

# 中國比較憲法論

鄭毓秀 著



世界書局出版

一 九 二 七

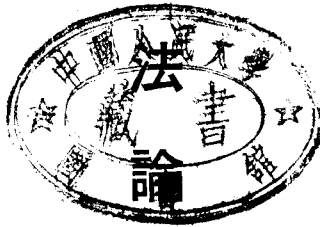
342.2  
977

253809

中國比較憲法論

著者 鄭毓秀  
編輯主幹 湯彬華

世界書局出版

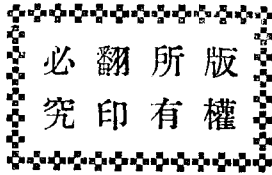


中華民國十六年七月初版

中國比較憲法論（全一冊）

【每部價洋五角】

（外埠酌加郵費匯設）



著者 鄭 毓 秀  
印刷者 世界書局  
發行者 世界書局  
印刷所 上海大連路  
世界書局

總發行所

北京 天津 奉天 吉林 保定 邢台 綏遠  
太原 濟南 烟台 武昌 漢口 宜昌 長沙  
常德 衡州 重慶 南昌 蕪湖 安慶 合肥  
徐州 南京 無錫 杭州 嘉興 寧波 溫州  
蘭谿 福州 廈門 廣州 汕頭 梧州

分發行所

世界書局

世界書局

世界書局

世界書局

世界書局

世界書局

世界書局

世界書局

## 例言

一、中國憲法，至今未定，本書以已成之憲法與歐美各國之憲法，作比較之研究，故定名為中國比較憲法論。

二、本書目的，在以比較方法，表現中國已成憲法之真相。

三、代議政治之缺點，先總理孫中山先生指摘最詳。孫總理發明五權憲法，期造成真正之全民政治，此種憲法新義，本書因研究範圍所限制，不能發揮，非常抱歉！

四、本書原稿為巴大之論文（法文），得凌君其翰之助，編成中文，非常感謝！

# 自序

此不佞在巴黎之舊作也，曾提出於巴大法科，爲應試博士之論文。自去歲倦遊歸國，行裝甫卸，卽任律務。友有促余著爲國文，以餉國人者，漫應而未果，且所根據僞憲，國人久以陳物視之，則此書實無編成國文之必要矣。抑又未必也，夫民國擾攘以來，十六年矣，近來政治方面，已漸開展，將來國是定後，不論其政治之趨向如何，仍當釐定憲法，可以斷言，且此書之作，全採法學上之比較研究法，雖淺鄙不足道，或可冀中國中學人一顧乎！疏陋之處，願高明教之。

鄭毓秀自序於上海時一九二七三月十二日，適爲  
孫中山先生逝世二週紀念。

# 中國比較憲法論 目次

## 第一章 緒論

### 第二章 憲法之規定

#### 第一節 憲法之修正

#### 第二節 憲法與普通法律之關係

甲 受普通法院之檢查

乙 受特別法院之檢查

丙 無司法權檢查

丁 中國司法之司法檢查

### 第三章 個人自由

第四章 中央政府與省政府權限之劃分

第五章 會議

第一節 衆議院之組織

第二節 參議院之組織

第三節 兩院合集會議

第四節 兩院職權之分配

第六章 結論

# 中國比較憲法論

## 第一章 緒論

滿清末年，中國已有產生憲法之趨勢。在一九一二年民國成立之前，中國政體，絕對專制，既無議會，更無獨立之司法機關；皇帝權力，至高無上，吾人稱其為天子，其一切行爲，均不向人民負責，而僅向天負責。

因新思想之發達，與國民之覺悟，此種政制當然為時勢所不容。於是人民乃大聲疾呼，要求建設議會，產生合於西洋君主政體之憲法。各省均紛紛集議，遣派代表，赴京請願，召集國會。國會者，使人民代表得參與國家大事之國家會議也。此項運動，初集中於智識階級，而回國之留學生為尤甚，其運動擴大之速，使政府不得不勉應民意。光緒三十二年（一九〇六）頒下預備立憲詔，其計劃之完成，則期以九年。凡新法之頒



行，司法權之獨立，地方自治制度之擴充，國會之召集，預備立憲詔中，均有確定之時期。

然人民對此詔書，信心甚薄，且懼腐舊清廷，倡一時違心之論，僞稱立憲，一有機會，仍將收回成命。彼時孫中山先生手創之秘密革命團體同盟會，乘機大施活動。該會組織甚多，遍設國內外，以推翻滿清專制政府，建設民國爲目的。但革命舉義，屢起屢仆，無甚著效。

一九一一年辛亥十月武昌舉義，導火線爲川省收路風潮。時郵傳部欲以川省鐵路收爲國有。不數月各省大半宣告獨立，且加入革命黨。清廷欲緩和革命，特下罪己詔書，卽十九信條是也。攝政親王，對斯信條，曾宣誓太廟，以昭慎重。此項信條屬於中國君主立憲根本原則之基礎者，爰摘要如左：

一 皇帝之權，以憲法規定者爲限；

二 憲法由資政院起草議決，皇帝頒佈之；

三 憲法改正提案之權，屬於國會；

四 上院議員由國民於法定特別資格中公選之；

五 總理大臣由國會公選之；

六 國家預算應每年編制，且須得國會之議決。

此項條例，雖經頒佈，未見效果，而革命黨因軍事方面節節勝利，拒絕政府之解放政策。該黨且以清帝遜位，建立民國為休戰條件。上海、南京、杭州等該黨領袖，效法美洲十三殖民州脫離英國時代費城會議之故事（Congres de Philadelphia）發表宣言於各獨立省，請其遣派代表，會集上

海討論下列問題：

一 公認外交代表；

二 對於軍事之聯絡方法；

三 對於清室之處置。

各省代表既集於上海，全體決議組織民國中央軍事政府，以革命根據地武昌爲大本營，且承認首先舉義之湖北都督黎元洪負責統理之。不數日，中國歷史上之京城南京已爲民軍所占，即宣佈爲中華民國之新都，並頒佈中華民國臨時政府組織大綱凡二十一條。臨時政府以孫中山先生爲大總統，以此項臨時約法爲統治之據，根直至清帝退位以及移政府於北京時止。

此項根本法爲民國成立十餘年來臨時約法之基礎，爰述其大概如左。

吾人最應注意者爲臨時政府採取美國總統制，其第二條有臨時大總統處置各要政，以鞏固政府之語。臨時大總統爲海陸軍大元帥，依參議院之意思及許可，宣戰，媾和，任命外交專員，以及各部總長，分外交，內

務財政軍政交通等五部

參議院以各省各派代表三人組織之。代表之任命由各省都督自定之。每代表均有一法權。參議院之權限如預算之通過，政府支幣之審查，國稅之統一，以及產生臨時法等。參議院且有選舉議長，通過辯論手續規則之權。

此項根本法，顧名思義，在中華民國憲法公佈之日，即當廢止效力。（見臨時政府組織大綱第二十一條）並限臨時大總統自臨時政府成立日起六個月召集國會。此亦為參議院所訂。（第二十條）

一九一二年（民國元年）一月二十八日，參議院開幕，即從事研究政府詳細組織之計劃。因恐六月限期在事實上難以召集國會，且無數重要問題根本法均未解決之，個人自由之問題，即其一端。故費一月之討論，始通過臨時約法。

是時民黨代表與清廷代表在上海商議停止戰爭，統一地方，民黨提出之意見，優待皇空條件內容。清帝退位後，仍尊帝號，民國政府歲給清帝經費四百萬元。

是年一月十二日，清帝宣佈退位，下詔命內閣大臣袁世凱全權組織民國臨時政府，藉以鎮定革命。

臨時大總統孫中山先生不忍內戰之延長，速期統一，乃翩然辭職，使南京參議院得卽選袁世凱爲臨時總統焉。袁氏則在北京宣誓受任。是年三月十一日卽公佈臨時約法，卽南京參議院所訂定者。參議院亦移至北京，直至新國會成立日止，完成其立法議院之職務。

此項約法冠以「臨時」二字，所以表明須由人民公舉之國會規定通過正式確定之憲法，始能替代之意也。故臨時約法第五十四條載明「……憲法未施行前，本約法之效力與憲法等。」臨時約法計五十六

條，共分七章如左：

- 一 總綱
- 二 人民
- 三 參議院
- 四 臨時大總統副總統
- 五 國務員
- 六 法院
- 七 附則

此項約法其所提出之重要改革點如左：

(一) 保護人民之自由。約法所賦與人民之權最要者為個人自由，居住之不可侵犯，言論，結社，書信祕密，信教等自由。此項自由權利，在非常緊急必要時，得依法律限制之。

(二) 國務員制度則採法國之內閣制。大總統一切行爲如無國務員之副署，及國務員向立法機關負責，均爲不合法。

(三) 司法權獨立之原則，已明文規定，法官在任中非依法律懲戒之處分，不得解職或減俸。

六個月中臨時約法既發生效力，應依據參議院規定之法律從事選舉國會。

自臨時約法公佈後，乃從事選舉。民黨得席最多，該黨即革命同盟會所改組者也。

一九一三年（民國二年）四月八日國會正式開幕於北京，共分二院：（一）參議院——各省省議會所選之議員相等，與各屬地議員組織之。（二）衆議院——以各省及各屬地人民初選復選兩次選出之議員組織之。每人口八十萬選出議員一名。

依據臨時約法第五十四條，國會對於正式憲法之產生，有全權制定之責。

中國憲法演進之歷史，與國會之生命，關係至爲密切，爰述國會解散復活之經過焉。

初國會與臨時大總統袁世凱之關係已積不相能。其實兩者背道而馳。國會組織一政黨內閣，使憲法含純粹民主的性質；而袁氏則處置其重要權力在帝王制度之下，極力集中公衆勢力於一身，以獨裁思想統治地方，故蓄心破壞憲政，決裂情形，已不可避免。於是革命火燄，一觸即發矣。

一九一三年（民國二年）三月二十日，民黨領袖之一宋教仁氏被刺於上海。宋氏遊歷國中，宣傳議會政治之原則，正擬出發北京，即遭此禍。依據法庭，內務總長與大總統對於此案均有嫌疑。而攻擊政府最猛



者，厥惟民黨。政府方面則極力整頓軍實，以防萬一。

政府與北京外國銀行團又迅速成立一項大借款。該借款並未得國會之允許，依據臨時約法，通過案爲必要之舉。故政府之態度已顯然爲違背約法。於是民黨乃樹討袁之旗，是爲第二次革命。主動者爲南方數省，然卒爲政府武力所制服焉。

國會則聚集憲法會議於天壇，成立憲法草案；以通過憲法，爲時頗久，乃有先行選舉正式大總統之議。此舉似爲維持和平秩序之必要手段，且可得列強承認民國之利益。因此大總統選舉法草案乃先行通過，時在一九一三年十月四日。

兩院乃合併開會，在武力壓迫勢力之下，選舉袁世凱爲中華民國第一任正式大總統云。

憲法之編制進行甚速，十月三十一日已經過二讀草案。全文爲一百

十三條，即天壇草案是也。如無總統非法之干涉，憲法將按預定時期公佈焉。

自二次革命後，袁氏即乘機設計，剝削國會之勢力，奪去大多數議員之資格，以其表同情於民黨故。該黨在袁氏目中爲一亂黨組織。國會終被解散，袁氏下令重行選舉，但終未成會。袁氏自稱之約法共六十六條，乃於一九一四年（民國三年）五月一日公佈，以代臨時約法。基於內閣責任之代議制，已被取消。一切行政權均集於總統之手，故中國憲政之破壞者，當以袁氏爲罪魁。

參政院之組織，與大總統之選舉，均另訂法律施行之。參政院本爲省議會選出之參議院，今則由行政機關任命之。參議院在新衆議院未召集前，執行國會之權。新衆議院之召集，則依據新訂之選舉法云。

大總統有指定其候補人三名，以爲繼任人。國會當在三人中擇定一

人云。

此制在各方面觀之，均與憲法性質不合，且含反共和之性質，顯然爲預備建設君主之必由途經。袁氏既以君主觀念，統治地方，以爲帝制之時機已至，可以就其野心，乃示意參政院，決定召集各省，選舉代表數人，確定國體爲共和制，抑爲君主制。其實內幕早已籌妥，表決之結果當然無他疑義，代表二千人均贊成君主政體，並建議大總統爲皇帝。

袁氏猶僞謙德薄能鮮，不敢稱皇帝，但爲服從民意，故勉登大寶云。南方諸省反對君主之革命於是乎起。袁氏爲維持其地位計，乃取消帝制，仍以總統自稱，後以急病卒。（一九一六卽民國五年六月六日）副總統黎元洪繼任之，（一九一六年七月七日）依據臨時約法所規定者也。

新總統之首政卽爲恢復臨時約法，袁氏所解散之舊國會則於一九

一六年八月重行召集。

正式憲法又爲國會中舊事重提之一問題，另有一委員會專事此項工作，仍以天壇草案爲根據，決定重整旗鼓，趕編明文，使憲法得以完成。時行政機關與立法機關忽發生決裂，國務總理段祺瑞乃爲國會所倒。（一九一六年十一月）其被倒之理由甚多，段氏主張對德宣戰，要求國會通過此政策。衆議院亦主張宣戰，但先決問題仍欲內閣辭職。段氏認此爲反對彼之態度，卽行拒絕承受。總統竟承國會之意旨將段氏免職。

