



# 憲法新論目次

## 第一編 緒論

第一章	我們要怎樣去認識憲法	一
第二章	憲法產生在怎樣的國家呢	一五
第三章	新國家觀	一九
第四章	國體和政體	三三
第一節	國體	三三
第二節	政體	三七
第五章	主權說的由來和新趨向	四〇
第一節	主權和統治權	四〇
第二節	諸家學說	四四
第三節	主權論的新趨向	五二
第六章	憲法的制定修改和解釋	五五



第一節	憲法的制定	五五
第二節	憲法的修改	五八
第三節	憲法的解釋	六五
第七章	憲法的經濟化	七〇
第八章	代議制度的搖動和革新	七七
第一節	國會的起源	七七
第二節	代議制度的存在性	七九
第三節	代議制度的缺陷	八一
第四節	代議制度的革新	八七
第九章	民治主義和獨裁政治的時代戰	九一
<b>第二編 民權論</b>		
第一章	自然法學派的民權論	九八
第一節	什麼是自然權利	九八
第二節	自由和權力的調和	一〇一

第二章 民權的新意義 ..... 一〇七

第一節 民權的意義和作用 ..... 一〇七

第二節 政治地位的平等 ..... 一〇九

第三節 政治基本權和經濟基本權的合流 ..... 一一一

第三章 民權主義上的民權問題 ..... 一一六

第一節 權與能要分開 ..... 一一八

第二節 建設一個歸人民使用的萬能政府 ..... 一二一

第四章 選舉權 ..... 一二四

第一節 普通選舉 ..... 一二六

第二節 制限選舉 ..... 一二九

第三節 被選舉的資格 ..... 一三三

第四節 選舉方法 ..... 一三七

第五節 選舉區 ..... 一四一

第六節 多數代表制度和少數代表制度 ..... 一四三

第五章 罷免權 ..... 一四九

第六章	創制權和複決權	一五二
第七章	國民直接投票和國民大會	一六〇
第三編	政府組織論	
第一章	五權政府	一六六
第一節	從五權政府說到兩權憲法	一六六
第二節	五權政府和三權政府的比較論究	一七一
第二章	訓政時期內的五權組織	一八二
第一節	國民政府	一八二
第二節	政治會議和國民政府的關係	一八四
第三節	國務會議	一八六
第三章	行政院	一九五
第一節	行政院的組織	一九五
第二節	行政院的職權	一九七
第三節	行政院的責任	二〇一

第四章	立法院	二〇三
第一節	立法院的組織	二〇三
第二節	立法院的職權	二〇四
第三節	兩院制和一院制	二一〇
第五章	司法院	二一一
第一節	司法院的組織和權限	二一二
第二節	行政訴訟事項	二一四
第三節	官吏懲戒委員會	二一五
第四節	司法官的任用	二一八
第六章	考試院	二一九
第一節	考試院的組織和職權	二一九
第二節	考試權獨立的理論	二二一
第三節	考試的沿革和方法	二二四
第七章	監察院	二二八
第一節	監察院的組織	二二八

第二節	彈劾權行使的方法	二二九
第三節	監察委員的責任問題	二三一
第四節	審計部	二三二
第五節	御史制度的簡單研究	二三四

# 憲法新論

## 第一編 緒論

### 第一章 我們要怎樣去認識憲法

憲法是國家的根本法，或者說憲法是公法的根本法，像這樣下了一個定義，當然不會發生什麼錯誤；但是，這不過給與我們對於憲法有了一種籠統的觀念罷了。如果要親切地去認識憲法究竟是什麼，那就非得多多明了解憲法的意義不可。所謂憲法的意義本來沒有十分確定的界說，我們隨便拿了一部任何國家的憲法來研究，要想根據着演繹出一種定義，却決計沒有完滿的結果。譬如說，美國各聯邦的憲法，其中有把關於行政法、法院編制法、民法、商法、刑法、訴訟等普通法律事項也規定在憲法裏面，甚至連到鐵道、警察和防止賄賂等事項一概包羅進去；那末，根據着這一類憲法也就不妨承認一種定義，說什麼憲法是關於國權的全體。可是這種定義怎樣能夠適用到其他各國的憲法上去呢？又像日本的憲法，握有大權的是君主，議會雖有立法權，君主也有獨立



命令權；那末，根據着日本的憲法却也未始不可主張憲法是制定國家直接機關——君主和議會——的權限，可是對於民主國却怎樣解釋呢？況且學者還有不把君主看做國家機關的，又像蘇俄憲法的目的是在於確保無產階級專政，壓服有產階級；但是我們不能就跟着下一個定義說憲法就是規定蘇維埃的權限和保障勞農的權利。要曉得各國的憲法各有其政治、經濟、社會的背景，各有其民族、習慣、歷史、宗教和一切傳統思想上的特情；於是憲法的內容參差得很；像英國憲法上規定裁判細則，瑞士憲法上規定國語，一千七百九十五年的法國憲法上規定國祭，巴西憲法上規定退位國王的年金，美國各聯邦憲法上近年來追加規定禁止彩票和販賣劇烈的飲料，瑞士憲法上追加規定禁止撲殺獸畜時不先絕息，瑞典憲法上規定銀行，古巴憲法上對於地方制度特為詳細規定，以及巴西、秘魯等國把人民國籍在憲法上定得很詳。這種種不同的憲法範圍，最耐人尋味的如同美國各聯邦裏面憲法上禁酒，禁彩票，以及瑞士保護到獸畜，足使我們感覺着憲法的內容也太複雜了。根據任何一國的憲法，固然是無從認識他的真面目，就是綜合各國憲法研究起來，怎樣才能夠求得一個共通的論點呢？

這一個憲法名詞當然是和英、法文裏所謂 *Constitution* 具有相同的意義，不能當作我國古書上憲法這種字義解說了。國語中行穆子說：「賞善罰姦，國之憲法也。」管子說：「有金城之守，故能定宗廟，育男女矣；有一體之治，故能出號令，明憲法矣。」那時候所說的憲法不過是法則、法度、法令等類，並且帶着刑法的性質，却沒有什麼根本法的意義。等到現代，憲法成了一個法律名詞，就包含着從歐美方面傳來的政治思想。在英國固然是憲法的策源地，但憲法 *Constitution* 這個名詞却是學者指稱英王所公布的幾種法律。至於英國著名的三大成文法典，像：一二一五年的大憲章 *Magna Charta*，一六二八年的權利請願 *Petition of Right*，一六八八年的權利法典 *Bill of Rights*，在名義上却是沒有 *Constitution* 字樣；只有亨利第二所發布規定國王和教民關係的法律才叫做 *Constitutions of Clarendon*。這是當然的，在十七世紀上半期以前憲法是沒有確定的意義。雖則呢，憲法和一般法律不同的思想，已經萌芽在古代的希臘和羅馬。亞里士多德 *Aristoteles* 就主張造成國家的根本法和根據了這根本法所發生的單純法律，其中間有嚴格的分野。羅馬學者也有主張組織國家的法律和其他法律相區別，把制定組織國家法則的權叫做 *Roma Publica i Constituere*，並且還認定

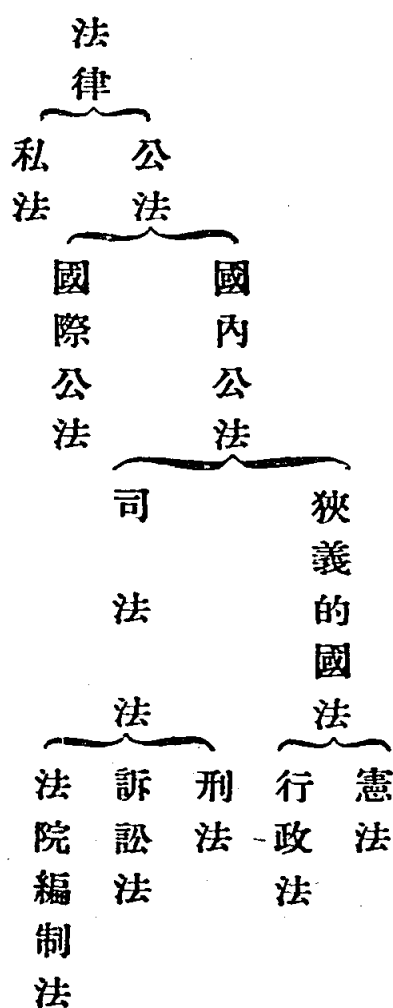
主權是屬於國民全體。但是，這種古代思想到了十七世紀以後，經過自然法派學者一番光大的發揮，對於憲法才有確切的認識。自然法派學者如同英國的霍布士，*Hobbes* 和洛克，*Locke* 德國的 *Walf* 大概都抱有一種根本法的觀念，所謂 *Lex fundamentalis* 就是國民爲了要組織國家所締造的契約。他們還把權力分做造作的權力，*Konstituierete Gewalt* 和被造作的權力，*Konstituierende Gewalt* 前一種是屬於主權者國民全體，是制定根本法的權利；後一種却包括立法權、行政權、和司法權而言。自然法派學者的學說雖不能確定憲法的真實意義，却成立了普通法律之根本法律的觀念。美國獨立了，一七八七年憲法會議所造成的憲法；法國革命了，一七九一的第一次憲法；此後歐美各國紛紛立憲，憲法的意義越發是確定而明瞭。但是，我們對於憲法能夠下一個什麼定義？或者這一種主觀的，概括的定義原來是不甚需要，不過有了這種憲法學理上的結晶點演繹地解說起來，更可以容易明瞭吧。美濃部把憲法的定義分做實質上意義和形式上意義兩種，這確是一種科學方法使得研究憲法的人們開始就獲着相當的了解。

美濃部以爲憲法沒有絕對的定義可說，各國的憲法都有各別的體裁，在這

一國憲法上詳加規定的事項，在別國却略而不載；所以要分做實質的意義和形式的意義。所謂實質的意義，就說憲法是規定關於國權的組織和行動的大原則，這種原則的表現，也有在成文法典上，也有在不成文法的習慣上。並且有實質的意味的憲法，存在於任何國家，至於普通意義的憲法，那就限於普通代議制度的立憲國家，有議會參與國權行動的國家根本法而言。此外所謂形式的意義，就是說那成文憲法，不過成文憲法的內容，却沒有一定的範圍，無從標出一定的原則。美濃部的解釋憲法意義的主張，確是很透澈的，不過因為時代的進展，現世紀國家組織的急變，他的主張，就也有了欠缺。他以為普通意義的憲法，是代議制度的國家，有議會參與國權的根本法，這種普通意義當然不能包括現在的蘇俄憲法了。蘇俄是一樣地有憲法，有成文憲法，具備形式的和實質的意義；但是，我們能不能稱呼他是立憲國家呢？那末是不必懷疑的，假使把立憲國這個政治名詞，加到『社會主義蘇維埃共和國聯邦』上面，總覺得十二分不妥當，雖則他也有成文的 Fundamental Law。所以美濃部說的普通意義已經不能適用在一個特殊的政治新形式。至於憲法的實質意義呢，現在姑且設定一個界限：憲法是制定國家組織和國權行使的大原則的法律。我以為國

家組織和國權組織的性質不同；國權組織不過是關於行使國權的各種機關的組織，並不包括組成國家的各種要素，且看左列的分析解釋：

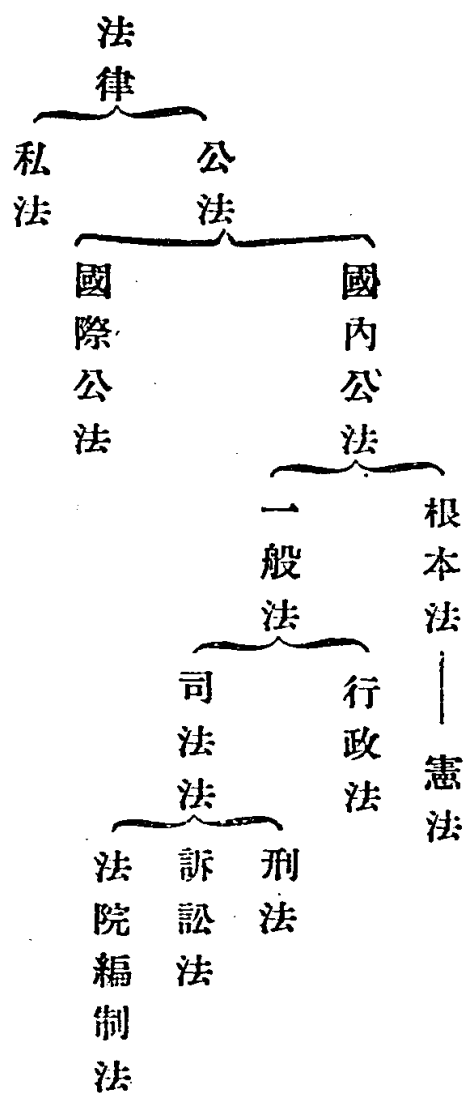
(一) 憲法是法律，憲法是不是法律，也有肯定說和否定說。主張非法律的以為法律要有制裁力，但一國君主違反憲法却無從加以制裁，這一說是淺薄得很。凡是一國君主違反憲法，固然不受制裁，但他違反了通常法律又有什麼制裁呢？況且法律也不是以制裁為要素。還有一種學說以為或種國家制定憲法和制定通常法律的機關不同，所以憲法不是法律。這種理論也是不完滿的，要曉得憲法是不是法律在於牠的性質却不在於制定的機關和手續。否認憲法是法律的學說要算積穗的主張最有理由。他以為：(1) 憲法是最高法却非普通的法律。這理由可從憲法法典裏面所記載的『此憲法』和『法律的範圍內』等用語的區別看出來；(2) 憲法的實質是定國體和政體的原則，憲法的形式是不得用法律變更的最高法典。憲法是國家最高的意思，法律却在憲法之下發表國家的意思。積穗所提出來的憲法是最高法，並非普通法律這一個前提沒有一點錯誤，但是他的斷案却錯在誤認法律僅僅是包含着一種普通法律的意義，所謂最高法却要排除在法律的領域以外。其實呢，普通法律固然



是位置在法律的領域以內，最高法也不能自外。法律的範圍內有國內法和國際法，假使說普通法律和憲法的制定機關或程序有不同的地方，憲法就不算法律；那末，國際公法的產生何嘗是類同於普通法律，難道牠也不是法律麼？且普通法律不能變更國際公法就和不能變更憲法一樣，然而國際公法却不失其為法律。所以我們可以說憲法不是普通法律，却不說憲法不是法律。法律的系統下有最高法也有普通法，有國內法也有國際法，在憲法法典上所稱法律，爲了用語上的便利雖則指那普通法律而言，但法律的全般意義却不爲這種憲法法典裏的字樣受到什麼影響。不過呢，認定了憲法是法律以後，關於牠在法律上位置問題却要加以研究。從來主張憲法是法律的學者對於這一點都沒有精當的見解，他們的錯誤可以從左列法律系統表上看出來：

從這一張法律系統表上看來，確是完全不能表現憲法和普通法律有什麼差異。憲法呢，雖則應該位置在法律系統裏面，但和普通法律在意義上，性質上自然有不能盡同之處；所以不該用狹義的國法一語把憲法和行政法相提並論起來。說到國家的政治組織，立法、行政、和司法三種機關本有相等的地位；所謂廣義的國法中行政法和法院編制法都是一樣的規定國家機關的組織，何以獨讓行政法並着憲法稱爲狹義的國法呢？因爲法學的發達，像法院編制法，訴訟法等既已各自獨立一科，成爲司法法系統；那末，關於行政機關組織和其行動的法規另自成爲行政法以後，卻不該再和憲法牽涉在一起。況且憲法是根本法，行政法是普通法律，一種根本法和一種普通法律怎樣可以加上一個狹義的國法名詞便站在法律系統下同一的位置上呢？假使說行政法是規定行政機關的組織和其行動的法律，應該和憲法同爲狹義的國法，那就關於司法機關的組織和行動的法院編制法也是有關國權組織的法律，一概要算入狹義的國法了，總之，從來學者對於憲法在法律上的位置如何，認識得並不親切確當，所作成的表現憲法位置的法律系統表也有欠缺。我的主張是要廢棄狹義的國法一名詞，憲法和行政法隔離；國內公法應該分做根本法和一般法。

根本法就是憲法，一般法就是行政法，司法法等。現在根據這種意義製表如左：



憲法在法律上的位置怎樣本不是一個重要問題，不過根據上表能夠表現出憲法在法律系統下一個恰當的位置，那就對於牠的意義就有了相當了解。

(二) 憲法是制定國家組織的原則 國家組織可從兩個方面觀察；一方面是物質的組織，如同人民和土地；一方面就是政治組織、經濟組織和社會組織，從前學者所下憲法的定義說牠是規定國權組織的法，所謂國權的組織大概是專指政治組織。那時學者對於憲法的觀念却是全不顧及憲法的性質是不該離開經濟組織和社會組織上的各種大原則。其實呢，實質的憲法意義跟



着國家組織的進步而擴大。關於構成國家的要素——土地和人民——在各國憲法法典上也有規定，也有不規定，可是這種組織國家的物質成分原本是憲法上的事項。一九一九年的德國憲法第二條：「宗國以各州的領土為領土。其他領土由本地人民基於自決權，自行要求的時候，以宗國法律取得之。」又第一百十條：「宗國和各州的國籍，按照宗國法律的規定取得或喪失。凡各州州民同時即為宗國國民。」這就是規定國家組織——關於構成國家要素的土地和人民——的原則。社會主義蘇維埃共和聯邦的憲法上也有這一類規定；如同第六條：「各共和國的領土，非得他本國的允許，不得變更。」又像一九一八年蘇俄憲法第二條：「蘇俄共和國以自由民族的自由結合做基礎，再合各民族的蘇維埃共和國而成一聯邦。」就是單一國的憲法，像我國元年的臨時約法第一條：「中華民國由中華人民組織之。」第三條：「中華民國領土為二十二行省，內外蒙古、西藏、青海。」也是把組織成國家的人民和土地明定出來。要曉得憲法是制定國家組織的原則，不能單說是國權組織；因為國權組織一用語不足說明憲法的實在意義。至於現代新憲法像德國憲法第三條和社會主義蘇維埃共和聯邦憲法第七十條，第七十一條規定國徽和國旗，這也有

重大的意義，這是屬於國家的形式組織，現在再換一方面說說吧。從來關於憲法上的制定事項總不外政治方面人民權利應該怎樣保障，表示和執行公共意志的機關應該怎樣組織，却是沒有注意到社會組織和經濟組織。從十八世紀到十九世紀，憲法是直接受着自然法學派思想的影響，爲個人主義所控制。二十世紀開始以來，社會主義有戰勝個人主義的傾向，於是憲法上不僅是制定政治組織的原則，却要進一步制定關於社會組織，經濟組織的大原則了。資本主義的社會和社會主義的社會於此同一世界中各自在憲法上築建起森嚴的營壘。這是不必引證蘇俄的憲法來說明，就像德國——站在資本主義營壘方面——的憲法第五章所規定的生計生活，斟酌於個人自由主義和社會主義之間，改造一部分舊的社會組織和經濟組織。在适用法律保障工商業的自由以外，更設定生計生活的秩序以公道爲大原則。這種大原則適用到土地方面，如同：(1)人人應有衛生的住宅；(2)地價的增加不歸地主獨享其利；(3)鑛權等類的廢止。適用到大工業國有方面那就具有三種方法：(1)化私人財產爲社會財產；(2)足以妨害公衆利益的大企業，國家不要收歸社會所有，就參與管理，作爲公私共有的營業；(3)不是國有也不是國家所要參與的私人營業，關於定價

等事項，國家認爲不當就得設法限制。此外對於生計的企業，連合產主和工人創造一種生計自治團體，凡是關於製造、分配、定價、輸出入等問題，都依照公共生計的原則。從德國憲法上看來也很可見得基於現代思潮而產生的新憲法除了政治組織，還要制定社會組織和經濟組織的實例一般了。

(三) 憲法是制定國權行使的原則 國家組織是靜的事項，國權行使是動的事項；憲法上卻要兼收並蓄。所謂制定國權行使的原則，那就從三權憲法說來，凡是統治權的作用怎樣活動，立法權怎樣由議會行使，行政權怎樣由政府（狹義的政府）行使，以及司法權怎樣由法院行使，還有以權止權的妙用應該怎樣地憲法化。基於五權憲法呢，那就治權和政權的分離作用，直接民權的行使方式，以及五權分立上相互牽制的運用方法，都要在憲法上規定各種原則，憲法既然是制定國權行使的原則，可是關於國權的意義却也有幾種不同的解釋。從前學者中頗有主張國權的本體是唯一不可分，國權的效用却有兩方面；對外叫做主權，對內叫做統治權，這都是最高權力。國權在這種意義之下，那就憲法上所規定的人民參政權不過是一種單純的人民的公權，絕對不含有國權的意味。但是，根據着五權憲法的原理，我卻主張人民行使直接的民

權就是屬於國權行使的一種。孫中山演講五權憲法，曾經說過：「在南京所訂民國約法，內中只有「中華民國主權屬於國民全體」一條是兄弟所主張的，「主權既然在民，那就人民本於主權而行使的直接民權不能當作通常公民權解釋了。況且民權主義是要把權與能分開來，一面是行使四個直接民權的政權，一面是行使五權之治的治權。民權和政府權的相互作用就是政府有了五個權足以充實牠的能力，人民也有四個節制的方法去管理這萬能政府。民權就是主權的化身。政府權何嘗不是統治權呢？我們不妨說政權和治權的合體是國權，或者要主張國權是唯一不可分，那就也儘可主張政權和治權是兩面效用，屬於三權分立主義的憲法，關於人民的權利可以分做自由權和參政權兩種，就是民主共和國也不把參政權看做國權的一部分。其實呢，國家既然是人民組織，主權又在民；國權的作用原不過是民權作用的擬制名詞。要曉得從事實上觀察國家無非是社會上治者和被治者的關係，離開了治權就無所謂國權，並且五權憲法的理論上，人民把國家的大權交給政府，自己却還保留着四個直接的民權，這民權也就是國家的政治大權。孫中山在民權第六講裏說：「因為在我們的計畫之中，想造成的新國家，是要把「國家的政治大權分

開成兩個：『一個是政權，要把這個大權完全交到人民的手內；要人民有充分的政權，可以直接去管理國事。這個政權便是民權。一個是治權，要把這個大權完全交到政府的機關之內，』所謂國家的政治大權就不外是通常所謂的國權；所以我說基於五權憲法的原理，政權和治權的合體便可叫做國權。憲法呢，便是制定國權如何行使的原則。

我一面主張參政權等民權作用是屬於國權作用的一部分，一面却否認憲法的實質意義是含有保護個人自由權意思。什麼結社自由呢，言論自由呢，居住自由呢，信仰自由呢，憲法上規定不規定，對於人民沒有多大的影響，并且憲法本身的效用也不在於規定這些事項。法國的人權宣言本是時代的產兒，美國直接感受這種思潮的偉大力量，在追加憲法上也定下了保護人權的條款。後來各國憲法做做着多列舉人民應享的權利，但同時又規定法律可以制限；於是在憲法上所保障的人權應用到實際方面仍舊要根據着通常法律為轉移，所以人權保障是通常立法事項，不必歸納到憲法裏去。至於恐怕政府在憲法上解除人權保障以後，容易利用政治大權去蹂躪人權，而普通法律的力量却不夠約束牠，那就怎樣呢？這是要看憲法上所規定民權行使的力量怎樣了。

憲法上既經制定了行使充分民權的大原則，人民又能實際使用這種權力，就是萬能政府也沒有作惡的餘地。否則，像舊式憲法上人民只有一個選舉的直  
接民權，又不曾使用得好，那就規定了百十條保障個人權利的原則也不中用。  
所以憲法只是制定國家組織和國權行使的大原則的法律，不是一紙人身保  
護狀。我們要明瞭這種法律的觀念，我們才得認識憲法是有超越於自然法學  
派所倡導的個人自由主義以外的其他政治的和經濟的意義。

## 第二章 憲法產生在怎樣的國家呢

無論政治學說上怎樣說明國家的起源和提倡一種理想的國家，像神權說、  
強權說、民約說、有機體說、實利說，却一律不關憲法產生在怎樣的國家一問題。  
固然也有學者主張立憲國才有憲法，不過這是專指形式意義的憲法而言；其  
實呢，以法治為前提的立憲國家，憲法雖是必需的要素，但其他人治的國家有  
了政治組織，就也少不了一種傳統的不文習慣。這習慣就是一種憲法。造成國  
家的要素是人民、土地、主權、和組織，不管是怎樣的國體和政體，必有種種習慣  
的、宗教的、禮教的、家族的法則和信條影響到一切政治組織以及政府職權的  
分配，這就是憲法。至於這種憲法是不是完備，是不是適合現代憲法思潮，那却

又是另一問題了，並且，古代國家的意義比到現實的國家觀念本來未必盡同；像希臘時代，因希臘人城市生活所表現的城市政治，就成了一種城市的國家。City-state 希臘人對於國家所用的名詞 Polis 就和英文裏所用 City 的意義一樣。羅馬時代也有相同的見解，所謂羅馬國 Roman-state 無非單指羅馬城而言。但是，國家觀念的範圍廣狹如何以及 State 和 Nation 的意義應該怎樣分別，暫且不必說他。憲法却產生在城市國、帝國、君主國、貴族國、民主國、單一國、聯邦國、以及一切社會主義的國家。只要有國家存在，國家不能沒有政治組織，這種政治組織就必要有習慣的、宗教的、禮教的、家族的法則和信條作為牠的最高原則；所以實質意義的憲法是可以也是必須產生在任何國家。

希臘早年，荷馬的帝王神權說，主張只要一個首領，由神給他權力，以便統治。後來希臘變為貴族政體，仍舊是信守着神權說。那時代的國家，神權高於一切；神權統治就是憲法上的大原則。沙倫 Solon 改革這種憲法，制定人民參政權，平民和貴族並重，把人民分做四個階級，足見實質的憲法也產生在神權國了。柏拉圖 Plato 的政體分類，把合法的政體分做：立憲君主政體，（主權者一人）貴族政體，（主權者少數人）立憲民治政體，（主權者多數人）又把非法的政

體分做：專制政體，（主權者一人。）寡頭政體，（主權者少數人。）極端民治政體，（主權者多數人。）他還主張君主政體受善法限制，便是六種政體中最壞的政體。希臘時代學者的憲法思想給與我們一個證明，所謂憲法並非從法國大革命，美國獨立時所創制的東西，却遠在幾千年前產生於古代國家了。希臘人對於國家的起原，哲人派主張由於契約；亞里士多德主張政治社會是從家長制度發生出來，當家長權力變成市長的時候，便是希臘古代的君主政體；那末，假使說國家是起原於契約，那就憲法產生在個人意志結合上面；假使說國家是發生於家族制度，那就憲法產生在家長權力變成市長以後。亞里士多德用科學的分析方法，認定市民是組織國家的個體，由個體組成總體的方法便是憲法。因為國家總體的性質不同，所以從個體組成國家的方法也有不同；統治的團體是全體人民，憲法就成為民治政體的憲法；統治團體是少數人，憲法就成為貴族政體的憲法。并且，革命後建設一個新國家，產生新憲法，從前的國家就不存在。所以像雅典當克里斯庭 *Clisthenes* 實行民治主義的憲法時，亞氏便說：『雅典的國家已經跟着憲法改變，已經是造成新市民的團體，實行新民治主義的國家了。』這種學理主



張以爲憲法一經改變，國家就不是從前的國家。憲法是國家的要素，國家是不能離開憲法，這種觀念在希臘時代已經存在，並不是一定要在立憲國家，法治國家，我們才需要憲法。只要有了國家便有憲法；不過立憲國更有完備的成文法典罷了。

現在且拋開古代學者的學說，看看英國的憲法史吧。英國憲政的演進是跟着逐漸發展的程序。當一〇六六年諾爾曼王朝前來征服，就建設中央集權制度，封建的諸侯都屈伏在國王權力之下，不過等到十二世紀後半期，國王制作重要命令的時候却常常召集諸侯和僧侶共同議決，後來就成爲一種慣例。一二一五年，貴族和人民連合起來反抗專橫的王權，約翰王才發布大憲章。此後在愛德華第一世的時候設立州 County 和市 Borough 的代議士選舉制度。愛德華第三世在位的時候，州和市的代議士和貴族會議分離開了成爲獨立的會議，這就是現行兩院制的開始。但是，我們所要注意的是英國憲政的演進並不根據着何種法律，大憲章也沒有建設什麼人民的新權利，大部分只是確認舊有的慣例。英國的憲法是生長的不是製造的，這固然是一句恰當的話，但英國的憲法究竟在什麼時候產生呢？這是不像通常有成文憲法的立憲國家，容易

說明，說是產生在憲法法典制定之日了。但是，有了國家便有憲法，英國的憲法生長程序是可以從歷史上看出來，至於牠的產生始期，那就自有英國國家的存在，便有憲法存在。英國實質意義的憲法不是創始在大憲章，不是創始在權利請願，也不是創始在權利法典。英國所以成爲憲政國家都是不期然而然的。就此，我們很可以肯定不在成文法典上，不在立憲國三權分立的名義上，實質意義的憲法常是伴着任何國家而產生。

### 第三章 新國家觀

國家的通常意義就是在一定的土地上面受那有組織的同一權力統治的人類團體。國家和社會不同的地方就在社會祇是人和人的關係，國家却除了這種關係以外，還有人和土地的關係。國家和民族不同的地方却在民族是包括着種族的關係，地理的關係，和文化的關係等幾種組合的要素；國家呢，有時數個民族組成一個國家，有時一個民族組成數個國家。並且民族的單純意義是不必含有政治意味的。基於這種意義的國家是怎樣發生的呢？關於國家發生的原因就是國家起原論，舊日重要的學說可以分做三派：

(一) 神學派。這是主張神權論的。自從希臘、羅馬以來，頗有神學派的學

者倡導國家的發生是由於神的創造，尤其是一般宗教家信守奉行。這種主張當然是非科學，非邏輯；不過教皇假托着神意去干涉政治，君主冒認着神權去欺騙人民罷了。你看，十八世紀後半期，法國路易十六還要宣言說：「凡主權專屬於國王，國王在行使最高的權力的時候，只對於神負着責任。」足見這種神權思想到了近世紀，君主還要假借着做他權力的護符。

(二) 自然法派 自然法派說明國家發生的原因，主張民約說。民約說又可分做政府契約說和社會契約說。政府契約說是主張治者和被治者相互間定了合同，把政權託付給特殊的人；社會契約說却是主張社會上各個人彼此相互間訂立合同，組織一個政治團體，把政權委托或讓給特殊的人所有。這兩種學說雖則同是民約說，但政府契約是說在已經成立的政治社會當中，建設一個特殊的政府；社會契約却在自然界中建設一個政治社會。前一種是代表特殊的政府制度的學說，後一種是代表國家起原的學說。

(三) 歷史派 這一派以為國家是歷史的產物，國家的發生是由於家族擴張的結果。他們把社會進化的程序分做三個時期：太古的人類大家把肉體、服飾、器具等記號相結合，叫做徽章團體；其次便是用宗法編制家族，家長有統

治的權力，叫做血族團體，後來人口發達，不能細辨血族的統系，於是依着山河的自然界限，自成區域，叫做地域團體；那時候還沒有成爲完全的國家。因爲從前遊牧的時代，土地廣大，人口稀少，人類團體的遷徙自由却不受何等限制。等到人口的密度增加，各地方都有固定的民族聚居。同時人類的交際複雜起來，生存競爭也越發激烈；於是互定規則，并且要有強制力維持。需要一個統一的機關執行一切。這就是國家起原時的狀態。不過這種國家成立最初狀態的確定時期却沒有絕對的標準，歷史上是沒有國家成立的顯然界限給人假尋求到的。

國家一經成立，牠的實質和形式並非永遠不變。國家的意義、組織和構成的要素常是跟着時代的進化，社會的發展而變遷。從歷史上考求牠的變遷形跡，可以分做左列四種：

(一) 族制國家 這是國家最初的狀態，又可分做：

(1) 純族制的國家 這是一個民族組成的國家。

(2) 雜族制國家 這是組成國家時由一個中心民族併合其他民族。

(二) 神權國家 這種國家和族制國家常相混合，並有直接和間接的

別：

(1) 直接神權國家 像古代的埃及和猶太說是直接受神的統治。

(2) 間接神權國家 這是說國家統治者的權力是神所給與，或者說是經由教會給與。

(三) 服從國家 血統和宗教終究是不能解決進化的人類社會的生存鬭爭，勢必至要借重戰爭殺伐的威力；於是強有力者征服弱者，就產生服從國家。這種國家因為性質上有單純和複雜的差異，可以分做封建國家和專制國家。

(1) 封建國家 世界各國差不多都經過封建制度的階級，歐洲各國在中世紀還保留着這種制度。歐洲封建國和我國戰國時的諸侯也有相同之點，也有不同之點。歐洲封建制度的特色是：(甲) 一國的領土上是分藩而治，各藩都有藩主，藩中人民不服從國權，只服從藩主的權力，對他有受裁判、納租稅、服兵役的義務；(乙) 藩主也有大小的區別，大藩主直接受國王的統治，小藩主却歸大藩主管轄。國王的統治權力是不能直接及到小藩。

(2) 專制國家 專制國家就是君主集權，正所謂「朕即國家」了。

(四) 約束國家 人民脫離強權服從的關係，於是進步而成約束國家；有共同信守的憲法，約束國權的行使。但所謂約束國家也有幾種分別，如同：(甲) 美國和法國算是完全約束國家；日本却在有憲法約束以外還帶着族制和服從的性質，算是不完全約束國家。(乙) 多數國家都由服從變成約束，算是變成約束國家，美國是新建設的國家，就叫做新成約束國家。(丙) 單一國是單純約束國家，聯邦國是複維約束國家。

上面所紹介舊時一般學者的國家起原論以及他們所說明歷史上國家在成立後變遷的情狀，不過是大部分給與我們一種對於國家的既往觀念。但是這種國家現象是不是人類的終局狀態呢？現在的國家已經有了什麼變遷呢？將來的國家又要發生什麼變遷呢？理論的或事實的處處供給我們對於發生一種新觀念的資料。最顯然易見的就是自從一九一七年以後世界上便開始有資本主義國家和社會主義國家的分野。從資本主義國家轉化到社會主義國家，確是國家組織上一個重大和全體的變遷。歷來學者所主張的什麼國家的意義，國家的性質，國家在法律上的觀念，一概不能適用到社會主義國家方面。一個社會主義國家建設起來，不是國體的變更，也不是政體的變更，却是關

於整個的國家組織的改造。族制國呢，把國家的基礎建築在血統上；神權國呢，把國家的基礎建築在宗教上；服從國呢，把國家的基礎建築在權力上；約束國呢，把國家的基礎建築在法治上；雖則他們都是屬於資本主義國家系統下面。至於社會主義國家呢，把國家建築在經濟的新基礎上面；雖則他還施行着新經濟政策。

除了現實發生的資本主義國家和社會主義國家的分野以外，從前的國家觀念是單一的，現代的國家觀念是複合的。個人主義者把國家看做個人的集合體，社會主義者却把國家看做人羣的集合體。魏羅貝說：『中世紀傾向封建主義，十五、六世紀傾向獨裁主義，近代的運動似乎又傾向聯邦主義。』這就是近代所發生的關於國家的新觀念了。

聯邦國是幾個國家結合起來組織成功法。聯邦國和邦聯國的意義不同，邦聯國是基於條約而成，聯邦國却是憲法上的結合。關於聯邦國組織的根本法不是聯合各國的國際條約，却是聯合各國的國內憲法。所以在各聯合國家共同制定憲法，建立一個中央政府以後，聯合各國只保留一部分主權，并且各分子國一經憲法聯合便失掉原來的獨立資格，國家的最高權是屬於中央政府。

不過這種分子國在法律上等於聯邦國的地方政府，事實上却和單一國的地方政府大有區別。這些分子國是創造聯邦國的基礎，並非國家所建設的行政區域。各分子國對於自國的權力基於固有的統治權，不從中央政府委任而來。因此，聯邦國和單一國不同的要點有三：(1) 聯邦國的分子國有自己保留下的固有權力，不是由於中央政府委任；(2) 聯邦國中央政府的組織，統是由於分子國的意思決定；(3) 聯邦國一經成立以後，如果要修改憲法上關於中央和各分子國的權力分配問題，那就非得他們同意不可。但是，這些理論都是說的舊式聯邦國的性質和組織，至於新近的聯邦論却要打破了這種舊觀念。

新的聯邦論——新的國家觀——是以職能為立場，不以權力為立場；是職業團體的聯合，不是地方團體的聯合。舊式的聯邦是中央和地方分權，新式的聯邦是國家和職業團體分職。白爾克 *Patton* 在一九一五年出版的從斯賓塞爾到今日之政治思想一書裏說：「對於國家不信任的傾向，現在漸漸擴大。支配這種傾向的勢力却有好幾種；從前有對抗國家權力的自然權說，更有勢力的新學說却是主張對於國家的團體權利；經濟學方面有基爾特社會主義表現牠；法律學方面有團體人格的實在性，團體之自發的成立，團體的固有權等



主張表現牠。在後一種或者關於勞動組合的主張，或者關於宗教團體的主張；其形式或以爲國家是基爾特的聯合；或以爲不限於經濟，並且包括宗教的，國民的團體之一「社會的社會。」這其間雖有差異，但却同有發生一種聯邦國家的傾向……我人關於國家，尤其是關於主權，有足以包含這種新思想的新觀念的必要。我人以爲凡是國家，——不僅本來的聯邦國，並且包含自稱單一的國家，——在他的本質，都不可不做聯邦國。主權並非單一不可分，不可不看做複合的，複細胞的。」在這種新思想上我們所要注意的，第一點就是單一國在本質上也要看做聯邦國；所謂職業的聯合性不必要有單一國和聯邦國的區分；第二點就是國家不是個人的集合體，是羣的結合體。

