主義的理想。這是服膺盧梭學說者所持的見解；因照盧梭的思想，人民主權的表現，殊不能完全憑藉代議制度；如因地域較大，不完全以立法權付給公民，亦至少當令公民享有批准法律之權。法蘭西大革命時代法國之採納複決制與十九世紀瑞士各邦之相率採納複決制，大半係受盧梭學說的影響。其二，以爲複決制，可以防杜議會的專斷與失職。議會的立法，平常或不免有蔑視輿論，拂逆民意之地方。倘公民享有複決權，則事前既可使議會議員有所忌憚，而便此類情事不易發生；事後亦可有所救濟。近數十年來，美國各邦之採用複決制，大半因議會議員嘗爲財閥所賄買，所左右，而有許多專橫失職之事。其三，以爲複決制富有政治的教育作用。蓋複決的舉行，可使一般公民，對於邦國大政，不能不予以相當的注意；因凡參加投票之人，除了甘於盲從者外，自不能不對於法律案的內容，預先求得相當的了解。所以，複決權對於公民的政治教育作用，殆遠過於選舉權；因爲公民行使選舉權時，一般人所討論與注意者或不免偏於人選問題，而於重要政策的内容轉不深求了解。

一般反對複決制者，卻又振振有辭。他們認爲一般公民的知識尙不足以判斷法律案的良否。蓋社會愈進化，則法律的內容亦愈複雜；苟非公民的知識異常發達，斷難望其能有充分的了解。即令其知識足以了解，但一般公民亦未必俱有充分的興味與充分的餘暇，不斷地去研究議會所通過的法律案件。若然，複決制施行的結果將不外兩種：或則大多數公民，對於提交表決的法律案件，爲盲目的可決或否決；或則公民的多數或一部分，因無暇過問立法問題，竟至放棄投票的責任。如爲前者，則何貴乎公民的複決；如爲後者，則複決不復是全體公民意見的表現。就令政府所頒給的說明書，以及報紙關於移付複決案件的討論，多少可以幫助公民了解該案件的内容，但政府說明書與報紙的意見，或曾不免有所偏袒，所以公民究不能藉此而得到準確的判斷。

除以上所述贊成及反對兩方的一般理由而外，贊成者與反對者尙有觀察相反的數點，亦頗有趣。

贊成複決制者專認此制爲消弭革命的良劑。蓋法律經議會通過後，少數黨常有藉口該項法律違反實在的民意，而大加反對者，今如將該項法律更付公民投票表決，則多數少數兩黨之爭，自亦可以減少。而且，凡經公民否決的法律，議會尚可重行考慮，酌予修改，使與當時人民的意志相合；如是，凡與時代精神不甚融滲的法律俱不至發生；法律的施行，亦遂無反動與抵抗之虞；革命之事，亦遂不致發生。贊成複決制者以爲瑞士自一八四八年以來，絕未發生革命的原因之一，即是複決制的普及。但反對複決制者，則認此制可爲革命的導火線。在純粹代議制度之下，凡法律案，一經通過議會，普通人民便視爲法律；至於該項法律的成立，是否經由極大多數的贊成，或僅經由一個小小的多數的贊成，他們並不十分過問。倘以法律付諸公民親自表決，則曾經投票反對者，於法律施行時，或不免憤懣不釋；倘當時反對人數與贊成人數相差無幾，則該項法律的施行，更會遇到種種阻礙，甚或釀成政府與人民間的積極衝突。這爲贊成與反對兩方觀察相反的第一點。

贊成複決制者，又謂此制可以增長人民對於法律的責任心。在單純的代議制之下，法律的成立始終出自議會之手，人民未嘗過問，所以人民對於服從法律的觀念與興味，初不必甚濃。如採複決制，使人民直接參與法律的制定，則人民對於法律的成效，不得漫無責任觀念；由是法律施行時，亦可得藉人民直接或間接的助力。但反對複決制者則以爲此制可以減少議會對於法律的責任心。蓋法律的最終成立，既係經由公民表決，則對於該項法律將來成效的優劣，議會自可知責於人民；由是議會於成立法律案時，其起草、審查、與討論諸程序，亦或不免流於草率。這爲贊成與反對兩方觀察相反的又一點。

凡上所述贊成及反對兩方的各種意見，俱不容我們加以絕對否認。所以複決制之應否採用，不能純從制度本身的利弊上去決定，而須看採用的國家有無特殊的狀況——如公民教育程度甚高，政治興味甚厚，國家版圖甚小等——可以減少施行此制時的流弊與困難。且此制原有種種形式，卽予以採用，亦須斟酌國情而考慮適宜的形式。