各省督軍乃相繼反對中央政府，籍以援助段氏，於是憲政軌道復遭橫決。

保皇黨張勳時爲徐州軍隊之領袖，乘機僞稱保護總統以解散國會爲條件，蓋皆各督軍所主張者。黎氏受武人脅迫，乃下令解散國會。異哉！

國會被解散之理由，非爲國務總理之去職，而爲與憲法有密切關係之數問題，憲法草案中數條文爲北方軍閥所反對者如下：

一 衆議院不信任國務員之決議時，大總統可免國務員之職，或解散衆議院。惟解散時，須得參議院之同意。

二 大總統任免國務員，不必經國務員之副署。

三 兩院議決案與法律有同等効力。

國會第二次被解散實爲引起憲法問題之重要關鍵。大總統黎元洪下野時，曾發表其個人宣言，爰摘其大意述之如左：

「元洪以約法無解散之明文，未便破壞法律……際此危疑震憾之時……亡國之禍；卽在目前。元洪籌思再三，法律事實，勢難兼顧……迫不獲已，始有本日國會改選之令。」

國會既被解散，張勳卽擁宣統登皇位，並下詔復辟。（一九一七年卽

民國六年七月一日）是役也北方軍閥並未之助，且適爲南方諸省所反對，宜其失敗甚速也。（一九一七年七月一日至十二日）

段祺瑞仍由大總統任命爲國務總理，大總統一切命令均先下於副總統馮國璋，籍其爲中間人，段氏則於馬廠起兵攻北京討伐復辟，結果完全勝利，而民國得以復存。

如是大總統黎元洪乃正式辭職，副總統馮氏繼任之。（一九一七年七月十七日）

南方諸省向表同情於舊國會，以舊國會仍不復活，乃拒絕服從政府。行政權既由臨時約法明白規定，而解散國會，約法並無明文，國會在法律上不得被解散，北方軍閥全不顧南方之意思，竟依據新選舉法，召集所謂臨時參議院，從事選舉新國會。新國會既集於北京，乃選徐世昌爲大總統。（一九一八年即民國七年九月四日）

國民黨領袖孫中山先生，唐紹儀先生，伍廷芳博士等否認北京政府爲合法，則南移廣東，組織護法政府。舊國會議員亦應南方政府之請，相率聯袂赴粵，期繼續完成憲法。

一九二二年（即民國十一年）四月吳佩孚與張作霖在京畿附近作戰。不數日吳勝張敗，於是徐世昌不得不下野，而黎元洪又復位稱總統，舊國會又第二次召集於北京，南方諸省乃否認北京政府。其理由均屬政治性質，尤以黎元洪既已辭職於前，當不能復稱總統於後。且黎氏曾越權解散國會，違背約法，已無就職行政首領之資格，且北京政府自袁氏而後，久爲軍閥所盤據，憲政基礎，早已蹂躪無餘，此中山先生始終不能與北京政府妥協之原因也。

一九二二年八月一日國會後集於北京。舊事重提，復從事未完成之憲法草案，正式明文通過後，憲法全文乃於一九二三年（即民國十二

年十月十日由賄選。總統曹錕公佈。出處不正，固無論矣，而過去之光陰，人孫中山先生鑒於民元黨人之多墮落。民二黨人之一再受銓，知在軍閥勢力之下，決無完善善憲法犧牲殊大所得者，僅此東抄西襲之廢文數頁於國計前途，絲毫無補反增糾紛，不可不察也。

一九二四年曹錕下野後，中山先生曾北上期與段政府合作，召集國民會議，卒因意見不合，先生亦竟痛卒京中云。

孫中山先生鑒於民元黨人之多墮落，民二黨人之一再受銓，知在軍閥勢力之下，決無完善善憲政之望，於是堅決主張以國民革命為手段，又以一生學問經驗之具體結晶——三民主義一再曉諸天下，蓋深知黨人思想之幼稚與夫信仰之不堅，易歸於不革命或竟反革命之途耳。關於此點，非本文所能暢論。惟三民主義中與憲政形式及運用之方法最有關係者，決惟民權主義中集東西法制學說之大成而創立之五權憲



法該學說內容之圓滿，固不待言，而其要旨尤在糾正代議政治之弊，籍以防止少數優越階級之操縱，政治目光之遠大可知。且先生知使中國導入憲政正軌之不易，故作建國大綱，分軍政，訓政，憲政三時期，明示國民革命循序之階級，確定走入憲政之途經，故始終不欲在軍閥勢力之下，苟延政治生活，而談不固其本，僅圖其末之憲政。一部短命之憲法史中，先生之說，乃未嘗種足其間。明知因循之悞事，故決另闢途徑也。今先生與吾人長別者二週矣，民黨同志，深感先生之遺教，信仰漸堅，國民革命之發展，亦漸可觀。中國政治之新機運已露端倪，希望國民革命得循序完成，不受野心家之破壞，則國是大定。從此本先生主張，釐定適合吾民族特性，順應世界潮流之五權憲法，則中國前途庶有豸乎！

茲將北京憲法草案中爭執之問題如左：

一 保護狀之請求。（憲法第六條）

二 認孔子主義爲國教。數政黨均以孔子主義累世爲中國直轄之宗教，信仰應稱爲國教。但終爲多數否決，以其違反共和精神，且於信仰自由之原則相衝突。結果此問題乃以調和方法解決之。孔子不稱宗教，但在憲法中提及之。（憲法第十二條）

三 中央政府及省政府間職權之分配。（憲法第二十二條以下數條）

四 地方自治制度（憲法第一百二十四條及以下數條）

五 行政機關解散國會之權（憲法八十九條）

六 國會議員與國務員職權之分配（憲法八十九條）

七 除國務總理外，其他國務員未經衆議院同意之任命（憲法九十四條）

八 國會委員會之創制。——查天壇草案中另闢一章，關於委員會

之選舉共分四條。此委員會在國會閉會期間，施行國會權力，但正文中此章完全取消。

九 平政院查臨時約法第十條載明人民對於官吏違法損害權利之行爲，有陳訴於平政院之權。此條亦被取消，而憲法中行政訴訟亦在普通法院審判範圍內。（憲法第九十九條）民生與教育兩章，各分七條，爲歐洲新憲法所必備者。（見一九一九年八月一日德國憲法第一百四十三條至一百六十五條第四節及第五節）曾由起草委員會起草，交於憲法會議，竟未產生，其理由亦殊簡單，斯時在短時期中，即須公佈憲法，故惟有將此兩大問題暫緩討論云。

幼稚之中華民國已成立十餘年矣，在此時期中飽嘗世變，此政治生命之變遷，滄海桑田，吾人極短之敘述，可以成爲巨著，但吾人所述者僅止於與短命之憲法演進史。有直接關係之變故耳。

## 第二章 憲法之規定

吾人在此章中當就中國憲法之全體，及其與普通法律之關係，研究其性質大概。

吾人苦無適當之名以名此章，爰勉強選擇今名。何謂憲法之規定？曰憲法在法律總範圍內所占之地位是也，明言之，即憲法與其他之普通法律所發生之關係是也。憲法與其他法律所分別之性質何在？如有之，其結果又如何？

答斯問也，必先對此問題分兩方面觀察之。此兩方面雖各自獨立分界，實際上聯合之關係甚密，故雖合併論之殊非難事。

憲法修正之方式如何？假定憲法與普通法律發生衝突，其問題又如何？吾人其一思之。

### 第一節 憲法之修訂

蒲萊士 (Lord Bryce) 分世界各種憲章爲兩大類：曰柔，曰剛。柔性憲法者，普通立法權得以修改之憲法也。剛性憲法，普通法律不能改變之，其修訂之手續極繁複，修訂之形式極慎重，表決之多數亦較普通法之通過規定爲嚴。此種分類之價值，已受法國公法學者狄驥氏 (Duguit) 所抨擊，謂此種柔剛憲法之分類，過重形式云。但吾人則乃以此爲本章之出發點。

今世之以柔性憲法立國者，僅英、意、匈三國，其餘各國均採行剛性法。至剛性憲法之修訂，各國規定之手續殊別，茲述其殊別之手續如左，以資借鏡：

(甲) 兩院全體各以過半數之表決，認有修訂之必要時，則合併開修訂憲法會議。非經全體過半數之表決，不得決議。(參閱一八七五年二月二十五日宣佈之法國憲法第八條)

(乙) 修訂案之提議，非得兩院各有總額三分二之出席，不能成立。任何提議，非得兩院列席三分二之議決，不能採納。(參閱日本憲法第七十三條)

(丙) 修訂憲法案宣佈後，立法院當即自行解散，聽候新院議決。新選之兩院，須各有三分二之出席，得國王之允許，始可討論修訂憲法案各點。如無三分二之表決，任何修改均不能採納。(關於此點參閱比利時憲法第一百三十一條)

(丁) 下院 (Reichstag) 任何修訂案，須有三分二表決，出席人數亦須有三分二。上院 (Reichrath) 任何決議，均須有三分二之表決；而下院得恃三分二多數之規定，否決上院之決議，因下院有複決權 (Befarond III) 故。(參閱德國新憲法第七十六條)

(戊) 國會之兩院，苟有議員三分二，以為憲法必須修訂，應提出修

訂憲法案或諸州立法部有三分二要求修訂，則國會應召集憲法會議，釐訂修改條例。任何修改，須得諸州立法部四分之三之同意，始可採納。（參閱合衆國憲法第五條）

（已）關於憲法修訂之提議，已經合法之手續通過者，須經過複決，始得批准。（參閱瑞士憲法一百二十三條、普魯士新憲法第六條、愛斯烏尼（Esthonia）憲法第八十八條）

吾人且視中國憲法，其關於修訂之手續有三：

（一）兩院議員非有各本院議員總額四分之一以上之連署，不得爲修正憲法之提議。

（二）憲法修正之提議，非兩院各有三分二以上之同意不得成立。（見憲法第一百三十六條）

（三）修正案提出後，兩院合併開憲法會議。非總員三分二以上之

列席不得開議；非列席員四分之三以上之同意不得議決。

試以上列比較之，可知中國憲法含有兩院組織國會之法國憲法精神。（參閱上列甲項）但其不同點，在其法定多數較過半數之規定尤嚴。（閱上列乙項）

柔性憲法利在能適合環境順應需要。此種憲法頗能使政治隨環境需要而漸進發展，但僅能在人民有尊重民族習慣訓練之地，始克行之有效。夫習慣之節制，偏重倫理，對於憲法地位之穩定，固較造次通過之形式手續爲良。此乃蒲徠士提出發展柔性憲法之三項必要條件後所得之結論。茲述其三項必要條件如左：

- （一）最高權須在少數賢人具嚴格政治訓練者之手；
- （二）或則人民須連續參與政治；
- （三）或則人民在法律上爲最高權，除發佈大綱原則外，應少數智



識傑出者治理政府。

此三條件中第一項賢人政治，在文明之國均已消滅無存；第二項則處現今環境，在大工業之地方鮮能實現；第三項較易成功，但人民須有公民教育相當之訓練以爲前提，但此又與純粹民權相反。

此種條件皆難實現，故柔性憲法易生危險。各國大都採用剛性憲法。雖目兩院制之合議（如法國之國會）以至瑞士制之國民複決權，其剛性之程度不等，但各憲法基礎上之大意則相同，如規定政府各部之關係，人民之自由，及組織根本法等。

### 第二節 憲法與普通法律之關係

憲法與其他法律之關係，可就其重要之程度依次分別之：

#### 甲 超於憲法之根本原則

#### 乙 憲法

丙 普通法律

丁 條例

關於甲項學者大都認一國家必有根本原則之存在。其性質爲超於法權並憲法權之上。歐里安曰以此項原則成爲憲法之一種名分，其地位在成文憲法之上。此項原則成爲政治，及社會秩序之真基礎，而超於國家之上。爰述一例以證此根本原則。一八七五年二月二十八日之法國憲法第八條（此條由一八八四年八月十四日憲法第二條完成之）已言明國家之共和政體不得爲修正之議題，故依此理論，憲法修正案如取消共和政體，卽爲違背根本法，憲法亦從此宣告死刑，更無價值可言矣。法國一七八九年之人權宣言亦曾提及，與此旨不謀而合，雖宣言在法律上之價值尙有問題，但在此終可爲一旁證。

憲法之性質如何姑置勿論，惟根本制度則始終存在。卽在英國，國會

之專權已若主要之原則，但有數項最高原則，英國之民意亦不願國會違背之。

此項理論，精深甚趣，但已越出本著之範圍，吾人似不必作詳細之研究也。

至丁項條例，各國均有統一之理論與實施。條例之與法律相反，甚至與憲法相反者，則取消其效力。如在法國，任何級之法院，均有權審查條例之合法與否，其條例之何從出，勿問也。故即總統之條例，已經過兩院通過之者，受各法院之檢查與其他條例同。此項實施，根據法國刑律第四百七十一條第十五節之廣義的解釋，蓋指合法成立之條例而言也。

中國法院之權限，關於此點亦曾見諸憲法數條文中，如第一百六條稱「法律與憲法抵觸者無效。」

至憲法與普通法律間之關係，（即上列之乙丙兩項）各國言論龐

雜，卽其實施亦隨地而異。

法律可違背憲法否？法院在此情形之下，得有拒絕施行之權力義務否？此誠吾人所亟欲問也。

答斯問也，須將柔性剛性兩類憲法分別言之。但憲法之柔剛與否，係承認憲法超於其他法律與否之結果。而非原因。

在秉性憲法中，法律之違憲一問題實難成立，因合於憲法之法律與違憲之法律，其間並無鴻溝以判別之也。

試以英國柔性憲法證之，依據英人理論，憲法與普通法律均處於同一地位，其權限相等。須知以形式上組織言之，英國無所謂憲法也。法律依據法定手續而成立者卽足使其他之政治組織發生重大之變化者，仍爲有效，且得由法院實行之。田賽（Dicey）對於彼邦國會神聖原則之實施，頗加注意，其言甚諳，曰：「國會誠萬能者，惟不能使男子變爲女子