新聯邦論所主張的國家也可以說是聯羣，像白爾克所說：「現在聯合主義 *Federalism* 盛行。普通人都以爲單一國享有唯一的主權，這是一種錯誤的見解，和生活的實際不相切合，我們以爲一個國家多少總是聯合的社會；包括許多不同的人羣。不同的教會，不同的經濟組織在內，每個團體都可以行使對於團員的支配權。聯合主義的感情異常普及。新社會已經丟開獨受中央支配的集產主義的方法，在基爾特名義之下造羣。他承認國家是生產工具的最後主人，

要求把這種工具的動用權託付給基爾特管理之下；却教國家來鼓勵文化，要求歸基爾特管理經濟的生活。『這種主張是國家和職業團體的分職論。也就是國和羣的聯合。』

並且，這種新形式的聯邦又叫做職能聯邦國。英國基爾特社會主義者柯爾 Cole 和何勃生 Hobson 討論國家和民族基爾特的關係，有職能聯邦國的新建議。柯爾以為國家是地域團體。地域團體就是共同消費、使用和享樂的團體；所以國家是消費者的團體。和國家相對立的有生產者的團體。民族基爾特，這兩團體代表消費和生產各異的人類生活的兩方面。這兩種團體雖則在各自領域內各別對於他的構成分子行使支配權，但此一團體却不能支配別一團體。國家和民族基爾特兩團體間保有共同主權。 Co-sovereignty 何勃生的見解却以為國家不是消費者的團體。國家於現在、於將來都不是經濟的存在，也不可為經濟的存在。國家的職能非經濟的，應該是精神的。國家的職能：(1)法律，(2)醫療，(3)海陸軍和警察，(4)外交關係，(5)教育，(6)中央和地方的行政。國家不是代表消費者的團體，也不是代表生產者的團體，却是代表公民的人格的利益利益的團體。民族基爾特雖則從國家獨立了，經營生產事業；但經濟生活是不是健全，對於

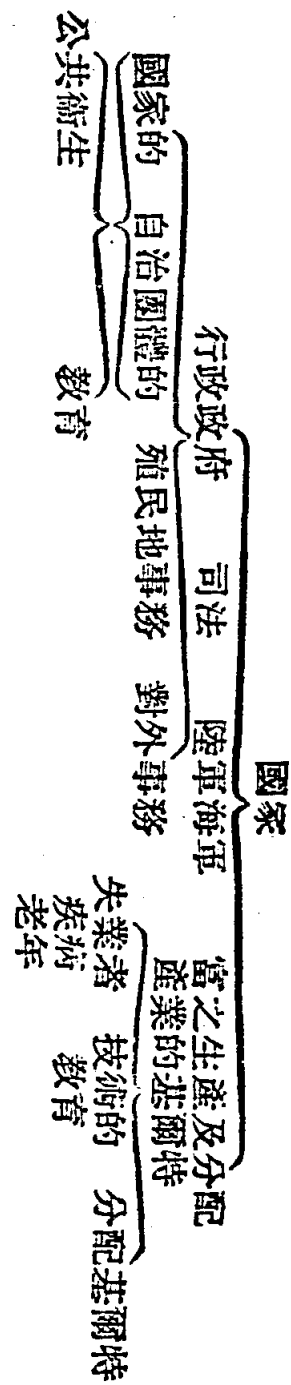
社會全體的運命關係極深；所以代表公共利益的國家對牠該有干涉的權利。柯爾和何勃生主張不同之點；柯爾是否認國家對於民族基爾特的主權，何勃生却說國家應有這種權利。

何勃生以爲民族的基爾特是以民族的存在爲前提，民族却和國家不同。民族是在無組織的一定傳統之下，共同生活的人類集團。民族要靠着國家才有發言的機會。國家是精神的存在，表明公民資格的人類意思，應該有最高獨立的權威。民族的基爾特却站在這種國家下面，管理生產消費的經濟事項。消費不可和生產分離，這兩者是形成同一經濟的過程的各階段。消費方面，設立一種分配基爾特 *distributive guild* 管理消費事項。至於管理行政方面事宜的國家機關那就另設政府。這是承受國家的意旨，處理行政事務。在國家範圍裏面相當於民族基爾特而兩相對峙的是政府。這兩方都是以職能爲基礎的團體。組織政府的人另行組織官吏基爾特，*Civil guild* 和其他基爾特相同。關於此點，何勃生和柯爾的見解有點互異；何勃生所說的國家，柯爾稱牠是聯合會議；何勃生所說的政府，柯爾稱牠是地域團體的舊國家。柯爾是否認對於民族基爾特的國家主權，他主張組織第三團體的聯合會議，*Joint congress* 那就國家和民族

基爾特互相獨立，彼此不受支配。所謂聯合會議就是國家和民族基爾特兩團體各出委員組織第三團體，以政治和產業縱斷的分立代替從來橫斷的三權分立。柯爾是承認國家有經濟上的職能，為消費的代表者，所以他們所說的國家是管理政治和消費。何勃生却不認國家有經濟上的職能，他所主張的政府不過是管理政治上的行政事項。至於柯爾所主張的聯合會議，行使統合的職能，不外包括司法、警察、海陸空軍、宣戰、媾和、締結條約等從來屬於國家管理的事項却相當於何勃生所主張國家的職能。

柯爾主張聯合會議只管司法，不管立法和行政。至於立法和行政却依照國家和基爾特的職能線分割開來。何勃生却有異議，他以為立法和行政可以區別為政治行為的兩個階級，立法告終而後行政開始。立法歸巴力門，Parliament 行政却跟着立法歸政府掌管。政府各部的首長代表各部，列席在巴力門，聯絡政府和巴力門。並且，巴力門和基爾特會議為了協商事件，應由雙方派出代表，形成一種合同體。A joint body 不過關於立法事項，無論如何要歸巴力門單獨行之，不必協商。何勃生的國家觀是要把行政政府、司法、海陸軍、以及富之生產和分配產業的基爾特歸納在國家系統下面，且看左列的表：

有主權之公民資格



柯爾和何勃生以外，羅培爾 Roberts 也是代表基爾特社會主義的有力人物。他主張教會既經離開國家而獨立，那就工會、教師、醫師、律師等基爾特的職業組也該獨立。不過這種互相獨立却沒有統一的機關，那就分離的結果未免使得各團體的行爲變做非社會的；所以要有一種統合的方法。方法呢，就是改造現在的國家。將來的國家決不是集權的單細胞的國家，却是分權的複細胞的國家。至於參加到這種國家的團體應該是怎樣的種類，那就必是限於行使社會所必需的事務的團體。關於新國家議會的議員應該怎樣選舉的問題，就是新國家的代議制度應該立於怎樣基礎的問題，依羅培爾的主張，構成新國家的議員可以分做三種：第一種議員是依照從來地域的基礎所選出的舊國家代表者，第二種議員是依照職業別為基礎所選出的各基爾特的代表者；第三

種議員是從新國家所屬的個人直接選出的代表者。羅培爾所稱的舊國家就是指那從來地域團體的國家而言，和柯爾的所說相同。至於這種地域團體和各基爾特的團體聯合起來，抱有協同的目的，就叫做新國家，也就是所稱的職能聯邦國了。

族制國，神權國，和服從國已經成爲歷史上的陳跡，至於以代議制度，權力約束爲政治組織的立憲單一國，以及以地域爲基礎的聯邦國，也要開始走上一條變動的途程上面。職能聯邦國還不過是基爾特主義者一種理論，但資本主義國家變成社會主義國家却已有了實例了。在政治的進化史上所發現的各種國家，除開上述族制國家等四種分類以外，學者還有其他標準的觀察。譬如一羣數目不多却很固定的人民，佔據面積不大的土地，靠着血統或宗教團結起來，這種國家這叫做團體國家。Community State 至於面積開拓得很大，人民也很多的國家，有別處遷來的人民，有戰爭得來的土地，權威震動一時，這就叫做世界帝國。World Empire 還有一種民族國家，是同一民族的人民在天然的地理的界限以內建設國家。歐洲自從第五世紀到十二世紀，試驗過各式各樣的政治組織；封建的貴族政體呢，城市的民治政體呢，理想的世界帝國呢，却終於歸

宿到人種的和說理的兩方面，造成民族國家。就是因為有了民族、言語、宗教的各種關係，加上天然的和地理的界限；所以就發生了法國、西班牙、英國、瑞士、荷蘭等民族國家。這些民族國家成立以後，却又經過長期的國際鬭爭，強大的國家就隨意支配小弱國家的人民和土地。民族的結合，地理的天然界限都被他們破壞。十九世紀，民族的思潮湧起，各民族都要求民族自決，像土耳其、奧地利等不合民族主義的國家一律受到影響。意大利、比利時、希臘等民族國家逐漸成立。民族解放的呼聲直到現在還震盪着全世界。不過呢，強盛的民族國家仍舊是力圖伸長他的政治的、經濟的威權，建設廣大的殖民地；於是成爲一種民族帝國。這種民族帝國和中世紀的世界帝國是有不同的性質。

將來的國家是要傾向着兩種相反的潮流而進行；但是國家主義占優勝呢？世界主義占優勝呢？資本主義占優勝呢？社會主義占優勝呢？這是多麼影響到將來國家的組織問題，現在却也無從論定。不過即使離開資本主義和社會主義的鬭爭問題，研究國家形式的必然變遷，民族國家呢？民族帝國呢？也就是一個世界之謎。近世紀以來，歐洲各國多注重民族的、地理的自然界限，要求民族的自由和獨立；巨耐國際間事情是未必依據着公道而解決的。歐洲大戰雖則

給與各被壓迫民族一個解放的機會，像波蘭、芬蘭等國幸而獨立；但是民族自決主義何嘗貫徹實行。國際間的糾紛以及各種不穩狀態終究要引起弱小民族的自由行動，促成多數民族國家的建立。民族問題本來已經成爲很重要的世界問題了。一方面是努力於民族主義，要實現民族國家，一方面却順着世界大同的趨勢。打破民族國的民族基礎和地域基礎。從資本主義發展的方向說，民族國家，民族帝國，再進而成爲世界大聯邦國；從社會主義發展的方向說，就是世界社會主義團體的大聯合國。

#### 第四章 國體和政體

關於國家的分類是可以適用各種不同的方法；或根據着主權者的人數，或根據着政府的組織，或根據着土地的大小，或根據着國民的多寡，或根據着國產的質量；或根據着國力的強弱；但是，在憲法上所必須研究的却在主權者的人數問題和政府組織的形式怎樣，以便說明國家的分類，這就是通常所說國體和政體的區別了。這種分類的原理是科學的，是要顧到法理和政理兩方面的。

#### 第一節 國體



國體的分類原理是有兩種：（一）依照國家主權者的人數分類，（二）依照政府組織的形式分類。但也有學者分析開來說，依照國家主權者的人數是國體分類，依照政府組織的形式是政府分類。依照主權者的人數分起類來，國家可以分做君主國體，貴族國體，民治國體。在單一的最高意志支配下的國家叫做君主國體；由少數人行使主權的國家叫做貴族國體；由多數人民行使主權的國家叫做民治國體；亞里士多德的國體分類就是這樣。亞氏和柏拉圖的分類方法是沒有什麼區別，不過他們兩人都把國家和政府合在一起，並非另有一種政體和國體的分析觀念。亞氏的國家分類，憲法學上通常叫做國體分類，但高一涵的歐洲政治思想史上却稱做政體。

亞里士多德的國家分類標準是：（一）主權者的人數，（二）國家和政府的目的。他以為國家是道德的社會，國家的目的是道德的生活；政治精神走向這條路上去的是正當的國家，否則便是腐敗的國家。這種分類法如同左表。

	合於國家目的
主權者一人	君主國體 Monarchy
主權者少數	貴族國體 Aristocracy
主權者多數	立憲國體 Polity or Constitution

國體

不合國家目的

主權者一人	——	專制國體 Tyranny
主權者少數	——	寡頭國體 Oligachy
主權者多數	——	貧民國體 Democracy

亞氏所謂壞的國家，或者是專制國體，專顧君主一人的利益；或者是寡頭國體，專顧貴族少數人的利益；或者是貧民國體，專顧窮人的利益；一概都是抹煞全民的幸福。亞氏的國體分類得着許多學者的擁護，却也接受不少的批評。這種分類的缺點說是只依照主權者人數分類，不依照組織的根本原理分類，不免成爲機械的，數量的分類；並非精神的，品質的分類。但擁護這種分類方法的却主張依照主權者的人數分類，能夠根據着人數的多寡認定人民政治自覺的程度的高低，以及人民自治能力的強弱。

亞里士多德的分類是國體三分說，但近世學者又有所謂國體二分說，就是把貴族國體和民治國體合稱共和國體。因爲貴族國體和民治國體無非是主權者少數和多數的區別，但却同爲複數的主權者，並不像共和國體比到君主國體有一種截然的分別。國體二分說是馬克維尼 Machiavelli 所首倡，也爲多數

學者所採用。在三分說和二分說以外，學者還有主張神政國體的。所謂神政的國家 *Theocratic State* 說是國家的主權存在於超人類。神政的國家可以分做：（一）純粹的神政；（二）二元的或有限的神政。前一種是說上帝直接行使主權，後一種是說君主代表上帝行使主權。在初民社會中這種神政國體也是必須經過的階段；不過呢，這種政教合一的國家雖則是歷史上的事實；但從法理上說來，却不能算是一種特別的國體。法律上實際站在國家最高機關的地位，決非人類以外的超人；所謂神政無論是純粹的，二元的，但仍舊是一人或多數人的意思被看做神意。那末，這種神政國不是屬於君主國，便是屬於共和國，不能另成一種特別的神政國體。

國體二分說把貴族國體和民治國體合稱共和國體；所謂貴族國體就是國內的特別階級掌握着最高權力。特別階級或是門閥，或是智能，或是財力，或是職業等特別勢力造成，站在國內優越的地位。至於民治國體因為民權的直接或間接的行使，可以分做（一）直接民治國體，（二）代議民治國體。直接民治國體是人民自己直接行使權力，由於人民全體的集會，決定國家事務，像古代希臘、羅馬的國民會議就是歷史上的成例。現代所說的民治國體那就總要

靠着代議方法運用一切，這是爲了領土廣大，人口衆多的國家裏，國民要直接管理政治，却是不可能，也是不必要。代議民治國體便是人民不直接管理國家事務，選舉代議士執行國權。近世紀以來，這是最普遍施行的民治國體。

## 第二節 政體

政體的分類是把政府的組織形式做標準，換一句話說，就是根據着統治權作用上的形式作爲分類的標準，這是學者的通常見解。根據着這種標準，可以分做專制政體和立憲政體兩種。所謂專制政體的最高機關，可以任意行使權力，不受什麼制限。立憲政體那就要把統治權的作用分配在數個機關，對於立法、行政、司法等國家事務，分設一定的機關，是爲國法上的原則。凡是立憲國的憲法必須制定國家各種機關組織的原則以及各別保有的權限。在君主國可以實行立憲政體，就是共和國亦未始不能發生專制政體，世界上很多這種實例。近代立憲政體的觀念，就在國權的作用分配於各種特設的機關，這本是從英國政治制度上演繹出來。孟德斯鳩研究英國政制，就倡導三權分立的學說，影響到歐洲各國立憲政體的創制。

除了把政體分爲立憲政體和專制政體以外，也可適用亞里士多德國體分

類的原理把政體三分起來：最高權在一人就叫做君主政體，最高權在一階級就叫做貴族政體，或者是人民都可行使參政權就叫做民政體。其他關於政體分類的學說，像柏哲士的主張却是特創四種區別標準；如同：

(一) 直接政府和代表政府 這是把國家和政府是否同一做標準；直接政府是國家和政府並不分開，由國家直接行使政府的職權。這種直接政府的權力在公法上是不受什麼限制，至於代表政府却由國家把政務委託給一個機關或數個機關，這種機關所組成的政府和國家的本體並不混同。代表政府還可分做兩種：(1)無限的代表政府，這是國家把所有的權能完全交給政府，人民却沒有自主的權力；(2)有限的代表政府，這是國家並非把全權交給政府，却保留一部分主權，人民保有防衛政府侵犯自由的保障。

(二) 分權政府和集權政府 這是把政權的分合做標準，並且分權和集權還有兩種分類方法：(1)依着中央政府和地方政府的關係，(2)依着中央政府和各機關的關係；分說如左：

(1) 依着中央政府和地方政府的關係，可以分爲中央集權政府和地方分權政府。國家把全權交給中央政府，地方政府在憲法上沒有自治權，這就叫

做中央集權政府，國家把權力分配於中央和地方兩種獨立的機關，彼此不能消滅或限制對方的權力，這就叫做地方分權政府，又稱雙重政府。地方分權政府更可分為聯邦政府和邦聯政府。

(2) 依着中央政府和各機關的關係，可以分做統一的政府和對峙的政府。統一的政府就是國家把政權完全託付給一個團體；假使是一個自然人，便是君主政體；假使是一羣自然人，便是貴族政體，民治政體。至於對峙的政府，却是國家把政權分配在同等的幾個機關，各機關都是基於憲法而創造出來，彼此有平等獨立的地位，不能互相侵犯。

(三) 世襲的政府和選舉的政府。這是把執政者的任期做標準。世襲的政府，執政者是由有血統關係的人來繼承；選舉的政府却用選舉的方法，有直接選舉、間接選舉、普通選舉、分區選舉等不同種類。

(四) 總統制和議會制。這是把立法部和行政部的關係做標準，政府是可以分做總統制和議會制兩種。行政元首管理行政事務，議會管理立法事務，這兩種機關完全獨立，行政元首有一定的任期和特權，却不受立法部干涉。行政部各分部總長的任命屬於行政元首的特權，不必要議會通過。并且，行政部

各總長不能出席於議會，也不能向議會提出法律案。這就叫做總統制。議會制却適得其反，議會制通常叫做內閣制。內閣的閣員由議會裏多數黨的議員兼任，他們要對於議會負責。他們還負着連帶的責任，當議會不信任時，全體閣員須要一齊去職。

柏哲士的分類雖則是說什樣什樣的政府，但政府的組織形式如何，便是政體分類的標準所在。學者或以爲專制政體和立憲政體的兩大類別可以包括一切，柏哲士的政府分類也未始不可歸納進去。不過說到依着政府組織的形式，在同一標準上却有各種不同的觀察點，柏哲士的分類雖不能說是怎樣精確，却比政體二分說易於說明政府的性質和其組織的形式。

## 第五章 主權說的由來和新趨向

### 第一節 主權和統治權

政治學上或憲法學上的名詞最使人纏不清的就像主權等這一類用語了。假使把主權、統治權、國權、民權、政權、和治權等名詞羅列在一起，教人辨認牠各別的意義、性質、和界限，就是具有政治和法律常識的人們恐怕也一時解說不清楚，更不必說到主權究竟是最高絕對唯一不可分，還是根本上就沒有這個

東西關於主權和統治權有怎樣區別的問題，英法學者和德日學者的見解不同，大概明認主權和統治權性質上有異同的，不外左列兩種意義：

(一) 主權是對外最高權，有獨立對外的意義；統治權是對內最高權，有包括支配的意義；總之，這兩者同屬國權本體，却有對內對外的兩種效用。

(二) 主權的本旨是國家的權力不受別種權力制限的意思，具有一種消極的性質，並不含有積極的內容。至於何等作用為權力的內容却是屬於統治權的觀念，換一句話說，就是統治權含有立法、行政、司法等積極的內容的權力之意。

主權本有對外主權 *external sovereignty* 和對內主權 *internal Sovereignty* 的分別，在 (一) 裏面把對外叫做主權，對內叫做統治權，這是沒有什麼精當理由。但是在 (二) 裏面所發生的主權和統治權的異義問題，其原因却在英法和德國的用語不同。德國的名詞 *Staatsgewalt* 在日本是譯作統治權，在英法兩國却沒有關於統治權相當的專用名詞。至於主權却從英國政法名詞 *Sovereignty* 法國的 *Souveraineté* 轉譯過來。這種名詞却含有表示國家權力的意思，表示統治權的時候就也適用這種名詞。不過呢，研究這種用語的來源所在，那就法文裏的



*Souveraineté* 本是出於 *Sovrain* 而 *Sovrain* 却又是出於中世紀拉丁語 *Supremus*，這個字的意義却和英文 *Superior* 相同。所以 *Sovereignty* 本來就是更高地位的意思，後來轉變為最高或最上的意思，等到歷經政法學者的運用；於是這名詞就包括了多種意義。在我國呢，既經譯作主權，自然也不能離掉原來的解釋。

主權 *Souveraineté* 的觀念在法國最先發達，本來這個字還不過是站在他人上面 *Superior* 的意思，後來因為中世紀以來法國的政治背景造成牠包含最高獨立的權力的意義。中世紀初期的法國，外受神聖羅馬帝國和教會權力的制限，內有諸侯和市府獨立自尊的權力，國王自然沒有最高的權力；所以 *Sovrain* 一語不僅國王適用，就是封建諸侯也稱 *Sovrain*，這個名詞的語源本來只有較高於別人的意思，沒有最高最上 *Supremes* 的意義，國王和諸侯正不妨同稱 *Sovrain*。以後來羅馬帝國的權力漸成過去的事實，教會和國王對抗的形勢也有變更，諸侯的領土被國王所兼併。於是到了十六世，法國漸次變成中央集權的國家；那末，從 *Sovrain* 轉化的 *Souveraineté* 一語就適應這種中央集權的趨勢，發生一種最高獨立的權力的新意義。法國學者波丹 *Bodin* 的主權論就充實了這一個名詞的新意義。

關於主權和統治權，在德國是有各別的用語；統治權叫做 *Staatsgewalt*，國家主權叫做 *Statssouveränität*。但在英法文上全用 *Sovereignty* 一語表現這兩種意義。總之，主權 *Sovereignty*（有時譯音叫做薩威稜帖）在英法學者通常引用的時候，因為有了語源上、名詞沿革上、學者的主張上種種關係，實在是包括有左列三種意義：

（一）主權有國家權力的最高性質的意義。這是表示國家的權力是最

高而獨立，屬於國家權力的本質問題。

（二）主權有國家機關最高地位的意義。這是表示國家最高權力的所在，關於國家組織的基礎的政治主義。通常所說主權在君或在民就是表現這種意義。

（三）主權有國家統治權的作用的意義。這是表示含有積極的，一定內容的權力，這種觀念和統治權的意義相當。

主權和統治權的意義和界限，上面已經說明了。此外還有國權、民權、自由權、政權、和治權等名詞，因為觀察點不同就發生了用語的差異。其實呢，民權和自由權的性質本來是二而一；國權和自由權的區別，那就以國家為立場，叫做國

權；以組成國家的各個分子爲立場，叫做自由權。權力本是同根生，尋覓源流所在仍舊是一件東西。孫中山把國家的政治大權分做政權和治權，人民把治權——統治權的一部——交給政府，自己還保留着四種直接民權；那末，政權就是民權，并且政權和治權同是國家的政治大權——國權——不過分開來使用罷了。不過我們所要注意的，五權憲法上所謂政權和政治學上通常所稱的政權意義不同。通常叫做政權是相當於五權憲法上治權的意義。

## 第二節 諸家學說

主權論成爲有統系的學說，是法國布丹所首倡。但是，關於主權的觀念，在上面所說第二種意義之下，就是國家最高機關的地位的觀念，柏拉圖和亞里士多德早已見到這種原理了。他們的國體三分論，便是關於國家最高權力所在的問題。羅馬法上所說王意就是法律，因爲人民曾經把所有的權傳授給王，這也是關於主權何屬的一種觀念。到了中世紀，是政教鬥爭時代，或者說主權在教皇，或者說主權在君主，只有馬昔立 *Marsilius* 主張主權在民。他以爲政府的權力出於法，人民却是造法者。法須出於全體人民的公意，不能由於一人或少數人的私意。全體人民既然是造法者，并且要有監督此法之權。這種雖是沒有成

熟的學說，但他不失爲民權主義的先驅者。自從布丹說明主權的原理，才有完滿的學說。并且，布丹開始選用 *Souverainete* 這一個名詞，以前他們是把主權叫做 *plenitudo potestatis* 現在從布丹起到柏哲士，*Burgess* 所有關於主權的學說，略舉幾種重要的如左：

(一) 布丹 布丹是主張主權在君，一國的國王才有唯一最高的地位。他所下主權的定義，一則說主權是國家的絕對的永久權，再則說主權是高出人民以上，不受法律所限制的威權。所以布丹所主張的主權是包含着下列各種性質：(1) 主權是絕對的，所以不受限制；(2) 主權是永久的，永久指終身而言，限於終身的君主才有主權；(3) 主權不可分，一國不能有二主權；(4) 主權不消滅，所以不能爲了時間的虛度便看做失效；(5) 主權不可讓棄，所以常和君主的壽命相依；(6) 主權無限制，不受法律的限制。不過呢，對於神法和自然法，君主也和人民一樣，同受拘束；所以不受法律限制這一句話是要把神法和自然法除外。

布丹的主權論還列舉立法權、宣戰媾和權、任命官吏權、最高裁判權、特赦權、徵稅權、鑄造貨幣權等權力的內容，以及關於人民的忠實服從的權利，都是主權所不可缺的權力。布丹是以統治權爲主權觀念的要素，并且他還注意在國

家權力最高獨立的性質之一點，以爲這種權力上面不容其他權力的存在。

(二) 格老秀斯 *Grrotius* 格老秀斯說：「行爲不受別人的意思或法律支配的權力叫做主權。」這種定義也就是認定主權具有最高和不受限制的性質。格氏不主張主權在民，他却主張人民全體得依着自己的行爲把所有權力讓給一個人或許多人。他從羅馬征服別國而取得政權的歷史事實，常把國家看做武力征服的成績。政權是一種收益權，可以永遠作爲財產享受。他有時說主權最高，有時也說主權要受宣誓的限制；不過他斷定君主對於人民宣誓，不會妨害最高權。格氏也主張主權是唯一不可分，但却承認有時人民選出君主，自己却保留一部分權力。這樣兩頭的主權，他以爲在事實上沒有什麼不便利。總之，格氏的主權論一面是助長君主的權威，一面却又不免播下了民權的種子。

(三) 霍布思 *Hobbes* 霍布思是契約說旗幟下的一個健兒，他是主張自然世界個人和個人定約，這是和以前的契約說所主張人民和政府定約的意義不同。霍氏關於主權的重要論旨是：(1) 自然界中各個人間彼此互訂契約，彼此拋棄了自然權，擁戴一個第三者。這第三者便是主權者，他却不受契約的拘束。(2) 契約一經互訂成立，人民便沒有再造契約權利；即使主權者橫暴起來，人

民也不能反抗。霍氏承認主權者的權力是絕對無限制，是對於人民不負責任。從君主一方面看來，主權是不可分割，不可轉讓；從人民一方面看來，却又是不可毀棄，不可抗拒了。至於主權和人民自由應該有怎樣的調和方法，那就依着霍氏的意思，人民所得享受的自由只有：(1) 主權者——國法——不會禁止的，(2) 不是當初契約上所拋棄的。所謂(2)的自由就是國家目的在於保障契約當事人的生命和利益，假使主權者違反這種契約目的，人民才得不服從他，不受他的權力拘束。

(四) 洛克Locke 洛克的契約說和霍氏不同，因為洛克主張人民互訂契約的時候，只拋棄兩種權利，並非把自然權利全行拋棄。所拋棄的是：(一) 在自然法範圍以內保障自己和別人的權利，(二) 懲罰侵害自然法者的權利。洛克所說的政府不是無限制的，却站在契約的下面。洛克的政府論中沒有提起這一個薩威稜帖的名詞，却主張政權要有限制。他以為絕對專制的權力和無法律的統治是不能和社會以及政府的目的相合。他把國家最高權歸在立法部，但要受四種限制：(一) 支配全國的只有一種制定法；(二) 法律要以人民幸福為唯一目的；(三) 不得本人同意不能徵收租稅；(四) 立法者不

得把立法權轉讓給別人。洛克一方面主張限制政權，一方面又把政權分做三種：立法權、執行權、和外交權。洛克根據着學理說明革命是人民的正當行動，這是他和以前正統法學派立異的地方。他固然一樣地極端推崇法律的威權，但却不承認立法權是絕對不可抗的。他說立法權是最高權，但同時並未主張就是絕對無上的權力。照洛克的學說研究起來，可以說一個國家內得有三種主權：（一）立法機關的最高權是政府主權，受政府存在原理的限制；（二）行政元首在法律範圍內的最高權是形式主權，要受法律的限制；（三）人民握着政治主權，當政府存在的時候，政治主權是一種靜止狀態；政府一倒，便表現建設新政府的權能。

（五）蒲芬道夫 *Pufendorf* 十七世紀後半期，英國有洛克，大陸上有蒲芬道夫，他們倆都不承認有絕對無限制的主權。蒲氏的主權是多傾向於格老秀斯方面。霍布思以爲主權是最高無上，絕對無限制；格老秀斯雖則也主張主權最高，但却承認要受宣誓的限制。蒲芬道夫呢，更有明瞭的解說，他把絕對 *Absolute* 和最高 *Supreme* 分別開來，他祇承認主權在管轄的範圍內是最高，並非對於一切都有最高的絕對性。他以爲限制是和主權的觀念相適合的，主權是常常受

到神法和自然法的限制，實際上習慣能夠決定主權者行爲的方式，議會分有君主的立法權力，却不損害他的主權。凡是政府存在的理由所在，也就是主權受限制的所在。

(六) 盧梭 Rousseau

盧梭的根本思想是返乎自然；他的理想社會中，權力和自由是相輔佐的，不是相衝突的；他的契約說的要旨是各人把自身和全力貢獻在普通意志的監督之下，同時獲得不可分的全體社員之一員的資格。在這樣情形，似乎人人是主權者，也就人人是被治者。他把主權看做普通意志，以爲主權是從個人意旨集合成功，牠的利害不能和個人的利害相反；所以主權對於國民，不必要有保障。這是因爲全身不會加害四肢，主權者也不至加害個人。盧梭主張主權具有三種性質：(一) 不可讓與，(二) 不可分割，(三) 沒有錯誤。他說主權是普通意志的實行，所以不可割讓。權力可以轉讓，意志却不能。他并且說主權也不可分割，因爲意志是普通的或者是特別的；前一種屬於人民全體，後一種屬於一部分人民；所以前一種是主權者意志，同時還制定法律；後一種是特別意旨，或者祇算行政行爲。盧梭還有一種見解，認定主權是不會發生錯誤。要曉得主權既然是普通意志的實行，普通意志總是公正而傾向



於公衆利益。至於事實上人民的決議，黨派的政見也會常常發生錯誤，關於這一點，盧梭却有一種解釋。他說普通意志和總積意志是有區別；前一種關於公共利益，後一種却關於私人利益，並且是特別意志的總和。普通意志是常公正，總積意志却不免要發生錯誤。盧梭把國家比做一個道德的人身，說是自然給與人類以指揮肢體的絕對權，社會契約也給與政治團體以指揮各分子的絕對權。這種絕對權受着普通意志的指揮時便是主權。不過呢，盧梭雖則主張主權是完全絕對，但却以爲主權是不能而且不會超越普通協約的界限。凡是各個人保留下的自由和財產當然不受主權干涉，這就是他的自由和絕對主權的協調論據。

(七) 奧思定 *Austin*

奧思定的主權論是重法律而輕政治，他的政治思想的基礎是建築在法律論之上。他以為主權不屬於散漫的人民，也不屬於抽象的國家，却是屬於人民或國家裏面的一定部分。這一定部分叫做確定人體。所謂確定人體或者是單一的自然人，或者是一人以上的合體。在英國，王和兩院就是確定人體。在奧思定的見解，主權既有確定的所在，並且國家裏面顯然有治者和被治者分別，主權是屬於治者的最高部分。這最高部分明瞭易於認

識。主權的性質在法律上是絕對無限制，因為法律是主權者所造作，造法者當然不受所造法律的拘束；因此，主權在法律上也沒有義務。並且，不但沒有義務，就是權利也無從享受。大凡權利的請求，必須原被告兩造和裁判三者俱全，方可實施。假使主權者得享權利，那就主權者做了兩造中的一造，同時又要加以裁判，奧思定認為在理論上通不過去。主權者對於人民既然沒有權利和義務，所以一國的公法也沒有存在的餘地。治者和被治者的關係不過是事實的，並非法律的，政府的存在也是這樣。照奧思定說起來，法律是主權者的命令，憲法却是一種道德的制裁，並非法律的強制；政府違憲，只好叫做不道德，不能算是違法。

(八) 柏哲士 柏哲士是美國的政治學者，他說主權的本身是不可分，基於主權而生的特權却可分割。主權是屬於國家，特權却握在政府手裏。大概說到主權的性質，從布丹到奧思定多說主權是不可分，因為他們的立腳點站在單一國中政府和人民之間。至於複合國中，以各邦政府和中央政府為立腳點，自必另有不同的見地。像美國梅笛生 *Marshall* 就主張歐洲學者主權不可分之說，在合衆國不能適用。法人陶克維 *Toequeville* 所著的美國平民政治書中也說

合衆國的主權是分於各州和聯邦政府，就是柏哲士的主張雖則主權的本身不可分，却也承認特權是可以分割的。

### 第三節 主權論的新趨向

一種新思想常常創造一種新環境，但是也常常爲了適應新環境而產生一種新思想。布丹主權論的由來不就先有了中世紀法國的政治背景麼？這種政治的理論到了現在已經是不適合，所以要適應現實的新環境，我們就得研究到法國的杜巨 *Duguit* 英國的拉斯克 *Lange* 和柯爾的主權論是怎樣站在時代的面前。現在先把杜巨和拉斯克批評主權的重要論旨說在下面：

(一) 主權是玄想的學說。杜巨的主張是這樣的：他以爲主權是一種玄想的學說，所謂玄想的學說就是在社會上凡可以確證的個人和個人意志以外，還有公人和公意志的存在。公人就叫做國家的人格，公意志就叫做國家的意志。國家的意志高出於個人意志，就是所謂主權。杜巨否認這種玄想的學說，却主張實在的學說。他以爲從事實上觀察國家，不過是社會上治者和被治者的綜合名稱。治者掌握着國家的權力，國家的人格本就是治者個人的人格，國家的意志本就是治者個人的意志。社會上只有個人人格和個人意志，却沒有

公人格和公意志。國家的自身本來就無從存在，那裏談得到公的意志和主權。

(二) 國家存在的目的 國家爲了一定的目的而存在，所以政權能不能繼續要跟着國家的行爲能不能達到這一個目的爲轉移。假使國家違反了這一定的目的，人民便要不同意，政權就失掉根據。政權的存續是有條件的，所謂條件就是國家的政策和行使政策的方法，在消極方面要不侵犯人民權利和違反社會公安；在積極方面要爲人民造幸福，爲社會謀利益。否則，人民起而革命，政權勢必中斷，那就無所謂絕對了。

(三) 國家的責任問題 主權既然是絕對無限制的，那就不負責任；但現在的民治精神却重在使國家負責。主權和責任原是不並立；現代平民政治，行政官吏已經站在負責的地位，不過國家的責任還沒有實現。所謂國家的責任就是國家對於一切法律的良惡也須負責。事實上本來沒有真個的國家存在，國家不過是少數握着政權者的代名詞。這些少數人斷無不能爲非之理；所以國家不能爲非這一句話是錯誤的。

(四) 主權論是中央集權制下的政論 主權論是發生於中央集權制度之下，是一種解釋中央集權制度的學理。至於應用到地方自治制度方面，那就

處處發生衝突了。

杜巨所主張政治上的分權運動，說是德、美、瑞士等國已經採用聯邦制，却是不必談。法國向來是著名的集權國家，但現在各省也顯出分有薩威稜帖的傾向，各有獨立的警察權和自主的徵稅權。杜巨還說近代人民對於國家的態度，跟着社會經濟的變遷而變動，並且國家的主要任務也爲了經濟社會的變遷，從發號施令的地位變作公共服務的中心；從巡警、軍隊、監獄變爲郵便、電報、築路、教育等等。薩威稜帖是一種號令的權力，巡警、軍隊和監獄才是牠的真面目。至於新發生的國家任務却和牠不能並容。

杜巨是一個唯實主義者，他推翻了關於主權的舊說，提倡公役的國家觀。他主張國家沒有人格，只不過是一種社會組織，是助成人類自由發達以及和平生活的工具，並不是具有最高無上絕對性質的主權的主體。杜巨是要建設起「一部實在的社會化的法律觀替代那種虛無而且個人本位的。」

拉斯克儘量攻擊薩威稜帖，却很少積極的主張。他的理想國家是多元的國家 Pluralistic State，他不認應有全能的政府，凡是一切社會組織（國家在內）都是站在同一水平線上。他以爲實際上我們所碰到的各種不同的利害關係，

或是根據着地域，或是根據着社會職能。這些關係在社會上一律經過同樣的，深長的歷史，相並着進行沒有高下的分別，在人心上佔有等量重要的功能。拉斯克的多元的國家當然也是依據着職能聯合的原理組織政府的了。

