

惺存遺箒

上

惺存遺箸上

商 務 印 書 館 發 行

涵芬樓秘笈

古書善本。寢銷寢亡。此自不可逃之理。惟賴好事之家。鄭重翻印。繼續流通。本館深體此旨。爰出涵芬樓所蓄秘籍。世無傳本者。校正印行。紙墨裝潢。力求精善。使愛古者不至薄今。垂絕者賴以續命。念千狐之腋。非俄頃所能成。因仿知不足齋叢書之例。刊成八本。區爲一集。歲行月布。以副海內先覩爲快之心。現已出至第十集。書名列後。

第一集 八册
連史紙 二元半
毛邊紙 二元半

第二集 各八册
連史紙 二元半
毛邊紙 二元半

- | | | | | | | | | | | | |
|--------------|-------------|-------------|------------|------------|--------------|----------------------|---------------|----------------------|--------------|------------|-----|
| 第三集 | 黃尊素說略
一册 | 霍渭涯家訓
一册 | 山樵暇語
二册 | 蓬窗類記
二册 | 消夏閒記
三册 | 第二集 | 識小錄
四册 | 復齋日記
一册 | 續墨客揮犀
二册 | 忠傳
一册 | 第一集 |
| 趙氏家法筆記
一册 | 匡山集
一册 | 華夷譯語
二册 | 尚書釋文
一册 | 第四集 | 明天文書
三册 | 彭氏見聞錄
合一册 | 松行略
一册 | 孫氏書畫鈔
二册 | 湖老人繁勝錄
一册 | 北湖集
二册 | 第五集 |
| 同上補
一册 | 唐石經考異
二册 | 脈望館書目
四册 | 書林外集
二册 | 海濱外史
一册 | 扶風縣石刻記
一册 | 存復齋集
二册 | 明紀事本末
編補二册 | 第五集
敬業堂集補遺
合一册 | 傍秋亭雜記
二册 | 冥報記
一册 | 第七集 |
| 鼓柁稿
一册 | 西溪叢語
二册 | 涇林續記
一册 | 山房集
四册 | 第八集 | 存復齋續集
一册 | 道餘錄
九上語枕上語
合一册 | 士苴集
一册 | 西山日記
四册 | 續名賢小記
一册 | 雪庵補遺
二册 | 第九集 |
| 金困集
一册 | 肅離集
一册 | 漢泉漫稿
一册 | 所安遺集
一册 | 進十書目
四册 | 南翁夢錄
一册 | 磯園稗史
一册 | 太和正音補
二册 | 鏡窗叢錄
二册 | 雪庵補遺
二册 | 雪庵補遺
二册 | |

惺存遺著卷一目錄

判例批評(一).....	一
判例批評(二).....	七
論編訂法典之主義.....	十
新刑律議案二百八十四條之親告罪.....	十四
論新刑律果爲破壞家族制度否.....	十七
論新內閣官制.....	二十四
論就地正法.....	三十一
再論新刑律議案二百八十四條之親告罪.....	四十二
資政院章第十四條諮議局章程第二十一條議決公債權之範圍.....	四十六
一院制與二院制之研究.....	五十七
中華民國之憲法.....	六十九
論財政部驗契章程.....	八十一

刑法草案書後·····	八十八
國會組織法第十四條之解釋·····	九十一
論參議院議員選舉法·····	九十七
論國民黨注意選舉·····	一百〇二
衆議院議員選舉法疑問二則·····	一百十三

惺存遺箸卷一

判例批評(一) 法政雜誌宣統三年第一號

楊君謀因演劇助賑被殺一案、經蘇州地方審判廳判決、援據現行刑律因戲而殺人者徒三年律、判被告人陳耀德擬徒三年、旋經被告人之父上訴、主張應從過失殺人律處斷、又經江蘇高等審判廳判決棄卻、(兩判決全文錄後)兩審判廳判決之理由充足與否、適用現行律確當與否、此足資研究之問題也、查地方審判廳判決文謂(始雖以殺爲戲、終至因戲成殺、合依因戲而殺人者徒三年律、擬徒三年)夫演劇之戲、與因戲殺人之戲、此兩戲字、究可作同一解釋否耶、此不能無疑也、(一)戲殺之戲、作遊戲戲謔解、爲凡人行爲之不正當者、若在家庭則父兄或管理者有禁止之責、在道路則可爲構成違警罪之條件、至演劇之戲、則不問其行爲之目的、或爲營利、或爲慈善、皆爲公衆所共認爲正當行爲、無絲毫可以觸犯法律之預想、此不同之點一也、(二)凡遊戲戲謔之行動、爲反於日常行動之狀態、其危險爲對人所不能預防不及抵抗者、若演劇則自試演以後、已爲一定之行動、其危險爲對人所早爲豫防、可以抵抗者、此不同之點二也、故戲殺構成之條件、必爲

加害者出於不正當之行爲、被害者有不及預防之情行、今因演劇致殺、於此條件皆未完備、至高等審判廳判決文、謂真刀係能殺人之器、雙方均知其事足以殺人、而仍以殺人之事爲戲、合於戲殺爲兩利相害之解釋、夫戲殺爲雙方均知其事足以殺人、固矣、然但以用真刀爲知其足以殺人之證、則凡數人共同行爲之用真刀多矣、（如宰夫共割牲畜匠人共斫器具）不能因此悉指爲戲殺、若謂其他共同行爲之用真刀者、非直接對於人身、（如宰夫用刀於牲體匠人用斧於木質）則此次被告人之真刀、固自知其用於彩物、（包洋鐵板木片雞胞皮言）非用於人身也、雙方既經數次試演、卽足以爲雙方確知其事不足以殺人之證、判決文又以不注意謂爲不得爲無殺人之心、則似於不注意之責任、尙未了解、因不注意而遂斷定爲有殺人之心、尤爲法理所無、至律注以向無人處施放箭彈、而該處適有人經過爲過失之的解、正可爲此次被告人援引之鐵證、所謂無人處者、不預料有人能受所放之箭彈也、今被告人用真刀戳彩物、亦不料楊君謀之能受刀傷也、譬如有人對靶放彈、預料靶子以外、無人能受彈、設有經過而受傷、適用過失律、恐已爲失入、律注之精意在放彈者預料無人能受所放之箭彈爲要件、不以有人經過與否爲要件、今楊君謀未帶木板、爲被告人所不及知、故上告所據之理由、實爲充足、據報章傳聞、此案發

現後江蘇巡撫囑司法者須從重定擬，此必非事實，欽定憲法大綱君上大權第十條（總攬司法權委任審判衙門遵 欽定法律行之，不以 詔令隨時更改）夫司法獨立，詔令尙不能更改，豈有地方行政長官一時之政策，司法者可以曲從，恐傳聞不察，輕視司法獨立，故附辦於此，至宣告書首行罪人兩字，應作被告人，（經過上訴期間判決確定後方可爲之罪人）又年少氣盛及忽逞好奇爭勝之念等語爲猜度詞，非法律文所當用，此雖文字上之小疵，似亦宜留意及之。

附錄蘇州地方審判廳判決戲殺楊君謀罪狀宣告書，罪人陳耀德浙江紹興府餘姚縣人，年二十歲，住蘇州齊門外福音醫院習醫。

罪人蔡二，江蘇蘇州府常熟縣人，年二十六歲，住蘇州齊門外福音醫院茶房。

犯罪事實及證明緣由，緣陳耀德係浙江餘姚縣人，與楊君謀先後同學於齊門外福音醫院，素好無嫌，宣統二年臘月，楊君謀等因皖省水災，發起演戲助賑，曲本由楊君謀編定，角色亦由楊君謀分配，內有血手印一齣，係楊君謀扮銀行主人，陳耀德扮刺客，其演技扮銀行主人者，用洋鐵板護胸，上覆木片，再上用雞胞皮盛蘇木水爲彩，演銀行主人被刺之時，扮刺客之人，用刀刺彩，恍如血出，以悅人目，事前楊君謀陳耀德二人，曾經數次練習，並

由楊君謀主用真刀、毫無危險、十四日、乃借閭門外大觀茶園開演、演至血手印、楊君謀因催演時迫、倉猝懸上鐵板、既忘加繩束、復忘覆木片、陳耀德本練習演法、用真刀戳去、楊君謀遂仆地不語、爾時情形、戲態畢肖、惟以彩色未出、臺下觀者、大聲如雷、鬚髯喝彩、陳耀德年少氣盛、受茲感覺、忽逞好奇爭勝之念、冀達悅人瞻觀之的、無暇他慮、復戳一刀、以致斃命、迨掩幕察視、始悉楊君謀身受重傷、遂即輟演、比時閭胥路警官在場親見、當將陳耀德拿解警局、一面電告福音醫院、一面通知地方檢察廳、並由該醫院派人來視、將楊君謀擡往醫治、旋即斃命、當經檢察官前往醫院如法檢驗、填具屍格備案起訴前來、本廳繼續調查、證據雖夥、究與前情無殊、且質之福音醫院院長惠更生、及該院長兩女、並楊君謀同學十餘人供詞、亦均相符、陳耀德又直認不諱、惟查出附帶犯蔡二二竊盜事實、並送公判、陳耀德因演戲殺人、心雖可原、而罪有應得、案無遁情、亦無幫兇之人、蔡二二以醫院茶役侍楊君謀演戲、乃乘其主垂斃之際、竊去金戒指金擘針、當得錢二十三、二百文、合銀十二兩有奇、私還賭債、潛逃回家、衆證確鑿、應併判決、

援據法律某條及理由、查現行刑律載凡因戲而殺人者徒三年、又竊得財至十兩者工作四個月、又名例律載凡徒役各照應徒年限、收入本地習藝所工作、限滿釋放各等語、此

案陳耀德因演戲，戕傷楊君謀左胸膛兩處，深均透內，實係致命之傷，惟陳與楊先後同學，素好無嫌，且此次演戲，主用真刀，原出楊君謀之計畫，至因接演倉卒，鐵板木片以及彩泡，咸未裝束完固，核其情實，既爲陳耀德所不及知，以致用刀戕其彩泡，未見假血噴出，復有再用刀戕，以致斃命之事，洵非有心致死可比，始雖以殺爲戲，終至因戲成殺，陳耀德合依因戲而殺人者，徒三年律，擬徒三年，照律依限工作，限滿釋放，蔡二二侍主演戲，乘危竊物，當銀趨賭，洵屬不法，蔡二二合依竊盜得財至十兩者，工作肆個月律，擬罰工作肆個月，限滿釋放，同場演戲之人，均爲公益起見，應免置議，凶刀鐵板存案，至差押陳耀德之物，並發習藝所，俟工作限滿，如數給領，蔡二二當票一紙，著楊君謀家屬來廳具領，並片付檢察官執行，此判。

蒞庭檢察官黃周、陪席推事瞿鴻賓、張稼軒、豫審推事兼審判長姚生范、錄事曾姚璵、正月二十七日午後三時宣告判決。

附錄江蘇高等審判廳判決上訴案

陳鳳林因伊子陳耀德演戲，戕傷楊君謀身死，地方審判廳判爲戲殺，不服上訴一案，主席推事高等民科庭長楊年

陪席推事高等民科推事朱得森

陪席推事高等刑科推事李丕基

蒞庭檢察官高等檢察官陳光

高等錄事張璣

上訴人陳鳳林、浙江餘姚縣人、年五十六歲、住福音醫院、以醫爲業、

(一) 判決主文 上訴理由錯誤、棄卻之、仍照地方審判廳原判決辦理、

(二) 上訴理由 此案據陳鳳林到庭供稱伊子陳耀德與楊君謀演戲、戩傷楊君謀身死

一案、經地方審判廳照戲殺律判決、惟演戲用真刀、係楊君謀指定、演戲時楊君謀未帶

木板、僅帶鐵板、爲伊子陳耀德所不知、伊子陳耀德實無殺楊君謀之心、按照律註應從

過失殺人處斷、懇予更正等情、

(三) 判決理由 查戲殺律註以殺人之事爲戲、楊君謀與陳耀德同演血手印一戲、楊君

謀扮銀行大班、陳耀德扮竊賊行刺、與律註以殺人之事爲戲一語恰相符合、况演戲既

用真刀、真刀係能殺人之器、地方審判廳援據戲殺處斷、實屬允當、蓋法律學者解釋戲

殺爲兩和相害者、謂雙方均知其事足以殺人、而仍以殺人之事爲戲也、此案楊君謀陳

耀德均知真刀爲能殺人之器而演戲仍用真刀，又出於雙方之合意，其爲兩相相害，尤屬瞭然，該上訴人陳鳳林懇以過失殺人處斷，不知過失殺人按律註應如向無人處所施放箭彈，而該處適有人經過，中此箭彈，方得以過失論，陳耀德與楊君謀同在一處演戲，又用真刀，自當十分注意，不得謂無殺人之心，遂可曲就以過失論，該上訴人所懇照過失殺人處斷之處，係屬錯誤，自應棄卻其上訴，仍照地方審判廳原判決之刑，由檢察廳執行，此判。

此案因刑科庭長姚生范，係前審官，遵法迴避，刑科推事翁有成，因病請假，故由廳丞特派民庭二員加入合議。

判例批評(二)

本誌第一期載判例批評一則，擬以後凡各省判決例之適用法律有疑義者，各加以批評，以備法學界研究之助，乃數月以來所見各省刊布之判決例，殊無批評之必要，今乃有四川法官引用報律十一條判決高等審判廳廳丞起訴通俗報發行兼編輯人及訪事人之事，（其事實及判決詞詳記事欄）。

(二)報律第二十四條罰金最高額之適用 凡法律所定刑罰，有最重最輕兩限度，所以

便司法官就事實之情形、於此限度內定一最適當之額也、故凡受最高額之判決、與最低額之判決、其適用法律之條文雖同、而事實必有大不同者、其不同之點、當由司法官自由擇定、但不可不表示之於判決書中、今讀判決書於斷定實係損害名譽外、又以詆誣司法長官及直稱廳丞之名、爲從重之條件、不知報館編輯人訪事人非廳丞之屬、又非公差人等、無特別加敬之例、凡人民有特別致敬之義務、違反時可作爲加重之條件者、有三、一對於 乘輿車駕及皇族、二對於尊親屬、三公差人等對於所屬長官、（此項現行律有之亦必有欺陵實事、新刑律已無、若妨害公務罪、則必有當面妨害之事實）本案既認爲損害名譽罪、而適用報律、卽不能再用詆誣長官等爲加重之條件、蓋報律三十七條規定有數罪俱發加重之規定、不適用之之明文、故本案決不能因告訴人之身分而從重比、況廳丞尙非今日至貴之官、適再有較廳丞尤貴之官爲告訴人、將如何比擬耶、此以告訴人之身分而從重比之失當也、然則二十四條之罰金額、究竟當以何爲標準、曰此仍當以損害名譽之程度爲標準、凡名譽有道德上之責任、有刑律上之責任、以道德上言、則以禽獸行爲最重、而尋常細行不檢者爲輕、以刑律上言、則所指之事實、可處死刑爲重、而尋常但犯處分例者爲輕、今通俗報所載損害廳丞之名譽、於道德上爲顧全交情、在世俗且爲美德、

在刑律上無可比擬，則爲不應之輕者，或犯處分例耳，即使深文而欲援用報律第十一條，處以二十四條之罰則也，處以二十元之罰金已可矣。

(二)以一事實而罰兩人可否 上訴詞謂同一事實而罰四百元爲不服之理由，此誤也，刑律上自有同一事實而有二人以上各自成爲犯罪者，如殺人罪，死者一人，而犯殺人罪者，同時可有二人以上，惟本案乃適用報律，以報館爲被告，非以個人爲被告，所謂編輯發行人訪事人者，乃報館之代表也，凡代表可以有二人以上，而所受之判決，不能分割，尤不能各受其全部，蓋既遵報律，卽不能再適用刑律共犯之規定也，(亦有時可適用共犯則兩報館共犯一事也) 况以報律三十三條觀之，則凡罰金訟費，俱屬徵之報館，意義甚明，否則發行人訪事人，各自獨立，詎能以保押費抵充耶，是本案判決，科兩人以各最高額之罰金，不可謂非違反報律也，至訪事人之責任，自當由編輯人擔負，援用三十五條亦有不合。

(三)本案可適用十一條但書否 十一條之但書乃含有二條件，卽必須專爲公益，又爲不涉陰私，兩條件具備，方能適用，此爲廣義之解釋，其實兩語之中，無接續詞，以正當解釋，自應從狹義，卽備具一條件已足也，今姑從廣義解，則通俗報所登，不及廳丞私德，其非陰

私甚明、司法獨立、爲今日憲政重要之事、若果有徇私不公、社會自當揭發、其爲公益、又甚爲明確、故此案若適用十一條、但書事實與法律乃爲符合、

綜觀判決例、此案適用報律第八條爲最確當、卽以深文而適用第十一條、亦應科以最輕之額、若罰及二人、則違反報律矣、至逮捕審判時之不合法令、及判詞用語之不當、管轄之錯誤、（見本誌附錄門）不在批評範圍以內、不贅述、

論編訂法典之主義

法政雜誌 第二號 宣統三年

本論爲法典論之一節、法典論第一節緒論、第二節編訂法典之主義、第三節議決法典之方法、第四節法典之裁可、第五節結論、今先登第二節、餘俟續登、

凡法律不能離社會而行、故法律之所規定、卽社會日常所行人事之關係、此關係不因法律而生、不過藉法律之力以承認之耳、社會人事之關係、大半由於習慣、一國之習慣、有良有惡、編定法典者、必以保存良習慣、矯正惡習慣爲主義、而習慣之爲良爲惡、又因時代國情及各人之觀察點而不同、有甲時代以爲良習慣而乙時代以爲惡習慣者、有甲國以爲良習慣而乙國以爲惡習慣者、有甲學者以爲良習慣而乙學者以爲惡習慣者、非謂習慣之良惡無有標準也、亦視其用之者如何耳、辨習慣之爲良惡、其標準有三、

(一) 此習慣有礙進步與否、

(二) 此習慣合於世界公理與否、

(三) 此習慣合於今日政體與否、

何謂習慣之有礙進步、夫社會進化之物也、故編訂法典必以促進社會之進步爲目的、既以促進進步爲目的、自無偏重保守之理、况近世交通旣便、尤不允一社會之習慣與他社會翹然自異、故消息於保存及矯正之間者、不可不注意於有礙進步與否、試舉婚姻一事爲例、學者考其沿革、謂其初原始社會、凡一民族中女子爲一民族中男子所共有、可名爲共同婚、其次掠奪他種族女子爲妻、則爲掠奪婚、再次各種族間交通已開、則以牛馬等物爲交易、而爲賣買婚、至近世社會愈進步、漸悟以人身爲賣買之非、變而爲贈與婚、卽男子娶妻者、得之女子之家長之贈與也、至今日歐美習慣、則全出男女二人之同意、而爲共諾婚矣、其他如物權債權、及親族相續之關係、與公法上各種權利關係、細考其迹、無不各有漸次進步之階級、當其歷一級也、必尙留前一級之餘意、而已漸開後一級之端緒、如今日吾國尙在贈與婚時代、而間尙不脫賣買餘習、然已開共諾之風、是也、故編訂法典者當以法典爲促進社會進化之物、而非以法典爲保守社會舊習之具、卽凡社會已經過去之級所

有之習慣、務必矯正之、

如賣買人口及禁烟、
足之特頒禁令是也

社會現在之級雖不免尙有此習慣、然苟足

以阻礙社會之進步者、不能不視爲惡習慣而矯正之、至現在通行之善良習慣、而無礙進步者、固當保存矣、然猶不可以爲滿足、必有誘導進步之意寓其中、使有進化之餘地、庶不失編訂法典爲社會謀進化之本意、此爲辨別良惡之第一標準也、