耳。」

但在剛性憲法中，憲法與其他法律間分界殊嚴。立法行爲中違憲問題極爲重要。吾人已知剛性憲法非經特定手續，不能變更之。其手續較普通法律之表決更爲繁複。故兩者發生抵觸，則當以憲法爲依據。否則普通法律與憲法抵觸，仍發生效力。則修正憲法之特定手續，亦殊無謂矣。且立法權賴憲法而生存，在憲法權力之下始得運用其機括。西哀思 (Stokes) 曰：「憲法稱爲根本法，非與國家主權相獨立之謂，乃賴其生存及行動之各機關，不能觸犯之之謂也。國家之憲法，非組成之著作，乃組織之權力也。任何代表之權力，不能變更其代表之資格，此之謂也。」此說至今猶是，其說之公佈，距今已一世紀餘矣。

此乃剛性憲法邏輯必然之結論，但今之實施，究竟何如？各國對於法律之違憲問題，備實際檢查者有之，無此檢查者亦有之，此項檢查之分

類最合吾人之研究者當如左

甲 受普通法院之檢查

乙 受特別法院之檢查

丙 不受司法權檢查

此三項述畢。當從事研究中國憲法所採取者如何。

甲 受普通法院之檢查

各國採取此制者如左：

美合衆國，南美諸共和國，之憲法做效合衆國者（如阿根廷，巴西等）有憲法之不列顛殖民地，腦威，希臘等。美國制度之實施，其義殊詳，特提出研究之。

合衆國聯邦憲法既在各州法律之上，兩者間之衝突，其誰決之？關於此點，法院之權限已基於憲法條文廣義的解釋中矣。（合衆國憲法第

三章第二節）其義曰：「凡由本憲法，合衆國法律，以及以合衆國國權，締結或將締結之條約，在正理公平之上所產生之各項事件，均轄屬於司法權。」

事實上美國法院審查法律違憲之權已遠在殖民時代。時立法權頗爲憲章所束縛，此種司法行政行動早認爲法院之一種應有正當之職務，且從而維持之，以其極能順應憲法之循序發展，以之分配聯邦政府與各州政府間之權力云。

司法檢查之原則，初見於一八〇三年聯邦法律中馬賽法官（Chief Justice Marshall）對於馬悖 Marberg事件所發表之意思。其意思主旨，以此爲法官之自然權力云。

初，美國法院行施其權力，猶知虛心從事，稍留餘地。今則此學說已堅不可破，涉訟之件，兩造之一，遇其法權與立法權相抵觸時，每喜搜集遠

憲之例外，呈於法院，視爲常事。此項涉訟事件，對於法院方面，扼要之點幾僅欲其審查一法律之是否違憲而已。

司法檢查無論聯邦法院或州法院，任何級法院皆可施行施之。上訴手續已由一七八九年九月二十四日國會法令規定之。該法令大意爲關於州法院所接受之一切案件，如須解釋聯邦憲法者，若法律顯與憲法抵觸。則州之最高法院得宣佈最後判決。若其判決以該法律並未違憲，則華盛頓最高法院爲上訴法院，得有權力爲終審之判決。立法者必欲如此手續，其意甚明，蓋在前者，憲法之至上權已得維持，在後者則已發生問題。上訴實爲對付違背憲法之手段。

關於此點，吾人所不可忽視者，卽法院不能任其私意自由宣稱法律違憲。法院之行動，僅限於一造於涉訟時，攻擊某法律爲違憲之意見，斷定其爲確否，但不能認爲有取消該法律之權。法院僅能以其違憲而拒



絕採用之而已。理論上該法律仍繼續存在，直至立法權通過取消之時。此種分別亦不可忽視，蓋拒絕採用一法律與取消一法律絕異。

朗勃耳 (Lambert) 曾舉四條例為法律之憲法性得受檢查者。無論何人，非經過適當之法律手續，其（一）生命（二）自由以及（三）財產均不得被奪（註一）此為使法官禁用一切不正當法律手續之準則。其第四例為一州法律阻止履行由契約產生之義務。（註二）在一八六八年十四次修正案以前此四例甚鮮事例。十四次修正案之主旨，為在南北戰爭之後，確定黑奴之保障。其修正案之第一節，已說明「凡生長於合衆國，或入籍於合衆國，同隸於合衆國治權之下者，皆為合衆國公民，又為其居住之州之公民。各州不得擅立法制或強行之，以減削合衆國公民之特典及豁免。非以適當之法律手續，亦不得剝奪國民之生命，自由，或財產。處一州治權之下者，不得拒之於法律上同等保護之

外」

註（一）人權宣言第五條宣稱「非依適當之法律手續，無論何人，其生命自由或財產均不得被奪。」

註（二）參閱合衆國聯邦憲法第一章第十節。

此項修正案之目的當然以公民之保障委諸國會，蓋此保障昔曾爲各州所毀棄者也。請以此修正條文之末節以證之，國會當立適宜之法，實行本條文各節。

合衆國最高法院因輿論之督促，乃拒絕接受此修正案。公民權之保障以及公民權司法保障制度所由出之司法判決書均須移於國會之手。於是此拒絕之舉，昔本屬於立法保障者，均漸變爲司法保障矣。

初法院專從事立法權限之問題，換言之，即搜究何法律與憲法各節不相抵觸之謂也。但其後（自一八八三年至現代）法院始擴充其檢

查範圍及於立法之趨勢。初尙搜究立法行爲之是否合理，後意搜究當否之問題。抑有未止此也，法院竟擴充違憲之檢查及於警議憲法之修正案矣。請以最近之事實證之。

一九二〇年合衆國最高法院爲 Rhode Island 事件宣佈十八次修正案之憲法性。該修正案內容係關於合衆國全地方之禁酒問題。美國飲料公會 (Distiller's Association of America) 之辯論，以修正案之形式與實質，均不合法爲言，卒爲最高法院所拼棄，並宣稱該修正案爲合憲云。

#### 乙 受特別法院之檢查

此制由捷克斯拉夫及奧大利憲法採取之。

捷克憲法在憲章總綱第一條中，宣稱「凡立法條文之與本憲章相抵觸或法律之擅自修改本憲法者均無效。」其第二條制定一國憲法院之建設，其任務爲檢查捷克共和國與議會之法律，依據第一條之明

文，是否合法。

國憲法院由法官七人組織之。最高行政院與最高法院各任命二人，其餘二人及院長一人，則應由總統任命之。（總綱第三條）該法院爲一九二〇年三月九日之法律所創制云。

註（一）該法律，載明『凡國會所佈之法律與憲章相抵觸或修改該憲章者均爲無効。』

該憲法第一百二條標題司法權，關於法律一點；載明『普通法官應止於審查法律是否依法公佈。』

麥克朋與勞傑（*Mc Bain et Rogers*）（見其所著歐洲新憲法第一五〇頁）頗疑一九二〇年三月九日之法律與憲法總綱文義相同。其實提克司法檢查權全歸於國憲法院，後當論之。故禁止普通法官行施此項職務之明文，亦甚必要。

奧制與捷制略同，國憲最高法院除其他權力外，有審查一邦法律與聯邦法律之合憲與否。但如一法律而為該法院判決之基礎者，該法院得自動行施之。（見憲法第一百四十條）

凡判決宣稱某法律違憲無効時，聯邦總理或一邦行政首領必須立即宣佈法律無效之法令。該法令除國憲最高法院別有決定外，應自公佈之日起發生效力。（第一百四十條）

該法院由院長一人，副院長一人，正院員及副院員等數人組織之。院長，副院長，以及院員副院員半由國會終生任命之，其餘則由聯邦議會選出，其任期亦為終生。

憲法第八十九條禁止普通法院審查依法公佈之法律。

捷克斯拉夫與奧大利之司法檢查制有模仿美國司法最上原則之性質，且變本加厲，更從而擴充之。檢查權全屬於一特別法院，該法院為

最初級亦爲最高級法院。模仿之點，於此見之。在奧，特別法院遇有關於聯邦法律受邦政府之要求而召集時，其手續殊別。該法院之組織實稍含政治性質。他方面此制爲美制之擴大，蓋法律被認爲違憲時，得依據憲法之緊要明文而取消之。（捷克斯拉決行之）或則由行政權取消之。（奧大利行之）

此兩種方式，即違憲法律之取消，與特別法院之創立，須並行之。否則，取消之權，將賦與普通法院，其事殊危。且捷憲明言與憲法相反之法律爲無效，則普通法院將有權檢查法律之是否合憲矣。否則憲法之明文當與此相反。（見捷憲第一百二條）

誠然，特別法院之檢查，其成績遠遜美制，合憲問題，既不能經過普通手續，而須經過特別手續，特別法院之組織，其種種困難無論矣，且其間尙有權限衝突之問題也。

註(一)奧國憲最高法院有權解決最高行政法院與普通法院衝突之問題，尤其爲最高行政院與國憲最高法院本身衝突之問題。(第一百三十八條)

丙 司法權檢查

吾人已略述剛性憲法在一切立法之上，此派之學者以憲法爲超越一切之法律 (*Loi sui generis*) 超於普通法律之上。其邏輯必然之結論，以憲法與普通法衝突之事例，當以憲法爲依歸。則法院之拒絕採用一法律，誠屬無謂矣。故對於違憲法律之司法檢查，幾全爲剛性憲法國家之法律學說所不取，法國之學說，可供吾人對於此問題之研究。

法國公法學者之意見與法院解釋條例莫不決定法院不得以一法律之違憲而拒用之。一八三三年五月十一日之法大理院判決條例且明確規：「一八三〇年十月八日之法律既經國憲形式議定公佈，應爲

法院之規則，不得因其違憲而攻擊之。』此解釋且得數法律明文之扶助。法院與一七九〇年八月十六日第二節第十條之原則相聯，法院不得直接或間接行施立法權，亦不能阻止或停頓立法機關法令之執行。此項禁例且載入法國一七九一年憲法（第五章第三節第三條）及共和三年憲法（第二百三條）刑律第一百二十七條第一段中亦有類似之條文。

如『法官干與法權之行使，或阻止停頓一法律，或數法律之行使，或褫奪法律之能實行與否，均犯瀆職罪，應剝奪全部公民權。』

上列條文不能以今日法國之實施同日而語，試一閱當時採用此說之環境，可知其主旨爲阻止法院以預防或其他手段干涉立法權之實施，俾停止法律之實行。其禁止已遠在保皇黨與國會衝突之時代，國會反對皇室之改革案，拒絕登記上諭俾促其遵守規則之決定云。時恐司



云。法權亦圖抵抗，其改革案將隨之實行，乃由革命黨國會通過上項條文

違憲問題，法院無權管轄之理由，以分權主義原則之基礎為證，大可不必。但分權原則，與立法權及司法權之獨立至有關係。某法律違背憲法，由立法機關通過者，如須強迫法官執行，則其結果將強制司法機關屈服於立法權意思之下，則司法獨立之原則已被取消；但行政、立法、司法三權鼎力組成政府，均平等隸屬於共同最高權力之下，即國憲之下。三權均由國憲而出，賴國憲而存，如遇國憲權與立法權相衝突時，則司法權將取何種態度？將參加與其平等之立法權而反對共同之最高權耶？抑將列於其最高權之一方，而與其平等之立法權就職權之範圍內取干涉態度耶？

近年以來，法國公法學者對於違憲法律之司法檢查制，漸有傾向之

趨勢。自一八九五年傑士(M. Jéze)發表關於法律與憲法相抵觸問題之意見後。法院乃有遵守憲法之明文而拒用違憲法律者。及後傑士與班的來米 (Berthelmy) 於一九一二年致蒲加來士電車公司 (Cie des Tramways de Bnearest) 顧問書中，亦有此同樣之言論。而狄驥與歐里安則尤截然主張司法檢查。歐里安之主張尤為透切。以法律不合憲法，不特違背憲法明文，且與國家根本原則相抵觸云。

司法檢查適當解釋當以此為法官天職之原則。如遇外國法律與本國法律或二本國法律相衝突時，法官非特有權且有決定何律可以採用之義務，則不相平等之兩法律，如最高法律之與憲法與普通法律相衝突時，其處置亦當如是。試問法院依據憲法，拒用與其抵觸之普通法律，是否合理？法院之行動至此而止，不能有任何創制或取消一法律。處理訟案時，法院並不誘任何方面引起違憲問題。如宣佈某法律違憲時，則

法院將如何？曰僅拒用之而已。但法律依舊存在也；在某項事例，此法律不能採用，但在其他事項，仍有採用之可能。此法院對於某案稱其爲違憲，他法院對於他案亦有稱其無背憲法或竟與之表同意者，何駭怪云爾！

歐里安之意，在法國採用司法檢查不若美國之有極度發展之危險，其理由則美國無一行政制度平政院，以此種制度頗能縮小法官之權限也。

司法檢查制既略窺全豹，吾人研究中國憲法所採取之制度，已知種種要素，胸有成竹矣。

#### 丁 中國憲法之司法檢查

中國制度對於司法檢查頗爲複雜，且各部分之關係亦不明晰，吾人爲顯明起見，特將關於此點之憲法遂條誌之於左：

第二十六條：「除第二十三條第二十四條第二十五條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其性質關係國家者，屬之國家；關係各省者，屬之各省；遇有爭議，由最高法院裁決之。」

第二十八條：「省法律與國家法律相抵觸者無效。」

「省法律與國家法律發生抵觸之疑義時，由最高法院解釋之。」

「前次解釋之規定，於省自治法抵觸國家法律時適用之。」

按此數條均關於中央政府與省政府間管轄權之分配

第三十一條：「省與省爭議時，由參議院裁決之。」

第一百八條：「法律與憲法抵觸者無效。」

第一百三十九條：「憲法有疑義時，由憲法會議解釋之。」

第二十六條，第二十八條，第三十一條諸條，均未見諸天壇草案。諸條均直接關係中央政府與省政府間權限之分配，關於省法律或國家法

律違憲問題，均可細察諸條。而第一百八條則以違背憲法之法律爲無效；第一百三十九條則以解釋之權供諸憲法會議。斯二條爲實施之大綱，而見諸天壇草案者。請先將斯二條研究之。