柯爾是主張國家和民族基爾特兩團體間得有共同主權，却不認國家對於民族基爾特有什麼主權。柯爾既經否認國家對於其他團體的主權，那就各種獨立並存的團體怎樣可以統合起來呢？於是他就主張組織聯合會議，這是各主要團體派出代表所組成一種較優越的第三團體。聯合會議管理從來國家所職掌的司法和警察等職務；不過這種聯合團體的強制力却不是沒有限制的。柯爾也是主張多元的主權論，否定主權高於一切，否認國家對於其他社會團體的主權。

## 第六章 憲法的制定修改和解釋

### 第一節 憲法的制定

憲法有成文和不成文的區別，所以制定的程序也就不同。所謂不文憲法，像英國的憲法，就是沒有特別的法典，用明文規定。英國的法律本來是由於各種單行法、判決例、和習慣而成，就是關於國家的組織和國權行使的法則也是這

樣。不過呢，英國的憲法雖則是不成文的，但却也有大憲章、權利請願和權利法典等，成文的憲法的法則。英國以外的各國却都是制定成文憲法，不過成文憲法的制定也有欽定和協定的不同。欽定憲法是君主基於單獨的意思，制定憲法，現在要算日本的憲法是一個單獨顯著的實例了。這却不必去研究。至於協定憲法又可分做民定憲法和國定憲法；前一種是由國民合意制定，後一種是由聯合的各邦合意制定；前一種是單一國的憲法，後一種是複合國的憲法。

憲法也有歸議會制定的，也有歸特別組織的憲法會議制定的。議會制憲在我國憲法史上就有成例可援，民國元年臨時約法上就規定中華民國之憲法由國家制定，並且也曾經由國會制定一部憲法，不過沒有實行，供作歷史上的資料罷了。至於不由國會制憲，另行召集憲法會議的先例，在聯邦國，如同美國在一七八七年由各州選派委員六十五人，開特別會議於費府，（當時列席者五十五人）這就是所謂憲法會議。這憲法草案末條規定提交各州特別組織的臨時國民會議公決，如果得到九州同意就有效成立。可見美國憲法的制定程序是由憲法會議起草，再由各州臨時國民會議表決。在單一國，如同法國一七九三年的耶孔賓憲法 *Constitution jacobine* 就是用普通選舉方法召集的國民

會議制定憲法草案，提交國民總投票。此後法國的憲法屢次變易，像第一帝政憲法由元老院制定，付國民總投票；路易十八世的欽定憲法由君主自行制定。後來到了一八七一年推翻第二次帝政，一八七三年由國民會議選舉三十人起草憲法，（這是法國第十一次制憲）一八七五年告成，這就是現行的憲法。從美法兩國先例看來，制定憲法的程序也可見一斑了。

我國將來制定憲法是適用怎樣程序呢？這是可從建國大綱上解決這一個問題的。建國大綱第廿二條規定的是：『憲法草案當本於建國大綱及訓政、憲政兩時期之成績，由立法院議訂，隨時宣傳於民衆，以便到時採擇施行。』又第廿三條規定的是：『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布之。』照這樣看來，五權憲法制定的程序是：

（一）提案權 憲法由立法院議訂，就是提案權屬於立法院；

（二）表決權 憲法的表決權歸國民大會行使。

憲法可以分做剛性和柔性兩種，這種分別是基於憲法的制定和修改的方法而來。大概剛性憲法要歸特別機關或用一種特別的形式去制定或修改；柔



性的，却不過由普通立法機關去制定或修改就是了。採用剛性憲法的國家，在普通立法機關多沒有制定憲法的權能，另有造法機關 *Pouvoir Constituant* 制憲。至於柔性憲法本就沒有特異的形式，只有依照牠的實質上的性質和普通法律區別開來。這種憲法不發生效力優於其他法律的問題。剛性憲法却不然，效力是高出於普通法律之上，並且，剛性憲法多半是成文憲法，柔性憲法却多半是不文憲法。

## 第二節 憲法的修改

說到憲法的修改，那就常常要提起成文憲法和不成文憲法，剛性憲法和柔性憲法等分類名詞；雖則這種分類是沒有什麼學理上的重大意義，却爲了講解便利起見，時一引用罷了。從修改憲法程序的繁重和簡易去區別剛性和柔性，也不過是相對的，比較的；並且，成文憲法也有屬於柔性的，如同意大利的憲法。至於美國的憲法却是十分剛性，修改的程序非常繁重；但在事實上因爲法庭的新判決，新解釋，以及風俗習慣的新傾向，影響到憲法條文，無形中却已修改了不少。所以從憲法形式上去觀察，是不是剛性和柔性，却有時和實際情形不同。現在且不說怎樣是剛是柔，却把歐美各國修改的方法分做三大派別，說明

如左：

(一) 憲法的修改和普通法律的修改方法相同。如同英國、意大利、西班牙等國憲法，意大利雖則也有成文的憲法，但在憲法上沒提起修改的方法。憲法既然是不能永久不變，但又沒有明文規定修正程序，於是修改憲法的大權就落在立法部和行政部手裏，所以修改憲法和修改普通法律一樣的國家，憲法容易被政黨所操縱，意大利就是一個顯著的實例。

(二) 憲法的修改是要施行十分鄭重的程序。學者批評這一種修改的方法，以為時代是常常進步，憲法也要隨時適合國情，如果修改方法過於繁重，那就改正困難，勢必要引起一種不合潮流的事變。

(三) 憲法的修改比較普通法律稍為繁重。一般學者多贊許這一種方法，因為比較普通法律繁重，那就不會輕易跟着政潮變動，並且程序並非十分煩瑣，也不致發生改正困難的問題。

關於各國憲法上修改的重要程序，分做左列幾項，加以說明：

(一) 提案權。憲法修改的提案權屬於什麼機關呢？這是共和國和君主國各有不同的情形：

(1) 君主國 更可分做三種：(甲) 屬於君主，如同日本國；(乙) 屬於議會，如同丹麥等國；(丙) 屬於君主和議會，如同荷蘭、比利時等國。

(2) 共和國 更可分做四種：(甲) 專屬國會，這是共和國多數情形，如同法蘭西、葡萄牙、巴西、古巴、智利等國；(乙) 屬於大總統和議會，如同秘魯和巴拿馬等國；(丙) 屬於聯邦議會和聯邦各州議會，如同美國，兩院三分二以上議員，或者是各州三分二以上的立法部都可提出修正案。在委內瑞拉，或由聯邦議會提出，經過各州議會的同意，或由各州四分三的議會提出，經由聯邦議會常會中通過；(丁) 屬於議會和國民，如同德國新憲法第七十六條，憲法得以立法上的方法變更，議會變更憲法的決議，要有全體三分二議員的出席，經由出席人數三分二的贊成。至於參議院變更憲法的決議，也要得到所投票數三分二的多數。憲法的變更出於國民要求，並經國民公決決定，要以得選民多數的贊同為條件，還有瑞士，或者由議會中任何一院，或者由公民投票滿五萬以上，都可提出修正案。

(二) 修正案議決的程序 修改憲法的議案一經合法提出以後，要還經過一定的程序；如同。

(1) 議決的機關 這是共有四種不同的區別：(甲) 設置特別機關，如同法國是由兩院聯合組織國民會議，進行修改程序。巴拉圭也要特設憲法修正會議，議決修正案。這憲法會議是由國民直接選舉和兩院總數相等的議員組織起來。哥倫比亞修改憲法，也是召集國民會議。其他像古巴、尼加拉瓜等國組織特別機關修改憲法的實例很多。美國呢，兩院通過修正案後，還要得到各州立法部四分三的同意。(乙) 國民投票表決，如同瑞士，所修正的聯邦憲法或憲法修正的部分，經瑞士投票人和各州的過半數採用以後，便能實行有效。(丙) 解散提案的舊國會，召集新國會，如同荷蘭。解散兩院後，當由新議會討論議案，用三分二的表決法，採用這種修正案。比利時，當宣告修正以後，就解散兩院，由新召集的兩院和國王共同議決修正條件。其他如同希臘、羅馬尼亞等國都有類同的修正程序。(丁) 由通常立法機關議決，像日本，君主有提案權，帝國議會有議決權。

(2) 議決時議員的出席數和表決數 這也有幾種不同的限制方法：(甲) 三分二的出席數和表決數，如同比利時，各院議員要有三分二的出席人數，以及三分二的合意投票數。德國和日本也是一樣。(乙) 須要三分二的

同意票，這是不限制出席人數，僅限制同意的表決數，如同那威、荷蘭、巴拿馬等國。(丙)須要四分之三的出席數，如同巴敦，凡是完全解釋或修正憲法的法律議案，須有每院議員四分之三出席，方可討論議決。

(2)議決的次數 憲法的修正案有經過一次議決便發生效力的，如同英國、意大利和日本等；也有必須經過兩次以上的議決才發生效力的，如同：(甲)經過一次議決以後，當即召集憲法會議，或者投交國民總投票，像巴拉圭、古巴、瑞士等國。(乙)經過一次議決以後，當即解散舊議會，召集新議會，再行議決，像比利士、荷蘭等國。(丙)經過一次議決以後，再在次期常會中為同一的議決，像瑞典、秘魯等國。(丁)在同一會期裏而經過數次的議決，但每次議決要有一定隔離的時間，像羅馬尼亞，要每隔十五天審查一次，共計審查三次；塞爾維亞，是要經過兩次議決，每次隔十天。(戊)由各別的機關議決兩次，這是聯邦國修正憲法的方法。聯邦議會議決後，還要經過各州議會多數議決。

(三)修改的時期 關於憲法的修正案，有在某種時期中不能提出的，也有經過一定時期後須要提出的。日本、荷蘭、比利時等國，在攝政時期裏面禁止

修改憲法，又像葡萄牙憲法第八十二條第一項規定：『自從這一次民主憲法頒行的日子起，每到十年，由國家修改一次。』希臘憲法第一百零七條規定：『憲法全部不得修改，但沒有基本性質的憲法條文，或屬於有限制的列舉的，得在本憲法公布後十年，細行審查，認為必要的時候，然後加以修改。』葡萄牙和希臘兩國憲法上雖則同是十年的限制，但却有顯然不同的地方。希臘是在憲法公布後十年，認為有必要時可以修改，葡萄牙却是每逢十年要修改一次，并且希臘的憲法修改限於不是基本條文，葡萄牙却沒有這種限制。葡萄牙憲法第八十二條第二項還規定：『如果兩院公同會議，有全體議員三分二動議提前修改，那就修改的時期也可以提早五年。』巴拉圭的憲法也是設定五年的限制，在他的憲法公布後五年以內，是無論如何不得更動一字。憲法上設定修改時期的限制實在是不必要，因為時間定得太長了，未免過於剛性；太短促了，那又何必多此制限。

比較各國修改憲法的程序，可以發見國民提案和國民表決是現代的新趨勢了。美國各州，從一九〇二年到一九一六年，已有十二州把修正憲法提案權和表決權歸屬於國民。提案方法可以分做直接提案和間接提案；前一種就是

提案人有了法定數，便可繕具請願書，向國務院提出。國務院審查該請願書，署名是否真實以後，才提交人民總投票。得到多數同意，該修正案便已成立。這種修改程序和立法機關完全沒有關係。至於間接提案，那就由法定人數的提案人署名以後，向議會提出。議會對於該修正案是否同意，可以先行議決，然後提交國民總投票。假使議會對於該修正案加以修正，那就原修正案和議會修正案要一併交付人民表決。憲法是制定國家組織和國權行使的最高法則，比較一般法，具有法律的特殊性質。所以我們既然承認牠在法律上站有優越地位，那就制定和修改的方法不能和普通法律事同一律。造法機關 *Pouvoir Constituant* 和立法機關 *Pouvoir Legislatif* 的分離，在事實和學理上都有相當的價值和理由。并且修正的憲法程序也該適用制定憲法的程序。

人民對於普通法律尚且應有創制權和複決權，那就關於憲法修正的提案權和表決權當然是取得了。歐戰以後新建設的國家，像德國就把修改憲法的提案權和表決權交付與國民。至於蘇維埃式的憲法，那就他們別有色彩，又當別論。匈牙利蘇維埃聯邦共和國的憲法是規定：『本憲法非經現在各聯合民族的工人聯合會議承諾，不得加以修改。』至於社會主義蘇維埃共和聯邦也

是把變更憲法的權歸屬於全俄聯盟國蘇維埃大會。

在五權憲法，制定憲法時，立法院有提案權，國民大會有表決權；所以立法院是立法機關，國民大會却是造法機關；雖則國民大會的職權不單是制定憲法，牠並且行使中央統治權。制定憲法的權既然屬於國民大會，將來修正憲法的提案權和表決權自然也由國民大會行使。不過立法院有沒有修改憲法的提案權呢？國民有沒有真正直接的修改憲法提案權和上述美國各州一樣呢？那就要看將來立法院所議訂的憲法草案怎樣，以及國民大會所決定的憲法又是怎樣了。

### 第三節 憲法的解釋

憲法常常爲了解釋而受到影響，以致變更牠的原來意義。解釋權屬於什麼機關呢？這也是憲法上一個重要問題。各國實例上，關於憲法的解釋權有屬於議會的，有屬於法院的，也有屬於特別機關的；就是學者間對此問題也多爭論。王寵惠在他的憲法芻議上主張法院有解釋權；他說：

「通常法院有解釋法律之權，命令抵觸法律，法院得判決其爲無效而不施行之。此當然之理也。至法律抵觸憲法時，法院是否有權解釋而判決其無



效，不施行之？考之各國，頗有不同。如英美兩國及其領土之法院，有解釋憲法之權；而歐洲大陸諸國之法院，則無解釋憲法之權。（德國於此問題，至今尙未解決，然多數主張法院有解釋之權。非洲奧瀾自由國於此問題，亦未解決。）以國數言之，則法院無解釋憲法權者爲多，以地域言之，則法院有解釋憲法權者爲多。然則吾國對於憲法解釋之法，何去何從，要不可不有以抉擇之也。謂法院對於法律抵觸憲法之問題無權以解釋之者，爲歐洲大陸派。其意若曰，法律之有效無效，每與一國之政治有關。當立法之始，立法機關對於憲法，固已完全解釋之矣。使其爲抵觸憲法之法律也，則立法機關必不議決之。換言之，立法機關所議決之法律而經正式公布，必其無抵觸憲法者也。謂法院對於法律抵觸憲法之問題有權以解釋之者，爲美派。（英國憲法雜乎普通法律之中，法院遇有關於憲法之案件，其解釋與解釋普通法律無異；故無所謂抵觸憲法也。）美國憲法對於此問題雖無明文規定，惟其憲法第六章第二項規定憲法爲全國最高之法律；故其法院對於憲法案件，得根據此條而判決中央或各州之法律是否抵觸憲法。英國法律家戴西稱美國法院爲憲法之監護者，良不謬也。美派之所以反對歐洲大陸派之主張有三：立法

機關不宜自行解決其所定之法律是否抵觸憲法一也；議員數年一易，對於憲法恐難有劃一之解釋，二也；法律經議決公布後，若果與憲法抵觸，而法院無權以判決之，恐無補救之餘地三也。且也若法院無解釋憲法之權，則法律抵觸憲法時，無人爲之監護，而憲法之效力遂不能獨伸，甚非所以保障憲法之道也。兩派之持論，若專以理與勢衡之，自以美派之說爲勝。雖在歐洲大陸諸國，罕聞通過一明明抵觸憲法之法律，然僅恃輿論之監督，而法院無權以救濟之，則誠不免蹈前之三弊，而憲法或且受其影響。然則吾國宜宗美派，以解釋憲法權委之於法院，且以明文規定於憲法，以爲憲法之保障焉，明矣。

憲法芻議 上關於解釋憲法的討論，很可見得大陸派和美派的主張是誰優勝了。但學者還有批評法官行使審查權，常常受着政黨政論的影響，沒有主觀的判斷；可是議會解釋憲法却尤其要被政黨所操縱哩。至於主張法官僅有司法上知識，缺乏政治上組織，未便解釋憲法；那就法官雖則不必明瞭政治糾紛；但他們對於本國憲法的意義，自然是充分認識，豈有不能解釋之理。法院審查法律，只要審查牠是不是違憲，却不必問牠在政治上的關係。惟其如此，所以由法院解釋憲法，才能夠獨立不羈，超然於政治之上，爲憲法的監護者。

歐洲大陸上公法學者近年來也傾向於法院能夠審查法律是不是違憲一方面了。就像法國，從前一般學者的見解以及法院的解釋，都以為法院不得因為法律違憲，拒絕適用。一八三三年五月十一日的法國大理院判決例就明定：「一八三〇年十月八日的法律既經國憲形式，議決公佈，應為法院的規則，不得為了牠違憲就加以攻擊。」則法國法院沒有審查法律是否違憲的權能，這是已經有了久遠的歷史。但是，自從一八九五年傑士發表關於法律和憲法相抵觸問題的意見以後，法院就也有遵守憲法的明文，拒絕適用違憲的法律。杜巨和歐里安也是極力主張法院有審查權。歐氏還說法律不合憲法，不僅是違反憲法明文，並且和國家根本原則相抵觸。

學者還有根據三權分立的原理，主張法院不該審查法律是否違憲，這却更沒有充分的理由了。三權分立的學說本來已經是立腳點不穩固；並且，就根據了分權的原則而言，立法權也不能妨害司法權的獨立。假使某種法律明明是違背了憲法，却必須法院引用，這就不免強制司法機關屈伏於立法機關之下，成為立法權侵害司法權了。至於司法機關審查法律是否違憲，却不是侵害立法權；這是因為法院並非宣告某種違憲的法律無效，却不過在某種具體案件

上拒絕適用而已。這無非基於尊重憲法的結果，這憲法又是立法、行政和司法三種國權作用所同受拘束的。司法機關除了負着尊重立法權的義務以外，尤其負着尊重憲法最高權的義務。

新近捷克斯拉夫憲法和奧大利憲法却是採用的特別法院審查制，設置一種特別法院解釋普通法律是否和憲法抵觸問題。在捷克斯拉夫，凡立法條文和憲法相抵觸，或擅自修改憲法的法律一概無效。至於審查法律是不是違憲的職權是屬於一種特別組織的國憲法院。法官七人組織國憲法院，由最高行政院和最高法院各任命二人，其餘二人和院長一人由總統任命，因為有了這種特別法院的設置，所以通常法官對於法律只有形式上審查權，就是審查這種法律是否依法公佈，憲法上也有明文規定。（捷克斯拉夫憲法第一百零二條。）

在奧大利，憲法上也明定設立國憲最高法院，審查法律是否違憲。國憲最高法院的職權是：（一）審查一邦法律和聯邦法律是不是合於憲法。（二）解決最高法院和普通法院衝突問題。（三）最高行政法院和本院衝突的問題。一經國憲最高法院判決違憲的法律，便由聯邦總理或一邦行政首領立即宣

布該法律無效。捷克斯拉夫和奧國所施行的特別法院制度，自然也有接受美國制精神的所在，不過解釋法律是否違憲的結果，捷奧兩國和美國有顯然不同之點，就在美國法院只是限於判決某種案件拒絕適用，却不能推翻該法律整個的存在性。捷克斯拉夫却不然，基於憲法明文規定，可以取消違憲無效的法律；奧國也是用行政權取消這一種法律。

在施行三權憲法的國家，法律的違憲審查權應該歸屬於法院，這是已經有了很充實的理論。不過呢，像美國制，法院不能自動對於任何法律宣告無效；必須限於訟爭時，一造攻擊某種法律違憲，那才加以判斷，不應適用。所以法院行使解釋憲法的權能，仍舊要受着不告不理這一原則的拘束。這也是一種缺陷，要曉得違憲事項的存在或違憲問題的發生，並不是一定會得附帶引起訴訟行為。然而，這種缺陷在五權憲法上却是很容易彌補的；因為只要把憲法的解釋權歸屬於國民大會就得了。本來憲法是由國民大會制定的，牠又通常保有法律的創制權和復決權；那末，憲法也由牠解釋，法律是不是違憲也由牠審查。牠的職權可以自動的行使，或者牠能夠做一個真正的憲法監護者吧。

## 第七章 憲法的經濟化

我們要創制一種憲法，我們要擁護一種憲法；但是究竟爲了什麼才要創制憲法，擁護憲法呢？說得平凡點，無非求得最大多數人民的幸福罷了。所謂最大多數人民的幸福，在十八、九世紀向着政治方面去尋求，在二十世紀却不得不向經濟這一條路上去追尋了。法國大革命，美國獨立，那時兩國革命民衆所感受到的，是政治上的壓迫和痛苦；於是從這種壓迫下，痛苦中所解放出來的人民，他們只會基於個人主義而要求自由，要求民權。在歐洲大戰以前所產生的憲法充滿着政治的濃厚色彩，不帶一點經濟性。所保障的是人民的自由權和有限制的參政權，所制定的各種原則又是大多關於政治組織。所以學者要說十八、十九兩世紀的憲法只是中產以上階級的憲法；十八、十九兩世紀的政治祇是中產以上階級的政治了。百十年以來，大企業的發達，資本的集中，個人財產的速度激增，勞工狀況的低下；於是以經濟爲生活基礎的近代社會，生計上實際平等的需要比到政治上自由平等的需要尤爲迫切。社會上的沸騰狀態影響到法律，尤其要使憲法向着經濟這一條路上生長。政治的事實和經濟的事實原本是一樣的重要，不過向來憲法上只顧到政治，却沒有照應到經濟方面。等到經濟發達到相當程度，那纔發見人類生活的基本要素所在，安得不牽

動法律上急遽的變動。

個人主義的憲法上，很可以看得出人民在經濟上的不平等——『所有者』和『無所有者』之間的不平等——同時我們不得不承認十八、十九兩世紀的革命是中流階級的革命，不是全民革命。『所有者』在憲法上得着財產權的保障，享受着選舉權和被選舉權。但是那些『無所有者』能夠得到點什麼呢？所謂有了政治的自由却沒有生計的自由和牠相輔而行，不能叫做真民主，何嘗是激烈之言。自從十九世紀後半期到現今，進化最速的是社會經濟，並非國家政治；於是偏重政治組織和個人經濟關係的憲法，處處不能應付這種新趨勢。我們目前對於憲法的熱望，不能僅僅唱出人權保障的呼聲了。大企業私有的限制，勞資間利益的協調，階級鬭爭的消除，勞動權的確認這種種經濟事實，一律可以基於憲法經濟化的意義解決一切的問題。雖則急進的社會主義者對於這些問題認為用立法的手段解決是不足道的。

孫中山在民生主義第一講裏說：『歐美近年來之經濟進化可以分作四種：第一是社會與工業之改良，第二是運輸與交通收歸國有，第三是直接徵稅，第四是分配之社會化。這四種社會經濟事實，都是用改良的方法進化出來的。從

今以往，更是日日改良，日日進步的。這四種社會經濟事業，是些什麼詳細情形呢？譬如就第一種就是要用政府的力量改良工人的教育，保護工人的衛生，改良工廠和機器，以求極安全和極舒服的工作……」他又說：「但是照歐美近幾十年，社會上進化的事實看，最好的是分配之社會化。消滅商人的壟斷，多徵資本家的所得稅和遺產稅，增加國家的財富。更用這種財富來把運輸和交通收歸公有，以及改良工人的教育、衛生和工廠的設備，來增加社會上的生產力。……這是資本家和工人的利益相調和，不是相衝突。社會之所以有進化，是由於社會上大多數的經濟相調和，不是由於社會上大多數的經濟利益有衝突。」民生主義在求人民經濟地位上的平等，就是要使得社會上大多數的經濟利益相調和。這種原理是應該適用到憲法，把憲法經濟化了，不僅保障人民在政治上的地位平等。同時還保障人民在經濟上的地位平等。

所謂經濟基本權所包括的勞動全收權、生存權、和勞動權，除了勞動全收權是在共產制度不行使的以外，其他經濟基本權就是在私有財產制度的社會上，也該根據着「社會上大多數的經濟利益相調和」這一個大原則，用立法上的手段解決「無所有者」的生活問題。如果一方面是土地開拓，資本獨占，



財產是不勞而獲；一方面是要勞動却沒有機會，要生存却無法維持；那末，大多數的經濟利益怎樣可以調和呢？勞動法規的編訂固然已經成爲立法上重要事項，但關於這種經濟地位平等的原則却是屬於憲法範圍。十九世紀後半期經濟發達的趨勢以及向各方面擴張的情形，在私法上受到顯然的影響，公法豈能除外。工廠裏整千萬的工人不滿意現在經濟的法律的組織，他們反對社會現狀的高漲熱情就和十八世紀第三階級攻擊貴族的政治特權一樣。第三階級民權運動的結果，就產生了保障自由權利的憲法；那末，工人所要求的生存權利和勞動機會，在憲法上豈能吝惜少許地位給他們呢。

現時世界上有兩種有力量的，要普及實現的趨勢：第一是國家在政治的職能以外，須盡經濟的職能；第二是地主權的社會化。這兩種趨勢並不是屬於共產主義的社會運動，只不過是通常民主政治的國家所採用的一種新經濟政策罷了。這兩種趨勢仍舊沒有脫離民主主義的範圍，只不過是政治的民主主義和經濟的民主主義同時表現罷了。杜威把民主主義的原素分析爲：

（一）政治的民主主義 這是含有憲法保障權限，代議制度表現民意等意義；

(二) 民權的民治主義 這是含有尊重人民自由權的意義，如同言論自由，出版自由，居住自由等類；

(三) 社會的民治主義 這就是平等主義，如同破除不平等階級，捨棄不平等思想求得人格上的平等等類；

(四) 經濟的民治主義 這是要打破不平等的經濟生活，剷除貧富階級。民治主義跟着時代變遷，現在是要求着經濟上的自由平等了。從前憲法上所表現的無非是政治的、民權的民治主義；現在是應該擴張到社會的、經濟的民治主義了。歐戰後產生的憲法上最能表現這種色彩的要推德國的新憲法，第一百五十一條所規定的：『生計生活的秩序應和公道大原則，人類生存維持的大目的相合。在此範圍內，各個人享有生計上的自由。』這就是經濟上自由平等的大原則。此外如同『勞工立於國家特別保護之下』、『凡德意志人應該予以機會，使得由勞動而維持他的生計』、『有求相當勞動機會而不得的人，那就爲他籌畫每人所需的生計』。這就是德國憲法上所規定關於生存權和勞動權的原則了。從第一百五十一條到第一百五十六條，很可以看出德國憲法的經濟化的程度是怎樣；如同(一)國家爲了公共利益計，得本於法

律所定，沒收私有財產；（二）承繼財產裏面，國家的名分依法律所規定行之；（三）關於土地的分配和利用，應該防止土地權的濫用，使各家族都有衛生的住宅；（四）爲了家宅的需要，爲了移民耕樵的發展，爲了農業的發達，得徵收私人土地所有權；（五）沒有勞費的地價增加，應該利用牠發達公衆利益；（六）對於大企業，除了把適於社會所有的私人營業收歸社會以外，其他私人營業或者由國家地方參與，或者國家有抗議權；（七）國家爲了公共生計，得依法律將生計營業和生計團體結合起來。教牠站在自治基礎上面，使得勞工和工主都得與聞管理的方法；（八）營業組合，或生計組合，或其他團體基於自己的要求，得按照組織種類結合而爲公共生計團體。這種種規定在舊式憲法上是不經見的，這就是現代憲法經濟化的表現。德國憲法第五章確立了人民經濟生活的原則和必要條件，並且政治的自治組織的重心更有平均移向經濟的自治組織的趨勢。

憲法經濟化的意義不必要用特殊的蘇維埃政治組織的形式來表現，也不定要全部放棄個人自由主義和私有財產制度，才得完成這種使命。所謂階級的平等，經濟的自治，工業的民主儘可拿立法行動來替代勞工直接行動，社

會上大多數的經濟利益也未始沒有調和的餘地。

## 第八章 代議制度的搖動和革新

### 第一節 國會的起原

論者多說歐洲的國會制度是發源於古代日耳曼民族的國民總會，其實這種民族的初期正在部落時代，這種部落的政治組織正是直接民主制度，重要的國家政務要在國民總集會時議決。這種國民總集會沒有一定的場所，不過是開一次露天大會罷了。凡是屬於該部落的人民——奴隸和半自由民除外——都得參加，原本不是代議機關。後來部落發達起來，確立一種國家組織，所謂直接民主的形式不免稍稍變更了。至於國會組織成爲一種明瞭的代議形式却發現在中世紀封建時代。當那中央君主的權力逐漸中落，各土地領主實行封建政治，君主所要施行的事件要領主、僧侶等承諾，同時這特殊階級也要借君主以自重；於是發生了封建時代階級團體所組織的國會。最初是限於貴族和僧侶才能在國會中選出代表，後來享有自治權的自由都市也得選出代表，出席於國會。這種國會裏的議員或者是基於自己的權利，以一定財產所有者的資格取得議員地位，或者是以團體代表者的資格取得議員地位。這些議

員還不是純粹代議士的性質。

英國從前有所謂賢人會議，是一種國內高等官吏的會議，由國王召集，這種會議當然和現行國會制度不同。後來到了一二一五年大憲章發布以後，內有關於大會議的規定。大會議 *Great council* 是由大僧正、僧侶、貴族、和人民共同組織；大僧正、僧侶、和貴族由國王召集；人民却由國王經由地方官吏用勅令召集。凡是關於租稅和補助金的徵收要得大會議同意。雖則這種會議並非立法機關，和代議制度相去甚遠；但人民的監督財政權却已開其端了。經過幾次變遷以後，愛德華一世在一九二五年召集模範國會，*Model Parliament* 現代國會的形勢才從此漸漸完備起來。愛德華一世以為大憲章所定大會議的召集方法不妥當，於是改造組織法，由各州 *Count* 和各市 *Borough* 選舉代議士，和僧侶、貴族在一起集合，用國民的名義討論政治，允許租稅以地域為基礎的代議制度就從此開始。模範國會本是一院制，等到愛德華三世時代才分為兩院。當一三三三年，由貴族組織上議院，叫做貴族院；由各州和各市府的代議士組織下議院，叫做代議院，*House of Representatives* 或庶民院。 *House of Commons* 兩院制確定以後，國會的權限從立法和財政事項擴張到司法和行政事項，但在十七世紀常常和

國王的權力發生衝突，國會的根本制度幾乎破壞。後來基於權利法典，國王的權限縮小，國會的權限仍舊伸張。像內閣 Cabinet 本來是國王的顧問機關，因為國會的權力擴張開來，內閣變成上下兩院的委員會。一七八二年以後，限於在下院多數黨的領袖才得組織內閣。這種慣例到了維多利亞女王時代已經確立為一種原則。這就是所謂英國的議院政治。英國的國會是代議制度所從出，從國會在歷史上的沿革也很可看到代議制度的發生和進化的情形了。

## 第二節 代議制度的存在性

代議制度的發生和存在，本有學理上、物質上的根據，牠的存在性也非常穩固。說到學理上的根據，那就代議制度便是民主政治形式的唯一表現。如果根本打消民主主義，重復走上君主專制的這一條獨裁政治的道路那就罷了，或者是無產階級專政，也就另成問題。至於一面要保留民主政治，一面又要完全推翻代議制度，那末能夠施行真正的直接的民主政治麼？要曉得代議政治下的國家，行使權力要依據着人民的意思，人民參與國家政事就是為謀自己的利益，國會是人民的參政機關，民議制度的存在為人民願全自己的生存上所必要的條件。人民實行這種條件却又是人類所有的自然權利。代議制度在自

然法學派的思想。上確有很深的基礎；不過這種制度的確立，却還有牠的實際上理由和根據。從歷史上觀察起來，君主的專制，貴族的橫暴，人民被壓迫於獨裁政治之下，生命和自由的保障，一點也得不到；於是反動的激起，就為不可避免的事實問題。人民起來和君主、貴族相抗，要推翻他們的優越地位，要限制他們的權力；可是鬪爭的結果，却用什麼新的政治形式替代專制政治呢？代議制度就是滿足這種需要。

專制政治的弊害達於極地，那才發生民權自由的迫切要求，人民拚着無量數的犧牲，經過長期間的奮鬥，終於採用代議政治。無論代議政治受到怎樣的嚴刻批評，但牠優勝於專制政治的地方，却也不能抹煞。優勝之點如同：

(一) 實行代議制度的國家，國民的權利和利益，得基於國民自己的意思，加以周密的保護。不像專制政治，個人的意思就是國家的意思，人民只有絕對的服從義務，生命和自由聽憑獨夫踐踏。

(二) 代議制度是法治，專制政治是人治，法治的國家只要有良法，便是人民的福利。況且惡法勝於無法，只要大家有守法精神，就是惡法也勝於人治。

(三) 專制政治妨害國民的思想力，活動力，國家的進步，社會的發展，文化

的提高，也因此受着大影響。代議政治却沒有這種弊害，人民的思想自由發達，人民的活動力自然增進，人民的政治智識也可以普及。

在理論上，代議制度自有優勝之處，但學者也有主張代議制度的實行必須具備兩種條件，否則就不會發生什麼良好的效果。所謂兩種條件就是：（一）一國全體國民或者是大多數都能了解這種政治的真諦，並且還有政治上的興味；（二）一國全體國民或者是大多數都有實行這種政治的能力。其實呢，代議制度本和直接民主政治有能力上和方法上的區別，在人民方面只要選舉的時候稍為認真一點，不要太放棄，不要過於為政客所壟斷，那就便是他們對於實行代議制度的能事已經盡了一半。至於一定要具備怎樣的條件，全體國民或大多數應該有怎樣的政治的了解力和能力却也未免過於拘泥了。照權與能要分開的原理說起來，人民只要有權，却不必有能，代議制度也很適合這一種原理。

### 第三節 代議制度的缺陷

從來代議政治的基礎是建築在地域上面，信種基礎在現代確是被物質的經濟事項所撼動了。代議制度的精神全在代表人民的利益，牠果真能夠盡了



這種職責麼？這是代議制度受攻擊的焦點所在。華克爾 Walker 說：『我每當投票時總覺得我被我所不曉得的人，為我所不曉得的目的，利用了。』假使投票人常常覺得被人所利用，那就代議制度的精神何在？因為分區選舉的方法不良，整個的代議制度就受到惡影響。學者所攻擊的區域代表制這種選舉方法的壞處，如同：

(一) 區域代表制使得一個議員只代表少數人，有時又使得少數人完全沒有代表。一個黨派雖則沒有大多數人投票，但却因為投票人散布在各區，可以選出全部的代表。凡是在普通人民中常受考慮或占有勢力的意見却不會在立法機關裏受到考慮，占着勢力。

(二) 區域代表制在事實上常引起少數支配多數。這是因為多數派集中在少數選舉區，不能支配全部代表的緣故。并且一選舉區裏面有了三個以上的黨派或者是三個以上候選人競爭的時候，這也是同樣發生少數支配全體的结果。所謂某黨或某候選人所得到的在三個黨派或三個候選人當中的比較最多數，仍舊是全體投票上少數；然而他却能在立法機關裏面代表民意，發表政見了。

(三) 區域代表制容易招致賄賂的不正當舉動。大概少數無成見的投票人常有舉足重輕的勢力，所以當選舉競爭劇烈的時候，這些投票人的地位非常重要。政黨或候選人要用種種方法去要求他們投票，甚至賄賂收買的事情都發現了。這些小團體在許多選舉區裏面常有一種左右勝敗的勢力，就也每每釀成罪惡。

(四) 區域代表制使得政治的振子 *Pendulum* 發生劇烈的擺動。因為選舉的人數略有一點變動，就會得引起各黨派在議會裏的勢力的大變動。只要有了百分之五或百分之十的選舉人數的變更，議會裏的多數黨和少數黨的形勢就要變更，跟着就是政策上的設施發生重大變遷。

非難代議制度的理論實在複雜得很，但是我們須要分析開來觀察；在他們批評選舉方法不良的却並不反對代議制度本身，所以排斥區域代表制的同時也主張職業代表制，或者是主張比例代表制。他們是站在民主政治方面討論代議制度發生了什樣的弊害；至於共產主義者也持反對論調却是一併攻擊民主政治，彼此的觀念是絕不相同的。因為選舉不良所發生的結果，國會也成爲衆矢之的。國會裏弊害叢生；或由於法律上的原因，或由於政治上的原因；

前一種是關於選舉制度，後一種是關於政黨制度。現在且把非難國會的重要論點說在下面：

(一) 國會在實際上不能代表國民。國會是國民的代表，這是法律上的理論，並非事實上的真相。實際上國會的議決不過是多數議員意思的集合，決非國民的真正意思。因為制定一種選舉方法，雖則注意到應該怎樣才可以真正代表國民這一個要點；但是，基於這種觀念却可分做兩派：(一) 把被代表的人民一律平等看待，大家都有平等的選舉權；(二) 把被代表的人民分為幾個階級，依着他們的地位各有不平等的選舉權。第一派在法律上的立腳點固然是十分平等，但同為國民，或者富有政治上的智識，或者全無政治上的能力，在法律上既然不能設定任何差等；於是法律上的平等却無從擔保實際上的真個平等。至於第二派要從人民差別的地位上分出不平等的選舉權，結果是尤其是惡劣。人民在政治上、社會上固然也有智能和勢力的區別，但却不能用法律來確定他們的差等。這種立法的強制是要引起處在不利益地位者的反抗。總之，這兩派的立法主義都不能使得完全代表國民這一種觀念適合於真正事實。

(二) 政黨勢力是國會弊害的發生原因。所謂議會政治，政黨政治，並非是政黨的對壘政治，這互相對壘的政黨各有掌握非常專制權力的首領統率着黨員，互相交換地去取得政權。議會政治差不多要變成政黨首領的寡頭政治。英國議會政治就有這種顯著的情形。至於其他各國許多小政黨互相競爭，雖不能獨握政權，但却把黨的政治生命看得比國家的利益和人民的利益尤為重要。他們以國會為大本營，各政黨相互間，或對於政府極力施展政客的操作手段，自圖一黨的政治利益；那末國會在這種形勢之下，還有什麼代表國民可說呢。