何謂習慣以合於世界公理爲標準、吾國編訂法典之原動力、本含有外交上意味、則不可不與各國立法例相比較、各國立法例、皆幾經變遷、而無不以公理爲標準、故今日世界愈進步之境、吾決不能不切望其企及、否則於國家存立上、及與各國交際上、必生窒礙、譬如一刑法也、各國最高之境、已達廢止死刑、吾雖不能企及、亦決不可不減少死刑之適用、及矯正斬梟等慘酷之風、一民法也、各國已久採個人制度、吾雖不能棄吾家族善良之制度、而向來家庭拘束之習慣、不可不矯正也、又如商法不可不矯正干涉擾累之習慣、訴訟法不可不矯正刑訊及拖累之習慣、由此推之、凡世界公理以爲良者、吾決不能獨以爲惡、世界公理以爲惡者、吾決不能獨以爲良、必世界人人心理上所能共認、則推行時自無阻礙、此辨別良惡之第二標準也、

何謂合於今日政體與否、吾國今日仿行憲政體之改革、因仿行憲政而編訂法典、卽有改

革社會習慣以合於憲政之意，夫政體必藉法律以表見，未有以專制之法律而行立憲政體者，亦未有以立憲之法律而行專制政體者，如欲行立憲之法律，則凡含有專制性質之習慣，不可不矯正也，試舉其例，立憲政體，君主不負責任也，一切行政，有大臣輔弼而負責任，故臣民對於君主有致敬而無責難，因此而凡上書言事要求君主行某事或不行某事者，皆可謂不合於立憲政體之習慣也，故憲法不能認都察院之存在立憲政體，許人民在法律範圍以內之自由，故凡非法苛虐之習慣，皆可謂不合於立憲政體也，立憲政體，以增進國民生計謀農工商業之發達，獎勵個人獨立謀生為政策也，故凡迷信風水及阻礙謀生之習慣，皆可謂不合於立憲政體也，立憲政體，以維持社會安寧為目的，故凡習慣於有礙安寧之事而放任之，如人命私和等無礙安寧之事而干涉之，皆可為不合於立憲政體也，法律不能全反於習慣，而尤不能不合於政體，故凡習慣之與政體相衝突時，則寧反習慣而從政體，此反乎政體之習慣，即不能不視為惡習慣矣，况改變政體之際，一切政策，俱當用更新手段，編訂法典，亦政策之一，尤不可不用更新手段，以一新國民之耳目，此辨別良惡之第三標準也，夫法典編訂之際，應慎選之主義，如以外國既有之主義言，其在一般法律，則有大陸主義，其於特別法律，憲法有君主主義，國家主義，民法財產編，有完全所有權主義，制限所有權

主義相續編、有分配主義、總領主義、商法、有助長主義、放任主義、然爲各主義之前提者、莫如先辨明良習慣與惡習慣之區別、而善用其保守與矯正之方法、今吾國各種法典尙在編訂中、其已頒行者僅刑律一種、然已有舊主義與新主義之紛爭、竊謂欲辨新舊之是非、當以上述之標準爲前提、而先辨其良惡、願世之論法典者一爲平心研究焉、

新刑律議案二百八十四條之親告罪

法政雜誌 第二號 宣統三年

宣統三年資政院第一次開會、政府提出大清新刑律議案、當股員會審查至分則第二十三章二百八十八條之第三項時、股員汪君榮寶、主張將本項削除、其理由略謂二百八十四條之親屬相姦、增纂爲一條者、乃採取德意志刑法第一百七十三條之意、然德刑法取公告主義、而本條又定爲親告罪、主義不一貫、時其他股員及政府特派員、是汪君說者、馬君德潤一人、汪君以少數被絀、爭持頗激、其後汪君又屢爲鄙人言、此條若終不削除、將貽笑法學界、必著論以駁之、鄙人頗重汪君能堅持其主義、然亦不能贊同其說、深望一讀駁論、閉會後曾函促汪君、覆書謂困於官事、一時未暇也、茲因檢閱刑律之便、再將在股員會所持之意見、補述於此、以乞海內法學界之教、並以引汪君之駁論焉、

(一) 姦非罪之本性

凡刑律之目的，爲維持國家之秩序、社會之安寧，故刑法所規定，以對於國家公益之犯罪爲原則，特以國家公益以外之個人私益，若不加以相當之保護，則直接害私人之法益者，間接卽爲害社會之法益，於維持國家秩序、社會安寧之目的，必不能達，此刑律所以有殺傷竊盜名譽財產等罪之規定也。姦非罪之規定，於刑律亦是此意。新刑律議案之二百八十三條有夫姦，二百八十四條親屬相姦，自吾輩視之，卽謂其直接害私人之法益者，間接卽爲害社會之法益，以害私人之法益爲第一位，害社會之法益爲第二位，決非如混一禮教與刑罰者之直視爲違反禮教，直接爲害國家之秩序，以害國家之秩序爲第一位，害個人之私益爲第二位也。（和姦者之直系尊屬，可爲法益之被害者否，此又當別論）故二百八十四條之立法主旨，與二百八十三條全同，斯告訴之規定，自無獨異之理由也。

（二）觀告罪之用意

夫侵害個人之私益，而以國家之公力加之刑罰者，原爲保護個人之法益也，乃有時或反因保護之故，而致私人不能保全其法益者，於是有救濟之法焉，卽待本人告訴乃論是也。本律告訴乃論之規定，既疊見於二十六章三十三章三十一章三十二章三十六章，而尤以本章爲最有關係，且合於吾國習慣，姦非罪之必待親告乃論，已毫無疑義矣，至親屬相

姦、其事同一曖昧、若使檢事可以起訴、不知將何從搜集證據、若據風聞而即可起訴也、則必有證據不充分之結果、若無端而可搜集證據也、則有騷擾家宅之慮、且於本夫及直系尊親屬、不能得國家保證之利益、而先受名譽之損害、是定爲親告罪、正與設定親告罪之用意相合、况吾國風俗習慣、親族間因覬覦財產、而誣人以帷薄不修者、其事恆有、若法文削除此項、必致弊俗益滋、夫編訂法典、本廳矯正惡習慣、今反教猱升木、有是理乎、此因親告罪之用意、而決其不可削除之理由也、

(三) 與德刑法主義不同

德刑法第十三章、關於風俗之重罪輕罪、除第一百七十二條七十六條七十七條七十八條七十九條八十二條外、均爲公告罪、推其意以有被害者爲親告罪、無被害者或被害者無能力時、爲公告罪、蓋有被害者卽有須保全其名譽之餘地、無被害者則國家卽爲被害者、故可爲公告罪、其主義之適當與否、爲刑法學上一大問題、姑不具論、至本條之用意、則實非全採德刑法、(二百八十四條、爲憲政編查館覆核時所增纂、觀其按語、酌仿德刑法之意、本但仿其較常人加嚴一端、並非仿其立法之主旨也、在股員會時、曾經特派員章君宗祥說明) 不過因法律館草案、於有夫姦罪條、包含親屬相姦在內、定刑略重、故覆核時

析爲兩條一減輕、一加重、以便適用耳、而所以增纂此條之本意、亦在視和姦婦女之本夫或尊親屬爲被害人之故、在德刑法之條文、本無保護被害者之意寓其中、而本律增纂之意、則直以被害者爲重、此立法區別之要點、吾輩於憲政館分析之意、本不能絕對贊同、特以合於社會一般心理、於法理亦無大悖、不欲反對之耳、然決不能因此遂欲變更起草者之主義、使初意但襲德刑法之形式者、并強使兼襲其精神、致告訴之適用、亦欲強之使同也、至或者慮無本夫或本夫遠出及無尊親屬時、二百八十四條將不能實行、則卽在二百八十三條、若本夫遠出亦是不能實行、不必因此而遂變其根本之主義也、至二百八十四條之必要與否、及視尊親屬爲被害人適當與否、又於吾國現在風俗習慣上觀察本條之規定利害如何、不在本文範圍以內、不贅論、

條文備考（據岡田氏所稱第三案）

第二百八十四條 凡和姦本支親屬婦女者、處二等至四等有期徒刑、其相姦者亦同、
第二百八十八條第三項 第二百八十四條之罪、待直系尊親屬或本夫告訴乃論、縱容或得利私和者、適用前項之規定、

論新刑律果爲破壞家族制度否

法政雜誌 第三
號宣統三年

凡制定法律、必先選擇主義及調查習慣、故當法律案之提出於議院也、亦必先說明本案所取之主義、及與本國現在習慣相合與否、吾國編訂刑律、已數易草案、宣統二年、資政院開院乃提出以求協贊、時在議場說明主旨者、爲憲政編查館所派特派員楊君度、楊君演說之辭頗繁、大意爲新刑律取國家主義、不取家族主義、並歷指吾國習慣重家族主義之流弊、而盛稱個人主義之足以救亡、聞楊君演說者、分爲二派、一派贊成其說、一派則直斥爲名教罪人、因是而贊成破壞家族制度者、卽爲贊成新刑律、而反對破壞家族制度者、亦卽爲反對新刑律、若新刑律實爲破壞家族制度之惟一利器者、余旣讀新刑律議案畢、於楊君所說明之主旨、不能無疑、蓋家族制度之當保存或破壞、當於民律親族相續篇表示之、於刑律之關係甚鮮、今楊君但標此主義、而未徵引條文、末由參照以定其得失、第今日一般政界學界、因楊君之言、遂認定新刑律爲破壞家族制度之法律、是不可不辨、今先說明家族制度之範圍、及吾國習慣之家族制度、次及楊君所稱家族主義與國家主義之關係、及新刑律與家族制度之關係、以備研究新刑律者參考焉。

(一) 家族制度之範圍

家族制度、與個人制度、非絕對的也、乃由社會進化遞嬗而成、當原始社會最初之現象、本

無所謂家族、迨社會文化已高之生活、亦決不能有絕對之個人、今就歷史上社會情形、約可分爲四種制度如左、

(一) 大家族制度

(二) 服制家族制度

(三) 小家族制度

(四) 極端個人制度

所謂大家族制度者、卽宗法社會也、凡一部落人民、其祖先實出於一人、聚族而居、日久蕃息、遂成部落、其團結力全出於血族關係、故其宗子卽爲一部落之長、有統率一部落之權、家屬之生命財產、均受限制、與他部落交涉、其長有代表之權、此制度在太古時代、各種族間無不皆然、而實與國家主義最爲柄鑿、其勢最不能相容、故國家制度成立以後、此制度卽漸破壞、雖今僻遠之地、不免有留此遺跡者、然久已不足爲國家主義之梗矣、

所謂服制家族制度者、以家族中最尊長一人爲本位、凡此人之直系卑屬、皆同居共產、間有并期功服之弟姪、或姪之子、亦同居共產者、以普通年壽計之、大率及見其子或孫之娶婦、因得及見其孫或孫之子爲最多、若五世同堂、則爲稀有之盛事矣、故此家族制度、大抵

以有服爲限，而大多數爲二世或三世同居也，在歐美各國，此制度早已破除，而在吾國上中流社會尙多行此制度者。

所謂小家族制度者，以個人爲本位，與其配偶及未成年之子女同居共產，歐美有夫婦不共產者，此爲變

例間亦有與衰老不能自食其力之父母同居共產者，此爲歐美現行之制，而吾國則除游宦行商及下級貧苦小民外，行此制度者尙鮮。

何謂極端個人制度者，卽斯巴達之法是也，斯巴達凡人生子不得私有，由國家教養，此制度自斯巴達後久無仿行之者，若無父母配偶而獨居者則事實無家族而非極端個人制度也

綜此四種制度，其大家族制度與極端個人制度，久爲歷史上之陳迹，無待研究矣，今日所應解決之問題，則在服制家族制度與小家族制度，於二者之中，究應採取何制耳，然此問題固重要，而言其大體，仍一言可決，蓋小家族制度者，世界大勢所趨，服制家族制度者，吾國習慣所重，凡政治法律，決不能反乎世界之大勢，亦不能盡反目前之習慣，則捨折衷調和以俟其漸次遞變外，無他術焉，至如何折衷調和，則在編訂民律者之詳慎討論耳，非在本論

範圍以內故不詳述

(二) 吾國習慣之家族制度

吾國習慣所謂家族制度、大抵以有服者同居共產爲限、既如上所述矣、此制度根據於禮教、蓋推親親之恩、以各人欲團結其所自出、不使離散、至有厚薄貧富之殊異、因此觀念、遂成習慣、此不可謂非善良之習慣、故士大夫學說多主張保存、而歷朝君主且有分居之禁、如唐肅宗元宗宋太祖太宗真宗等皆下詔禁止分居、士大夫有數世不分財者、鄉黨高其義、薄恩禮好生分者、爲史所訾、然持反對之政策及學說者、亦未嘗無之、如商君治秦、令民有二男以上不分異者、倍其賦、賈誼言秦人家富子壯、則出分、家貧子壯、則出贅、此一國之政策也、陸賈家於好畤、有五男、出所使越得橐中裝賣千金、分其子、子二百金、令其生產、又柴氏紹炳曰、累世同居、自古爲美談、而袁君載獨云、每見義居之家、交爭相疾、甚於路人、則甚美反成不美、故兄弟當分、宜早有所定、倘能相愛、異居異財、不害爲孝義也、此士大夫之不以分居爲嫌、及贊成分居之學說也、故服制家族制度之利、在能以恩義相團結、其害則因此反多交爭相疾、視公共財產、不甚愛惜、荒惰坐食、不自謀生計、於一國經濟上生不利益、夫今人所不敢顯然主張分居者、爲有薄恩禮之嫌也、若如袁君載所云、異居異財、不害爲孝義、則人亦何苦冒同居之虛名、而反釀成薄恩禮之實事耶、況子婦無私蓄之禁、久成具文、而江南之俗、人家兒子娶婦、輒求分異、久見日知錄、可見以小家族制度爲有利之觀

念、三百年前已經萌芽、今日世界大通、豈可反加阻遏耶、所以吾輩斷然主張今日吾國當由服制家族制度、而漸變爲小家族制度也、一方祗服制家族制度之害一方亟應嚴定扶養義務以防滯恩禮之漸

(二) 家族主義與國家主義之關係

然楊君度所稱家族主義與國家主義不兩立、則有難索解者、夫服制家族制度之弊、如上節所述、不過交爭相疾及釀成一國經濟上不利益二端而已、未見其於國家主義上有直接之損害及衝突也、綜楊君所指流弊、可分爲二、一則個人服從家長之命令、對於國家遂不能親切、多一家屬、卽少一國民也、二則人人冀爲慈父孝子、遂不能兼爲忠臣、一國之慈父孝子愈多、則忠臣愈少也、不知前者之弊、在行大家族制度時誠有之、今則久無此事實矣、後者之弊、則歐美現在之習慣、尙不能免、蓋今日歐美、雖稱行個人制度、其實仍爲小家族制度、配偶之外、衰老之父母、未成年之子女、其仰事俯畜之責任、規定於法律者、比吾國現行律尤爲嚴重、日本民法第八章九百五十四條直系血族及其兄弟姊妹皆負互相扶養之義務又夫婦之一方他之一方之直系尊屬在其家者亦同德國民法

第三節第一千一百六條直系親屬互有扶養之義務法蘭西民法第五章二百五條子於父母及其他尊屬之親之窮乏時可養之

至吾國現行之服制家族制度、則家長於法律上並無負完全撫養家屬之責任、卽家屬亦無不許自謀生計之拘束、楊君似亦知此、故不曰在國爲貪官污吏者、在家爲賢家長、而曰爲慈父孝子也、而不知其

已遠於事實矣。夫今日貪官污吏之多，其原因甚多，於家族制度本少關係，即以家族之關係論，亦有種種，如蓄妾也、早婚也、習於怠惰而豢養供使令之人過多也、習於奢侈而消費之額太鉅也、其根本尤在教育缺乏，人人不能自立，凡此諸病，楊君一不措意，而但歸獄於家族制度，幾欲人人逃避仰事俯畜之義務，然後國家可免貧弱，個人能爲忠臣，亦不思之甚矣。

(四) 新刑律與家族制度之關係

新刑律之關係於家族制度者，惟分則各章有尊親屬加重之規定，而無其他親屬加重之明文，凡期功之親皆與平人同視，此或者爲破壞家族制度之說所自起也。不知新刑律所定處罰，均有上比下比之餘地，最重之刑與最輕之刑，大率二等或三等，如遇殺傷鬪毆等罪，其間有家族關係者，不妨從最重之刑，蓋同一期功之親，而有恩義懸絕者，如叔父與猶子，有自幼同居撫養恩同父子者，有庶出之叔，齒反稚於兒子，更或自幼異居，甚至不相識者，國家定法律，要使人人可受，又不能一切皆爲預定，則寬定刑名，正使人人得其平而決非爲破壞家族制度也。至現行律所有而新刑律不明著條文者，如千名犯義已包於誣告罪中，妻妾罵夫期功家長，已包於妨害安全信用名譽罪中，其他如三百七十五條親屬相

盜、一百七十六條親屬相爲容隱、尤爲保存家族制度之明證、立嫡子違法嫁娶違律等、自當規定於民律中、是故以積極言、新刑律四百零五條、無一條可爲破壞家族制度之證、以消極言、現行律近於維持家族制度之條文、新刑律均足以包含、且有特定條文者、至若子孫違犯教令之不立條文、或疑爲減削親權、然苟爲正當之教令、違犯者重則有刑律分則各章之適用、輕則爲尊親屬者當然有強制之權、何必規定於刑事法規、此尤不足生破壞家族制度之疑、總之刑律與家族制度、本少關係、而吾國新刑律、尤與家族制度無關、此可斷言也。

夫楊君之言、特借此以發表其意耳、與新刑律之專爲收還領事裁判權之預備一語、同爲非說明新刑律正確之論、幸聞者勿泥於楊君之言、而就本律加以研究、則善矣。

論新內閣官制

法政雜誌第四期
宣統三年

責任內閣、爲立憲政體必不可少之機關、吾國預備立憲、已涉數年、宣統二年十月、始有組織內閣之諭、十一月又諭將內閣官制詳慎纂擬、至十二月憲政館奏准修正籌備清單、遂定宣統三年頒布內閣官制、故本年自正月以來、凡吾民知政體之關係國民前途、及現制之不可不改者、無日不盼內閣官制之宣布、乃遲之又久、傳說紛如、終無確耗、吾民

不勝其延企之勞矣。至四月初十日，內閣官制果宣布，并任命國務大臣，同時發表矣。然反觀輿論，頗有多數深致其不滿之意者。推究其故，蓋有二因：一則任命各大臣，十九仍爲軍機處及各部之大臣尙書，恐舊染既深，難望其運用新機關，不仍蹈前轍也；一則官制十九條，暫行章程十四條，雖仿各國立憲之成規，而所取主義，頗似預爲政府自便之計，不適今日政界情勢也。夫前者之不滿，乃依人存政舉之義，全屬事實問題，此時尙未可逆臆；後者之不滿，誠爲立法上足資研究之問題矣。然今日吾國民飢者易食，渴者易飲之際，新立法，縱未臻完善，而比較舊制，稍能進步，則但望其能實行而已足。蓋今日政治之不良，病在有法令而不能實行，而法令之未善，尙爲第二問題也。故讀今日新內閣官制者，於立法之未盡善處，固應研究，而於立法之與舊制不同之點，尤應先爲抉出，務使在位者知新地位如此，舊地位如彼，兩者相較，迥乎不同，則破除舊習，變易面目，以與吾民相更始，其影響所及，效力甚宏，果能如是，吾民不特馨香祝之，卽以前種種惡政治，亦可相忘於無形，而今日以後漸次改良之法令，亦可操券以得，上下相見以誠，相責以善，救亡之策，庶乎近之矣。夫內閣官制之要義，與已經裁撤之內閣軍機處，性質不同之點，不勝枚舉，今姑先就憲政館會奏原摺所舉對於君主負責任及統一政權二大端，爲發明其要義數條如左。