第一百八條之採取，大致無疑。假定憲法最高法律之性質在此，任何法律與之抵觸者，均應被取消而無効，此甚合於邏輯者也。但須注意者，此剛性憲法邏輯之結論，已見於憲法意義之本身。吾人已述及國憲條文宣稱與憲法相抵觸者取消無効，其義當解釋如下式：——令法院審查立法之合憲法否。此項解決法之理由，其本身甚是。任何法院均不得採用無効之法律，如遇法律因憲法性質而發生問題時，依據憲法之大意，法院得在處理訟案時審查其是否有效，最後則宣佈其違憲。

反之，若法院無此權限，其結果將使一切法律對於法院均爲強制有效，不論其內容如何。則此結果又與第一百八條直接相反。

吾人對於此條之解釋，極有理由，且認其爲良法，遠超美捷奧諸國之制之上。違憲之宣佈，不僅爲拒用一法律如美制然，且依第一百八條之意，足使該法律消滅無効。

但此取消之權並不賦與一特別法院，如捷斯拉夫及奧大利然，乃賦與一般普通法院。此種手續較爲危險。因法律如遇不上訴之判決案時，法律竟有由底級法院取消之可能。

法律因憲法性質而發生有効之問題，關係憲法本身之解釋至要無疑。但第一百三十九條明言憲法有疑義時由憲法會議解決之。則每次法律之有効均當由憲法會議解決之乎？此則近於模糊。蓋憲法會議召集之手續，實爲非常手續，而極難實行之事。故僅於非常重要時需之。

其他條文亦足使本問題趨於紊雜者，依據第二十六條，第二十八條之明文，最高法院被命解決中央與省政府間權力之問題。此項觀念係

抄襲美國憲法，以最高法院爲聯邦政府與州政府間之仲裁機關。

加之，第三十一條則言參議院有權裁決省與省之爭議。此條之意殊易明了，但實際上亦殊困難。假定一爭端起於兩省或數省之間，同時又起於省與中央之間，則裁決之權屬於最高法院，抑屬於參議院？斯兩仲裁機關犧牲其一，如一方僭奪裁決權，他方則因實力關係對此問題之權限亦隨之被奪矣。或則爲相互並立之仲裁機關，如最高法院先宣佈中央政府與省政府間之權限問題。如此，問題之候決，僅爲省與省之爭議，則由參議院裁決之。理論上，此種辦法，似爲可能。實際上，省與省間，省與中央間兩問題之葛藤甚深，實難分別處理。最合理而且易於履行之解決法，則省與省之爭議裁決之權，與其如憲法所指給與參議院，無寧給最高法院之爲愈也。

蓋解釋憲法之權，分任之機關愈多，則其困難亦愈甚。關於此點，各種

不同之明文，斷難湊合。第二十六條及第二十八條，關於最高法院之裁決，可爲實施司法檢查原則之特別方法。最高法院在相當之事例爲最初亦爲終結之法庭，且同時既爲司法制度之最高機關，與他法院間裁決之衝突，當然不成問題。但一視最高法院與參議院之關係，則知其間之衝突，從此而起，誰其決之？且兩機關判決有衝突時，則取捨何從？此皆極困難之問題，而當時號稱制憲者竟不及之。

吾人當歸本題，一爲司法權與參議院權之關係，他方爲憲法會議，其問題至爲重要。

吾人可假定解釋憲法之權，最初最後，均屬於憲法會議。最高法院與參議院之裁決，僅爲此規則之例外。此種解決方法實與論理相反，其理殊簡。蓋實際上違憲法律爲無効之第一百八條，將等於虛設，且第一百三十九條既爲一種非常手段，豈其目的在推翻第一百八條所載之實



施規則耶？

吾人之意，最合理之解決方法，莫如採用解釋方法。一種具文，當就全體解決之。此具文中之條文，當設法使之相合而不悖，庶行之而有効。依此方法，合理解釋之，第一百三十九條之明文，其主旨在以解釋憲法最後之權，屬於憲法會議耳。且此項解釋，當視為終結之解釋，亦對付參議院或司法機關非法裁決之手段也。抑又有進者，要求解釋，法定人數較少，而修正憲法，法定人數較多。

按關於兩點，出席法定人數均為三分二，但憲法之修正須有四分三以上之同意，至憲法之解釋僅三分二可以決之。

關於此點，在理論上終結之解釋，非所以語正式之修改，且其所須之法定人數較少，其手續自簡。因此第一百三十九條使吾人悟及解釋憲法手續之調和方法焉。

此種不同之條文，可以相合而不悖如下式：

(一) 普通法庭有審查法律的憲法性之權；(此為第一百八條論理的結果)

(二) 在某項事例中，最高法院為最初亦為終結之法院。(第二十六條及第二十八條)

(三) 遇有省與省間之爭議時，參議院得裁決之。(第三十一條)

(四) 憲法會議為憲法之最後解釋者。(第一百三十九條)

### 第三章 個人自由

中國憲法與大多數成文憲法同，亦有關於個人自由之明文。此項明文大體與臨時約法所載者類似，惟編制稍有變更耳。

憲法第五條宣佈平等之原則，其原文如左：

「中華民國人民於法律上無種族，階級，宗教之別，均爲平等。」此條不特適合起原歐洲十八世紀學說之政治信條，且在中國政治上極占重要。民國未成立前，滿人享有特殊之權利，而漢人無之。除此權利外，滿人且不受普通法庭之審判，而享受特別法庭之審判云。根本原則視民國爲基礎者，以民國共分漢滿蒙回藏五族，五族人民無種族，階級，宗教之別，一律平等，爲中國人民。

憲法所保護之個人自由如下：

- 一 身體自由；
- 二 居住之不可侵犯；
- 三 通信之秘密；
- 四 選擇居住及職業之自由；
- 五 言論著作及結社之自由；

六 尊崇孔子及信仰宗教之自由。

而第十四條則載大體之明文：「中華民國人民之自由權，除本章規定外，凡無背於憲政原則者，皆承認之。」

此條臨時約法與天壇草案均未載及，其用意爲上列之數種自由，僅爲例舉性質，而非限制性質。

美國憲法第九次修正原文亦載於此類似之明文。「凡列載於本憲法中種權利，不得解釋爲否認或損害人民所保守之他種權利。」

此條之嵌入憲法，使人注意「自由」如上列所舉出者，爲對於個人取不干涉態度之權利，即政府之消極行爲，故爲例舉性質。反之，繼自由諸條後權利各條（如訴訟於法院之權，請願之權，選舉及被選舉權，從事公職之權。）則爲政府之積極行爲，歸入此類之權利，爲限制性質。

註 見憲法第十五條至第十八條

註 吳宗慈編民國憲法史前篇第五七頁，有孫中山先生之序文。此種分別實難就證，假定請願或選舉被選舉權等必屬於政府方面之積極行爲，則亦難事。

個人權利得由兩種方法承認之。

其一，爲與憲法相分別之宣言，最著者爲一七七六年七月四日之美國獨立宣言，擁護數項不可讓給之人權，與夫一七八九年法國之人權宣言。

此項宣言出諸尊重原則之形式，非可與實施之約定相提並論。蓋此項實施約定，遠在憲法運動之前，如一二一四年之英國大憲章，一六八九年之權利約定（Bill of Rights）是也。

其第二方法以「權利保護」之名詞，承認自由。

依此方法，憲法舉出國民應享之各項權利。成文憲法之國家多行之。

或則「保護」一名詞載入明文；或則僅指出權利而不用「保護」之名詞，吾國憲法是也。

註 一七九一年法憲第一則：「憲法保護之根本明文；比國憲法第七條載個人自由應由……保護」等詞；一九二三年四月十九日之埃及憲法第四條與比憲略同。

採取保護制編制憲法者之觀念，以權利之承認，非哲理政治等抽象之空名詞，實欲成爲實質法律之規則，俾施諸實行者也。

此二制並行不悖，可以美法二國之憲法史證之。

在美一七八七年聯邦憲法，關於個人權利毫未提及；至二年後始有權利約定，以十修正案之形式加入憲法中。此項修正初僅欲限制聯邦政府之立法權限，其實亦憲法對於個人權利之一保護耳。

法國保護制之意義更深。凡包含權利宣言之憲法，同時亦包含權利

之保護。如一七九一年、一七九三年共和三年、一八四八年等憲法是也。他方面，凡無權利宣言註及之憲法，亦未嘗不包含權利之保護。如共和八年、憲法，一八一四年之憲章，一八三〇年之憲章是也。一八五二及一八七〇年之憲法且參考一七八九年之人權宣言，有第一條之明文爲證：『憲法承認並保護一七八九年所宣布爲法人公法基礎之大原則』

惟一八七五年之憲法內容，既未含權利宣言，對於該宣言或權利之保護亦未見撤回，此則對於一七八九年宣言之價值引起甚多之爭論。愛斯孟以一七八九年之權利宣言爲抽象的政治學說之宣言，決無現行法律之性質。其言曰：『權利宣言，雖爲與憲法會議有同等權力之團體所發生，但非確定執行之法律條文，此僅原則之宣言；此後亦未嘗再見。』

而狄驥之說則否。依狄驥之說，一七八九年宣言所包括之原則，既時由相沿各憲法所累次承認，已確定爲法國公法之全部分。職是故也，草憲員既提出一八七五年憲法草案，可無庸再提出此項原則或撤回之。但其職務則在考察公共機關之重組及其間存在之關係。狄驥之言，不僅止此，以權利宣言不特至今有效，且同時限制立法權與憲法權。

加萊特 勃Carrière Malberg以狄氏之說不無矛盾。其說法意事實，以一七八九年之宣言既由一七九三年之宣言起而代之，則在今日莫不認其不能發生効力。他方面，以人權宣言就其性質，成於憲法之先之說，亦決不能肯定該宣言之是否發生効力。當就兩點而言：或則宣言爲一七九一年憲法之全部分，自有此憲法後，宣言即歸消滅；或則與一七九一年憲法行爲相別，而該宣言又爲憲法基礎之根本重要意旨。但該宣言僅具哲理宣言信條之性質，如愛斯孟所示。



一七八九年之宣言，除非有數種方法以實行外，不論其法律價值如何，當知此問題僅有學者討論之價值耳。

個人權利大體如此。試再一察英國制度之稱爲「高超法」者 (superiority) 則知對於個人自由制度，共有三種：

第一種制度則成文憲法中未嘗認及個人權利。成文憲法較普通法律明明爲特殊神聖者。此爲英制。在英國亦有關於人民權利之具文，如一二一四年之大憲章，一六二八年之權利請願 (Petitiones Droits) 及一六八九年之權利約定 (Bill of Rights) 此則與議會通過之普通法律相對立，而以之控制王權之濫行也。特殊之權利與其他權利同，未嘗有所保護。言論，結社，信仰以及個人安全等權利，均由法律總原則而出。此原則允許無論何人均可隨心而爲，但以不違反法律爲前提。此項權利均由普通法院保護，以對付行政機關，但爲議會所限制。吾人且勿誤爲在

英之個人自由，較他國之保護爲不周。其實英國自由之觀念，已深入英民之風俗以及法律習慣，固無庸形式之保護也。

其第二種爲憲法保護制，理論上受立法干涉之保障。此項權利載入憲法，其理由爲保護憲法相等不變性。此項觀念創自一七九一年之法國憲法，及後各國取之者甚多。權利之保護，所以特別擁護之，以對付立法權也。請以該憲法之條文錄之如左：以證事實之不誣：『立法機關不得爲損害或阻止本章所載及本憲法所保護公民自然權利之一切法律。』但法國既無對於立法行爲之司法檢查，結果此項保護，在事實上徒負虛名而已。

第三種制度以權利非特爲憲法所保護，且得由立法機關強令之。如一法律損害一項權利，該法律之憲法性即發生問題，法院得以其達憲而拒用之。此爲美國通行之原則。

在上列數種制度中，中國憲法所採用者爲何？依據第一百八條「法律與憲法抵觸者無效」，依據吾人對於此條之解釋，甚願吾國法院有審查立法行爲的憲法性質之權。但試一閱關於個人自由之文明，吾人所得如何？憲法保護之每項個人權利，每隨「依法律」或「非依法律不受限制」等字句，依此字義，憲法竟任棄個人權利於立法權之自由決定。意思之下，雖第十四條對於未列舉之自由權，無此字句，但依據吾國憲法之精神，未列舉其他權利，亦當受法定之節制，與已列舉之各項自由權同。

不特立法機關得自由頒發限制個人自由之行施，即吾國之行政機關。在其規定權內，亦有此擴大之權。此項權力或則應立機關之請求，或則依據第八十條關於執行法律所與之權而施行之。

至個人自由之保護一層，吾國憲法亦曾慮及。麥克朋與勞傑對於歐

洲新憲法之言，吾國憲法亦採用之。凡新憲法均有權利約定之產生。但就此種憲法之各條款而研究之，始證明此手所賜之保護，彼手可奪回。出版自由如無法律之限制，自可保護；私有財產除非銀錢之補償，或與法律明文不悖，當然不得爲官價收買品。此項保護非強制性質而僅有指性。定質。憲法固嘗保護人民對付執行者之專權，但就各項事例觀之，立法權不受權利約定之限制，亦顯然無疑也。

有一制度，與英人每視爲彼輩自由權之保障，而爲吾國憲法所採取者，卽著名之保護狀 *Writ of habeas corpus* 是也。第六條第二段載人民被羈押時，得依法律，以保護狀請求法院，提至法庭，審查其理由。

