

新時代法學叢書

比較憲法

阮毅成著





新時代法學叢書

阮毅成著

比  
較  
憲  
法

商務印書館發行

中華民國二十三年三月初版  
中華民國二十四年四月再版

(32535)

新時代  
法學叢書  
比較憲法 一冊

每冊定價大洋伍角

外埠酌加運費匯費

著者 阮毅成

發行人 王雲五  
上海河南路

印刷所 商務印書館  
上海河南路

發行所 商務印書館  
上海及各埠

版權所  
翻印必究

(本書校對者何濟剛)



# 弁言

一 本書爲新時代法學叢書之一，因求篇幅與其他各冊一律，故僅能以極簡潔之文字，敘述最主要之問題。

二 本書編制，與一般比較憲法書籍，不盡相同。先之以法與憲法的概念，使讀者公悉著者對於此等概念之見解。次之以憲法史，尤著重我國過去制憲失敗經過及其癥結，其後按照立法院起草憲法初稿時所擬之大綱，擇其足資討論者，分別加以論述，并逐項附以著者之結論。

三 我國近年關於憲法書籍，出版者不少。本館印行之王世杰著比較憲法等，均爲傑作。憲法史則吳宗慈之中華民國憲法史，材料極充。論文，則本館東方雜誌兩次刊布之憲法專號，對於各個問題，咸有討論。各國憲法條文，則浙江九九憲法會議印布之世界聯邦共和國憲法彙編，與立法院編譯之世界各國憲法，均極完全。我國歷屆約憲法及草案條文，立法

院亦有專冊。凡此參考所需，著者於本書中，以篇幅關係，不能於文字中，隨時加以註明。如引我國及各國憲法條文，匪獨未能引其全文，即條文次序，均加略去。拙著政法論叢及法治論集（南京時代公論社出版）中主張，本書引用不少，亦因以未隨時註明。

四 本書就立法院草憲之際，就所認為主要之問題，略杼所見，未必皆當。且其間因高等考試入闈半月，小病半月，故全稿寫成，倍為匆促，誤謬之點，鵠候讀者正之。

阮毅成二十二年十二月十二日南京。



# 比較憲法

## 目次

第一章	法與憲法	一
第二章	憲法沿革	一四
第三章	憲法總綱	三一
第四章	人民權義	四三
第五章	國民大會	五九
第六章	國家機關	七一
第七章	地方制度	一〇一
第八章	生計教育	一〇八

第九章 憲法保障…………… 一六



# 比較憲法

## 第一章 法與憲法

自從分析法學派奧斯丁（Austin）等，主張法爲主權者的命令以後，其說深入人心，牢不可拔。今日法學上若干糾紛問題，均由此起。奧斯丁等之說，僅從法之成立的淵源觀察，忽視法的實質，已屬不妥；況以法爲主權者的命令，本身便有錯誤。所謂命令，便是有命令權的人，加於服從命令者的一種強制。其實，法并不以命令權者與服從命令權者對立爲前提，更非盡爲前者所加於後者的強制命令。國際公法是法，但誰是命令者呢？誰是服從命令者呢？每一個國際公法的主體，都是平等的。憲法是法，規定國家的最高統治組織，掌握這組織者以憲法的規定而成爲統治權者，焉能先以主權者資格制定憲法？況且一切的法，不但服從命令者要遵守其中的強制，即命

令者自己也須遵守。卽如憲法，固屬規律國民，亦同時規律國家自身。就國家方面而論，憲法實是國家「自律」的法。

昔日個人主義者，雖亦不贊成法律係主權者的命令，但又卻說法是從個人的自然法而來。我們只能承認他們的結論，不能同意其立論的根據。因爲所謂個人的自然法，實是完全出於玄想，而又完全超出吾人經驗之外。實際世界的現象，係由人類與人類間相互意思交涉所組成，應先研究其特殊的個別的性格，進而推知其共同的規則，第二步再以此項共同規則，衡鑑人類的意思交涉。人只能在社會中方能生存，故人類的意思交涉，必須在社會生活中方能存在。這些共同的規則，是一種事實的規則，既非得之玄想，亦非片面命令。且所謂事實的規則，並不是爲人類謀利益榮譽等等的最高原則，而只是他們生於社會中不得不爲事實所支配的表徵。因之，此項規則，並不是叫人如此做便有益，有榮譽；僅是因爲如此，便須如此做而已。他并不建立於一最高原則之上，他的基礎，只是社會事實。社會中一日有人類生活着，此項規則便一日存在着，他一日有效，也便一日施行着。所以，他便是人羣社會的法律。人類覺之，察之，知之，認之，認爲規則，立

法者復訂之爲法律，并保障他的施行，一切人都須遵守。

法既是社會生活中人類相互間意思交涉的事實規則，自必與社會生活同其起源。人類之有社會生活，并非定在國家組織形成以後，故即在未有國家前，已有法的發生，是即謂法係先於國家而存在。從前的法學者因誤認法係主權者的命令，故謂「法不存在於國家以前，惟於國家之內，依國家，然後發生法律。」殊不知法之成立與否，并不以國家的成立爲前提，而係以社會生活爲前提。社會學者已證明在未有國家以前，已有社會生活。國際公法學者又說明國際間有社會生活，即發生國際法，并不須在國際上另有國家。則昔日法後於國家存在之說，顯屬錯誤。

法與國家孰先存在的問題，關係於法對於國家是否亦有強制拘束力的問題。如其說法是主權者的命令，唯國家方能創造法，豈非可以限制國家的，便只有道德的規則。德國學派說國家係自願服從其所有的法律，此項設定的限制，并非真實，因爲一事既出於其志願，就可任意改動或不願的。伊能 (Thering) 說：因爲只有國家有強制權，故法僅能在國家中存在。其實，法的強制力，并非得之於國家，乃是得之於社會生活中的事實規則。誠如傑靈克 (Jellinek) 所說：法乃因

社會秩序的保障，而獲得強制的形式，特國家承認之，擔保之，實行之，大衆乃都說只有在國家內，方有此等保障，實并不然。就是確由國家制定的成文法律，其強制力也不爲國家所獨掌。

國家只是一個綜合體，此綜合體內，包有治者之政府與被治之人民，治者多爲強者，故國家的起源，實由於強力。國家乃是各種社會羣體中的最強者，所以可憑其強力使人民服從。此項強力一旦衰落或減小，國家也就隨之衰落或減小，如近代的工團主義者思以工團的力量來替代國家的強力，便是要以社會中一種組織消滅原有的另一種組織。但國家此項強力，只爲一社會需要的事實，因爲他只是一種事實，所以，當與其他社會上的力量，共同受法律的限制；但這種限制，仍無損其爲社會上最大的力量。

國家的起源係由於強力，法的存在，則由於社會生活中人類相互間的意思交涉，但兩者同爲社會的事實，特前者爲事實的形式，後者則爲這種事實的規則。不過，國家一旦成立以後，社會事實需要國家享有統治權，并需要他本諸統治權制定法律，使人民必須遵守。一般人只看見今日人民須遵守國家制定的法律，以爲國家是有什麼最高無上的主權，或是有駕於個人意志之

上的國家意志。殊不知國家之所以能有這統治權，尚係先由社會事實的規則（法）所賦予。如無此種賦與之之法，國家何能制定法律，強人民以服從？

因為社會事實的需要，使國家享有制法之權。國家更於社會生活的規則中，確認某種社會事實爲法。故在今日看來，一似國家的意思，是法律成立的唯一淵源，其實兩者係同源於社會事實的。惟國家既用制定的形式，確認某種爲法之後，便必須憑其強力使人民服從；亦即須促進人民的守法精神，以求法之實現，強制只是促進方法的一種，如單憑強制，方能維持法的效果，則法的基礎，未免太不強固。若於強制之外，更求其他促進守法精神的方法，則不得不推國家亦須受法的拘束一法。

✓ 國家之能有統治權，係得之於法的賦予，故國家統治權，即屬法所承認的權力之一，因之國家在實施其統治權的時候，自不能不受法的拘束。不但如此，即國家本諸統治權而制定的法，亦均有拘束國家的力量。故一切的法，沒有例外，都是對於國家機關的命令。國家機關的行爲，即爲國家本身的行爲，除依機關行爲之外，國家行爲，實完全不存在。故國家機關受法的拘束，亦即係

國家受法的拘束。昔日學者謂：國家是法的淵源，在法律之上，服從法律與否，一任國家自由。係與法為主權者命令一語，爲一貫的錯誤。

在一切法中，國家最直接受拘束，亦最基本受強制的，便是憲法。憲法的第一部在賦予國家以統治權。第二部乃同時規律人民與國家。但在今日，一般人每只注重於第二部，而忽視第一部，蓋以第一部過屬當然之故。在第二部中，一般人又每重視規律人民的條文，而忽視規律國家的規定。其實，憲法中規定人民權利義務的一部份，并非最主要的成分，最主要的還是國家機關及其組織。誠如凱爾遜所論：憲法的定義本有廣狹二種。從狹義的說，憲法只規定將來法律的正面內容，與如何管理國家的政事，制定繼續狀的法律規則等等，從廣義的說，憲法復從反面規定將來法律的限制，如不得侵及人民自由平等財產等等。但不論憲法內容之爲廣義狹義，均不失其爲憲法。故無論如何，憲法的制定，即在使國家能依據之而行使統治權，凡國家對於國民的關係，均依憲法，或依憲法制定的法律，而受拘束。若有違反，即屬對國民爲不法。是以憲法不獨拘束國民，爲他律法，抑且拘束國家，爲一種國家自律的法。

國家要受一切法的拘束，不獨憲法而已。即國家依憲法制定的法律，也有拘束國家的力量。所謂法與律，在我國字義上本屬不同，法指抽象的公平與正直的概念，律指成文法。但現在已為衆混用，而連貫成爲一個名詞。國家既須受一切法律的拘束，故所有國家行爲的總體，都建立在法的命令基礎之上；換言之，國家在法律之外，另無任何獨立行爲的地域。

向來的傳統解釋，說法律有公法與私法的分別，而憲法則爲公法，也是錯誤的。法律均是社會生活中的不可破的規律，又都是自社會事實而來，故亦均是客觀的。在客觀法中，公共利益與個人利益互相緊連，無法可以強行分得十分清楚。若說私法的關係是產生在平等的人之間，而公法另產生於不平等的關係（權力或統治）主體內，也是不對的，因爲二者同屬於社會的事實規則，例如行政命令與私人契約，最後係屬同源的。

法律既無所謂公私，則昔日憲法爲公法，民商法爲私法的對等區分，便不能成立。然則憲法與他種法律的關係，究係如何呢？曰：可有兩種關係。一是從法的創造到法的實施的關係；二是從抽象規律到具體規律的關係；總之，這兩種關係都是直線式的，而決非平行式的。



憲法是國家的自律法，一方面賦予國家以統治權，二方面更賦予國家本諸這統治權制定法律的權。於是有人說第一種是行政的基礎，第二種是立法的由來。并更進一步說，立法的職務是創造或是產生法律，行政是實施法律。其實，這種分別并不十分正確。立法與行政二者都同時造法，也同時實施法律。譬如憲法以下，通常所謂法律，規程，行政行為，判決，執行行為等，都是近代國家綜合體所表現的各層形式。法律對於憲法為實施，對於規程便為創造。凡此各層的形式，從他對更上一層說，是施行而從對他更次的一層說，便是制定。不過愈到下層，施行的部份愈多，制定的自由愈少。

不但此也，在這各層的形式中，愈在上層的愈為抽象的規律，愈到下層，愈為具體的規律。蓋社會生活中的各項事實規則雖可成為法的規律，但在規律之中，實每有抽象的與具體的之分。此間所謂抽象與具體，不在文字的形式，而在是否預先限定於多數不定的情形，均可適用；抑或只限定適用於一個具體的情形。憲法的內容，大都是概括的，亦即并不限定適用於一個最確定的具體事實。則其効力的實現，必須有待於多種其他法律，對於各個事件，再加以規定。如憲法上

規定人民有納稅之義務，這僅不過是抽象的規律，單憑此規律，仍不能實現法的力量。必須再由國家制定各種租稅法律，而後再依這些租稅法律，課人民以納稅的義務。法律對於憲法的關係是如此，規程，行政行為，判決，執行行為等，逐層遞上，對於法律的關係也是如此。因為立法機關所制定的法律，雖較憲法為具體，但往往仍不能對於每一個事件，均有特殊的規定。於是行政行為，判決等等乃復使之更具體化。即如上述納稅義務而論，即有了租稅法律，亦尙未能謂為法的効力便已完成，必須更益以行政機關的課稅行為，方始達到法律預期的目的。故在國家綜合體所表現的各層形式中，不獨有從法的創造到法的實施的關係，抑且有從抽象規律到具體規律的關係。而且往往因為上一層的抽象規律，不甚精密，下一層便於各個情形，在抽象規律範圍內，依自由判斷，創造新法而有所實施。此即兩種直線式關係的複合。

兩種直線式的關係，憲法均在最高層。故昔日學者謂憲法之所以異於其他法律者，即在憲法有其最高性，這話我們也并不否認。但他們所列舉的兩種憲法上形式的特性，如憲法的効力係高於普通法律，憲法的修改異於普通法律，以為憲法具有最高性的證據。這兩項證據實只不

過是結論，并非原因。因爲憲法是在國家綜合體所表現的各種形式中的最上一層，所以効力高於普通法律，修改需要特殊手續。并非因爲効力高，修改異，而所以憲法有其最高性。

依據上面的分析，憲法的効力高於普通法律，是不待言的。法律對於憲法爲實施，憲法對於法律爲創造，實施者自不能有逾於創造者的効力。故如法律違反憲法，或與憲法相抵觸，便不能發生効力。又因爲憲法是比较更抽象的規律，法律是比较憲法爲具體的規律，具體的也自不能逾越抽象的範圍以外，而有所規定。故如法律違反憲法的精神與範圍，亦自屬無效。

憲法的効力既高於普通法律，則修改的手續，也應彼此之間有難易的區別，否則憲法不能維持其最高性，隨時均可由普通立法機關，用尋常立法手續，加以修改。於是凡欲制定違憲法律的時候，只須先將憲法修改，便無問題。這豈非與以上所肯定的憲法乃在最高層的一語不符？故欲維持憲法的効力須高於普通法律，必須將修改憲法的機關以及修改的手續，另加特殊的規定，使其比較普通法律，難於任意變更。通常學者稱這種憲法爲剛性憲法，而與普通法律由同一機關用同一手續修改的憲法，爲柔性憲法相對稱。近代國家，除英國的不成文憲法與意大利的

成文憲法，係屬柔性憲法外，其餘各國憲法，均係剛性憲法，或修改憲法的機關與普通的立法機關有別；或雖由同一機關處理，但修改憲法的手續較難。

憲法有其最高性，在理論上為當然，但在事實應用上，則有時而窮。譬如上面所舉柔性憲法的國家，一切法律効力相等，又均由一個機關用相同的手續制定修改，但我們絕不能因此便說這些國家沒有憲法。要證明這些國家也有憲法，便不得不於形式的特性外，再從憲法實質的特性方面去觀察。

就憲法實質而論，通常都說憲法是國家的根本大法。所謂根本大法，即是規定國家統治組織，如何管理國家政事的法。憲法的內容除此而外，自然還有憲法本身的附屬規定，如憲法之修改與保障等等。但如人民的基本權利義務，雖則各國在憲法中規定為多，但究非憲法唯一不可缺的內容。亦即憲法中如不規定國家最重要機關之組織，職權，及其相互關係，即不成為憲法。苟未規定及人民的權利義務，仍可以成為憲法。我國人權論者每以為一旦憲法公布，人權即得保障，實為徧解。

憲法的實質，既在規定國家機關，是則無論何國，乃必均有其憲法。無論其形式如何，性質如何，制定及修改之手續如何，只須係規定該國統治組織者，即爲該國之憲法。準此以論，則剛性憲法國家，其憲法係具備形式上及實質上兩方面的特性；而柔性憲法國家，其憲法亦具備有實質上的特性。

英國與意大利是兩個柔性憲法的國家，但英國的憲法係不成文憲法，而意大利憲法則爲成文憲法。足見憲法之爲剛性抑柔性，與憲法之成文不成文，並無一定相連的關係。我們說英國憲法是不成文，因爲關係英國國家統治組織的各種規定，並沒有集合爲一個或數個有系統的法典，並不是說英國的憲法純粹爲習慣，從未有文字的記載。英國一六八八年的權利請願書，亦係一種文件，但并未與其他有關國家根本組織的文件，如一九一一年的議會法等，合成爲一部有系統的法典，故曰不成文法。反之，若我國歷次的約法，憲法草案係一個單一的法典，法國的憲法，是集合了三種法律而成一體，便都是成文憲法。

自然，在不成文憲法國家中，關於國家根本組織方面，有許多地方仍是得之於習慣，英國內

閣與議會的關係，便純依習慣辦理。然習慣的効力，卻并不只在不成文憲法中，方始表現。即在成文憲法國家中，雖則有有系統的憲法法典，但憲法上的習慣，也一樣有力。如美國的大總統從不連任至三次，日本元老爲內閣的事實上製造者及監督者，都是習慣，但都與憲法有同等的力量。

## 第二章 憲法沿革

從前章所述，可以知道憲法的幾個特質：第一，憲法在大多數國家中，較其他法律為剛性。第二，憲法係比較更抽象的規律。第三，憲法係以國家統治組織的規定，為其不可缺的內容。除去第二點係性質問題，不必在憲法中再加明示而外。其餘兩項，均是憲法條文的基本因素。因為不可缺少國家統治的組織，故憲法中關於政府組織，從多方面一一加以明文的規定。因為較其他法律為剛性，故憲法中關於憲法效力保障亦必預先定有有力的辦法。其餘，大多數國家，益之以人民權利義務；近代憲法，更益之以國民生計，國民教育，遂成為憲法編製的綱目。

憲法是法，故研究憲法，須用法學的方法，那是毫無疑義的。所謂法學的方法，即在從法律的觀察點，論斷憲法的內容。欲達到此目的，必須先發見何者為憲法，這種發見，斷不能拘拘於憲法的文字，對於各種習慣事實，均不可忽略。次須注意及運用憲法的政府與議會，都是國家的最高