一 新內閣制爲擔負責任

原摺謂『參仿德日兩國國務大臣所負責任、用對於君上主義、任免黜陟、君主皆得自由、與英法之注重議院者不同、』推起草者之意、恐參英法主義、則議院一旦議決不信任內閣案、內閣大臣不能不辭職、故預爲地步、使將來議院縱反對內閣、而內閣猶可依君主以自固、然如此用意、未免誤會、蓋今日立法之要點、重在新內閣擔負責任、以別於舊制軍機處之不負責任、其他學說上雖有種種問題、而於事實上似無甚區別、溯吾國周漢冢宰丞相之制、本有負責任之意、後世廢置丞相、於是位極人臣之大官、但爲天子備顧問之私人、及吾朝列聖相承、更與前代不同、除世祖初年睿宗親王攝政、聖祖沖齡、熬拜等輔政外、皆躬攬大權、日事萬機、世宗高宗、尤爲天縱聖明、首出庶物、當時在朝大臣、其智識程途、不逮萬一、非但無負責任之可言、即預備顧問、亦不過文詞掌故之屬、於一時之大政、令大賞罰、幾有無容參末議之餘地、當時軍機處之職掌、不過承旨書諭、記載檔案而已、即歷朝聖訓、亦不過責其慎密將事、未嘗望其獻一政策、出一大謀也、積習相沿、爲軍機處大臣者、每日入值、不過爲留聲機之作用、傳音清晰無誤、即可以上結主知、偶失意旨、則叩頭認過而已、此等情形、若常在雍乾之世、自可保持祿位、終其身無咎悔、無如時會所

趨中外大通、政事日益繁複、國勢日即艱危、迨宣統紀元、主上幼沖、攝政王謙德尤著、此時之軍機大臣均爲先朝所遺、故上下所期望、遂有僅僅書諭查案爲不滿足之感、因是而宣統二年、資政院開院、遂發生軍機大臣須負責任之問題、因此問題、實生今日之新內閣、故軍機處等之裁撤、可謂由於不負責任、而新內閣之成立、實在於能負責任、不必讀內閣官制第三條、已可知此次之爲國務大臣者、第一要在能負責任矣、此今日國務大臣所當遵守實行、而必須先爲抉出之第一要義也、

其次所謂德日制度、英法制度者、乃學說上之爭論、非事實上之問題也、卑斯麥有宰相非對議會負責任之宣言、不過爲一時之遁詞、非國法學者所能承認、近一千九百零九年、德國議院自由黨所提出之憲法改正案、凡內政外交及皇帝之一切言行、對於帝國議會、宰相均負責任、此可見德國制度之趨勢矣、日本雖無內閣對議院負責任之明文、然議會史上、屢有不信任內閣之決議、至內閣總辭職或解散議會矣、故雖用英法制度、而宰相任免、仍必待君主勅裁、且宰相而能自信其政策、仍有奏請解散議會之權、雖用德日制度、至議院而不信任內閣、即當不待議院之上奏、而內閣先定辭職或解散之方針、日本即如此並無對議院負責任、即不能解散議院之學說、亦無不對議會負責任、即可成不辭職、亦不解散之

事實、况吾國歷代政治、均以得民心爲重、吾朝 列聖、尤爲尊重輿論、如康熙時張濟恪陳恪勤之獄、雍正時李

穆堂楊文定之獄、乾隆時謝梅莊之獄、類此者甚多若議會而至屢經解散、仍不信任內閣、則內閣亦終不能依君主

以自固、是故所謂英法制度、德日制度、學說雖殊、而結果正同、吾望吾國內閣大臣、當以順

民心、重輿論爲念、若預存一趨避之心、則 聖明在上、臨時恐有不容借以遁飾者、此今日

國務大臣所當遵守實行、而應先爲抉出之第二要義也、至於黜陟大臣、固爲君主之自

由矣、然當議院與內閣衝突之際、君主或以內閣爲是、而認議院之非、確爲代表民意、因之

可內閣之奏、解散議會、或以內閣爲非、而認議會確爲代表民意、因之容議院之彈劾、許內

閣辭職、二者之或彼或此、此君主之自由也、故解散與辭職必居一於此、此又自由之界說

而不可不注意者也、日本有君主召見兩院議長而調停之者、此爲變例、亦爲辭職解散之

爲以君主恩禮及臣民愛戴兩相結合以爲調和而無絲毫以威力壓制之意寓其中

二 新內閣爲統一政權

軍機處之制、大臣必在三四人以上、雖有爵秩資望寵眷之不同、而法律上地位並無軒輊、

往者惟首座之權爲特重、亦有不盡然者、禮部爲首座、二十年並未握軍機處全權不過跪次最前、問話較便、得占最先

應答之權耳、若偶因請假未到、則是日發布之大政令、及高等官之任免、其協贊之權、卽全

放棄、故軍機大臣、因政權不能統一之故、於國家大政令、往往可以推諉、除諉過於君主之外、尚有諉之同列、諉之各部、諉之各省之種種方法、今新內閣制則不然、總理大臣惟有一人、雖暫行制有協理大臣不過爲常設之代理非有分權之價值官制第五六七條、明定有干涉或監督指揮各部大臣各省長官之權、故凡各部各省行政之得失、總理大臣絕對不能諉爲不知、亦不能謂是乃各部大臣各省長官之意、蓋因官制明定有得暫令停止之條文、苟總理大臣一日未去職、則各部各省之行政、無一事能卸其責於他人、故統一政權之效、不僅挽政府散漫隔膜之失、並可矯推諉趨避之弊、此今日內閣總理大臣所當遵守實行、而應先爲抉出之第三要義也、

凡爲軍機大臣者、無自身發表意見之時、蓋軍機大臣有所書、必書 諭旨、有所寄、必寄

上諭、在會典上本無直接對內外官吏及人民發命令之權、近時有以私函聯名向外吏陳述政務者外吏即視爲朝廷意

旨能執行恐後但此非法律所承認故不因此定制、遂至軍機大臣有時如欲發表其意見、不

得不借 諭旨以爲發表之方法、是本用爲代君主之喉舌者、其結果乃借君主之喉舌、以爲之用、不亦冠履倒置之甚耶、今內閣官制、則有閣令也、訓示也、及暫令停止之特別命令也、故內閣總理大臣、如有意見欲發表、其方法甚多、而今而後、自可謹遵官制以爲活動、決

不必再假 諭旨矣。庶君主因此得保其神聖尊嚴不能爲惡之地位。斯真合乎設立責任內閣之精神。故政權統一之效。不特去諉卸牽掣之弊。且可免凡事必託之 諭旨之苦衷。此今日內閣總理大臣所當遵守實行。而應先爲抉出之第四要義也。

新內閣官制。又有重要之點。爲憲政懷疑派所藉口者。則魁柄下移之說是也。原奏有鑒於此。故申辯亦最力。然所稱兵柄別有專司同列均爲比肩等。在各國制度。大概如此。溯其定制之初。決非爲內閣權重而設。今引之以釋內閣權重之疑。殊爲失當。夫憲政之內閣。在各國通例。但有才望經驗。不足以任艱鉅之慮。若權姦專恣。昏庸尸位。舉無足慮。其故何也。蓋有議院之實行監督。及君主之不負責任二要件。以持其後也。歷史上權姦昏庸之在政地。固由無議院之監督。亦由其能朦蔽君主。使爲傀儡。以當輿論之攻擊。故怨謗雖深。而人民無如之何。彼得因此以久竊祿位。荼毒生民。若立憲政體。君主以不負責任爲要義。超然立於內閣議院之上。全視民心之向背爲標準。而無絲毫偏私之見存其中。雖有權姦昏庸之流。自無趨避之地。一旦遭議院彈劾。卽不能一日安其位矣。專制政體之監督內閣者。惟君主一人。其勢常勞而寡效。立憲政體之監督內閣者。徧及國民。其勢常逸而少弊。是故欲內閣之不專恣。先在使議院能實行監督。欲使議院能實行監督。先自君主不負責任始。若一

方既恐內閣之權重，一方又不欲議院之實行監督，是兩者交失其用，既失憲政之精義，亦與內閣官制第三條擔負責任之意不合矣。專制國之天子對天負責任，然天視自吾民視，則對天仍即天子對內閣制第三條擔負責任之意，即繼受向來專制國天子之責任矣。此又為讓內閣不宜制者不可不注意也。今日之國務大臣，即前日之軍機大臣，新內閣官制，即為所手定，其中要義，當已推闡入微，惟望深念今日之地位，非復昔日之地位，而輿論之監督，亦惟先就現制以促其實行，毋遽求高遠，嗚呼，國民對內閣而至無復希望，亦豈國家前途之福哉。新內閣官制及暫行章程，見本誌專件。

論就地正法

法政雜誌第六期宣統三年

就地正法章程，起於咸豐三年，其時因各省土匪叢起，交通多阻，遞解不便，故變通向來盜案解省審勘，分別題奏定例，為一時權濟之策。在定章之初，本專為勦辦土匪而設，嗣後各省相沿，即尋常盜案，亦多不待審轉覆核，概行就地懲辦，致解勘具奏成例，幾同虛設。迨軍務漸平，言官屢以為言，而疆臣率以遊勇馬賊根株未盡為詞，不允規復舊制。如同治八年，御史袁方城、十二年御史鄧慶麟之奏，均交部飭下各省體察情形，妥奏而為各督撫所阻者也。光緒七年，刑部因御史胡隆洵奏請將盜案分別首從一摺，議將就地正法先行停止。

飭下各省妥議、亦爲各督撫所阻、八年、御史陳啓泰謝謙亨又以爲言、兩摺敷陳、皆極切至、陳摺扼要之論曰、

各省覆奏就地政法章程、皆以勢難停止爲辭、所陳不過謂盜案尙多、遞解處有疏脫、省監聚處、或恐別滋事端、以外無他說也、夫未有新章以前、何一案不解省、何一犯不在監、今之視昔、情形不相懸絕、護解之不愆、典守之多疎、疆吏不能區畫周詳、反謂勢有阻難、遂置 國家成憲於不顧、至謂簡便章程、行之日久、驟歸舊例、州縣層層解勘、經費難籌、辦盜愈艱、諱盜必愈甚、不知囚糧役食、原准坐支、胥吏陋規、尤干例禁、何得以此藉口、况諱盜之習、全在上司之整頓、並不視辦法爲轉移、毋庸鯁鯁過慮、若遷就新章、流弊甚大、一案旣出、但憑州縣稟報、督撫旣批飭正法、則其中以假作真、移甲就乙、改輕爲重情事、皆所不免、蓋地方盜案、登時就獲者少、參限屆滿、躡緝無期、往往別取平民、妄拏充數、或前案人民、竄入後起、或尋常案犯、陷以重情、捏贓教供、刑逼誣服、但以考成爲念、上司各懷瞻徇之私、委員會審者、不過一公稟銷差、道府覆訊者、不過一空詳塞責、案情旣結、則死者不可復生、斷者不可復續、覆盆之枉、昭雪無從、且補錄供招、成何信讞、按季彙報、亦襲刑章、等 祖制若弁髦、視民命爲兒戲、若不亟思變計、恐殘殺習爲故常、怨憤激成事

變、從前髮捻未平、匪徒蠱起、自不妨權用重典、今海內晏然、幾十二年矣、百姓相安、元氣未復、休養生息、正在斯時、分別首從之例、縱未能遽議改歸、而就地正法之章、何不可先行停止、應請 飭令仍照舊例解勘、分別題奏、以重刑憲、毋令地方官吏久擅生殺之權、庶人命不至草菅、

謝摺扼要之論曰

就地正法章程、一日不停、則此日之冤殺吾民者、不知凡幾、在各督撫等、或 先朝勳舊、或 特旨擢用、無不力圖報效、懲咸同間盜匪之害、以爲治盜宜嚴、而後閭閻可靖、然正惟其急於求治、而屬員之望風迎合者、益教串誣、以顯其緝捕勤能、承審之員、又鍛鍊周內以附之、坦直者輕於信人、果決者急於除盜、欲其無誤能乎、章程本爲軍務而設、仍應分別有無軍務省分、覈實辦理、現在有軍務省分、惟甘肅纏回時擾、廣西越境勦辦、越南土匪、應暫緩停止、其餘各省辦理邊防海防、皆武備之常、不得假借防務爲軍務、率請暫緩停止、

旋經刑部奏 准、議限停止就地正法、其疏略謂、

臣部爲執法衙門、一切均有定例可稽、未便以一時權宜之計、視爲經久不易之常、若如

各該省所奏盜案尙多、礙難規復舊制、試問盜風何時方能止息、似此年復一年、安於簡便、致令殺戮之權、操之臣下、終無規復舊制之時、亦殊非慎重人命之道、臣等公同酌議、除甘肅省現有軍務、廣西爲昔年肇亂之區、且勤辦越南土匪、以及各省實係土匪馬賊、會匪遊勇案情重大、並形同叛逆之犯、均暫准就地正法、仍隨時具奏備錄、供招咨部查核外、其餘尋常盜案、現已解勘具題者、仍令照例解勘、未經奏明解勘者、統予限一年、一律規復舊制辦理、儻實係距省寫遠地方、長途恐有疎虞、亦可酌照秋審事例、將人犯解赴該管巡道訊明、詳由督撫分別題奏、不准援就地正法章程、先行處決、以重憲典而免冤濫、

二十四年、又因奉有 懿旨、經軍機大臣會同三法司議定奏 准、聲明除現有軍務省分及實係土匪馬賊會匪遊勇暫准就地正法外、其餘尋常之案、一律規復舊制解勘、宣統元年四月、御史吳緯炳又奏稱盜犯就地正法章程、本屬一時權宜、現在各省並無軍務、所有尋常盜案一律照律解勘、

經法部議奏、略謂

就地正法章程、節經臣部迭次奏明通飭停止、誠恐各該省狃於積習、復以轄境不靖、未

能悉復舊制爲言、而地方官憚於解勘、樂從簡易、甚有不問供詞、妄拏充數、仇叛刑逼、良莠不分、州縣但顧考成、督撫僅憑稟報、推其所極、流弊安窮、應如該御史所奏、嗣後各省拏獲盜案、除東三省爲根本重地、現尙勤辦鬻匪、以及各省實係土匪馬賊會匪遊勇嘯聚藪澤、抗拒官兵、形同叛逆者、仍照光緒二十四年臣部奏定通行暫准就地正法、隨時具奏備錄、供招咨部查核外、其餘尋常盜案、均應一律照例解由該管上司覆勘、倘距省寫遠地方、長途慮有疎失、亦可酌照秋訊事例、將人犯解赴該管巡道訊明、詳由督撫分別具奏、不得仍援就地正法章程、先行處決、庶案犯情節輕重、臣部亦得據咨核辦、而刑章益形矜慎矣、

嗣經政務處核定、奉旨允准通行、而湘撫粵督滇督均奏請仍照向章辦理、又經法部議駁、并請嗣後有再請暫照就地正法章程辦理者、以違制論、並隨時奏請交部議處、十二月初四日、奉旨依議、本年三月二十九日、憲政編查館議覆東督錫良奏解釋法令議論紛歧一摺、其摺尾復解釋限制就地正法各案曰、

細繹閣部原奏、旣云抗拒官兵、自係指派兵勦辦時而言、凡由軍營官兵登時於軍前拏獲者、暫准訊明稟請軍令、立予就地正法、此外事後捕獲人犯、但有拒捕情形、只能按律

治罪、誠以罪人拒捕、現行刑律、列有專條、與抗拒官兵者情事確有不同、仍應遵照現行法令送交審判衙門、或地方官衙門審辦、不得率先處決、致有冤濫之處、總之就地正法之案、向來辦法、僅不層遞解勘、現在層遞解勘之定例既廢、則就地正法之限制宜嚴、若概從簡便、設或枉殺無辜、殊非所以仰副 朝廷矜恤民命之意、

綜觀以上關於就地正法各奏案、則就地正法章程之起因、及言官疆吏所爭執、政府部臣所主張、與其議定限制之法、已瞭如指掌、而今日此項章程之決不容一日存留、其理亦甚顯著、然行政官、方以生殺之權、操之數十年、不甘放棄、當此實行憲政之時、屢見草菅人命之舉、猶復變本加厲、牽合影射、近某省以搶劫地在城外解釋嘯聚蔽澤四字此等奇解當爲初定章時所不及料蹂躪人權、破壞立法、莫此爲甚、特再分別申辯之如左、

一 就地正法章程之性質如何

論此項章程之性質、可分爲立憲政體與非立憲政體兩方面觀察之、今先就立憲政體觀察之、夫就地正法、乃適用軍律也、在專制國雖稱爲一時濟變之策、而在立憲國、則無可比擬、無已、則謂之適用戒嚴之一部分、欽定憲法大綱君主大權項下、有宣告戒嚴之權、當緊急時、得以詔令限制臣民之自由、夫限制自由、有種種、停止司法審判、而用軍律、亦其一

端也。吾國目前既豫備立憲，且有憲法大綱之頒布。憲法大綱六月十日上下不可不遵守憲法大綱今則以立

憲政體一方面觀察，而姑以一部分戒嚴之性質解釋之，似亦無不可，但戒嚴有不可缺之要件：（一）必出於君主大權之行使；（二）必限定區域；（三）必非長時期，以第一要件觀之，則就地正法，必當緊急時已經君主行使大權宣告戒嚴之後，方能適用，決不能委任行政官爲之也。以第二要件觀之，其區域決不能泛指數省，甚或不限區域，而以事情爲斷者，以第三要件觀之，則宣告戒嚴必有其原因，原因消滅，則戒嚴亦必解除，雖宣告時不能預定時期，而必限於一時，則甚明。若今之就地正法，全出於地方行政官之主張，區域既廣，且軍務早平，猶無停止期限，以此比擬戒嚴，其性質實難強同，故此項章程之在今日，既於憲法上無可比擬，則不必侈言憲政原理，已早無存立之餘地，其亟應廢止，有不待再計者矣。

次則姑置立憲政體，而就咸豐三年創立此章程時，推究其性質，咸豐三年爲各省匪亂最劇之時，創此章程，亦實有萬不得已之故，惟當時勦辦大股亂匪，設有捕獲，自當適用軍律，不遵盜案解勘具奏成例，不待言矣，所以必別定此章程者，乃在盜案與亂匪類似之點，凡嘯聚多衆持械搶劫拒捕官兵者，亂匪與盜案，外形所同也。其內容之不同者一爲永久嘯聚而目的在顛覆政府一爲僑竊國然在亂匪，則適用軍律，在盜案則適用大清律例，頗有不易分別者，故當