英文 *Writ of habeas corpus* 一語，吾國法文之譯辭不一；或譯爲「出庭狀」或譯爲「保護狀」後者則爲憲法所引用。英格魯薩克遜諸地而外，識 *Writ* 者甚鮮，請稍事研究如次。

Writ 之權由來已久，遠在採用對於 Habeas corpus 之著名法律之前，習慣法（或譯不成文法律）Common law 中已有之。爲免去補救研究此權執行之延宕並種種推托起見，稱爲 Habeas corpus act 之一法律乃於一六七九年通過（31 Car. 11, Chap. 2）該法律僅爲刑事控告事件羈押時適用之。繼有一八一六年所佈之法律（56 Geo. 111, chap. 100）其適用之範圍更廣，卽無刑事性質之事件亦適用之。

欲明 Writ 之性質，當先察其內容。茲將保護狀之公文，呈式譯錄如次：

「謹庇天佑，致敬於大列顛與愛爾蘭全王國女王維多利亞陛下，西島監獄官，該島之子爵於正月二十八日提威爾遜之正身至威特明透。照得威爾遜在爾治下監獄逮押，應聲明逮押之時日與原因，使本法庭得以詳審一切，對此人有決定。原狀帶回繳銷。證人勞特但猛，本朝八年十二月二十三日，在威特明透。」

此狀以切實之命令出之。依規定之日期，（通常每接受該狀之後。）提該狀所指之人於法庭，審查被逮捕之理由。被命者應立即提該人之正身，即所謂（*Habeas corpus*）於法庭。不服該狀，即當以抵抗法庭論。抵抗者被須經過極簡之審判，即受處分；往往罰以重金以補償受害者。

高級法院；或在休假停訊時期該法院法官之一認某人之失其自由，係出自非法手續時，得頒發此狀。此狀之頒發，非為行絕對全權之謂。但此狀頒發之理由如以第一面 *Prima Facie* 為基礎，則該狀亦可列為權利之一。

英國非法之剝奪自由如下：（一）如無法定理由而被押，或其羈押之法庭原因已結束而仍不得自由時；（二）羈押時延擱訴訟。

美國承習慣法 *Common Law* 之故緒，適用於所謂非法監禁 *Emprisonment illegal* 者，其範圍主廣；遇下列情事，保護狀即可頒發；

(一) 拘狀未曾將被告之犯罪行為指出；

(二) 法院無此權限；

(三) 誤拒交保；

(四) 交保金額過鉅；(參閱美國憲法第八次修正案)

吾人對於保護狀應注意者有兩點，(一) 保護狀之請求不特被羈押者得享有之，即其家屬朋友，甚至不相關之人均得享之。上列諸人均有爲被羈押者要求之權利；一言以蔽之，保護狀係公關於一般人者。

一八九六年時，孫中山先生爲倫敦中國使館非法羈禁；卒以外交手段，恢復自由。在未用外交手段，中山之友，醫生康德黎曾請求保護狀。故在英保護狀可及於駐英外國使館焉。

(二) 保護狀之請求無論何人，不論其爲普通公民或官吏，均可行之。試以例證之，保護狀因一學生受非法羈押乃不從校長之意思而

頒發之政府官吏，不論屬於行政或司法以及普通人，均當對保護狀表示服從。

被羈押者提出後，法院乃詳細審查。如羈押在法律上毫無理由，法院即可立命此人恢復自由。如羈押全依法律；或則命其交保釋出，或則因其犯罪事件，不適用於交保，則立命從速判決。保護狀之宗旨為保護非法剝奪之自由。其行施萬不能決定被羈押者犯罪或無罪。

保護狀並不明示個人自由之原則，且自由二字，亦未嘗註出。但保護狀確供迅速有效之方法，以保護個人自由。田賽分兩種方法，依之自由得受保障

(一) 以訴訟之方法，恢復非法羈押或非法被禁；

(二) 賴保護狀以提出非法監禁。

上列兩方法之關係，在英國私法上係並行的。如某人因損害他人而



犯不法行爲，法院得嚴命犯罪者停止其行動。賠償損失之問題應另定之。嚴命之目的，在停止犯罪行爲，保護狀亦然。其目的在解脫非法羈押，至陷害者之責任毫不涉及。第一種方法則否。

英國 Habeas corpus 之設施，法國與歐洲大陸諸國均不採用之。其理由以英國人寧願注意補救之方法而忽視原則之宣布，至法國憲法之編制者，則反是，獨注意原則之宣布，而輕視補救之方法。英國刑事訴訟手續爲控告式 Accusatoire 故每公開口頭辨論。如此，使被告抵抗，甚多便利。至法國之手續則反，檢查式 Inquisitoire 其第一步則受檢察之手續。此項手續係秘密式而非對審式。英人忽視對付刑事訴訟手續危險之保護，獨注重非法羈押之預防及停止。法人則反是，對於擅自羈押之困難不甚過慮，獨專事行施對付刑事訴訟發生危險之保護。

吾人切勿以保護狀與成文憲法爲相悖。請以美國憲法論之。該憲法

第一章第九節第二段載「保護狀之權利非遇內患外侮，爲公共治安起見，不得停止。」

南美數共和國如 Argentine 其國憲取法合衆國者，均採取保護狀。保護狀與憲法上個人自由之宣布毫不衝突，故愛爾蘭自由國一九二二十月二十五日之憲法第六條載明：「人民自由權，非依法律不得侵犯；無論何人，其自由權均不得被奪。高級法院及其法官之一，因非法被羈押者或其代訴人之正式訴求，須立即施行檢查；且得命羈押人不限日期立即提出被羈押者，並書面證明羈押之原因。除羈押之確據法律外，法庭或法官得命其恢復自由。」（一）此條雖未載明「保護狀」字義，但其手續確除與保護狀同。

吾國實施英格魯薩克遜制度之必要，立法與否，雖尙未定。但田賽與柏哲士 Bygess 所先提出之理由，已使吾國憲法編制者介紹 Witt 於吾

國矣。柏哲士（見其所著政治學及比較憲法論）

Political Science and Comparative Constitutional Law 對此問題甚少討論，但其繼續承田賽所論之一段，尙有一錄之價值。

憲法及憲章上對於個人自由權利或其他權利之宣布，實際上，僅存虛名。吾人欲知至何地步，個人自由之權利，得列入憲法，則須先察二事（一）權利意義爲何？（二）（此點最重要）法定方法使自由權之行施，得以安全者爲何？（一）見愛爾蘭代表團呈於國際聯盟第四次會議（一九二三年）之法文譯文

吾人於此可得一結論，保護狀確爲對付非法禁止個人自由之絕妙補救方法；故亦爲憲法內顯著保護之附品。此項保護爲大原則，而保護狀則爲實行此原則之有效方法也。（二）按最近北京政府有保護狀細則之頒布十六年三月六日。

吾人既已研究個人自由權之保護，當再事研究此項自由權之如何中止。

國民平時所享之自由權利，在非常緊急時，如內亂或與國外宣戰，爲國家公安起見，得受限制。際此風雲緊急之時，政府平時所轄之權力，不足以維持現狀，故政府際此環境，爲公共安全，維持秩序起見，有限制個人自由權之權。

欲達此目的，須先認識下列之兩種方式：其一，則待臨此事變，然後通過適合環境之法律；其二，爲預先通過之法律，待適當時機之至，然後施行之。前者稱之爲臨時法令制，*Système Des lois de circonstance* 後者爲預定

法律制，(*Système de l'institution Préparée*)

臨時法令制，英格魯薩克遜諸地行之，在英停止履行法律之法律，自一六八九年以後，屬於巴力門（即會議），得通過停行保護狀之法律。

此項法律，英人稱爲停止保護狀法 *Habeas Corpus Suspension Acts* 巴力門並得通過適合環境之法律，且有權委任英王各權俾得制定限制個人自由之條例反與軍法處或臨時法庭判決刑事案。一九一四年關於保護國家之各項法律通過後之事實，即其一例。停止保護狀法，

*Habeas Corpus Suspension Acts* 須待解釋者如次，英國保護狀之保護，前已論之。停止保護狀之法律，僅使被羈押者不得依法速受判決耳。此項法律僅於延遲判決而止，固不能以非法之羈押爲合法也。故此法滿期後，非法之羈押，仍爲非法，而犯罪人仍當負責。政府欲避免其責任，須用赦免法 *Act of Indemnity* 此法之範圍廣狹無定。政府則就此法所指之範圍而卸其責任焉。

臨時法律制，美國亦行之。合衆國之最高法院於一八六六年決定憲法在平時與戰時均有効力。聯邦憲法第一章，第九條，第二段，僅指保護

狀在內亂或戰時不得不停止。但吾人均知停止保護狀之權，操之國會 Congress。林肯總統爲奪此權力起見，特要求國會與以赦免法 Act of Indemnity 云。

一九一四年至一九一八年大戰期中，美國國會曾通過特別法律數條，以極大之權力如徵兵，徵發，徵餉等委任總統。此項法律得最高法院認爲悉合憲法。茲提出聯邦憲法第一章，第八節，十八段以證明國會有權制定必要適宜之法律，以執行上述諸權，以執行聯邦憲法委任於國家政府或其他官署之他種權力。」

預定法律制，適行於法國及歐洲其他各國，卽戒嚴 *L'état de siège* 制度是。

法國戒嚴制由一八四九年八月九日頒行之，法律，而一八七八年四月三日之法律改變完成者所規定，依一八四九年之法律第十一條，在

戒嚴期內，除因戒嚴而停止之權利外，憲法所保護之一切權利，國民仍得享受之。

此制極能鞏固行政機關，使以維持公安與秩序，茲將其施行要點概括如左：

- (一) 軍事機關代民事機關執行警權；
  - (二) 軍事機關得受特別例外之警察權其最要者如次：
    - (甲) 搜索人民住居之權（即在深夜亦可）
    - (乙) 隔離刑事犯及無住居人之權；
    - (丙) 命令繳出軍火及軍用品之權；
    - (丁) 禁止軍事機關所認為有礙國家治安之出版物及集會之權。
- 法國之實施吾國採用之。故憲法第八十六條載明：『大總統依法得

宣告戒嚴……』

戒嚴條例於一九一二年（民元）十二月十五日頒行，至今猶發生效力。至宣佈戒嚴之權，吾國制度，與法國制度大異。

在法宣佈戒嚴必須有一特別之法令。該法令須詳細說明省、縣、鎮、之戒嚴區域，並須規定戒嚴之時期。假定國會在閉會期內，大總統得內閣之副署，宣佈戒嚴。但遇此例時，兩院須於宣佈戒嚴令後集會二日。如下院已被解散，大總統不得宣佈戒嚴，即以臨時性質亦所不可，應於新選舉完成後再定之。但遇與他國發生戰爭時，大總統得承內閣之意思，宣佈戒嚴於敵人牽動之區域內；但須以召集選舉團，選舉完成後不限日期召集兩院為條件。

吾國宣佈戒嚴之權屬之大總統。大總統得依據法律，施行此種立法機關之批准。在開會期內，亦非必要。如國會在閉會期內，大總統得依據憲法第五十一條之規定，召集國會臨時會，但此舉大總統亦無強



制施行之必要。惟如遇國會認爲無戒嚴之必要時，大總統應卽爲解嚴之宣言。

#### 第四章 中央政府與省政府間權限之劃分

蒲傑士在其憲政之向心力與離心力一文中，對於物理與政理之相同點，牛頓天文律一譬，最有興趣。

宇宙有兩力：其一吸引衆行星近向太陽。其二則使衆行星飛散於空間；前者爲向心力，後者爲離心力。

政治中亦有此種類似之現象發現。各地之政治組織均受制於兩力之運用；因每地均有兩個吸引中心，兩個團體單位；其一範圍較大，稱爲國家；其二範圍較小，如省縣等。

「故一集合之歷史，一憲法之歷史，猶此兩力相互運用之爭鬪；一欲集之，一欲散之，一欲一之，一欲分之。」

服從獨立之傾向個人主義利害與同情心均爲蒲傑士所列爲主要原素。以定向心或離心之趨勢視其傾向國家或國家之集合分子而異。此兩力所運用之種種方法相互推進卽成爲中央政府與省或地方政府間政治權力劃分之種種方式。

中國憲法第五章標題國權，（最要者爲第二十二條至第二十六條）言中央政府與省政府之權限甚詳。於此一問題卽隨之發生。試問中國爲聯邦國家，抑爲單一國家？換言之，新憲所稱之各省，是否爲聯邦國家之各邦，或僅爲統一國家之各分權集合。

聯邦國家與統一國家之區別甚夥，但都未抱其要。勒富爾 (Le Fur)

在其聯邦與邦聯 (Etat Federal et Confederation delat) 一書以及狄驥 (Traite de droit constitutional, Voe, H. P. 110 et suiv.) 與加萊特馬悖 (Contribution à la The rie generale de l'etat, Vol. I, P. 147 et suiv.) 均詳論之。聯邦

爭論之久，竟延長一世紀餘，而疑團終未釋也。美國二學者曾舉聯合主義之主要性質，必爲二者之一：其一屬於地方單位之權限，在原則上亦有真正之政治重要性；其二此項權力，中央政府不得依其孤意掠奪之。以權力之垂餘，讓與組織之各邦，此種制度亦徒居聯邦之名耳。凡中央政府依其本意發展其自有之權限者，非聯邦制，乃單一制也。此種標準不能稱爲科學的標準，且地方單位所轄之權，尙須有真正之政治重要性一事，亦極膚泛，易變，足以引起多方面之言論也。

聯合主義之試驗場，搜覓甚難，使數學者均認聯邦制與單一制明分疆界之不可能。夫二制分界之困難，不在權力之法律性質，而在屬於地方之權力之數量。依 M. H. N. Praxinos 之意，在一聯合邦或一國家之內部，必有無數集合分子之獨立性質；惟獨立性質大小不同耳。此項集合分子之顯別，不在其法律性質而在其所轄權力之範圍。