(三) 國會的性質和國會的職權不適合。國會有立法機關的稱呼，他的重要職權就是參與國家的立法。可是實際上國會所盡的職責怎樣呢？國會議員的選出，本來不把學識做標準，所以在議員裏面求覓富有立法專門智識的人確是非常少數。關於法律的制定和修正，常常爲了黨派的利益或一部分人民的利益而發動。還有監督政府行政的國會職權，行使起來也是不適當。假使國會的勢力薄弱，那就監督政府，不過徒有虛名。假使國會的勢力強大，內閣爲國會裏的多數派所組織，那就政府和國會深相結合，也無所謂監督不監督了。

至於監督政府的財政，減輕人民的負擔，那就各國自有國會以來，人民的負擔倒反一年年加重。雖則近代國家的事業增加，歲出當然要多出不少；但是，國會對於減輕人民負擔一層，不能有所努力，也就顯而易見了。并且，各國國會的豫算權，在實例上不是成爲一種形式，就是流於專斷，何嘗真有制衡的調劑功用。

批評國會制度和選舉方法的理論已經成爲一般的、流行的公共意見了。不過須要注意的却在同是批評代議制度，也有仍舊主張民主政治的，也有主張階級獨裁政治的，這一種分別我在上面也已約略說過。要曉得共產主義者攻擊代議制度，他們的動機和理由都和別派不同。他們認爲罪惡所在就是資本制度下的生產機關私有權以及經濟社會上有了資產階級和勞動階級的劃分。他們以爲無產階級的利害是和資本家的利害直接相反；他們確信羣衆只受經濟利害的衝動，却不信無產階級能夠利用民主政治的方法取得政權。馬克思曾經攻擊資本主義的民主政治，說是只有每隔幾年，使得被壓迫階級知道壓迫階級的特殊代表，在國會裏面如何發言，如何壓迫他們。共產主義者對於代議制度是決心要剷除的，不是要改善。他們的社會革命，所謂經濟的條件就是土地和生產機關國有，政治條件就是蘇維埃政治組織。這是要分清的；共

產主義者要剷除代議制度的動機和理論是怎樣？基爾特社會主義者要改造代議制度的動機和理論是怎樣？依着立憲政治的軌道以實行社會主義的對於代議制度是抱着何種見解？希望建設一個民主政治的真實基礎的對於代議制度要如何革新？雖則他們都是不滿足現實的狀態，却是各有各的歷史上的，物質上，主義上的，政治哲理上的根據。

#### 第四節 代議制度的革新

無論代議制度是不是成爲衆矢之的，無論代議制度如何喪失掉牠的信用；然而牠自有一種真實的意義，這真實意義的結晶體是顛撲不破的。這結晶的意義是什麼呢？這就是所謂代表民衆的利益了。直接的民主政治固然是行不通，直接的勞農政治又何嘗有實行的可能性。政權不能直接行使，就得間接行使；那末除了設置代表民衆利益的機關以外，實在沒有其他方法和形式。共產主義者縱然是有了一百二十分的決心要剷除代議制度，但是一樣的也要代表機關。德國社會民主黨分裂出來的左派宣傳，蘇維埃制度是貧民的革命機關。臨時可以集合工廠的工人於蘇維埃，從事革命；平時却以蘇維埃爲根據，施行一工廠、一地方、一國家的自治行政。蘇維埃的功用如此，但是蘇維埃是怎樣

組織成功的呢？是不是勞工直接機關呢？這却不然。且看社會主義蘇維埃共和國聯邦根本法第九條：『全俄蘇維埃大會由市鄉蘇維埃代表和省蘇維埃代表組織的。市鄉蘇維埃代表，以二萬五千人選舉代表一人爲比例，省蘇維埃代表，以十二萬五千人選舉一人爲比例。』原來這個仍舊是代表制度，所採用的選舉方法是比例選舉。那末，我們可以直截痛快的說，通常代議制度是代表資產階級的利益，蘇維埃制度是代表無產階級的利益，通常代議制度，代表的基礎是地理的，區域的；至於蘇維埃制度，代表的基礎却是經濟的，或職業的。在這種分別之下，我却十分明瞭代議制度便壞到怎樣地不可收拾的地步。假使說代議制度只是代表資產階級的利益，那末難道平等普及的選舉還不能補救這種缺陷麼？平等普及的選舉實行以後，最大多數的勞農所選出的代表豈有不能佔領國會中最多的議席。至於代表的基礎是地理的，區域的；不是經濟的，職業的；這不過是關於選舉的方法問題，只要改善方法就得了，尤其不涉代議制度本身的良惡。代議制度只有革新的必要，却不能說牠已經是完全破產。因爲對於牠攻擊得最激烈的鮑爾希維克所創造出來的仍舊是一個代表機關，——蘇維埃——並不是和代議機關絕對不同的一件東西；雖則他們說一個

是代表資產階級，一個是代表無產階級。總之，除非回到了君主專制的時代，我們攻不破『代表民衆利益』這一種代議制度的結晶意義。至於這民衆是資產階級的民衆呢？還是無產階級的民衆呢？這却不單是政治的形式問題了。

蘇維埃原是職業代表制，也可以說是革新的代議制度。鮑爾希維克在俄國奪得政權後，初意要開憲法會議，蘇維埃不過暫時在憲法會議選舉以前握有最高權。但在一九一七年九月，莫斯科和彼得格勒兩處蘇維埃選舉，鮑爾希維克獲得了多數；李甯才決定要使得蘇維埃成爲立法機關，代替憲法會議。他們並且發見採用職業代表制爲永久制是在政策上更有特別的利益，蘇維埃式的代表是一種階級制度，最低級的是城蘇維埃和村蘇維埃。城蘇維埃是由各工廠和各種產業的工人所選舉的代表組成，村蘇維埃是由該地方居民所選舉的代表組成。在這兩種蘇維埃之上還有左列幾種組織：

(一) 縣蘇維埃 由各村蘇維埃代表組成。(每千人得選代表一人。)

(二) 省蘇維埃 由各城蘇維埃代表，各村蘇維埃會議代表，(有一萬人得選出代表一人。這裏所說各村蘇維埃會議的意義就是說合多數蘇維埃所成的會議選出的代表。)和各市代表(每五千人得選代表一人)組成。



(三) 地方蘇維埃 由各城蘇維埃代表，各村蘇維埃代表，(每二萬五千人得選代表一人) 和各市代表(每五千人得選代表一人) 組成。

(四) 全俄蘇維埃大會 這是以兩種代表為基礎，就是：(一) 市蘇維埃以二萬五千人選舉一人為比例選出代表，(二) 省蘇維埃以十二萬五千人選舉一人為比例選出代表。

蘇維埃原是一種職業代表制，不過牠是用革命的手段才發達，才成為政權的貯藏所。但是，一般主張職業代表制的並非都和共產主義者有同一的動機；因為永久代議制應不應以職業為基礎的問題，在理論有兩個方面。站在民主政治的軌道上主張代議制度革新的是注重在職業基礎在永久代議制度上的適合性，却並不在牠的革命方法上的實用性。並且，職業代表制和共產主義並沒有什麼必然的關係，牠不過是一種代表的方法。共產主義和職業代表制的關係就像民主主義和地域代表制一樣。那一個十分贊賞蘇俄政治新形式的美國倪林，*Nichols* 他也說蘇維埃政治形式是個暫時的，或過渡的形式，蘇維埃政治並非就是社會主義和共產主義。

代議制度的革新論現在到了成熟的時期了。創制權和複決權是對於議會

立法的革新，罷免權是對於議員責任的革新，比例代表制是對於選舉方法的革新，職業代表制是對於議會組織的革新，基爾特組織尤其是新式的代議制度，職業代表制除了蘇維埃和基爾特以外，也有主張設立經濟國會的，也有主張由職業團體選出代表加入國會的。像德國的生計會議雖不能說就是經濟國會，但牠一面為政府的諮詢機關，一面又有提出法律案和遣派代表出席於國會的權能，也不失為一種經濟的代議機關，至於五權憲法上，立法院和監察院分別行使立法和監督政府的職權，國民大會行使四個直接民權，一變三權政府國會的組織，也是一種革新的代議制度。

## 第九章 民治主義和獨裁政治的時代戰

「民治主義這一個名詞可以比做一隻酒瓶，裏面什麼酒都可以灌進去，并且什麼酒都已灌進去了。酒是有刺激性的，所以喝的人都很狂熱，」這是前德皇威廉第二批評民治主義的話；其實用這些話去批評民治主義，倒不如拿來適用到法西斯蒂主義和共產主義。民治主義已經沒有癡醉青年的能力了，至於那些有刺激性的，使人喝得發狂熱的飲料，只有到蘇俄，到意大利去尋求。這是世界上一種奇蹟！無量數忠實活潑，願犧牲一切的青年委身於黨的生活，黨

的運動超過於他們整個的生活，像法西斯蒂主義和共產主義下的青年羣衆。但是這兩種主義是極端相反的，牠們共通的一點不過是獨裁政治罷了。現在的歐洲已有三分之二不見民主主義的存在，這句話雖則是言過其實，但慕沙里尼不耐煩民主主義，蘇俄等國實行無產階級專政，這兩派獨裁政治的潮流確已灌注全世界，民主主義和獨裁政治的時代戰爭是開始了。

民主政體不能產生有活力的政府，不能產生有創造力的政府，不能產生大膽敢爲的政府，這些話即使我們都願意接受；並且，獨裁政治是可以產生有活力的政府，有創造力的政府，有大胆敢爲的政府，我們也一併承認。但是，這有活力的政府只是創造許多罪惡，大膽敢爲地去壓迫民衆，去引起恐嚇的戰爭；那末，獨裁的權威在既經打倒平等的原理和反抗的心理以後，又有什麼方法去制衡牠呢？並且誰能担保獨裁的政府不會爲非作歹像盧梭所說的主權一樣呢？英國的學者威爾士 *Wells* 說：『在過去許多世紀裏面，管理世界的民主主義無非要意志自由，思想解放，統治監督的終結，限制束縛的消滅，人人脫離了羈絆、責任、職守的抑制而已。這種分解已經演進到了極點，人類在政治社會上必須有一種強有力的組織，在智慧上必須有一種新的方向。這種新的需要，新的

要求，決不是一般普通選民和由他們選舉出來的政客，所能應付周到，勝任愉快的。『同時他也聲明不是想回到民治以前的小王國制度或貴族政體，只是期待人類歷史上新紀元的誕生。這新紀元確是人人所期待，但我們所要注意的就在獨裁政治和萬能的黨權究竟能不能解決戰爭的恐嚇，國際間兌換的跳舞等問題，實現以全世界為單位的經濟建設？假使宗教式的政治運動的狂熱常常被慕沙里尼這一輩人利用了去，那就比到『投票權僅是防衛的方法而不是建設的工具，』所發生的不良結果還要壞上幾倍。

前德皇威廉第二引據美國孟肯

Mercken

批評民治主義的主張，以為把羣

衆的心比做孩子的心是很對的。羣衆永遠是個孩子，常被孩子的氣性所驅使。羣衆也和孩子一般，需要教育、指導、和撫養。民治主義的理想是集合所謂人民的力量統治國家。這種人民要有思考力，要沒有自私心，只好到烏托邦裏去尋覓。威廉第二這種意見却受到美國沙特威爾教授的批評。他說前德皇的見解中以爲民治就是那些沒有理解力的羣衆被自私自利的領袖所利用，所以要有一個君主用權力去制服他們的盲從和暴動。這個君主又要是世襲下來的才合格。總之，全世界都是小孩子，須要有智慧的人去指揮。德皇的理論固然不

錯，但有時君主自己也是個小孩子，那就不對了。沙特威爾教授還說：民治並不是盲目的羣衆，也不是官僚政治。在民主政治之下，各方面的利害都有表達的機會，統治機關不像專制政府一樣，又散漫又專橫。雖則這種新的實驗，未始沒有流弊，但是民主主義所要解決的問題，有許多都是由於經濟和工業的發展而產的新問題，縱然也有失敗的，却不能責備。沙特威爾教授以爲民主主義的實驗正在繼續發展中。他從歷史上觀察，認爲以地域爲標準的代表制是很陳舊簡易的方法，由從前以農業社會爲基礎的國家遺留下來。不過這些地域只要有了牠的地方利益和觀念所造成的政治身分存在，這種代表制就可以實行。至於已經成爲工業國家，却又需要適應這種新局面。關於代表制問題，民主政治將有不少改變，尤其是關於專門職業的代表資格一點。

一方面反對君權專制，一方面又用君主思想批評民主主義，這確是歐洲新近發生的一種謬說。獨裁政治畢竟是人類進步途程上的障礙物，不管他是教皇、是君主、是貴族、是狄克推多，是一個階級運用專政的權威。要曉得我們反對君主的、貴族的專制政治，並非專門反對這些君主或貴族的名義，却尤其注重在他的獨裁權力。如果推翻了民主政治，却從人民裏面擁戴一個狄克推多來，

爲要達到目的，就不問手段——所謂目的到底能不能達到，誰也無從保證——人民的自由被剝奪完了，利益所在却渺茫得很。人類的才智庸愚固然是不能一律相等，但同在這文明社會上面却不見得有一、二超人產生出來，真個是包羅衆才子，百行無一虧，足夠領導民衆，獨裁一切。所謂偉大的人格，偉大的創造力量，不過是一些盲目的信徒恭維他們的領袖人物罷了。其實世界政治舞臺上的偉大人物，決計沒有人們玄想中的偉大，無非比較常人機警點，活動點，或有更有一種機會造成他的地位。實行民主政治，要一個好政府固然也要好的領袖人物；不過這種領袖並非要適合於怎樣偉大的條件，唯一的需要就在他們能夠忠於服務。這種領袖人物是實際上可以從平民隊裏選舉出來，他們不稱職的時候還有方法召回他們。獨裁政治就兩樣了。無論這些狄克推多措辭怎樣巧妙，或者說是爲國家求設想的利益，或者說是爲世界求設想的幸福；但是這種重大的工作要從絕對無限制的專政權威上建設起來，却是永遠永遠不會完成的。一個大智大慧，大賢大德的偉人是宗教上、禮教上的偶像，政治上是不需要這種偶像，并且歷史上也沒有產生過這樣的人物。假使有人說慕沙里尼這一輩人是對的，民主主義是壞東西；那末，俾士麥、梅特涅等也是可做

傲、可膜拜的偉人了。他們也是一樣會專制，會使用權威的政治家，我可不是批評慕沙里尼、李甯等個人，我只是懷疑專政、獨裁的性質和精神是怎樣相同於君主的、貴族的專制政治。一黨獨裁或一階級獨裁，用權力去高壓被治者，不問他目的如何，這方法畢竟是錯誤的。

說到自由，最靠不住的便是民主主義下的自由，這種咒詛的語調是不中用的。因為民主主義下的人民和獨裁政治下的人民究竟是誰自由，這是有事實給我們解決了。至於說民主主義下的人民容易被利用，假使這句話是真理，那却不過人民在不知不覺中偶然被人利用罷了，不像獨裁政治下的人民，受着壓迫，忍着痛苦，無抵抗的不敢不被人利用。新式的狄克推多口口聲聲說民衆利益，然而他們統治下的民衆都是他們權力下的犧牲者。慕沙里尼說法西斯蒂是要把這強有力的政府立於民衆的基礎上面，和民衆接近，代表他們的要求，同時却又說民衆根本沒有自行造成共同意旨的能力，尤其不能自動的選出他們的代表來。民衆既然沒能力造成他們的共同意旨，他們的共同意旨就無從表現；那末，法西斯蒂怎能夠曉得民衆的要求是什麼，便去設想地、忠實地代表他們的要求呢？慕氏還反對把很大的權力給與各政黨，因為這些政黨

都是最不以國家福利爲重，他却不想想法西斯蒂是一個什麼。別人的政黨都是壞的，只有他的黨是最以國家福利爲前提，獨裁政治下所應有的武斷政論就是這樣。

法西斯蒂的理論雖則不及鮑爾希維克來得完滿，但獨裁政治的危險性却始終沒有兩樣。鮑爾希維克的集權和專制，是把經濟的事情拿來作爲掩護；其實經濟的事情是許多事情的根基，並非一切事情的根基，羅素 Russell 這種見解確是能夠了解社會組織的真正情形。羅素不承認單獨經濟原因決定社會的形式，他以爲宗教的原因，人種的原因，以及所承受文化的原因，關於社會的形式頗爲重要。羅素還把我國的文明和俄國的文明比較了一下，說是經濟的原因雖則沒有差異，但有其他最大差異的地方，就是俄國的文明是宗教的、屠殺的、集中的；我國的文明是思想自由的、分散的、慈善的。羅素以爲突然的革命，只能改變東西的名字，却不能改變人民的整個習慣。革命的危險往往見得舊有的東西改用新的名字復活起來了。這是不錯的，從前君主的、貴族的、專制的政治的精神現在已經復活，並且向着民治主義進攻，引起現代獨裁政治和民治主義的鬭爭了。



## 第二編 民權論

### 第一章 自然法學派的民權論

#### 第一節 什麼是自然權利

二十世紀的時間是社會主義的時代；二十世紀的空間是社會主義的世界；這種新趨勢的偉大力量確是不容輕視。那末民權自由之說豈非要消滅在這種潮流之下麼？勞動的權利豈非要壓倒一切一切的自然權利麼？在解決這些問題以前，我們先得明瞭什麼叫做自然權利。自然法派所主張的自然權利不外是生命權、自由權、財產權、言論思想的自由權、和政治的平等權。概括起來說，可以稱做自由權和參政權；自由權又可分做公法上的自由權和私法上的自由權。他們以為人人是生而自由平等，人民服從政府是基於自己的同意。人民選舉代議士，便是代表他們發表意思。像英國清教徒中尼微拉 Lovell一派更從民治思想演進到社會主義的思想範圍裏面，主張財產平等和選舉權平等都是各個人的自然權利。

洛克、盧梭等的民約論，是自然權利的學理基礎；法國的三次大革命，美國的

獨立運動，是自然權利所引起的政治鬭爭；法國的人權宣言，美國的獨立宣言，是自然權利思想的結晶體。人權宣言第一條就說：凡人生而有自由平等的權利。自然權利就是所謂天生的權利 *Birth Right* 了。人權宣言裏面明定政治結合的目的，在於保持人的天賦和不可讓的權利。凡是自由，所有權的安全，和對於壓迫的反抗，都是應該保持的權利。人權宣言第四條解釋自由的範圍，說是不侵害他人的所為，叫做自由。人類自然權利的行使，在使社會上其他個人享有同一權利外，沒有限制。人權宣言第十七條確定所有權是不可侵的，神聖的權利。這就是個人在私法上所得享受保有財產的自由權，這也就是拿破侖法典上神髓所在，財產權是對於一個目的物能夠絕對享用的權利。還有美國的獨立宣言也是十分尊重自然權利；其中要旨，共有四點：（一）人民生而平等，有天賦不可侵奪的權利；（二）生命自由和幸福都包括在這種權利裏面；（三）政府不是爲了政府而組織，却是因爲人民要確保他的權利而設置；（四）政府的權利是由於被治者的同意而存在，如果政府違背這種目的，人民有保留顛覆、變更、和組織最適合於人民安甯幸福的新政府的權利。這種政府就是所謂民治、民有、民享的政府了。要曉得法國的人權宣言，美國的獨立宣言比到

英國的大憲章，權利請願，和權利法典雖則都是關於人民的權利事項，但却有不同的根本思想。在英國那時以爲人民的權利處於法律的支配之下，必須由於法律的承認，至於法美兩國當時的思想受着自然法派的影響，以爲人民從有生以來便有天賦的權利，所以權利在法律以上。人權宣言第五條不就說法律於有害社會以外，沒有禁止的權力麼？法律不過是人民總意的代表，人民的自由平等的權力是天賦的，不是法律承認的。法律只能對於有害社會的行爲發生禁止的效力。

關係自然權利的保障，要算美國各州的憲法上規定得最爲詳盡，並且都包括下列這些意義；如同各人有天生的自由，獨立不可侵犯的權利。凡生命、自由的享有和防護，財產的取得和享有，以及保護安全，尋求幸福，都是屬於自然權利。政府的存在，就是爲了人民要維持他的權利而設，政府如果違背了這種目的，無論何時人民有改革牠的權利。

自然權利的個人化是在清教徒革命以後，並且從法律上認識這種權利的存在。到了十九世紀，歐洲各國制定憲法，關於人民的自由權都採取列記主義。至於這種主義在法律上的性質，頗有不同的學說；也有說是公法上的權利，也

有說是國家限制自己，設定應該遵守的規則，並非對於個人賦與權利。這兩說都有相當的理由，因為憲法上列記的自由權本是個人天賦的自由，並沒有法律上關係的存在。如同言論自由、居住自由、出版自由、信仰自由等行為並非積極行使權利，不必一定要得法律的承認。要曉得人類的行為本可分做有法律上關係的行為和沒有法律上關係的行為。前一種是行為的結果要影響到傍人；至於居住、言論、信仰等類在表面上雖則是自由權的內容，實則這種行為的本體和傍人不會發生影響，不能算是有法律上關係的行為。不過呢，自由權雖非積極的權利行使，却也是一種要求國家不作爲的權利。譬如說出版自由，並非就是要積極的去行使出版自由的權利，却是不使國家在出版法的限制以外，再去干涉人民的出版的自由。其他自由也有相同的性質。這種見解是把自然權利解釋爲一種公法上的權利，並以爲基於訴願權和行政裁判制度的發達，在法律上獲得實際上的效果；於是比到自然法派的主張另有一種實際化的功用。

## 第二節 自由和權力的調和

同是主張民約論，同是主張自然權利，却有兩種相反的趨向；在十七世紀中

固然有了不少學者根據着自然權利反對君權；但像非模 Filmer 和霍布思却是從自然法中尋點資料出來主張專制政體。非模的君父論就是要從社會的自然組織上尋出王權的根苗所在。他以為君父是在一切人民之上，所行使的自然權利和世界相終始。君主的權力遵依着上帝的法則，並沒有下等的權力能夠限制牠。非模并且主張家國同制，君父同權；所以他也說家庭裏的父親是由他自己的意思統治，並不由他的兒子或僕役的法律統治。因為自然權利說風行於十七世紀，非模就想在這種基礎上面建設他的君主專制主義。他的主張當然是受到那時代的許多非難和攻擊。至於霍布思呢，也是主張自然權利的，同時却又極力擁護王權，他以為自然權就是各人用自己的力量保全自己的自然的自由，也就是保全自己的生命。所謂自由却不過是免除外界的妨害。霍布思對於自然權的解釋是這樣，但他對於自然法却另有一種見解。他說自然法是禁令，或者是普通的規則，是基於理性而來。人類用自然法禁止傷害他的生命的行爲，或者禁止掠奪保全生命的方法。霍布思把自然權和自然法分別開來，於是一面人類有要求滿足自己生存需要的自由，一面却要負擔着拋棄某種要求以圖實現其餘要求的義務。自然世界中各人都要滿足

自己的自然權，所以這世界成爲戰爭的世界；因此就發生了從自然的根本法而來的幾種法則。第一種法則便是尋求和平，遵守和平。爲了要趨避自然世界中的戰爭狀態，須要人人互相拋棄了自然權。各個人間互相訂立合同，彼此禁阻行使自然的自由權，這就是從自然的根本法所發生的第二種法則。至於第三種法則就是實行契約。霍布思以爲自然法是正義的淵源，實行各個人間所訂定的契約便是正義。至於自然世界中人人都有自然權，所以就也分不出誰是正義誰是不正義。

霍布思的理論是要建設公共的權力以維持和平，因爲脫離戰爭不息的自  
然世界就需要和平，可是和平非有公共權力的保障不可。公共的權力怎樣可以表現出來呢？那就當人類的一個羣衆，各人和各人同意訂約，多數人把權利自願讓給一個人或一個團體，代表他們全體。人人——不管是贊成的或反對的——一致承認這個人或這個團體一切的行爲和判斷都和自己一樣，這就是霍氏所認爲國家是這樣建設起來的。不過各個人同意訂定的契約一經成立，人人便拋棄了自己的自然權，無數的人格便造成單一的人格，羣衆的意志造成單一的意志。從霍氏的契約說上研究起來，契約是成立在羣衆裏面各個

人和各個人彼此拋棄了自然權以後，那就在這種行使絕對主權的國家裏面，沒有什麼民權可說，也就無所謂自由和權力的調和了。雖則霍氏也主張人民在國家裏面保有兩種自由，如同（一）主權者，國法，所沒有禁止的；（二）不是當初契約所拋棄的。在第一種自由，因為主權者的權力既然不受法律的限制，那就對於人民的自由隨時隨地可以禁止，所謂主權者沒有禁止的自由在實際上是無可享受。在第二種自由却祇限於主權者違反了創造國家最大目的，人民才有主張自然權的餘地。霍氏的理論太沒有調和性，自由和權力竟是兩椿不並立的事情。他把主權看得和人民的自由相反，要抬高主權就否認個人自由。甚至個人的行為自由固然是不容許，就是個人的思想自由也不容許。個人的政治自由固然不容許，就是宗教上的信仰自由也不容許。僅僅憑仗一點契約說就把民權剝奪得乾乾淨淨，還要說人民自己願意把一切自然權讓給主權者，這確是他的錯誤。至於洛克却不然，他是承認人類的自由並非屈伏在別人專斷的意旨之下。

洛克對於自由平等的見解，和孫中山的主張頗有類同之處。孫中山以為人類的聖賢才智平庸愚劣各有天賦上的不同，但是政治上的地位却一律；所以

平等有真平等和假平等的分別。洛克也說平等不是一切品質的平等，他承認年齡、道德、資質等不能平等。洛克所主張的平等只是人類對於自然的自由，大家都有平等權利，不服從別人的意志或權力。洛克以爲人類的自然的自由是脫離世界上一切優勝權力的支配，不屈服在別人的意志或立法權之下，只有自然法是管理他的唯一法律。洛克一面說自然世界中人類的自由只受自然法的管理，一面却說人類在社會中的自由不在別的立法權之下，只在由同意而建設起來的共和國的立法權之下。洛克所主張的自由在自然世界中受自然法的支配，在政治社會中受同意的制定法支配。不過他雖則承認國家的立法權是最高權，但是這種最高權却不能隨便行使，武斷地處分人民的權利。總之，人類的自由是有限制的，國家的最高權也是有限制的；自由和權力應該調和起來。自然世界中的人類固然享受着自由的幸福，但他們需要制定的法律，需要公共信任的裁判者，需要執行裁判的強制力。因此，各個人方彼此同意結合起來，拋棄自然的自由，接受國家法律的支配；在國內要保障所有權的安全，對外要防禦外敵的侵害。國家既然是爲了保障人民的生命、自由、和財產而建

設；所以國家的最高權力也不能越出個人權利之上。人民的自由和國家的權



力並非常常要處於衝突的地位。國家權力的由來，並非要消滅或限制人民的自由，却在保障或擴張人民的自由。

洛克和霍布思主張不同的所在就是：（一）洛克以爲國家的最高權是有限制的，霍布思却以爲絕對無限制；（二）洛克以爲各個人作成契約的時候，只拋棄在自然法範圍以內保護自己和他人的權利以及制裁侵害自然法者的權利，霍布思却以爲契約一經成立，一切自然權利都拋棄了；（三）洛克以爲自然世界是常在和平的狀態中，霍布思却以爲那是戰爭不息的世界。在這些不同的觀念中所發生的結論：前一種是權力保障着自由，後一種是權力壓倒了自由。

自然法派中高唱民權論的要算盧梭最引人注意的了。但是，自由和權力到底是不兩立的呢？還是互相助長的呢？盧梭在他的理論上當然是尊重民權自由的，主權者是不能侵犯各個人在契約上保留下來的財產和自由。盧梭也主張人類是生而自由平等，由於他們的自由意志，成立了社會契約。定約時各個人不過喪失掉一部分的自然權利，却獲得保障個人權利的報酬。個人所拋棄的是限於維持社會所必要的權利，此外仍舊歸個人保留起來。國權儘管擴大，

人民的自由並不喪失國家的意旨就是國民的總意，人民服從國家就和服從自己的意旨一樣，服從自己的意旨便是自由。並且，盧梭把公民的義務和公民的權利分別開來，同時又說以國民資格所當盡的義務和以人類資格所享受的自然權利也要分開。照這樣看來，盧梭所謂保留非維持社會所必要的權利，不過是以人類的資格保留着，至於生存在國家裏面的國民却沒有什麼權利可以保留了。國民要服從普通意志，如果不服從時，就用全體去強制他。這種強制就是強制他的自由。國民要服從多數意旨，這種服從就是使人得到自由。所以盧梭的主張無非以爲主權的作用在於強制人民的自由，同時人民的自由也就得到保障；主權越強，人民的自由就越發鞏固。自由和權力調和的意義也可以明瞭了。

## 第二章 民權的新意義

### 第一節 民權的意義和作用

自然法學派所倡導的自由是不足解決民權問題，無論霍布思如何擁護主權，無論洛克和盧梭如何維持平等自由；但是他們唯一的論據，自然世界中的自然權利就不是可信的、確定的前提。孫中山演講民權主義，他所解釋的民權

的意義，就是說有團體，有組織的衆人叫做民，權就是力量和威勢。權和力是有相同的性質。權就是有行使命令的力量，有制服羣衆的力量。至於民權便是人民的政治力量。所謂政治這一個名詞的意義是怎樣，那就說得淺近點，政就是衆人的事，治就是管理。管理衆人的事便是政治。有管理衆人之事的力量便是政權，人民管理政事便叫做民權。

民權主義演講裏推求民權的來源，說是可以分做四個時代：（一）第一個時期是人和獸爭，不用權却用氣力；（二）第二個時期是人和天爭，用的是神權；（三）第三個時期是人和人爭，國和國爭，這一民族和那一民族爭，用的是君權；（四）第四個時期是人民和君主相爭，也可說是公理和強權爭，這就是人人爲了民權而爭了。他還以爲現在民智大開，大家都能明白政治的意義和作用，人人都有脫離束縛，用民衆力量謀幸福的大覺悟。外國學者每每把民權相提並論，法國革命時的口號是自由、平等、和博愛，這三個名詞就是根據着民權而來。民權自從有了這三個名詞就更加發達。現在世界是民權時代，當初歐美人民爲了爭自由犧牲他們的生命，結果是獲到民權。至於中國現在革命的口號是三民主義，就是說要用三民主義去革命，並不以革命去爭自由。從前法

國革命時代所呼喊的自由，意義很狹，現在民權的意義却擴大得多了。

民權主義裏所解釋民權的意義，在上面已經說過了。但是民權的作用怎樣呢？權的作用在於維持人類的生存，但是人類怎樣能夠生存呢？單是主張自然權利和自然法却不能把這一個問題解剖開來。人類的自然世界並不像霍布思所說常常在戰爭狀態，却也不是一味和平就可以維持各個人間相互關係和人類的生存幸福。人類要生存，就要做兩件最大的事：第一件是保，第二件是養。保和養兩件事是人類天天必須做的工作。保就是自衛，能夠自衛然後才能夠生存，這是個人、團體、和國家都少不了這一樁工作。至於養就是覓食，也是人類維持生活的要務。人類自從上古沒有歷史以前的時候直到現在，天天爲了要生存，要自衛和覓食，才努力奮鬥。所謂權便是奮鬥時所用的工具。

## 第二節 政治地位的平等

民權運動呼聲裏所要求的是自由，是平等。所謂自由平等是天賦的人權，但是人類要達到怎樣平等地位才算適合於天賦平等的原理呢？民權主義演講裏主張平等是有真平等和假平等的分別。要曉得天生萬物，除了水面以外，其他各物却沒有真個是平的。並且，天地間所生萬物，沒有完全相同之理。一花一

葉的細微之處，也有各種不同的變化。自然界所創造的東西，尚且談不到真平等，人類的天賦平等却尤為難說。從前帝王專制時代，造成帝王公侯伯子男人民等多種等級，這種人為的不平等，比到天生的尤為不平。歐洲革命就是推翻這種人為的不平等，所以創出天賦人權的學說，和受命於天的帝王相對抗。其實呢，如果認定天賦平等的話可以實行，發生狂熱的信心，力求天然的平等；那末，即使勉強成功，也是一種假平等。因為人類的聖賢才智平庸愚劣，各有天賦的不同，形式上就把他們一律壓平，可是立腳點却仍舊不能平等。這種平等還是假平等。

真平等是人民在政治地位上的平等，並不是人為的把他們的聖賢才智平庸愚劣的個性一律壓平。所謂真平等一定要是依據起點上的地位平等，再由各人仗着天賦的聰明才智，自己去造就。聰明才智既然有了天賦上的不同，那就他們的造就也不會一致。人類的平等自然不能像流水一般成爲水平面的。假使不管人們天賦的聰明才智怎樣，却是專講平等，對於造就上高出於別人的，也硬要把他壓低下去；那就世界也沒有進步，人民智識也沒有發達的希望了。所以主張民權平等就得分別出真平等和假平等來。造成人為的假平等和

造成人爲的不平等是一樣的弊害。

政治上地位的平等是真平等，這固然是不錯；然而我們却不能忘懷了經濟上地位的平等。這是不必講共產主義，就是在現實的社會組織上也要顧到生計生活的秩序應和公道大原則，人類生存維持的大目的相合。所謂人民的生計，社會的生存，國民的生計，羣衆的生命，却不是人民在政治上地位平等這一句話所能解決的；所以民權主義以外還要講民生主義哩。

### 第三節 政治基本權和經濟基本權的合流

人類要生存，就要自衛和覓食，並且爲了維持生存，自從上古奮鬥到現在，此後還要永遠永遠繼續奮鬥下去。權呢，就是奮鬥用的工具。但是，單純包含着政治意義的民權，只能把牠用作爲了自衛而奮鬥的工具，至於覓食這一個問題却斷非高唱政治上的自由平等所能解決了。在工業社會上，我們所需要的民權除了政治的意義以外還得包含着經濟的意義。學者把民權分做政治的基本權和經濟的基本權就是爲了人類不僅第一件大事是「保」，並且還有第二件大事是「養」。

政治基本權就是歐洲革命時所倡導的自由權，所謂自由權，從個人權利方

面說，却不外是身體自由、言論自由、居住遷移自由、信仰自由、以及私有財產的保障等；從政治方面說，如同選舉權、罷免權、以及立法的參與權等。這種權利的由來，雖則基於十七和十八世紀中自然權利說的鼓吹，個人主義的影響；但是物質上的原因却未始不是存在於那一時代中產階級的經濟狀況和政治地位。要曉得中世紀是以基爾特爲工業單位，這種同業的組織對內保有獨立的裁判權和行政權。在這種制度之下，職業的界限分別得很嚴，個人却沒有什麼自由可言。後來雖則也跟着封建制度的崩壞，漸漸改革起來，却還保存着不少舊時習慣。并且，中央集權的國家代替了封建制度，存着一種國家是致富機關的思想，舉行保護政策，獎勵出口貿易，限制進口貿易，同時還發展殖民事業。由此而發生的趨勢，便是各人努力在工商業上競爭，或者向着海外發展；於是職業自由和貿易自由的要求都成爲一種運動。這種經濟的事實把工商階級造成中產階級，他們有了財產就需要所有權的保障。并且，經濟的能力充足以後，便使得他們更趨向於物質方面和精神方面一種高等文明生活的享受。學術思想就跟着發揮光大起來，於是開始和宗教衝突。思想自由和信教自由就有迫切的需要。他們更要求法律的保障，就在憲法上確認了政治的基本權。這

就是工商業發達以後，第一步便造成了中產階級的法律上、政治上的優越地位。

政治基本權——憲法上列記的自由權——必須是有了相當的經濟能力的人方得享有；雖則憲法上所保障的自由，並非把無產階級除外，但在實際上倒成爲中產階級的特權了。一個貧無立锥之地的窮民，不管法律上怎樣保障財產權，他却得不到一點實惠。他第一椿所需要的是生命的保全，假使到了個人的生存都不能維持的時候，還要說什麼信仰自由、言論自由、居住自由，所謂保和養兩件事，當然先要養活自己，而後才談得到保衛自己；否則，有了覓食的力量，却沒有覓食的機會，自衛的工作也就無從做起了。所以實行民權主義是離不開民生主義的，牠們是具有連環性的要素。近世紀以來，只是中產階級爭得了一些不完全的政治基本權，一般的生活問題仍舊無從解決，甚至越發引起階級的糾紛。大概因爲自己勞動的結果所得到的財產應有穩固的保障，像邊沁這一派學者的主張，未始不是獎勵人類的勞力和促進人類的進化。但是，財產權被保障得太嚴密了，一樣的也會生出重大的弊害。要曉得財產多的人，他是以前財產生財產，却不是以勞力生財產。至於那些承受遺產的人們，他們的



所得尤其是和勞力沒有關係。保護財產權的原意本不外保護人類勞動的結果，到了後來却專爲不勞而獲的人們謀利益了。民生主義第二講裏也說：「工商業家壟斷物質的價值來賺錢，我們已經覺得是不公平。但是工商業家還要勞心勞力，地主祇要坐守其成，毫不用心力，便可得很大的利益。但是地價是由什麼方法才能夠增漲呢？是由於衆人改良那塊土地，爭用那塊土地，地價才是增漲，地價一增漲，在那塊地方之百貨的價錢都隨之而漲。所以就可以說衆人在那塊地方經營所賺的錢，在間接無形之中，都是被地主搶去了。」民生主義是要平均地權和節制資本，對於地主掠奪一般人的利益，主張要趁早解決。但是，單就土地利益被掠奪這一點而言，也可充分看出從來憲法上各種自由權的保障，尤其是財產權，並非民衆全體所享受的權利，甚至還有和民衆利益相反的地方。