組織，更沒有任何實際的權力，凌駕其上而監督之，故對於政府議會的行爲及其對於各個具體事件的決定，也當參考。

因之，憲法的法學研究方法絕不是政治學的研究方法。政治學的研究法，注重於論斷政治上之得失，記述政治上之事實，并不若法學的研究法，以發見憲法爲目的。我國過去憲法課程中，大半功夫費在論述國家主權，不獨非法學的研究法，抑且與其他課程，如政治學，比較政府，比較政治制度等相重複。故我在本書中，對於國家主權等等理論問題，均撇開不談。只純粹就我國本身，先從事憲法的發見工作，故於我國歷史上的憲法，近二十餘年來制憲的經過。最近起草憲法的大概，先加以論述。次再就我國日後正式憲法上的問題，以與各國憲法相比較。以期求得共同的原則，并作我國能否採用這些原則的探究。

憲法二字，在我國是固有的文字，卻非同有的名詞。但如單從憲法實質上的特性以論，又不能不承認我國實向有關於國家統治組織的法典。周禮是最完備而又最早的成文憲法，固然有許多學者否認周禮係漢以前書，然若謂其盡出於後人僞造，亦屬過分。大致周代曾有某種政制，

後人再加以充實，并使之成爲有系統之典籍而已。其後如唐之六典，明清兩代之會典，亦均係規定國家機關組織之大經大法，亦即成具有憲法實質上的特性。今人每謂會典係與普通法律同由君主所裁可，効力相等，又同得由君主加以修改，并非剛性；且其中規定并不完全，如皇位繼承，如何重要，竟付闕如；人民權利義務，又所忽略，故不能謂其係具有憲法性質。殊不知憲法本有柔性之可能，由同一機關用同一手續制定憲法與普通法律，英國即其一例，同由議會與同由君主乃政體之各異，非憲法之剛柔。英國如爲有憲法國家，則會典亦爲憲法。若謂會典內容不全，亦屬無礙。會典雖爲成文法典，但成文憲法國家，亦可有依習慣之情形。皇位繼承，代有慣習，傳長傳嫡，或由君主預爲選擇，即可本習慣辦理。至未有人民權利義務之規定，只得謂會典係狹義憲法而非廣義，亦不能謂其決非憲法。故僅就憲法之實質上特性以言，我國實向有憲法，且爲成文憲法。

但如從憲法形式上特性觀察，則我國之有憲法，實始於民國元年三月十一日之中華民國臨時約法。在辛亥革命以前，固尙有辛亥廢歷九月十三日之清室十九信條，辛亥革命以後，亦尙有辛亥十月十三日之中華民國臨時政府組織大綱。然兩者均未規定修改憲法的手續，應與普

通法律不同，且其制定，亦係各與普通法律同其淵源，至兩者均未有關於人民權利義務之規定，亦屬一轍。比臨時約法公布，既於第五十四條，明文規定「本約法之効力與憲法等。」意謂與一般憲法之効力等，應高於普通法律；又於第五十五條規定修改約法之機關為參議院，而手續則須參議院議員三分之二以上或臨時大總統之提議，又須經參議員五分之四以上之出席，出席員四分之三之可決，其為剛性，始表現無遺。

除辛亥革命前清室所頒十九信條已毋庸研究外，民國成立以後，前後制定之約法憲法與憲草，以及私人所擬之草案，共可得十二種，茲列表於下，并簡述其經過。

- 一 中華民國臨時約法（民國元年三月十五日公布簡稱臨時約法）
- 二 中華民國約法（民國三年五月一日袁世凱公布簡稱袁氏約法）
- 三 中華民國憲法（民國十二年憲法會議制定十月十日公布簡稱十二年憲法）
- 四 中華民國訓政時期約法（民國二十二年五月十二日國民會議制定六月一日公布

#### 簡稱訓政約法）

五 中華民國憲法草案（民國二年進步黨擬簡稱進步黨草案）

六 中華民國憲法草案（民國十一年八月國是會議國憲起草委員會起草簡稱國是會議草案）

七 中華民國憲法草案（民國十四年十二月國憲起草委員會起草簡稱十四年草案）

八 中華民國約法草案（十九年十月二十七日擴大會議起草發表簡稱擴大會草案）

九 中華民國憲法草案（民國二年三月王寵惠擬簡稱王氏私案）

十 中華民國約法草案（民國十九年九月呂復擬簡稱呂氏私案）

十一 中華民國憲法草案初稿（民國二十二年吳經熊起草簡稱吳氏初草）

十二 中華民國憲法草案（民國二十二年張知本擬簡稱張氏憲草）

以上十二種，係自民國元年起迄現在止我國已有的憲法約法及草案。其中第一種迄第四種，均經正式議決公布而為法。第五種至第八種，均經會議之方式而成為正式之草案。第九種至第十二種，均為私人所擬草。私人擬草者本不只這四種，因多雷同，故只列四種為代表。現在將前

四種曾正式成爲法的制定沿革，撮要敘述，一以明我國憲法史的概要，二則爲日後制憲的參考。至未成爲法的，無論經正式會議定爲草案，抑或私人草擬，只於書中論述時，隨時加以引用，不再一一追溯其經過。

一 中華民國臨時約法 民國以後，最早規定國家機關組織的，是辛亥十月十三日的中華民國臨時政府組織大綱。組織大綱的公布，距清室公布十九信條，只得一月；係由湖北山東等十省都督府代表在武昌於兩日之內匆匆草布的。其後，雖則南京臨時政府的成立，係根據於這個組織大綱，但臨時政府成立之後，隨即於民國元年正月二十八日成立參議院，制定臨時約法，而將組織大綱廢止。故組織大綱前後有效期間，只得三月有另，內容亦極不完全。臨時約法雖則亦係由各省都督府代表所組織的參議院草擬公布，仍非由人民或人民的代表自行制定，惟此時各省都督府的組織多已具體，并不只爲一純粹軍事組織，而參議院對於當時革命勢力的各方面，確已能完全代表耳。

臨時約法的制定，係應當時事實上的需要。當時的組織大綱，既有欠完備，而又明定須於六

個月之內召集國會，過於迫促，無法實現。故於參議院在南京成立之後，即由參議院內編輯委員會着手起草，其時臨時政府雖亦曾備有一中華民國臨時政府組織法草案一種，送交參議院，卒被參議院退回。故參議院自民國元年二月七日起迄三月八日止所討論通過公布的臨時約法，乃係參議院編輯委員會自己起草之原案。

臨時約法的最主要的規定，亦即對於組織大綱最主要的變更，即將中央政制自總統制改為責任內閣制。蓋臨時約法制定之時，南北和議已有眉目，并各方已有以後總統必須由袁世凱擔任之共同認識。為預先防止日後袁世凱專擅計，故先規定用責任內閣制，以期減削總統的權力。但這一種企圖，純粹是法的企圖。不料袁世凱後來竟毀法造法，以致釀成二十年的大內亂。

臨時約法第五十四條，本規定中華民國之憲法，由國會制定；在憲法未施行前，約法之効力與憲法等。故當南北統一之後，袁世凱既當選為臨時大總統，國都又已屈從袁意，改設北京。此時國人所企望的，乃只在召集國會，制定憲法，以制憲權付諸國會，而不另組制憲機關，實係臨時約法的疎忽，或者是謬誤。參議院依臨時約法第十八條重新成立，并隨國都遷赴北京，遂陸續制

定國會組織法，參衆議院議員選舉法，於元年八月十日由袁世凱以臨時大總統名義公布。民國二年四月八日開幕的中國第一次的國會，即係依據這三項法律而來的。

國會開幕以後，便進行憲法起草的工作。於是由參衆兩院各選委員三十人，合組憲法起草委員會，假天壇爲會場，故世人稱其草案爲天壇憲法。然在天壇草憲期中，袁世凱既平贛寧之役，急圖由臨時大總統改而爲正式大總統。國會中遂有杜師業等七人先後提議，主張先選總統，後議憲法，得多數通過。憲法起草委員會乃先起草憲法中總統一章，由兩院通過，於十月四日公布，并隨依此法選袁世凱爲正式大總統。當時屈從袁意，先選總統，實我國制憲機關最初失着之點。袁未當選正式大總統以前，先捕殺衆議員徐秀鈞，次又逮捕參衆議員褚輔成等八人，分別羈押。既當選以後，乃一則向兩院合組之憲法會議爭憲法公布權，二則咨請修正臨時約法，藉以表明其對於以後憲法內容之主張，三則咨請許其派人出席憲法會議陳述意見，因均未達到目的，乃復通電各省軍民長官，嗾其干涉制憲，於是各省都督民政長如響斯應，紛紛發通電，談憲法，甚至建議解散國民黨，撤銷國民黨議員。此種主張，適如袁氏之願，民國二年十一月四日，遂下令



辦理。被追繳議員證書徽章者達四百三十八人，兩院遂不足法定人數。至次年一月十日，復下令停止殘留國會議員職務。解散國會是當時政治上必然的結果，嗾使各省軍人干涉憲法，是中國二十年來地方軍人跋扈的導因。

二 中華民國約法 國會雖已解散，制憲無從進行，但元年臨時約法并未失效。臨時約法所採取之責任內閣制，係袁氏所最不满意的一點。故袁氏不獨不欲全部憲法告成，并且還要修改約法。於是先設立一政治會議，向政治會議諮詢增修約法程序，政治會議議覆須另設造法機關。袁氏乃又詢其如何組織造法機關，政治會議乃又議覆應召集約法會議，并議決約法會議組織條例。

約法會議純粹是袁氏個人的御用會議，增修約法的最主要點，即在擴充大總統之權限。約法會議增修結果，則外交權歸總統，官制官規的制定及國務員外交官的任免亦歸總統，都不必得參議院同意。憲法由總統及參政院起草，另召集國民會議制定，不予國會以制憲權。大總統又另有緊急教令權，財政緊急處分權等。總而言之，一切精神，均與臨時約法相反。這增修後的約法，

稱爲中華民國約法，由袁世凱於民國三年五月一日公布，通常所稱謂的三年約法，新約法，或袁氏約法，卽依指此。

袁氏約法雖已擴大大總統的權限，但關於大總統的任期及選舉方法，仍須受民國二年國會憲法會議制定公布的大總統選舉法的拘束。故當時代行立法院職權之參政院，復決議修正該項選舉法，延長大總統任期爲十年，連任無限制。凡屆應行改選之年，參政院參政得以政治上有必要爲理由，卽爲現任大總統連任的決議。若定須改選，則總統繼任候選人亦應由現任總統推荐三人，而現任總統則當然可以繼續當選。總而言之，袁氏不但要爲一獨裁元首，并且要爲一終身總統。其後，更進一步，不但要爲終身總統，尙且要爲一世襲皇帝。袁氏之稱帝，表面上係經國民代表投票擁戴，此項投票，實多半由於中央及各省官吏的作偽，惟各地亦不無自動往投贊成票之人。如浙江代表許炳堃等，卽其一例。袁氏於民國四年十二月正式承認帝制，迄次年三月二十二日撤銷，爲期只得三月。

三 中華民國憲法 袁世凱逝世之後，副總統黎元洪依據民國二年的大總統選舉法繼

任大總統。當時輿論不獨否認袁氏修正的選舉法，幷否認袁氏約法，故黎氏於民國五年六月二十九日下令，申明臨時約法及舊大總統選舉法繼續有效。國會乃亦於八月一日重開，繼續制憲。因天壇憲法的起草工作，在國會解散前業已完成，此時即在由兩院舉行憲法會議。計先後完畢初讀，審議，及二讀程序之一部份。但到了民國六年，因段內閣主張對德宣戰，國會反對，而憲法會議中又因省制是否列入憲法的問題，紛糾不已。國會中乃有一部份人思以武人力量壓迫反對黨。袁氏當年嗾使各省武人妄議憲法的方法，遂重被採用。比張勳入京，亦主張解散國會，黎氏乃於六年六月十二日，爲國會第二次的解散。

國會第二次解散後，遂造成南北對峙的局面。北方則由張勳擁戴溥儀復辟，段祺瑞與各省聲討張勳，馮國璋繼代黎元洪爲大總統，另組參議院，修改民國元年的國會組織法，另組新國會，舉徐世昌爲大總統。及安福系失敗，徐世昌乃又宣布修正組織法無效，再依民國元年參衆兩院議員選舉法重新選舉，但結果各省照辦選舉者不及半數，『新新議員』遂未得成會。

在南方，則國會二次解散後，各省有護法之役，國會在廣東繼續集會，從事制憲。其間西南六

省，政變紛乘，時而七總裁，時而大元帥。國會議員始終又未全部赴粵，因欲湊足人數，乃開除不到會的議員，而以民國二年各省原選的候補議員遞補，是爲民八議員。護法國會中又以黨派紛爭，一再破裂，遂一部份顛沛飄泊於貴州四川各省，一部份仍在廣東開非常國會，舉孫中山爲非常大總統。

直至民國十一年六月，徐世昌因奉系失敗退職，直系武人主張擁黎復職，恢復舊國會，南北國會議員，乃又聚集北京，續開憲法會議。但此憲法會議，係繼續民國六年黎元洪解散時之憲法會議，故其後在廣東護法的一段經過，全然取消。國會恢復後，先修改國會組織法，減低法定人數的標準，以期憲法會議易於開成，又補選憲法起草委員，另草成地方制度一章，國權一章，生計教育各一章。

十二年六月十三日，黎元洪爲直系武人所迫離京。國會議員紛紛赴滬開會，北京憲法會議，無法開成。其時曹錕急欲當選總統，不惜以重利誘議員回京，并公然賄選。故世稱此輩爲豬仔議員。國會本尙係民國二年所召集，至此已達十年，即除去兩次非法解散停會的時期，也已將任滿，

衆議院乃自己議決延長任期，一面舉曹錕爲總統，一面於憲法會議將憲法三讀通過，生計教育兩章，爲時間所限，不及列入，曹錕乃於十月十日就大總統職，并公布憲法。是爲十二年憲法，又稱賄選憲法。

民國十三年，直奉再戰，直系敗北，曹錕被拘，段祺瑞出任臨時執政，自頒一臨時執政令，於是十二年憲法遂告死亡。十五年四月，段氏又被迫出京，北京乃有擁護十二年憲法的運動。但張作霖入關，自稱大元帥，迄十七年底，國民革命軍統一全國，北京一切法統憲統舊賬，遂一併勾銷。

四 中華民國訓政時期約法 中國國民黨於民國十三年改組，卽置國民政府。關於規定國民政府組織的法規，前後迭經修改。至民國十七年，國民革命軍統一全國，第二屆中執委會第一七二次常會修正一次，其後十九年第三屆中執委會全體會議又修正一次。若以憲法的實質的特性言，則國民政府組織法固爲憲法，卽如中山先生遺教中，關於國家統治組織的各項主張，亦皆爲憲法，建國大綱，其尤著者。蓋國民黨既係以黨治國，則無論何種法律，均不能違反黨義。至民國二十年五月五日，乃召集國民會議，制定中華民國訓政時期約法。所以標明爲訓政時期約

法者，因爲到達憲政時期之後，須另開國民大會，決定憲法而頒佈之也。

訓政時期約法制定之後，國民政府組織法又修正兩次。第一次係於民國二十年六月十五日公布，蓋欲使組織法能依據約法，兩無衝突。第二次係於民國二十一年十二月二十六日公布，則又欲使組織法與實在政治相合。故最近之國府組織法第一條，雖亦謂係依訓政約法第七十七條而制定，實則內容精神，與約法相反之處甚多。

因爲建國大綱第二十二條曾謂：憲法草案，當由立法院議訂，所以立法院第三屆委員就職之後，即特設一憲法起草委員會，從事起草。現在吳經熊、張知本、兩氏雖皆以私人資格，公布草案初稿，但立法院迄今仍在審查初稿之中。最初因爲將提前召集國民大會，結束訓政，憲法起草工作，甚爲緊張而迫切。現則國民大會已決定不提前召集，故立法院的正式草案的公布，尙有時日。從以上極簡略的敘述，可以知道我國國民國後憲法約法變遷的概要。又從這變遷概要裏，可以知道幾個原則，足爲以後制憲者前車之鑒的。

其一 制定憲法的手續，不可過於繁複。因爲憲法雖則有其最高性，但亦與一切的法一樣，

只是社會生活中的規律。如果真能把社會事實的規則把握了加以文字的規定，不必過用繁複的手續，反使其不易實現。民國初年制憲，遷延至民國十二年，方始完成，而這完成，還是賄選曹錕的副作用。如民國初元，憲法早定，十餘年法統糾紛，固無從發生，即政治糾紛，也可減少。

其二 憲法的內容，不可過求完備。憲法只是一個抽象的規律，當然不能將各個事實，盡行包容。如能對於必要的各項抽象規律，均已編入，便甚可用。不必定要繁文縟節，瑣碎詳盡。我國歷次制憲，條文及文字，均屬過於長冗，以致一字一句，辯論費時，失去憲法係抽象規律的本性。一國憲法中之所以規定有某一條，是因為各有特殊的歷史的原因。如美國昔日將酒禁訂入憲法，并非各國皆須做。現在吳氏張氏憲草，均定欲以民族民權民生分編，以三民憲法自豪。其實，若謂以後中國憲法不能有反於三民主義，只須將三民主義各項精神，分別溶入條文之內，毋須定以此分編，因而將極不相干的問題，也必插入憲法，以求充實民族民權民生的內容。

其三 憲法是規定國家統治組織的法，故關於國家統治組織，憲法應有一最高及較可垂之久遠的極則。我國以前制憲，每誤以制憲為制裁他人的工具，結果反為他人所根本破壞。如我



宜採總統制，或內閣制，究宜行政部獨裁，或宜由立法部制衡行政部，憲法應本諸社會事實規則自定有辦法，不可隨政治局勢為轉移，因為憲法是較有永久性的國家根本大法，政治局勢則隨時隨地可以發生變更。如必以憲法遷就政局，則夸父逐日，甯有已時？制憲者實應自定有一貫辦法，以期政局能依憲法而循軌進行。故為防止袁世凱獨裁而規定用責任內閣制，或為希望某人獨裁而規定用獨裁制，都是以較有永久性的憲法來遷就一時的政象，非最妥適的態度。即使一時政象確有此必要，亦不必先使憲法遷就，可用其他事實上的方法。如德國希特勒柄政後，停止憲法一部份的効力，但并不必修改憲法，廢除民主共和，蓋希特勒獨裁係一時政象，而德國之為民主共和國，乃一永久的原則。

其四 憲法係國家自律的法，故國家機關首先須受憲法的拘束。我國歷次約法憲法，均毫無有如是成績。即如臨時約法，曾因之而釀成護法的戰爭，但只有人依據之而為總統，為內閣。總統內閣并未遵守約法。未遵守約法的人，卻又可以再為總統，再為內閣。黎元洪即其最著者。又如賄選憲法，曹錕既藉以自遮賄選之罪，但當選大總統後，仍束之一旁，自己也不加理會。又如訓政