此項爭執，聚頌紛紛，依吾人之意，結果仍一無所得。吾人研究中國憲法，當在實際上，以中國憲法與德國憲法作一比較觀。

大戰前德國之法學者，對於 Reich 之法律性質，意見絕異。其問題爲 Reich 應作爲邦聯 (Staatenbund) 觀，抑爲聯邦 (Bundesstaat) 觀？

在威馬 (Weimar) 通過之新憲法，使此爭訟換一新觀念。今之問題已進一步，Reich 爲聯邦國，抑爲單一國！德國學者於此，意見不一。法國著名學者者其結論亦異，狄驥以德國之 Reich 在法律上或事實上，均係一分權的單一國，而非聯邦國，勃魯納 (Brunel) 之意適反，以 Länder 爲邦而非省。

葛俄柏累士博士，Hugo Dr. Hugo Preuss 於德國憲法之編制，極有關係，亦截然無疑謂：『以德意志共和國爲『邦聯』而具極大之中央國權；或爲『統一國』而具極強之地方分權；其事似專門名詞之討論，專斤斤於名義間耳』

其實正型之聯邦國與正型之單一國，其間關於權力劃分者，混合甚雜，致竟有不能確定兩者之界限。德意志則處此兩型之間；其爲聯邦國或單一國，當在其憲法上或聯邦性質或單一性質而定轉移。故 M. H. N. de Praisme 之結論稱『德國幾爲一聯邦國而跨單一國者也。』中國制度與德國制度之比較，絕無疑義。中國爲單一國家而含分權之趨向者。至德國憲法中所留聯合主義之雪泥鴻爪，中國憲法未嘗有之。

第一方面，德國新憲法中聯合主義之性質見於國會 Reichsrat 之組織，蓋德之上院，不特不與昔日強有力之上院相反；且爲（按 Bundesrat 爲帝制時代依舊憲法組織之上院）Reich Satz 以各邦 Länder 代表之名義，而參加全國之立法與行政。每邦至少須占一席，而重要之邦，國民一千人中選出一人，但各邦代表不得超過上院人數五分之一。

中國參議院之組織。非基於聯合觀念之上，僅以此爲選舉上院議員之簡便方法耳。在中央與各省權力劃分之方法，未曾確定前，依據一九一二年（即民國元年）之法律，參議院由各省各派十人組織之。（新憲法第一百三十五條）蒙古、西藏、青海，雖未有各省所享之權利，亦得選派參議員數人；即中央學以及國外之僑民團體，亦有選派參議員之權。參議員以其參議員本身之地位，行施其職，非居於各省代表之職地位，故每一參議員有一法權。

第二方面，德意志各邦 *Länder* 均可自制一憲法，（第五條）與國家之憲法無異。此外每邦 *Länder* 之組織，均爲 *Reich* 之分子（德國憲法第一條）。

中國各省均得在憲法指定之範圍內制定一根本法，不稱憲法而名省自治法（第一百二十五條）；蓋『憲法』二字，省制法極力避去之。

憲法開宗明義第一條載明：『中華民國永遠爲統一民主國』

第三方面，德國憲法承認邦 *Länder* 之獨立性質，即在第二條之聲名亦足見之：『德國 *Reich* 國土由各邦 *Länder* 土但成之。』

依德國憲法第十八條，各邦 *Länder* 在變更疆域時，得隨其本意定之。但不能與中國之省相提並論。省既無憲法所保證之獨立土地，其區劃非以法律不得變更之。（第三條。）

第四方面，自組織 *Auto-organisation* 爲聯合主義之樞紐，而德之各邦 *Länder* 將此權臻於極度。其權限爲：（一）各邦 *Länder* 必須有一民主憲法 *Reisatliche Verfassung*（二）必須有一代議機關，依比例代表原則，以普及平等，直接，秘密之選舉法，凡德國公民不分男女選出之。

中國則反是，自組織之賦與各省者，頗爲憲法各條文所限制。（第一百二十四條及以下各條。）其最要者如次：省設省議會，僅爲單一制之

代議機關之條文；省務院組織之條文；縣治組織之條文等。

德國司法管理，歸於邦 Länder 之管轄。中央 Reich 僅設一法庭，名曰：Reichsgericht 於 Leipzig 其職權與大理院相仿。此制德國新憲法仍沿用之（第一百三條）。

但德國新憲法又創制一中央 Reich 新司法機關，專事審查關於國家性質之種種重要案件，名曰最高法院 Staatsgerichtshof 該院之組織法律另訂之。除該律外，該院之職權，由七人組織之，參事會行之。其四人由中央 Reich 會議任命之，三人則由 Reichsgericht 在其法官中派任之。最高法院之權限，由憲法詳訂之。

中國各省無司法權，司法管理，法全在中央政府之手。（第九十八條）

以上列之種種比較觀之，德國 Reich 中邦 Länder 之組織雖聚訟紛紛，而



中華民國省之組織固無疑義，已顯然可斷。省在名義上或事實上都均爲單一國之行政集合體。此結論爲自辛亥革命之前後，憲法演進時代之聯治運動精密攷察中央政府與省政府間政治關係之結果也。

中國自古爲統一國。統一集權之行政制已在基督紀元前二世紀封建制度衰滅時代早行之。故在中國歷史，上省之區劃以及省行政制，雖多變遷，而中央集權之原則，歷千古至今而長存。

如以人口之總數，國土之面積計之，中國統一之程度，實較任何國家爲高。其附屬地蒙古，西藏不計外，實際上中國僅有一種種族。與一種文字（漢族與漢文。此誠極適合中央集權制之條件也。）

雖然，理論上固爲集權制，實際上各省地方行政亦有相當之權力；如前清各省地方行政亦有相當之權力；如前清各省總督及巡撫，藩臺等均由皇帝任命。一切行政均須向皇帝嚴切負責；但實際上關於省政實

享廣大自主權，省稅徵收權亦歸之。省收之監察極寬，固不必虞皇帝之責罪也。此爲中華民國未成立前中央政府與省政府之關係。

辛亥革命時，各省都督大半宣告獨立。獨立也者，對滿清而獨立，脫離專制政體之政治關係，非若美洲十三殖民地宣稱獨立主權國之謂也。此統一思想既深印於中國人民之腦際，故若有此變相之獨立想發現，則必出而左袒前者。

臨時約法產生時代，政黨報章對於省權之爭論甚劇。然於國體，則均不約而同，齊以統一之原則依歸。中國應爲統一國家無疑也。聯合主義之問題，尙未於此時崛起，約法之編制者均認有強有力中央政府之必要，以恢復中央政府與省政府間之常態關係。

但臨時約法產生以後，政治擾攘，迄無寧日，漸滅中央與各省之政治關係，應歸中央政府行使之重要權力，漸爲督軍所掠奪。總之，省政府已

無形獨立。政府之一切政治行爲，非得督軍之許可及扶助，則不能成功。環境相逼而聯治運動應運而起焉。政論家以有實力之聯邦政府實較徒具空名而無實力之統一政府爲優。前任北京國務總理熊希齡氏會通電各省，各方雖明白否認，但響應者寥寥。

及後，聯治之爭，復盛於報章。著名雜誌若東方雜誌及太平洋雜誌均刊行專號，討論制憲。就中有主張採取聯治制度爲補救中國政治弊病之論文數篇，其論甚囂塵上。

北京大學教授團且刊行一小冊曰分治與統一商榷書，甚至創論聯省爲補救現狀之良策，而又視爲各省共趨統一之過渡焉。

聯治運動又於一九二二年復活時，各團體合組一國是會議，專討論奠定時局之良策。討論之結果，印行聯治憲法草案兩種。

聯治運動雖會轟轟烈烈，在報章上盛於一時，然終難折服，北京憲法

會議衰衰諸公不論在大會或委員會憲法草案之爭議聯治問題從未正式提出一辨，開宗明義卽大書中國爲統。一國，足以引爲問題者，爲中央政府與省政府權限之劃分，關於此問題之各項草案標題均爲地方制度。此問題爭辯甚烈，結果以地方行政權之範圍屬於各省。各草案中，「省憲法」三字均病其聯治意味太濃，故均易以毫無色彩之「省自治法」四字，避諱名實，可謂無微不至（閱憲法一百二十五條。）

中國雖非聯邦國，但權限之劃分，中國憲法與各國聯邦憲法作一比較固無傷也。

吾人不欲就已劃分之權限範圍，作一詳細之比較，就此項已劃分之權限內數項權力，不論其國體爲聯邦制或統一制，就其性質，皆歸於中央，如：國際關係，國防，郵電，幣制，海關，國稅等。

他方面，亦有數種權力必須屬於地方者，如：市政及其他專屬地方性

質之各事。除此兩端以外，權力歸於中央政府也可。歸於省政府或邦政府也亦可。全視各地方之需要而轉移，換言之，全視其向心力政策及離心力政策何者較強而異。此項權限之劃分，其方式至繁，五光十色，苟就其性質一一作爲比較，其結果恐將失却科學的價值耳。故吾人之研究，僅於統領各項權限劃分制之大原則而止。

依吾人之觀念所得此項原則有二：

(一) 未列舉權力之處置；

(二) 權限劃分之方式。

換言之，吾人須一察劃分之權限係獨專性質或並立性質。

至未列舉權力之處置一問題，須知未列舉權力屬於中央，抑屬於地方，此問題之各項解決法已採用者如次：

第一種——中央政府之權力爲列舉的，未列舉權力均屬於地方；

第二種——列舉權力屬於地方其餘權力屬於中央

第三種——中央及地方之權力均爲列舉。未列舉權力應依一種理論之標準，由中央與地方間劃分之。

茲將上列三種制度製成一表如左：

(美國制度) 列舉權力：屬於聯邦政府；

第一種制度 未列舉權力：屬於各邦；

(加拿大制) 列舉權力：屬於省政府。

第二種制度 未列舉權力：屬於中央政府。

(中國制度) 列舉權力：屬於中央政府；

第三種制度 未列舉權力：屬於省政府。

未列舉權力：依據憲法第二十六條之規定，由中央政府與省政府劃分之。

第一種制度美合衆國及取法美憲之南美諸共和國行之。(一)依據美國憲法學，聯邦政府僅轄憲法所規定之諸權，諸權或出之直接形式，即憲法正式所承認者；或出之暗示形式，即賴解釋以取得者。

各邦均爲薩威稜帖（主權）Sovereignty國，除各項職權屬於聯邦政府或其行施爲憲法所明禁者外，各邦皆享有國家之職權焉。

第二種制度，加拿大行之，但一八六七年關於大不列顛北美British North America Act之法律第九十一節曾列舉二十九事項專歸於加拿大國會之立法權。惟不能據此斷定此列舉爲限定者，立法之意，列舉各項任何方面均不得視其爲純粹地方性質，或省內獨有之性質。

第九十一節則規定各項要事權屬於自治政府 Government du Dominion 其文如次：制定平安秩序及良政府等法律關於非本章所指爲專屬各省立法之各項，吾人之結論應以未列舉各事屬於自治政府。

德國新憲法亦係採取加制。該憲法關於未列舉各權之文字，不甚明晰。但德國學者歐文傑高皮 Erwin Jacobi（其所著統一國與聯邦國 Einheitsstaat Oder Bundesstaat 第十頁）舉出一主要點如次：為代替憲法委員會之決定起見，憲法管轄權有屬於不受 Reich 節制之各邦 Länder 者，但仍須在憲法對此權限特別規定之範圍內。有疑義時，各邦 Länder 惟有依 Reich 之立法，並受其節制云。

加拿大有十六事項專屬各省（第九十二節。）最後，則隨以『凡屬於純粹地方性質或省所獨有之各項』之文字，如此則省轄權力極為普泛，可視為未列舉之省權矣。但一種事項，不在兩項列舉者權內者，亦未可斷定屬於自治政府。（一）如法院遇解釋一自治政府未列舉權時，須審查該項是否含有純粹地方性質或省所私有性質。如答案屬於正面。則該權即屬於省；如答案屬於反面，則該權即歸於自治政府之職



權內。於此點觀之，加拿大制頗近於第三種制度。

第三種制度，即中國憲法明文所採用者。

憲法第二十三條，第二十四條，分兩項列舉屬於中央政府之各權，第二十五條則包括各省管轄權之各項，而未列舉事項則由中央政府與省政府劃分之。其明文（第二十六條）如下：『除第二十三條，第二十四條，第二十五條，列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其性質關係國家者，屬之國家；關係各省者，屬之各省；遇有爭議，由最高法院裁決之。』未列舉權限之劃分，已如上述。請以權力分配之問題，移一方面研究之，即其分配是否明顯清晰；一事在前，一望而知為屬於何種主權。或則其分配屬於並立性質，或有權限等級之分，美國為權力劃分明顯清晰之一例，依其憲法，一切權力不屬於聯邦政府，即屬於各邦。聯邦政府權限內有立法權及執行權；各邦亦然。換言之，權力劃分係各自獨占者也。

加拿大憲法之基礎，固亦爲權力劃分各自獨立之原則，但有時亦有例外，依一八六七年不列顛北美法律第九十五節，稻米泥翁政府與省政府關於農業及移民問題，均有並立之立法權。而省立法之法律，如與加拿大國會法律不相抵觸，即可發生效力。

甚矣，德國制度之複雜也！依大綱，國家法律，均當由各邦 *Länder* 主權執行之。如其法律係直接方式則歸 *Bundesgesetz* 主權行施之；（第十四條。）故權力劃分之問題，歸結專於立法事項。