馬爾塞斯 *Malthus* 在他的人口論裏說：「一個人生在一切東西都被別人占領了去的世界裏面，假使他不能從他父親處正當要求到生活費，社會又不需要他的勞力；那就他可沒有得着食物的權利，他是不得生存在這個世界上的。」這是何等的不公平。一個人存活在世界上，既然少不了保和養兩件事；但是

這個世界裏面却只有中等以上的階級能夠做到這兩種工作，享受這兩種權利。至於無產階級中人却沒有生活的均等機會，國家對於他們生活的要求，也沒有相當的設備。所以學者要在政治的基本權以外，主張經濟的基本權；民生主義的重要也就不下於民權主義了。

經濟基本權的內容就是：（一）勞動全收權，（二）生存權，（三）勞動權。勞動全收權便是基於『勞動者的生產品歸勞動者自己享用』這一個原則上發生出來的權利。這雖則是共產主義者的理論，但資本家不勞而獲的收取地租和利息，勞動者却只得到極微末的勞力代價，也是一種人爲的不平等。因此，就在資本主義的社會上，對於這種由資本制度而生的最大弊害，也該加以防止。民生主義中平均地權和節制資本的兩種方法就是要預先制止這種流弊。至於生存權和勞動權，那就一個自然人既已出生在世界，便該享受人類保持生存的必要權利，並且有了勞動能力的人在私產制度之下，也該享有要求給與勞動機會的權利。

中產以上階級保有經濟上的優越地位，享受物質上最高文明的生活，只要獲得政治基本權就滿足了。可是人民在政治上地位的平等，並非就是經濟上

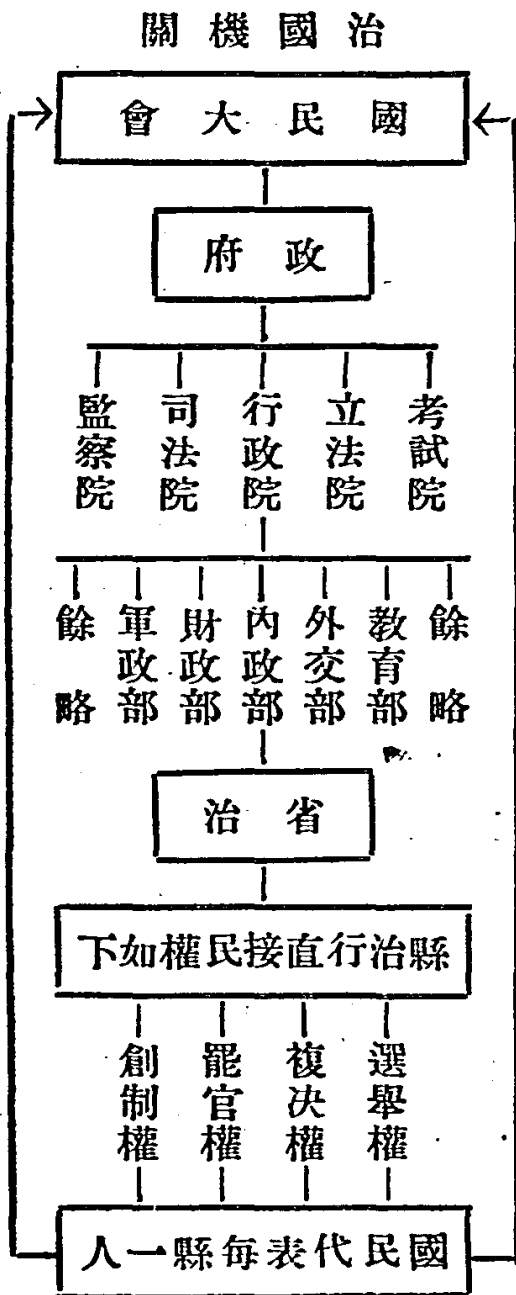
地位的平等，並且，經濟上地位不平等，即使政治上地位平等，也不是一般人民都能享受這種平等的利益，所以現在要主張民權，不可偏向在政治的意義，應該同時注重經濟的意義。

### 第三章 民權主義上的民權問題

民權主義上解決民權問題的方法便是把政治潮流中的離心力和歸心力調和起來。政治裏面本有兩個潮流；一個是自由的潮流，一個是秩序的潮流；有了這兩種潮流，也就發生兩種力量。這兩種力量就和物理上的離心力和歸心力一樣。離心力的趨勢是向着外面開放，歸心力的趨勢却是向着內裏收合。自由的潮流是一種離心力的作用，可是太過了就成爲無政府的狀態；秩序的潮流是一種歸心力的作用，可是太過了就成爲專制。民權主義的理論就是要調和這兩種力量的衝動。政治上既然有了一個自由和一個秩序的潮流，並且還有兩種人物；一是治人者，一是治於人者。治人者是有智識的，治於人者却是沒有智識。從前的民衆被人看作和孩子一般，顛倒受人家統治，不會要求什麼權利。但是現在這像孩子一般的民衆已經覺悟轉來，並且也具備做國民所應有的常識，打破治人和治於人的階級。民權主義也是要打破治者和被治者的階

級。

在民權主義的原理上，要調和自由和專制這兩個潮流，不至於各走極端。政治上自由和專制這兩種力量的調和就像物理上離心力和歸心力那兩種力量相等一樣，無論在自然科學方面，或在社會科學方面，所謂兩力相等，兩勢調和，也是一種真理。把憲法的作用比做一部機器，那末五權憲法就是一部調和自由與統治的大機器。這憲法上除了規定五權分立以外，還有四個直接民權。這種直接民權的作用可以使得歸心力不會過於集中。自由和專制的兩種力量不會各走極端。左列的圖就是顯出這種調和的功用。



上圖所表示的治國機關裏面，縣治是基礎，行使直接民權。直接民權共有四種：（一）選舉權，（二）罷官權，（三）創制權，（四）複決權。五權憲法既然像是一部大機器，直接民權却好比是機器的制扣。四種直接民權都是各有各的作用，有了選舉權，却還少不了罷官權，如果選舉出來的議員和官員不稱職的時候，便把他們召回來。至於創制權就是人民對於要舉行的事業，可以根據着公共意旨創制一種法律，或者立法院通不過的好法律，人民也可行使複決權，以國民公意贊成牠，通過牠。四個直接民權用作節制政府權的工具，這便是使得離心力和歸心力的消長各得其平。關於調和自由和專制的原理或方法，在民權主義的演講上可以整理出兩個題目來說：（一）權與能要分開，（二）建設一個歸人民使用的萬能政府。現在分節說明：

### 第一節 權與能要分開

因為人類並非就像水平面似的平等，依據着各人天賦的聰明才智，得有三種分別：第一種人叫做先知先覺，這種人聰明絕頂，才智勝人，憑着他的創造能力，社會上文明才有進步，人類才得享受幸福。第二種人叫做後知後覺，雖則聰明才智不及第一種人，沒有創造發明的能力，却善於做做着替社會做事。至於

第三種人叫做不知不覺，這種人只能做，不能知。先知先覺是發明家，後知後覺是宣傳家，不知不覺是實行家。如同建築一所大房屋，先由工程師打圖樣，指點工頭把圖樣裏構造的形式和方法看懂了，然後再叫工人照樣去做。工程師是有發明能力，能夠創造圖樣格式，他就是發明家，是先知先覺。工頭呢，雖則不能創造，卻能理會得工程師的發明品，他就是宣傳家，是後知後覺。工人呢，不能懂得發明家的造意，卻只能依着工頭的指揮去做。這三種人固然各有天賦不同的聰明才智，但卻都是爲了社會服務。世界上便是任何一種人也不可缺少。政治上的事業也要靠着這三種人共同來幹。

民權是三種人共同享有，不過應由先知先覺的人把民權造成以後，再來交給人民。至於實行民權時却不必問民衆的程度夠得上夠不上，因爲社會上大多數的實行家本來是不知不覺。民權是要發明家和宣傳家造成功的，大多數的實行家只現成去行使罷了。不過行使民權應該適用什麼方法，上面所說的三種人應該怎樣分工才對呢？根據了這種原理就得創出一種新方法，要曉得人民既然有能有不能，那就政治上也不得不分出界限來了。這種界限無非爲了實施方法的便利，仍舊不背於人民在政治地位上平等的原則。

從我國歷史上看來，三國時代西蜀的諸葛亮是何等有才能，但在劉備死後，他所輔佐的阿斗太子卻是昏庸懦弱。不過有權力的君主雖則是十分無能，但他能夠任用有能的人，仍舊可以治國。諸葛亮和阿斗，一個是有能卻沒有權，一個是有權卻沒有能。這有權無能的阿斗會得把國家政事託付給有能的諸葛亮，所以當時西蜀就治理得很好。這種歷史上的事實很可證明治國的人並不一定要能和權力兼備。權與能儘可分開，分開以後，只要有權的人能夠任用有能的人，便可造成一個好政府。這種原理適用在君主政治，也可適用到民主政治。共和國裏面人民是主體，他的地位就和君主國家的皇帝一樣。如同我國四萬萬人民何嘗都是有能的人，其中先知先覺真是最少數，但不知不覺的人卻是最大多數。人民是有主權的，但卻不能人人有治國的聰明才智。所以四萬萬人民好比是阿斗，有權卻沒有能，也得把政府交給像諸葛亮一樣有能的人才好。這就是權與能要分開的道理。主權握在人民手裏，治國的工作却不妨託付給能者去担任。

權與能分開以後，政府有管理衆人之事的力量，人民有節制政府的力量；於是政府所有的是治權，人民所有的是政權。政治的意義是可以分析起來說，政

是衆人之事，治是管理衆人之事；所以集合衆人之事的大力量便叫做政權，集合管理衆人之事的大力量便叫做治權。這兩種大力量裏面，政權呢，歸屬於人民，便是管理政府的力量；治權呢，歸屬於政府，便是政府自身的力量。民權主義第五講裏說：『歐美現在實行民權，人民所持的態度總是反抗政府。根本原因就是由於權和能沒有分開。中國要不蹈歐美的覆轍，應該要照我所發明的學理，要把權和能劃分清楚。人民分開了權與能，才不致反對政府，政府才可以望發展。中國要分開權與能是很容易的事，因為中國有阿斗和諸葛亮的先例可援。如果政府是好的，我們四萬萬人便把他當作諸葛亮，把國家的全權都交給他們。如果政府是不好的，我們四萬萬人可以實行皇帝的職權，罷免他們，收回國家的大權。』這種學理上的主張本是合乎民治主義的精神，因為直接的民主政治在事實上行不通，須得把權與能分開來，治權交給政府，人民却保留着幾種直接民權，以便節制政府。這種新方法可以使得政府有充足的能力，並且不會流於專橫。

## 第二節 建設一個歸人民使用的萬能政府

現代一般思想家批評民主政治，差不多都說民治政體是不能產生有創造



力的政府；當這偉大而緊急的建設時代，這種懦弱的政府不勝解決國際的、戰爭的、經濟的一切重大問題的責任。誠然，我們要有有一種偉大的建設，自必需要一個強有力的政府，但却同時也要準備足以節制牠的方法。否則，一面非難民主政治，一面却代獨裁政治造機會了。慕沙里尼在意大利未始不會建設一個強有力的政府，像這種政府當從前歐洲俄普奧法等國的君主結成神聖同盟也會發見過，向着民治的精神挑戰，冀圖壓倒民衆的自由運動。現在我們雖則要有一個萬能政府，却決不願意回復到從前專制時代。要曉得自由的政府即使使是壞的，是懦弱無能的，也會勝過一個好的專制政府。在民權主義裏也是主張要有萬能政府，但是這個萬能政府却受着四個直接民權的節制，不會變成專制政府。這一點確是民權主義理論上最有精采的地方，並且也不背民治主義的精神。因為強有力的政府原本需要，但專制的政府却又必須絕對防止；五權憲法上一面建設萬能政府，一面却由人民行使四個民權，把這政府收歸自己使用。好的政府，就擁護牠；壞的或專制的，就推翻牠。政府的後面還有一種人民的權力，這權力超出政府以上。政府有萬能的治權，人民也有管理政府的民權。人民的自由和人民的主權，不是政府所給與，萬能的政府卻是由於人民的

權力產生出來。

人民對於政府要改變態度，這也是民權主義上一種重要的理論。大概講民權的國家，最沒奈何的是碰到一個萬能政府，人民沒有力量，沒有方法去管理牠；最好却是得着一個萬能政府，能夠歸人民使用，爲人民謀幸福。向來凡是民權發達的國家，政府總是沒能力的多，至於政府有了權能，民權就也不會發達。并且各國實行民權以後，人民總要防範着政府，恐怕牠專制起來。人民對於政府，常常帶有一種反抗的態度，現在既然要有一個萬能政府，那就這種防範和反抗的態度也得變更。不過這種強有力的政府，又要牠不專制，又要牠歸人民使用，應該用什麼方法去做到呢？這個方法便是把權與能分別開來。在政權方面呢，主張四權；在治權方面呢，主張五權。四權和五權，各有各的系統，各有各的作用。政府有了五權，替人民去做五種工作，人民却保有四權去管理政府，這四個權就是四種節制方法。五權政府分成五個門徑去工作，發出充分的權力，成爲萬能政府；人民却用了四種節制的方法，分成四方面去約束政府，那就自然能夠管理這萬能政府。運用這種新方法就可以建設一個歸人民使用的萬能政府。

## 第四章 選舉權

歐美人在近世紀以來，爭自由，爭平等，結果是獲到民權。并且最先獲到的就是選舉權。這種民權運動的過程上曾經發生多少障礙，犧牲多少革命份子，起初所爭得的還不過是一些有限制的選舉權。性別的限制，年齡的限制，財產的限制，地位的限制；於是爭女子選舉權，爭普及選舉權，百數十年來民權運動爭向着選舉權這一個標的。直到歐洲大戰以後，才有一番大改革。當初選舉制度排除女性，本來已有一半國民不能享有民權，再加其他年齡、資產、和地位等種種限制；所以一個國家裏面行使選舉權的人真是最少數了。這種民治政體要算最幼稚，最不澈底，一方面也可見得實行民權的困難。如同婦女政治運動的起源很早，但成功却在二十世紀。法國大革命時，巴黎革命的火焰噴射着，婦女的政治運動也同時爆發。一七八九年十月五日梅立葛領導着婦女團到凡爾塞強迫國王承認她們的人權，那時巴黎女子覺悟了男女兩性在政治上的地位應該平等，劇烈地起來運動；巨耐物質的條件太沒有完備，狂熱的思想終於戰不勝環境。後來英美女權黨人爲女子參政權而奮鬥的不絕努力充實了民權運動的歷史，然而她們所爭的仍舊不過是有限制的選舉權罷了。

關於選舉權的學說，向來分有兩派：一派是天賦人權說，一派是公之職務說。前一說是主張普通選舉，後一說是主張制限選舉。英國的國會歷史最早，英國的選舉也是富有制限選舉的特質。法國革命後，天賦人權說雖則盛極一時，但普通選舉制度仍舊沒有在各國完全實現。並且尋常學者所說的普通選舉仍舊保有各種制限，女子也是被排除在外。所謂普通選舉和制限選舉最重要的區別點就在制限選舉是有財產上的限制，普通選舉却沒有這種限制而已。普通選舉固然把女子除外，但在男子方面也有積極資格和消極資格的限制。關於選舉權的觀念，現在和從前是大不相同。第一，向來所說普通選舉權，是以男子享有為原則，女子參政權為例外；現在却以男女同權為原則，男子專有為例外了。第二，向來選舉權是專重國會議員的選舉和被選舉；現在却要建設民選的政府，像建國大綱第廿五條就規定：『憲法頒布之日，即為憲政告成之時，而全國國民則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，而授政於民選之政府；是為建國之大功告成。』所謂民選之政府，足見五權憲法上選舉權的擴大。第三，向來選舉人和被選舉人都有年齡上的制限，這種年齡也有定得很高的；現在像德國、蘇俄等新憲法都把年齡的制限降低，並且不

分選舉人和被選舉人的年齡類別。

我們不必提倡什麼天賦人權，也不必主張什麼公之職務；總之，選舉權的行使已經成爲民衆參與政治的必要方法。不管政治的形式變化到怎樣程度，意大利的法西斯蒂或者社會主義的蘇維埃；也不管他們怎樣巧立名目的操縱選舉。法西斯蒂大會的指定名單或者蘇維埃式間接又間接的選舉；然而新式的政治多少總要把選舉權這一種民權利用一下子。十八世紀以後，自然法派玄想着的天賦人權雖則沒有真正實現過一次，但選舉制度究竟發達到了相當程度；制限呢，投票方法呢，選舉區呢，在各國不同的制度之下，倒也鬧得五花八門，耐人尋味。舊制度的弊害如何，將來的變化如何，姑且不問，先把關於選舉權的固有情形略加研究罷。

### 第一節 普通選舉

關於選舉權的性質，從前英國學者多主張公之職務說，以爲權利應和義務相對待，沒有納稅的義務就沒有選舉的權利；制限選舉就根據着這種學說。等到天賦人權說一經鼓吹，接着便是美國獨立，法國革命，才得漸漸建設普通選舉制度。現代天賦人權說雖則不爲一般學者所採用，但是階級思想的進化，經

濟事項的變遷，選舉權越發要普遍化了，不過通常所謂普通選舉仍舊分出積極資格和消極資格的制限：

(一) 積極資格的制限。

(1) 本國人民 選舉人或被選舉人須是本國的人民，這是一種當然的制限；不過像合衆國裏面却也有二小州對於外國人在本州有住所的，許他有選舉權。

(2) 合於法定年齡 選舉年齡或在成年以上，或和民法上成年年齡一樣，像英美等國以民法上成年作為選舉年齡的制限；日本丹麥等國就是各別定有制限。日本民法上二十歲為成年，選舉年齡卻定為二十五歲，丹麥是三歲，要算最高了。德國新憲法是二十歲，蘇俄是十八歲。大概選舉法定年齡的低降，頗合於學理，人民參政的能力並不是要跟着年齡增長。

(3) 要有經過一定時間的住所 對於住所，各國大多有一定的制限，至於要是經過多少時間的住所，那就各國的立法例沒有一致；如同西班牙是二年，丹麥是一年，法國是六個月，德國却在憲法上規定地方團體選舉權的取得，以各州法律得限制住居本地滿一年為條件。

普通選舉制度中，選舉人要為男子的制限已經打破了。現在是以男女同權為原則，不許女子有參政權為例外，像日本等國。

(二) 消極資格的制限 消極資格的制限就是在法定某種條件內不得享有選舉權，各國通例如同：

(1) 公權被剝奪的人 所謂被剝奪公權的人，不僅是專指被處一定刑罰而言，就是精神喪失者也包括在內。不能行使公權就不能享有選舉權。

(2) 受了破產宣告的人 許多國家對於正受貧民救助，或在選舉前一定期限受過貧民救助的人，就使他喪失選舉權。法國却有點不同，只有為着乞食、浮浪等緣故受了制裁要喪失他的選舉權，至於受貧民救助的人却不受制限。但是，破產宣告以後就不能享有選舉權，在資本主義的國家却並無二致。

(3) 服特種職務的人 海陸軍人等通常是停止選舉權的；不過這種制限現在已有解放的趨勢了。

蘇俄憲法上所規定的選舉的積極資格和消極資格比較各國通例不同，下列三種俄國的公民，在選舉的日子，年滿十八歲，無男女、宗教、民族的區別，都得

享有選舉權；如同（一）自食其力的人，自食其力的家屬，農工商三業的勞動者，僱傭者；（二）共和政府下的海陸軍人員，（三）在以上兩類中之一，現時不能工作者。至於消極資格，那就犯了以下各項就沒有選舉權和被選權，如同：（一）僱傭他人以謀利的人；（二）不用勞動却靠着資本、田產、私業而營利生活的人；（三）商人，代理人，中間販賣的人；（四）宗教的傳道者和僧侶，把他的業務當作職業者；（五）俄舊政府下的警察，偵探，以及前俄皇族；（六）犯有精神病的人；（七）曾經法庭宣告犯罪的人。

## 第二節 制限選舉

從來所稱普通選舉，排除居人類半數的女子，已經是顯出男女兩性在政治地位上的不平等，至於制限選舉，或設定財產資格，或分出等級差別，尤其是造成資本家的特殊地位，不合於民治精神。主張公之職務說的學者雖則以為權利義務要對等，盡了納稅的義務，才得享受選舉的權利，但却不知人民對於國家所盡的義務，除了納稅義務以外，還有更重大的當兵義務。況且，人民——不論男女——為國家，為社會盡力最多，最有價值的並不在資產階級，所盡的義務也不僅限於納稅和當兵兩種；所以權利和義務對待的話，根本上就不成立。



制限選舉制度在現代實在是應該廢棄的。但是，我們從選舉的沿革和種類上去研究制限選舉，却可分做通常制限選舉和等級制限選舉兩種：

(一) 通常制限選舉 這種制限不外財產的制限和教育的制限，至於宗教的制限那就已經不成問題了。

(1) 財產制限 具有財產上的資格，才有選舉權，這種制度本從英國創始，後來別國仿行；像法國、比利時、那威、日本等都是摹仿過的。從前英國選舉制度，關於財產資格，制限很嚴，辦法也很複雜，但却漸次改良，凡是能夠獨立生活，自成一戶的人都有選舉權。歐洲大戰後，連到女子選舉權也通過了。至於這種財產制限的方法，也有以財產額為標準的，也有以歲入所得為標準的，也有以所繳納的稅額為標準的，像日本就是以納稅額為標準。這種制限的弊害，第一是計算上的不公平，譬如說國家設定財產的制限，必須年納直接稅一百元，才有選舉權；但那些繳納九十九元的就不能享受這種權利了。第二是選舉權被資產階級所壟斷，大背人民在政治上地位平等的原則。

(2) 教育制限 不受教育的人沒有選舉權，關於這種制限，各國所規定的極不一致，或者要能夠誦讀三行憲法以及能寫自己的姓名；或者要能夠寫

被選舉人的姓名，或者要受過普通教育，或者要中學校、專門學校畢業。至於主張設定教育資格的理由，却不外：（A）選舉人受了相當的教育，就會舉出適當的人才；（B）受過教育的人不會發生賄選的流弊。這種理由當然很不充足，因為選舉發生流弊的原因並不在乎選舉人所受教育的程度怎樣，教育能力和政治能力本來是兩歧的。解決文盲問題，固然是國家的要務，但却和選舉權無關，普及選舉並不是以普及教育為條件。

（二）等級制限選舉 這種選舉制度是在選舉人當中區別出他們選舉權行使的等級來。這可分做兩種：

（1）分級投票選舉 這種選舉又可分做：（A）依職分的等級選舉，（B）依納稅額的等級選舉。所謂依職分的等級選舉是從中世紀的貴族會議而來，那時法國和德國，選舉權存在於貴族、僧侶、市府三種階級，平民是沒有分的。到了十九世紀才廢絕這種制度。奧大利曾經在一千八百六十年再行採用，把選舉人分做大地主、都市的市民、農民等各種團體的階級，直到一千九百二十年共和國成立後方才廢止。至於依納稅額的等級選舉，創始於普魯士。這是依照納稅額的多少，分別選舉人的等級。一千八百四十九年倡行

這種制度，在新憲法頒布後廢止。

現在我們所要注意的就是近來各種進步的、最有勢力的政治學說中的職業代表制，雖則和『依職分的等級選舉』的觀念不同，但却不無多少淵源。職業代表制是包含兩種要素：（一）人民必須是某種職業團體的分子才有選舉權；（二）候選人必須是某一職業團體裏的會員才得從這一個職業團體被選出來。在職業代表制之下，議會的議員就成爲某人是紗廠工人、鐵路工人、或印刷工人等特殊職業團體的代表了。這種職業代表制固然首先在蘇俄實行，但德國的生計會議雖則不是造成一容納職業代表的第二國會，但却已經採用了這種制度的原理。

（2）複數投票選舉 英國、瑞典等地方自治團體的選舉，早經採用這種制度，比利時國會選舉也已仿照辦理。這是在普通人民每一人只投一票以外，其他法定特種的人，每一人可投兩票以上。這可分做一般投票權和複數投票權；所謂一般投票權，像比利時，凡是男子滿了二十五歲，在選舉區域內住滿一年以上就有一票的選舉權。但具備了特種的資格，可在一般投票權外再取得複數投票權；如同：

有了左列資格的一種，得在一般投票權外再加投一票：

(a) 年滿三十歲以上，已經有了家室或者是獨身却有嫡出的直系卑幼，並且每年繳納五法郎以上的直接稅。

(b) 年滿二十五歲以上，置有二千法郎以上的不動產所有權，或公債債券，或者存放在政府的貯金處的存款，每年可收一百法郎以上的利息。

有了左列資格的一種，得在一般投票權外再加兩票：

(a) 在中學以上的學校得有畢業證書或全科修業的證明書。

(b) 從事於公務或特種職業，可以認為具有前項學術。這種公私業務的種類用法律規定。

此外還有一種倍數投票制度，一個選舉人得在數個選舉區內投票，在英國實行。像這種複數或倍數的投票，一人得有數票的選舉權，似乎是民權的擴張；實則不然。要曉得有特殊地位和資格的人，一人可得數票，否則只有一票，甚且還有得不着選舉權的，並且得投多票的資格大都由於財產權而來，這是何等不平等的現象。少數人的權利擴張就是多數人的權利被妨害了。

### 第三節 被選舉的資格

被選舉資格在各國現行制度上，大概可以分做左列三種：

(一) 被選舉權的制限嚴於選舉權。歐洲曾經採取這種制度，現在却廢棄了。當初關於被選舉資格必須要具備財產上的條件，并比到選舉人的資格來得嚴重。等到一八三一年比利時憲法首先否定這種制限。一八四八年以後，歐洲大陸各國和英國都把被選舉權的財產制限完全廢除，只剩葡萄牙一國直保留到政體改變為止。

(二) 被選舉權和選舉權同等享有。這是現代各國的共通情形，但蘇俄憲法上的規定却尤為單純。其他各國在年齡上、國籍上還有點區別。

(三) 被選舉權的制限寬於選舉權。這種制度是選舉權要受財產的制限，被選舉權反不受制限，如同日本、瑞典、盧森堡等國的現行制度。

各國選舉法上還有規定被選舉的消極資格，這一種具有消極資格的人就是當選了也歸無效；如同僧侶、小學校教員等有特殊職業的人。至於官吏有沒有當選的資格，那就有兩種不同的主義：

(一) 英美主義。在英國，凡受俸給的官吏，不得當選為議員，并且議員被任命為官吏的時候就喪失他的議員資格，只有國務員除外。在美國，兩院議員

在任期中不得做官現任的職官也不得做兩院議員這種制限無非是尊重三權分立的精神，并且防止議員爲了私利便提議增加俸給，添設新官職的流弊。

(二) 大陸主義 又可分做法國主義和德國主義兩種：

(1) 法國主義 在原則上，官吏不得做議員，但却也有例外。這種制度在法國經過好幾次變遷，現在却有確定的三種辦法；如同（A）凡是有俸給的官吏當選以後，假使不在八日以內辭去當選，便看做拋棄他的官職；（B）國務員、次長、全權大使、公使、警視總監、大理院院長、審計院院長、巴黎高等法院院長和總檢察長、大僧正、僧正、大學教授等却不在上述範圍以內；（C）凡是高等法院院長、檢察官、第一審判所所長、副所長、預審推事、警視總監、縣知事等在他們的管轄區域裏面當選了，却是不生效力。

(2) 德國主義 這是和法國主義適得其反，官吏得做議員是原則，不許是例外。所謂不許的例外，如同（A）某種特定官吏不得在管轄區域裏面當選；（B）審計官不得兼做議員，此外官吏或者是軍人都可兼任議員，并且新憲法上還有保障條文，第三十九條規定的是：「文官和軍籍人員行使他的宗國或各州議會議員的職權時，不須請假。在準備當選的日子，應該給與

選舉上應該需要的假期。」

歐洲大陸各國有傾向於德國主義，以官吏有當選資格為原則；如同丹麥、瑞典、挪威、瑞士等國；也有傾向於法國主義的。但法國因為沿革上的關係，舊主義是禁止特種官吏兼職，至於一八四八年以後的新主義，凡是有俸給的官吏都以禁止兼任議員為原則；所以葡萄牙、盧森堡曾經採用這種舊主義；比利時、西班牙以及一八七二年以後的盧森堡就採用法國新主義了。關於官吏能不能兼任議員這一點，在歐洲立憲政治上確是一個重大問題；主張否認的理由，不外是：（一）官吏兼做議員，開會期內要曠廢職守；（二）如果官吏在管轄區域裏面有被選舉資格，容易發生濫用職權的流弊；（三）議會中官吏議員多起來，政府就有操縱議會的機會。但是主張肯定說的理由却以為這種制限太嚴，就未免使得：（一）一部分人民被排除在議會以外；（二）選舉議員時不能儘量吸收優秀分子。這兩方面理由却是否認說充實得多，法國主義是勝於德國主義。不過在我看來，這個問題要分析開來研究，禁止官吏當選和禁止官吏兼任議員是兩個問題，事實上或理論上都不能混為一談。官吏是不得兼任議員，這是一個獨立的原則。至於官吏有沒，有被選資格，那就在管轄區域內

當然以禁止當選爲正當；但在別的選舉區域內被選，須要尊重他的自由意志。做議員呢？做官吏呢？聽他擇一而從就是了。說到這一點，我們却要論及五權憲法上國民大會裏的代表，官吏能不能兼任一問題了。這是根據權與能分開的原理，應該絕對否認的。因爲國民大會的代表是屬於行使政權的機關裏的分子，官吏是屬於行使治權的機關裏的分子；權與能既然是嚴格地分開，那就有能的人也不該兼做有權的工作。

政務官兼職倒成爲現在新政治上一種新趨勢了，所謂兼職的制限不過專對一般事務官而發。到底兼職是不是基於政治學上或種新的原理呢？除了官吏不能兼任議員以外，一人身兼多數官職是不是正當而必要呢？這還是政治能力問題或者政治道德問題呢？至於從這一省兼職兼到別一省，或者從中央官吏兼職兼到地方官吏，或者從教育行政官兼職兼到司法行政官；不是遙遙數千里外兩頭行使職務，就是違反專門事業用專門人才的原則。這種壟斷政權的情形，在學理上覓不到可以替他們解釋的理由。

#### 第四節 選舉方法

選舉方法從來是分做直接選舉和間接選舉，公開選舉和秘密選舉，無論選



舉制度如何革新，總不能不選用這兩種方法裏面任的何一種。德國新憲法第十七條就明定遵照比例選舉制的原則，用一般平等直接秘密投票的方法選舉；至於蘇維埃的選舉却是間接而秘密的，雖則也有一小部分組織採用直接選舉方法。

(一) 直接選舉和間接選舉 有選舉權的人民直接投票，計算這種投票的結果，選出當選的議員，這就叫做直接選舉。至於一般人民選出初選當選人，再由這些初選當選人投票選舉議員，這就叫做間接選舉。這種間接選舉本來還有四種不同的方法，如同：

(1) 最普通的就是先行選出初選當選人，再行覆選；  
(2) 聯邦國的各州議會組成選舉機關，選出聯邦國會議員，或者是單一國的地方議會選舉上議院議員；

(3) 先由一般選民組織各種選舉團體，再從這些團體選出議員，像法國元老院議員的選舉就是適用這種間接方法，

(4) 上級蘇維埃代表由低級蘇維埃大會中選出，是一種寶塔式的間接選舉制度。

主張間接選舉方法的人以爲一般選民多沒有政治上完全知識，不如經過一次覆選，倒能夠得到適當的人才，這種見解實在是錯誤的。要曉得政治上的識別能力和作爲能力也要分開來說，一般選民雖則是有權無能，但識別他人的能力總不會缺乏。像阿斗這樣昏庸無用，然而却能識得諸葛亮是一個能者。假使選民都是阿斗一樣的人，他們也會選出諸葛亮來，不必借重初選當選人再去覆選。否則，一般選民果真是不識好歹，選不出相當人才；那末，他們所選舉的初選當選人也決不會是好人。選舉的基礎一壞，即使覆選十次，一百次，也沒有什麼滿意結果。況且，民選的代表或官吏，第一要義應該和民衆接近，採用間接選舉的方法，那就當選者一輩子不會和民衆接近，對於民衆的利益也是漠不相關。總之，間接選舉是野心家操縱選舉的唯一方法，是有造成獨裁政治的可能性，並且極容易發生賄選的機會。

(二) 公開選舉和祕密選舉 公開選舉又叫做記名投票法，這就是選舉人在選舉票上附記自己的姓名；祕密選舉又叫做無記名投票法，這就是選舉人在選舉票上只要寫明被選舉人的姓名，却不得附記投票人自己的姓名。祕密選舉的利益在使選舉人可以避免他人的威迫利誘，無所顧忌的自由投票，

但却有人主張無記名投票雖則是投票人的姓名無從查考，不過筆跡是容易被辨識的，所謂祕密的程度就未免不徹底。因此，還有一種祕密的選舉方法，就是把預定候補人的姓名依次印刷在選舉票上，選舉人只要在選舉票上候補人的名字旁邊加上一定的記號。大概學者對於公開和祕密的兩種方法頗有爭點，主張公開選舉的重要理由是：（一）選舉本是公開的事情，就和國會議事公開，法院審判公開一樣，不該祕密；（二）公開選舉能夠引起選舉人的責任心，不至於胡亂填寫或者故意開玩笑；（三）公開選舉可以減少賄選的弊害。至於主張祕密選舉的理由却是：（一）祕密選舉既然是無所顧忌，拋棄選舉權的人可以減少；（二）祕密選舉不致發生選舉票不足額而重行投票的流弊；（三）祕密選舉能夠使得選舉人自由投票，這是因為運動當選人既然無所施其脅迫的伎倆，就是施行賄賂也是比較困難。何以故？要曉得選舉票上投票人不自記名，那就行使賄賂以後，選舉人是不是照約填寫，事實上不免無從查考，這種行賄困難情形足以減少賄選風氣，保全投票人的自由。這些理論却也分不出高下來，不過各國實例總是採無記名方法。我亦主張無記名選舉，但却以為選舉人自己沒有附記姓名的必要，這種手續，是很可以省略的。至

於防止選舉作弊一層，那就作弊的根本原因却在公開和秘密的方法上；況且舞弊的方法層出不窮，記名和不記名一概防止不了。這是要別謀救濟的途徑。所以我主張無記名投票却是根據着一種消極理由。

### 第五節 選舉區

選舉區的分劃並非選舉制度的要素，不過為實行上的便利起見，并且和行政區域的分劃，性質上全然不同。議員是代表全國人民的利益，並不為了選舉區的分劃便硬派他們是代表某一地方的利益。但是，選舉區怎樣分劃呢？這是把全國劃做若干區，拿全數議員來分配，每一區選出一個議員或兩個以上議員；所以選舉區又可分做大選舉區和小選舉區。這兩種選舉區的分別是：

(一) 大選舉區 每一選舉區可以選出兩個以上的議員，叫做大選舉區。至於這種選舉區的分劃以及各區議員人數要怎樣分配，那就各國各有不同的標準。大選舉區是有下列各種利益，如同：(1) 選舉區的地域廣大，人口衆多，易於選擇人才；(2) 賄選和脅迫等惡行不容易施行；(3) 少數黨的候選人以及不黨的候選人比較上有當選的機會。但却也有下列的弊害，如同：(1) 選舉人不容易明瞭候選人的品格才能，純盜虛聲的投機分子常常獲選；(2) 議員缺額時的補

選或者選舉票數不足額時的重行投票，要使得全選舉區的選民再投一次票，程序太繁重。

(二) 小選舉區 依照議員的人數若干，把全國分作若干選舉區，每一區選出一個議員，叫做小選舉區。這種選舉區也是互有利弊，牠的利益是：(1) 區域既然大，選舉人就能夠習知候選人是怎樣人物，(2) 投機的候選人無從煽惑；(3) 缺額補選或重行投票並不困難。然而牠的弊害是：(1) 優秀的候選人不容易覓到，不得不把低能兒充數；(2) 有勢力的黨派操縱起來，極爲便利；(3) 選舉的競爭每每過度激烈，易於發生賄選、脅迫等惡行。

選舉區的劃分無非是爲了實行便利，至於理論上本該把全國當作一個大選舉區。因爲大選區和小選舉區至少總要發生左列兩種流弊：

(一) 各選舉區的人口在事實上當然是不能整齊劃一，以致爲了選舉區的不同，選舉權的效力就也失掉牠的平衡性。

(二) 在法理上說起來，議員本是代表人民的利益，但在事實上爲了選舉區的界限，地域的觀念不免先入爲主；於是一般議員常常注重在本地方的利益，成爲一個選舉區的代表了。

關於選舉區議員的分配有兩種主義：

(一) 地方代表主義 英國曾經採用這種主義，後來因為政治上的單位在於個人却不在團體，十九世紀以來，就採用人口代表主義，但大學區的選舉却在例外。至於大學區以外的選舉區却是以人口比例計算，採用小選舉區制。現在像美國、瑞士等國的上議院議員由各州議會選舉，採取地方代表主義；德國的參議院議員就兼採人口比例主義。德國憲法第六十一條規定，各州只少應得一投票權，但在大州，每人口百萬增加一票。