士一爲暫時糾合其志僅在財物

時疆吏推廣適用軍律之範圍、以就地正法章程治盜匪、是此項章程、可謂由軍律推廣而設、非由刑律變更所成、其藉口雖在避解勘之繁、其用意乃在防盜匪之釀成亂匪、而預以治亂匪之法治盜匪也、此爲初創此章程時之性質也、迨後亂匪既平、已無推廣軍律之必要、而疆吏猶屢次堅持不肯規復舊制者、則有二原因、一則憚解勘之繁費、樂於簡易、一則久操生殺之權、習於殘忍、此二種思想所結合、遂致內外爭持、數十年不能停止、然不知已非當時立法之本意矣、此又就創立此章程時之性質而見其決不能再存留於今日也、

二 就地正法不能停止之理由安在

就上述創立此章程時之性質言之、不可謂無一時之利、惟奏報匪亂肅清之際、即當取消此章程、方爲正當辦法、設將來再有匪亂竊發、不妨再限定區域、奏請頒布此章、則既暗合戒嚴之用意、亦無礙於辦事、立法上所可許也、奈何各疆吏喜於生殺自專、藉口盜案尙多、不肯停止、不知立法之本意、因地方騷亂、而改變治盜之法、非以此爲弭盜之策也、至解勘之繁、則向來地方官辦理盜案、監禁遞解、及上級官廳之需索留難、犯供翻異、則行提拖累、困難繁費、誠爲吾國行政上一大弊藪、然光緒八年部議、已有變通辦法、自仿行憲政司法獨立以來、此弊已漸豁除、宣統二年十二月法部會同憲政編查館奏變通州縣招解死罪

人犯一摺略謂

凡直省省城已設高等訊判廳者，所有從前省城行政各衙門歷管一應審勘事宜，均欽遵宣統元年十二月二十八日特旨，劃歸該省高等審判廳辦理，毋庸再由院司審勘。向設發審等局，亦應裁撤，以符定制，而清權限。此外各府廳州縣未設審判廳地方，所有各州縣間擬徒流遣罪尋常命盜並一切死罪人犯，均解本管府及直隸廳州覆審，距府直隸廳州寫遠者，由府及直隸廳州遴委妥員前往覆勘，如覆審無異，即錄供定讞，詳司核辦。其由府初審及直隸廳州案件解該管道覆審，距道寫遠者，由道委員前往覆審，如覆審無異，詳司核辦。倘有鳴冤翻異及案情實有可疑者，仍准由司行令高等檢察廳分別提省，移送高等審判廳辦理。此項提審案件，即作為該廳第二審案件，一應報司報部之法，均遵照臣館前奏死罪施行詳細辦法摺內所定已設審判廳地方辦法辦理。凡經由高等審判廳審理之案，均無庸督撫奏咨，以符司法行政分權之實。

就此摺觀之，則向來疆吏所藉口解勘之不便，已經有法令變更，是所持不可停止之理由，已不啻全破矣。於此而尚有欲保存就地正法者，則捨行政官習於殘忍之心理外，無他說也。至行政官而必欲以能專擅殺人為榮，則誠非可以理喻矣。

三 就地正法章程不停止之害

凡行政以敏捷爲貴，獨司法則不厭審慎。書云與其殺不辜，寧失不經。此合中外古訓。新舊法律爲一貫之理，從未聞有持異議也。誠以人命至重，死者不可復生，除極野蠻人種外，此心此理，人人所同也。故三審之制，減少死刑之學說，已爲世界所公認。其在閉關自守時代，有時但謀少數高級人之利益，而於一般人之生命，有不暇尊重者。此從來之惡習慣，無足深責。及交通對外時代，則不可不以全國人之力，對待外界。既欲以全國人力對待外界，則於全國人之人格，不可不使之日高，而人格權中第一之生命權，尤不可不先爲尊重。此以一國之政策言，其理固當如此。非但以煦煦爲仁也。第以上所陳，今日行政官似尙不足以語此。則試以近事證之。如廣西上思州黃遠南一案，憑電稟數字，卽冤殺五人。設照覆核解勘成例，決不鹵莽至此。且此案第因張撫自行檢舉而發現耳。此外全國之廣、疆、吏、怙、過、之多，冤殺不知凡幾。誠有如謝御史所稱就地正法章程一日不停，則此日之冤殺吾民者，正不知凡幾也。故在今日卽不因司法獨立，此弊已不可不早除矣。

四 部臣限制就地正法章程之不合法理

然部臣尙曲徇疆臣之意，不肯斷然停止就地正法，而但加以限制，其限制之法有二，一則

以事實言、如抗拒官兵、是也、一則以身分言、如土匪馬賊會匪遊勇、是也、以事實言、姑勿論、若以身分言、則殊無理由、夫官吏有因身分犯罪而加重者、宜若可仿行、而不知就地正法、非加重也、蓋同一死罪、覆核解勘與否、全在執行刑罰者之審慎與草率、與犯罪人無與也、且從未聞有以審慎爲輕、而草率爲重者、若推想設此界限之本意、當以土匪等四項黨羽衆多、設久羈囹圄、遠解他處、有劫獄攔奪之虞、不得不出於權宜、不知向來劫獄之案、雖時有所聞、然大半出於獄吏之疏懈、及獄囚之合謀、決非因囚人之身分而起、地方官果能於監獄警察制度、極力整頓、自可免劫奪之患、若如今日之事事疏懈、則凡囚人無不有關係之人、凡死囚無不求脫逃、能盡死囚皆不羈獄不遞解耶、至處置犯人之必須用軍令與否、當視拘捕時之情形而定、倘拘捕時有交戰之情形、非用正式軍隊不可者、則於軍前拿獲之時、自當適用軍律、若但由警察捕獲、今日用兵勇捕拿犯人之事、頗多此乃以兵勇執行警察之事、非爲正式之交戰或雖用軍隊捕獲、而距抗拒之時已久、則仍當適用刑律、夫謀反叛逆、尙規定於刑律、何獨於土匪等獨開例外、故以犯罪之性質、及犯人之身分、而定其適用刑律與否、按之法理、無有是處、本年三月憲政館覆奏之解釋、似較爲適當矣、但仍不一律停止、則由於誤以就地正法、牽合軍令、不知就地正法、縱一律停止、如有大股土匪等抗拒官兵、仍可適用軍令、不因停止就

地正法、乃并軍令而廢之也、况憲政已經實行、憲法大綱中宣告戒嚴一條、尤不患不能適用、部臣果何所憚而不敢明言停止耶、

由此觀之、今日就地正法、自應一概停止、在審判廳已經成立地方、所有死罪施行辦法、自當謹遵宣統二年二月憲政館奏案辦理、分別申報法部、照例核辦、請旨行刑、其未設審判廳地方、則解本管府及直隸廳州覆審、相距寫遠者、派員覆審、如此則辦法既不困難、人命亦藉以慎重、疆吏而尙知慎重人命也、當亦不再爭執矣、抑又聞之、向來偏僻之區、民風號稱強悍者、地方官之治盜、除酷刑致死及痍斃獄中不計外、以正式刑人於市者、時有所聞、細審其實、大率非但未經覆核具奏、且亦未曾具報上官、蓋均以拒捕格殺捏報也、上官雖亦有聞、以習慣如此而默認之、其實所謂該處民風強悍、慙不畏死者、皆此等政策養成之、故疆吏之欲保存就地正法章程、尙爲知有國家法令、而望主權者之承認、爲退一步之要求也、嗚呼、此等惡習慣不除、官吏日以殘殺同類爲威福、而欲爭存於世界、難矣、

再論新刑律議案一百八十四條之親告罪

法政雜誌第六期
宣統三年

本誌第二期出版後、對於本題論文、蒙汪君來書、更以疑義數端相質、深佩汪君能尊重法理、不憚再三討論、因再將鄙見答述、仍乞汪君之教、

(一) 尊親屬是否爲被害人。前論第一段曾聲明「和姦者之直系尊親屬可爲被害者否此又當別論」鄙意實不認其爲被害人也。然既不欲反對憲政館之增立此條而姑留之矣。則無夫婦女之尋常和姦與親屬相姦亦不能謂無區別之理由。在尋常和姦以吾國習慣論同居尊親屬不過有名譽上之損害。但此損害名譽之性質與三十一章之妨害名譽不同。蓋一爲他動的、一爲自覺的。他動者可以告訴爲恢復自覺者不能藉公力爲制裁。此各國刑法所以無姦非罪許親屬告訴之規定也。若親屬相姦則於損害名譽外更有血統問題。(此雖非生理學上之思想而確爲習慣上之思想)倫紀問題以視尋常和姦有更進一步之可言。故前者不認其爲被害人。後者認其爲被害人。因遷就習慣上觀念而狗憲政館分立一條之意。致生出過渡時代於程度上加以區別之標準亦不可謂全無解釋也。

(二) 因公訴不便而以告訴權寄諸尊親屬。以法理言之。有夫姦亦不能謂無害於社會。而刑法必待本夫告訴乃論者。豈非以公訴爲不便。質言之。凡屬親告訴無不皆然。蓋不便之意有種種。搜集證據之難。特爲不便中之一端。其中最要之點。則刑法大都含有社會必要主義。所謂再犯豫防說。世人警戒說。其目的皆在保持社會之和平。以曖昧之事。而摘發之。至定爲公告。於保持社會和平之目的。恐無益有損。然此仍假定爲性質上可以公訴而

言也。若如上段所述，鄙意固已遷就社會習慣，尊重倫紀問題，姑認尊親屬爲被害人矣。如此則自無過於信任尊親之慮，卽謂不訴者爲無害於國家社會，亦無不可也。至同一犯罪，而國家之處罰與否，須視告訴不告訴爲斷，則凡親告罪所決不能免之事實，不足爲病也。

(三) 刑律草案確非視此等行爲以國家爲被害人，此一見之於憲政館核訂新刑律原奏，再證之於特派員說明，然此均不足爲依據也。蓋吾輩審查之際，於起草者意中所取之主義，但有參考之價值，其拘束力決不能及於審查之結果，故無論起草者之意思如何，吾輩或取其主義而改其條文，或仍其條文而變其主義，均有自由裁量之餘地。以親屬相姦，別立之別立專條，爲合於吾國目前習慣，而不能驟去，此審查結果之判斷也。以親屬相姦，別立專條，若竟仿德刑法之爲公告罪，與吾國目前習慣不合，此亦審查結果之判斷也。故縱令草案所取主義，以國家爲被害人，吾輩不妨一面採其條文，一面改其主義，而決非一面以國家爲被害人，一面以告訴權委之尊親屬，况草案確非取以國家爲被害人主義乎。

(四) 親屬相姦與墮胎罪不同。墮胎罪與殺傷罪相同，被害者直接爲國家，(胎兒固不能起訴) 自當由國家爲之起訴，姦非罪之被害爲本夫。(今親屬相姦之無夫婦女亦姑認以尊親屬爲被害人) 故當由本夫起訴，而無夫姦之當然不爲罪亦自明。此二者性質

絕然不同，毫無比擬之價值也。

總之汪君本意，主張修訂法律館原案，親屬相姦，卽包含於二百八十三條中，不另立專條。今既已遷就憲政館之核訂矣，又頗不服其主義，遂欲強使就德刑法主義，譬之今有人恨人之事事摹仿歐風也，而謂之曰汝何不并膚色而變之，而不知膚色決不能變也，讀者幸善會汪君之意。

附汪君來書

總之親告罪之有告訴權者，必係被害之人，親屬相姦，非親告不理，則是否以此等行爲之被害者爲相姦者之尊親屬，此問題不可不先行研究，如云是也，則無夫婦女與尋常人和姦，其尊親屬不被害，一旦與同宗人和姦，其尊親屬便是被害者，無論如何不能解釋，若云此等行爲爲國家社會之害，而因公訴不便，故以告訴權寄諸尊親屬，則毋乃過於信任尊親屬矣，何則，假如有此等罪犯，而尊親屬不訴，便是無從處罰，將得謂不訴者爲無害國家社會乎，同一犯罪，而國家之處罰與否，須視其尊親屬之告訴不告訴爲斷，按諸法理，實不可通，蓋親屬相姦，與尋常和姦性質不同，尋常和姦，有夫則爲罪，無夫則不爲罪，有夫所以爲罪者，以其侵害夫權，故惟夫爲能告訴，而他人不能，無夫則無被害之人，故刑律不以爲

罪也。今親屬相姦，則無論有夫無夫，刑律皆以爲罪。此足見刑律之視此等行爲，直以國家爲被害人，非以其尊親屬爲被害人。明矣。一面以國家爲被害人，一面又以告訴權委諸犯人之尊親屬，弟誠百思而不得其解者也。若云不便公訴，故不得已爲之，此又不合法理。蓋公訴不公訴，須視其犯罪之性質而定，不能因手續上之便不便而定也。譬如婦女墮胎，其曖昧與姦罪同，其搜查上之不便，亦與搜查姦罪證據之不便同，然而不定爲罪則已，既定爲罪，則萬無以告訴權寄諸親屬之理也。此事弟懷疑已久，因見雜誌有此論，故與兄一論，兄若能一一解答之，弟亦決不墨守也。

資政院院章第十四條諮議局章程第二十一條議決公債權之範圍

政法

雜誌第一一年八
期宣統三年

緒論

謹按憲法大綱，凡關於國家財政，不許臣民干與者，有一事，即君上大權下第十三項，皇室經費，應由君上制定常額，自國庫提支，議院不得置議，其他議院雖得置議，而有制限者，亦有一事，即議院法要領下第三項，君上大權所定及法律上必需之一切歲出，非與政府協議，議院不得廢除減削，由此觀之，除此二事以外，無論國家財政、地方財政、立憲國之臣民、

均應有完全協贊監督之權矣。資政院院章第十四條，應行議決事件之第三項，稅法及公債事件，此公債兩字，指國家因財政上之必要所起之公債也。諮議局章程第二十一條第四項，議決本省稅法及公債事件，此公債兩字，指本省因財政上之必要所起之公債也。其議決之範圍，自當以起公債之是否必要為主，而以起債之方法、公債之種類、募集之條件、償還之計畫，爲其附屬條件。按之各國通例，及無論以如何眼光，如何學說，解釋吾院章，均不能挾絲毫疑義者也。乃讀本年四月十九日內閣總協理大臣所副署之上諭，對於借款一事，僅著度支部將借款用法各項表冊，分別嚴催，尅期辦妥。俟九月開常年會時，交院議決。又六月二十九日度支部議覆江西巡撫奏請借債一事，謂若爲整理舊債起見，苟能減重息爲輕息，易短期爲長期，辦法尙無不合。惟所指統稅抵款，於豫算原額外，能否增籌，所擬章程，有無流弊，應請飭下該撫，妥慎規定，仍交本省諮議局議決，再行咨部核辦等語。奉旨依議。以此上諭及奏案觀之，似資政院諮議局議決公債之權限，僅能議其用法，及其抵款與章程之有無流弊，其借債之是否必要，議員無干與之權限矣。究竟憲法大綱院章局章所規定，與上諭奏案有無抵觸，是否變更，凡吾國民，不可不加研究也。今分別述之如左。

第一、資政院議決公債權之範圍

考歐洲公債之起源、雖遠在中古之世、而其發達、則在立憲時代、故起債之必先由議會議決、求之歷史、毫無異例、是以原則言、立憲國家之起債、不先經議會議決、直可謂之違憲、在法律規定議決權內之事項、而不交議、直可謂之違法、已毫無辨論之價值、無已、姑求之例外、夫例外有二、

(一)緊急之事、吾憲法大綱有云、在議院閉會時、遇有緊急之事、得發代法律之詔令、並得以詔令籌措必需之財用、惟至次年會期、須交議院協議、此亦各君主立憲國憲法之通例也、然其事必爲發生在議院閉會之後、而又實在緊急、不及召集臨時會者、若此次借款、發生在第一次資政院開院以前、既事涉數年、且上諭明明有尙非緊急之語、本年交議、又但限於審查各項表冊、而不含追認之意、則不能適用緊急之例明矣、

(二)既定之事、查郵傳部借款原奏、謂所有借款合同、實係張之洞於宣統三年四月簽字、其時資政院尙未開辦、現在正合同、係遵奉諭旨著歸郵傳部接辦之案、並非目下始行定議云云、此郵傳部所執不交資政院議決之理由也、夫草約已畫、卽爲成議、亦吾輩所承認、故謂此借款、不能從根本上取消、以外交上之關係、認此借款之原因、爲資政院未

開以前、君上大權所定之事、尙非無理、然此草合同、決非如宣戰講和之條約、其內容專涉於命令事項、可照憲法大綱、全屬君主行使大權之事、乃因資政院未開以前、照向來政治上習慣、奏准商訂之事、此項借款僅奏明商訂若草合同簽字後即並未奏陳不可不知故若定議果在資政院第一次開議以前、則自無交院追認之必要、乃今則自催促磋商以至定議、前後互二年之久、而資政院開院、又適在此二年中、則凡關係於借款之種種、即郵傳部所稱會晤將及二十次、辯論不止數萬言者、何一不應交議、但使於交議之際、附帶條件、謂此案草合同已經簽字、不能全部否決、則議員顧念外交、亦決無全部廢棄之理、於是議會議決大綱、一切細目、仍委任於行政官辦理、亦並無掣肘之虞、上年開院中、鄙人曾提出質問書、雖經度支大臣到院說明、并謂將來必交議、而迨至閉會、終未見提出、乃突於本年四月初六日、奏奉上諭定議、而郵傳部原奏、乃以並非目下始行定議爲遁飾之詞、夫宣統元年四月所定議者、乃借款之原因也、即因鐵路需款、而與外國人商議借款也、宣統三年四月所定議者、乃借款合同也、即借款之數目利息折扣、及附帶種種權利義務之條款也、若謂原因既定、不必交議條款、則凡新定法典、既定議編訂、即無須再議條文、某項稅法已定議增加、即無須再議細目、有是理乎、故藉口於既定之事而不交院議、於法理上政治上、均無理由之可言、

上節所述，猶指四國鐵路借款而言也。若日本橫濱銀行之一千萬元，則并其原因，亦發生在宣統三年，未見該部原奏，不知是否援緊急之例，但讀四月十九日 上諭，通指爲尙非緊急，似未嘗援引及此，則政府之違法，蓋亦自知無可遁飾矣。

第二 諮議局議決公債權之範圍

今由各省督撫募集之公債，爲國家公債乎，爲地方公債乎，其性質頗不易明瞭，若以用途言之，今日各省公債，全爲填補現在或從前預算之不足，而各省預算中之歲出，大半又爲國家行政經費，則因用途而定其性質，各省之公債，似當與中央政府所發行，同爲國家公債矣。然就其償還言之，則各省公債所指抵償還之款，率爲一省經常歲入，而非仰給於度支部之協撥，不特爲目前增加本省義務，且爲將來減少本省歲入，故就償還而定其性質，又當爲地方公債也。由前之說，當由資政院議決其大綱，而本省諮議局，但議其募集之方法條件等，而六月二十九日度支部奏案後半之語，前半即爲斷定尙無不合仍非尙無不是，由後之說，諮議局應有完全議決其全體之權限，而江西巡撫之不交議決，先行奏請，實屬違法，欲決此問題，當先明諮議局之性質，及督撫之權限，夫諮議局之性質，當以憲政編查館議覆于式枚摺，謂爲中國特別制度，爲最正當解釋，近資政院總裁副總裁爲諮議局性質屬於地方議員此毫無價值之言不足辨 所以定