Reich 之權力可歸納於下列諸原則：

- （一）立法專權（第六條）
- （二）關於立法事項先議權（第七條及第八條）
- （三）編制統一條例及對於根本原則之法律之律（第九條第十條及第十一條）

上列（二）項，各邦 *Länder* 亦有與 *Reich* 範圍相等，時間相等之編法權，（第十二條）此外，關於第三項亦有立副法之權。

除憲法所賦與之一切權力外，於天然富源，經濟，企業之公有，以及工業生產，分配，公用，生產品，價格之規定等，*Reich* 有否認各邦 *Länder* 法律之權（第十二條第二段。）

奧國制度基於立法與行政分別之上，其界限如次：

（一）聯邦政府關於數種事項，（第十條以及第一百二條關於行政權限一項）有立法與執行權。

（二）聯邦政府有編制法律權，但執行權屬之各邦（第十一條，）惟仍受聯邦監督（第十五條。）

（三）聯邦政府關於根本原則，有編制法律之權；而各邦得編制附屬立法並執行權第十二條。

以上列攷察之，德國憲法如聯邦政府未施行其優先權時各邦決無編制法律之權。奧國聯邦政府有否認一切邦法律之權；惟此權僅能產生中止之効力耳（第九十八條。）

中國制度較德奧二制爲複雜。其實係二制之混合。除奧制立法與執行分別外，且採用奧國執行代表制及在中央政府諸權。

註 奧憲第一百二條，在各邦聯邦之執行權——在無邦權之範圍內——由邦之行政首領或邦之附屬機關行之此項條文之目的，在糾正實施不能視爲權力分配之原則。

如以德國之邦 Länder 與中國之省比較之，可知中國之省，關於創制補足立法，其權甚微。因依德國憲法關於數種事項，Reich僅能在根本原則上立法，一切細則，均由邦 Länder 訂之；而中國制度則不然中央政府關於列舉事項，得隨其意之所在而詳訂之。省立法行動不得與聞。

除未列舉之省權外，屬於省之真正立法及執行權者凡十一項：一、省教育、實業及交通；二、省財政之經營處分；三、省市政；四、省水利及工程；五、田賦契稅及其他省稅；六、省債；七、省銀行；八、省警察及保安事項；九、省慈善及公益事項；十、下級自治；十一、其他國家法律賦與事項。法優先權。

吾國中央政府之權力，可以歸納如下：

甲——關於下列諸項，中央政府有立法並執行權；一、外交；二、國防；三、國籍法；四、刑事民事及商事之法律；五、監獄制度；六、度量衡；七、幣制及國立銀行；八、關稅、鹽稅、印花稅、烟酒稅，其他消費稅及全國稅率應行劃一之租稅；九、郵政、電報及航空；十、國有鐵道及國道；十一、國有財產；十二、國債；十三、專賣及特許；十四、國家文武官吏之銓試、任用、糾察及保障；十五、其他依本憲法所定屬於國家之事項。

乙——中央政府有立法並行政權，或可令地方執行之；一、農工礦業

及森林；二、學制；三、銀行及交易所制度；四、航政及沿海漁業；五、兩省以上之水利及河道；六、市制通則；七、公用徵收；八、全國戶口調查及統計；九、移民及墾殖；十、警察制度；十一、公共衛生；十二、救恤及游民管理；十三、有關文化之古籍，古物及古蹟之保存。

上列各款，省於不抵觸國家法律範圍內，得制定單行法。關於第一（農工，礦業及森林，）第四（航政及沿海漁業，）第十一（公共衛生，）第十二（救恤及游民管理，）第十三（有關文化之古籍，古物及古蹟之保存，）在中央政府未立法前，省得行使其立法權。

中央政府對於各省課稅之種類及其徵收方法，得以法律限制之（第二十七條。）德國憲法亦有此類似之條文（第十一條。）

最後，須注意者，省法律與國家法律抵觸者無效（第二十八條。）德國憲法第十三條亦有此類似之條文「國家法律在邦法律之上。」

## 第五章 議會

人民公選代表，組織議會，直接與國家大事，乃民國之新建設也。

吾國專制時代，政制基於神權說，雖先哲政論，治天下以民利與民意爲標準，但未有使人民得以呼籲之組織，至天子之責任，僅爲對天之倫理責任，有清末年，歐洲巴力門觀念，始漸灌輸中國，而成爲國憲改革之工具，至民國成立後，民選之國會始見成立。

民元之臨時約法第十六條載明：『中華民國之立法權，以參議員行之。』參議院每行省內，蒙古，外蒙古，西藏各選派五人；青海選派一人；該院爲一院制。至一九一三年，（民國二年）始有兩院制之國會代替之。依據民國元年八月十日公布之國會組織法及同日之選舉法而組成者也。但自國會第二次解散後，一九一八年（民國七年）復有新選舉法之公布。該法未待議會而通過，故其效力爲廣東政府所否認。

國會第二次復活，即取消民七之選舉法。故吾人僅以民元之選舉法一研究之。

民國元年八月十日公布之國會組織法爲兩院制。一院制與兩院制，擬天壇草案時，曾經熱烈之爭辯。草憲委員四十六人中，三十七人主張兩院，反對者僅九人。今日兩院制幾成爲全世界之國憲信條，除希臘魯森堡，塞爾維亞，土耳其諸國，本僅有一法院外；歐洲新憲，惟芬蘭，愛多尼，南斯拉夫，（一九二十年十一月三十日新憲法）諸國採用一院制。

兩院制起源於英國。英國巴力門，由平民代表之康妙（*Les Communes* 卽下院）與貴族階級之勞爾（*Lords* 卽上院）組織之。在貴族國家或半貴族國家，上院之存在，亦其本身趨勢使然也。

聯邦國家亦然，如美國及瑞士，兩院並存，必須一院代表人民，一院代表各邦或各邦之人民，分別論之。但無貴族階級，非聯邦制之國家，如吾



國與法國兩院制存在之理由何在？

除兩院因其組織上，職權上不同之利害外，愛斯孟並列舉此制之利益凡三：

(一) 立法權得依其職權，通過任何憲法上所未規定之各項法律。其權過大，至有趨於獨斷，為代議政府莫大之危險。議會專制，誠不下於帝王，或迪克推多。為避免此危險而立法機關分為兩院之制尚矣。如是則立法權無趨於極端之虞，守其本分，與他權平等矣。

(二) 立法權與執行權雖分別獨立關係至密衝突自所不免。有時執行機關竟與兩院之一發生衝突。此時其他一院可任仲裁之職，調解兩方。在執行權方面，兩院發生衝突時，亦可任仲裁之職。

(三) 第二院之存在，可以防遏他院之感情奮動，易趨極端。

此(二)(三)兩項利益列入國憲起草委員會主張兩院制之理

由書中。依此觀念故憲法第三十九條載明：「中華民國之立法權由國會行之。」及第四十條：「國會以參議院衆議院構成之。」茲先研究衆議院之組織，以其在院中較爲重要故也。

### 第一節 衆議院之組織

關於兩院之組織，憲法僅載數項根本原則，而細則由平常法律訂之。（一）因此選舉法之變更選舉權範圍之廣狹可隨其地之政治需要而規定之，不必依萬難之手續待憲法之修正也。

至衆議院之組織，憲法第四十二條規定各選舉區人口比例選舉議員之原則云。

民元之國會組織法第四條規定各省選出衆議員之名額，每人口滿八十萬選出議員一名。但人口不滿八百萬之省，亦得選出十名。以中國人口之衆，幅圓之廣，欲得明確忠實之戶口調查冊，恐須尙待時日耳。

註 該條亦曾見及，故第二段說明人口總調查未畢以前各省選出之名額如次：直隸四十六；奉天十六；吉林十；黑龍江十；江蘇四十；安徽二十七；江西三十五；浙江三十八；福建二十四；湖北二十六；湖南二十七；山東三十三；河南三十二；山西二十八；陝西二十一；甘肅十四；新疆十四；四川三十五；廣東三十；廣西十九；雲南二十二；貴州十三；附屬地蒙古二十七；西藏十；青海三；總計五百九十六名。

如以他國之選舉法比較之，中國選民八十萬之選舉團，僅得代表一人，未免過泛，須知中國人口總計約四萬萬，故依民元選舉法之比例規定，衆議員已在五百人以上，議會有如許人數，不謂不多矣。如欲修改選舉法，衆議員人數非特不能增加，恐反致有減少之勢。

各國下院議員之選舉，大都以普及直接之選舉法爲原則，此誠代議政府發達之最進步者。中國選舉制度爲限制，間接，選舉法，蓋代議政府

在中國尙爲一新建設。國民對於直接參與國事之政治義務尙少相當之訓練；况間接選舉制實未與德謨克拉西原則相反且可使代表慎重精選焉。（一）更有進者，年復一年，人民對於代議政府之實施，既漸相習以爲常，選舉範圍亦當隨之有逐漸擴充之勢。

依據民元之選舉法，凡中華民國國籍之男子，年滿二十一歲以上，於編制選舉人民冊以前，在選舉區內，住民滿二年以上，具左列資格之一者，有初選權：

- （一）年納直接稅二元以上者；
  - （二）有值五百元以上之不動產者；
  - （三）在小學校以上畢業者；
  - （四）有與小學以上畢業相當之資格者；
- 凡有左列情事之一者不得有選舉權與被選舉權：

- (一) 褫公權尙未復權者；
- (二) 受破產之宣告確定後尙未撤消者；
- (三) 有精神病者；
- (四) 吸食鴉片煙者；
- (五) 不識文字者；
- (六) 現役陸海軍人；
- (七) 現任司法官吏，行政官吏及巡警；
- (八) 僧道及其他宗教師。

小學校教員及各學校學生如資格完備，亦得選舉，惟無被選舉權。  
凡中華民國國籍之男子，年滿二十五歲以上者，無上列情事，得被選  
為衆議員。

選舉為覆選制。

初選舉以縣爲選舉區；覆選舉合若干初選區爲選舉區，其區劃別以表定之。該選舉區之衆議員人數，按選民數目比例原則規定之。

法國至最近一九一九年之選舉制，他國行之者亦甚多，名曰多數制 *Système majoritaire* 依據此制，得票最多之候選人，卽爲當選，卽超過選舉票半數或半數多一票。吾國因政黨組織之幼稚，與候選人之繁多，故選舉法不採多數制。初選以本區應出當選人名額除投票人總數，將得數三分之一爲當選票額。覆選以本區應出議員名額除投票人總數，將得數之半爲當選票額。此制似與多數制相似。吾國選舉之弊，不若有鞏固政黨之國家，竟有一黨壟斷當選全額，而拼棄他黨者，危險殊甚。吾國所憲者，爲候選人不能得規定之票數耳。

初選複選均係秘密投票，每票祇寫被選舉人一名。此制似名 *Scrutin Uninominal* 但設稍細察，如知此制既非 *Scrutin de Liste* 亦非單名制，而

爲兩制之混合。

依據連名制，每選舉區指定當選人數目；而選舉人所投之票上書被選人姓名，等於該區當選人之數目。吾國選舉法未將選舉區域劃分小區，使每小區得選當選人一名；但將若干選舉區集合，每區得指定當選人數名。在此點觀之，吾國制度又近於連名制，但所異者，選舉人每票祇書被選人一名。

法國自一八七五年至一九一九年，往返來復於兩制之間。一八七五年單名制爲連名制所代。一八八九年單名制復活；而有一九一九年七月十二日之法律則復行連名制（一）而一九二四年之立法復歸於縣選舉矣。Scrutin d'arrondissement 法國代議制之理論基礎，以代議士之代表資格，非屬於其被選之地方，而爲民族全體。故連名制以其擴大之區域，較單名制之與此義，更爲吻合。吾國代議制之理論與法國相彷彿。日

後將採取連名制無疑也。願今日尙不能見諸事實者，政黨與選舉團之組織尙未臻於完善耳。

吾國固亦未嘗採取單名制也。雖一選民票上僅能書候選人一名，但在選舉區內候選人數中任選一人。票數計算法，非以一選舉團祇有一候選人爲基礎；但以一選舉團包括數候選人爲基礎，故票數計算，將當選人名額除全區選舉人總數之得數爲基礎。此制之弊，在固定地方，易爲當地壞勢力所操縱。狄饜對此問題，其意見爲單名制每使領袖偏受其益，故當選人必爲地位榮譽最高之人，但有時竟爲運動選舉納賄最半之人。故單名制人之問題，地方問題，在全體利害問題之上。（一）

（二）如當選人因故出缺時，如死亡，辭職，不稱職等，各國每出以新選舉。

（三）但吾國每選舉區選舉衆議員時，同時又指定候補當選人數目與當選人同。如當選人出缺時，可依候補當選人預定之程序依次遞補之。（



三) 如此可免新選舉之麻煩矣。此則與比國所行之制度同。

註(一) Bugnit, Manuel du droit Constitutionnel, p. 172

註(二) 愛爾蘭自由國一九二二年十月二十五日憲法第二十九條。

註(三) 議員遇有出缺時，規則亦同。

關於選舉爭執事項，吾國採用之制，與各國習用者不同。蓋選舉既有行政權監督主事，得辦理人中間之舞弊，每使選舉人偏向於一部分被選人。各國憲法大都規定遇有選舉爭訟，立法院有解決之權。故法國自一七八九年以來，審查議員之權，均屬諸議會。一八七五年七月十六日憲條載明：『兩院各爲其議員與選舉合法與否之審判機關。』(一)此法出於本身固然，但其解決困難，亦所不免；且以構成立法權。司法權之處，恐政黨之政策，着點其嚴密。攷察之要務，不在斤斤討論法律，而在選舉之審查矣。