時期約法，在召集國民會議之前，曾起政爭。則既制定之後，宜如何永寶而力行之，但現行國府組織法（係在約法公布後增修）即與約法有若干重要規定完全相反。其不相反各點，國家統治機關，也從未受其拘束。我國歷次制憲失敗，不得人民擁護，亦爲一大原因；其所以不得人民擁護，便因爲憲法失去其國家自律法的性質。

因此，我國歷次制定的約法憲法，均與本書第一章所述法及憲法的基本意義與性質不合，其爲失敗，自不待言。

## 第二章 憲法總綱

近代各成文憲法國家，每於憲法最初的數條中，規定國體，主權，領土疆界，國籍，國族，國際法，規効力，宗教，語言及首都所在地等。合此等條文而爲一章，或稱爲總則，如芬蘭，捷克，愛斯多尼，奧大利，土耳其，立陶宛，西班牙，瑞士，巨哥斯拉夫，暹羅是。或稱爲序章，如伊刺克是。或稱爲政體，如丹麥，那威，希臘是。或稱爲國及住民，如荷蘭是。或稱爲領土及國民權利，如比利時是。而我國則臨時約法，訓政約法，進步黨草案，十四年草案，則均稱爲總綱。現將總綱一章中應行規定各端，比較論述如次：

一 國體 通常分國體爲君主民主兩種。自美國獨立，法國革命以後，民主政治已風靡全球。歐戰後新興國家，亦幾莫不採民主政治。故現除極少數國家外，均於憲法開宗明義，規定國體爲民主國，或民主共和國。其爲聯邦國家者，則明定爲聯邦，如德憲是。

然如愛斯多尼憲法，於民主共和國之外，憲法復規定有獨立二字。我國十二年憲法，則又謂中華民國永遠爲統一民主國。前者是表示對外的獨立；後者則爲對內的關係。稱爲永遠，便無人再可以帝制自爲。稱爲統一，便無人再可以據地自雄。最近吳氏憲草定爲三民主義共和國，意以三民主義爲憲法的最高原則，而三民主義中，實已包括民主政治精義在內。其實，要將三民主義精粹，滲入憲法，並不須稱爲三民主義。而三民主義共和國一詞，亦覺杜撰。雖則蘇俄憲法規定俄國爲俄羅斯社會主義聯邦共和國，但我國一入於憲政時期之後，就并不再由中國國民黨以黨訓政，似未可相提并論。所以，此後憲法上關於國體的規定，其爲民主共和，不能有任何疑義。惟是否須冠以獨立，永遠，統一等字樣，可於研究後再定。

二 主權 凡民主共和國，主權均屬於人民。故德國，捷克，愛斯多尼，奧大利，波蘭，來多尼，土耳其，洪都拉斯，智利，希臘，立陶宛，西班牙，暹羅各國憲法，均明定主權屬於全體國民，或統治權出於國民，或一切機關權力，均出於國民。惟芬蘭於主權屬於國民一語之下，又明定爲由國會於開會時代行之。此爲採行代議政治的表徵。我國歷次憲法約法，均亦只規定主權係屬於國民全

體，并無國會代行的文字。此後改用直接民權，則更不須爲此贅文。惟主權一詞，現在學者中不乏否認反對的人，如法國公法權威學者狄驥，卽是猛烈攻擊主權論的一人。中山先生既將政權與治權分開，政權屬於人民，治權歸於政府，則做土耳其憲法先例，改稱政權完全屬於國民全體，亦無不可。

三 領土疆界 各國憲法中關於領土疆界的規定，不外兩個問題。一是採列舉規定，抑概括規定。一是變更領土疆界的手續如何。通常以採概括規定者爲多，採列舉規定者，只有愛斯多尼，奧大利，來多尼，多米尼亞，瑞士，比利時。在這些國家中，奧大利與瑞士係聯邦國，故須於憲法中列舉各邦邦名。愛斯多尼，來多尼，多米尼亞，均係獨立不久的國家，故除列舉領土疆界外，并均同時規定國界由國際條約規定之。至比利時，則憲法原文爲比國區劃各省如下，以下列舉九省省名。足見只係領土之國內區劃關係而已。

我國臨時約法，規定領土爲二十二行省，內外蒙古，西藏，青海，但於二十二行省的省名，并未一一指出。國是會議草案，則并將各省省名一一列舉，可謂係絕對採列舉方式者。十二年憲法，則

謂中華民國領土，依其固有之疆域，則又係絕對採概括方式者。當十二年憲法付審議的時候，主張列舉規定與概括規定爭論甚烈。主張列舉規定的，謂如不列舉，對內不足喚起人民注意，對外尤易發生危險。而主張概括規定的，則謂：國內行政區域常有變更，憲法不能隨時變更，當留伸縮餘地。臨時約法於科布多烏梁海等處，已有遺漏。若再須將經緯度詳細規定，更多困難。最近吳氏憲草初稿雖亦取概括規定，但於起草之時，亦嘗有人主張用列舉規定，并謂須畫一詳細地圖，列於條文之內。

其實，主張採列舉規定的，對外的論據較強於對內的論據。如單謂不採列舉不足以喚起國內人民的注意，則憲法本非地理教科書。況行政區域的變更，實時所難免，如我國昔日爲二十二行省，今則增爲二十八，將來還有縮小省區建議的實現可能。至對外方面，除由國際條約規定疆界者外，其餘各國疆界，均有其固有之區域。然一國固有之區域爲何，若不明定，即有被侵略的危險，然即採列舉規定，亦只不過說明領土的大略區分而已，如欲詳細而明確，勢非於憲法中製地圖測經緯度不可。惟即附以地圖經緯度，亦不過於他人侵略時，自己方面多一有力證據。至抵抗

侵略，或使侵略事實不發生，仍並非憲法中有列舉條文，便可生效的。

憲法中關於領土規定的第二個問題，是領土變更的手續。各國憲法中，有僅規定領土不得變更者。如多米利亞及伊拉克是。有僅規定不得讓與者，如羅馬尼亞是。有規定國界省界縣界，均只可以由法律變更或修正者，如比利時，荷蘭，羅馬尼亞是。有規定須經國會同意，方得變更領土疆界者，如芬蘭是。有規定須依憲法法規變更者，如捷克是。有規定領土可以隨時擴大，如其他地方人民，依自決原則願歸屬時，得依聯邦法律接受，使歸入於聯邦版圖者，如德國是。有規定除依和平條約外，須依憲法變更者，如奧國是。又有規定領土擴大時，只須依普通法變更；而縮小時，須得國民大會同意者，如立陶宛是。

我國臨時約法及訓政約法，均無關於領土變更的規定。十二年憲法定為非依法律，不得變更。十四年草案定為非依修正憲法之程序，不得變更。吳氏憲草初稿，定為：非經國民大會議決，不得變更。所謂領土變更，本係指國家整個版圖疆界而言，若國內的行政區域，其變更自即以依法律為已足，毋庸更經特別程序。而國家疆界關係過大，自應以修正憲法同樣手續為之，方足以昭

慎重。惟如於國家領土擴大之時，自亦又可做立陶宛先例，准其依普通法變更。

四 國籍 各國憲法中關於國籍的規定，亦有兩種方式。其一是只爲簡單的規定，謂凡具有本國國籍者，爲本國人民。至本國國籍的詳細法則，則留待普通法規訂定。又一即是即於憲法中爲詳細的規定，凡何者爲本國人，何者爲非本國人的詳細標準，均於憲法中訂明。通常採第一種方式的多，採第二種的少。其採第二種方式者，現在不過巴西、芬蘭、洪都拉斯、智利數國而已。

我國歷次憲法約法，均將國籍詳細法則，留待國籍法規定。因國籍法在現代各國，大都成爲單行法，苟欲變更修正，不必牽動憲法。至如捷克憲法，謂捷克共和國籍，係單純唯一；有外國國籍者不得同時爲捷克共和國國民。以及立陶宛憲法，謂立陶宛國民，不得同時爲他國國民。這均爲國籍的衝突問題。現已有一九三〇年海牙國際國籍公約的訂定，實亦毋庸訂入憲法。

五 國旗 國旗形式，在各國憲法中，有加以規定者，亦有不加以規定者。規定的國家，如德國、捷克、來多尼、立陶宛、西班牙、伊拉克、蘇俄均是。至巨哥斯拉夫憲法，更詳細規定國徽的形式。我國歷次憲法約法及草案中，如訓政約法，國是會草案，以及最近吳氏、張氏憲草初稿，亦均有關於



國旗的規定。國旗爲國家尊嚴榮譽的代表，又應垂之久遠無極，故憲法中似不可略而不及。

六 國際法規効力 以國際法規訂入憲法，而承認其在國內的力量，始於戰後德國新憲

法。德憲謂：已公認之國際法上各法規，得視爲德意志聯邦法律，有制裁力。於是愛斯多尼、奧大利，均倣之而有同一的條文。西班牙憲法更謂：否認戰爭爲國家政策的工具；西班牙國將國際法通例，編入現行法而遵守之。我國歷次憲法約法，均無類似的明文。至最近吳氏憲草初稿，始有國際法上公認之規章，凡不背本憲法精神者，視爲中華民國法律有同等効力之條文。此雖係倣德奧各國先例，但附以不違背本國憲法精神的條件，即較有明白的限制。

七 宗教 以某種宗教爲國教的國家，每於憲法中有關於宗教的條文。如阿根廷憲法，謂聯邦政府，擁護羅馬使徒天主教。祕魯謂：祕魯國信奉羅馬天主教，政府應保護之。希臘謂：東方基督正統教會，爲希臘之國教，那威謂：路德新教爲國教，信奉國教之人民，有使其子女奉行之義務。又有只規定國皇應信奉何種宗教的，如丹麥謂國王必須爲路德新教教徒，暹羅謂國皇應信奉佛教，并爲護教主。

然自另一方面言之，在無國教國家，不獨如西班牙、愛斯多尼憲法以明文規定無國教而已，尚有若干國家，特於憲法中對於宗教為種種限制規定者。如波蘭、瑞士，謂任何人不以宗教關係而免除其義務。捷克、巨哥斯拉夫謂：宗教之宣傳不得妨害善良風俗與道德。蘇俄、瑞士聯邦及瑞士日內瓦州謂：宗教與教育分離。瑞士聯邦及瑞士辯納爾州謂：非教徒不納教會用費。匈牙利、蘇俄謂：教士無選舉及被選舉權。

我國向無法律上的國教，故歷次憲法約法中，既無特殊保護的明文，亦無特別限制的規定。惟於天壇憲法起草之時，曾因憲法中加入以孔子之教為國教一端，引起極大爭執。此事最初係陳銘鑑、朱兆莘提出，已於起草委員會打消。至二讀會後，汪榮寶又提出其所擬之條文，不言國教，只謂：國民教育，以孔子教義為大本。後又修正下半句為：以孔子之道，為修身大本。於是反對者贊成者，及折衷修正者議論龐起。贊成者的理由，不外四點：一是我國二千年來，皆受孔子教育，故孔子之道，應予保存。二是外國人士對孔子之道無不稱善，教會學校亦讀四書。三是孔子天下為公之說，何嘗不是共和真諦。四是孔子為二千餘年以來組織社會的重心，訂為教育方針，自無不可。

反對者的理由，則爲：一，孔子多爲君主說法，與民國國體相左。二，與憲法信仰自由條文相衝突。三，教育方針，乃行政範圍，毋庸訂入憲法。四，孔子非宗教家。五，國民教育應養成生活獨立的能力，且應隨時變遷。六，國民教育乃強迫教育，如訂明以孔子之道，則回佛道基督教徒，是否違憲？

此案在起草會第一次本已打消，而後來居然又得列入草案者，因當時起草會急圖完成憲法，而袁世凱又正在預備破壞議憲工作，故不得不委曲求全，勉予列入。觀於開審議會時，褚輔成聲明此係袁世凱之意思，并非憲草會之意思，即甚顯然。本案在審議會中，屢經表決，正反兩方，均不足三分之二人數，未有結果。直至民國六年二讀會，始議決刪除。惟於討論及信仰自由時，又有人主張定爲人民有信仰孔子之道及其他宗教之自由，最後由二讀會改爲人民有尊崇孔子及信仰宗教之自由。這就是十二年憲法的第十二條。

八 語言 於憲法中規定本國語言者，有愛斯多尼，奧大利，普魯士自由邦，土耳其，立陶宛，西班牙，巨哥斯拉夫，芬蘭等國。愛斯多尼憲法，規定以愛斯多尼語言，爲愛斯多尼共和國之國語。奧大利，規定以德意志語爲共和國之國語，但聯邦法律上已承認之少數人准用其他言語之權。

利，不得妨害之。普魯士自由邦，規定公務上之事務用語，及辯論用語，爲德意志語，土耳其規定：土耳其語爲國語。立陶宛規定：立陶宛語爲國語，方言之使用，以法律定之。西班牙規定：加斯他連（Castilian）語，爲本共和國國語。巨哥斯拉夫規定：國語爲塞爾比哥哥羅西斯亞羅汶語。芬蘭規定：芬蘭及瑞典語言，均爲共和國國語。

以上所舉於憲法中規定語言各國，均係戰後新興或新經革命的國家。在這些國家中，往往民族並非單純，語言甚形龐雜。故有在憲法中明定一種語言爲國語的必要。我國對內雖間有漢、滿蒙回藏之別，語言文字均不一致；而本部各地方言，又省與省殊，縣與縣異。但歷年習慣，均以漢文爲國文，標準北平語爲國語，於意見之交換，智識之傳播，文告之頒行，并無若何重大困難。如於憲法中明定何者爲國語，或反使蒙藏人民發生誤解。故我國歷次憲法約法，均不加規定，以後自亦可不必。

九 首都所在地 法國一八七九年七月二十二日法律，爲關於定都巴黎的法律，第一條謂行政機關及參衆議院均設於巴黎。第二條謂盧森堡宮爲參議院院址，布朋宮爲衆議院院址。

戰後各新興國乃亦均做其意將首都所在地明訂於憲法中而規定的形式又可分爲三類第一類是只簡單規定某地爲國都的：如捷克爲布拉格，土耳其爲安哥拉，西班牙爲瑪德里。第二類是不只簡單規定某地爲國都，并謂本國政府或最高機關應設於該地的：如奧國之維也納，多米尼加之聖多明谷。第三款則於規定何地爲國都外，復益以得爲遷移之但書的：如立陶宛憲法謂立陶宛之首都設於Vilna，但依特別法之規定，得將首都暫遷他處。伊拉克謂巴格達城爲伊拉克國之首都，但遇必要時，得依照法律之規定，擇定他處爲首都。

我國歷次憲法約法憲草之規定國都者，只有訓政時期約法，十四年草案，吳氏憲草，張氏憲草。其中除十四年草案規定以北京爲國都外，其餘則均定爲南京。惟四者均係採上述第一類形式，只簡單規定首都所在地爲何而已。我國此後之首都，應爲南京，已無人敢作疑義。至再益以本國政府機關所在云云，實屬贅辭，蓋自通例以言，首都本爲政府機關等設立而規定的。又益以得以遷移的但書，也可不必。如係指尋常的遷都而言，則自須得國民或其代議機關的同意，便不妨修改憲法。若隨時可以依普通法遷都，藉得便利，則憲法中便根本可以不必規定國都所在地。如

係指對外戰爭的遷都而言，則爲屆時不可避免的事實，也毋庸先在憲法中訂明。至若一二八之役，我國國民政府遷往洛陽，實只爲遷地辦公，并非遷都也。

## 第四章 人民權義

人民權義的規定，本非憲法不可缺的內容，已如前述。但依民主政治的原則而言，則人民基本權利義務的保障，亦爲民權革命的重要意義之一。故近代各國成文憲法中，每於憲法總綱的後面，便次以人民的基本權利義務一章。我國歷次憲法約法及草案，乃亦均有人民權義的規定。除國是會議草案及十四年草案，將人民權義條文，置於中央與地方權限劃分一章之後外，其餘各種，均置於政府機關組織之前。至各國憲法，則除聯邦國，如德國；新興國，如波蘭，土耳其；以及丹麥，巴西外，亦大都均置人民權義一章於國家機關之前。自法律的形式邏輯言，則於憲法總綱之後，先以國家的份子——人民，再繼以國家的組織——機關，實較合理。其在聯邦國家，聯邦權力與各邦權限的分配，本爲一極重要而又極困難的問題，自應在憲法中占優越的地位。我國國是會議草案，爲一聯邦國家的草案，故其次序的排列，與其他草案不同。

所謂人民權義，或人民的基本權利與基本義務，只不過表示這些權利義務，是任何個人所不可缺少或不可免除的而已，并非謂人民的權義，僅以憲法所列舉者爲限。所謂人民基本權利，係包括有三部份內容：一是個人的平等權與自由權；二是國民的政權；三是人民對於國家的積極權利。因爲人民本可兼指本國人民與外國人民而言，近世各國，除蘇俄外，均不許外國人有政權，故政權應稱爲國民的政權。

要追溯這三種人民權利的淵源，可分爲兩方面觀察。自理論方面言之，在十七八世紀學者，認爲係與人類俱生的權利，構成人格的要素，故國家不能加以侵犯。在近代學者，則認爲係因其爲發展個人優性所必需，故國家應加以保護。自前一說言，憲法上所規定的人民權利，并非憲法所剝造；憲法只不過對於與人俱生的權利，加以宣示的承認。自後一說言，憲法不獨應規定人民的平等權，自由權，政權，并應規定人民有要求國家助其發展優性的權利，如工作，教育等等。

除理論方面外，若自制憲方面言，則今日各國憲法所規定的人民權利或基本權利，係導源於美之獨立宣言，及法之人權宣言。前者宣示人類平等的原則，而生存，自由與尋求幸福，乃任何



人不可割讓的權利。後者一共十七款，舉凡十八世紀人士所主張的種種以人類資格應享有的權利，均網羅無遺。美國威金利亞州於一七七六年，以權利宣言列入憲法，法國於一七九一年以人權宣言列入憲法，這是以人民權利的規定加入憲法的開始。固然，在美國及法國以前，英國曾有大憲章，權利請願書，及權利宣言的三次文件，但其目的，只在限制國王的權力爲止，其觀念，則又遠不能與十七八世紀學者的自由平等學說相比擬。故吾人只能謂獨立宣言與人權宣言的起草人，曾熟知英國有這三種文件，而不能謂英國的這三種文件，是憲法中規定人民權利的最早者。

人民基本權利的第一部份，是個人的平等權與自由權。「人民生而權利平等」是法國人權宣言的開宗明義第一款。所謂平等，只是法律上的平等，亦即國家對於任何人之法律上的保護與懲罰，都應平等之謂。因國家對於任何人的保護須平等，故國內便不能再有貴族的存在。無貴族，只是無特權階級，並不是國家連榮譽章狀都不能頒給。又因國家對於任何人的懲罰須平等，故國家所執行的刑罰權，便不能因人民的各方面的關係不同而有所差異。近世各國所承認