(二) 人口比例主義 依照人口多少，制定議員的額數，像英、美、法、瑞、日、本等國都是採取這種主義，蘇俄聯邦的蘇維埃代表選舉也依據着人口的比例。

### 第六節 多數代表制度和少數代表制度

(一) 多數代表制度 這是計算選舉人投票數的多少，決定當選的人；必須要得到投票總數的過半數才能當選，叫做過半數法；或者以得到投票數的最多數就算當選，叫做比較多數法。歐、美各國大多採用過半數法，但施行這種方法，選舉的結果，常常不能得着當選的人。現在採用過半數法的國家救濟這種缺陷，却用比較多數法或決選法選出當選的議員。所謂決選法就是把得票

最多數的兩人以上，由全數選舉人決選一人。法國對於被選舉人的票數不能達到過半數，就把得票占有四分之一的人用決選法再行選舉。如果決選後仍舊不到過半數，就把得票最多數的人作為當選；票數相同，年長的人當選。不過呢，比較多數法和過半數法本來就有目的上的差異，假使用前一種來救濟後一種的缺陷，未免不適當。決選是強制選舉人對於特定人投票，違反自由投票的意義。至於比較多數法雖則沒有上面所說的缺陷，但在分配上頗不公平。各政黨因為分配的地點不同，以致常要發生多數選民舉得少數議員，而少數選民反舉得多數議員的流弊。譬如說有十個選舉區，每一區有選民五千人，甲黨在七個選舉區裏面都是二千五百票當選，但乙黨却在其他三個選舉區裏面，以四千五百票當選；那末，甲黨以一萬七千五百票獲得七個當選人，乙黨却是費去一萬三千五百票，只獲到三個當選人，這也太不公平了。

(二) 少數代表制度 少數代表制度是要使得少數黨也得選出代表，不致全被多數黨壟斷了去。實行這種制度而運用的方法，如同：

(1) 減記投票法 減記投票法就是制限選舉人的連記投票，因為大選舉區是要選出兩個以上的議員，連記投票法須得把該區應該選出議員的額

數一一連記起來。至於制限選舉人的連記投票，就叫做減記投票法。這是一選舉區中的一個選民在投票紙上所選出的人數，須要少於該區應出議員額的全數。譬如說每一區應該選出議員四人，假使用連記投票法，勢必盡為多數黨所得；但採用減記投票法，在每一張投票紙上只准寫上兩人或三人的名字，那就少數黨亦有舉出議員的機會了。像瑞士、瑞典、那威、盧森堡等國是採用連記投票法；英國和意大利曾經試行減記投票法，現在西班牙、巴西、美國、瑞士各州的一部分也採用減記法。不過這種投票法調和多數黨的效能也不見得可靠。

(2) 重記投票法 這是一票上可以重複記載一個被選舉人的姓名，如同某一選舉區應出議員三人，共有選民七百人；甲黨五百人，乙黨二百人；那末，乙黨用重記投票法也可獲選一人。這就是一張選舉票上重複寫上一個人的姓名，於是一票有三票的效力，二百人可投出六百票。票數積聚的結果，自然可以當選了。這方法是英國學者所提倡，現在美國和瑞士各州中就有採用這種投票法的選舉。

(3) 單記商數投票法 這是把議員的總數除全國選舉人的總數，就把所



得的商數作爲當選的法定數；如同全國選舉人共有三百萬人，議員總額是三百人，兩者相除，商數是一萬，那就一萬票是當選的法定數。但是，選舉人投起票來總是參差不齊，不會算得很準確，恰滿法定票數；所以票多了用不着，少了就選不出議員。因此，就有下列兩種補救方法：（A）讓與法，這是當選人所得票數超過了法定的額數，就可把餘多的票數讓給不足額的人；（B）副記法，這是選舉人得在票上記明副選者一人或二人，假使正選者的得票有了剩餘，就把這一票加到副選者所得票數中計算。所謂單記商數投票法並非一種良好的方法，程序既複雜，計算又困難得很。

（4）比例分配投票法 這又叫做連記商數投票法，名簿投票法，是由各黨或各選舉團體先行製定候補人的名簿，選舉人就在這名簿上投票。實行這種投票時，如果所提出候補人的人數和議員的額數相等，或者還不足額，那就簡直可以把候選人作爲議員。至於超過額數的時候，那就舉行選舉。這種比例分配投票的計算方法，如同選舉人總數是六千人，議員名額六人。選舉人分做甲乙丙三黨；名簿上甲黨的投票數三千，乙黨二千，丙黨一千。把議員的額數除選舉人的人數，所得的商數是一千，再把一千除各黨的投票數；那

就甲黨應該選出議員三人，乙黨二人，丙黨一人，分配也很公平。不過呢，各黨的選舉人，數目沒有這般整齊，平均分配上不免要感覺到困難；於是比利時學者發明了一種良善的計算方法，可以使得各黨間平均分配的數目不會發生問題。這種分配方法是先把一、二、三、四等數目去除各黨候選人所得的票數，然後再把這些得數，依照大小的差別，按次排列，求出和應該選出議員的總數相當的排列次序是什麼數目。這就是把排列次序中和議員額數相等的數目作為得票最少限度，去除各名簿上的得票數，就算各黨應該選出的議員額數。假使說有四名議員的選舉區，甲黨在名簿上的得票數是一千二百，乙黨一千零八，丙黨六百十二，丁黨三百六十，那就一、二、三、四等數目除得的商數是：

	原數	用『一』去除	用『二』去除	用『三』去除	用『四』去除
甲	一二〇〇	一二〇〇	六〇〇	四〇〇	三〇〇
乙	一〇〇八	一〇〇八	五〇四	三二六	二五二
丙	六一二	六一二	三〇六	二〇四	一五三
丁	三六〇	三六〇	一八〇	一二〇	九〇

照右列數目大小排列起來，六〇〇是順序中的第四數，和議員額四人總數相當，就把六〇〇作為基本數，去除各名簿上的得票數，除得的結果是甲黨應該選出二人，乙丙兩黨各得一人，丁黨沒有分。這是比例分配投票法的大概情形。比利時採用這種制度的歷史最長，現代學者主張的也很多。比較上這種制度最合科學方法，不過程序和計算複雜一點，實行起來，先要使得一般選舉人受有相當訓練才好。

(5) 小選舉區單記投票法 小選舉區，每區只選出一人。用單記投票法，每一選舉票上只選一人，像英、美、荷蘭、丹麥等國多採用這種投票法。要曉得所謂連記、減記、重記、各種投票法都是適用於大選舉區；還有單記商數投票和比例分配投票這兩種方法却是適用在以全國為一大選舉區的場合，尤為適當。歐洲各國關於大選舉區和小選舉區頗有變更，法國幾經改革，到了一九〇四年，仍舊改做現行大選舉區制度，德國新制亦然。

(6) 大選舉區單記投票法 這是一區裏面雖則要選出幾個議員，但選舉人投票的時候，每票却限舉一人，日本就是這樣，把小選舉區適用的單記投票法用在選舉區。這種投票法會得發生下列幾種弊害：(A) 大選舉區

中候選人多，選舉人所信仰的不止一人，投票却只有一權，以致選舉誰人的意動搖不定；（B）選票集中在一、二有聲望的名流，未免浪費一部分的選舉權；（C）爲了票數散漫或過於集中的關係，以致多數黨選出少數議員，少數黨反選出多數議員。

## 第五章 罷免權

在五權憲法的理論上，單是一個民權——選舉權——是不夠用的。現在世界上各民主國，大概是實行一個民權，所以人民的參政權力不能充分行使。專門行使一個選舉權，好比是一部舊式的機器，只有向前推進的力量，却沒有拉回來的力量，這種民權只好算是片面的行使。現在新式的方法却不同了，選舉權以外還有一個直接民權，叫做罷免權。凡是選舉出來的議員或官吏不稱職，就罷免他，就把他召回來。這兩種民權都是人民直接管理政府的工具，罷免權也可說是補充選舉權的不足力量。人民有了選舉權，又有罷免權；於是對於一切的議員或官吏，一面可以放出去，一面又可以調回來。這就像是一部新式的機器，能夠發出一推一拉的力量。從前所行使的民權真是幼稚得很，內容既然並不充實，方法又不好，所以人民一經選出了議員或官吏，對於他們便沒奈何。

儘讓他們去爲非作歹，人民却只有推出去的力，沒有召回來的權。雖則呢，人民相信他，才去選舉他；於是選出來的人應該是優秀分子，這却不過是理論上的話罷了。事實上，選舉出來的人壞的多得很，等到人民發覺了他的罪惡，假使沒有方法制裁他，豈不是制度上的一種大缺陷呢？

各國施行的代議政治，議會代替人民管理政府；但是議會不盡這種職責的時候，人民是沒有辦法，或者議會本身違反了民意，也沒有救濟的方法。代議政治的通常的軌道上，議會固然也可以解散；不過這種事實却要發生在議會和政府政見衝突的當兒，那就訴之於國民。或者是議會解散，或者是內閣倒翻。至於人民要自動的、直接的、去倒閣，去解散議會，這種新方法，除了瑞士聯邦中有幾個小州得由定數選民要求解散議院，提交人民公決以外，其他國家的人民都沒有解散議會的權。可是罷免權擴大起來却可成爲一種倒閣、解散議會的。新方法。民權主義演講裏雖則沒有說明怎樣的官吏才可以罷免，但這種罷免權的行使當然不是專對下級官吏而言，政府裏的最高級的官吏也在可罷免之列。罷免權擴大運用起來，未始不可改組政府。至於人民所選出的議員違反了民意，假使同時有多數議員發生被召回的原因；那就各地方選舉人一齊行

使罷免權的結果，效力未始不等於解散議會。五權憲法上，國民大會代行四個直接民權，但人民對於國民大會裏的代表——他們所選出來的代表——也該有罷免權。在民權主義演講裏雖則沒有說明罷免權如何行使的詳細方法，但在理論上，人民對於國民大會裏的代表，當然保有這種權力。

歐洲大戰後的新憲法，像蘇俄就明定選舉人有隨時召回所選代表的權利，並且另行選舉，這也是關於選舉人對他們所選出的代表行使罷免權的實例。至於人民罷廢官吏，那就在美國各州中也有一種成例存在。所謂國民的罷免權 Recall 就是一州選舉人的一部分——大概是總選舉人的百分之二十五——共同具名罷免特定的官吏或議員，向國務部請願。國務部對於這一種請願，應該交付人民投票，以便決定應不應罷免。這種制度經由 Oregon 州在一九〇年用法律確定以來，各州也有摹倣牠的。由此看來，罷免權的行使範圍是對於議員或代表，對於官吏。但是對於官吏行使罷免却有如下列幾個問題：（一）是不是要限於民選官吏呢？（二）在五權分立的政府之下，對於五院院長以及形式上最高首領（如同大總統，國民政府主席等類）能不能行使罷免權呢？（三）國民大會代行民權，那就議決提出罷免案時，被罷免的官吏是不是

立即去職或者還要設定別種程序呢？這些都是關於行使罷免權的重要問題，應有適當的解決方法。

爲了充實罷免權的權力內容以及貫徹人民管理政府的主張，所謂罷免權當然要對於整個的政府行使。政府是民選的政府也就是罷免權所能及到的政府。基於這種理論，五院院長當然可以罷免，同時國民大會是代替人民行使直接民權；那末，在立法上要發生下列兩種困難情形：（一）如果憲法上關於罷免權的行使程序定得非常繁重，那就這種權力不免等於虛設；（二）如果憲法上對於罷免權並不設定嚴密的限制，那就國民大會可以輕易地運用這種權力，政府的地位就不能穩固，更談不到萬能這一句話了。大概定下了一種良好的原則，必須還要定出許多妥當的細則來運用牠，不然，理論和事實不一致，就難得有好結果。制度的運用所發生的效果如何雖則時常受着各種環境的影響，但制度的本身也要務求理論上和實行可能性的完滿。這也是訓政時期裏面對於要怎樣完成憲法的功用一個問題當得加以精密的研究。

## 第六章 創制權和複決權

四個直接民權除了選舉權和罷免權，便是創制權和複決權了。民權主義第

六講裏說：『國家除了官吏之外還有什麼重要東西呢？其次的就是法律。』所謂有了治人，還要有治法。人民要有什麼權，才可以管理法律呢？如果大家看到了一種法律，以為是很有利於人民的，便要有一種權自己決定出來，交到政府去執行。關於這種權叫做創制權，這就是第三個民權。若是大家看到了從前的舊法律，以為是很不利於人民的，便要有一種權自己去修改。修改好了之後，便要政府執行修改的新法律，廢止從前的舊法律。關於這種權叫做複決權，這就是第四個民權。『民權演講裏對於創制權和複決權所下的解釋和理由便是這樣。現在再把德國、瑞士、以及美國各州憲法上關於這種民權的性質、範圍、以及使用的方法說明如左：

(一) 德國 德國憲法上所謂國民公決，也有關於創制權的，也有關於複決權的，也有關於憲法的，也有關於普通法律的，如同：

(1) 議會議決的一切法律，總統認為應該提交國民公決，得限於一個月以內提交；（第七十三條第一項。）

(2) 法律案經議會議員三分之一要求延期公布後，有選舉權的人民二十分之一（德國選民四千萬，二十分之一就是三百萬。）要求提交國民公決



的時候；那末總統就該提交；（第七十三條第二項。）

（3）有選舉權的人民十分之一要求提出某項法律草案，亦須付國民公決；但是這種法律草案經議會通過了，就不要舉行公決；（第七十三條第三項。）

（4）關於預算、租稅法、俸給章程，總統得提交國民公決；（第七十三條第五項。）

（5）議會議決的法律經參議院非難時，總統應該再行提交議會。提交以後，議會以三分之二的多數再通過時，那就總統在三個月以內或將該法律公布，或提交國民公決。如果議會和參議院的意見不能調和，又不能在議會中得到三分之二的多數通過這法律案，那就總統也要在三個月以內把雙方意見不同之處，提交國民公決；（第七十四條。）

（6）變更憲法，出於國民的要求，並經國民公決決定，以得到選民多數的贊同為條件；（第七十六條。）

（7）議會反對參議院的非難，而為變更憲法的決議時，如果參議院在兩星期內要求提交國民公決，總統就不該公布這種變更的法律；（第七十六條。）

(二) 瑞士 關於創制權和複決權在瑞士發達得很早。瑞士聯邦政府對於國民提議修改憲法，就要經過一次國民公決的程序；在各州州民對於尋常法律也有這種直接民權；如同：

(1) 修正一部分憲法，或由國民提議，或照聯邦法律規定的方法；  
(2) 前項國民提議，要由投票人五萬名提出書狀；（以上第一百二十一條。

(3) 投票人五萬以上要求憲法的全部的修正，那就應不應修正問題，由國民投票公決；（第一百二十條。）

(4) 大議院議決的法律公布後三十日以內，選民二千五百人以上要求直接參與，該法律案就得交付人民公決；（瑞士日內瓦憲法規定。）

(5) 有一萬二千選民就得運用提案權，要求法律的創制、刪除、和修改；（瑞士倍爾州憲法規定。）

(三) 美國各州 國民的直接民權在美國各州間也很發達。當獨立戰爭以後，本來很注重國會權力，但直接民權漸次進展，現在各州的政治狀態，由代

議政治傾向到直接民主政治，這種直接民權的表現却從關於根本法和一般法的創制和複決方面充分看得出來。憲法是根本法，和一般法不同，應該由國民直接投票表決，這種思想由來很久；却於一七八〇年在美國 Massachusetts 州實現。後來別州做做起來，就成爲通例了。現在各州關於憲法的修正事項，取決於人民直接投票的不外下列幾種：(1) 要不要開憲法會議；(2) 憲法會議議決的新憲法案；(3) 立法機關議決的修正或增補憲法的條項。至於人民直接投票權行使的方法是怎樣，那就大概如同下列幾種：(1) 有選舉權的人就有投票權；(2) 投票人對於表決的事項，只有可否決定權，却没有修正權；(3) 各州多以有效投票的過半數，或三分二，或五分三的多數爲決定的標準；(4) 在投票以前，先把修正的內容，或者要不要開憲法會議這一個問題，向民衆宣傳。

關於一般法律，美國各州人民也有提案權和直接表決權。一八四三年成立的 Wisconsin 州憲法就規定銀行設立的許可，要由人民投票決定。此外各州對於制定公債法、增加租稅、徵收新稅等事項都要人民公決。并且，還有一種地方法律選擇 Local opinion law 的制度，各州多採用。這就是關於特種法律，各地方不要施行，須由該地方人民直接投票表決。近年來各州人民行使立法上的直

接民權，不僅參與特殊的事項，却已推廣到普通事項的立法。大要情形可以概括起來說：

(1) 議會所議決不是特別緊急的法律，施行的日期通常在八十日或九十日以後，定數的選舉人得在這一期間內提出抗議，交付人民投票公決。就是特別緊急的法律，定數的選舉人也得提出抗議，由人民去投票決定；不過法定人數制限得嚴一點罷了。

(2) 定數的選舉人得有關於法律的制定、修正、或廢止的提案權。這種提案方法有直接提出和間接提出的分別。

(3) 不論何種法律，如果由議會議決要用公決程序，就可提交人民去直接投票決定可否。

從各國立法例上研究國民公決和國民提案權的性質和範圍，可以得到左列兩種結論：

(一) 國民提案。

- (1) 關於憲法的全部修正或局部修正；
- (2) 關於普通法律的制定，修正或廢止。

(二) 國民公決

(1) 關於修正憲法（全部或局部）必須提交國民公決的事項；

(2) 關於議會議決後必須提交國民公決的立法上特殊事項；

(3) 關於議會議決或總統認定得提交國民公決的立法上普通事項；

(4) 關於定數的選舉人對於議會議決的法律抗議後，提交國民公決的事

項。

(5) 關於定數的選舉人提出法律案，議會通不過時，須提交國民公決的事

項。

(6) 關於兩院間對於議決的法律發生爭執，不能調和時，應由或得由總統

提交國民公決的事項。

通常學理上的見解，國民的提案權可以稱做創制權，便是所謂 *Initiative* 了。

國民公決可以稱做複決權，便是所謂 *Referendum* 了。但是，民權主義演講裏所

說創制權和複決權的意義却和我們關於立法上直接民權的通常分析理論

不同。這些演講裏分別創制權和複決權的意義是：

(一) 創制權 制定新法律，交給政府執行；

(二) 複決權 人民把舊法律修改好了，交給政府執行。

照上面所說的意義看來，創制權便是人民制定新法律，并且提案權和公決權同時行使。等到創制完成，就要政府執行。複決權便是人民有權去修正舊法律，也是提案權和公決權同時行使，並不分別開來。總之，從來所說的國民提案和國民公決本是提出草案權和法律案最後決定權的區別；至於民權主義的演講上所謂創制權和複決權却是制定新法律和修正舊法律的區別。并且創制權和複決權還是立法上的直接民權，假使這種國民公決的方法運用在行政方面，召回官吏或議員，那就成爲罷免權了。

關於創制權和複決權的意義，民權主義第六講和五權憲法演講裏的話也有點不同，五權憲法演講裏說：『什麼是叫做創制權呢？人民要做一種事業，要有公意可以創訂一種法律；或者是立法院立了一種法律，人民覺得不方便，也要有公意可以廢除。這個創法廢法的權便是創制權。什麼是叫做複決權呢？立法院若是立了好法律，在立法院中的大多數議員通不過，人民可以用公意贊成來通過。這個通過權不叫做創制權，是叫做複決權。』在五權憲法演講上所解釋這兩種民權的意義，那才是創制權相當於 Initiative 而複決權相當於

referendum 的性質了。

## 第七章 國民直接投票和國民大會

我們從建國大綱，民權主義演講，五權憲法演講中研究四個民權和五個政府權所發生的相互關係，以及直接民權的行使，理論上和方法上貫徹到如何程度；那末，最少也有左列幾個問題可以供作學理上的討論，如同：

- (一) 四個直接民權是不是全歸國民大會行使，不經國民直接投票？
- (二) 國民大會行使四個民權不算直接民主政治？
- (三) 代議政治和直接民主政治的區別是不是在於國民直接投票這一點？
- (四) 國民能不能用直接投票的方法召回國民大會代表？

在民權主義和五權憲法的演講上看到關於四個直接民權的原理和原則，當然，這種倡導直接民權的理論是完滿得很；但在建國大綱上却有實行的方法和程序。這種方法和程序：

- (一) 全國有過半數省分達於憲法開始時期，就是全省地方自治完全成立時期，就開國民大會決定憲法；

(二) 憲法頒布以後，中央統治權歸國民大會行使，就是國民大會對於中央政府官員有選舉權，有罷免權，有創制權，有複決權。

(三) 憲法頒布之日，就是憲政告成之時，全國國民就依憲法行全國大選舉，國民政府就在選舉完畢後三個月解職，而授政於民選的政府。

所謂國民大會是怎樣組織的呢？照五權憲法演講裏面第三圖所表現出來的形式是每縣舉出一個國民代表組成國民大會。這是要注意的，國民大會原是一個代表機關。憲法一經頒布，中央統治權便歸國民大會；那末，除了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，有複決權以外，國民是不是還有直接行使這四個民權的機會？換一句話說，就是關於選舉或罷免中央政府官員，以及創制或複決中央法律，國民有沒有總投票的餘地？雖則國民大會代表是由人民直接選舉，每縣一人；但依照建國大綱第廿四條，中央政府官員是由國民大會選出，其他三個民權也歸國民大會行使。國民大會呢，明明是代表機關；那末，在代表機關所行使的民權却不能超脫代議制度的範圍，學理上說起來就不算是直接民權了。假使說，將來憲法上於國民大會以外，再規定直接民權的行使方法，或者採用德國制，或者採用瑞士制，或者



採用美國各州的新制度，保留一部分國民直接投票的權力。這當然是越發表現直接民主政治的真精神，四權的運用尤其不離開民衆的直接力量。像這種使用民權的方法，雖則建國大綱，三民主義上沒有明白表示過；但民權主義却是明明白白地主張四個直接民權；既然是直接民權，這就不能完全用代議的形式來表現。

一面有了國民大會行使四個民權，一面再用國民直接投票方法表現國民直接參政的力量和意思，這樣才可使得理論和方法相一致，並且十分適合民權主義的原理。否則，國民大會畢竟是一個代表機關，牠的權力無非是間接地行使罷了。不過呢，還有一點須待研究的，別國的制度上，關於這四個民權全由國民直接行使，另外沒有像國民大會這一類的機關。假使說，我國雙管齊下，國民直接投票呢，國民大會呢，豈非形式過於複雜。並且，同一民權却有兩重權力作用。關於這一點，却也未始沒有解釋的理由；因為直接民權本該要由人民直接行使，但國民大會是具有一種人民委員會的性質，通常程序上就由牠代表人民，等到必要時再來適用直接投票的方法。然而，在建國大綱上廿四和廿五兩條綜合研究起來，還有一個大問題要待解釋。所謂「憲法頒布之日，即爲憲

政告成之時，而全國國民則依憲法行全國大選舉，『大選舉是選舉什麼呢？既然說是『依憲法』，那就要看將來憲法的內容怎樣而後才曉得大選舉的意義是怎樣了。如果將來憲法上規定對於中央政府官吏歸人民直接選舉，那就國民大會所行使的民權豈不只剩了三個麼？或者一部分中央官吏歸國民大會選舉，一部分却由人民直接選舉，也是一種辦法。要曉得國民大會在五權憲法上地位極其重要，這是可從『治國機關』這一種圖式（圖見本編第三章）上看個分明。這圖『便是憲法裏頭構造的制度，好像機器裏分配成各部分一樣。』但是職權怎樣呢？建國大綱廿五條所說民選的政府，是全國國民選舉還是國民大會選舉呢？並且廿四條所說國民大會有四個民權，是不是就是牠的固定權力必須規定在憲法上的呢？這些問題都有仔細研究的必要。

直接民權和直接民主政治的觀念或者有點分別吧。如果直接民權仍舊歸代表機關去行使，那就不過是一種代議政治的革新方法，牽扯不到直接民主政治上去。盧梭以為直接民主政治只有十萬人的小共和國可以實行，這固然也是事實問題；不過呢，國家人口雖有多少的懸殊，但實行的程度也有深淺的分別。像古時日耳曼民族所舉行的國民總會，誠然不能在現代實行；但人口衆

多的國家却也未始沒有表現直接民主精神的可能，國民直接投票就是唯一的方法。在瑞士，二十二州裏面，最大州人口五十萬，其次十餘萬，最小州不過數萬，固然是便於施行直接民主政治；但在德國，人口七千萬，選民四千萬，憲法上也採取國民公決制度，將來試驗的結果，未見得比不上瑞士的成績。二十世紀中，因為人民政治常識的發達，青年對於政治問題的狂熱，以及勞工階級適應經濟潮流的浮動狀況所造成的趨勢，各國政黨多減損了操縱的力量，代議政治的基礎動搖；於是發生兩種相反的政治組織，聽憑人民選擇。我們如果不滿意法西斯蒂式或蘇維埃式的獨裁政治，就傾向在直接民主政治。我國人口四萬萬，雖則不能很輕率地主張什麼全民政治；但一面革新代議制度，一面儘量表現直接民主的精神，並非不可能之事。

人民把立法權委任給國會去行使以後，不該便從此廢置不問。國會代表行使民權，原是代議制度的特色。這種特色固然可以保存，但人民同時也要用總投票的方法保留一部分直接民權的行使。人民應有提案權，也得有最後的立法決定權，這是不能完全讓給代表機關的。凡是國會所有的各種權力，無論牠性質怎樣，總不能算是人民直接使用民權；至於國民提案和國民公決，一切取

決於總投票，那才算是直接民主政治。並且，像我國有四萬萬人口的國家，舉行國民總投票的時候，只要運用得好，也沒有什麼困難之處。從前選舉辦不好的原因，不外是：（一）人口沒有調查清楚；（二）人民太沒有政治常識；（三）土豪劣紳到處把持。現在呢，這三種原因都可以消滅了。建國大綱裏面規定訓政時期的工作，最注重的便是縣自治，籌備縣自治時第一件要做到的便是把全縣人口調查清楚；那末像從前辦選舉的人們瞎造選民冊，胡亂寫上幾千幾萬人口的事情當然不會發生了。籌備縣自治時，人民要受四權使用的訓練，自然也不會缺乏政治常識。至於土豪劣紳呢，一定能夠剷除淨盡；那末，三種妨害選舉的原因一齊消滅以後，選舉固然能夠辦得好，就是舉行幾次總投票也不至於窒礙難行。況且，完全自治的縣分，國民有直接選舉官員之權，有直接罷免官員之權，有直接創制法律之權，有直接複決法律之權，這也是在建國大綱上明白規定的；那末，這些國民對於中央政府官員，對於中央法律，何嘗不能直接行使民權。所以國民大會行使四個民權和全國國民在必要時直接行使對於中央官員或法律的民權同為重要。否則只有縣治下的國民直接行使，國治下的民權却歸代表大會行使，直接民主的精神就未免減色了。

關於民權運用的方法，單是一個選舉權，只有向前推進的力量，却沒有拉回來的力量；所以新式方法除了第一個選舉權，還要第二個罷免權。所謂罷免權當然要對於一切被選舉出來的官吏和議員而發。假使對於選舉出來的議員或代表，人民不能直接投票去召回他，那就這一個民權的運用仍舊不十分完滿。縣治下的國民一面選舉議員，一面就該有罷免這些議員的權，不僅是對於縣官吏使用這種民權。至於國民大會裏的代表，他們也是人民選舉出來的；人民對於他們有了選舉權，當然少不了罷免權。在各國立法例上，選舉權不必談，創制權和複決權現在也很流行；但是，罷免權却不多見。美國各州裏面雖則有法定數的選舉人可以提出請願，但却要附繳保證金，以便失敗時賠償被聲請罷免人的損失；所以罷免權的行使未免有點制限。至於蘇俄倒是無條件的實行這召回代表的罷免權。

## 第三編 政府組織論

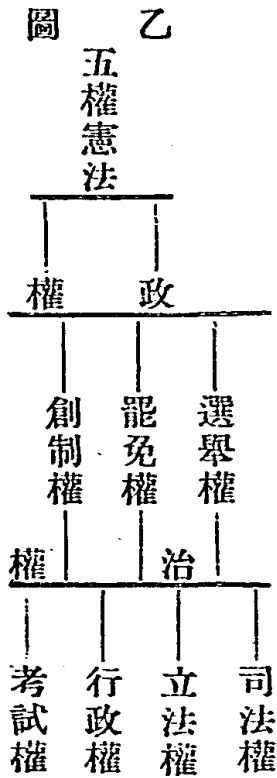
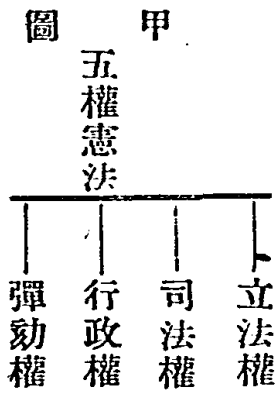
### 第一章 五權政府

#### 第一節 從五權政府說到兩權憲法

三民主義和五權憲法這兩個名詞挾着革命的力量滲透全國人民的思想界，真也不下於法國大革命時盧梭民約論的深入人心了。但是，不論那一種主義和學說，在革命的意義之下，用宣傳的方法解說一切，比到那在科學的意義之下，用科學的方法研究精粹的原理，却有點程度上深淺的不同。前一種只要說明這種主義，這種學說的貼近理解，以及價值怎樣，效用怎樣就夠了。後一種却待尋求牠在科學上站在什麼地位，和其他相接近的學理應有怎樣的深刻比較，基本思想和其所選擇的方法是不是在合一的途徑上；然後再發明牠有什麼新價值爲別人所沒有稱道；有什麼欠充實的意義應該推論發揮。這正合羅素所說一個科學家應該關於他的結論要謹慎的、小心的、分析的、經驗的、却不要籠統的概論。五權憲法偉大的價值如何，不待本論宣傳，現在所要研究的却是要把這種學說在公法學上求得一個適當的位置。這是科學的態度而不是革命的態度。

孫中山所主張民權主義的要點就在政權和治權分開；所主張五權憲法就在五個政府權分開，換一句話說，就是組織五權政府。這原是一種通常意義，大概研究過三民主義和五權憲法的人都能理會得。但是，五權憲法上五個政府

權固然是治國的重要機關，同時却還有管理這五個政府權的四個直接民權，也在憲法上顯出最高的作用，站住特殊的地位。我們再看看治國機關圖，「這圖便是憲法裏頭構造的制度，好像機器裏分配成各部分一樣。」這圖所表現的國民大會，政府五院，省治，縣治，四個直接民權，每縣一人的國民代表；那末，我們很明顯的可以看出所謂五權分立的五院不過是這憲法裏頭構造的制度上一部分而已。如果僅以政府職權為立場，那就分做五個政府權，原來沒有問題；至於以整個的憲法為立場，那就要分做政權和治權，再進一步去分別四個直接民權和五個政府權了。民權主義下的憲法，構造制度上分明包含政權和治權，也可說是四個民權和五個政府權；所以單說五權是不足概括這整個憲法的意義。譬如說五權政府那就名詞切合於內容的意義了。這原是一個科學的邏輯問題，現在再把左列兩圖研究一下子：



——  
考試權

——  
複決權

——  
監察權

甲乙兩圖，甲圖便是五權憲法演講裏的第二圖，乙圖却是我假定的圖。照甲圖看來，我們只見憲法上的五個政府權，却不見四個直接民權；其實民權主義下的憲法內容所包括的不僅五個政府權，似乎這一個圖的形式不能表現整個憲法的意義，以及顯出憲法裏頭全般的構造制度。因為甲圖的標題是五權憲法，並非是五權政府或五個治權；但憲法呢，牠的構造制度又不僅五權的分配。至於我所假定的乙圖，在形式上是表現整個憲法上的權與能的分析，但標題既然叫做五權憲法，那就未免名稱和內容不一致，也是不邏輯。基於這些理論，在公法學上對於這種憲法就該創造一種學理上的用語，以便學者研究。所以我們也不妨就把民權主義下產生的憲法稱做兩權憲法。什麼兩權呢？兩權就是政權和治權。民權主義的精髓所在便是政權和治權分開，其次才是五權分立的政府。這種憲法裏頭構造的制度注重在政權和治權的連鎖關係，離開了四個民權就不成其為民權主義，也不成其為民權主義的憲法。這種憲法根本上的構造制度便是根據這兩種權；實用起來再從這兩種權分出四個民權，



五個政權來。政權和治權既然是這種憲法上的兩個基本權，並且又是民權主義中的最高原理；那末，這一個兩權憲法的用語確有存在於公法學上的相當理由。

因為有了五權憲法這一個稱呼，於是連帶發生了所謂三權憲法，這也是一個濛生的名詞。我們慣常所知道的無非是三權分立說，或者是兩權分立說，這些政府分權論在公法學上佔據了廣大的領域，但却不能看做任何一種憲法的恰當形容詞，或者是美國的憲法可以當作三權憲法的代表吧。現在還有一個首先聲明的就是我所主張的兩權憲法這一個用語是和向來兩權分立說的意義絕對不能相混。兩權分立說雖則也是不滿於三權分立說而產生的理論，但却不涉民權主義的範圍。法國學者很多主張兩權分立說，像克羅格 Chrog 以為在制定法律權和執行法律權以外，就不容許第三種權力存在。古德諾氏 Goodnow 也以為政府的職權要分做兩種：（一）政治，（二）行政；決定國家政策或發表國家意見，叫做政治；執行這種政策或意思，叫做行政。他們不承認司法權獨自成爲一種權力作用，不過是一種行政權的特別狀態或表現；因爲司法的職務無非適用或執行立法機關的意思罷了。這些理論本來是和五權分

立說分道揚鑣，並且接到民權主義的原理上基本的差異如同左列幾點：

(一) 民權主義的原理是權與能分開，是一種政治哲學上的國權分析論；兩權分立說却是國家權力作用的分立，是一種實用政治上政府職權分析論。

(二) 兩權分立，三權分立，和五權分立都是把政府職權分別開來，分析的觀念不同，性質却相同的；至於權與能的分開却另有一種最高分析原理支配憲法的構造制度。

從上列差別點看來，兩權憲法——四個直接民權和五個政府權並存的憲法——的意義超出於兩權分立說之上；所以這兩個相類似的名詞絕對不容相混。並且，我們所得的結論，在公法學上把兩權憲法，五權政府這兩個用語代表五權憲法這一個固有名詞，確是越發可以顯出民權主義的精神以及權與能分開的特色和這種深刻的政治哲學思想。

## 第二節 五權政府和三權政府的比較論究

五權政府和三權政府比較起來究竟發生怎樣的區別呢？解答這一個問題，假使說從三權分立上把立法權裏的監察權以及行政權裏的考試權分出來便成爲五權，那就未免立論淺薄，並且也沒有明瞭民權主義下五個政府權分

立的真正作用。現在且先說明三權分立說的學理上的根據，要曉得這一種學說的來源很早，亞里士多德、謝雪廬、Cicero、鮑里倍士 Polybius 等早已主張過了。亞里士多德主張政權三分，便是：（一）討論權，如同關於宣戰、媾和、締約和立法等重要問題；（二）行政權，這是和現在所說行政權的意義相同；（三）司法權，這是關於裁判事項。雖則古代政制史上沒有這種政權三分的實例，但也足以見得那時代學者的思想。後來像十四世紀的馬獻僚 Marsiglio of Padua 繼續亞里士多德的主張；十六世紀的布丹雖則是極端的主權論者，但却主張司法權獨立；還有洛克也主張把政權劃分，以為創法權和執法權同是一個人掌握着，那就不是自己不遵從自定的法律，就是為着自己的利益制定法律。所以他把政權分爲三種，如同立法權、執行權、外交權，并且他還主張立法權是最高權。三權分立的思想發達得固然很早，但在孟德斯鳩的法意上却越發透澈發揮，並闡明三權制衡的原理，直接影響到近代三權分立具體化的立憲政治。孟氏把人民的自由分做政治自由和個人自由，但要保障政治自由，先要使得政府不濫用權力。至於使得政府的權力不濫用，就要把政權三分，互相牽制着；所以他說政治自由是從權力不濫用中得來。孟氏分權論的原理就是以權制權，他

以爲立法部設立兩院彼此用否決的特權牽制着；兩院所受行政部的制限，就和行政部受立法部的牽制一樣。但是，我們所要注意的，這種制衡的原理不過說是三權在分立的狀態中彼此不相干涉的一種牽制作用，並非這一種權力可以壓倒那一種權力。因爲孟氏主張三權嚴格分立的平等牽制，所以他不贊成議會政治。孟氏的三權分立論雖則支配十九世紀的政治思想，但實際上歐洲方面三權分立的政府却不是這樣；所以現在已經成爲落伍的學說。孟氏學說根本的缺陷就在錯認了當時英國的政治狀況，真正的三權分立在歐洲並沒有這一回事實。

五權分立的制度是採取三權分立說的長處，而修正牠的短處，所謂制衡的原理本是相同；至於差異之點不僅在監察權和考試權的分立，尤其在立法部地位的懸殊。雖則監察權從立法部獨立，考試權從行政部獨立，似乎這兩部同是減少一些權力；然而立法部地位和作用的變更却和行政部不能相提並論。這也不僅爲了立法部失掉彈劾權以後便改換牠的性質，實在基於權與能分開的原理，五院制裏的立法院已經非復從來民主政治上的國會。現在有些公法學家討論五權制度的時候，因爲他們研究歐美政治的程度很深，三權作用