中國過去的約法及憲法，俱未採用複決制或其他公民直接立法之制。在孫中山先生的民權主義及中國國民

黨綱中，公民固須具有選舉權，複決權，創制權，與直接罷免權四種政權，但在訓政時期尙未真正告終以前，亦當然無從實施。

第二節 創制權

(一)創制的意義及形式 創制與複決有別。複決在令公民團體對於議會已經通過的普通法律案或憲法案，爲贊成或否決的表示；其目的只在防止議會制定違反民意的法律。創制係承認公民達若干人數，得有權提出關於法律或憲法的建議案；是項建議案或提交公民複決，或先交議會討論，如議會不予採納，則再交公民複決；所以創制的目的乃在防止議會拒絕制定民意所要求的法律。

瑞士及美國各邦，於採用複決而外，更有採用創制者；歐戰以後的德奧等國亦嘗一度採用。但創制的形式，則各國所採用者頗不一律。

就創制適用的範圍而言，則有「制憲的創制」與「立法的創制」之別；前者係承認公民若干人，對於憲法修改問題，得以提出建議案而要求公民複決；後者係承認公民若干人，對於普通立法問題，得以提出建議案，而要求公民複決。瑞士各邦，除佛拉堡一邦而外，俱承認創制適用於制憲問題及普通立法問題；但瑞士聯邦憲法，則僅採用制憲的創制。美國各邦中，因視制憲問題較普通立法問題爲艱鉅，轉有採用立法的創制，而不採用制憲的創制者。

就創制的各種程序而言，則瑞士與美國各邦間所採用者亦有種種形式。就大體說，這些形式亦可分爲兩類。其一，公民的建議只標示幾種原則，但不自行制定一種完整的法律草案。按照瑞士聯邦憲法的規定，凡公民關於憲法問題的建議，如只標示原則，而聯邦議會又贊同這種原則時，則該議會即可據以制定一種法律草案，交付公民複決；如不爲聯邦議會所贊同，則須先將原則交付公民複決；如爲公民所贊同，則聯邦議會仍須據以制定法律草案，交付公民複決。上述制度自然可以減少法律案內容的粗疎草率；因法律案的起草，既不屬

於普通公民，而屬於議會，則起草者的法律知識與經驗，以及草案在議會討論時所得到的評正，俱足增加該草案的精密。但就另一方面觀之，議會所制定的法律案，有時或不免與公民原來所建議的原則相出入；如議會對於該項原則，原不贊同，則此層流弊更是難免。其二，公民的建議係採用一種完整的法律草案的方式。這種方法，自然可以免除前述的流弊；但起草法律案時所需要的法律知識，行政經驗，以及法律文字的技巧，往往非普通公民所能勝任愉快，倘容許這種方法，而不附以相當的補救，則法律將不免流於粗疎草率。所以，各國創制制之採用這種方法者，亦往往附有條件。例如瑞士聯邦憲法，雖亦承認公民對於憲法問題的建議，得提出完整的草案，但聯邦議會，如對於該草案不能贊同，仍可提出一個新的草案，與原草案一併交付公民複決，或逕建議人民，將原草案予以否決。（註一）美國加里福尼亞（California），梅因（Maine），馬薩諸塞（Massachusetts），及密歇根（Michigan）四邦亦已採用同樣的制度。在此制之下，公民自行提出的法律草案，即其內，稍嫌草率粗疎，亦不致發生大害。

（二）創制制的理論 主張創制者率認創制為民權主義的條件，為增進公民政治知識的利器，為防止並救濟議會失職的良方；他們所持的理由大率與主張複決制的理由相同。但他們以為僅僅採用複決，而不兼採創制，則民權主義仍不能充分實現；議會的失職，亦往往不能有充分的救濟。反之，凡反對複決制者，對於創制制，更提出兩種特別理由，而認此制的流弊較複決為更大。其一，以為採用創制，則多數的壓迫少數，或較在單純的議會制度之下為更甚；因為議會所成立的法律，大都尚不能絲毫不容納少數黨的意見；而在創制制度之下，則公民所表決的法律，也許竟完全不容納少數黨的意見，因為少數黨於法律表決之前，不能有所修正。其二，以為創制足使法律流於草率粗疎，因為起草法律的公民，既不必皆為富有法律知識與經驗之人；且此種草案的成立又非如議會所通過的法案，必須經過種種的討論與修正程序。此層流弊，雖亦可如上述瑞士及美國各邦的方法，謀為相當的補救；但實際上此種補救，總難完全有效；所以此層理由，我們仍不能不認為重

（註一）見瑞士聯邦憲法第一二一條第六段。

英。(註一)

(註一)關於複行及制衡兩國的參考書籍，參見高澤，上卷其比較普通者數種如左。

Kanrin, *Éléments de droit constitutionnel* (1917), I, 454-480.