的平等，只是如此。

我國臨時約法及十二年憲法，均規定中華民國人民一律平等，無種族階級宗教的區別。似於男女的性別關係，尚有不能認爲平等的意義。迨訓政時期約法，始明白益以男女二字，取消性別。現在雖有人攻擊平等之說，以謂以不齊的天賦，互異的環境，何能一一無條件的平等。但如童工女工的保護，『從人主義』的刑罰，都可另由特別法訂定，憲法上所宣示的，只是普遍的平等原則，實並不與公道相反，仍可加以保存。

至於所謂自由，法國人權宣言曾予以一極確當的定義：『自由云者，於不妨害他人自由之範圍內，得以爲所欲爲之謂。』因之，各人人權的行使，除了那一爲謀社會中其他分子得享權利而設定的限制」外，不具其他限制。又，此種限制，只能以法律定之。』故憲法上關於自由的規定，應當有二個不同的問題。第一是憲法上自由的種類如何，亦即憲法上所應規定的，是那些自由；第二是這些自由，是否絕無限制，若欲限制，當依如何標準，爲如何限制。

先分析憲法上自由的種類，可分爲身體，居住，工作，財產，營業，職業，宗教信仰，意見，結社集會

各種自由。前六種可以說是關係於個人的物質利益；後三者是關係於個人的精神利益。但其中如居住，工作，營業，職業，宗教信仰各種自由，在學說上及各國憲法上，咸已成有共同承認的原則，毋庸多加討論。其可研究者，爲身體，財產，意見及集會結社各種自由的保障問題。

身體自由是一切自由的基本，人若無身體自由，何能實施其他各種的自由權呢？法國人權宣言第七款，謂：一切人民，非依法律所規定的情形與手續，不受控訴，逮捕或拘禁。我國臨時約法，亦謂：人民之身體，非依法律，不得逮捕，拘禁，審問，處罰。但此二者均無救濟辦法的規定。天壇憲法起草時，伍朝樞首主張應採英國人身保護律制度。十二年憲法是以有「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」的明文。訓政約法復益以執行逮捕拘禁機關須於二十四小時移送審判機關審問」的限制。最近，吳氏憲草初稿，亦同；但只謂人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，限於捕禁，未免過狹。德國憲法謂：凡被褫奪自由之人，用自由二字，包涵較廣，實可以取法。又只謂於二十四小時內送法院，并未繼續規定法院應於多少期日中審問決定。西班牙，丹麥，希臘憲法，均規定時間，以免人民因法院延不審問而受累。至可以聲請提審者，訓政時期約法

規定本人或他人，吳氏憲草改爲本人或關係人，駁奪其他第三人的聲請權，亦非恰當。

但吳氏憲草有一點較十二年憲法及訓政約法爲進步的，便是如經聲請提審，法院及執行機關均不得拒絕。如有違反本條規定，均以私禁論罪，并負損害賠償之責。雖只謂不得拒絕，并未如波蘭及立陶宛憲法，命法院或執行機關於不法拘捕時，應負立即釋放的義務。又只謂損害賠償，未能如西班牙憲法規定，不應拘禁而拘禁時負責之人，墨西哥，希臘憲法規定應釋放而不釋放時負責之人，又未能如希臘憲法及英國人身保護律規定賠償數額標準。但在我國制憲史上，這總是一個新穎進步的條文。

再者，個人身體自由，實包含有奴隸制度禁止的意義。禁止奴隸，已成爲近代國家所一致承認的主義，自無人再敢否認。因爲禁止奴隸，便須禁止買賣人口。人假如可作爲商品貨物一般，作爲買賣的標的，尙有何人身自由之可言。我國社會上固仍有買賣人口事實的發生，但法律上，則自宣統二年禁革買賣人口條例以還，已一律禁止。

又，個人的身體自由，雖爲其基本的自由，亦并非毫無限制，法國人權宣言雖只謂自由祇須

不侵害他人，惟個人對於其身體，即不侵害他人，亦仍不得爲違反國家保護其自由目的的行爲。故國家可制定法律，禁止自殺，禁止決鬥，禁止有危險性的遊戲——如鬥牛，因爲這些行爲，都足以阻止個人發展其優性；而發展個人優性，乃憲法承認人民基本權利的目的。

法國人權宣言第十七款，謂：「財產爲神聖不可侵犯的權利，除顯然因公共的必要，國家得以公道的與預付的賠償金收用外，不得強令割讓。」這是規定財產自由最早的具體條文。然財產之所以爲神聖不可侵犯，不獨因承認私有財產制度，并且因財產乃社會需要他負有一種社會的職務。故財產所有人固有財產自由，但同時即負有社會職務。德國憲法謂「財產負有義務」，「土地之種植與使用，應爲所有人對於社會的義務」，「所有人使用其財產應同時有助於公益」，即係此旨。昔人謂財產乃爲所有人之絕對權利，實屬不然。財產所有人，應本維護社會公共的法律，而運用其財產，如土地須耕闢，增價須納稅，不得爲無益的使用，不得妨害無損於己而有益於人的行爲，均是。

但如國家強制收用私人財產，則必須如人權宣言所舉，具備公共必要及給付報償的兩個

條件。若不以公共必要爲前提，國家可以隨便徵用，固損及人民利益；即以必要而不給償，則國家及社會團體中其他份子蒙其利益，而產主獨受損失，亦非公道。近代各國憲法雖有擴充徵用範圍的趨勢，但許不給償徵收的，只德國設有『除聯邦法律有特別規定』的例外。

至財產之增價，如係非由於產主本人的勞力，則其因社會的各方面關係所增的價值，苟由產主一人享有，亦非公平之旨。戰前英德已徵收自然增價稅；戰後德國憲法規定：『土地價值，如因運用勞力或資本而增加，則其增值，應歸國有。』中山先生即係竭力主張土地增價應歸公有的，但吳氏憲草雖爲『三民憲法』，卻并未將此項極重要之遺教列入。

我國臨時約法只泛言人民有保有財產之自由，絲毫無爲社會職務所加之限制，其爲落伍，自不待言。十二年憲法亦只謂財產所有權，不受侵犯，但公益上必要之處分，依法律之所定。『所保護者限於財產所有權，而非一切財產權；爲公益處分，又未明言須給予報償，亦較各國憲法，相去甚遠。最近，吳氏憲草謂人民財產，非依法徵收，不得查封或沒收，徵收應予以相當補償，實較完備。』又因中山先生主張平均地權之故，特列『私有土地應以法律規定嚴防濫用荒廢及集中於少

數人」一條。此條前半段略與財產社會職務的觀念相當，微嫌簡略；後半段未將中山先生平均地權具體方法引入，亦爲遺漏。

昔人每謂個人應有思想的自由，此語實不可通。個人思想，本屬自由，無須法律再加以承認；且除秦始皇腹腓有罪之條外，亦從無干涉思想的律文。惟思想一旦表示於外，則法律即可隨之加以保護或制裁。此種思想的表示，英人稱之爲討論，法人稱之爲意見，以是有所謂討論自由與意見自由。意見自由，可以包括很廣，幾乎凡人得以意思表示者，均爲其內容。如言論自由，著作自由，出版自由，教授及學習自由，通信祕密自由，（昔人稱爲書信自由，然書信只爲通信之一種方法而已；且通信注重在祕密，自由本屬當然，）均是。凡意見自由，在理論上，除爲保護社會利益，及保障私人利益外，本不應設定任何限制。但各國自古迄今，對於意見自由的束縛，每甚爲桎梏。卽以我國而論，自臨時約法迄訓政時期約法，固莫不承認意見自由，然不特束縛意見自由的單行特別法令，迄未終止（如北京政府時代袁世凱於民國三年十二月四日頒佈之出版法，爲當時一般人士所痛詆爲侵害人民言論自由之苛法。該法於十五年一月由段祺瑞以臨時執政名義

廢止。然國民政府成立後，亦復頒一出版法，迄今尙屬有效。而未依法令束縛意見自由的事實，更更僕難數，意見自由爲人民精神自由中最重要者，凡學術的發達，輿論的發皇，智識的傳播，均係自此導源。故以後我國憲法不獨應承認之而已，并應做英美的成例，明白宣示意見自由除負民刑事責任外，不得另訂任何單行特別法令箝制之。我國歷次約法憲法憲草均只謂非依法律不受制限，即間接允許政府得頒行特別法令，爲害匪淺。

集會自由爲身體自由與意見自由的合併。人民既有身體自由，其居住行動，自不受拘束，既有意見自由，則集合多數人於一地以發表言論，亦爲憲法所應承認。故自理論上言之，除依憲法的加於身體及意見自由的限制外，便不應再對於人民集會有何等限制。結社自由，乃人民爲營利或營利以外目的組合較有永久性團體的自由。故除顯然非法或觸犯刑法的組織以外，憲法亦應無條件的加以保護。

然而這是理論，各國除英國外，均認集會自由爲身體及意見自由以外的一種自由，因亦另加以特殊的限制。而結社則除英美德外，亦大都均規定須受政府預防的限制。我國歷次憲法約



法案均不脫此種窠臼，而歷年政府限制集會結社的單行法令及事實，亦與意見自由相同，不可勝計。將來憲法中，應改定爲中華民國人民，除侵犯刑法妨害秩序罪外，有完全結社之自由。假若憲法不能真正保障集會結社自由，則所謂人民的基本自由權，便撕去了最重要的一頁。

除以上各種自由外，有若干國家，如美國、墨西哥、丹麥，均於憲法中規定，許人民爲防衛練習，有置備武器的權利；其何種武器當受禁制，依法律之所定。是爲攜帶自衛武器的自由。我國歷次約法憲法草案均無此項許可，天壇憲法起草會中，雖曾有人建議列入，卒未得多數贊成，致被打銷。夫民法刑法既許人民有正當防衛及自力制裁的權利，地方自治法規又責人民以保衛里鄰的責任，則人民之有條件的持有武器，似可爲憲法所承認。

凡一切人民的自由權，均以不可侵犯爲原則，但各國憲法，又均謂於必要時，可依法律加以限制。然自由既係憲法所承認，自應由憲法加以保障；如隨時得以法律加以限制，是即以法律保障所不限制的自由。以法律保障自由，一方面等於無自由，二方面法律係隨時變動的，則忽爾受限制，忽爾不受限制，自由乃在不確定的狀態中。再所謂法律，若係僅指普通的刑法而言，猶可如

并指政府的特別單行法令，則政府豈非可以有左右人民自由的權力？我國臨時約法，謂制定限制人民權利的法律，必須爲增進公益，維持治安，或緊急必要。其實，此三項名詞，仍係抽象籠統之至，隨時隨地都可以有其解釋。訓政時期約法，及吳氏憲草初稿，且謂人民自由，非依法律不得停止或限制之。是則法律不獨可以限制人民自由，抑且可以停止人民自由。停止雖係暫時，亦卽與無自由相等，實爲惡法。

人民的基本權利，除各種自由權外，其次便是政權。政權惟屬之於國民，故又稱國民政權。政權，自中山先生所述，似專指選舉罷免創制複決而言。其實，在歷國憲法中，所謂公職，考試，訴訟，請願，教育，財政監督，均爲政權。關於選舉權，無論其範圍與條件之如何，各國幾均一致承認。且在今日，各國人民選舉權，已先後漸趨於普遍，平等，直接，祕密，比例各種方式。至罷免創制復決諸權，現尙未爲各國一致採行。我國首規定於建國大綱，次規定於訓政時期約法，均與選舉權，同以完全自治之縣之國民爲限。吳氏憲草刪除完全自治之縣一語，以既入於憲政時期，自不能再否認人民有此項四種政權也。

擔任公職，有人認爲義務，亦有人認爲權利。卽以我國而論，袁氏約法是會草案十二年憲法，呂氏私草，擴大會草案，均謂人民有依法律任公職之權。而吳氏憲草初稿則謂人民有依法律服公務之義務。進步黨草案則謂人民有依法律服公職之權利及義務。他國憲法，亦大都不外此種種規定。惟亦有不認定其爲權利或義務的，如芬蘭只謂人民得任各項公職。自理論方面言之，所謂義務，應指一般人皆須強制負擔，而不負擔時又須加以制裁者而言。公職既非人人所須擔任，而不擔任時，亦無若何制裁，目爲義務，實所不當。况考試爲選擇公務人員方法之一，各國憲法及我國憲草既莫不認考試爲人民權利之一，則因考試結果而任公職，何能又謂係義務？

訴訟權爲訴訟於法院之權，各國憲法且保障非軍人不受軍法審判，或如美國奧國憲法，規定陪審制度；墨西哥憲法，規定刑事訴訟之保障。請願權爲向立法機關或行政機關請願之權。向立法機關請願，以後如能充分利用創制權及複決權，則其效力較昔日之請願爲大。向行政機關請願，又可稱爲陳訴及訴願，至人民有依法律受教育之權，我國惟擴大會草案有此條文。監督財政之權，亦只吳氏憲草有之。吳氏憲草并另定財政及財政監督一章，以預算權畀諸立法院，決算

權界諸監察院，并做德國憲法規定交通運輸，做美國各邦規定財政公開，許凡有中國國籍人民對於該管各級政府之財政簿據，得依法納費請求閱覽，除關係軍事或外交祕密外，各級政府不得拒絕之。

所謂人民有依法受教育之權利，實亦係近代所謂個人積極權利之一。因憲法承認人民基本權利，本在發展個人之優性；而個人優性的發展，有時實非消極地不限制侵害個人某種自由，即可認爲已足；必須再予個人以若干積極權利，以助其道德智識的發展。故國家應給予人民以最低限度的教育。往昔認教育爲個人或家庭之事，今則認爲係國家或社會之事。德國憲法首謂國家應無償供給人民以義務教育；我國憲草亦屢次有學齡兒童應使受免費基本教育的條文。除教育外，國家尙應救卹社會間的弱者，如我國昔日之所謂卹老憐貧，本只爲社會慈善事業，今則認爲應由國家負此項責任。德國、南斯拉夫、波蘭等國憲法，均許人民有生存權，即要求國家給與生存的權利。凡貧，苦，老，弱，孕婦，非婚生子女，均可享受。又法國法律規定有多數兒童的家庭，由國家加以救助。

至於非屬於此等需要救卹的人民，如勞工勞農，國家亦應特別加以保護。蘇俄憲法爲工農專政的憲法，固不必論。即其他各國，亦莫不有特別法令，保護勞工。德國憲法謂聯邦應有統一的勞働法。失業工人有要求國家代爲介紹工作的權利；否則，便須供給其生活。

舉凡以上所述人民的平等權，自由權，政權，積極權利，均爲人民的基本權利。各國憲法中所規定之基本權利，雖不過如此，然不能謂此即爲基本權利的全部。故各國憲法每謂：除憲法所列舉之各項權利外，其他無背於憲法精神的權利，亦均予以承認。這并不是認爲人民權利確屬天賦，憲法不能創立，只能爲承認的宣示。乃因人民權利本不勝其列舉，今日各國憲法所列舉者，多據各國自己歷史及社會情形，自不能盡同，即不無遺漏。或據英國大憲章等，而英憲本又得之習慣，自亦本非完全，故憲法另再概括的承認其他權利，實屬可通，并爲必要。

在社會生活的規律中，權利義務，每爲對待。人民對於國家，既有如許之基本權利，自亦同時應負有若干基本的義務。所謂基本的義務，在近代各國憲法中，不外六種：即服從法律，繳納租稅，服役兵役，受最低限度教育，工作勞働，服勞國家等是。前三種導源於法國一七九五年憲法，已早

爲各國所同認。後三種爲最近各國憲法中之新規定。受最低限度教育，爲教育權之反面，惟係責之家長而非兒童。工作勞動，初見於德國憲法，各新憲法均加做。服勞國家，指除兵役外之服務而言。如擔任陪審員，擔任公役勞役，無論有報酬與否，人民均應從事。又有人認養育兒童，及不過勞或怠棄，亦爲人民的義務者，雖此等均與社會的進步與個人優性的發展有關，但尙祇能認爲係道德的義務，不便於憲法中加以宣示，以免其徒成爲具文。

## 第五章 國民大會

國民大會是我國日後憲政時期的最高組織。建國大綱第二十三條謂：「全國有過半數省分達至憲政開始時期，即全省之地方自治完全成立時期，則開國民大會決定憲法而頒佈之。」第二十四條又謂：「憲法頒佈之後，中央統治權則歸於國民大會行使之。即國民大會對於中央政府官員，有選舉權，有罷免權。對於中央法律，有創制權，有複決權。」又五權憲法演講中所列治國機關系統圖，亦以國民大會為最高機關，政府，五院，均在其下；并同時註明國民代表為每縣一人。建國大綱第十四條，也曾說明每縣地方自治政府成立之後，得選國民代表一員，以組織代表會，參預中央政事。

在憲政尚未開始以前，按照現行訓政時期約法第三十條的規定，係由中國國民黨全國代表大會，代表國民大會，行使中央統治權。中國國民黨全國代表大會閉會時，其職權由中國國民

黨中央執行委員會行使之。訓政約法第二條，既謂中華民國之主權，屬於國民全體。而第三十條，又謂統治權由全國代表大會代表行使。足證係認主權與統治權爲兩事。依學者通常解釋主權係決定國家所屬分子與國家自己權利義務的權力；而統治權係由法所賦予，所承認爲一種對人的權力，強制個人或團體服從命令的權力。故主權係屬不可分割，而統治權則可。

惟訓政約法之所謂統治權，實又與學者通常解釋，相異其趣。通常所謂對人的強制命令權，乃指憲法所賦予國家及其機關的權力而言。而訓政約法之統治權，則根據建國大綱第二十四條所列舉之四種權力，乃係指人民的政權而言。建國大綱謂憲法頒佈之後，國民大會行使統治權，隨即附以解釋，謂中央統治權，即係選舉，罷免，創制，複決四種直接民權。是則訓政約法第三十條，所謂由中國國民黨全國代表大會代表國民大會行使之中央統治權，應即爲這四種直接民權。如此解釋，不獨符合以黨治國的意義，觀立法院將起草四權行使訓練法，以期憲政開始時，人民得自己行使中央統治權，精神亦屬一貫。故我國訓政時期約法上之所謂統治權，並不與普通憲法學者所加於統治權之解釋相同。