註(一) 閱合衆國憲法第一章第五節；比國憲法第三十四條；意大利憲法第六十條；奧斯大利亞憲法第四十七條。

次種解法，則以此類之問題歸入普通法庭範圍內。此法英國自一八六八年以來行之。選舉訴訟，今日由高級法院兩法官輪流裁判之。

至其他解法，則另組特別法院審查選舉是也。此似爲歐洲新憲法所樂用之解決法。德(第三十一條)，奧(第四十一條)，捷克斯於夫(第十九條)等諸國憲法是也。德國下院 Reichstag 選舉之審查，屬之 Wahl Prüfung Sgericht，由下院選派該院議員及總統任命，最高行政員參加組織之。該院並有決定下院議員是否傷失資格之權。

中國關於選舉爭執之解決法其性質至繁複。民元選舉法第九十條第九十一條規定關於衆院議員選舉糾葛事項，選舉人得提出訴訟；初選由初等審判廳受理之，覆選由高等審判廳受理之。

具下列理由者得提出訴訟

- (一) 辦理選舉人員有舞弊及其他違法行爲；
- (二) 當選人資格不符或票數不實。

新憲法第四十六條載兩院議員之資格，各院自行審定之。此項明文與選舉法毫無衝突。其實，法院祇能遇一造當事人起訴時，始受理之。如遇毫無爭執之選舉事項，惟各院有決定議員資格是否合符之權。此項手續波瀾憲法第十九條採取之。其條文頗醒目，特譯之如次：『國會。有。審。查。無。爭。執。選。舉。効。力。之。權。最。高。法。庭。有。決。定。糾。葛。選。舉。効。力。之。權。』

### 第二節 參議員之組織

參議院議員如左：

- (一) 各省省議會各選出十名（二十二行省）二百二十名；
- (二) 蒙古選舉會選出者……………二十七名；

- (三) 西藏選舉會選出者……………十名；
- (四) 青海選舉會選出者……………三名；
- (五) 中央學會選出者……………八名；
- (六) 華僑選舉會選出者……………六名。

依據民國元年參議院議員選舉法第三條，凡有衆議院議員被選舉之資格，年滿三十歲以上者，得被選舉爲參議院議員；換言之，參議員之年齡特別規定外，其他一切資格條件，均與衆議員同。

參議院議員特別選舉會祇能在非省議會選出時行之。

選舉不論在省議會或特別選舉會，非有選舉人總數三分之二以上到會不得投票；得票滿投票人總數三分之一者爲當選。省議會議員被選者至多不得過該省議會定額之半。中央學會被選舉人不以該會會員爲限。投票皆採無記名單記法。

各國通行之上院部分改選制，中國亦採用之。依據新憲法第四十七條，參議院議員任期六年，每二年改選三分之一。法國參議院改選亦三分之一，但任期為九年，每三年舉行改選一次。

各省選舉參議員名額相等，而不以人口為依據，似為採用聯邦制，試再細察，始知其別有選腦也。

至附屬地之代表名額至不一，均隨面積人口而變遷。故蒙古有參議員二十七名，其數額較各省倍餘。

上院。有智。階。級。之。代。表，其觀。念。襲。自。英。國。英。國。大。學。如。牛。津。劍。橋，杜白林等，均有選派代表於勞爾院 *Chambre Des Lords* 之權利。一九一八年人民代表律 *Representation of the people act* 仍維持此原則，惟名額分配稍有變更耳。

一九二二年十月二十五日之愛爾蘭自由國憲法亦採用此制。

中國大學校不以大學校本身代表之而另依一特別法律設一學會名中央學會。按民國未成立前，政府官吏大都科學文人攷試甄拔者，則智識階級代表。實與吾國習慣相吻合者也。

國外華僑之選舉參議員，須待解釋如次：吾國同胞僑居外國者，大半爲革命黨黨員，會極力供國內革命與以經濟上，精神上之援助。民國成立，其功不在國人後，則選派議員亦一公平辦法也。

下院之組織完全採取國民選舉之原則，普選制也。而上院議員之召集，其方法大異。惟亦隨政府之形式與歷史政治之觀念而異。或採世襲法，英國是也；或採選任法，加拿大是也；或採選舉法，則各國通行之制度是也。

吾國參議院之召集，世襲法與直接任命法均可無庸置議，蓋此兩種方法實與民主原則大相逕庭者也。故可置議者，爲選舉法。惟方式稍異。

如。以。國。民。直。接。選。舉。組。織。上。院。使。其。與。國。民。之。關。係。更。密。則。無。異。為。衆。議。院。設。一。敵。對。其。結。果。多。為。議。會。制。度。所。不。取。不。如。以。複。選。制。行。之。亦。不。當。視。參。議。院。為。衆。議。院。之。重。複。重。牀。疊。架。亦。所。

不。取。如。以。複。選。制。行。之。亦。不。當。視。參。議。院。為。衆。議。院。之。重。複。重。牀。疊。架。亦。所。如。行。三。級。選。舉。制。其。困。難。甚。多。且。中。國。交。通。阻。塞。恐。難。實。行。至。以。下。院。選。舉。上。院。如。蒲。葆。土。改。革。英。國。勞。爾。院。之。建。議。一。則。在。中。國。恐。使。衆。議。院。之。勢。力。過。大。且。可。減。低。兩。院。制。之。功。用。焉。

法國參議員以下列組織之選舉會選舉之：（一）衆議院議員；（二）普通議員；（三）各縣議員；（四）市公董局選舉之代表，名額隨市公董局之數目而異，（此係一八七五年十一月二十四日之憲條而由一八八四年十二月九日之法律修改完成者）此項辦法實為下院選舉與地方團體選舉之混合制也。

法國制度決難行於中國。因中國內地地方團體，其組織猶甚腐敗；且輿論均以衆議院參議院選舉不特無形增加衆議院之勢力，亦足仿礙參議院之獨立也。

故折衷辦法惟有追蹤民國初年所行之參議院選舉法。依據臨時約法之明文，參議院每行省內蒙古，外蒙古，西藏，各選派五人，青海選派一人組織之。各省選派參議員名額相等。惟不可以聯合主義之眼目之。如中央與各省權限劃分問題未解決時代然。但以此爲各省已行之成法，而仍當由各省接受之。規則之繼續耳。他方面，附屬地，中央學會，國外華僑，仍得選派議員，所以濬去參議院組織法中聯邦之觀念也。

第三節 兩院合集會議

兩院遇左列事項須合集會議；

(一) 組織選舉會選舉大總統 (第七十三條)；



(二)修正憲法之憲法會議(第一百三十六條第一百四十條)以上兩例均襲取法國之國會法(一八七五年二月二十五日之憲條)惟出席人數與表決人數較法國所規定者為多。

(三)解釋憲法疑義之憲法會議(第一百三十九條及第一百四十條)此為中國憲法之創始。

#### 第四節 兩院職權之分配

民國初立，國會僅一院，故無權力分配問題之可言。即彈劾之舉(臨時約法第十九條第十二節)該院同時担任彈劾與裁決之職權。民元之國會組織法為兩院制。除預算、決算、須經衆議院之議決外，兩院職權相等；則內閣責任須向同等權力之兩院同時負責。結果將使政府時在飄搖中，以已往之經驗，使吾國制憲者知所從事職權之劃分矣。

憲法總綱國會之議定，以兩院之一致成之。(憲法第五十八條)關

於立法事項亦然

兩院關於相當事項可自獨立行動，其主要事項如下：

(一) 兩院對於官吏違法或瀆職行爲，各得咨請政府查辦之（第六十四條）

(二) 兩院各得建議於政府（第六十五條）

(三) 兩院各得受理國民之請願（第六十六條）

(四) 兩院議員得提出質問書於國務員，或請求其到院質問之（第六十七條）

議會政府制既爲吾國政治組織之基礎，則兩院劃分職權所以保政府在其致國會之關係穩固與循序運用之狀態固無疑也。兩院權力分配之根本原則，以下院爲人民直接代表機關，應有組織內閣並推翻之。權對於關係人民財政問題，雖非議決性質亦當有甚高之表決權上。

院。由。部。分。改。選，應。為。比。較。和。平。穩。之。立。法。機。關；故。當。極。力。避。去。政。黨。之。意。見。與。政。策。之。爭。執。如。政。府。與。下。院。衝。突，亦。當。任。仲。裁。之。職。務。

兩院各有之特別職務簡述如次：

甲 衆議院

(一) 彈劾——衆議院有彈劾大總統，副總統並國務員之權（第六十條第六十一條）。此項原則近代憲法大都承認之。

(二) 不信任——衆議院對於國務員有不信任之決議（第六十二條）大總統於國務員受不信任之決議時，非免國務員之職，即解散衆議院（第十九條）。

(三) 國務總理之任命——大總統提出國務總理之人選，須經衆議院之同意。

(四) 財政——關於財政問題，下院之權殊優，如直接有關國民負

擔之財政案（第一百十一條）與歲出歲入之預算案（第一百十二條）衆議院均有先議權。

參議院對於衆議院議決之預算案，修正或否決時，須求衆議院之同意，如不得同意，原議決案即成預算。

衆議院對於政府之預備費及緊急費，有追認之權（第一百十四條及一百十八條）。

## 乙 參議院

（一）對於彈劾之決定——參議院有審判彈劾之權（第六十三條），此爲法國及各國所通行。反對此項辦法之理由，以參議院僅係被選之院，惟吾國出之。間接選舉，非完全受政黨之控制者所慮者。惟決議之。不取公正無私之態度耳。

關於此事，比國則由大理院判決之，而非參議院（比國憲法第九十

條)此項辦法可以駁者，以大理院係保守的司法性質。其解決此問題恐將趨於狹義專門之勢。結果將使政治受惡影響。非淺也。

歐洲新憲法對於此事亦有組織特別法院者(德國憲法第五十九條；奧國憲法第一百四十二條；南斯拉夫憲法九十三條；波蘭憲法第五十一條，第五十九條)吾人對此上列兩項辦法似應取其長而去其短，以此辦法亦有可以介紹之價值。惟此尙係創設，成功與否，猶當別論，結果須視此法院之組織如何耳。

(二)公權之恢復——大總統對於彈劾事件之判決，非經參議院同意，不得爲復權之宣告(第八十七條)。

(三)衆議院之解散——解散衆議院，須經參議院之同意(第八十九條)。此項規則顯爲襲取法國憲法。

(四)關於特別事項參議院之權——最高法院院長之任命，須經

參議院之同意（第九十八條。）審計院院長由參議院選舉之（第一百二十二條。）

關於上院與下院之關係，吾國辦法實取兩種制度之折衷。第一種制度兩院行之權力相彷彿，推翻內閣即其一例，此為比國制度。

第二種制度上院居附庸之地位，即普通立法事項亦然。如上院否認下院採用之法律草案，下院之重決或依復決權人民公決批准，即可使否認之草案成立為正式法律。此為歐洲新憲法中數國所採用者，如德國憲法（第七十四條）；奧國憲法（第四十二條）；捷克斯拉夫憲法（第四十四條）及波蘭憲法（第三十五條）上列各國設置上院之意，在使阻止急進之行為，非欲取消下院之意思也。

吾國制度參議院雖不能參與政治問題（如內閣負責）但仍為與

衆議院並列之機關，關於立法事項，其尤著者也。

## 第六章 結論

中國憲法，肇肇諸端，既已作比較之研究，請以大綱要點，作為結論。

中華民國成立十餘年來，累遭革命，君主復辟之趨勢，兩度復活而未成，第一次為袁世凱帝制自爲之君主運動，第二次為張勳擁護宣統復辟一刹那間之政變。

中華民國所遭之變故，與法蘭西共和國所經過者可以並論。而中國憲法亦溯源於憲者至多也。爰就其肇肇大者列左：

(一) 兩院合集會議，選舉總統及修正憲法。

(二) 內閣向國會負責之原則。大總統在名義上為國家之首領。

吾國憲法屬於剛性，蓋修正憲法須經特別手續，非可以普通立法相提並論也。中國對此亦僅追隨各國憲法之成規。吾國制憲者雖主張剛

性憲法，仍就力之所及，避去剛性過分之危險，其方法有二：

其一，修正憲法之手續，根據法國制度，即兩院合集會議是也，但法庭人數與表決人數較法國採取者又嚴。此為法國制度，與其他各國採用複決權或地方團體公決制度，關於憲法修正之折衷辦法也。

其二，中國憲法專載永久性之根本原則，而其細則由普通手續訂之，吾國選舉法由普通立法規定之，憲法僅公布其大綱，此尤為善制，吾人固就力之所能，務使關係憲法之困難，減少至最低限度者也。

他方面，中國剛性憲法之理論，意臻於極端。美合衆國普通法院宣稱違憲之法律，即不能使行，但不能因此取消。前已論之，在提克斯拉夫及奧國，憲法最高之原則尤甚。與憲法相反之法律，非特不能施行，且應視為完全無效，或由行政權取消之。關於法律之憲法性，其手續另設特別法庭解決之。吾國憲法效鑿提克斯拉夫及奧國憲法最高之理論，但關



於此類之爭執，並不另設特別法庭；如是普通法庭之責任得無過鉅乎？無論如何，中國司法檢查之制度實爲冒險之舉。

中國憲法詳細分析之一副重擔，全由司法權負之，違憲法律之取消，姑暫置不論。個人自由之保障，爲一切自由之圭臬者，如採取保護伏亦適爲對付政府或私人非法羈押之司法保障也。即中央政府與省政府間未列舉權力之分配，其分配雖屬政治性質，亦由最高法院裁決之。此項手續危險殊甚，可使高級法庭駛行於治格關之大海汪洋中。總而言之，中國憲法之樞紐，卽爲司法權，而司法之效用，全視法院對於此種職務所施之能力與手腕而轉移焉。

終則憲法會議之形正式解釋憲法，完全不能與中國憲法所浸淫之司法最高權原則相關和，如決議與當時政治潮流相反，憲法會議與其從事憲法之正式解釋，無甯以真實之修正爲上策矣。