諮議局爲特別制度者，由於督撫亦爲吾國特別制度也，故諮議局之權限，卽隨督撫之權限而定，督撫權增，諮議局之權限亦隨之而增，督撫權減，諮議局之權限亦隨之而減，果使將來之督撫減削權限，如日本之府縣知事，則諮議局自當俯就地方議會之範圍，否則凡督撫權力以內所能上奏咨部通飭下屬之事，除執行中央政府命令之外，皆爲諮議局所應議決之事，故讀諮議局章程二十一條者，必以如是之眼光觀之，方不謬誤，解釋諮議局議決預算權之範圍者，謂祇限於本省行政經費，此因有資政院以議決全國之預算，凡各省之國家行政經費，自不能再由諮議局議決，此限制誠是也，若公債一事，是否必要，全視本省之情形而起債與否，亦全憑督撫之認定，既純屬於督撫權限以內之事，非出於中央政府之命令，卽當先由諮議局議決矣，故今日各省之公債亦可稱爲吾國特別制度之公債，其範圍較國家公債爲狹，而關係則略同，視地方公債爲重，而利害及於本省則尤切，因此其議決之權，亦當略同於各國國家公債，而視各國之地方公債，制限當嚴，今試證以各國地方公債通例，及吾局章，而說明其方法如左。

(一)各國地方公債起債之方法 凡地方公債起債之決定，各國通例，皆由自治團體，先議決其方法利率，及償還之計畫，然後再受民政度支兩大臣之許可，雖有關係輕微之債，

例外不必經許可者，但凡中央集權之國，必以受許可為原則，且有國家法律規定，如何範圍之內，以如何目的，方許起債，若遇特別之事，亦有規定特別法者，誠以公債之性質，乃於將來之收入，先行支取，於後來之財政，加以抑制，即使將來之收入，擔負利息及償還，而於將來之事業，加以制限也，所含危險，不僅起債之地方受之，影響可及於國家，故除永遠公債，即無償還公債絕對不許地方團體發行外，此外亦多加以制限，如法國之邑債，以租稅之總額，定其成數，不得過租稅總額之幾成也，於縣債，視納稅人之負擔力，設一定之等級，以定各債之償還期間，即於此等級內依最高負債限度之範圍內定其期限英國以各地方團體內，所有不動產課稅的收益價格，定其負債額之成數，總之地方債之制限，皆有法律規定，而起債之時，又須經國家之特別認可，且受國家之監督，此各國共通之原則也，茲將各國地方債所定法律大概，附述於後。

(甲)英國地方債 英國地方廳起公債之權，有種種法律規定，其起債目的之範圍，因各種類之地方廳，如州會、市會、市部、區會等而加以各種制限，此外又有地方債法，一八七五年定公共工事公債法，一八七五年及一八八七年所定公共衛生法，一八八九年修正。其規定大略如下：(一)於各公債之存續期間，及該當期間內，擔保其償還，(二)欠債之全額，及地方自治廳之欠債全額，均有制

限、若欲超過此制限、須國會之承認、即國特別法、而得超過、(三)須得監督官廳之認可、有時更須得國會確認此認可、或直接經國會之認可、(四)因須確守公債之條件、地方政務局、常加監督、此英國地方公債起債之大概也。

(乙)法國地方債 法國地方團體之起債權、一六六二年以來、必須國家認可、一八三七年所定市制、凡地方團體歲入未滿十萬法郎者、其公債、以行政規則之形式、須受勅令之許可、過十萬法郎者、受法律之許可、其後市會及縣會之起債權稍擴張、其許可之權、一部分移於國家監督之下級機關、此法國地方公債起債之大概也。

(丙)普國地方債 普國地方團體、公債之決議、屬於其代議機關、此等決議、凡新公債、及增大現在公債之時、要經相當監督官廳之認可、其公債之施行、及起債之形式、有地方組織法、詳細規定、若發行無記名證券、則依一八三三年八月十七日法律之規定、應具狀於民政度支大臣、經國王之特許、其後德意志帝國民法七九五節、規定帝國及各邦公債以外之無記名證券、要經發行者住所之各國家認可、此德普地方公債之大概也。

(丁)日本地方債 日本地方債之決定、由各團體之代議機關、議決其起債之方法、利息之定率、及償還之方法、而受內務大藏兩大臣之許可、與各國通例略同。

由此觀之、各國地方公債之關係、遠不及吾國各省公債之鉅、而起債之方法、監督之手續、已如此嚴重、

(二)吾諮議局章程所規定 按局章二十一條第四項所規定、凡本省之起債、自在議決權限以內、本無疑義、惟以起債之重要、按之各國通例、及吾國向來行政上習慣、決無不待奏聞、即可施行之理、故於此有可疑者二、

(甲)讓歸資政院議決否 因各省所起公債、大部分爲填補國家行政經費、因此遂認爲國家公債、而編製於各省送部之預算總冊、概歸資政院議決、以符各省預算不議國家行政經費之解釋、此說於理論上亦似可行、此非各督撫及度支部所主張、因督撫及度支部原奏毫不含將各省公債交資政院議決之意然事實上殊不利益、蓋各省之應否起債、惟各該省之諮議局、乃能詳悉其內容、而決定其當否、且果若此、亦顯背憲法大綱所附議院法要領之第二項、而局章二十一條第四項、亦同虛設矣、

(乙)交議在奏 聞之前、抑在奏 聞之後、若在奏 聞以後、此亦非各督撫所主張、蓋各督撫心理欲借奏准

以歷諮議局原摺本無再交局議之語 則准否已定、諮議局必受拘束、不能再行否決、又何必交議、不特二十一條四項爲虛設、且於監察財政之職、亦全破壞、故既奏即不容再交議也、若謂奏 聞後

尙可議其章程辦法、

此六月二十九日度支部原奏所主張

則諮議局之權限、不應如此縮小、試述其不應縮

小之理由、(一)諮議局爲各省採取輿論之地、凡各省長官權限以內之事、皆應在採取範

圍以內、如上述諮議局之權限、應隨督撫之權限爲增減、今起債既認爲督撫權限內可以

奏請之事、卽當斷定爲諮議局應有議決之權、(二)凡國家公債、既在國會議決權以內、地

方公債、亦在地方自治體議決權以內、

吾府廳州縣城鎮鄉自治章程雖未明著公債之議決權自可包含於豫算及自治經費籌集方法項內

斷無間於兩者間之本省公債、反逸出於議會監督之外、而獨讓督撫奏請、部臣核定也、

(三)若議決公債之權縮小、則同條他項、如第一、第五、第六、第七等、不能不作同一之解釋、

第二項之國家行政經費不在本省兩字範圍以內

因此皆將謂但能議其細目、而不能預聞其根本上之可否、則

二十二三條之所謂可行不可行者、又謂之何、除以上三種理由外、尙有極堅確之證據、則

去年十月初七日 諭旨是也、 諭旨認湖南發行公債、未先交諮議局議決、係屬疏漏、則

局章第二十一條第四項之應有完全議決權、已無辨論之餘地矣、

就各國地方債議決之制則如彼、吾國局章規定又如此、各省公債應先交諮議局議決、已

毫無疑義矣、而議決後是否再行奏

聞、局章並無明文、或以爲疑、局章二十二條但有公布施行此四字相聯貫

似不合奏請之意

不知此乃局章之疏漏、查局章第一條按語、謂「本章程所訂各條、皆根本 聖

謨、非出於擬議者之臆見、而光緒三十三年九月十三日 上諭、有『議員公同集議、候本省大吏裁奪施行、遇有重大事件、由該省督撫奏明辦理』之語、是明明除公布施行以外、尙有應奏明之事在、夫公債豈非重大事件乎、故吾輩主張各省公債、應略仿各國地方債辦法、先由諮議局議決其是否必要、及其數目種類方法條件抵押等、作爲詳細說明書、再由督撫奏請 交部核議、俟度支部核定後、具奏請 旨裁奪、庶不失採取輿論慎重財政之意、若如江西巡撫所奏、不特違法、抑且違 旨、而度支部之議、知其一不知其二、亦未爲得也、

結論

政府對於議會、猜忌多而和衷少、此各國政界所不免、而吾國甫行憲政之際、乃尤甚、夫借債非國民絕對不贊成也、(去年鄙人在院提出質問書聲明借債非必反對但必須照章提所^{數人}同)政府諸公、必預存一此事不堪以告國民之心、寧蹈違法而不早交議、各省督撫之於公債亦然、在法律思想幼稚之國、人民不知尊重法律、原不足深責、然爲一國之行政大臣、而時時以能破壞法律自喜、國家前途、尙有望乎、故吾輩於借債一事、當置事實問題、者或論而時時以能破壞法律自喜、國家前途、尙有望乎、故吾輩於借債一事、當置事實問題、者或論而時時以能破壞法律自喜、國家前途、尙有望乎、故吾輩於借債一事、當置事實問題、者或論

因贊成借債遂以違法爲無足重輕正坐不知尊重法律之故

有人任其責庶能保法治國之基礎，此次四國借款，既成議在先，則資政院第一次開院時，即應取決公論，交議條款，縱事關外交，將來磋商之結果，未必能盡如所議，而事後報告，亦必能共諒，今必遲至本年交議。四月十九日上諭已申明為幣制實業之用，又命將借之交，此手續之錯誤也。若日本橫濱銀行之一千萬元，則無解於違法，必當有任其責者矣。議耳

至江西諮議局之議本省公債，自當欽遵上年十月初七日諭旨，有完全議決之權。以後各省

議借公債之際，皆當視此辦法。度支部所謂尚無不合者，但視為旁觀評論之詞，無拘束之價值。今日國勢至此，本非上下爭意氣之時，第保守立法權及監督財政之權，為國家生存上根本問題，未可輕易放棄，謹就研究所得，以告國民，並乞議員諸君之教。

一 院制與二院制之研究

法政雜誌第一一年十一月

緒言

自南京參議院提出國會組織大綱，有採二院制之說，於是政論家乃發生二院制與一院制問題，議論喧騰，頗足引起政界之注意，主張二院制者，謂此制為各國大多數所採用，且有曾採一院制，不勝其弊，仍改為二院制者，蓋一院有專橫及輕躁之弊，徵之各國議會史而信，反對之者，謂二院為歷史之遺留物，在彼已成敝屣，不過為政治現象所惑，以為可救

議院之專橫及輕躁，其實議院專橫即人民之專橫，本無可咎，上院德智未必優於下院，并不足以救輕躁之弊，雙方各徵引名家學說，及就吾國現情立論，均有極堅卓之根據，非細加研究，未易軒輊也。竊謂欲解此問題，當就各國歷史及運用憲政程度以立論，不當但憑理想，尤當就議會以外其他各部之種種構造，而定其地位，吾甚贊成一院制之理論，但因其他方面與議會接觸者，有一方可以防止行政部之專橫，一方可爲立法部之補助者，不欲委於異於議會性質之機關，故欲盡吸各國二院之長，而不承其弊，使成爲跛形之二院制，其制雖未顯行於各國，而實爲順世界議會之趨勢，試申說其理由如左。

一 各國現行上院制之比較

主張一院制者，即主張不置上院。

各國上院之名稱不一，茲姑統稱之曰上院，以便行文。

之問題也，吾國國會應置上

院與否，當先就各國現行上院制度，比較其得失，各國現行上院制度，其形式雖略相似，其內容亦各有不同，試就重要各國，分爲數類而比較之。

一 英日制 英國之貴族院，全爲歷史上之遺留物，日本仿之，除代表階級，或可爲一種理

由外，此外毫無存在之必要，且英日皆君主國也，君主皆有不裁可權，

英國以習慣未嘗行使不裁可權而名義

上猶保存若日本之不裁可權則範圍尤廣

已足以補救一院制專橫輕躁之弊，至貴族院各項階級中，除王族

外，如果有傑才，不患不能當選於下院，亦無分別選舉之必要，故就英日制論，上院固絕對可廢也。

二德法制 德爲君主，法爲民主，似不能相提並論，然學者稱法國爲選舉之君主，其說頗確，故法國之元老院，頗有與德國參議院相同之點，蓋除立法外，尙有其他職權，如解散下院，須得其同意，及有裁判權之類，故如欲廢止上院，在德法之上院，但可廢止其普通立法權之一部分，其他職權不能盡廢也。

三美瑞制 美國及瑞士，爲純粹民權國，大統領既無不裁可權，亦無解散議會之權，而民主國人人平等，又無代表階級之可言，故美國之上院，決非根據於歷史，實隨聯邦制度而發生也。

綜以上三類觀之，而可否不置上院之問題，得可爲判斷之基礎者數項，

(甲) 君主國可廢上院，因君主國在君主方面，本保有種種特權，其權已偏重於行政，故對於民選議會，已得以相制相消，雖有號稱君主超然於行政立法之上者，其結果必爲行政部所利用，故君主國方憂行政專橫之不暇，復何一院專橫及輕躁之憂，至貴族一階級，固爲文明進步之國所不容保存也。

(乙)行政首長有不裁可權，則上院可廢，主張二院制最堅之根據，爲一院易流於感情，有專橫輕率之弊，則君主或大統領有無限或有限之不裁可權者，已足救此弊，故上院可不置。

(丙)立法以外之職權，可盡委於行政部者，則上院可不置，各國上院，往往含有立法以外之職權，此種職權，可否盡委之行政部，頗爲重要問題，如果可盡委之行政部也，則上院自可不置。

(丁)聯邦國不可不置上院，因不可無一特定機關，以代表聯邦政府之意思也。

由此觀之，各國採用二院制之原因，雖謂欲使二院各自代表其兩相背異兩相矛盾之利益，其實仍各因其歷史及國體，而或食其利，或受其弊，自有其種種不同之原因，結果在，雖然，欲求大多數所以採用二院制之原因，亦不可謂其竟無，美國巴爾基博士曰：『立法部之第一目的，在決定人民理性之所要求，』夫立憲國人民理性之所要求者，無過於不欲變立憲而爲專制，何以能保不變立憲爲專制，則在立法部與行政部勢力之平均，使立法部有附屬於行政部之傾向，至行政部有專制之嫌，不可也，使行政部有附屬於立法部之傾向，至立法部有專制之嫌，亦不可也，故各國大多數行兩院制者，其第一原因，吾不能爲

之諱，誠爲歷史之遺留物，而另有第二繼起之原因，則或借以持立法部與行政部之平衡，或使通中央政府與聯邦政府之意見，故第一之原因，不妨棄之若敝屣，而第二就事實經驗而發生之原因，似有研究之價值，不能因其半已成敝屣，而并餘一半之別寓精意者，亦吐棄不顧也。

二 吾國究應採二院制乎一院制乎

各國採用二院制，既各有原因，各有利弊，則吾國將來之國會，是否盲從多數之制而採二院制，抑實現理想之學說，而採一院制，是誠不容爲成心所中，應就吾國現情細爲體驗，茲就各方面觀察之。

(一) 從國體上觀察，吾國體已確定爲共和矣，然非若美國等運用共和政治已經熟練，乃驟由專制政治劇變而來，夫數千年專制政治，深中於人心，全國人民專制之心理，決非一時所能洗滌淨盡。(對於專制爲服從今專制之羈絆已脫人人無再願服從他人卻時時有此現象)故今後之政治，或行政專制，或立法專制，有互相倚伏，迭爲起蹶之患。能稍久偏於此現象論政者不可不注意於此，如有術焉，能劑行政立法兩部之平，縱世界各國無行之者，亦將爲吾國現狀救急之計而特行之，夫上院之職務，最重要者，非爲調和行政與立法之意

見耶、故就國體上觀察、吾國不可驟行一院制也、

(二)從政治上觀察、吾國今後之政治、將取中央集權乎、抑取地方分權乎、此雖非在本論

範圍以內、然就事實言、各省人士省界之見既深、軍興以來、都督之權尤重、權重指對中央、言非謂對其部

也、今後縱不發生聯邦制問題、而中央政府對於各省之權力、恐不能如清末之可以不問

其利害如何、人情願否、而隨意指揮、且中央與各省權限之劃定、其界限恐亦不能如德美

諸國之明確、則爭論之發生、恐無時或息、夫下院議員、固亦爲各省所選出、然由人民直接

選舉、爲純粹之立法機關、卽不能任調和之責、故從政治上觀察、而不可無代表各省政府

之機關也、

(三)從近事上觀察、吾國未試行議會政治、故無所謂經驗、無已、則前清之資政院、亦可謂

近事而足資印證者也、夫資政院之故事、可爲主張一院制之論據者甚多、如欽選議員大

多數承望政府意旨、然如速開國會及剪髮議案、爲政府所最不喜者、而皆以全院一致通

過、設分爲二院、吾恐民選議員所持以攻政府之矛、一入上院、其鋒已挫、無望及政府之門

矣、此非二院制不利於人民之確據乎、然正惟此也、而一院制之弊害亦著、夫議會政治之

精神、在合多數人而常爲自由競爭、利用其黨派政見之不同、因而發生鄭重之調查、破壞

之批評、而真理乃愈出、(譯巴爾其北)二院制者、於黨派之外、又加以院見、院見非美名也、而頗合於競爭、則真理愈出之精神、亦未可拒絕也、此又就近事上觀察、而知一院制未可驟行也、

就上述各方面觀察之、吾國現在不能驟行一院制、灼然可見矣、

三 吾國如定二院制將仿何國制度

吾國將採一院制、則不利之點、已如上所述、若採二院制、則以摹擬何國制度爲最相宜耶、夫吾所以主張採二院制者、決非盲從大多數國之制度、蓋將以達其理想上最圓滿之國會也、所謂理想上最圓滿之國會者何、卽欲盡吸各國所行二院制之利、而不受其弊也、持此爲目的、則可以試論應摹擬何國制度矣、

將摹仿英日制乎、英日均歷史上遺留有貴族一階級、吾國本無貴族、自共和確定後、已人人平等、更無特別階級可再發生、甚至宗教家及大資本大學問家、亦不若各國之與平民懸隔、自成一團體、故日英制決非吾國所可摹仿、

將摹仿德法制乎、德國參議院議員、取代表各聯邦主義、惟各邦分配議員之數、太不平等、其特權亦頗多、參看上期社說論爲過於趨重聯邦主義、吾國既非聯邦、自不宜仿行、法國

元老院議員由各縣及殖民地之選舉會選出，爲間接選舉，其制差善，則可仿行也。將摹仿美瑞制乎，吾國既定共和政體，則摹仿共和國制度，似最適當矣。美瑞元老院議員，取代表各邦主義，不論其區域之廣狹，人口之多少，均由各邦立法部選出二人，此制自可略仿。惟美瑞元老院職權，雖有干預行政之處，而關於立法一部分，與下院略同，是所以設置之理由，仍不外仿下院之專制輕躁，終不免有疊床架屋之嫌。犯主張一院制者所攻擊之謬點，如瑞士尙有法律案付之人民投票之特別制度，則上院尤爲贅旒，故全仿美瑞制，亦非完善之制度也。

各國現行二院制度，各有短長，若移植於吾國，亦自有其適宜之點及不適宜之點，欲取其適宜者而排斥其不適宜者，惟有按切吾國歷史現情，及人民運用議會政治之能力，而定一最良之方式，試述如下。

四 吾國國會之組織及權限

吾國非聯邦國也，然因區域太廣，人口太衆，交通不便，風俗互異，貧富不同，致省界之深，頗成習慣，吾國確定共和國體矣，然因受專制之厄太久，平民政治之仿行太驟，教育未普及，民德未增進，世界共和政治之習慣，難望悉數移植，故今後之立法，惟當求有利於民國之

前途雖創行各國未有之制，亦所不惜，况世界議會趨勢，本將愈衍愈進，別開一新紀元，吾何憚而不創行一特別制度耶？夫議會詳細之規定，非本論所能悉舉，特條舉其重要者，以個人之理想，設為方案，以備立法者之採擇。