近代學者 Dicey, Ritchie 等將主權分爲政治的主權與法律的主權兩部份。政治的主權，係指實際上能決定國家所屬分子以及國家自身權利義務的權力；法律的主權，則係指在法律上能決定這些權利義務的權力。就英國來說，政治的主權，係操之於選民團體；法律的主權，係操之於議會君主；因爲前者是握有支配後者（議會）意志的權力的。通常憲法上之所謂主權，大都係指法律的主權而言，未嘗分辨得這樣清楚。

訓政時期約法既謂主權屬於國民全體，又謂統治權由黨全國代表大會代爲行使。如以 Dicey 的學說爲基礎，觀察訓政約法上政治的主權與法律的主權，是否亦分屬於不同的機關，確是一個很有興趣的問題。而關於這一個問題，卻可以有三種不同的答案。

（一）依訓政時期約法第三十條，統治權由黨全國代表大會行使，則此之所謂黨全國代表大會，即如英國的議會，係法律的主權之所在。而中國國民黨則如英國的選舉團體，爲政治的主權之所在。因爲黨代表大會代表，係由中國國民黨黨員產生，而後者理應能支配前者的意志。

(二) 依訓政時期約法第三十條第一項與第二項以論，則中央執行委員會，係法律上握有決定權義權力的機關，為法律的主權之所在。但中央執行委員會僅於黨代表大會閉幕時，方能行使其權力；而黨全國代表大會確係事實上產生并支配中央執行委員會的，故可謂係政治的主權之所在。

(三) 現制雖以黨治國，但黨並不對外直接發布統治的命令。一切決定權利義務的權力，在形式上，仍均係由國民政府行使，訓政時期約法第六十五條，即有明文。因以也可稱國民政府為法律的主權之所在。而國民政府則係受中央執行委員會的指導，依現行國民政府組織法，五院又係各自向中央執行委員會政治會議負責。因以政治的主權之所在，可以謂係中央執行委員會。

這三種解釋，均屬可通，然均與主權屬於國民全體一語，不相吻合。無論據那一種分析，訓政約法上屬於國民全體的主權，都未能認為係政治的或法律的主權之所在。但如自另一方面解釋，主權的所屬者本不一定自己行使其主權，他可委托他項機關代理。是則訓政約法所謂主權

屬於國民全體，乃指主權的所有人，係國民全體。而以上根據訓政約法所分析三種政治的主權或法律的主權所在的不同機關，係指主權的行使人，尙不能認爲矛盾。

但一至憲政時期，中央統治權須由國民大會行使，而國民大會，不獨對於中央政府官員，有選舉權，有罷免權，並且對於中央法律，有創制權，有複決權。憲法又係由國民大會決定頒佈，則國民大會自卽爲法律的主權之所在。至於政治的主權，則可謂係屬於選舉國民大會代表的各種選舉團體，因爲這些選舉團體既能選舉代表，便理當能支配國民大會的意志，一如英國的選舉團體與英國國會間的關係一樣。故憲政時期憲法上所謂主權屬於國民全體，便是包有選舉團體所行使的政治的及國民大會所行使的法律的主權意義在內。

憲政時期的國民大會，是行使中央統治權的機關，既非一般議會政治國家的國會，也不是立法院。因爲一般國家的議會，只不過行使三權分立下的立法權，而國民大會，則爲超越行政、立法、司法、監察、考試五權以上的組織。所有直接民權，均由他行使。故在一般國家所可成爲問題的，如一院制或兩院制，上院與下院權限如何劃分，立法與行政間的關係如何調整，總統或是內閣

對議會負責，在我國日後國民大會中均不能發生。國民大會既必爲一個單一的組織，而其本身，又係立於行政權、大總統、或行政院長之上。

土耳其憲法第九條至第三十條，亦規定有國民大會。第二十六條列舉其權限爲：擬訂、修正、增補及廢止法律；與外國締結協定、條約及和約、宣戰、審查并表決預算及決算、鑄造貨幣。確認或撤銷專賣、特許及借款等契約。准許大赦、特赦、減輕或免除刑罰；展緩訴訟之偵查及刑罰之執行，并命令執行法院確定判決所宣告之死刑。又第三十一條，規定土耳其共和國大總統，由國民大會全體會議，就議員中選任之。因其權限係較一般國家的議會爲大，故非爲一單純的立法機關，且係四年一任，爲常設機關，與他國臨時召集的國民會議亦不同。故稱爲國民大會。

然土耳其之國民大會，仍非我國憲政時期之國民大會。土耳其除國民大會外，別無立法機關，而據土耳其憲法立法精神以觀，則土耳其大總統與國民大會的關係，仍與一般國家行政權與立法權間者相似。我國憲政時期則不然。國民大會係一最高組織，在其下固不獨有行政院，并且依建國大綱第十九條及五權憲法演講，亦尙另有立法院，與其他三院，同在國民大會之下。故

國民大會絕非一通常的立法機關，而國民大會與立法院間的權限劃分與關係，也成爲極費研究的問題。

我國歷次憲草中，有類似國民大會規定的，爲進步黨草案，及擴大會草案。進步黨草案稱爲國民特會，係以國會兩院議員組織，爲一臨時性的集會。需召集國民特會的情形，限於四種：一、修正憲法時；二、選舉總統時；三、變更領土時；四、彈劾執政時。這國民特會，仍卽爲他國之國民會議，憲法會議，或兩院聯合組織之大總統選舉會，非憲政時期的國民大會。

擴大會草案係根據建國大綱起草，但係依建國大綱第十四條，每縣選代表一員，組織代表會的規定，稱爲全國國民代表會，而不稱爲國民大會。草案第九十一條，謂未達到憲政時期，全國國民代表會爲國民政府之諮詢及建議機關。第九十條，謂憲政開始時期，全國國民代表會的職權爲：

- 一 對於立法院所制定之法律，認爲不當時，得提出修正案於立法院。
- 二 得提出法律案於立法院。

三 得提出彈劾案於監察院，但對於總統之彈劾案，須有代表三分之二以上之出席，及出席代表三分之二以上之議決，方得提出。

四 對於國民政府，得提出質問。

五 對於人民得受理請願。

六 對於宣戰媾和，及締結條約異議時，得提出異議於國民政府。

七 國民政府募集國債，及締結關於國庫有負擔之條約時，須得其同意。

八 議決國民政府之預算案，及經監察院之審查議決決算案。

以上六七八各項，國民政府提案遭否決時，得於十日內提交覆議。全國國民代表會，對於復議案，有過半數之出席，及出席三分之二以上之議決，仍否決時，國民政府應從其議決。如不足法定人數時，國民政府得執行原案。

擴大會草案的規定，似尙合建國大綱的原意。其中的所列國民大會與立法院，監察院，及國民政府的關係，亦與通常上院與下院間，或議會與行政間的略有特殊之點。然據建國大綱，每

縣舉代表一人，我國現有一千七百餘縣，尙有若干邊遠之區，未設縣治，是則國民大會，乃爲一將近代表二千人之大會。以二千份子之機關，如欲時時開會，不特會場，法定人數，提案表決發生困難，卽經常集二千人於首都，亦非甚佳之策。擴大會草案於此，乃未有詳細規定，只謂全國國民代表會之組織，以法律定之。

最近，吳氏草案第三編第二章，規定國民大會。其要點爲一、縣及其同等區域各選舉代表一人，人口超過百萬者均增選一人。市人口每三十萬人選一人。二、國民大會代表的任期爲三年，但每三年只集會一次。惟代表三分之一以上聯名通告或國民政府牒集時，得召集臨時會。三、國民大會的職權，爲：

- 一 選舉罷免總統副總統立法委員監察委員司法院院長副院長考試院院長副院長。
- 二 罷免國民政府之其他公務員。
- 三 提出法律案於立法院。
- 四 複決立法院所制定之法律。

- 五 決定憲法之採擇施行及修正。
  - 六 受理人民之請願。
  - 七 審核國民政府之政治報告。
  - 八 解決國民政府提請解決之事項。
  - 九 對於國家大政方針提出意見。
  - 十 對於國民政府提出質問。
- 國民大會對於前項第五款之職權，應有全體代表三分之二之列席，列席代表三分之二之同意，始得行使。

以上各項中，第一第二項，即建國大綱第二十四條所謂，對於中央政府官員，有選舉權，有罷免權。第三第四項，即所謂對於中央法律，有創制權，有複決權。第五項為憲法之施行修正權，略當於他國之憲法會議，第七項以下則為對於國民政府之控制權。而將擴大會草案原行列入之宣戰媾和，募集國債，預算決算盡行抽出，而作為立法院之職權，因為國民大會既規定三年一開，決



不能使有急迫性的或每年需制定一次的案件，留待二年再行討論通過。

依吳氏憲草的規定，國民大會得選舉罷免總統以次人員，故其與行政部的關係，與他國議會不同。得選舉罷免立法委員，故其與立法院的關係，亦不與他國上下兩院相似。有人說：國民大會既有偌大權力，可以選舉罷免，可以複決創制，而行政部或立法院何以毫無對抗國民大會的權力。雖則草案第五十四條，曾謂國民代表不稱職時，得由原選舉區域隨時撤銷其代表資格，爲罷免權之後的罷免權，究不能稍減國民大會權力過大的危險，亦不能因以對於行政立法人員稍多對抗的保障。這種批評雖不能謂無理由，然欲絕對尊重建國大綱的原旨，實在根本不能承認行政或立法能對於國民大會有任何抵抗的存在。

國民大會的權限既大，事責亦繁，長期開會，固如前論，集二千人於首都，亦多困難。而三年只開會一次，似又覺其過少。則在閉會期間，所有國民大會行使的統治權，幾乎全不發生力量。故有人建議於閉會期間，另設一國民委員會，略相當於他國國會中之常任委員會。人數假定爲二十餘至四十人，年齡，資望，及當選資格不妨限定稍嚴，或以對於國家有功勳，爲當選條件之一。這國

民委員會雖不能執行國民大會的四種政權，但如審核報告，提出國家大政方針意見，質問國民政府等，自可從事。而在國民大會開會時，亦可為政府與國民大會間的溝通者。進步黨草案曾有國家顧問院的組織，係以國會兩院各選舉四人，大總統薦任五人合組。其權限為解釋憲法，同意解散國會，宣戰媾和等等。其用意：一方面溝通行政與立法；另一方面則為限制大總統之權限。以後國民大會中的國民委員會，則只有前一種的作用，故其權限不必過大，人選只須由國民大會選舉，不必另由大總統薦任若干人加入。

總之，民權主義既謂由人民行使四種直接民權，而建國大綱又謂中央統治權即係此四種之關於中央官員及法律者，由國民大會行使。姑無論第十四條稱為代表會，第二十二條稱為國民大會，名詞未能統一。即并依此二條為根據，而欲草成一兼顧理論，又合實用的憲法，亦覺所可根據的材料太少了。所以國民大會的一章，在起草上，在日後憲法實用上，都是最需費研究的一章。

## 第六章 國家機關

在本書第一章中，曾說：一切的法，沒有例外，都是對於國家機關的命令，國家機關的行爲，即爲國家本身的行爲，除依機關行爲之外，國家行爲，實完全不存在。又說：憲法係以國家統治組織的規定，爲其不可缺的內容。故國家機關一章，實爲研究憲法者須特加注意的一章。

我國現行制度，最高中央行政機關爲國民政府。故吳氏憲草張氏憲草均仍有國民政府的規定。但依建國大綱第一條，國民政府本革命之三民主義，五權憲法，以建設中華民國。第二十五條，國民政府於全國大選舉完畢之後三個月解職，而授政於民選之政府。第十八條，則謂在憲政開始時期，中央政府當完成設立五院，以試行五權之治。一似國民政府係指訓政時期事實上現在之政府而言，至憲政時期，則可稱爲民選政府或中央政府，并非定須仍以國民政府爲名。然中央政府究係由五院合組，抑係由一政府分成五院，含義不明。總之，我國將來憲法上之最高中央

行政機關，姑無論定名為中央政府，民選政府，或仍本現制名為國民政府，皆係一駕於行政，立法，司法，監察，考試之上的組織，與他國之只認元首與內閣為中央政府者，絕不類似。

現制，國民政府置主席一人，委員二十四人至三十人，由國民政府主席召集國民政府委員會會議。吳氏憲草仍其意，改為由總統及五院院長組織國務會議，以總統為主席。其所得解決之事項，則限於與二以上院有共同或牽連關係者，需要二以上院合作者，院與院間難以解決者，關於簡任以上公務員之任免者，及其他法律應付國務會議解決者。此亦略與現制相似，所謂由行政院長擔當責任內閣，國民政府不負責實際行政責任者是。惟如簡任以上公務員之任免，現尚分別屬於中央政治會議及行政院會議，故吳氏憲草所列國務會議之職權，尚較現在國民政府委員會會議者為廣。

國務會議，在責任內閣制國家，較之在總統制國家為重要。總統制國家，大政決於一人，國務員間無所謂聯帶責任。而在責任內閣制國家，既欲使各國務員負聯帶責任，則不能不藉會議方法以求各國務員間態度之一致。英國國務會議之份子，非必為國務員全體，亦非必為管部之閣

員全體。法國則中央各部長，咸爲國務會議之份子。我國將來憲法上之所謂國務會議，實與英法兩制，均不相侔。蓋於相當於國務員之中央各部部长之上，另有五院之院長。此五院中，不獨有相當於內閣總理之行政院長，且有主席中央立法機關之立法院長，掌握最高審判權之司法院長，及監察，考試兩院院長。此中除行政院院長外，在他國卽有相當之人員，亦均不能出席國務會議。再者，總統制國家，例許國家元首列席國務會議，而在責任內閣制國家，則英國絕對不許，德國雖所允許，但不得與於表決之列，法國則大總統只能列席國務員會議，并爲主席，但不能列席內閣會議。我國將來憲法上之國務會議，既認總統列席，并規定其爲主席，似我國係採總統制，而實際則總統及國務會議之職權，并不能與總統制國家相比。或謂我國仍採責任內閣制，使行政院長負責實際政治責任。國務會議許總統爲主席，只爲法國之國務員會議而非若法國之內閣會議。然一檢視其組成之份子，則又并非所謂國務員，而爲行政院及其他四院之院長。故將來中央政府應當如何構成，有無會議，會議應否稱爲國務會議，都是須再費研究的問題。

依建國大綱第二十一條，似在訓政時期，卽應有總統。現制雖不稱爲總統而稱爲國民政府

主席，其意義實均不失爲國家之元首。若至憲政時期，則依孫文學說第六章及五權憲法演講，則應有總統，毫無疑義。

總統，爲共和國國家元首之通稱。在理論上，有若干學者主張國家不需要設置元首，如凱爾遜，便是一人。他以爲國家的事務絕不能集中於一個元首，由其辦理，事實上必分寄若干不同的機關，則內閣，議長，或其他機關長官都可兼爲現在元首所任之事，何必另置。然元首爲國家對內對外之代表，由內閣或議長兼，或另置一人，其區別點并不在元首之有無，只在元首是否另行特置而已。在實例上，有若干國家，採取委員制，則亦無單一的元首。所謂委員制，便是將一個元首所擔任的事務，改由一個綜合的合議體執行。合議的辦法，早適用於立法機關，近代亦已適用於司法機關。但在行政機關方面，則除瑞士之聯邦委員會及蘇俄之人民委員會外，他國現在尙未有採用者。法國雖曾於革命時代一度設立執政委員會，但至一七九九年後，即行銷滅。我國則中央及地方行政機關，近年亦嘗屢次採用，雖稍收集思廣益之效，但行動不敏，責任不專，政策不易貫徹，故時有「會而不議，議而不決，決而不行，行而不力」之諺。

理論上的廢除元首，既并非徹底，實例上委員制又已試行不佳，則將來憲法上之必置有一單一的元首，以當對內聯絡五院，對外代表國家之任，已無問題。惟所置元首，是否仍稱爲總統，亦可討論。曾有人謂國人因歷史的關係，每認總統有無上之尊榮，竊恐日後憲法頒行，總統之性質已改，而人民觀念依舊，主張另易一其他名稱。其實另易名稱一時難得適當之詞，而不識者亦仍比之爲昔日之帝王。爲一般不識者而改名，似可不必，何若仍依一般共和國家通稱，稱爲總統，且可與孫文學說第六章及五權憲法演講相符合。

關於總統產生之方法，各國之制不一。大別之可分爲三類。一是由議會行使大總統選舉權，如捷克，波蘭，來多尼，希臘，法國，土耳其，均是。其中捷克，波蘭，希臘，法國均係由上下兩院合組總統選舉會，來多尼因原採一院制，故即由國會選舉，土耳其則由國民大會選舉。二是由人民選舉，但用間接的方式，如芬蘭，立陶宛，美國，均是。芬蘭規定大總統之選舉，由選舉人三百人舉行之。選舉人之選舉，遵照國會議員選舉法。立陶宛規定大總統由特別議員選舉，方式及程序，以法律定之。美國規定大總統與副總統之選舉，各州應依各該州議會所定手續，選派選舉人若干名，其數

應與各該州所當選派於國會之上議院與下議院議員之總數相等。但上議員或下議員，或在合衆國政府下受俸或任職之人，不得被派爲選舉人。三亦是由人民選舉，但用直接的方式，如德國、奧國、巴西均是。德國規定聯邦大總統，由全體德意志人民選舉之。奧國規定由聯邦人民以直接祕密投票選舉之。巴西規定以國民直接選舉法，及投票過半數選舉之；但如候補人無過半票數，則由國民議會就直選選舉得票最多之二人，以出席議員多數選舉一人。

我國臨時約法，十二年憲法，進步黨草案，均用第一類方法。王氏草案，國是會議草案及十四年草案，均用第二類方法。王氏草案以各省省議會議員爲總統選舉人。國是會議草案則除各省省議會外，另加各省職業團體與省議會同等人數之代表。十四年草案則規定由各縣各選出大總統選舉人一人，集會於國都，選舉大總統。至第三類方法，雖曾有人主張，但迄未被採納。最近，吳氏憲草，亦以總統選舉權畀諸國民大會，而非由人民直接選舉。

天壇憲法係先公布大總統選舉一章，當公布之先，各方對於選舉方法，曾有極長之辯論。主張由國會選舉者，謂中國人民教育未普及，不能行直接選舉；行政如採內閣制，元首權力甚少，政