的思想深印腦中；所以關於五院組織的見解，常用三權分立的頭腦來判斷，却沒有人直截痛快地說明立法院和三權政府的國會比較起來，不單是權力上程度的差別，簡直是性質和面目全非了。要曉得根據國會的地位和性質說起來，不問政府是總統制或內閣制，國家是君主國或民主國，所謂國會的職能向來是包括左列三種：

- (一) 代表國民，
- (二) 監督政府，
- (三) 行使立法權。

公法學上國會的性質問題，學者很多爭執；有力量的學說如同（一）統治權主體說，（二）立法權主體說，（三）代理說，這一說以爲下議院代理國民全體，或者是議院（不分上下兩院）代理國民全體，（四）國民代表說，（五）國家機關說。這五說裏面，第一說須要排除君主國才得成立；第二說不能透澈說明國會的性質；第三說和第四說最合於國會的性質，并且不背沿革上所從來的意義。至於第五說以爲國會是國家機關，不是國民代表，亦非由於國民委任而來。日本學者一木甚至主張選舉人選舉議員，並非選舉自己代表人，却

是爲了組織國家機關而行公之職務。選舉完畢以後，被選舉人和選舉人就毫無關係。這種理論錯在抹煞了一切關於國會歷史的意義，並且和代議制度的原理不相容。假使國家機關說可以成立，那就所謂代議制度，代議政治等名詞應該作何解釋呢？國會的起源本是爲了代表人民參與國家的政事，這種意義到今未變。從前普魯士舊憲法第八十三條明定兩院是人民全體的代理者；現在德國新憲法第二十一條第一項：『議員爲人民全體之代表，』第三十五條第二項：『議會爲保護人民代表機關，對於政府的權利，在閉會期間裏面以及任期終了後的期間內設置常務委員。』就是最新政治形式，蘇維埃的組織，也是職業代表的集合體。總之，議員是人民全體的代表，議會是代表機關，在學理上，事實上都是無可非難的了。現在再說明國會是監督機關的理由：

孟德斯鳩的三權分立說不足說明一般國會的性質、權限和組織。在內閣制政府，國會明明是監督機關。所謂監督的方法也不僅是使用一種彈劾權。歐洲各國，國會監督政府的方法，可以從內閣方面分做政治上的責任和法律上的責任兩種，如同：

(一) 政治上的責任 關於內閣閣員政治上責任監督的方法，除了英國

在十五到十六世紀曾經施行過的彈劾條例以外，通常的監督方法不外左列兩種：

(1) 不信任投票 不信任投票是國會認定內閣閣員的行爲違反了國家目的和政府義務，因而議決不信任內閣。這種不信任投票在兩院制的國家，下院差不多有獨占的權力。當下院不信任投票決定後，內閣便須辭職。不過君主或大總統可以一度解散議會，但改選的結果，反對黨仍舊占有多數的議席，那就內閣閣員非全體去職不可。

(2) 拒絕預算 預算制度的起源，基於人民的租稅承諾權，像英國的權利請願就是預算的起因。預算要先由下院議定，這就爲了人民有納稅的義務，所以代表人民的下院應有先議權。至於下院拒絕預算，那便是不信任政府，並且可以引起不信任投票。這也是一種監督方法。

(二) 法律上的責任 彈劾制度，就是內閣閣員對於國會所負法律上的責任。這種制度本來創始在英國，下院有彈劾權，上院有裁判權。後來下院每每運用不信任投票方法，彈劾制度在事實上等於廢止。美國呢，國會對於大總統和一切行政官吏都可彈劾，結果是發生褫職以及剝奪官吏的制裁。至於其他

各國，像屬於法國法系的國家却採用得很廣泛。彈劾的事由，通常是限於違反憲法或法律，也有擴大牠的範圍，如同：（一）濫用職權或不盡職，（二）濫用國家的金錢，（三）受賄，（四）犯了輕罪或重罪。並且各國通例，被彈劾的人限於內閣閣員，美國却是例外，及於一切行政官。

國會是代表機關，是監督機關，同時也是立法機關。說到立法權，那就國會不僅制定普通法律，還有修改憲法的提案權。張慰慈的政治學大綱上把立法部的職務分做七種：（一）憲法會議，（二）關於選舉行政首領的職務，（三）表示公意機關，（四）政府的董事會，（五）立法機關，（六）行政會議，（七）高等法庭。他說：『普通人民總以為立法部的職務祇不過是制定國家的法律，這是錯的。』至於他所主張國會是政府的董事會的理由，就是：『立法部大部份的職務，在於規定政府各機關的組織和事務，並財政收入和支出。從這一方面着想，立法部差不多就是政府的董事會，其職務是支配行政官的職務，和監督政府的行政。』誠然，在這種意義之下，國會確有這種——像預算案等類——支配行政官和監督政府行政的職務。

把上面所說國會的地位、性質、職能，拿來和五院制下的立法院比較，那就立



法院既不是人民的代表機關，也沒有監督政府的職能，却只剩了立法一權。再把張慰慈所分析的七種職務比較起來；如同第一種制憲會議，那就立法院還有憲法提案權。第二種關於選舉行政首領的職務，第三種表示公意機關，第四種政府的董事會，以及第五種高等法庭的職務，立法院一概沒有，雖則可以議決預算案，但在性質上不過是一種名義罷了。至於像美國憲法裏面上議院帶有一種行政會議的性質，但立法院却只有議決宣戰、媾和、條約案等權，並沒有任命重要行政官吏的同意權，立法院職權的減削，本來無關於地位和性質的變更，但五權政府裏的立法部和三權政府的立法部所以不復成爲同一的東西，唯一的原因在於政治最高原理的革新。我們研究五權分立的作用，首先要把握權與能分開這一種原理當作前提，其次還要注意到五院以外還有一個國民大會。這種制度是通常三權政府所沒有，所謂五院制實在是不僅修正孟德斯鳩的學說，却在根本上創造一種和三權分立說兩歧的政治最高原理。

因爲權與能分開的緣故，人民把五個治權完全交給政府去使用，人民和政府劃清界限；於是立法院行使立法就和其他四院行使別的四個權一樣，並沒有什麼地位上和性質上的差別。政府分成五個門徑去做工，立法院就是這五

個門徑中之一。立法權是政府權，在原理上和民權劃分；所以行使這種權力的立法院並不是站在人民一方面，成爲一種代表人民公意的機關了。政權和治權的分析，是民權主義上精要的理論，爲向來公法學者所沒有見到，孟德斯鳩的三權分立說當然也沒有這種分析觀念。因此，三權分立的政治常常有一種籠統不甚明瞭的地位觀念；如同政府有廣義的，狹義的解釋；廣義的政府包括國會而言，狹義的政府却把牠除外。在廣義的政府意義之下，國會和行政部同是國家機關；在狹義的政府意義之下，國會是人民的代表機關，站在人民方面監督政府，和行政部形成對壘之勢。這種不分明的觀念，實在使得人們難以確定立法部的地位和性質，無怪公法學上關於國會性質的討論，有人主張國民代表說，也有人主張國家機關說了。但是權與能分開的學說却能解決這一個難題，立法院是政府機關之一，並非人民的代表機關；至於人民代表機關却有國民大會在。

歐洲人民所以反對階級性的代表機關，要求人民參政，直接選舉代議士組織議會，這無非是要監督政府，制限行政部的權力，就是孟德斯鳩的學說也不能否認這種歷史上的事實。大多數的三權政府，立法部和行政部的對壘形勢

上，一面利用不信任投票權去倒閣，一面却利用解散權來取決於國民意志。立法部的監督權實在是代議制度的構成要素，假使奪去牠這種不信任投票權，那就失去了政治上的絕大作用，代議制度的精神就不得不別求寄托之所。五權分立就是另行採取一種政治新形式，表現這種代議精神。國民大會的地位和性質倒有點像國會，至於立法院却成爲一種純粹的政府機關了。國民大會和國會的共通性質是：

(一) 同爲人民的代表機關；

(二) 國會有權監督政府，(狹義的政府) 國民大會也有四個權節制政府。

國民大會的職務並不複雜，但比國會的權力高得多。現在我們可以說一句，國民大會和五權政府的關係好像是三權政府裏國會和行政部的關係了。但却也有顯然不同之點：

(一) 國民大會有權罷免中央官吏，中央政府却不能解散國民大會，這比比到不信任投票權和解散權的運用完全不同；

(二) 議會政治制度之下，國會和行政部常常是打成一片，國民大會却基

於權與能分開的原理，和五權政府互相隔絕。

說到這一層，却有一個重要問題須待解決的，就是國民大會是臨時召集的機關呢？還是像國會一樣也有一定的會期和任期的呢？假使是臨時召集的，那就我的見解未免陷於錯誤；否則，也和國會定期召集的方法相同，那就我們惟有承認牠是一個固定的代表機關了。關於國民大會的組織究竟怎樣，民權主義演講和建國大綱上既經沒有明示辦法，學者對於這一點也絕不討論；但依我看來，假使發生一個問題就臨時召集一次國民大會，這倒不如人民直接投票解決來得爽快；所以國民大會每年應有法定的常會會期，國民代表也該一年或數年選舉一次才好。王寵惠在他的研究五權制度述略裏說：「况總理對於行政立法兩院之關係，向未發表變更各國成規之議論；是此次組織法之規定，略仿各國成規，似屬妥洽，且能表現行政立法兩權之運用也。」總理雖則沒有發表變更的議論，但亦並未主張仿照各國成規，并且基於權與能分開的原理，不但立法院失去代表人民的地位和監督政府的權力，就是監察院行使彈劾權也和三權制度下立法部所行使監督權的性質不同。因為彈劾只是關於法律上的責任，至於向來行政部對於立法部所負的政治上責任，現在要由整

個的五權政府對於國民大會去負着了。這是五權制度超脫三權制度之處，也是行政和立法兩院的關係不必仿照各國成規的唯一理由，於是我們就可歸結到五權政府和三權政府所以不同的地方不僅在於彈劾權從立法部分出來，考試權從行政部分出來這一種形式上的意義了。

## 第二章 訓政時期內的五權組織

### 第一節 國民政府

中華民國國民政府組織法已在十七年十月間公布，這是在訓政時期建立五權的規模。這種關於政府組織的根本組織具有成文憲法的性質。國民政府組織法共有七章，四十八條；第一章規定整個國民政府的組織，第七章是附則，其他每一章規定一院的組織。現在把這組織法的要點分析說明如左：

#### (一) 國民政府的職權。

- (1) 國民政府繼續中華民國的治權；
- (2) 國民政府統率海陸空軍；
- (3) 國民政府行使宣戰、媾和、及締結條約之權；
- (4) 國民政府行使大赦、特赦、及減刑、復權。

(二) 國民的組織 國民政府由左列五院組成：

(1) 行政院 是國民政府最高行政機關；

(2) 立法院 是國民政府最高立法機關；

(3) 司法院 是國民政府最高司法機關；

(4) 考試院 是國民政府最高考試機關；

(5) 監察院 是國民政府最高監察機關；

(三) 國民政府的主席 國民政府設主席委員一人，他是：

(1) 代表國民政府接見外使，並舉行或參與國際典禮；

(2) 兼中華民國陸海空軍總司令；

(3) 因事故不能執行職務時，由行政院院長代理。

(四) 國民政府的委員。

(1) 國民政府設委員十二人至十六人；

(2) 國民政府五院院長、副院長由國民政府委員任之。

(五) 國務會議。

(1) 國務會議處理國務；

- (2) 國務會議由國民政府委員組織之；
- (3) 國民政府的主席爲國務會議的主席；
- (4) 院與院間不能解決的事項，由國務會議議決。

(六) 法令的布發。

- (1) 公布法律，發布命令，經國務會議議決，由國民政府主席及五院院長署名；
- (2) 各院得依據法律，發布命令。

在訓政時期內，行政、立法、司法、考試、監察五種治權既經付託給國民政府，以便樹立憲政時期民選政府的基礎。但是，行使四個民權的國民大會要在憲政時期裏面召集，現在誰來使用呢？依照訓政綱領第一條所載：『中華民國於訓政期開始，由中國國民黨全國代表大會，代表國民大會領導國民行使政權，』又第二條：『中國國民黨全國代表大會閉會時，以政權付託中國國民黨中央執行委員會執行之。』從這兩條看來，那就訓政時期內是由中國國民黨全國代表大會代行國民大會政權，牠閉會了就把政權付託給中央執行委員會。

第二節 政治會議和國民政府的關係

依照訓政綱領第五、第六兩條規定，中國國民黨中央執行委員會政治會議

所有關於國民政府的職權，如同左列兩種：

(一) 指導監督國民政府重大國務之施行；

(二) 中華民國國民政府組織法之修正及解釋。

胡漢民的訓政大綱提案說明書，內有一段論及政治會議的性質。他以為政治會議對於黨是隸屬機關，却非處理黨務的機關；對於政府是根本大計和政策方案發源的機關，却非政府本身機關。在實際上政治會議總握訓政時期一切根本方針的決擇權，在黨和政府的中間成爲唯一的連鎖。因此，在黨的一方面，一切的政治思想和主張，自有醞釀的餘地。等到成熟了以後結晶而爲具體的政綱和政策；那末，由於政治會議的發動，傳達給政府實施起來。總之，政治會議在發動政治根本方案上對黨負責，却不是站在黨外。國民政府在執行政治方案上，對政治會議負責；不過在法理上仍舊是國家最高機關，並不是隸屬於政治會議之下。從這些理論上看來，政治會議和國民政府的關係也很可明瞭了。

政治會議介在黨和政府之間，形成一種連鎖機關，這原本是訓政時期裏一種過渡方法，要曉得建國大綱上所規定的四個時期，無非明示三民主義實現



的步驟。在建國治國的過程中，國民黨以政權的裸母自任。以黨建國治國的意義和一黨專政或階級專政絕不相同。一黨專政或階級專政的精神和目的，都是歸宿到一黨或一階級。至於國民黨訓政的精神和目的却是歸宿到把政權交付給人民。但要貫徹這種理論，確定實行的方法，那就對於三方面的關係必須斟酌盡善。所謂三方面的關係；在黨和政府的關係上，黨要有穩固的重心，政府要有適宜的組織。在權與能的關係上，黨是訓政的發動者，要有發動訓政的全權；政府是訓政的執行者，要有執行訓政的全責。在訓政時期中黨與政府二者和人民的關係上，黨之目的在以政權逐步交給人民；政府之目的，在於逐步受國民全體直接的指揮和監督。在這種途徑之上，既然還沒有達到國民直接指揮監督政府的地位；所以政治會議就成爲全國訓政的發動和指導機關，監督國民政府重大國務的施行，在黨和政府間顯出牠的連鎖關係。

### 第三節 國務會議

國務組織法公布以後，引起學者熱誠的研究，爭論的焦點尤其集中在第十一條和第十三條。第十一條第一項所規定的是：『國民政府以國務會議處理國務，』第十三條是：『公布法律，發布命令，經國務會議議決，由國民政府主席

及五院院長署名行之。』對於這種規定有懷疑的，也有辯護的，現在把他們的主張分別紹介如左：

(一) 懷疑的論調 如同孔憲鏗所主張的大意是：

(1) 五院之上加上一個國民政府，其委員又是五院院長，國民政府以國務會議處理國務，公布法律命令，均由國府主席五院院長署名。這個組織只可說是『五院分工』，似乎不能叫做『五權分立』。五權分立本和孟德斯鳩所主張三權分立的用意相同。孟氏以為必須以權制權，才有好政府。各國現行憲法雖非嚴格分權，但三權總有相當的獨立。至於國府的組織却好像各國的內閣，國府主席像是內閣總理，各院是內閣的各部，各院長是內閣各部長。由國府主席和各院長合組的國務會議就像是內閣會議。

(2) 五院所掌的職權並非同屬一類，雖則各院間也有相互關係，但和內閣各部間的關係不同。因為內閣各部間是事務本質的關係，五院相互間却是作用的關係。國府組織很像把五類事情合攏起來，國務會議是處理國務的機關，試問國務是什麼？廣義的國務包括立法、司法、行政、考試、監察各類事情；那就五院互相參加，簡直沒有分權的意思。至於狹義的國務却是指行政事

務而言，也不算分權。假使有某種事情經過國務會議處決後，發現應該彈劾的事由，那就誰去彈劾？監察院院長本人也參加國務會議，監察院怎樣可以彈劾？

(3) 此外還有一個責任問題，假使外交部和某國訂約或交涉某種事情，曾經行政院會議和國務會議通過，後來發覺有損於國家的利益或榮譽。這種責任由誰負擔呢？推論起來，行政院和國務會議全體委員都要負責。但負責的結果，依照通例就該去職。這種責任問題常常可以發生，如果每月鬧一回，國家便不成樣了。況且司法院院長和監察院院長，大家要定為終身職；那末怎樣可以爲了政治上的責任而去職呢？假使不去職，那就所負政治上的責任，應用何種方法加以制裁。

(二) 辯護的論調 如同謝瀛洲所主張的要點是：

(1) 觀察組織法的全體，國府和五院並沒有上下兩重組織的劃分。國府組織法第五條：『國民政府以行政院、立法院、司法院、考試院、監察院五院組織之。』所以分開來是五院，合攏來是國民政府。就是三權憲法的國家，政府亦有廣狹二義；狹義的政府單指行政部，廣義的政府包括立法、行政、和司法三

部分。

(2) 三權憲法下的國家，君主和大總統常兼兩種資格：(A) 行政首長，(B) 國家元首。現在國府組織法把這兩種資格分別授給行政院長和國務會議。凡是大總統或君主基於國家元首的資格而保有的權限，如同統率海陸空軍，宣戰、媾和、締結條約，大赦、特赦，以及減刑復刑等，在國府組織法上一律劃歸國務會議。至於國家元首為大總統或為國府委員會，(國務會議)不過是職權運用上有獨任制和合議制的差別，並不影響到政制統系。

(3) 國家元首的權限本有兩種：(A) 形式的權，(B) 實質的權。第十一條所賦與國務會議的權限不過是形式的權。各國憲法上任免內閣總理和閣員的權，本來屬於行政首長，(君主或大總統)但在日本，實際上屬於元老；在英法和其他採用內閣制的國家却歸於議會；行政首長只保有形式的權限。國務會議雖則有處分國務的形式權，但實際上却不能因此便干涉行政、立法、司法、考試、監察各院的事務；否則就違反國府組織法第十五條，第二十五條，第三十三條，第三十七條，第四十一條的規定；因為各該本條都規定各院是各種最高機關。至於國府組織法第十三條所規定國務會議公布法

律，也不過是經由一種會議議決的形式，這是獨任制變為合議制的當然結果。如果拘執『經國務會議議決』字樣，就認定國務會議有複決立法院所制定法律的權，那就在法理上、事實上都通不過去。總之，國務會議並非立於五院之上，五院並未失去獨立的權能。

(4) 國務會議處理國務既然是一種形式的權，不能實行干涉五院職權範圍內的事項；那末，五院院長雖則都是國務會議的構成分子，但關於各院的設施，仍舊要各院分別負責。因此，五院於相互關係中，仍舊有互相牽制的效用。

孔憲鏗對於謝瀛洲的主張不表同意，他說：『謝先生以他精博的法律學理，來為國府組織法辯護，理論固然巧妙，心志更屬可嘉。不過除了蒙頑如我的不算外，我想好多人看了國府組織法第十一條的含糊字句，也會發生和我一樣的疑慮。至於所謂形式權和實質權的區別，精細如謝先生才有此說，若起草那條文時，恐怕未必有人想到這麼精微罷。又如謝先生所引第十五各條關於某為某某最高機關的規定；則我簡直認他和第一條的矛盾。』并且，他還提出幾種補救辦法：

(一) 國務會議條例起草時，可以特定幾條，把『國民政府以國務會議處理國務』那句話解釋一下，明白規定這是一種形式審查權。

(二) 國務會議的處理國務權，既然是一種形式的審查權，那就在政治上實無權力，沒有權力就當然不應負政治的責任，也該在國務會議條例上明白規定。

謝、孔兩先生所討論的一番話，（均見民聲旬刊五院政府專號）對於國務會議的地位、性質、和權限，各有學理上的見解；不過關於形式權一點，我却另外有點意見。要曉得所謂形式權從來有兩種意義：

(一) 一種固有的權力或者因為政治事實的變化，或者因為政黨政治運用的關係，以致逐漸失去實質的效力，才變成形式的使用。

(二) 審查法律的形式是不是違憲，是不是適合立法程序，也是一種形式審查權。尋常司法官對於法律也有這種形式權，美國法院並且有實質審查權。

謝瀛洲說：『十一條所賦與國務會議者，僅形式的權限耳。根據各國憲法，任免內閣及閣員之權，本操之於行政首長；（君主或大總統）然而在日本則操之於元老，在英法及其他採內閣制之國家，則操之於議會，而行政首長所保有

者即所謂形式的權限也。」（見五院之地位及其相互之關係一文）他所說形式的權限常然是包括在（一）的意義裏面。然而這種形式權的存在是由於政治事實的變化以及政黨政治運用的關係而來，不能用一種解釋法律條文的方法，認定那一條是形式權的規定，那一條是實質權的規定。謝氏舉出英法日三國政治上的實例，現在就根據這些實例說明我的主張罷。內閣制度在英國，誰也知道是有歷史上發達的階段可尋；所以英國國王任命內閣閣員的實權變成一種形式權不是成文的，是習慣的；不是從條文上意義去確定牠，却是從種種政治事實去逐漸造成牠。這些政治事實在歷史上可以分做四個時期：（一）從前英國在大會議以外，還有一種樞密院的組織。十七世紀初期，國王每每在樞密院顧問員中隨意選任親信的人，組成小樞密會議，為國王私人的諮詢機關。這就是英國內閣的起源，也就是國王全權支配的時代。（二）到了第二期，查理士一世時代所謂內閣仍舊是最高諮詢機關；查理士二世曾經設置新內閣，成為公開的政治組織，但却不受議會的操縱，國王自有實權。（三）到了第三期，維廉三世時代，議會勢力漸漸擴大起來，才有最大政黨代表者組織內閣這一回事，於是現行制度的基礎在那時候建立了；國王的實權就有

轉移於國會的顯明傾向。(四)到了十八世紀末期，國王本和國會裏面多數黨妥洽，就勢難行使政權。政黨內閣制度一經造成以後，閣員要從國會多數黨中選任，是不可動搖的原則；然後國王固有的實權就不過成爲一種方式罷了。英國的實權是這樣的，現在且看看法國。

法國的總統任命文武各官的權規定在國權組織法第三條，除了憲法上另有制限以外，何以任命內閣總理和閣員的權不能充分行使呢？法國雖則不比英國有了幾百年的政治事實的變遷，把行政首領的實權變化到這樣形式；然而法國也是內閣制，也是議會政治，也是三權分立，也就發生一種政黨操縱的必然現象。但是，須要注意的，法國總統任命內閣總理的權，直到現在我們還不能從憲法條文上把牠叫做形式權。一九二四年法國議會選舉，左傾各黨勝利，愛國同盟樸蔭凱雷的內閣當然照例辭職，同時連帶引起總統去職問題。法國總統的任期是七年，並且除謀叛外不負政治上的責任，那時總統米勒蘭當選還不到四年；所以衆議院多數黨就用拒絕組閣的方法逼迫他去職。但是，米勒蘭却還要鬪爭一下子，於是使用憲法上的權力，選任愛國同盟馬薩爾組閣；雖則仍舊失敗在多數黨手裏；——當時上下兩議院決議停止討論馬薩爾內閣



所提出的一切議案——終於被迫辭職；不過呢，這種失敗是事實的失敗，却不是法律的失敗。要曉得法國國權組織法第三條所規定總統任命文武各官的權，不能解作那一部分是形式權，那一部分是實質權；不過關於任命內閣總理的權爲了政黨政治運用的關係，不免受到下議院的牽制罷了。假使這種牽制一旦擺脫了，那就總統的任命權還不是整個的實際行使麼？譬如說議會裏沒有占勢力的大政黨，各小黨又聯合不起來；那就總統豈不是自由地行使任命權麼？現在再看看日本的政治事實。

日本的內閣近年來也漸漸傾向於議會內閣制，閣員的選任，不僅要尊重元老的意思，并且往往限於下院多數黨的首領。雖則憲法上內閣是對於君主單獨負責；但在實際方面下院信任與否也有很大的影響，并且海陸軍總長以外，其他閣員總是同時進退。這種英國式政治的趨勢確是要影響到君主的大權；不過現在還不能說日本憲法上行政首長的任免內閣總理和閣員之權已經成爲一種形式權了。總之，固有的實權變成形式權不外我所說的或由政治事實變化，或由政黨政治運用關係，斷不是法律條文上故爲規定的結果。連續同一或逐漸變更的政治事實所造成的慣例是怎樣影響到法律條文

的效力；於是實質的權限有時變成形式的權限，也許法條上規定的形式權會得充實起來，這種現象尤其是在一種新制度建設的時候有發生的可能。這是要有善於操縱法律文字的立法家把這些因為政治環境而得發生的困難問題融解在立法手腕之下；那末一種制度的真意義、真精神方才不致走失。

至於行政元首公布法律的權（也可說是必須盡的職責）在憲法上也有一定的範圍從條文上明示出來。像德國憲法第七十條：「宗國總統應將按照憲法成立的法律繕就，并在一月以內在宗國法律公報中公布之。」所謂「按照憲法成立的憲法」這是明示總統有形式審查權；所謂一月以內公布，這是明定總統在一定時間內必須公布的責任。又像法國國權組織法第三條第二項規定：「總統公布兩議會所議決的法律，並監督和保障其實行。」所謂「監督和保障其實行」已經不是形式權的作用，分明是一種職責了。并且第七條又明定總統公布法律的一定期限，足見憲法關於行政首長公布法律事項，規定得也該周密一點。雖則法律條文要簡約，但意義却不許含糊。

### 第三章 行政院

#### 第一節 行政院的組織

行政院是國民政府最高行政機關。從國民政府組織法和行政院組織法上觀察行政院的組織，可以分做幾個要點加以說明：

(一) 行政首長是獨任制。行政院設院長副院長各一人。(國府組織法第十六條第一項。)這是一種獨任制的組織。大概行政最高機關的組織不外獨任制和合議制兩種；通常立憲國家大多採取獨任制，總攬行政權的或者是君主，或者是大總統。至於採用合議制的國家，要算瑞士最有成績了。瑞士聯邦的最高行政權是歸屬於由聯邦議會所選舉出來的七人委員會。這些委員各自都有專管的部務。關於一切行政事項，對外是基於委員全體的整個行動。并且這七個委員所組成的行政會議中，也有所謂聯邦議長和行政會議副議長，這就是大總統和副總統了。委員任期三年，這兩個議長却每年由議會選舉，却不得聯任，所以這些委員簡直是輪流着做總統。獨任制和合議制本是各有利弊，我國現在制度上國府和省府是合議制，五院却各設正副院長，都是獨任制。

(二) 各部行政職權的分掌。行政院分設下列各部，各委員會：(1) 內政部，(2) 外交部，(3) 軍政部，(4) 財政部，(5) 農礦部，(6) 工商部，(7) 教育部，(8) 交通部，(9) 鐵道

部，(10) 衛生部，(11) 建設委員會，(12) 蒙藏委員會，(13) 僑務委員會，(14) 勞工委員會，(15) 禁煙委員會。各部設部長一人，政務次長，常務次長各一人。各委員會設委員長，副委員長各一人。統由行政院院長提請國民政府分別任免。

(三) 秘書處和政務處 行政院內設左列兩處：

(1) 秘書處 秘書處設置下列各職員：(A) 秘書長一人，(B) 秘書六人至十人，(C) 科員十人至二十人。

(2) 政務處 政務處設置下列各職員：(A) 政務處長一人，(B) 參事四人至六人，(C) 科員八人至十六人。

## 第二節 行政院的職權

行政院各部分掌行政職權。關於特定的事項，得設委員會掌理。各種行政事項也有歸各部，各委員會自行處理的，也有歸行政院會議議決後處理的。所謂行政院會議是由行政院院長，副院長，各部部长，以及各委員會委員長組織起來，行政院院長做主席，左列事項應該經由行政院會議議決：

- (一) 提出於立法院之法律案，
- (二) 提出於立法院之預算案，

(三) 提出於立法院之大教案，

(四) 提出於立法院之宣戰案、媾和案、條約案及其他重要國際事項，

(五) 薦任以上行政官吏之任免，

(六) 行政院各部及各委員會間不能解決之事項，

(七) 其他依法律或行政院院長認為應付行政院會議議決事項。

國府組織法第十四條規定：『各院得依據法律發布命令，』足見行政院是有制定命令的權力；並且第二十三條還規定：『行政院各部及各委員會得依據法律發布命令。』照這兩條看起來，行政院所發布的命令和行政院各部及各委員會所發布的命令在性質上有沒有差別呢？這是先要研究命令是怎樣的意義了。大概由議會議決而發布的叫做法律，不經議會議決，但由國家元首或其他行政機關所發布的國家意思叫做命令。學者把命令分做緊急命令，獨立命令，執行命令，委任命令四種。這四種命令是有各別不同的性質：

(一) 緊急命令 這是一種國家元首的特權，可以替代法律。凡是立憲國家，命令固然是不能變更法律，也不能替代法律，但每每碰到事變驟然發生的時候，國會又在閉會期內，那就怎麼辦呢？這是在各國法例有兩種主義：(1) 法國

主義，像法國等同一法系的國家，憲法上不認這種緊急命令權。假使事實上發生了緊急處分，那就等到國會開會時，政府應該把這種應變處分向國會提出來成爲一種責任問題。必須要國會追認，才得解除違憲責任。(2)日本主義，日本把元首的緊急命令權規定在憲法上，但要具備幾種要件：(A)議院不能召集開會，(2)時機急迫，(3)維持公安或預防非常禍變，(4)有發布緊急命令的必要。

(二)獨立命令 元首有獨立命令權完全是專制政體遺留下的君主的剩餘權力。這種命令權是直接依據憲法而發布，和法律有同等的效力；不過在歐洲方面，就是君主立憲國也否認這種權力。現在只有日本的國王保有這種獨立命令的權，明定在憲法上；却也有兩種制限：(1)必須是維持公共安甯秩序，增進人民幸福，(2)不得變更法律。

(三)執行命令 執行命令是規定執行法律細目的命令。關於這種命令的範圍却有兩種學說：(1)執行命令的目的在使法律完全無缺，所以能夠補充法律的缺陷；(2)執行命令得增減消長人民的權利義務。其實這兩種學說說的都未免過於廣泛。要曉得執行命令必以特定的法律爲成立的前提，并且是對於這種特定法律在實用時所必要的程序，加以詳密的規定。通常執行命令總

是依於施行細則這種形式發布之。

(四) 委任命令。委任命令是議會把某一種國家事務委任給行政機關自由處理，因而發布的法規命令。關於此項命令也有兩種學說：(1) 議會把法律的必要事項委任於行政首長的命令，這是拋棄憲法上的立法權，要算違憲；(2) 議會把特種法律事務委任於行政機關，不得叫做違憲，因為這是規定法律的一種方法。假使一切法律事項都要議會議決，那就事實上發生困難，并且和社會需要，各地方情況不相適應。各國現行制度總是採取第二說，至於委任的方法，那就如同：(1) 祇設定委任命令，却不指明那一種機關可發命令；(2) 指定特種機關發布這一種命令。

上面所說四種命令，獨立命令不必談，已經是絕無僅有；緊急命令在各國憲法上（日本除外）也是沒有地位。現在五院制上的行政院當然只保有執行命令和委任命令，并且行政院各部和各委員會也有這些命令權。行政院院長的地位和權限當然不比三權制度上的行政首長，這是因為院長只有一重資格，他已不是國家元首了。向來行政首長所有的權限，在五院制度上已有一部分歸屬於國務會議。譬如說憲法上還有所謂大權命令，向歸君主或大總統行

使，如同：（一）公布法律的命令，（二）制定官制、官規的命令，（三）任免文武職官的命令，（四）宣告開戰、媾和及執行條約的命令，（五）宣告戒嚴的命令，（六）宣告大赦特赦的命令。關於這些命令權，在五院制的政府統由國民政府行使，不是專屬於行政院院長了。至於三權分立的政府，行政首長所有關於立法的權限，如同：（一）國會的召集和解散，（二）法律案的提出，（三）法律案的裁可或交覆議，（四）法律的公布等類；現在行政院却只有一種法律的提案權，五院制中的立法院在性質上沒有所謂解散不解散的問題可以發生，並且也沒有歸行政院召集開會的必要。法律案的公布是由國務會議議決，用國民政府主席和五院院長署名行之。還有法律案要不要交覆議，就是要交還覆議，那就由什麼機關去行使這種權呢？國務會議呢？行政院會議呢？這些都是待決問題。

### 第三節 行政院的責任

從憲法上談行政部的責任問題，那就不外：（一）行政首長的責任怎樣？（二）內閣的責任怎樣？在三權分立的政府，向來是把政治上的責任和法律上的責任分開來說；法律上的責任又可分做刑法上的責任和私法上的責任。



(一) 政治上的責任 在內閣制，行政首長是站在超然的地位，負政治責任的是內閣却不是君主或總統。在總統制，那就一切行政的事權由行政首長總攬，所謂國務卿和各部總長不過處於輔佐人的地位；所以行政首長要負政治上的責任。並且，在內閣制，內閣是對於議會負責，基於不信任投票和解散權的作用，判明責任所在和雙方的勝負，最後是取決於民意。在總統制，行政首長對人民負責；於是行政部沒有解散立法部的權，立法部也沒有推倒政府的權。

(二) 法律上的責任 行政首長在法律上的責任，刑法上的地位和私法上的地位却有不同之處，在前一種他是享着優越的權利。

(1) 刑法上的責任 大凡君主國的君主有一種傳統思想上神聖不可侵犯的身分，刑法上免除他一切的責任；至於民主國的總統却不是一概免除。在法美兩國，法國憲法上總統除謀叛罪外，不負其他刑事責任。美國憲法上却是關於謀叛罪、收賄罪和其他重罪輕罪都可作為彈劾的原因。這兩種制度比較起來，當然是美國制越發是民主的，法治的。像我國施行五權制度，彈劾權既然是獨立行使，那就是尤其要充足牠的作用，對於各院院長的刑事責任一律要檢舉。

(2) 私法上的責任 在私法上行政首長本和平民一樣，同為權利義務的主體，沒有什麼責任可以免除。假使他為了財產、契約等事項，發生了權利義務的爭執，那就他要站在法律的面前，和平民一樣同受公平的裁判。

像現在訓政時期中所施行的五權制度，身當政治之衝的是國民政府，並非行政院。國民政府對政治會議，對國民黨全國代表大會負責；至於行政院却不像三權政府下的行政部單獨負政治上的責任，行政院院長也失去國家元首的資格了。國民政府的地位等於大總統，是一個合議體的國家元首。關於這一點却有一個問題，因為大總統在刑法上得免除責任的檢舉，這合議體組成的各分子怎樣呢？國民政府主席又怎樣呢？在國府組織法上却是沒有關於這一類的規定。

## 第四章 立法院

### 第一節 立法院的組織

立法院是國民政府最高立法機關，牠的組織要點是：

(一) 立法院的院長 立法院設院長，副院長各一人。院長有了事故不能執行職務的時候，由副院長代理。正副院長統由國民政府委員兼任。

(二) 立法院的委員 立法院設委員四十九人到九十九人，由立法院院長提請國民政府任命。立法院委員的任期是二年，不得兼任中央政府或地方政府各機關的事務官。

(三) 立法院的委員會 立法院設置四種委員會，如同：(1) 法制委員會，(2) 外交委員會，(3) 財政委員會，(4) 經濟委員會，各委員會委員由立法院委員分任；各設委員長一人，由院長指定。

(四) 秘書處統計處和編譯處 立法院設置左列各處：

- (1) 秘書處 秘書長一人，秘書六人至十人，科員十人至二十人；
- (2) 統計處 處長一人，科長四人至六人，科員十人至二十人；
- (3) 編譯處 處長一人，編修四人至六人，科員四人至二十人。

(五) 立法院會議 立法院會議由院長主席，要有委員總數三分之一出席，才得開會。表決時要有過半數同意，如果可否同數，就取決於主席。這種會議是公開的，但委員七人以上或各院院長，行政院各部部长，各委員會委員長的請求，得開秘密會議。

## 第二節 立法院的職權

在國府組織法和立法院組織法上所規定立法院的職權是有左列幾種：

(一) 立法權 立法權是立法院的主要職權，至於法律的成立，那就通常要經過四種程序，如同：法律案的提出，法律的議決，法律案的裁可，和法律的公布。

(1) 法律案的提出 這種提案權屬於何種機關，立法上有三種主義：(A) 政府提出主義，這是曾經在拿破侖三世的憲法上施行過，現在却沒人採取；(B) 議會提出主義，像美國大總統就沒有提案權，只能向議會中委員會表示一種意見，再由議員提出；(C) 議會或政府提出主義，這是多數國家所採用。現在國府組織法上不但行政院對於立法院有提出法律案的職權，并且依照第三十五條，第三十九條，和第四十六條，凡是司法院、考試院、監察院關於主管事項，都得提出議案於立法院。又立法院組織法第十五條規定，各院提出的議案在沒有議決以前，得隨時提出修正或撤回原案。

(2) 法律案的議決 法律案提出以後，通常要在一定期間內經過三種讀會才得議決。第一讀會研究法律案的要旨，決定要不要交付委員會審查；第二讀會根據委員會的審查報告，逐條加以審議；第三讀會却不過是字句上

的修正而已。各國中亦有採用二讀會制的。立法院議決法律案的程序當然要依照立法成規；至於會議要有委員總數三分之一出席，表決要有出席委員過半數同意，却是明定在立法院組織法上。