(一)主義 所以設置上院之主義有二、

(甲)使持立法部與行政部之平，凡行議會政治之國，行政部與立法部之衝突，勢不能免，君主國之制度，必偏重行政，民主國所揭櫫，必偏重立法，而所以使之為輕重者，不外二事，即行政首長不裁可權之有無，及有無解散議會之權也，民主國以不授此二種權力與行政首長為原則，吾國方懲清末資政院議決案十九為政府破壞，且有留中之惡習慣，故今後定制，尤無以此二權授之政府之理，然一方面懸擬今後之議會程度，果能盡祛各國所已表現之專橫輕躁之弊否，此無論質之如何袒護議會者，恐不能斷言也，故此兩權既不能授之政府，或他機關，日本習慣有此權，又不能如美制之竟無此制，則上院之設，乃感其必要矣，故上院當仿德法制，有得其同意，方可解散下院之規定，又下院議決案，必經上院審查通過，乃可頒行，此第一主義也。

(乙)使與各省通意見，清末資政院院章有平亭各省督撫與諮議局之爭，及兩省以上

間之爭、今後此權、若以授之下院、頗嫌踰越立法機關之範圍、故不可不設上院以行此權、而今後各省政府與中央政府之爭、各省議會與中央議會之爭、皆事實所必有、既不能委之他機關、則悉以上院任之、最爲適當、此第二主義也、

(二)組織 上院之組織、自應取代表地方主義、而額數則不妨參用以人口分配之法、其選舉方法資格等、說明如左、

(甲)選舉方法、宜採法國制、由各省及蒙古西藏、組織選舉會選舉之、其原則由立法部選出、而參入他種分子、(法國制) (一) 其省選出之中央議員 (二) 省會議員 (三) 郡會町村會議員選舉代表者以上三種合成選舉會

所謂他種分子者、如教育會商會自治會等均可、惟蒙古西藏、須另定特別制度耳、

(乙)資格、如年齡須比下院議員略高、爲各國多數通例外、如被選資格能再加限制、略仿意大利上院制、似尤爲嚴重、且可略釋上院德智未必優於下院之疑、但彼爲君主任命、此由選舉會選舉之耳、所謂仿意制者不過略取其意非如意制之隘但求於政治上或學問上有特別經驗可矣

(三)權限 權限之關於立法一方面者、宜較各國尤爲縮小、

(甲)財政議案、近時英國上下兩院之爭最激烈、屢見本誌現在已經解決、上院之權被限制者頗多、其詳有日本小野塚博士所著英國憲政上之登關於財政議案尤甚、上院

已無否決之權、卽財政以外之議案、若經下院三次議決、縱上院不贊成、亦可由國王裁可頒行、夫各國通例、關於財政案、下院均有優先權、今英國竟有上院不能反對之規定、可謂最新最進步之制、吾國所當仿行也、

(乙)發案權、各國通例、兩院皆得自由提出議案、惟一七九五年法國共和三年之憲法、上院無發案、但此限制、並無深義、蓋上院雖可發案、仍須經下院通過、本無流弊也、故今後定制、亦不必再加限制、但範圍宜稍爲縮小耳、

其他如改選期限、會期長短、及條約承認權、投票權等、均可參用法美制、不復細述、又加總統及國務總長被控告時、上院有裁判之權、以吾國司法機關尙未養成確實獨立之地位、則此例亦不可廢也、總之所以設置上院之意、全在一方補助立法權、一方限制行政權、故立法一部分之權限、務令縮減、而立法以外各職權、不妨擴張、故就全國各機關觀察之、上院之權、頗爲重要、若就立法機關上觀察之、則上院之權、遠不如下院、因是可以名曰跛形之二院制、政治家觀於議院政治最早發達之英國二院間近事、可以知近時議會之趨勢、而吾說未爲創造也、

清末內閣及各省督撫有審查資政院諸議案之機關今之上院
半亦仿此但前者仍受內閣或督撫之統率上院則爲獨立機關也

結論

上述所應採國會制度之理由，自信尙非爲政治現象所感，頗合於吾國現情，幸研究政法學者，一爲討論焉，惟最後尙有一言，不可不注意者，則所謂「議院專橫卽爲國民之專橫，求仁得仁，又何怨」之說也。民立報記者之說竊謂此說有疑點二：（一）則專橫兩字之解釋也，夫議會之職志，在求最大多數最大幸福，所謂專橫者，必爲少數人把持爲少數人謀幸福，故若能合議會之職志，決不能稱之曰專橫，必非合於議會之職志，此可疑者一也；（二）則議院發表之意思，是否卽爲國民之意思也，夫就法律上言，議院意思爲代表人民意思，毫無可疑，若就事實上言，則各國歷史具在，果議院表示意思，卽爲人民意思否，可以覆按，不待煩言，故謂議院意思法律上卽看作人民意思是也，若謂將來議院意思事實上必爲人民意思，不必補救，不可也，况今日吾輩就事實以討論立法，則法律與事實，尤不宜混淆，明知事實有如此之流弊，而預言立法後卽應以流弊爲法律，此時不必怨咎，似稍失之武斷，且近於反對平民政治者譏誚之口吻矣，此可疑者二也，若此二種疑問，未能解決，則吾輩今日預擬國會制度，於議院專橫之說，似不能不注意補救，至一院制將來未必不能實行，所稱爲世界立憲母國之英國者，上院已近贅旒，是卽趨近一院制之證，惜今日尙非其時耳，故吾雖贊成一院制之理論，而仍欲暫行二院制也。至參議院之國會組織大綱定上院之名爲元老院此文字之謬誤不足深責

中華民國之憲法

法誌第二卷第一號
民國元年

民國成立、南京參議院頒布臨時約法、以代民國憲法之用、海內政學界對於約法內容、頗未饜意、第約法本臨時所用、俟將來國會制定憲法、此約法當然失其效力、無復詳細研究之價值、願將來國會成立之後、第一所應議者非即吾中華民國之憲法乎、無論將來憲法、屬於硬性、抑屬於軟性、必較其他法律爲重要、不容輕易修改、可斷言也、則起草之前、吾輩國民、豈可不預爲討論、凡一問題、必經多數專門家之商榷、往返辨駁、推敲入微、庶乎真理可見、比較上可得善良之結果、今民國憲法至爲重要、而言論界注意者尙鮮、若任令國會開會時、以少數人倉卒起草、不又將蹈臨時約法之覆轍耶、夫憲法條文、一字一句均有關係、當待草案發表時再爲批評、今先將重要綱目、特爲提出、以期引起專門政法家之注意、且備將來國會之參考、

(一) 國會之權限

民國憲法、首應注意者、國會之權限、爲有制限乎、抑無制限乎、即國會之上、是否尙有他種權力足以限制之、國會之外、是否尙有他種機關可以牽掣之也、蓋純粹君主國、往往以君主大權、制限國會、政府亦得憑此以牽掣國會、極端民主國、更有國民議會、及國民總投票、

以駕乎國會之上、而厲行三權分立之國、司法機關、更可以違憲爲口實、拒絕立法部所立之法、故國會能真實保有完全最高權力者、世界各國、除英國外、英國亦由習慣而成、非立法如斯、尙不多見、吾民國以人民爲主體、則憲法上之主權、自當屬之國會無疑、然竟以國會爲人民所組織、卽不加限制、抑仍須保留若干餘地於人民自身、及再有他機關以爲牽制、此頗費研究之問題也、試分述鄙見如左、

(甲)與他機關以制限之權 此種制度又可分爲數類

(壹)總統覆議權 在君主國有不裁可權、然非君權極重之國、鮮有實行者、大抵覆議

權則民主國亦有行之者、臨時約法二十三條、亦規定大總統對於議決事件如否認時得咨院覆議、但覆議必須得三分之二以上、仍執前議、方能強制大總統公布施行、此雖仿美國法、然約法係一院制、故可仿行、若將來國會爲兩院制、則不必如此嚴重、蓋兩院既各以過半數通過一案矣、一經總統否認卽須每院再加六分之一贊成人數、方能得第二次之通過、是以總統一人之意見可抵國會議員百人之意見、假定二百人合計六百人、未免視總統過重、且若本案通過之時、原來表決時贊成人數、本不足三分之二、斯時總統若一付覆議、此案卽必遭廢棄無疑、是可以一人之意爲存廢也、若遭覆議後而贊否之數

忽有變更此乃
之感情非常理也

亦有重視行政首長而輕立法部之嫌、美國總統對於立法部本有

權力過重之譏、

美總統權力不足之處乃在受聯邦之制限非受制於國會

吾民國無事仿效也、

(貳) 停會解散權

臨時約法適用時短、且參議院機關、事實上一日不可停止、故無總

統解散參議院或使停會之規定、按民主國通例、國會皆取獨立主義、故行政首長無使國會解散停會之權、然欲一貫此主義、則行政部亦須獨立、不受立法部之干涉、故美國國務員對於國會不負責任、國會非有特別事故、亦不能彈劾之也、今約法四十七條、國務員受彈劾後即須免職、是立法部可以監督行政部矣、若再不許有解散及停會、則未免偏重於立法部、非所以保持兩機關之平衡也、故將來之憲法、宜仿法制、與總統以解散及停會權之規定、但當得上院之同意、且以明文規定、但限於一次、則無總統專橫之慮矣、

(參) 國會與省議會之權限

在聯邦國國會權限、皆取列舉主義、統一國則取概括主

義、吾國非聯邦也、故約法十九條之列舉爲贅、然吾國雖非聯邦、而各省省議會、承前清諮議局之先例、對於本省事件之權限、亦頗廣泛、在前清時方與督撫相持、又有中央政府之壓制、故無與資政院衝突之事、今後各省稍受光復初獨立之影響、中央議

會立法之不便於各省者、難免有爭論權限之事、是民國憲法雖無列舉國會權限之必要、而對於與省議會立法上之限界、不可不特別注意、似宜以明文規定之也、此爲吾國特別情形、蓋折衷聯邦統一兩制、有不得不如此者也、

(乙)與人民自身以制限之權 人民自身保有制限國會之權、瑞士及美國憲法、頗具此精神、大抵於極重要之事、仍須訴之國民全體會議、所謂國會之有限職權、人民之無限責任、爲平民主義之精義、如修改憲法、美國須經人民會議、或憲法修正會議、瑞士則修正憲法、須全國人民投票、又有所謂 *Referendum* 者、凡法律之非緊急者、雖經兩院通過、如經有選舉權者三萬人或聯邦二十二州中之八州之請求、必須由人民投票、以決可否、此制在小國如瑞士者、實行上、尙未感其不便、若如吾國人口幅員不減於美國、而交通便利、人民程度、尙不及焉、則實行時必多困難、以選舉原理言、議員期滿改選、卽訴之全體人民之意、不必在其任期中、又特加以制限、惟如修正憲法、在各國大多數均有特別嚴重之規定、而國會或爲行政部所迫脅、或流於感情、如法蘭西往事者、亦不能保今後之必無、故特於憲法奪國會以修正之權、不可謂非必要之事、惟全國人民會議、爲事實上所不可能、則以此委之各省省議會、或以全國省議會會員五分之四可決爲標

準或以全國省議會會員三分之二可決爲標準，似已足防流弊，而執行時亦較爲簡便，此外如不許以變更國體爲修正憲法之目的，尤爲自君主國驟改爲民主國者不可少之規定，亦宜仿法瑞等國而特立此一條，以爲制限也。

(二) 總統之選舉

臨時約法總統由參議院選舉，實爲臨時無第二之辦法，然南京兩次選舉總統，久爲反對者所藉口，故憲法於此尤宜特別慎重，世人鑒於美國選舉總統競爭之劇烈，以爲吾國決不宜仿行，然如法國制，由兩院會同選舉，又蹈吾約法覆轍，雖今後兩院議員額數必在數百人以上，非如南京參議員之僅僅數十人，可以服從局外之指揮，然選舉總統，卽委之常設之立法機關，則總統將爲國會所左右，而失其獨立之性質，兩院會合雖爲另一性質，與國會之立法機關本職不同，然同是此人終有亦殊失三權分立之微意，故民國憲法應折衷法美兩國之制，捨短取長，既不可釀成美制之煩擾，亦未可如法制之簡單，蓋若使國會全握有選舉總統之權，固嫌行政附隨於立法，若使國會全不預聞選舉總統，立法與行政，又有冰炭之慮，夫選舉總統不能不用複選制，在理論上事實上有不得不然之勢，然法美雖均用複選，法制由二院議員由人民直接選舉，亦複選制也，而其結果，則美制事實上各州選舉人不能違選舉時黨派之約束，無異

直接選舉，惟最多數有二人以上，同數時由議院決選，始可謂之真實之複選耳。今擬略仿此制，選舉總統由各省省議會選舉，每省選舉二人，內外蒙古西藏青海將來亦自當其中一人必須爲非本省之人，選舉畢，上其名於國會，國會乃合兩院議員組織一選舉機關，核計各省所選出之人，其得票過半數者，當選爲總統，若得票過半數者有二人以上，則由國會決選，如得票無過半數，則擇比較最多數者，截取五名而決選，如不幸而各省所選出無一得多數，甚至五十餘名，二十二行省加外內蒙古西藏青海應得五十二人爲五十餘人，無一相同，亦但能於此五十餘人中，由國會決選，如此則即假各省立法機關爲初選機關，以省議員爲選舉人，可免美國初選時之煩擾，而以今日政黨未甚發達情形，懸擬欲得各省合計之過半數，似非容易，則國會之複選，或不致虛設，倘果得全國信仰之人各省選舉已得多數夫復何求既授權於各省，亦不驅國會於局外，似可略矯法美之弊，而可多得全國之信用矣。至副總統即以次多數充任，及投票日期，全國須一致，各省選舉方法，由各省自定等，則皆可仿美制也。

(三) 政府之組織

定國務員之組織，必先定總理之設置與否，論者每謂仿美制則不當置總理，仿法制則不當置副總統，二者無並置之理，其實副總統之設置與否，於政治上無甚關係，不過總統中

途出缺時、有副總統代行其職、比之法制之臨時選舉、及由內閣會議執行行政權者、較爲妥善、夫在美國權重之總統、固不可使有一日虛位、卽如法國權輕之總統、亦何妨預備一替代之人、在國家不過多耗副總統歲俸一項、而所獲之益、似足以償之、故鄙意副總統不妨設置、惟總理之有無、乃與政治極有關係、非可與副總統相提並論者也、美國不置總理、而行政上責任、全由總統一人負之、然其責任、乃不對於國會而對於人民、此爲厲行三權分立之結果、亦卽人民不以全權與國會之現象、夫美之純粹三權分立、既爲近世學說及經驗所不許、而人民全體自身、行使國家主權、亦非吾國民程度所能企及、以驟脫專制羈絆之民、而卽欲與美國人頡頏其政治能力、似亦自信太過矣、且今日憂深慮遠之士、非以專制再興爲最可懼之事耶、欲保專制不再興、以總統無政治上之實權爲第一要義、總統既無政治上之實權、卽不當再令負政治上之責任、故設總理使代總統執行政治上之實權、并使對國會負政治上之責任、而爲總統者以其本身之名譽、對外則足以代表國家、對內則足以使全國人生信仰心、至有事時統率海陸軍隊、又須具有軍事上之經驗與威望、夫能使全國人民信仰者、第一在道德、而具道德名譽及軍事上之經驗威望者、於政治上之智識能力及其手段、未必能恰爲一人所兼擅、故以總統具上述之條件、而另使一政治

家當政治之衝，是實爲分功之妙用，亦且深合吾國向來推重道德威望而輕視政治家之心理，故總理之不可不置，在政治上既有確實之根據，在吾國現情，尤有必不可少之感，臨時約法規定設置國務總理，將來民國憲法，所不可不承用者也。

國務總理既不可不設矣，其次乃論任命國務員之方法，臨時約法大總統任命國務員及外交公使大使，須得參議院之同意，說者謂此乃脫胎於清末之十九信條，然任命外交官等，須得元老院同意，美國固有此制，今無論其或取法前清，或仿行美制，但求於事實無礙，則加一重保證，即多一層信用，行之亦未嘗不可，無如各國雖有此事實，而均無此規定，美國得此規定而卻同虛設且但須得元老院同意而不及下議院，其理由安在，深可玩味者也，在各國自有其歷史及立法之不同而生種種之結果，欲深究其所以，非深明各國歷史及政治原理者不可，茲姑就普通政治上現象，而述任命國務員不須得國會同意之理由如左。

(甲)各國內閣之起原與英國不同也，世多知英國爲實行政黨內閣，而議院中政黨又最發達，故內閣員必爲議院中多數黨之黨員，無異列名內閣之各員，均由議院投票所選出也，前清草十九信條者，即本此意，蓋十九信條本全仿英國制，故并政黨內閣之精神，而亦欲規定之於明文，不知英國內閣之起源，出於樞密院，內閣二字之意義，本爲小室及祕

密室、乃國王於樞密院之別室、召集少數有力之議員、而諮詢以國務其後權力日重、地位日高、遂爲一國行政最高機關、故其內容仍爲議員之有力者數人所組織、久而成爲法律以外之習慣、今各國之內閣與國會本相對峙、第因內閣受國會監督之故、自不能不擇爲國會所信用之人、使組織內閣、故在各國之內閣、惟求與英國內閣現在之習慣、漸相吻合、而事實上尙有所不能、若吾國內閣更爲新發生之物、指責任內閣之精神言乃遽欲躡等以超越英國之習慣、而成爲法律、此可謂刻舟求劍、其結果必將因拘泥形式、而反失其精神也、

(乙)吾國國務員非如英國之必爲議員、英國內閣員之出席於國會也、以議員資格、而非以閣員資格、故內閣員不可不爲國會議員、內閣員既必須由議員兼任、其結果自必爲國會之多數黨、故縱令將英國之習慣、定爲法律、亦自無窒礙、若他國則閣員不必定爲議員、美國且禁兼任、如此則行政與立法顯然二事、而強欲效英國之所爲、是不揣其本而齊其末、未免有削趾適履之譏、况吾國國務員必求之國會議員、又爲現勢所不許、則亦何必效顰英國耶、

(丙)吾國政黨未能驟擬英國也、英國國務員、必爲國會多數黨、議員之習慣、全由兩大政黨發達之結果、吾國政黨幼稚、結合未固、訓練及道德亦未必卽能與英國並論、故非特

欲國務員全體出於一政黨，爲一時不可能之事，即欲國會有一政黨，絕對得多數，亦非一時所能實現，如此而欲於組織內閣時得國會之同意，捨運動調停交讓外，無他策可以彌縫一時。夫運動調停交讓，可奏效於一時，而非可持之以永久，既不能持以永久，則國務員可謂日日在不穩固之地位，國務員地位無一日穩固，則國家尙有安寧進步之望耶？此又國務員與國會決不能強令連鎖之理由也。

(丁)吾國國務員與美國不同也。美國國務員既不對國會負責任，又不許兼議員，并不得正式出席於國會，於政治上之地位，略如吾國之總統府祕書官，蓋與其他官吏無甚區別，故憲法規定，與一般官吏之任命，均須得元老院之承諾，亦自無礙。然美國事實上總統任命官吏，元老院無不承諾者，則美國人政治能力之高，能補救惡法，非如吾國方將以票選行其承諾，蓋一則方以事實補救法律，一則方將變本加厲，此將來憲法不可再以美制爲口實之理由也。