爭者必着眼於內閣而不在總統，則總統之選舉，可不必採繁複手續；且國會含有國家觀念，眼光遠大，不若各地方人民，每偏囿於地方觀念。主張由人民間接選舉者，或做美制，先選總統選舉人；或即以各省省議會議員為選舉人。其意略謂國會只為立法機關，人民并未有授以選舉總統權力之預見。國會地在首都，又易受政治權力之影響。我國將來既不於中央集權或地方分權，趨其極端，則對於中央與地方之意思，必求其能一致。選舉非比議事，實人人能為，若能用直接選舉，既不背於普及之原則，復使人民直接感覺共和政治之入人心，并避去各方面之影響。今即退一步承認交通梗阻，教育低落實足以使直接選舉，不能推行，亦當用人民間接選舉方式，可以表示慎重國家組織之意，況合各地方選舉人選舉，亦自較由國會一個機關，本少數人意思，更能表示國民的公意。惟天壇起草當時，實急欲迎合敷衍袁世凱，使能當選為正式大總統，故辯論雖長，結果仍通過為由兩院組織大總統選舉會，以期迅捷。

就理論方面說，若欲保持三權分立的原則，則總統實應與立法人員同由國民自行選舉。由國民選舉議員，議員選舉總統，總統何能對抗議會？故民選的總統，可以成為強有力的政府，牽制

國會。不過政府過分強有力之後，極易釀成行政方面的獨裁。如拿破崙本係民選的總統，結果竟帝制自爲。而民選方法，無論間接式者如美國，直接式者如德國，在每次選舉前，幾使全國陷於紛擾，反不若由議會選舉，手續簡便。

至於人才方面，民選與議會選舉，未見有若何的差異。若謂議會選舉易得人才，民選不易獲得，未免過偏。美國向用間接民選，以係由政黨先各提出候選人競爭，國民亦大可運用其判斷力，決定意嚮之所屬。至由議會選舉，或如法國，例爲少數人可操縱，多數議員在選舉前，不知總統之究屬誰氏。更如我國，每先有總統而後有國會，蓋先有人欲任總統，而後由其召集國會，召集之目的，除選舉外，并無他事。故議員雖較一般國民爲優秀，判斷力亦較高，但謂其必能選出較適當之人才，實在未必。

至於我國此後憲政時期的總統，當由人民選舉抑由國民大會選舉，實亦成爲問題。就孫文學說第三章而言，中山先生固明謂：「憲法制定之後，各縣人民，投票選舉總統。」又謂：「……第二爲建設時期，擬在此時期，始施行憲政。此時一縣之自治團體，當實行直接民權。人民對於本縣

之自治，當有普通選舉之權，創制之權，複決之權，罷免之權。而對於一國政治，除選舉權之外，其餘同等之權，則付托於國民大會之代表以行之。」是則我國將來之大總統，應由各縣人民選舉，不但爲間接的，並且應爲直接的，已無疑義。但依建國大綱第二十四條，則又謂「國民大會對於中央政府官員，有選舉權……」。或謂孫文學說在前，建國大綱在後，學說內之人民選舉權，既與建國大綱衝突，卽不能行使。然所謂中央官員，範圍甚廣，非必卽指總統而言。况依建國大綱第二十五條，憲政告成之時，全國國民依憲法行全國大選舉，國民政府則於選舉完畢之後三個月解職，而授權於民選政府。」此所謂全國大選舉，與民選政府，自指總統係由人民選舉而言。中山先生素主張直接民權，若將人民之選舉權移於國民大會，則成爲間接民權了。

關於總統資格之規定，不外四個問題：一，國籍；二，年齡；三，性別；四，其他限制。論國籍，則美國及芬蘭明定爲當選大總統者須有本國固有國籍，德國，捷克斯拉夫，土耳其，立陶宛，及我國歷次約法草案均只明定爲本國人民或再附以享有完全公權及住居國內十年以上的限制。論年齡，則規定最低者爲瑞士，二十歲；其次，土耳其，三十歲；其次德國，奧國，捷克斯拉夫，美國，均三十五歲；最

高者爲古巴，荷蘭，立陶宛，來多尼均四十歲。我國十二年憲法及十四年草案均定爲四十歲，進步黨草案及國是會議草案均定爲三十五歲。論性別，則現除土耳其其限定須爲男性外，各國均不設區別。論其他限制，則奧國定爲凡當選聯邦大總統者，必須有選舉國民議會之權，但前皇室之家族，或曾經有統治權者之家族，不得當選。捷克斯拉夫定爲須有被選爲下院議員的資格。土耳其定爲須爲國民大會議員。立陶宛定爲須有被選於國會之資格及享有一切權利者。法國定爲皇族不得當選。我國十二年憲法起草時，亦曾有人提出加一但書，共和前最近王朝之宗族及現任退職總統第一二等直系旁系之親屬，無被選舉權，因未得多數通過，致被打銷。

列國均未有軍人不得當選爲大總統的限制，而在我國，則以事實上歷次軍人篡竊行政權之故，屢有人主張於憲法中明定軍人不得當選。國是會議草案起草人即曾堅持此項主張，其意略謂：以軍人而任總統，未有不當者，如法國之拿破崙，叔任，馬克麥，及蒲朗奇均是。我國則更每以行政權爲酬庸軍人之具，如昔日之袁，黎，馮，徐，曹均是。故如能似美國，總統悉以平民充選，即可無「自造亂，自立功，終焉自登大位」之事，而「凡有大總統野心者，亦不得聽其要當便當」，故國

是會議草案，特定明現役軍人，非解除兵柄三年後者，不得當選，最近立法院起草憲法時，亦又有人提出此項限制，惟文句改爲凡軍人當選後須辭去其軍職，方得就任。

共和國家之大總統，定有任期，此亦爲與君主國家元首重大區別之一。除拿破崙、袁世凱曾訂立以終身元首自命的法律外，其餘各國憲法，均規定有總統的任期。大致最短者爲三年，如來多尼是。最高者爲七年，如德國、捷克斯拉夫、波蘭、立陶宛、法國均是。其他則定爲四年者有奧國與美國，定爲五年者有希臘，定爲六年者有芬蘭。至我國歷次憲法憲草，則王氏草案，國是會議草案均定爲四年，進步黨草案及十二年憲法，均定爲五年，吳氏憲草定爲六年。

大凡總統任期的長短，并無一定的優劣，須視兩種制度而定。如一國所採者爲總統制，卽大權係集於總統一人，則總統任期不可過長，以免流於專制。如所採者爲責任內閣制，則總統之權力既甚少，不妨任期稍長，以免任總統者甫知謀國門經，卽須卸職，而選舉頻繁，亦覺紛擾。再總統任期的年限，又與總統產生的方法有關。如總統係由議會選舉，則總統任期最好與議員任期一致。若議員之任期長，總統者短，則一屆議會須選舉兩次總統，反之，則必有一屆或數屆議會無選

舉總統之機會。歐戰以後，各國趨勢均加長總統之任期，我國將來定爲六年或六年以上，並不爲長。但如由國民大會選舉，吳氏草案既規定國民大會三年一開，是則每兩屆國民大會方選總統一次耳。

但，總統的任期雖有限制，而連任則固無不可。連任可免去更張，使已有經驗的人繼續充當，以資熟手。況總統係由選舉，得否連任，尙須視臨時之民意爲定，并無因以造成原任者固位保權思想之虞。故德國、土耳其、立陶宛，均規定可以連任。至其餘各國，除芬蘭、波蘭無規定，希臘、巴西、葡萄牙，不許連任外，亦大都允許連任，惟附以限制。如來多尼、奧大利均只許連任一次；捷克斯拉夫只許連任二次，二次以後，須經過七年。我國則歷次憲法憲草均規定只許連任一次，蓋鑒於袁世凱之失，防止原任大總統者有爲終身元首的企圖。至美國及法國憲法雖未有限制連任之規定，但美國自第一任大總統華盛頓只連任二次，法國自E. Loubet及A. Fallieres宣言不連任以後，一則成爲習慣法，無連任至第三次者；一則亦事實上，迄今少有任滿再連任者。

共和國之總統，乃行政元首，故各國均不許其兼任立法議會之議員。若德國、芬蘭、捷克斯

拉夫，土耳其，希臘憲法，均於此點，有明文限制。奧國且謂不得兼任任何職務，不得加入政治團體；波蘭及來多尼亦泛謂不得兼職，固不獨不許兼任議員而已。我國以往憲法及憲草，未有類似的明文。將來則大總統之不能兼任國民大會代表或立法院委員，實爲當然。然是否亦不兼行政院院長，實爲辨論的焦點，容述及行政院時，再行說明。

總統如因不得已事故而缺職，各國憲法均預有補救的規定。所謂不得已缺職，如總統之被彈劾，死亡，廢疾等皆是。各國補救方法可分爲兩大類。一是於大總統之外，另置副總統，以便遇大總統不能執行職務時，即可爲其代理，如美國是。我國臨時約法，民三約法，十二年憲法，王氏草案，進步黨草案，十四年草案，吳氏草案均做美制設副總統。一是由內閣或議會議長代理，如德國定爲短期缺位時，由國務總理代理；長期缺位時，設臨時副總統或仍交國務總理代理；總統辭職死亡或被彈劾時，另選芬蘭，奧國，捷克，立陶宛均相做。法國由國務員全體暫攝。波蘭，來多厄，希臘，均由下院議長暫代，土耳其由國民大會會長代理。而各國且均規定應立即選舉新總統。

我國將來應否有副總統，中山先生遺教中無可引徵。但副總統之是否需要，與總統任期的

長短及選舉方法均有關係，如總統任期甚短，又係由議會選舉，則缺職的情形少，補選的方法易，似不必另置副總統，以免反而誘致政治上之風潮。如總統任期長，補選方法又煩，則設一副總統，自無不可。惟我國將來既於總統之下，尚有行政院院長，相當於他國之內閣，則做多數國家先例，由行政院院長代理，亦屬一法。若行政院院長規定本係由總統兼任，亦可做土耳其之例，由國民大會會長代理。

建國大綱謂：國民政府對於中央官員有罷免權，孫文學說第六章亦謂：「人民……除選舉權之外，其餘付托於國民大會之代表以行之，」足見總統之選舉權，應由人民行使，而罷免權則由國民大會行使。但罷免權行使之前，是否定須先受彈劾，應由何機關彈劾，亦可討論。考彈劾制本起原於英國，英國係君主國，又向有國王不得爲非的格言，故所謂彈劾，乃專指對國務員而言。其後各共和國憲法，乃擴充爲凡總統國務員，均可由議會彈劾，美國甚許議員尙有彈劾其他官吏之權。故各國總統有違法，叛逆的行爲，議會均可按照憲法所規定人數，提出彈劾案。通過之後，或交上議院審理，如法國，美國希臘比利時是，或以上議院係立法機關，易受政黨牽制，定爲交最



高級法院審理，如德國、芬蘭、波蘭、立陶宛是，奧國則因另設有憲法法庭，故不交普通法院。我國臨時約法做比利時之制，十二年憲法，王氏草案，十四年草案，亦均以審判之權付諸上院。惟民三袁氏約法，定爲須訴訟於大理院。

五權憲法精義之一，即在另設監察院專掌糾彈之事，故我國此後對於總統之彈劾，理當由監察院提出，而不由立法院提出。或謂既有國民大會行使罷免權，何必尙須有彈劾。殊不知國民大會非常設機關，其罷免權之行使，只如他國上院，或最高級法院之行使審判。如國民大會未提罷免案時，自亦應許監察院可以向其提出彈劾。德國憲法明定；聯邦大總統於任期未滿前，得由聯邦國會動議，以國民表決罷免之。我國既將監察權自議會中分出，則以監察院代德國之聯邦國會，提出彈劾，實可與國民大會罷免權相輔而行。

總統違法或謀叛，固可提出彈劾，交付罷免。除此而外，德國、奧國、波蘭、希臘均規定其尙須負憲法上責任。至通常刑事責任，則各國均不令其擔負，惟德國規定須負民事賠償責任，尋常刑事，經下院之同意，亦須負責，是爲例外，我國歷次憲法憲草，亦大都明定除內亂或外患罪外，總統非

經罷免或辭職，不受刑事上之訴追。

總統負否政治上責任，與其職權範圍有關。德國、芬蘭、捷克斯拉夫、土耳其、波蘭、來多尼、希臘、法國，均明定總統不負政治上責任，故各該國總統之職權範圍即較小。如解散國會，德國規定同一理由，只能爲一次之解散；波蘭須由內閣呈請，希臘、法國須經上院同意，來多尼須先請人民公決，如選民過半數否決，總統即須辭職。如國會議案之複決，德國規定須於三個月以內，捷克斯拉夫須於一個月內，至送交國會複議，土耳其限於十日以內，但憲法及預算案，不在此限。立陶宛、法國，亦均限定爲一月，來多尼則限定爲七日。如特赦大赦，芬蘭規定須經最高級法院同意，土耳其須經政府提議，希臘大赦限定爲政治犯，并由內閣負責。而凡國務員因被彈劾處刑者，各國均不許總統予以赦免。如任免國務員，德國、土耳其、波蘭、立陶宛、希臘均規定須由國務總理提請。如締結條約、宣戰、媾和，各國亦須經國會同意。

至如美國，則因總統掌握實際行政，所有行政機關職權，均集中於一人；國務員只對總統一人負責，不對議會負責。故總統權限之範圍便甚廣大。舉其大者而言：一、美國總統得頒佈命令或

行政法規，以補充法律。此權範圍甚廣，如陸海軍，郵政，地政，領事館，海關，稅務條例均是。二、美國總統得隨時向國會報告國情及發表意見；得令兩院停會；得組織特別法庭審理內亂罪，軍事法庭審理軍人。三、美國憲法雖規定總統任命大理院推事，須經上院同意，但事實上，上院甚少干涉。四、美國總統雖無宣戰之權，但得因外交政策之運用，使國會不能不通過宣戰案，或向敵國挑釁，令其先行宣戰，使國會不能再行躊躇，如一八四六年總統先令軍隊開入墨西哥，而引起美墨戰爭是。又境內某州有背叛國家行爲時，亦得不待國會同意，先用武力抵抗，如一八九四年之芝加哥鐵路大罷工案是。五、美國總統統領軍隊，在戰時爲元帥，得命令軍隊之行動及其他在物質上精神上有利於戰事之處分。又得於叛逆或暴動區域內，宣布戒嚴；於佔領土地內，組織臨時政府，以徵收捐稅，組織法庭，及管理行政。凡此諸端，均足證美國總統權力之擴大。

關於總統制與責任內閣制的爭執，曾引起我國若干年戰爭，已於第二章中述及。所謂責任內閣制，本以國務員對議會負責，而內閣總理或國務員須經議會同意方可任命爲要件。我國昔日反對此制者，即謂「用一人必求同意，提一案必起紛爭」，此因爲當時議會之實在情形，而議會

未能迅捷善用其同意權，終形成袁氏毀法之亂。又責任內閣制之下，總統既不負責任，則總統之一切命令行爲，例須得內閣同意，并容納內閣政策，而在我國採用之時，則「國務會議前，無議事日程，會議以後無報告。發一令，總統不明其用意，任一官，總統不知其來歷，國務總理恆匝旬不晤總統，唯見有祕書長傳達於其間。有所詢則以事經閣議，內閣負責爲對抗。大總統無見無聞，日以坐待用印爲職責。」（黎元洪時代府祕書長丁世嶧辭職電文）而形成所謂府院之爭。平情而論，責任內閣制，雖有若是缺點，且在一般國家，內閣因而時生更迭，政治變動過多，但總統制實又每易釀成獨夫之治，以我國素缺乏共和素養，更易發生不法競爭或專暴政治的危險。迨至憲政時期，我國既有總統，又有行政院長。如採總統制，則行政院長即非必要。美國雖亦有國務卿，然不能與他國之內閣總理同視。若不承認行政院長由總統兼任，則按現制，繼續採用責任內閣制，由行政院長負責實際行政責任，似較合宜。而總統之權限，可限於對內聯絡五院，對外代表國府。并做一般國家通例使其兼任海陸空軍大元帥，但不實際掌握軍政。公布法律，頒行大赦，特赦，減刑，復權命令，頒給榮典。接受外國使節，得立法院同意，對外國宣戰媾和，與外國締結條約。至其餘一切

行政，則均交付於行政院。

如上所述，即在使總統不負實際行政責任，而以行政院爲責任內閣，是則行政院院長卽有如他國之內閣總理。在各國成例，內閣總理與各部長雖同爲國務員，但總理之地位，每較其他閣員爲優。如總理可薦舉閣員，并可解除閣員職務，英法事實上均係如此，德國憲法且訂有明文。採責任內閣制各國，總統之任命總理或閣員，固須得下院同意，而在採總統制國家，如美國，亦須徵上院同意。雖美國之原意只在預防總統濫用私人，迄未有不予同意的實例，但總理之產生，決不能由總統一人意思決定，亦屬顯著。

按建國大綱第二十一條，只謂：「在憲法未頒佈以前，各院長皆歸總統任免而督率之。」至於憲政時期，應如何任免，未嘗訂明。孫文學說第六章，則謂：「各縣……皆得選舉一人，組織國民大會，以制定五權憲法，以五院制爲中央政府……憲法制定之後，由各縣人民投票選舉總統以組織行政院，選舉代議士以組織立法院，其餘三院之院長，由總統得立法院同意而委任之。」一若在憲政時期，除總統外，別無所謂行政院長，至少行政院長卽係由總統兼任，是則完全爲總統

制，而非責任內閣制。如比較各國成例，衡鑒過去歷史，決定用內閣制，則總統不獨不能兼任行政院長，抑且行政院長亦不能即由總統提請國民政府任命，因為兩者均足使總統權力澎大，而仍使行政院長對總統一人負責，與責任內閣制精神不符，訓政約法第七十四條之所以爲人不滿，而現在不遵照施行，即係爲此。吳氏憲草因欲理論上勉強湊合，既謂行政院長由總統提請任命，又謂總統與行政院長負連帶責任，遂爲學者所詬病。

故此後行政院長產生之方式，可於下列數種方法之一求之。一、依建國大綱第二十四條之規定，認行政院長亦係所謂中央官員之一，由國民大會選舉。此制之優點，在使五院院長由同一機關產生，權源合一，地位平等。如改由人民直接選舉，不獨手續繁重，抑且往往不能應付臨時變局。其劣點，則在由國民大會選舉，係對國民大會負責，而國民大會，在事實上，必不能爲一常期開會的機關，如有須彈劾罷免更動人選，必須召集龐大的國民大會。二、按一般責任內閣制國家成例，行政院長人選，由總統提請國民大會同意。此制與第一項之差別，只在一爲選舉，一爲同意，可較少競爭之紛糾，優劣之點，與第一項同。三、由總統提請立法院同意，此制在事實上固爲便利，但

國民大會之與立法院，并非如他國上院之與下院，而行政院長之罷免權既屬諸國民大會，立法院徒有同意權，功能亦甚少；且行政院苟不能如他國之得解散立法院，則兩者間亦無制衡關係存在。