Katelli, *Les institutions de démocratie en droit subse et compare moderne* (1912).

Lewell, *Public Opinion and Popular Government* (1926)。

Deard and Schultz, *Documents on the Initiative, Referendum and Recall* (1912)。

Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren* (1927)。

第三章 公民罷免權

在民權發達的各國，公民的權利，除卻選舉，複決，與創制外，尚有「罷免」(Recall)。在歐戰以前，罷免僅行於瑞士各邦及美國各邦。歐戰以後，歐洲各國如德國，如拉特維亞，其憲法亦嘗採納此制；在蘇聯則此制更爲盛行。

(一)罷免的意義及形式 凡直接民權皆須採用投票的方式，罷免權亦非例外。罷免者即公民舉行投票，以決定一部分公民所要求罷免的議員，公務員，或法官，是否應令繼續任職，或立予免職處分。所以公民有罷免權，則對於議員，公務員，或法官，即可行使一種直接的制裁。至於罷免的制度，則可分爲下述的三種：

其一，爲適用於議會議員的罷免制 此種罷免制，亦有兩種不同的形式。或則承認一個選舉區中的選民，滿若干人時，對於其本區的議員，得要求本區選民全體投票，以罷免其職務，而另選他人補充。所以此種罷免，僅係適用於議員個人的一種罷免制度。美國各邦對於議員所採用的罷免制均屬此類。或則承認全國選民滿若干人時，對於議會全體，得要求全國選民投票解散，而舉行新議會的選舉。所以此種罷免，實等於公民團體之解散議會。瑞士各邦久已採用此種罷免的形式(名爲 *Abolition*)；普魯士一九二〇年憲法亦採用之(該憲第一四條)。

其二，爲適用於行政官吏的罷免制 瑞士各邦及美國各邦，對於民選的行政官吏，亦有承認其本選舉區的公民，得以要求本區公民全體投票，以罷免其職務者。蓋民選的行政官吏，其性質原可認爲與議會議員相似，故亦可採用罷免爲制裁。美國有些的邦對於議會議員雖未採用罷免制度，而對於民選行政官吏，則反對採用此制者；甚或對於非民選的行政官吏，亦採用此制者。德國一九一九年的憲法，對於總統罷免問題，亦採用一種特殊的罷免制度。依照該憲，總統由人民直接選舉；總統的解職則可由國會提議，而交由全國公民投票表決；

公民表決的結果，如贊成國會的提議，則總統便須退職；否則，公民的表示應即認為總統之重行當選，而國會反須解散另選。此種規定的目的，在令公民團體有解決議會與行政元首間的衝突之權；所以不以要求罷免之權給公民，而僅以決定罷免之權給公民。

其三，為適用於法院法官的罷免制。美國各邦中，法院法官，亦有出自民選者；就中並有極少數的邦，對於民選法官亦採罷免制。蓋美國法院本享有解釋憲法之權，故法律常有被法院認為抵觸憲法，不能發生效力者。法院既可否認法律，則曾經公民複決的法律，自然亦可被法院否認。但法院這種舉動，最易引起人民的攻擊，因為人民決不能坐視少數法官推翻全體公民所複決的法律而不問；於是美人乃有主張人民可以罷免法官者。人民既可罷免法官，則在理論上，法官應不敢輕易違反民意。不過罷免施諸法官，則法官頗難以超然態度秉公執行審判職務，所以美國各邦，亦有對於法官不選採用罷免制，而採用所謂「撤銷判決」(recall or judicial decisions)者。所謂「撤銷判決」，即公民對於法院的判決，得要求投票撤銷之謂。在此種制度之下，法官個人之地位，雖不因公民的好惡喜怒而生搖動，但他種流弊依然發生。所以美國各邦之採用撤銷判決制者，仍屬寥寥。

(二)罷免制的理論 主張罷免制者的理由，約略言之，不外兩層。其一，以為在原則上講，議員或官吏之出自民選者，既係受公民委託之人，如果他們不能保有公民的信任，公民當然得行使罷免之權。其二，以為就實際的利益而言，公民對於此類議員或官吏，如保有隨時罷免之權，則職員官吏的行動與意見，或不敢公然蔑視民意；他們舞弊營私以及貪污專斷的行爲，亦或可以減少。美人且謂罷免可以代替議會的「彈劾」(impeachment)制，而其效用且較彈劾制為更廣；因為一般國家的彈劾制度僅適用於官吏，而不能適用於議員；僅適用於犯罪行爲，而不適用於普通的失職行爲。這些理論，自然只是一方面的見解。反對罷免制者，則謂此制可使官吏或議員過於畏葸趨避，而不敢負責作事，且謂此制可使愛惜名譽之人不願為公眾服務；因為罷免案的提出，既只須一小部分公民的連署，則雖賢者亦難免被人提出罷免案以為攻擊，於是，凡名譽心甚重之人，便不