開交換利
益之惡風

按美國總統以官職報酬黨派之風，久爲世所詬病，然元老院但能以已所不悅之人，則縱日覆牒，毫無挽此弊風之力，可見此種立法之不能補救，徒

以上均言任命國務員須得國會承諾之非是，茲姑讓一步，縱令憲法規定爲須承諾矣，此承諾二字，亦但可解爲消極的及概括的，決不能如南京參議院將各人個別而加以投票

也。蓋國務員但取其政見相同材能勝任可矣。所謂同一政黨者，亦不過政見相同而已。決不能人人可使全體信服也。故所謂同意，但可表示其不反對，或於全體國務員名單多數表同情可矣。若人人加以投票，則國務員無異於議院內之議長、審查員等，變爲議院以內之職役，非議院以外另一機關之人物。將來如國務員而失民心也，內閣既倒，國會亦將全體負責而辭職改選矣。有是理乎？此又承諾二字未可誤解之理由。美國元老院對於總統任命官吏之通牒，皆開祕密會議定之。此會議之內容，始終不宣布。吾南京參議院，殆未之考耳。

由此觀之，將來憲法決不可再有如臨時約法第三十四條之規定明矣。即外交大使公使之任命，如須上院承諾，亦欠敏活。就吾國今日情形，似亦未可效美制也。至瑞士之聯邦行政會，全由國會選出，大統領即由行政會推舉，則在地狹人少之國則可。又豈吾國之所能仿行耶？

(四) 人民權利之保障

臨時約法第三章，於人民之權利列舉無遺。按世界憲法之由來有種種：(一) 君民相爭，兩不相下，於是交讓而定憲法。如英之大憲章規定君主與人民權利義務之限界。(二) 君主鑒於世

界大勢、知專制政體之不能久存、而自定憲法等如日本、此爲欽定憲法、不過君主割一部分權利以與人民、(三)人民推倒君權、而自定憲法、後如法國革命、(四)人民有政治能力者、相約而自定憲法、如美國各州憲法是、在前二種、人民之權利、常有不能鞏固之虞、故大率於憲法上取列舉主義、而君主又必故靳之、或又加以限制、在後二種、則人民僅割其一部分以委託於各機關、其全體固仍保留於人民之自身、故無列舉之必要、今民國憲法、本由人民自定、似亦無列舉之必要矣、然考歐洲各國、在人權宣言以前、所謂國法者、惟元首權利等、族、特權、個人及特定國體特權而止、無所謂人民權利也、自法國第一次憲法後、始列舉民權、至一八四八年更爲詳確規定、吾國承數千年嚴重專制之後、今民國官吏、又大半曾手執專制之柄、及飡聞專制威嚴之人、其一舉一動、時有侵害人民權利之事實、於此而不加以特別保障、將由單數之君主專制、一變而爲複數之官吏軍人專制矣、故憲法宜將約法之第六條、分條詳細規定、近時如一八九九年菲律賓所公布之憲法、自第七條至第三十二條、規定人民之權利、最爲詳細、如拘留之時間、令狀之明示、檢查之須證人、官吏違法賠償、長官違反憲法之責任、特別法之適用、無不逐條規定、吾民國憲法之起草者、似可取爲參證、此爲憲法上關於民權之保障、不可不特別注意之理由也、

以上所舉爲憲法之大綱目、其他如總統之任期、宜仿美制爲四年、而許其聯任、蓋選舉既不慮紛擾、四年舉行一次、無甚妨礙、任期既短、則總統如失民心、可以於選舉時更換、而不必用彈劾等激烈手段、如果有深得人心之總統、自可望再選、惟三選以後、當以明文加以制限、庶不蹈墨西哥之覆轍、至國會每年常會、自可由議員按照定期自行集合、特別會則可由總統召集、或按照法定人數、亦得自行集合、可矣、又國會之組織、尤重院制與選舉法、現此二項、已由參議院暫定、本雜誌第一年十一期曾載有一院制與二院制之研究、可以參考、至選舉問題、尤待商榷、請述於另篇、

論財政部驗契章程

法政雜誌 第二卷
第二號 民國元年

財政部驗契章程、近日已提出於參議院、正在審查中、此爲今日痛心外債者承認爲一種籌款之方法、已無疑義、吾友孔君著論非之、謂此案根本上當破壞、所持理由、極爲正當、可使建議者得反省之機會、第所研究偏重於法律一方面、其不合政治及財政原理、與事實上空礙難行處、尙少糾正、今者借外債則不堪其監督矣、不換紙幣及國民捐、則漸悟其無效矣、財政匱乏、迫不及待、果有立集鉅款之術、縱爲違法殃民、在當事者亦將甘冒不韙而爲之、建議書之前提、固明言國家當非常事變之後、庫藏告匱、籌款爲急、故僅就法律研究、

似尙未足以祛主張者之惑也。夫主張以驗契方法爲籌款者，非欲達其救國之目的耶，則研究之結果，亦惟辨其果能救國與否爲斷。果能救國，則雖違法殃民，吾民猶當忍受痛苦而宥之。若不能救國，或反足以促亡，則縱非違法，縱條件悉合於世界各國已行之成案，吾民亦將排斥之。今使驗契章程實行果能立集鉅款以救今日之危亡耶，是蓋有先決問題焉。

(一)今日全國人民之富力，果能堪吸集全國土地房屋價格百分之二之現金否，此先決問題，乃關係今日國家財政之全體，不在驗契問題範圍以內，而驗契問題，實不能不以此爲前提。此前提如不成立，則種種籌集現金方法，皆不能成立矣。紙幣銀行等政策自爲別一問題今日

全國土地房屋之價格，共值若干，吾國向無詳密之統計，自不容妄斷。然其額必達於現在所擬訂借外債之數之五十倍或百倍以上，可無疑義。以全國土地房屋所有者，平均抽取其財產百分之二之稅額，亦未可絕對謂其無力負擔。此主張以驗契爲籌款所持之根據也。昔總稅務司赫德亦有條議謂中國但須整頓地租預支一年即可得莫大之鉅款其根據全從土地面積估計而出後爲張之洞所駁其說不行然頗印入一般理財家之腦中

此等理想，本非空言所能爭。今既提出爲本論之先決問題，則不能不略爲指證，以促主張者之再考。夫今日所爲籌款之用途有不可不注意者，則必須得現金也，且必須於一定期

限以內，得鉅額之現金也。蓋決不能以土地房屋中之尺寸之地，一瓦一椽，零星分割，以充償還外債解散軍隊及行政經費各項之用也。今有人於此土地房屋所有，估計確值萬元，使其人而無有其他所有及職業之收入，則平均計算，此人每歲所得純益之收入，不過五百元。土地房屋中藥地園圃祠宇及偏僻處房屋等毫無收益者尙須除去每月所得不過四十餘元，今以六個月之限內，必

令納二百元，以此例所得稅，直爲五分取四，雖僅一次，而其人之家，已須四月餘不舉火矣。其土地房屋所有愈多，則負擔亦愈重，所需現金亦益鉅，非今日吾民富力所能負擔，已可想見矣。今日生計情形以甲月預用乙月所入所謂寅吃卯糧者尙爲出入相抵之家其他入不敷出及保守無收益之土地房屋者尤多此但就個人論也。

試以一地方言之，今有方百里之邑，應有土地五百四十萬畝。以每方里五百四十畝計之道路橋梁湖

蕩港灣山谷及荒廢之地，四分去三，猶有一百三十五萬畝。假定平均每畝估值十元，約可得一千三百五十萬，再加以房屋之值，假定爲一百萬，合計一千四百五十萬，縱令契面所

書，多不確實，決不能得其實數，再以折半計之。依第十四條即無此折減則爲七百二十五萬，七百二十

五萬之數，稅額須現金十四萬五千矣。今試問方百里之邑，若以六個月之內，驟吸收其現金十四萬五千，則其地之金融機關及一切商業，能不受影響乎？若僅此一人一地也，猶可向他人他邑抵押售賣，挪移彌補，以爲活動，今則全國同時如是，東西南北之鄰，蓋無不如

是矣、是將使吾民血脈斷絕、立成枯槁而已、此先決問題之不能成立也、近日某報載某君獄中書謂估計各

地方居民財產十分借一及某君人捐小棉襖一件即可充用之說皆坐不辦實物與現金之別

(二)凡土地房屋所有者是否爲富力較確之國民、此亦建議書中之先決問題、不可不

先辨其確實與否也、夫富之定義頗廣泛、若就此處言之、則當爲維持生活必需之費用外

尙有餘裕者也、吾國以家族制度諸子平分財產之習慣、無論業戶自佃、其田連阡陌者甚

少、以江浙風俗言、一家此一家指小家族言即夫婦及父母兄弟同居之大家族不在此限而擁田千畝以上者、一邑中

寥寥可數、北方土地較爲整齊雖以價格之殊實際亦相近大率以恃佃租百畝以下、自耕十畝以下、爲其一家八

口餬口之計者爲最多數、若輩遇豐年僅足維持其現狀、遇歲歉卽不免啼饑者、實居多數、

至房屋惟熱鬧市區經營商業之屋、收入較豐、非謂其收益之豐乃謂其總額之鉅然於全體中亦居最少數、

此向來有房捐應否酌增爲別一問題此外老屋一椽、傳之數代、往往每歲修葺之費、尙無所出者、亦居多數、

此可以外狀證明之也試游歷內地各處及豪富新建大廈外其能修飾完善者十中有一是故指土地房屋所有者、爲富

力較確之國民、實爲嚮壁虛造毫無徵驗之言、度建議者之本旨、實不在此、蓋其本旨、惟在

求事易行款易集、既認定此舉爲事易行款易集、遂不能不以富力較確之徽號、謬相推戴

耳、其下一確字卽有容易調查不易隱藏之意乃徵收之確實非富力之確實也明末因加賦致亡、前清遂以永不加賦爲要結人

民之口頭禪，然清末錢糧仍不免因賠款而加收，凡此皆因他種稅目容易隱匿，惟農民懇

愿，土地房屋所有非盡業農，然究以農爲大多數。

最易欺壓，故古今言籌款者，必首屈指及之，理財非從稅源上着

想，而惟求其易行，吾國政治家苟且之心理，千百年未改，不亦可怪之至耶？赫德居中國久，遂亦染此毒者。

一味求事易行，款易集，則噫掠主義，固最易行，易集之方法也。

(三) 事果易行，款果易集否？今讓一步言，使事果易行，款果易集，縱使從此稅源涸竭，民生憔悴，將來之損失，更千百倍於今日之所得，而目前則已救一時之危急矣，然平心研究，實有欲取快一時而不能得者，試分別陳之。

(甲) 所需辦事經費果十分之二已足耶？前清籌款之方法，往往收捐費用，浮於中央政府實在所得之額，今以土地房屋契據之繁瑣，大約平均計算，以每紙查驗費得一二元者爲多數，無論特設機關或附屬於他機關，而在事員役之薪工及所需印花執照等費，決非十分之二所能敷用，此辦公經費已不止二成矣，况又欲以補助地方行政經費爲餌，今地方行政經費，何處不缺乏，將來勢必被截留多數，或竟分文不解中央，徒然作俑，而毫無實益，亦必至之勢也。

(乙) 第十四條果能不生弊害否？第十四條，凡向無契據者，用申告之法，由鄰近之人簽

押保證、此法行之有收益之不動產、尙有標準、若住屋墓地等、縱有地方真正公正之人、亦難得明確之判斷、勢必訴訟日滋、爭論無已、當事者將不勝其繁矣、且章程無最低限度免納查驗費之規定、則極貧孤寡者流、保有一椽以避風雨而實饕殮不繼者、其將何以處之、

(丙)價格照契面之數之不平也、今此種特別稅日、既名之曰驗契、則自當以契爲憑、體由君主改爲民主而遂否認從前已經投稅之契此本無理由可言孔君已言之若謂爲登記之入手辦法亦但就以後之法律行爲使之登記無溯及既往之理試問法治國將來不當有出生登記及婚姻登記耶若亦溯及既往則此時之人民皆當補行登記否則不認爲國民不認爲夫婦矣有是理乎因主張此者惟在籌款其他有所不違計及故亦不復深

論 通例有賣買行爲時、方有契、若其地面之變更、則於契據無復關係、假如有人買地三五畝、契價百金耳、乃於其地建築精美之家屋、價值可至數萬、今既憑契而收查驗費、則但能收百金契價中之二金查驗費耳、同時同處亦有人購地三五畝、而其上有舊屋、則契價千金矣、數年之後、日漸坍塌、或竟已燬去、而必執契價收查驗費二十金、豈非不平之甚、至於地價之因交通便利而增、墓地之因迷信已悟而減、尤不能以契價爲標準、夫使不平而與籌集鉅款之宗旨無悖、原可無論、而無如因此之故、理想上所預估之數、全不確實、而不平反動之聲、必有羣起反抗以掣其肘者矣、

就以上所舉三端而再合以前提之不確實、則此事欲望其有良結果、亦緣木求魚之類耳、

使僅爲無良結果，不能達立集鉅款之目的，猶不妨試行之也，而其害實不止此，自去秋以來，凡資商家商業家以及官吏幕學各界損失之數，并直接間接而計之，其數實已不資，亦可謂普及全國矣，其影響稍緩，差爲完善者，惟農業一部份人耳。去年免田賦之處，亦有農業一歲之收益，然業主所失，卽佃戶之所得，其利尙非外溢。吾國歷史上，惟農民最富於保守性，最不易激動，然一動之後，又最不易回復原狀，今若因此而使農業一部分人，不必全有因此賤售或拋棄其不動產，至因此失業者，一家有此，卽可牽累其家族戚友至數十人，恐從此根本動搖，將有不可收拾者，望主張者爲國家前途計而三思焉。

夫外債非吾輩所絕對贊成也，國內籌款亦爲今日所必不能免之事，然自當從幣制銀行等根本上立計畫，卽欲另立稅目，亦當從所得稅等着手，若嫌其調查之不易，畏難苟且，而爲此截樹摘果之法，則前途之危險，恐不止不足以救亡已也。

附錄財政部驗契章程建議書第一條

國家當非常事變之後，庫藏告匱，籌款爲急，求事易行，款易集，分配負擔於富力較確之國民，限定程途，爲臨時籌集之方法，所謂有益於國，無害於民，則莫徵收驗契費若矣，夫驗契費非稅也，有辦公費之性質，故與向章九分六分之兩不相妨，驗契費非永行者也。

實一時濟急之良策，其效力不及於章程頒布後所立契據，驗契費非普及於全部國民也，惟有固定財產者，負繳納義務，故與實業金融各界無變動之影響，驗契費本旨在籌措巨款，其結果足以確定權利關係也，將來登記法施行，可爲對照之根據，且得爲已納驗費者設免費之規定，俾於未驗新契有所區別，以求躋於公平，夫徵收驗契費理由正當如上述矣，而其辦理方法施行程序，蓋有不可不詳慎審定者。

刑法草案書後

法誌第二卷第
二號 民國元年

近時法制院提出刑法草案，其理由書謂編纂大旨，在折衷各國大同之良規，採用近世最新之學說，及察其內容，蓋卽前清資政院通過之新刑律，惟刪其與民主政體抵觸及當時遷就舊學派各條文，使成爲完璧耳，清末頒行各種法律，惟刑律爭論最劇，亦惟刑律爲最進步，故今日國體雖改，獨刑律應刪改之處，並不甚多，而已可行用，合中外上下政學界數年之爭論，今民國立法者，坐受其成，不可謂非法學界一快事也，今後參議院會議之際，自不能無所修正，然吾料其決不至再有如資政院之搖動全部法典根本主義之異議矣，惟草案大體雖不謬於理由書所舉編纂大旨二語，而條文中尙有可商者，列舉如左，以備參議院諸君之採擇。

(一)二百二十條 第十七章偽造文書印文罪、第二百二十條、偽造教書者、處無期徒刑、或一等有期徒刑、按君主專制之國、皇帝神聖不可侵犯、故凡稍涉指斥乘輿者、無不服上刑、其用意乃在預絕人民覬覦君位之漸、非爲其假冒亂真足以攪亂社會也、故舊律詐爲制書者絞、新刑律因之、其意皆在祛除人民帝制自爲之妄想、故其罪僅亞於叛逆一等、而處刑不能不重、今以共和國之民主、乃亦蹈襲此文、似毫無意義也、況總統教書之用、較其他公文書爲簡、其效力亦有制限、非如專制君主之制書、可以任意變更法律、及臨時可以生死人、故事實上亦無加重之必要、下條偽造公文書處二等至四等有期徒刑、已足包括一切、是此條直可刪去也、

(二)二百二十八條 又同章第二百二十八條、偽造國璽文大總統印文公私印文署押或盜用之者、依偽造教書公私文書各條之例處斷、按此亦與二百二十條同、國璽及總統印之偽造、其影響於社會未必較其他公印爲巨、故亦無加重之必要、查法國刑法百三十九條、贗造國璽處無期徒刑、此當爲君主時代所留遺、不必仿效也、故本條可刪改、第二百二十九條、則可全刪也、

(三)二百五十五條、第二十章鴉片煙罪、第二百五十五條收藏專供吸食鴉片煙之器

具者處一百元以下罰金、按今日正在厲行禁煙時代、立法似不能不格外從重、然自二百四十八條以下、凡製造販賣收藏栽種吸食以及開設煙館故縱販賣、無不各定以處刑之標準、乃復加以此條收藏器具之罪、無論以今日社會程度、將有因此獎勵借端敲詐之虞、卽以刑罰本意言、其目的但在禁絕人吸食、如果因吸食而藏有供吸食之器具、則自可以此器具爲憑證、而處以二百五十三條之罪、若明知其非用爲吸食、而卽須處罰、則一方固絕人廢物利用之機會、而一方與其他足供犯罪行爲器具、並無同此禁令者、有立法互歧之慮、如二十一章賭博罪、何以不立收藏專供賭博器具處罰之專條、况賭博之本刑、重於吸食鴉片、何以於收藏器具、則一無罪名、一有專條、其理由安在、此蓋全出於一時痛恨鴉片之感情耳、夫感情用事、固未可與言立法也、此條在資政院時已生爭論、其表決之結果、訴之感情、因此不獲刪去、今民國刑法、固應速刪此條也、

(四)三百八十一條 本條可以歸併下條損害公印罪內、最高刑爲二等有期徒刑、亦不可爲輕、其理由與二百二十二條同、不復贅述、

其他如第八十條稱尊親屬之文例、加第三外祖父母一項、此爲新刑律草案所本有、而爲資政院審查時所刪去者、其理由爲吾國習慣有一人而再娶三娶者、且有以妾爲後妻者、

往往有名爲外祖父母而其情甚疏，甚且有不相識者，况外祖母則更有爲繼母之繼母者，其情尤泛，若概指爲尊親屬，而照分則各條，其刑特別加重，未免太苛，故決議除去，今刑法草案採取世界大同之良規，而復增入此項，亦欠允當，但望將來司法者當注意及此，必真正親生之外祖父母，方可適用此文例，則庶免削足適履之誚矣。

國會組織法第十四條之解釋

法政雜誌第二卷
第三號 民國元年

第十四條 民國憲法未定以前，臨時約法所定參議院之職權爲民國議會之職權，左列事項，兩院各得專行之。

一 建議

二 質問

三 查辦官吏納賄違法之請求

四 政府諮詢之答覆

五 人民請願之受理

六 議員逮捕之許可

七 院內法規之制定

八 預算決算須先經衆議院之議決

當參議院臨時約法之公布、海內政學界頗有糾其謬誤、謂必將發生種種窒礙者、今國會組織法實與臨時約法一部分、有一線相承之用、度會議時、院內諸君必將遠考歐美各國先例、近徵南北數月之經驗、爲補救約法之計、縱不能爲根本之變更、亦當於字裏行間、潛移默化、使將來實行時不至再生窒礙、按組織法全文、惟本條承受臨時約法之遺傳性爲尤甚、亦惟本條所承受之弊病爲獨深、今細釋條文、於約法將如何施以補救之處、尙苦於無從發見、則吾輩解釋者自不能限於解釋文義而止、蓋非融會本法全體、或探求立法者之本意、就各國之成法與最近之事實、加以確當之斷定、不可矣、今就本條所含職權、舉其重要者解釋之如左、