以論行政院與國民大會的關係，則行政院實應對國民大會負其責任，行政院長即非係由國民大會選舉或同意，亦不能逃避國民大會之罷免權，按建國大綱第二十四條，甚為顯明。至行政院與立法院，兩者同係組成政府之份子，亦同在國民大會選舉罷免權之下。則彼此之間既不能發生制衡關係，而一切行政權與立法權的消長問題，乃亦不發生於行政院與立法院之間。通常所謂兩者間的制衡，即立法部保有某種行政行為的同意權（如締結條約，任命閣員）；而行政部保有法律案交付覆議權。所謂兩者間的消長，即立法部保有質問彈劾，不信任行政部的權，而行政部保有解散議會一次或一次以上的權。在歐戰以前，各國於昔日行政專制淫威之餘，均力擴充立法部份的權力，而戰後，則又趨向於行政部份權力的擴充。尤其是戰後新興國家，以素缺乏議會政<sup>治</sup>的訓練，立法部份權力過大，每不能應付急迫的政治上問題，實不能不予行政部

份以更多的權力，以期國家渡過危機與難關。但這種行政部份權力的加大，并非就是獨裁。因為獨裁是指用一種暴力征奪而得的獨夫政治，此則仍係根據法律，加大行政部份的職權；或暫時停止立法部份的某一種權力。擴大行政部份權力既足以應付危局，又可以防止武力獨裁的發生，因為企圖武力獨裁者便無所藉口，指斥政府的軟弱無能。這一種行政部份權力增長的現象，發生在東歐中歐較多，若西歐英法兩國，以向有共和訓練，便未有此等消長。吳氏憲草只謂總統與五院院長或二以上院長得連名向立法院請求覆議已通過的法律案，此既并不以行政院為限，足證實與所謂制衡及消長，均不相似。

按建國大綱，行政院之下應設八部，部數之多少及分合，各國有於憲法中訂明的，有不訂明的。我國現制，行政院之下，有各部各會，其數量與區分，即并不與建國大綱所列者一致。在過去數年中，關於司法部應否隸屬於行政院的問題，時引起爭辯。在立法院未設置以前，職掌司法行政的司法部，向在內閣之下，部長亦例為閣員之一。比司法院成立後，曾一度改屬於司法院，并加「行政」二字，稱為司法行政部，以表明其所司者，并非審判事務，以免人民將司法院與司法部，



混淆不清，現在又改歸隸屬於行政院，但仍稱司法「行政」部。其實，行政院所屬各部，無一不辦行政事務，這行政二字，實屬贅文。最近立法院起草憲草之時，又有人出而主張，應仍將司法部劃歸司法院，吳氏憲草即採此說。

年來爭執本問題者，司法行政兩院及各界人士，所發表的議論，不勝枚舉。主張司法行政部之應隸屬於司法院者，理由不外兩種：一是建國大綱第二十條規定行政院所設各部，獨無司法部；二是使司法行政與司法審判兩種機關，隸屬於同一最高長官之下，則二者關係更爲密切。關於監督權之行使，及一切改革計劃之實施，較三權憲法下之國家，以司法行政事宜，歸屬於行政部之範疇者，實際上更爲便利，乃一種進步之現象。

這兩種理由，第一項以遺教爲基礎，似牢不可拔。然建國大綱第二十二條，固明謂憲法草案，當本於建國大綱，及訓政憲政兩時期之成績，足見并非須完全刻畫於建國大綱之文字。况建國大綱第二十條，於各部之上，有一暫字，係臨時性質，且亦并未注明司法部不應隸屬於行政院。其實，司法行政部之隸屬問題的中心，不在建國大綱的文字方面，而在五權憲法的司法權，其含義

究竟如何？若謂五權憲法係由三權進步而來，於立法中抽出監察，於行政中抽出考試，使其獨立，則五權憲法之司法權，與三權憲法之司法權，并無範圍大小之分，而三權憲法之司法權，或司法獨立，乃專指司法審判獨立，而并非使司法行政脫離內閣。若欲證實此說，亦有遺教可引，五權憲法演講中，有一段說：『我剛才講過了五權憲法的立法人員，就是國會議員；行政首領就是大總統；司法人員就是裁判官。其餘，行使彈劾權的有監察官，行使考試權的有考試官。』遺教固明明說司法權的司法人員就是裁判官，並沒有說兼有司法行政官在內。

除去遺教，便應當視訓政時期的成績。在訓政時期中，司法行政屬於司法院，及屬於行政院，均已加試驗。成績如何，昭昭在人耳目。至少可以斷言，司法行政部隸屬於行政院，也可以具有上述第二項理由所舉的便利。

但司法行政部隸屬於行政院，并非絕對沒有短處，而這種短處，却為一般人所未道。蓋依據以上所論，我國將來政制，將偏於由行政院長負責實際政治責任。果爾，司法行政部如係隸屬於行政院，則司法部長亦須與行政院院長各部長同負內閣責任，同受政潮推移。惟再進一步說，這一

種推移也是不可避免與不必顧慮的，以司法獨立，只須如吳氏憲草所謂：「法官依據法律獨立審判，不受非法干涉，」便已達其目的，至掌司法行政的主管長官的更動，并無關係。

近代憲政有三個基本原則：民主，代議，分權；故民主政治必與議會政治相結合。我國日後行使中央統治權的，雖為國民大會，而在國民政府之下，固仍另有與行政等院平行的立法院。這個立法院是一院制的，其與國民大會的關係，并非如他國下院之於上院。因為國民大會是行使全部中央統治權的，在整個的中央政府之上；而立法院只行使立法權，僅為中央政府的一部份。

議會應當用一院制或兩院制，本係紛爭不決的問題。以言歷史，兩院制國家的上院，或因係聯邦國代表各邦，或因係君主國代表貴族，然即無此兩項關係的統一民主國，亦有採兩院制者。以言理論，則兩院制可防議院專橫，細密討論法案，在議會與行政部之間，多一折衝機關；一院制可代表人民單一意志，而議會包有兩院，法案不易通過，兩院間發生爭執，反予行政部以操縱機緣。我國除臨時參議院外，十二年憲法等均採兩院制，亦無非思藉以多集中各省人才，勉以上院為各省最高級地方議會所選議員之集合場所，以示與下院之由普通選舉者有別。

何以斷言憲政時期之立法院必爲一院呢？蓋以後立法院之權限，與一般國家議會，不能相比。彈劾權固已抽出，由監察院行使。人之選舉，罷免，法之創制，複決，國民大會又有此四權。是則立法院只不過受有議會政治國家下院一部份之權力，且反多一國民大會之控制。卽以最近各國趨勢而論，原採一院制國家，固不必說，卽原採兩院制國家，亦大都日減縮上院之權限，幾使上院只保留有形式上的功能。

吳氏憲草規定立法院委員由國民大會選舉，實爲誤解遺教。本來，國民大會與立法院既非上院與下院的關係，由前者產生後者，并無不可。然孫文學說第六章既明明謂除選舉權外，人民之政權由國民大會行使。建國大綱雖謂國民大會對中央官員有選舉權，但不能將具有議會權限的立法院委員，亦認爲係中央官員。故立法院委員以後亦應由人民直接選舉，方符直接民權的本旨。至立法院委員人數與任期，正副院長產生之方法，憲法中亦應有所明定，自無疑義。

通常議會的職權，最主要者，不外立法權，監督權，及財政權三項。關於立法權，此後自當由立法院行使。而法律案之提出，總統，及其他四院院長，應均可有此權限。惟立法院議定之法律案，如

何與國民大會所行使之創制權，及複決權，相調整，相聯繫，實爲一極費斟酌之問題。惟此可另以單行法規規定，不必定須列於憲法條文之內。關於財政權，立法院亦應有議決預算決算之權，此不獨現制固屬如此，且人民代表對於財政之監督，本亦爲民主政治要素之一。國民大會人數衆多，或非年年開會，則自應由立法院行使財政權，較爲妥洽。關於監督權，本有質問，建議，受理請願，彈劾，不信任等，均所以監督行政及司法機關。然在我國將來，則此數種權限，或應屬之於國民大會，或應屬之於監察院，卽不能列在立法院職權之內。除此三項而外，尙有兩端應歸諸立法院者，卽一，大赦案應由立法院議決。二，宣戰，媾和，條約及國際事項，應得立法院通過批准。此均爲現制所有，以後應仍如舊貫，并使立法院對於外務權方面，能更多發揮力量。

前述行政院分部時，已論及司法權，應係指審判獨立而言，故應如列國憲法，明定其爲中央最高審判機關。因其卽爲最高審判機關，故不必再於司法院下，另設最高法院。現制，司法院下分設最高法院，中央公務員懲戒委員會，行政院三機關。中央公務員懲戒委員會應改隸監察院，俟下段再論。行政法院亦應與最高法院合併，同爲司法院之一部分，而不必另設一獨立機關。

原行政法院獨立設置之理由，即在行政訴訟之審判，係與通常民刑事訴訟審判相分立。列國有分立者，如法德日，有不分立者，如英美。我國前有平政院，今有行政法院，蓋係採法德日之制。然憲法既首揭人民一律平等，而於人民違法，及官吏或機關違法，仍分別加以審判，豈非矛盾？我國歷次憲法草案中，臨時約法，三年約法，進步黨草案，十九年擴大會議約法，均規定行政法院獨立設置。十二年憲法，十四年草案，則規定行政訴訟即由普通法院審理。王寵惠氏草案，只言法院審理訴訟事件及非訟事件，但關於特別訴訟，不在此例。其所謂特別訴訟，究係僅指軍法審判，抑并指行政審判，意義不明。

實在說來，行政法院導源於法，當時係以司法專制，達於極點，故須另置行政訴訟審判機關，以殺其勢力，而我國則人民向受之痛苦，不在司法而在行政。其後盛行於德，乃平民失敗貴族獲勝的結果，而我國既非聯邦，又無貴族。後日本做置，然關於權限爭議裁判所的設立，屢次不得通過於議會，無法解決普通法院與行政法院間的權限爭議，已成僵局。我國此後關於官之失職違法，另有監察院專司彈劾。而行政訴訟如歸諸普通法院，可經三級三審，豈不比以初審兼終審的

行政法院，更易獲得縝細廉平的效果。

主張行政法院應獨立設置者，尙有最足以動人的一項理由，即普通法院法官缺乏相當行政經驗，處理複雜之行政事務，不能勝任愉快。其實行政訴訟亦可附帶要求損害賠償，在審理上及證據上又何嘗不可以說行政法院評事欠缺民法之經驗與智識，難期適當之決定，即退一步說，行政訴訟確須具有特殊學力經驗者擔任審判，亦只須在最高審判機關中，除民庭刑庭外，另設行政一庭，行政二庭，即可，亦無須另置衙門。故將來司法院之組織，應爲民事刑事行政訴訟各若干庭，另無所謂最高法院與行政法院。

至法官任用之保障，如審判獨立，不受任何上級官廳或他人干涉。在任中不得減俸或轉職，非依法律受刑罰宣告或應免職之懲戒處分，不得解職。此均爲各國所謂司法獨立之基本要素，我國歷次憲法憲草，亦屢有類似規定，此後當亦應有明文，以示對於司法權的尊重。

現制，監察院對於中央官吏及中央任命之官吏，失職時有彈劾權，犯罪時有控告權，並對於中央直轄各機關，有審計權。然有一端爲各方爭論者，即中央官吏被彈劾失職時，應由何機關以

司懲戒是。現另於司法院之下設中央公務員懲戒委員會，凡官吏被彈劾後，須由監察院移付司法院懲戒。兩者之間，有時未能取得切實聯絡，而監察院又因不能直接自行加以懲戒之故，事務效能及對外信譽，均難以強固建樹。

雖則說今日的監察權，係得之於中國昔制，即爲秦漢以來的御史制度。然如清代的都察院，其職權即可分爲十項：（一）建議政事，（二）彈劾，（三）監察行政，（四）考察官吏，（五）會讞重案，（六）辨明冤枉，（七）檢查會計，（八）封駁詔書，（九）註銷案卷，（十）監察禮儀。以與今日的監察院相比，職權相差，不可以道里計。其中雖有若干項，現應分歸專職機關，但監察院如只能事後彈劾，且彈劾了又不能即加以懲戒，則所謂監察院者，即日日在既不能監，又不能察之中，豈非與監察權獨立的原旨，完全相背？如若將懲戒權，亦移之於監察院，即可以一事權而專責成了。

考試院現所職掌之事項，爲：一，公務人員之考試，日後應根據遺教，并考試候選人。二，公務員之銓敘。三，公務員任免之審核。在將來憲法上，似無何等變更。



## 第七章 地方制度

地方制度一詞，導源於天壇憲法的審議會。天壇憲法最初起草之時，并未有關於「地方」的規定。至全文經過審議會後，有人主張以省制大綱，加入憲法，經過極激烈之紛爭，甚至反對方面的憲法研究會憲法討論會與贊成方面的益友社議員，以爭審議會表決之是否有效，在議場中互相動武，互控毆傷，結果仍通過地方制度的標題，反對方面後乃勾結督軍團干涉制憲，致國會遭第二次的解散。

至國會二次恢復，國內的輿論空氣與各省情形已大變，即昔之反對省制者，亦改爲贊成。於是所爭者乃非地方制度之是否加入憲法，僅爲是否採用聯邦或聯省之爭。原最初主張省制加入憲法者，即在欲以地方分權抗中央集權。我國歷代以專制遺毒，在中央者每欲集大權於一人，因以造成袁氏帝制自爲。且以我國幅圓之大，民情之殊，交通之阻塞，經濟之困難，欲如法國之絕

對中央集權，勢必一事不能舉。故在積極與消極方面，均應減削中央的權限，擴大地方的權限。然欲擴大地方的權限，必須於憲法中預加規定，方屬有據，是以主張非將省制列入憲法不可。這是最初的地方分權論。

其後歷年內戰，中央集權已成形式，各省武人割地自雄。於是乃有聯邦論與聯省自治論出。張君勳著國憲議，即謂中國有聯邦十大可，并以國是會議之便，特草一中國聯邦國憲法草案。至聯省自治與聯邦並不同。聯省自治論者，大都係各省省議會中人物。其時中央對各省已失去制馭之力，各省武人對於本省省議會，尙有能加以尊重者。國會議員日在奔波於粵桂滇川，四分五裂；而各省議會均仍按期集會，尙不失爲一法定民意機關。故各省議會遂時對於全國政局，發爲建議，且組織全國省議會聯合會，以期挽回劫運。各省議會以在本省之故，對於本省情形，倍極知悉，遂有思利用本省軍人，倡導自治，如能省省各守疆界，整理內部，則將來一聯而成強固全國之中央政府，并不爲難。本省武人若能受省議會支配，若干時間以後，即可以自治名義民舉省長，逐漸收回武人之實權，還之人民。故居今日批評昔日之聯省自治論者，最多只能謂其過於書生氣，

且過於法律氣，不知欲利用武人，勢必爲武人所用。各省武人決不能自守界疆，建設內部，亦決不能因省自定有憲法，卽加以遵守，將來能還政於民。當時聯省自治論空氣最濃厚者爲湖南與浙江，湖南雖有極進步之省憲法，然多數條文，并未實行，浙江雖會三度制憲——九九憲法，三色憲法，浙江省自治法，却絲毫未發生効力。若謂聯治論者，係擁護軍閥割據，實非持平之論。中國國民黨今雖反對聯治，然於最初之時，汪兆銘等固亦曾於民國十年五月陷日通電，謂：「近聞各省頗爲聯省自治之議，原有鑒於中央集權之弊，爲此對症發藥，挽回大局，意至善也。」并謂：「以是而言自治，則賦以實權，以是而言聯省，則趨於統一。始之懷疑於聯省自治之議者，亦當廢然思返矣。」

十二年憲法，卽於地方制度，列有明文。其主要之點，爲：一、省得制定省自治法，不得亦稱爲憲法，二、省行政設省務院，各省一律，採用合議制，省務員由省民直接選舉。三、省之下爲縣，憲法中亦規定各縣均適用之條文。如縣設縣長，由縣民直接選舉。四、國家事項及省事項均用列舉規定，其未規定者，視其性質分別屬之國家或省，遇有爭議，由最高法院裁決。關於這幾項的規定，在文字

方面，曾經過若干的筆墨及口頭的爭辯。惟最值得注意的，十二年憲法雖竭力避去聯省自治的字樣，而其實，與聯省自治論者學理上意見適相符合。故浙江第三次制憲，即稱爲省自治法，并不拘於「憲」字。

中山先於民國元年元旦臨時大總統，就職宣言中，即謂：『今者各省聯合，在謀自治，此後行政，期於中央政府與各省之關係，調劑得宜。』又吳敬恆等民國十年通電，亦謂：『……一切以中央繩之，事必不舉，而爲中央者，但企收脔削括斂之利以自私，不復顧慮其方阻止發達與進步，則各省自塞其繁茂。馴至綱維墮廢，糾紛日急，乃猶以武力經營天下。此自滿清季年與袁氏時代所極力釀成之變局，今欲撥亂反治，惟有改絃而更張之。……使各省人民完全自治，制成憲法，自選省長。』故自民元迄民十間，主張地方分權及地方制度列入憲法者，均爲國民黨方面之人。直至民國十三年中國國民黨改組後，於其第一次全國大會宣言內，始力斥當時之聯省自治論者。揆之當日情形，大約一係因容共之故，共產黨素事主張集權。二係因陳炯明亦假聯省自治之名相號召，故予以詆斥。

至建國大綱寫定，固仍於第十七條明言：在憲政時期，中央與各省之權限，採均權制度。凡事務有全國一致之性質者，劃歸中央，有因地制宜之性質者，劃歸地方，不偏於中央集權或地方分權。第八條規定縣官由人民選舉，第十六條規定省長由國民代表會選舉。又國民黨政綱對內政策第二條，謂各省人民得自定憲法，自舉省長。凡此種種，與以上所舉十二年憲法地方制度要點四項，可謂完全相同。其不同者，一則省行政採合議制，一則採省長制，但係由於選舉而不由中央任命則一。

然於此有兩問題：一，何謂均權？二，地方是否指省？通常關於中央權力之方式，不外兩種：中央集權與地方分權。今建國大綱，謂爲均權，又謂不偏於地方分權。偏與不偏，乃程度之不同，非根本之差異。故可斷言所謂均權，即係地方分權之程度稍輕者，固絕對非反地方分權之中央集權也。中國既爲均權，即非單一國家。以單一國家地方之權力，係由中央政府以普通法令規定，初無憲法的保障。而我國日後中央與地方之權限，既視事務性質而區別，必於憲法上，列有明文。再均權雖非單一國家，然亦非聯邦國家。蓋聯邦國之邦，依固有統治權說，各保有邦權，聯邦政府之權，