(3) 法律案的裁可 議決的法律案或者要經過元首裁可，或者不經裁可便已成為法律。大概君主國要用裁可的形式，民主國或傾向民主的君主國就沒有裁可權。不過像法美等國的總統雖則沒有裁可權，却得交還覆議。德國憲法上關於法律案爭執事項，却由大總統提交人民公決。至於施行五院制的政府，那就當然無所謂裁可權；能否交覆議，也無明文規定。

(4) 法律的公布 把議會制定的法律公開地發布，使得人民和公署都曉得法律已經成立這一種意思的表示，叫做公布。各國通例都是由行政部首長公布，但在國府組織法上却歸國務會議議決公布。

(二) 議決預算權 立憲國家的議會監督政府財政的權限最重要的是預算案的議決和決算的承諾兩種。預算的起因由於人民租稅的承諾，並以決定使用所徵收的款項的方法為內容。關於預算的性質，學說很多；最重要的是：

(1) 法律事項說 這一說以為預算是法律事項，國家的歲出和歲入，不依

每年的預算，就不得徵收或支出。從前大陸各國，多用明文規定預算是法律，其實這些國家把預算當做法律，本是重在形式却非重在實質。所謂形式的法律不過是要經過議會的議決，至於預算的性質不能就算是法律。

(2) 財政委任說 這一說以為用法律制定預算，就是議會議決預算，因而把關於國家歲出入的財政處分的全權委任給政府。如果每年不從議會以預算委任財政權給政府，那就政府不得依照租稅法、會計法等徵收或支出。

(3) 財政條件說 這一說以為預算是政府財政上得以實行收入和支出的處分的必要條件。因為現在各國憲法上關於預算的規定，或者說是國家的歲入，每年用法律定之；或者說是每年預算要經過國會的議決；所以在形式上預算實在是政府得以處分財政在憲法上的一個要件。

(4) 行政事項說 這一說主張預算並不是關於人民權利義務的準則的法律，不過指示各行政機關對於歲入和歲出要怎樣處分的一種標準。預算經過國會議決，無非是要由國會參與的意思，並非預算就是法律。政府每年享有徵收的權利和負擔支出的義務，根據着租稅法和會計法等，不是基於預算而來。即使預算不成立，人民並不因此免除他的納稅義務，政府的支出

義務也是無從避免。

四種學說中要算行政事項說最切合於五院制的政府了。要曉得預算不成立，是可以引起政府的責任問題。本來拒絕預算也爲國會監督政府的一種武器；現在五權政府中立法院並無監督政府的權限，議決預算原不過是一種形式上的參與行爲；正如謝瀛洲所主張：「現在國府組織法雖予立法院以議決預算之權；然立法院對於行政院提交之預算，祇能爲公平的、科學的審查，不能藉此以爲迫挾行政院之工具。蓋行政院在五權憲法下，乃對於國民大會而負責任，而非對於立法院而負責任也。」不過呢，事實也許得會得發生的，假使立法院果真否決了預算案，那就什麼不信任投票，解散議會既然是一概用不着，又用什麼方法來解決呢？將來固然可以取決於國民大會；但在現行制度上，國務會議却也有權可以解決。國府組織法第十二條：「院與院間不能解決之事項，由國務會議決之。」這一條所規定當然不是形式權了。所謂「院與院間不能解決之事項，」意義廣泛得很。立法院不通過行政院所提出的預算案，雙方堅執起來，不可謂非「院與院間不能解決之事項，」國務會議就也有權處理吧。

(三) 同意權 國府組織法第二十五條第二項規定：「立法院有議決法律案、預算案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及其他重要國際事項之職權。」內中除了議決法律案、預算案以外，其他便是所謂同意權了。這些議案都是行政院提出來的，大赦案的同意權原沒有重大的意義，至於外交同意權却是很有關係，外交權本是大總統的權限，但在各國多有制限。如同：

干涉。  
(一) 締結條約的權 締結條約雖則是行政首長的權，但議會大多有權

(1) 憲法上沒有什麼制限，像日本等國；

(2) 一切條約要得國會同意，像智利、墨西哥等國；

(3) 要得上議院同意，像美國；

(4) 限於特種條約須得國會同意，像德、法等國。

(二) 宣戰權 共和國家的通例，凡是攻擊戰爭必須得要得國會同意，防禦戰爭却可不必。德國憲法上規定，宣戰媾和以宗國法律行之；奧國亦有同樣規定。

關於外交同意權，國府組織法上所賦與立法院的，範圍很廣；因為第二十五



條是概括的規定，並沒有把條約和戰爭的性質分別開來。無論怎樣的條約，也不管戰爭是防禦戰爭或攻擊戰爭，凡行政院行使這一類的外交權時，一概要得立法院的同意。並且就在宣戰、媾和、條約等以外，其他重要國際事項，立法院也有議決的職權。

(四) 質詢權 立法院組織法第十六條規定：「立法院關於本院議決案之執行，得向各院及行政院各部，各委員會提出質詢。前項質詢須經本院議決行之。」這種質詢當然和質問的意義不同，不會使得行政院或其他各院發生政治上責任問題。並且這種質詢的特質是：(1) 限於本院議決案的執行事項，(2) 須經本院議決，(3) 對於各院，行政院各部，各委員會行之。

### 第三節 兩院制和一院制

立法院是一院制，但國會的組織向來有兩院制和一院的分別。關於這兩種制度的優劣問題，我們可以從公法學上覓到不少學者討論的資料。兩院制是起源於英國，自從賢人會議轉化到大會議，再從貴族的漸次變為平民的，最後平民和貴族分離開來，成為兩院。這種兩院制完全是從階級性的歷史上創造成功的。各國多模倣英國，所以採取一院制的就很少。至於主張兩院制重要論

點如同：

(一) 兩院制能夠慎重地審議國務。在一院制的議會，議事的時候容易輕率表決，並且決議後也沒有方法救濟。兩院制就穩健得多，一則兩院分子不會陷於同一的錯誤，再則一件議案經過兩次考慮，可以多得調查和批評的機會。

(二) 兩院制能夠調和政府與議會的衝突。一院制的議會容易和政府衝突，並且不是議會要壓倒政府，就是政府要壓倒議會。在兩院制却有上議院可以調和其間，一面牽制着下議院不致傾向極端；一面又能維持整個議會的權威，防制政府的專橫。

(三) 兩院制能夠保持階級間的分立狀態。在貴族階級和平民階級顯然存在的國家，假使貴族代表和平民代表同時容納在一院裏面；於是意見的參差，地位的隔絕，利益的相反，簡直沒有調和的餘地。分成兩院以後，那就彼此盡量發表主張，反有一種互相牽制的效用。

(四) 兩院制適合於聯邦國家。聯邦國家的構成分子是包含着『邦』和『人民』兩種原素；於是一院代表各邦，一院代表人民，確是適合於聯邦國

的性質，要曉得聯邦國的議會不僅要代表人民利益，並且還得保持各邦勢力的平衡。

兩院雖有上說幾種利益，但學者也有批評牠的弊害，說是：（一）一事要經過兩層繁重的程序，不免曠廢時間；（二）對於法律案因為兩院互相遷就的緣故，沒有良好的結果；（三）不能把人才集中在一處，商量國家事務。在這些相反的學說中，研究立法院所應採取的制度，那就我國既然不是聯邦，又沒有貴族和平民兩種階級的存在，並且這種立法機關不像通常議會有顯著的政治作用，所以用不着兩院制。

## 第五章 司法院

### 第一節 司法院的組織和權限

司法院是國民政府最高司法機關，牠的組織要點是：

- （一）司法院的院長 司法院設置院長，副院長各一人。院長因事故不能執行職務的時候，由副院長代理。正副兩院長都是國府委員兼任。
- （二）司法院的主要機關 司法院是由下列各機關組成：（一）司法行政部，（二）最高法院，（三）行政法院，（四）官吏懲戒委員會。

(三) 祕書處和參事處 司法院設置左列各處：

(1) 祕書處 祕書長一人，祕書六人至十人，科員十人至二十人。

(2) 參事處 參事四人至六人。掌管撰擬、審核關於司法的法律命令事項。

司法院裏面各機關職權的分配是：

(一) 院長的職權 司法院院長綜理全院事務，他的重要職權是：

(1) 關於特赦、減刑、復權事項，由司法院院長提請國民政府核准施行；

(2) 司法院院長經最高法院院長和該院各庭庭長會議議決後，行使統一解釋法令及變更判例之權。會議時以司法院院長為主席。

(二) 司法行政部 司法行政部承司法院院長之命，綜理司法行政事項。

(三) 最高法院 最高法院對於民刑訴訟事件，依照法律，行使最高審判

權。

(四) 行政法院 行政法院依照法律，掌理行政訴訟審判事項。

(五) 官吏懲戒委員會 官吏懲戒委員會依照法律，掌理文官、法官懲戒

專項。

司法院和監察院同是處理犯罪和違法事件的機關，這兩種機關職權劃分

的標準却根據着犯罪或違法事件的主體和性質怎樣。大凡犯罪或違法事件的主體是官吏，並且這些事件的性質和官吏的職務有不可分離的關係，那就該由監察院去彈劾；否則，其他一般的犯罪或違法行為當然是尋常司法事件，統歸法院處理，不關監察院的事了。

## 第二節 行政訴訟事項

司法院裏面設置行政法院，依法掌理行政訴訟審判事宜，這是五權分立的當然結果，把行政訴訟審判事宜歸入司法範圍。但在三權分立的政府，行政訴訟有歸法院受理的，也有離開司法機關而別設行政裁判所的。行政裁判制度本來發生於德法兩國；法國在舊日王政時代，行政訴訟便已不受司法的干涉。孟德斯鳩的三權學說也沒有把司法權擴大到行政訴訟的審判，法國直到現在還是嚴格地拒絕司法官的干與。德奧等國初設行政裁判所的時候，却有兩派主張；一派要歸入司法機關系統以內，一派要獨立設置；結果是採取後一派的主張。所以關於行政裁判制度現在却有三種不同的主義：

(一) 英國主義 這是司法機關兼管行政訴訟，一切法律上訟爭事項，沒有司法和行政的區別，統歸司法裁判所管轄。

(二) 法國主義 這是把一種行政機關就作為行政裁判所，並非獨立設置，法國是把參事院劃分五部，內中一部專管行政裁判，就叫做行政裁判部。這種參事院本是法國總統的諮詢機關，由議長一人，部長五人，議官二十五人組織起來。

(三) 德國主義 這是設置一個行政裁判所的獨立機關，採取這種主義的國家却也不在少數，至於立法的理由是：(1) 司法官的教育和經驗無非偏重刑法和私法，行政法上的知識和行政經驗却未必充足。(2) 把行政事件歸屬於司法權監督之下，不免侵害行政的獨立。

我國現行制度是在上說三種主義之外別有一種立法理由，因為司法院中另設行政法院當然可以任用富於行政法上知識和行政經驗的法官。並且，司法院是國民政府最高司法機關，處理一切審判事件，那就行使行政審判的職權，也不算侵害行政獨立。要曉得這是司法機關對於一切法律上訟爭事項加以審判，絕非干涉行政機關的事務。雖則事務上有牽連關係，權力却仍舊是分立的。

### 第三節 官吏懲戒委員會

「司法院組織法第七條規定：『官吏懲戒委員會依法律掌理文官法官懲戒事宜。』又監察院組織法第六條規定：『彈劾案提出時，由院長另指定監察委員三人審查。經多數認為應付懲戒時，監察院應即將被彈劾人移付懲戒。前項彈劾案經官吏懲戒委員會議決不應受處分時，原彈劾人不負責任。』從這兩條看來，監察院是只有彈劾權，卻沒有裁判權的了。懲戒官吏的權，卻屬於官吏懲戒委員會。在各國立法例上，關於彈劾裁判的組織，是有左列幾種制度：

(一) 上院制 這是淵源於英國。在英國，貴族院所得行使的司法權，如同(1)普通貴族犯罪，由上院組成刑事裁判所審判他；(2)對於特定案件，有最高捏訴院的權力；(3)審判下院彈劾事件。美法意西等國都仿照英國制度，以上院為彈劾裁判所。但學者批評這種制度，說有下列三種弊害：(1)上院本是組成議會的一分子，下院彈劾，上院審判，那就是原告人站在裁判者地位；(2)由貴族或欽派議員所組織的上院，往往接近政府，不免玩視憲法。民選議員組織的上院，那就黨見很深，也是難得公平；(3)違反兩院同等的原則，並且容易發生傾軋的流弊。

(二) 司法裁判所制 這是一國最高的裁判所行使彈劾審判權，像荷蘭、

比利時、那威、丹麥等國都採用這種制度。並有左列三種立法理由：

- (1) 最高裁判所的推事多是法律專家，又有獨立的地位，審判自得公平；
- (2) 裁判事項，不論性質如何，應該屬於司法範圍；
- (3) 節省經費。

(三) 特別裁判所制 這是特設一種彈劾裁判所，行使審判權。德國從前各聯邦本來採用這種制度。現在新憲法上設有國事裁判所，議會裏如有百人以上，的議員署名，得着三分二以上人數的決議，就得向國事裁判所起訴總統、首相、國務員因過失違憲或違法。奧國新憲法上也規定國民會得提出彈劾案，移送憲法裁判所審判。

彈劾案審判的結果或為刑事上的制裁，或為懲戒上的制裁，英國主義和美國主義不同。英國主義是刑事裁判主義，大陸各國頗多採取。至於美國主義却是懲戒裁判主義，彈劾的結果並不發生刑事上責任。所謂懲戒上的制裁大概不外下列幾種：(一) 譴責，(二) 罰俸，(三) 免官，(四) 免官和禁止就職，(五) 免官和喪失官吏資格，(六) 剝奪受恩給的權利。現在我國五院制上，司法院設有官吏懲戒委員會，是折衷於司法裁判所制和特別裁判所制之間。



雖則另設機關，却仍舊隸於司法院統系之下。至於裁判的結果，那就官吏懲戒委員會所議決的處分當然是限於懲戒上的制裁。

#### 第四節 司法官的任用

司法官的任用是由於選舉呢？或者是由於任命呢？這是應該研究的。各國關於司法官的任用制度，極不一致，如同左列各種任用方法：

(一) 由於國會選舉 像瑞士、墨西哥、委內瑞納等國最高法院的法官是由國會選舉出來。

(二) 由於人民選舉 北美合衆國各州司法官多由人民選舉。

(三) 行政首長直接任命 像法國和其他君主國，就是我國舊制也由行政首長任命。

(四) 行政首長任命要得其他機關同意 像巴西、巴拉圭、美國大總統任命最高法院裁判官，要得元老院同意。還有智利大總統任命各級法院裁判官，要得樞密院的同意。

(五) 行政部提出後再經國會選任 像秘魯最高法院裁判官，由行政部提出三人，再經國會就三人中選任一人。

(六) 元老院提出後再經衆議院選任。像波利非亞最高法院裁判官，由元老院提出三人，再經衆議院就三人中選任一人。

(七) 高級法院提出由行政部任命。像秘魯下級法院裁判官，由高級法院提出六人；高級法院裁判官，由最高法院提出六人；於是歸行政部選任一人。在上面各種制度以外，我國將來關於司法官的任用，當然離不掉考試方法了。本來考試法官在前清末年已經舉行一次，民國時代也曾舉行過。並且，法院編制法上還規定着推事和檢察官的任用方法。凡是推事和檢察官應該依照法官考試任用章程，經過兩次考試合格的人，方准任用。所謂兩次考試合格，就是第一次考試合格者分發各司法機關學習，期限是二年。學習期滿後應受第二次考試，合格者方准作為候補推事，候補檢察官分發各地審檢廳聽候補用。這些法律條文雖則早經失效，但這種沒甚結果的法官考試舊制度也可供給我們作資料。

## 第六章 考試院

### 第一節 考試院的組織和職權

考試院是國民政府最高考試機關，牠的組織和職權分配的要點是：

(一) 考試院院長 考試院設院長，副院長各一人，都由國府委員兼任。院長綜理全院事務，如有事故不能執行職務的時候，由副院長代理。

(二) 考試院的機關 考試院由下列兩機關組成：(1) 考選委員會，(2) 銓敘部。這兩機關分管考選和銓敘事宜。考選委員會是合議制，銓敘部是獨任制。這兩機關所分管的事項，如同：

(1) 考選委員會 掌管下列各種事項：(A) 關於考選文官、法官、外交官及其他公務員事項；(B) 關於考選專門技術人員事項；(C) 關於辦理組織典試委員會事項；(D) 關於考選人員之冊報事項；(E) 關於舉行考試其他應辦事項。

(2) 銓敘部 掌管下列各種事項：(A) 關於公務員之登記事項；(B) 關於考取人員分類登記事項；(C) 關於成績考核登記事項；(D) 關於公務員任免之審查事項；(E) 關於公務員升降轉調之審查事項；(F) 關於公務員資格審查事項；(G) 關於俸給及獎恤之審查登記事項。

考選委員會設委員長一人，委員若干人；銓敘部設部長一人，副部長一人，都由院長提請國民政府分別任免。

(三) 秘書處和參事處 考試院內設置左列兩處：

(1) 秘書處 秘書長一人，秘書六人至十人，科員十人至二十人；

(2) 參事處 參事四人至六人，撰擬、審核關於考選和銓敘的法律命令事項。

(四) 典試委員會 考試院得依法律在各省組織典試委員會。

(五) 公務員的降免處分 考試院對於各公務員的任用，除法律上另有規定者以外，如果查有不合法定資格的時候，可以不經懲戒程序，逕請降免。這是考試院特有的權限，不用彈劾方法就得施行降免處分。

## 第二節 考試權獨立的理論

關於考試權獨立的理論却有兩方面的理由：(一) 考試的理由，(二) 考試權獨立的理由，現在把一般贊助的理論，整理一下子介紹如左：

(一) 考試的理由。

(1) 鑑別人才的最良方法 鑑別人才的方法不外乎推薦、選舉、和考試三種。推薦和選舉兩種方法都是免不了私人情感作用，並且還要被推薦或被選舉的人善於奔走運動，纔能脫穎而出。真才實學是不中用的。五權憲法演

講裏說：「記得兄弟剛到廣州的時候，求差事的人很多。兄弟亦不知那個有才幹，那個沒有才幹。其時政府正要用人，又苦沒有人用。這個緣因就是沒有考試的弊病。沒有考試，雖有奇才之士具飛天的本領，我們亦無法可以曉得。正不知天下埋沒了多少人才呢？」又說：「美國選舉的時候，常常要鬧笑話。會記有兩個人爭選舉；一個是大學畢業的博士，一個是拉車子的苦力。到將要選舉的時候，兩人去演說，那個博士學問高深，講的無非是些天文、地理。但他所講的說話，人家聽了都不大懂他。這個車夫隨後也上去演說道：「你們不要以為他是博士，他是個書獃子。他靠父兄的力量，進學校裏讀書。我沒有父兄的幫助，不能進學校讀書。他靠父兄，我是靠自己的。你們看那一個有本領呢？」這一番話說得那班選舉人個個拍掌說，那個博士演說的不好，一點不懂。這個車夫演說的很好，入情入理。後來果然車夫當選。」可見選舉不像考試能夠表現真正的本領了。

(2) 各盡所能各取所長 考試能夠得到真才，選舉和推薦就每每埋沒賢能。並且，在選舉和推薦制度之下，即使能夠選拔真才，却還有一種弊病，就是才能和用途不相適合。因為現在社會進化，事業複雜，樣樣都要分工去做。專

門人才必須要用在專門事業上，考試制度的利益就在鑑別人才的時候，發見他的專長之處。這一種人才考選出來，辦事才有成績。考試的方法對於一個人的才能，經過一種精密的選擇；一面是取其所長，一面是盡其所能。選舉和推薦兩種方法怎能有這樣的效果呢？

(3) 爲青年謀出路 青年爲了職業問題，往往發生煩悶；以致引起對於國家、社會、政治一切不滿意的意念。這確是當前一個重大問題。許多青年化費了父兄的金錢，遠天遠地跑出去讀書，却是畢業了也沒有用途，每年學校裏有整千整萬的畢業生要想謀個出路；但是，一方面因爲政治未上軌道，沒有親戚故舊推薦，就找不到事；一面却逃不了社會上種種誘惑；因而耽誤了少好青年，考試制度却能夠彌補這種缺陷，爲青年謀一出路。

(4) 澄清吏治 政黨政治的最大流弊，就是無論何黨握得政權以後，勢必任用私人。政黨在朝在野的地位常常變更，一般職官也就時時更換。經過一度選舉，政局必起一次糾紛。考試制度可以挽救這種流弊。凡是決定政策的官吏應該對於他的政策負責，自決其成敗前途。至於其他一切公務員都由考選而來，有法律上的根據，不受政潮的波及。公務員的任用既不是私相推

挽，地位又有保障；吏治自有澄清的日子了。

(二) 考試權獨立的理由 考試制度本是我國舊有的制度。這種舊制度頗有下列幾種優點：(1) 考試機關分做考試和監試兩部分；(2) 提督學政和總裁等考官都有法定的資格；(2) 考試權獨立於君權之外，但却也有缺點，如同(1)沒有常設的考試機關；(2) 用經義文章取士，考試的方法不好。至於五權制度上的考試院是採取舊制度的長處，補救舊制度的短處。考試院是常設的，獨立的考試機關，和立法、行政、司法、監察各院分權對抗。因為考試機關隸屬於行政權之下，失去獨立精神，就難擺脫政潮的牽涉。所以五院制要確立考試制度，和行政機關脫離關係。考試權和行政權分立後就得互相牽制着，行政機關無從濫用私人。所謂：『我們要集中外的精華，防止一切流弊；便要採用外國的行政權、立法權、司法權，加入中國的考試權和監察權，連成一個很好的完璧，造成一個五權分立的政府。像這樣政府才是世界上最完全、最良善的政府。』這便是考試權獨立的利益所在了。

### 第三節 考試的沿革和方法

我國古代政治，人才的出處大概由於推薦而來，到了周朝，才有所謂鄉舉、里

選等類似選舉的方法。漢朝文帝下詔求賢良，親加策問，這是考試制度的淵源所在。至於考試制度的確立却在隋朝以後。隋代的考試制度，有生徒和鄉貢兩種名稱；有學館和州縣兩種階梯。凡是從學館考試出來的叫做生徒，從州縣考試出來的叫做鄉貢。每年會於尚書省，考試的科目是經義和策論。考試合格了就是進士。唐宋的制度和隋朝差不多，但對於考試方法却略有變更。唐高宗定有銓注法，用身言書判四種科目取士，在侍郎省考試。到了宋朝，貢士在禮部考試，分做三甲。宋真宗添設制舉六科，皇帝還親自臨軒策問。到了明朝，在洪武年間，設有國子監課試諸生，每月一次，用分數定優劣。文理都優是一分，理優文少的半分，文理謬誤的就沒有分數。每年積有八分就是及格生徒。後來頒布科舉條式，定下鄉試、會試、殿試的制度。鄉試中式了，由布政司送至禮部會試；會試中式了，就要殿試。

前清是仿照明朝考試制度却更加完備了。設有提督學政專管各省科試，巡迴於各州府縣間，考試一般生員。這是第一試，考取了便可去應鄉試。所謂鄉試就是每屆三年，由皇帝簡放考官，在各省省城舉行。考試的科目是四書文、帖詩、五經文、和策問。前清末年却改做史論和時務論。鄉試中式以後，秀才們便變做



舉人了。中式的舉人每逢恩科或正科就到北京去會試，會試的考官叫做總裁。會試及格了就算是進士。一般新進士在會試後接着便是殿試，由皇帝欽定甲第一甲三名，賜進士及第；二甲賜進士出身，三甲賜同進士出身。這便是科舉的大概情形。

千百年來科舉的遺毒，腐化了人心，萎靡了民氣，桎梏了思想，殘弱了青年的身體。這些攻擊科舉的論調在數十年前便成爲有價值的主張了。但是，現在五權憲法論者却有一種分析的見解，以爲從前的考試制度是良好的，然而方法却太壞了。至於五權制度上，那就有了獨立的考試權，有了常設的考試機關，有了科學的考試方法；自然是有利而無弊。

英美兩國也有公務員考試制度，不過方法上却各別不同。英國各級官吏間的界限是嚴格地劃分，各部次長是和總長同進退，由總長自由任用，次長以下的高等官吏，像各司的司長，是要經過文官考試及格後纔得任用。這種考試的資格却很嚴，大概像牛津和劍橋兩大學的畢業生考起來纔有希望。此外還有低級的普通官吏也要錄用考試及格的人。英國人關於官吏的觀念，以爲在政府服務是一種終身職業，考試只要錄取有普通知識的青年；至於各種應用上

知識，儘可在服務期間裏面熟練起來。美國制度却不然，投考的人不限年齡，但須已經有了相當的職業經驗，並且，不僅考試普通知識，却需要專門技能；一經錄取了便要在實際上應用。我國呢，將來考試制度的實施，大概總是學問和經驗並重。內政部所頒布縣長考試暫行條例第二條所規定的年齡是二十五歲以上，只有最低年齡的限制却不及於最高年齡，這就和英國制度不同之處。至於投考資格，如同：（一）在國內外大學和專門學校修治法律、政治、經濟、文哲社會學科三年以上，畢業得有證書者；（二）在黨務學校一年以上畢業，得有證書者；（三）在中學或與有同等程度學校畢業，得有證書，並曾任行政職務滿二年以上，有證明文件者；（四）曾應各種文官、法官考試及格者；足見這種現行考試的標準是學歷和經驗同時並重了。

民國成立以來，舉行過幾次文官、法官的考試，總是先筆試而後口試。就是現在舉行的縣長考試也是分做第一試、第二試、第三試、第四試，第一、二、三試是筆試，第四試是口試。還有考試科目的分配，如同：第一試的科目是：（1）三民主義，（2）建國方略，（3）建國大綱，（4）中國國民革命史；第二試的科目是：（1）法學通論，（2）經濟學原理，（3）政治學原理，（4）中外近百年史，（5）中國人文地理；第三試的科目是：

(1) 現行法令概要，(2) 國際條約概要，(3) 本省財政，(4) 本省實業及教育，(5) 本省路政及水利，第四試的科目是：(1) 關於學科之問答，(2) 關於經驗之問答。第一試不及格的人不能應第二試；第二、三試不及格的人不能應第四試。這種考試方法將來在考試院統一考試法令，大概不會有什麼大變更。第一試注重黨義、黨史，是在表現黨治精神。

## 第七章 監察院

### 第一節 監察院的組織

監察院是國民政府最高監察機關，牠的組織要點是：

(一) 監察院的院長 監察院設院長副院長各一人，統由國民政府委員兼任。院長因事故不能執行職務的時候，由副院長代理。

(二) 監察委員 監察院設監察委員十九人到二十九人，由院長提請國民政府加以任命。

(三) 監察院會議 監察員組織監察院會議時，由議長做主席。

(四) 監察院的審計部 審計部設部長一人，副部長一人，由院長提請國民政府分別加以任命。

(五) 秘書處和參事處 監察院設置左列各處：

(1) 秘書處 祕書長一人，祕書六人至十人，科員十人至二十人。

(2) 參事處 參事四人至六人，掌管撰擬、審核關於監察的法律命令事項。

## 第二節 彈劾權行使的方法

彈劾權怎樣行使呢？按照監察院組織法關於彈劾權的行使方法，如同：

(一) 監察院以監察委員行使彈劾職權。這是規定在監察院組織法第一條。凡監察委員都可以各別行使彈劾職權，不是採用合議的方法通過彈劾案的提出。所以第五條再追加規定：「監察委員得單獨提出彈劾案。」

(二) 劃定監察區行使彈劾職權。這是規定在監察院組織法第三條。監察院院長得提請國民政府特派監察使分別到各監察區行使彈劾職權。所謂監察區是由監察院劃定。監察使得由監察委員兼任。

(三) 彈劾案的審查。這是規定在監察院組織法第六條和第七條。當提出彈劾案的時候，應由監察院院長另行指定監察委員三人加以審查。如果多數認為應付懲戒，那就監察院應該立將被彈劾人移付懲戒。至於審查結果認為不應付懲戒，但提案人仍舊要提出，也該移付懲戒；不過原提案人應負一種

反坐的責任。

(四) 監察委員得互相彈劾。這是規定在監察院組織法第十條。凡彈劾委員對於其他監察委員得提出彈劾案，這無非是基於彈劾制度所必須發生的結果。因為監察院對於立法、司法、行政、考試各院都得行使彈劾職權，但本身誰來彈劾呢？這却不外兩種方法：(一) 國民大會彈劾，(二) 監察委員互相彈劾。不過呢，國民大會本有罷免權，不必再用彈劾方去懲戒官吏；所以只有採取第二種方法。

(五) 彈劾案不得撤回。這是規定在監察院組織法第八條。彈劾案一經提出，原彈劾人就得撤回，關於這一點很可表現行使彈劾權是一回極其鄭重的事，不可隨便提出，就也不許撤回。

(六) 調查檔案冊籍。這是規定在監察院組織法第四條。監察院得隨時分別派員到各公署和其他公立機關，調查檔案冊籍，如果發生疑問的時候，該主管人員應該負責詳細地、忠實地答復。這種調查權是附屬於彈劾權的必要權力。

關於劃分監察區一問題，論者頗有主張設立監察分院的。所主張的理由是；

監察委員應該連帶負責，用全體的力量去檢舉。假使派出監察使到各區去行使彈劾權，那就不免爲了勢孤力弱的緣故，以致因循敷衍，知難而退了。至於各區設立監察分院，行使職權的領域可以略爲縮小，並且對於地方情形容易熟悉，一切都注意得到，責任也無從避免了。論者還主張監察院中除正副院長管理本院行政事務以外，其他各委員應該分做四大組，以便監察國民政府組織上立法、行政、司法、考試四個系統的事務。

### 第三節 監察委員的責任問題

按照監察院組織法第六條和第七條，監察委員提出彈劾案，有時要負責任，有時不要負責任；如同：

(一) 不負責任 彈劾案提出後，由院長另行指定監察委員三人審查，經多數認爲應付懲戒的場合，原彈劾人不負責任，即使官吏懲戒委員會議決不應受處分。

(二) 要負責任 審查結果，認爲不應付懲戒，但提案人仍舊要提出；那就官吏懲戒委員會認爲不應受處分的場合，原彈劾人應受監察委員保障法規定的處分。

監察委員的彈劾權應該活潑地使用，實在沒有負反坐責任的必要。監察院是一種發動機關，裁判權仍舊屬於司法院，更何必要監察委員負這種檢舉的責任。至於說爲了防止監察委員濫用職權起見，那末，第一步有監察委員相互間的彈劾權可以牽制着，第二步還有國民大會的罷免權最後監督着。這也曲盡以權制權的能事了。并且，把監察委員和檢察官比較一下子吧。檢察官檢舉一切刑事犯罪——就是官吏犯罪也得檢舉——有了嫌疑便起訴，科刑的範圍從拘役起死刑爲止。然而，法院對於檢察官起訴的證據認爲不充足，因而判決無罪的場合，檢察官是一點責任也沒有。怎麼監察委員倒要負起反坐責任來呢？所謂懲戒處分無非是免官而已。結果的嚴重比到處死刑怎樣？然而監察委員挾憲法上所賦與最高的、獨立的彈劾職權，却在法律上所受的保障反不如檢察官地位的安全！這是不能不說立法上有一種遺憾了。

#### 第四節 審計部

審計制度在歐洲發生得很早，當十二世紀，關於國王從領地上所發生的收入以向人民所徵收的租稅，都由會計裁判所加以察核，這種審計機關却帶點司法性質。十六世紀以後，國家財政和王室財政分離，各國財政部差不多都附

設財政監察機關。牠的職務止於計算上的檢查，却無何等監督權。後來因為財政部專橫，審計機關不得不分離開來。到了十八世紀，確立了代議制度，國家的預算要由國會議決。審計院的職權擴大起來，不但對於收入和支出方面要檢查，是否有正確的計算，並且還要審查有沒有違背憲法之處。

關於審計制度在歐美各國的立法例上可以分做左列兩種：

(一) 英美制 英美兩國並未特設審計機關，却在財政部中設有審計長和審計員掌管全國歲出決算的事項。

(二) 大陸制 大陸各國沒有審計院，但制度上還可分做左列兩派：

(1) 法國派 審計院有司法權。院中設置檢察長，判決了就發生執行力。

(2) 德國派 審計院沒有司法權，只能要求行政長官自行處分。

學者間批評法國制，說是：(一) 監督財政的效力薄弱，(二) 有損出納官吏的人格，(三) 缺乏行政上的敏捷性，(四) 和司法裁判所的權限相混。我國在監察院中設置審計部，是一種獨立機關，不帶一點司法性質，也沒有法國制的流弊。把彈劾權和審計權的行使歸屬到一個系統之下，更有互相連絡的效用。



監察院組織法第十三條所規定審計部所掌管的職務是：

(一) 關於國民政府及各省、各特別市政府歲出歲入之決算事項；

(二) 關於國民所屬各機關，每月之收支計算事項；

(三) 關於特別會計之收支會計事項。

向來歸國會行使的決算權，現在却歸審計部去行使，這也是現行審計制度上的一種特色。

### 第五節 御史制度的簡單研究

秦漢以前便有這一個御史的名稱，不過和後代的御史大夫不同。到了漢成帝綏和年間把御史大夫改做大司空，分行丞相的職務；中丞出外爲御史臺的長官，就髣髴是清潮都察院的都御史。清朝的都察院是因襲明代的名稱，組織上有六科，十五道，和五城御史。六科是：吏科、戶科、禮科、兵科、刑科、工科；十五道是：京畿道、河南道、江南道、浙江道、山西道、山東道、陝西道、湖廣道、江西道、福建道、四川道、廣東道、廣西道、雲南道、貴州道；五城御史是把京城分做中、東、西、南、北五城，各城設置巡城御史。六科向來專管封駁；十五道是依着行政區域劃分，各司檢察，奏陳政務；五城御史却是掌管京師的警察、救恤、和裁判等的事項。至於還有

所謂左都御史二人，左副都御史四人，以及無定額的右都御史，右副都御史，都歸各省督撫兼任。等到預備立憲的時候，改革官制，都察院的組織就有了變更。那時設置左都御史一人，右副都御史二人，不由外省督撫兼任了。在副都御史之下，設有僉都御史二人，另外還有給事中二十人，監察御史三十人，成爲一種新式的組織。

關於科道職權支配問題，高一涵在他的中國御史制度的沿革一書上分析得很明白，他說：「考唐宋以前的制度，言官與察官本是分立的。諫官司言，御史司察；諫官掌規諫諷諭，獻可替否；御史掌糾察官邪，肅正紀綱；諫官監督政府，御史監督官吏。到了宋真宗天禧年間，雖然設言事御史；神宗熙寧、元豐年間，雖然以言事官爲殿中侍御史，或詔使監察御史兼言事；但却不想使諫官兼行糾彈的職務。故宋孝宗淳熙十五年，雖依唐朝制度，置拾遺補闕，但却專掌諫諍，不許糾彈。大概唐代重諫官，輕御史，而宋代的御史則多由言官兼權。故從前諫諍之官或闕人不補，而居言官的地位者，又往往分行御史的職務。至於箴規闕失，不會多見。所以孝宗時，兵部侍郎林栗有言官不許糾彈的建議。自此以後，君主多恨言官足以妨害自己的專斷，雖陽存其名，却陰使行御史的職權；故言官反不

見重要了。言官給事中和察官監察御史所以分權的緣故，無非爲了君主時代皇帝和臣下百僚的地位絕不相同，就分出兩種機關來，一面是諷諫君主，一面是糾察百官。明朝初年給事中屬於通政司，後來分立自成一曹。清初沿用明朝制度，六科獨立，雍正元年才把六科歸屬於都察院。此後六科給事中所有封駁詔令的大權就成爲一種法律上的虛名，實際不過是等於十五道監察御史罷了。現在監察院就是把科道的職權集中在一個機關，對於中央政府和地方官吏行使彈劾權。

高一涵在他的中國御史制度的沿革裏把清代都察院六科十五道的職權綜括起來分做十種：（一）建議政事權，（二）監察行政權，（三）考察官吏權，（四）彈劾官吏權，（五）會讞重案權，（六）辨別冤枉權，（七）檢查會計權，（八）封駁詔書權，（九）註消案卷權，（十）監察禮儀權。但在前清末

年爲了預備立憲所改革的官制，關於都察院的職權却和高氏所列舉的十種權互異了。都察院新官制第一條所規定都察院掌稽察京外行政各衙門辦事成績，却是確認牠的監察權。至於其他關於司法、審計各項的實權已經不復存在。因爲有了審計院稽核報銷；有了行政裁判院掌管行政訴訟；有了大理院是

司法終審機關；封駁亦已停止；都察院的職權成爲獨立的監察機關，另外還有一種建議政事的權。至於現在五院制下的監察院比較前清都察院新官制却多了一個審計權，少了一個建議權；比較舊官制呢，那就關於上所列舉（一）（五）（六）（八）（九）等項職權一律消除了。



中華民國十八年三月初版

新法學 憲法新論 (全一册)

【每部定價銀一元五角】

(外埠酌加郵費)



分發行所

瀋陽	北平	天津	太原	濟南	重慶
漢口	長沙	衡州	南昌	蕪湖	徐州
南京	無錫	杭州	溫州	蘭溪	
蘇州	廈門	汕頭	廣州	梧州	

著者 朱采真

校閱者 朱鴻達律師

印刷者 世界書局

發行所 世界書局

印刷所 世界書局

總發行所 世界書局

世界書局

58

44211