免職國家機關的位置爲獲途。有些論者且謂議員及民選官吏，如其任期不過於長，即可不虞其與民意相左太甚，因亦不必採用罷免之制。

美國各邦，爲防止罷免權的濫用起見，對於罷免案的提起，往往設置兩項限制：（一）人民對於任何官吏、於其就職後的最初期間內（通常定爲六個月）不得提出罷免案；（二）罷免案的提出在一個官吏的一次任期內，以一次爲限。（註一）有此兩項限制，上述罷免制的流弊，雖不能爲除，要亦可以稍減。

（註一）Munro, *The Initiative, Referendum and Recall* (1912), 44.

第四章 公民總投票

公民總投票 (Plebiscite, Plebiscaite)，在形式上說起來，本是非強制的複決制的一種；因為公民全體所投票表決的問題，必由行政機關或其他機關交付。但就其適用的場合而言，公民總投票與公民複決間，究有不同。複決在使公民對於某種法律表示意見，而總投票則在使公民決定其自身所應隸屬的國家，或使對於一個某統治者表示向背。前一種總投票為民族自決的一種工具；後一種則往往為獨裁者藉以取得合法地位與企圖增加權威的一種手段。無論為前者或為後者，兩者俱和複決不同。

公民以投票方式，表示其願隸何國，為歐戰後所習見之事。波蘭與德國間，一九二〇年有上什列辛 (Upper Silesia) 的總投票。薩爾 (Saar) 區域的公民，則於一九三五年有總投票之舉，以決定該區是否應還屬德國，或改屬法國，或仍直轄於國際聯盟的問題。國際間的總投票而外，德國於一九一九年的憲法，對於各邦國領土的變更，亦許有關的人民用總投票的方法，自行決定（憲法第十八條）。蓋自美國威爾遜總統在歐戰末年提倡民族自決的主義後，某地應屬於某國的問題，依理，該地人民應有自決之權。不特上什列辛及薩爾的公民總投票為巴黎和平會議的產物，即德意志第十八條中關於公民投票的規定，其精神亦來自當時的民族自決主義。

公民以投票方式，表示其對於某一統治者的向背，為拿破崙一世所首創，拿破崙三世亦曾多次利用，到今日則成為希特勒威脅世界的一種武器。拿破崙自一七九九年，曾多次改變法蘭西的憲法，其地位亦自「首席執政」，進而為「法蘭西人民的皇帝」。為取得人民的贊助，且為向列強示威起見，每逢一次改制，拿破崙必令人民舉行一次總投票。其姪拿破崙三世，於十九世紀中葉改第二共和為第二帝國的過程中，亦嘗舉行多次的總投票。因此，法人常稱拿破崙為「伯姪時代的法國的政體為『總投票式的民主政體』，因為這種民主政體，其民主的成分僅限於總投票一事。

德國自一九三三年希特勒當權以來，也有過三次的總投票；第一次（一九三三年十一月）在德國宣告脫離國際聯盟以後；第二次（一九三四年八月）在興登堡（Hindenburg）總統逝世，希特勒以軍宰兼任總統，並改號爲「元首」以後；第三次（一九三六年三月）在政府派兵入駐萊茵流域各地之後。在這三次的總投票中，贊成希特勒的政策者皆在百分之九十以上。從真實的意義而言，與首次總投票同時舉行的國會選舉亦可看做總投票；因爲一切候選人皆承希特勒之命而提出，人民實際上僅有贊成或不贊成希特勒之權，而沒有真正的選舉權。（註一）同樣的，意大利一九二九年及一九三四年的議會選舉也只是總投票而已。

拿破崙伯廷及希特勒的總投票，在形式上固可視爲民意的表示，但在實際上，則與直接民權初無關係。無論爲選舉或爲複決，人民總須有投票的自由，然後其結果方得稱爲民意的表示。但所謂投票的自由者，不特謂人民可投反對票，且包含着人民可組織政黨或其他團體，以增加反對人數的意思。拿破崙伯廷時代的法人及今日的德人，其多數贊成或真正贊成他們元首的獨裁政策，但反對者決無投票反對的自由，更無組織反對團體，以作投票運動的自由。既無反對的自由，則所謂總投票自亦不過爲獨裁者借以鞏固其自身地位的一種工具而已。所以我們不應將複決與總投票并爲一談。

（註一）一九三六年三月舉行總投票時，並舉行國會選舉，但兩者只用一種選舉票；選舉票中亦具印「贊成」一詞，人民如欲表示「反對」，則須塗去「贊成」，另寫「反對」。若一九三三年十一月，則曾將複決與選舉票兩者。