乃各邦所讓與。而此均權制下之中央或各地方權力，則均係得之於憲法之規定，淵源係同本於憲法。聯邦國家有各邦權力列舉者，有聯邦權力列舉者，有雙方均列舉者。至剩餘權之歸屬，各聯邦國家亦不一律。然無論如何，各聯邦國家邦與聯邦權力之劃分，每不免得之於既成之事實，而均權制度下中央與地方之權限，則純以客觀的標準——事務性質劃分，絕無雙方牽強掣肘之弊。

十二年憲法雖以省縣并舉，但當時聯省自治論者，實着重省而忽視縣。此則爲與建國大綱相異之點。建國大綱第十八條，謂縣爲自治之單位，省立於中央與縣之間，以收聯絡之效，是則注重縣，而輕視省。再觀建國大綱第十二、十三、十四各條，與國民黨政綱對內政策第三條，均以縣與中央對舉，益可明了。夫中山先生所謂中央與地方均權，地方者，只爲對待中央之名詞，非必「省」方可稱地方。既曰縣爲自治單位等等，則地方均權之地方，可謂係指縣而言。此可名爲聯縣自治。惟聯縣自治仍無傷於兩事：一，既曰縣自治，則憲法中必有關於縣自治單位等條文，綜此等條文，仍可稱爲地方制度。地方制度并非省制之專屬名詞，縣自治亦必仍有其政治制度也。二，省

并不廢，仍行存在。蓋建國大綱及對內政策，既曰省憲法，省長，足證并無廢省之意。蓋廢省並非易事，且存省亦并不妨礙縣自治。廢省非易，自歷史，現實各方面論之者，歷有其說。而我國省之範圍，固嫌過廣，而縣之範圍，則又每失之過狹。故如一切地方事業，咸責各縣以自行負擔，未盡勝任，况現只二十八行省，在中央已覺頭緒紛繁，若使一千餘縣咸直屬中央，單位亦未免過多，於行政效率上，有弊無利。故將來在縣與中央之間，非存省，不足以收聯絡之效。惟屆時省之數目，區域，地位，均不必同於今日之省。至於名稱，省本只爲一行政區域的名詞，改易他名，固屬可行；續稱爲省，亦無關礙。

## 第八章 生計教育

歐戰以後，德國公私經濟，全部毀滅，威瑪憲法起草者，深知若非立即實行根本改革，將來決無復興之日。故於憲法中特闢專章，厘定國民生計各項，以期全國成爲一偉大之企業，以有意識之志願，而一定目標指揮進行。鞏固國內一切勢力，利用科學方法，加以管理，使其能得最大之生產量。

蓋自經濟觀點以論憲法，往昔各國憲法中雖無國民生計之專章，然固向來絕對擁護私有財產，此乃自由資本主義下之必然結果，近年關於財產之觀念，已與前一世紀完全不同，在本書論人民財產自由時，已加述及。中山先生力倡民生主義，此後憲法中自應以民生主義爲基，而有德國相仿的規定，以期鞏固社會經濟的基礎，而防止俄國式共產主義的流行。

十二年憲法在最後審議時，亦曾擬有國民生計一章，大致仿德國憲法，略有增減。惜其後以



欲迎合曹錕當選總統，急急將憲法通過，因不及審議，仍行刪去。國是會議草案亦仿德國例，加國民生計章，除大工業歸國有及地方公有，以起草同人有人反對，未予照列外，其餘均與德國憲法相同。關於德國憲法中的規定，張君勳氏曾列爲一表，頗爲醒目，茲特錄於下：

<p>社會主義</p> <p>生計生活之秩序，應與公道大原則，人種生存維持之大目的相合，</p>	<p>個人自由主義</p> <p>工商業之自由，依德國法律之規定保證之，（德憲第一五一條）</p>
<p>國家爲公共利益計，得本於法律所定，沒收私有財產。（即原文公用徵收，限於公共幸福有法律根據時，方得行之。）</p>	<p>生計交通上之契約自由，依法律所規定。</p> <p>私有財產，受法律之保護，其內容，其限制，依法律所規定。（第一五三條）</p>

除有規定外云者，與相當賠償之原則相對待，即為不與賠償計，故留此活動語也。

公用徵收，除法律有特種規定外，應予以相當之報酬（賠償）（一五三條）

承繼財產內國家之名分，依法律的規定行之，

承繼權，依民法之規定保證之（一五四條）

關於土地之分配及利用，應防止土地權之濫用，并使各家族咸得有衛生之家宅。

土地私有制未廢（一五五條）

為家宅之需要，為移民之發展，為農業之發達，可將私人土地所有權沒收之。（即得沒收私有土地）

沒收方法，依第一五三條規定（一五五條）

地）

<p>無勞費之地價增加，應用之於發達公衆利益，大抵不出二法；一，徵重稅；二，由國家或地方沒收之。</p> <p>關於大工業問題，其規定有三。一，凡適於社會所有之私人營業，取爲社會財產。二，現存之私人營業，由國家地方參與其間。三，國家對於私人營業，認爲不適當者，得有抗議權。（條文內其他方法云者，卽指此）</p>	<p>（同前第一五五條）</p> <p>私人營業未廢（第一五六條）</p>
<p>除前項社會所有及公私共有營業外，國家得將生計的企業，合工主，工人，而創造一種生計自治團體。其製造分配定價輸出入各問題，可以公共生計之原則決定之。（一五六條二項）</p>	<p>同前</p>

生產及消費組合，得依其請求，放棄其單獨之營業自由，本公共生計之組織行之，（一五六條三項）

同前

除表中所列各項外，德憲另有保護勞工的條文，如曰：勞工立於特別保護之下，應定統一的勞動保險制，并與外國締結條約，使全世界勞工階級之社會的權利，得有一公共之最小限度。

關於經濟的組織，德憲中除表所謂生計自治團體外，另定有勞工會議與經濟會議。勞工會議的目的，在以一種有組織的形式，由一個公共代表的機關，表示勞動階級的一切利益，故勞工會議只為勞工一方面利益的代表，其目的只在增進與實現勞工階級之經濟勢力。至於滿足一切生產上的利益，包有勞工與僱主兩方面的共同利害關係的，則為經濟會議，全國經濟會議係由全國勞工會議及全國僱主代表與其他利害相關階級代表共同組織。何謂利害相關階級，憲法上未有明白解釋，通說謂係指消費者等而言。自治團體則按工業組織，與經濟會議之按區

組織者不同。且係於必要時方行設立，其行政仍由經濟會議爲之。

經濟會議的權力，在擔負一般的經濟義務，並協力執行關於社會共有的法律。憲法并賦予經濟會議以某種的政治功能，但并不予以任何執行的權力。

中山先生民生主義的精髓，在平均地權與節制資本。將來憲法中國民生計一章，自仍應以此二語爲骨幹。人民應服勞動，從事體力或智力工作，已見於本書權利義務一章。其他有關國民生計各項，建國大綱及中國國民黨對內政策，曾有若干羅列，可以由新憲法加以容納。惟關於勞工會議及經濟會議，十二年憲法國民生計章草案及吳氏憲法只列有經濟會議，其組織與職權，不能與憲法上各政治機關逐級平行。至勞工會議，則付闕如。其實，德國兩種會議的雙重組織，確具有深意，足資倣效。

尤有要者，即我國此後之經濟組織，乃以民生主義爲基礎。故憲法中國民生計章，應先有一基本的觀念，即既不能襲已往資本主義國家成規，且須反資本主義；亦不能抄俄國共產主義憲法，且須視其缺點所在，預爲規劃。民生主義下之經濟社會，實當注意一切經濟原則之技術處理，

并依最新式最合理之經濟組織，以解決國民生計。此後憲法的起草，不難於各個問題的分別規定，因或則遺教中有可徵引，或則事涉繁細，可讓諸日後各特別法，再行厘訂。而難在先能把握一國民生計的經濟組織之基本概念，有如德憲起草時所預具之根本原則一般。

吳氏憲草於民生編中，除列國民生計爲一章外，另一章則爲國民教育。十二年憲法審議會時，亦曾有人主張加國民教育一章，後亦因時間不及，未得加入。迨訓政約法公布，其第五章，即爲國民教育，首揭三民主義爲中華民國教育之根本原則。教育原則定入憲法，首見於法國一七九一年之憲法，文爲：「學校中應有紀念法國革命。及培養國民互相友愛之精神……」近則德國憲法謂：「學校教育之目的，在培養學生之道德，引起其責任心，鞏固合於德國精神之個人及事業上的獨立性，而不妨害他國之情感。」俄國憲法謂：「爲本集產主義理想，以提高本國經濟地位，改進本國政治生活的組織及發揚本國文化爲主旨。」

訓政約法第五章，次列男女教育機會平等，公私立教育機關之監督，學齡兒童之義務教育，成年失學之補習教育，教育經費之獨立，私立學校之獎勵，華僑教育，教員保障，免費學額及獎學

金，學術技術研究發明之保護，古蹟古物之保存。這些條款，都很適合將來憲法中均可照列。有人謂義務教育及成年補習教育何以未規定年限，若德國憲法即定明：「全國之八年小學教育，一律須規定爲義務教育，小學畢業生須受補習教育至十八年爲止。」故吳氏憲草即定爲學齡兒童應使受六年之免費基本教育。殊不知免費基本教育與免費小學，並非一事。况貧瘠之區，求免費四年之教育尙不可得，實不能一律定爲六年，毫無伸縮。

德國憲法中，有學術研究及講授自由的規定。吳氏憲草因之而定爲：「學術之研究及思想，與社會之秩序無直接妨害者，應保障其自由。」此爲訓政約法所無，而實爲日後憲法所應列入者。

## 第九章 憲法保障

在本書第一章中，曾述及剛性憲法國家，修改憲法的手續較其他法律為難，以期保持憲法的最高性。列國為維持憲法的最高性，關於憲法的解釋以及違憲的制裁，乃亦有各種形式，是曰憲法的保障問題。

通常國內法律發生疑義，或法律與法律相衝突，例由司法機關為之解釋。若法律與憲法相衝突，則因憲法係具有最高性之故，現除英國外，固莫不認法律為無效。是以現在所謂憲法之解釋，乃指憲法本身發生疑義者而言。如我國十二年憲法謂兩院議員不得兼任文武官吏，但得否兼國務員，未有明文。國務員是否亦為所謂文武官吏，即不無疑義。或謂國務員不適用文官保障法，非普通之官吏；或謂官吏乃執行國家事務之人員，國務員亦在其列。故凡遇有此等問題，便不能不有一機關為一確定解釋，以便適用。列國關於解釋憲法之機關，不外三種形式，



其一，係由議會解釋。大陸國家每以憲法解釋權付諸造法或立法機關，亦卽或以付諸議會，或付諸議會兩院所組成之憲法會議。此制理論上之根據在：（一）憲法爲造法機關所制定，卽當由造法機關解釋之，若委之其他機關，憲法有根本動搖之虞。（二）且若制定者爲一機關，解釋者又爲一機關，系統不明，法例紊亂，而憲法精神乃蒙影響。（三）如不以解釋權付諸造法立法機關，亦自不能交付行政機關，以免司行政者出入憲法意旨，釀成專斷，勢必須交付司法機關。然司法機關人員，乃少數之任命人員，何能爲人民多數代表所制定之憲法之解釋？

其二，係由法院解釋。美國聯邦最高法院，人稱爲美國憲法監護人，卽以其有解釋并保障憲法之權故也。蓋由議會解釋，每生下列各項之困難：（一）議會份子時有更迭，後人意旨，未必同於前人。反不若法院法官有終身之保障，前後解釋，可期一貫。（二）議會非常年集會，如所發生解釋之問題，須急迫解決者，非臨時召集不可。若召集不成，或雖能集會，而解釋案未能得法定人數之通過，卽無所適從。憲法之修改不成，尙有原案存在，解釋不成，甚且誘致政潮與革命，亦未可知。法院乃常設機關，法官人數不多，總可以有一確實之答案。（三）議會中必有各種不同之政

黨對於憲法之解釋，未必能依照立憲時之精神，不免爲政見所左右。法院法官本超然於政見之外，使法院有解釋權，且可助長司法權之獨立。萬一法院解釋不當，亦尙另有造法機關再爲補救。且（一）解釋與修改不同，解釋乃就已定之憲法，遇有事實發生，仍以原有之意思而判斷之，故修改事關重大，自應由造法機關慎重爲之，而解釋則不妨讓之法院。（二）人民訴訟違憲事件，如由法院受理，則欲求判斷公允，即非予法院以解釋憲法之權，不可。（三）若謂法院人員過少，不能解釋人民多數代表所制定之憲法，是誤以人數多寡，爲比較根據。不知解釋疑義貴在有法律之專門智識，不在人數多少也。

其三，另設國事法院，從事解釋。昔日德意志聯邦中，曾有數邦，採用此制。戰後奧國設憲法院，保障憲法，憲法乃由其解釋，並且應依司法精神去解釋，而不以政治意義爲之。此制的長處，在能兼顧上述兩制之失，並且偏於第二式司法的控制，特不以之歸於普通法院管轄，而特設一憲法法院耳。

我國歷次約法憲法憲草，除臨時約法，王氏草案，袁氏約法，國是會議草案，十四年草案無規

定外，其餘則十二年憲法用第一種形式，由憲法會議解釋，呂氏私草用第二種形式，由最高法院解釋。擴大會議草案，則兼有第二第三兩種形式，蓋係由監察院及最高法院另臨時合組約法解釋委員會以爲之。訓政約法則規定由中央執行委員會解釋，蓋在訓政時期，中執委會既爲實際代表國民大會行使中央統治權者，由其解釋，似較便利。吳氏憲草則用第三種形式，設國事法院，惟因其所列舉各項權限，過於龐雜，爲世詬病。此後憲法爲適應世界趨勢，并能確保憲法之最高性計，自以用第二或第三種形式爲宜。况此後之造法機關爲國民大會，其人數較之一般議會多至數倍，不特隨時召集會議，解釋憲法，確非易事。即能召集成會，恐亦難有甚確當之答案可得。修正憲法的手續加難，是預防式的保障，解釋憲法的機關定有專屬，是施行時的保障。但如議會立法，或行政機關規程命令違背憲法，是尙不得不另有事後的制裁，以免憲法最高性的消失。關於這最後一項保障的方式，亦可以分爲三類。

其一，亦係由議會自行爲之，可以英國爲圭臬。但進一步論，英國實根本不發生法律違憲問題。蓋英國憲法既不成人，又係柔性，司法權與行政權，均不能限制議會。議會可以隨時制定法律，

也可以隨時廢止法律。其於制定或廢止之時，亦並不預先說明何者爲憲法，何者爲普通法。

其二，係由法院加以保障，如美國，加拿大，澳大利亞，瑞士，均是，可以美國爲代表。美國深信三權分立，故非予司法機關以違憲制裁權，不能保障立法機關之不侵害人民權利。自一七八九年至一九二四年，美國聯邦議會所通過之法案，經美國聯邦法院覆核者，達三萬件，其中有五十件，被宣布違憲而無效。聯邦法院這種保障憲法的功勞，得之於在任三十四年之院長 John Marshall 之努力爲多，故人稱其爲美國憲法的第二造法者。現在聯邦法院不獨可以解釋憲法，甚至擴大解釋，以期適用，並且有如英國國會所具的對於憲法的權限。

各國憲法雖皆預定有法律與本憲法抵觸者無效的條文，然如不附以如何制裁的規定，即不免成爲具文。而制裁方式，除英國外，實不能付諸議會。以議會既先以多數通過某種法律案，焉願再自動的認之爲違憲，宣布爲無效。益以黨派之爭，或至彼此互訐違憲，此往彼來，則法律之有效與否，乃時在動搖之中。美國聯邦法院之大權，固有其歷史及理論之基礎，然觀其若干年之成就，實不得不謂爲良法。聯邦法院法官九人，任免手續，至爲嚴重，每次以多數取決，憑藉憲法以斷

定某項法律是否違憲而當否宣布其爲無效。一經宣布，卽認爲自始不生効力，下級法院及聯邦法院均受其拘束。

其三，係另設憲法法院，可以奧國爲楷模。歐戰以後，Kelsen 首主張憲法法院的設立，在任何國家均爲必要。蓋憲法與法律的關係，既如本書第一章所論，是從上至下的直線或關係，則如在下層的規程，行政行爲等，違反法律，亦卽違反在最上層的憲法，如不能保障憲法，則一國之內，所有法的系統，便不能建立。昔人謂違憲有形式的與實質的之分，直接的與間接的之別，凱氏認爲這些都是一樣的應交付憲法法院加以制裁。故憲法法院的管轄權，乃不僅在違憲的法律而已，卽行政機關的條例規則，大總統國務員的違憲行爲，行政法院與司法法院之爭議，未依照憲法所規定手續締結之國際條約，憲法公布前法律與新憲法不相符之條款，均應由憲法法院以憲法爲基礎，加以審判。

凱氏之說，首爲奧國所採，乃改昔日皇家法院爲憲法法院，得審判任何機關的違憲事件，取消侵害憲法所保障人民權利之行政行爲，判決撤銷違憲法律，并同時爲權限爭議法院，選舉訴

訟法院及特別行政法院。此項憲法法院之權限，雖尙不能盡如凱氏之理想，但其組織及十年來之成績，固已震動近世之憲法學者。

我國最近吳氏憲草乃亦做其意而設一國事法院，但吳氏雖謂其目的在直接或間接保障憲法之實行，及解決關於憲法之糾紛。然其所列舉之職權內，則將普通行政訴訟，解釋行政法令，處理公務員被彈劾案件，移送負刑事責任公務員於法院，均加羅列。此數者現本均另有專責機關，且與違憲無涉，何能命保障憲法之國事法院司之，故論者譏爲龐雜。

我國此後既爲成文憲法國家，國民大會行使中央統治權，對於違憲法律，雖亦可以複決方式打銷之，但國民大會究非長期開會，而複決之手續亦至繁。立法院又非若英國之國會，可任意制定或廢止法律。則此後違憲制裁之保障，自非屬之於司法機關不可。究如美國由一國之最高法院執掌，抑如奧國另設憲法法院或類似之機關，則與上述憲法解釋權之歸屬有聯帶關係。解釋憲法與宣告違憲法律無效（美）或撤銷（澳）之，每有若干牽連之問題，以同寄於一機關爲宜，故如設獨立之憲法法院或國事法院，即將此兩項權限，咸行交其職掌，否則，即均交諸爲憲

政時期最高審判機關之司法院，由其擔任保障憲法之責，