(一) 大總統副總統之選舉 臨時約法二十九條、臨時大總統副總統由參議院選舉之、按臨時大總統副總統之任期、自當至第一期正式大總統就任之日爲止、而第一期正式大總統之選舉方法、當規定於憲法、此時之國會職權、已無選舉總統之必要矣、然自國會成立之日、至憲法公布之際、其間爲時當亦非暫、設不幸而有總統必須選舉之事實發生、僅大總統有事故時自可適用約法四十二條不必選舉、不可無明文規定之方法以處理之也、就本條文義上之解

釋、凡參議院一切之職權、均爲國會之職權、決不僅限於約法第十九條所列舉、則約法二十九條之職權、亦因本條而使國會承受之、已無疑義、蓋本條臨時約法字下、無第十九條四字故也、於此乃生一困難問題、則兩院是否分別選舉、及合併選舉是也、夫由參議院之一院、而化爲國會之兩院、於行使職權之手續、自當隨之而有所變更、此本條所以有各得專行之之列舉、蓋自建議質問以下七款、不必兩院一致、方得行使也、至兩院行使職權、有應分先後者、本條亦特於二項加以規定、卽預算決算案衆議院有先議權是也、是皆在約法之一院制中、不生問題、而化爲國會之兩院制中、不得不規定者也、故本法於國會承繼約法職權之有窒礙難行者、參議院於議國會組織法時、均已計慮及之、而獨於選舉總統無規定者、非疏漏也、實因選舉總統一事、於兩院各得專行、及兩院一致行之、或一院有先議權、三種方法、均不能適用故也、如兩院各得專行、則兩院選出者、若非同一、將使何種機關、再加以決選、如兩院一致成之、則參議院如選出甲、而衆議院不贊成、衆議院選出乙、而參議院又不贊成、將永遠無選定之望矣、如使一院先議、其結果亦與上同、是三種方法、皆不能解決也、三種方法、既皆不能解決、而本法又無別條規定、則爲解釋者、惟有通觀本法全體以定一適當之方法而已、按本法二十一條、民國憲法之議定、由兩院會合行之、

夫總統選舉方法、非包含於民國憲法者乎、總統之選舉方法、既由憲法而定、憲法由兩院會合議定、則總統之選舉、自當由兩院會合行之、蓋不幸有此選舉總統之事實發生、則可會合兩院使提前而爲憲法之議定、又使提前而爲憲法中選舉總統之一事、先爲議定、且併使提前而先爲選舉總統權之行使、將來憲法是否議定選舉總統爲兩院之職權、雖不可知、然使議定而爲兩院之職權也、固可一面議定、一面卽實行、縱使議定而不爲兩院之職權也、亦可議定爲憲法實行以前、先爲兩院會合行使一次、以應事實之需要、此與法理事實、均可得圓滿之解決也、至選舉手續亦可仿二十一條二項『非兩院各有總議員三分二以上之出席』及『出席議員四分之三以上之同意』之規定、此乃融會本法全體之解釋也、若立法者之意、竟斷定爲必無再選總統之事實、而以爲於本法不必規定也、則本條文句自當加以積極或消極之說明、如謂除約法二十九條外、或於臨時約法四字下、加第十四條四字、今皆無有、則不能不解爲當然適用二十一條明矣、

(二)同意權之行使 約法第十九條第五款、承諾第三十四條三十五條四十條事件、按三十四條爲任命國務員等之同意、三十五條爲宣戰媾和及締結條約之同意、四十條爲大赦之同意、按七月間任命國務員之提出於參議院也、因參議院不善運用同意之職權、

致惹起政界風潮、爲輿論所譏彈、於時有以國務員三字解爲集合體、但須爲一次之同意、不必個別承諾者、此說之當否、不在本論範圍以內、蓋縱解爲集合體、任命國務總理、仍必要求同意也、今所當解釋者、以兩院之國會代一院之參議院、將如何行使此同意權耳、本條各得專行之各款、既不列約法十九條第五款在內、則當然適用本法第十三條兩院一致成之之規定矣、試問以前次通過國務員時之事實、及證之各國兩院多數黨派往往不能同一之先例、則國會成立以後、憲法未定以前、適不幸而有國務員之更迭、其現象恐更惡於七月間之結果矣、蓋以一院操同意權、已不勝其弊、况兩院耶、故本法公布之際、卽有以前之倡議修改約法者、倡議本條之不適用、然平心論之、參議院不能於本條挽救約法之失、誠不能無春秋之責備、而一時不欲於衆論喧騰之後、遽拋約法同意之權利、姑以讓之將來之新憲法、亦未爲大失、不過吾輩解釋者、睹事實之困難、推立法之本意、而加以正當之解釋、未嘗不可減少惡法之分量、夫約法同意之條、非自謂採美制耶、無論美國於事實上已無不同意、卽同在美、洲、同爲共和國之墨西哥、且於同意條特提國務員爲除外例矣、縱欲恪守美制、而美制之同意者、僅限於元老院、而不及代議院、則吾之摹仿之者、極之如所摹仿之國之先例而止、決無再擴充之至於兩院同有此權、況今之擴充、又爲無意識

之擴充、蓋並非專立一條以表示其意思、不過於處分約法遺產時、蒙混以之加入遺書中耳、設如民法上物權之授受、有物權之性質不可分割者、於授受契約中、乃誤定爲分割、至執行契約而生困難時、審判廳之判決、惟有推定授與者之本意、而斷定其契約之不可分割爲謬誤、今使以同意權而分與兩院也、無論先提出於何一院、若不能得同意也、當然不能再向他一院提議、若既得同意、及再提出於他一院、亦難保其必亦同意、徵之七月之成事、將有不勝其痛苦而陷於無政府之地位者、尤難望其恢復、故同意權之不可分割、事實上與物權之有不可分割者相同、而謂判決者可以仍其謬誤耶、考求立法者採取美制之初意、既如彼、徵之事實之不可實行又如此、故解釋本條者、於同意權之行使一款、斷然當解爲仍當由參議院一院行之、而條文之未聲明者、視爲疏漏可也、夫國務員之更迭、以視大總統之更選、其事容易發生、以今日政界情形推之、國會成立以後、憲法未定以前、大約此事實未必竟不發生、於此而不先爲研究、恐至臨事、或政界感情用事、有不易解決者、至同意之方法、似當摹仿美制先例、不拘前數次投票之惡先例、以秘密會行之、則政界之受益尤多、是乃關於院內規則之變更、於本條法文無甚關係、視將來國會諸君之於國家安危之觀念何如耳、以上皆指約法三十四條而言、至三十五條四十條、其關係亦相類、自當作

同一解釋也。

臨時約法之紕繆者，吾輩望參議院以國會組織法修正之，今國會組織法又如是矣，吾輩不能不再望之將來之起草憲法者，凡吾國民吾政學界毋以民國之憲法爲無預吾事而不速爲研究也。

論參議院議員選舉法

法政雜誌第二卷
第三號 民國元年

凡編訂一法律，自不能不參考各國之法律，以資摹仿，然有不可不注意者二事，一則採取各國法律之主義，必當體察其與本國情形相合否，一則摹仿各國法律之形式，必當兼取其精神，蓋就各國已行之法律，利用其實驗，以資取法，固爲最便利之事，然於本國情形不合，而亦移植之，則有削趾適履之誚矣，就各國法律所具之形式，而襲取其方法，亦善於摹仿者所不諱，然若但求貌似，而遺其精神，則有買櫝還珠之譏矣，吾民國參議院選舉法大體，蓋爲摹仿美國制，惟於上述二者注意之點，似尙有不能釋然者，試舉其重要二端如左：

(一) 各省選出參議院議員之額，不當取平均主義也，美國元老院，乃代表同盟主義，故各州選出元老院議員，不問其區域之廣狹，人口之多少，爲各州平均二人，雖多至七百餘萬人口之州，與四萬餘人口之州，權利毫無軒輊，此議創自當時會議憲法之哈密敦，其時

亦議論蠶起，然卒得贊成者多數，規定於憲法，此法之主旨，乃在各州立法部選出之元老院議員，爲代表各州立法部，而非代表人民，故各州選出之權，不可不平等，以防大州壓制小州之弊，一面又以元老院爲中央立法機關，與各州立法機關互通意思之樞紐，且爲調和同盟主義與國家主義之方法，於此而欲採取其主義也，蓋有數要件爲前提。

(壹) 必爲聯邦國。

(貳) 選出之議員爲代表立法機關而非代表人民。

(參) 先有同盟會議之事實。

(肆) 非此則大州有壓制小州之弊。

以上四項，爲美國元老院採用各州平均主義之根據也，其他如瑞士墨西哥等，亦大率有此事實及觀念，故亦採各州平均主義，惟德意志獨不然，德雖聯邦，其制度乃適得其反，蓋憲法以明文規定，保守其大州壓制小州之特權，故各州所選出參議員之額，至不平均，且規定爲投票權之數，而非議員之數，雖到院議員不足其應選派之額，而仍保有其若干之投票權也，凡此皆根據歷史以立法，其優劣如何，姑不具論，今惟研究吾國省制之歷史，究竟與聯邦何似，而現在各省情形，與將來目的，是否與上述四項相合耳。

夫吾國省制之歷史，乃由一大區域，因行政上之便利，分割爲數小區域，與聯邦制之由各小部分聯合以成一大部分，其根本上之不同，有不待繁言者。故（一）之要件，可謂全不存在，其次將來之參議院議員，是否代表各省立法機關，而非代表人民，今因憲法未定，此項尙未可推測，然就目前之國會組織法觀之，則第十四條之職權，兩院無甚差異，絕未見有參議院爲非代表人民之意，是（二）之要件，亦無根據也。至（三）之要件，在先南京成立之參議院議員，由各省派遣，微有同盟之意味，然各省之本來性質，既非聯邦，則雖有會議之事實，亦不能勉強比附，而假裝此遺蛻於參議院中，故三之要件，尤不相涉，是今日之所亟應研究者，惟有如各省選出參議院議員不均，將來是否有大省壓制小省之弊之一事耳。欲答此問題，當先問從前各省一切權利義務，是否本來平均，或少近於平均，所謂權利義務者，最重大而易起爭論者，莫如財政，從前各省財政，就收入言，則江浙數省之額，占全國之大半，甚至同一尺寸之地，其租稅有相去數十倍者，其他一切貨捐雜稅，亦無不省自爲政，各省無比例之可言，就支出言，則除各省自用之行政費不論外，其補助中央者，亦至不平等，甚至有協濟他省及受他省協濟者，財政一端既如是，其他一切政令無不如是，除省之名詞爲同一之外，幾無一可爲權利義務平均之證據者，此就從前各省之習慣言也。

至將來民國各省、是否能力反前清之惡習、力求權利義務之平均、此又事實上必不能之事也、除清末中央有事需款分派各省認定之惡習必當破除外、此外租稅等項、縱將來國稅省稅劃分之後、亦決不能使各省對於中央政府爲平均之負擔、其他政令、無不皆然、故按之從前各省之習慣不平均、已如彼、豫測將來各省之事實不能平均、又如此、則摹仿各聯邦國之制度、而獨於參議院議員之額取平均主義、直可謂毫無理由矣、至聯邦國所以以元老院代表各州立法部者、因中央立法部與各州立法部、其權限或屬之彼、或屬之此、均因歷史之事實、政治之進化、而隨時消息、其或當保留、或當委託、初無一定之界限、故不可無一互通聲氣之機關、以資調和、今吾國既非聯邦、一切法制、自當整齊畫一、則將來自無爭論之餘地、而所以設此參議院之功用、亦決不在此、此選舉法採用平均主義之尤不能以此爲藉口也、

(二)被選舉資格不當無制限也 凡國會之採用兩院制者、必含有二種理由、一則兩院

必各代表一方面、即兩院於國民全體中所代

表者不屬於同一部分也

一則兩院中必有一院、資格程度、較其他一

院爲高、由前之說、選舉人不能不異、由後之說、則被選舉之資格、尤不能無區別、今參議院議員選舉法、於選舉人、誠與衆議院不同矣、其結果不能謂之絕異茲姑不論若於被選舉人、

毫無限制、除華僑爲吾國特別制度無論外、各省省議會所選出、依二十一條之解釋、雖被選者無一爲省議會議員、亦不爲違法、中央學會所選出、依三十五條不以該會會員爲限、蒙古青海西藏亦無被選舉人之規定、則參議院議員、除年齡較衆議院議員加五歲外、其他全無區別矣、按各國上院、除貴族僧侶爲歷史所留遺、本無討論之價值外、其他約有數種選舉方法、

(壹)法律上之知識、如英之法務議員意之大審院長等、

(貳)有勳勞於國家者、意大利日本有此、

(參)納稅最多者、意大利日本有此、

(肆)有政治上之經驗者、如意之任議員至若干年或任國務員全權大使等、

(伍)有學識者、如意之學士會議員高等教育會議員、

以上各種方法、其目的不外使上院之程度、比下院爲高、行此者以君主國爲多、然民主國有以上院承認任命官吏及解散下議院者、吾民國憲法、將來有此與否、尙不可知、而上院之程度經驗、必當高於下院、要非君主國之專有物、况以中央學會會員爲選舉人、本已含有注重學識之意、乃被選人又不限於會員、豈非採其形式而遺其精神乎、說者或謂吾參

議院議員選舉法、本採各民主國通例、故於被選舉人不加限制、不知民主國如美瑞本聯邦國、故注意全在由各州立法部選出、不必再限制被選資格、已如上節所論、若民主而非聯邦如法國者、其選舉會之組織、已自不同、且尤有重要原因、則民主國均採單選制度、故上院改爲複選、由立法部選出亦複選也已足以標異、若吾國衆議院已採複選制度、而於參議院不限制被選舉之資格、則何不兩院以同時同一方法選舉、而但於召集之後、抽籤以分爲兩院耶、故此次公布之參議院選舉法、以言採各民主國制度也、則衆議院先不應採複選制、而中央學會一款、尤爲贅旒、以言參酌各君主國制度也、則被選舉不當無制限、今攙雜兩種立法之形式、而均失其精神、不可謂非立法之過也、今日之參議院、欲望其立法之完密、固不易得、惟望今後之起草憲法者、勿再蹈前轍、而悉心研究焉、則幸矣、

論國民當注意選舉

法政雜誌第二卷
第四號 民國元年

揭共和政治之精神、必曰主權在國民全體、問國民全體、何以能行使主權、必曰以選舉之方法直接或間接、選出行政立法司法之人、使執行主權、故然則共和政體者、一忙碌於辦理選舉之政體也、共和國民者、一必須時時注意於選舉之國民也、在專制之國、非無鄉舉

里選之制、特爲一部分人所利用、與今日所謂選舉不同、卽在君主立憲國人民所選出代議士、其職權亦不過爲參預立法監督行政、縱能盡舉其職、不過於國家主權之全部分中偶占一隅、其大部分仍爲特定之人所掌握、非國民所得動搖也、（此指德意志日本等國言、若如英吉利雖爲君主立憲、而精神已類共和、自不在此例、）故選舉之得失、關係尙輕、獨至共和國民、則立法行政司法之人、殆無有不直接或間接出於選舉者、故行使選舉、如有一次不得其當、大之足爲國家存亡之關鍵、小之亦足貽害於一時或一地方、其關係之重要、誠非君主國所可比擬、今吾民國臨時約法第二條、定主權屬於全體國民、而國會議員選舉法及省議會議員選舉法、亦已公布矣、是正吾國民將臨場考試其行使主權能力之時期也、夫第一次國會、於法律政治應解決之問題至多、卽如憲法當由國會起草議決、而正式大總統或當由國會選舉、省議會議員、亦中央參議院議員所自出也、而省長或亦須由省會選定候補者、故自今以後四個月之間所行之選舉、實可謂包含世界各種重要選舉在內、（除國會議員省議會議員外、憲法會議議員、總統省長或并國務員外交大使公使等在內、）故共和國之選舉、其重要已倍蓰於君主國、而吾國今日之選舉、其重要又倍蓰於其他之共和國、凡吾國民不幸丁茲艱鉅、宜如何互相策勵、以度此生死關頭之危境、

乃默察多數人之心理，除二三政黨員外，於茲事之重大，尙有未能徧喻者，甚者漠視之程度，更有甚於在前清辦理諮議局議員選舉時者，是誠可謂今日第一險惡之現象也，不揣固陋，謹將今日吾國民不可不注意選舉之理由，敷陳如左，幸吾國民一再思之。

一 多數人放棄選舉權之害

所謂多數人放棄選舉權者，不必一選舉區中居選舉人全數中過半數也，但使選舉人千人中有三百人以上放棄其選舉權，已足稱爲多數。近來世界進步之國放棄選舉權之數總不免在十分之二三之間，故十分之

二放棄選舉權雖已不可謂少，然尙在世界通例限度之內，故本論所稱譬如隨意舉某區多數以十分之三以上爲斷，參觀本誌第一卷十一、一二號選舉之強制篇。

選舉人中一千人之心理，六百人欲舉甲，四百人欲舉乙，果使此一千人者，無一放棄選舉權，則投票之結果，當選者必爲甲無疑，設此一千人中有二百人放棄選舉權，而此二百人又適盡爲本意欲舉甲之人，則投票之結果，爲甲乙得票同數，然世間事無有如是整齊巧合者，使本意欲舉乙之人，而亦有一人放棄選舉權焉，則得多數者仍爲甲矣，因此而放棄選舉權在十分之二以下，其影響所及，尙不甚大，又若甲乙二人，本可以得票之數，無四百與六百相差二百之遙，則但使放棄選舉權者爲極少之數，已足以爲輕重，然甲乙二人得選舉人之信用，既不甚懸絕，則投票之結果，縱有變更，尙不爲大悖於衆人之心理，故選舉

人全數之心理、與投票結果所表現爲大相背謬者、必在放棄選舉權者達十分之三以上時而始顯著、至放棄選舉權者愈多、則背謬之程度亦愈高、極端言之、因放棄選舉權者及投散票者、即決不能得多數之人此弊亦甚大以非在木論範圍以內不贅論過多、能致在選舉人全數心理中不過十分之一所信仰者、而亦可當選、然後其害乃爲不可測矣、此爲放棄選舉權者過多普通之害也、然在吾國今日則又有特別之現象、

今日吾國各方面所現之險象、可謂極人世未有之艱危矣、任舉中外古今何一國何一時、均不足以相比擬、夫吾國之所以致此險象者、決非天時地理之不若人、亦惟人謀之不臧耳、在前清時、因掌握國家主權者爲特定之人、國民雖痛苦、而非用武力不能推翻之故、必須犯百險而出於革命之一途、今則共和既立、而險象益迫、此中轉移之機、仍惟掌握主權之人是賴、主權得其人、尚可轉危爲安、不得其人、則亡可立待、今日所謂掌握主權之人、非他、卽國會議員大總統國務員也、此數類人者、既非世襲、亦無特定之資格、無一非直接或間接出於選舉、亦無一非直接或間接出於今後三四月間所行之選舉也、則此次選舉人投票時、握管瞬息之間、實惟吾國家人民之所託命、故謂吾國之存亡繫於此次選舉人之手、實不爲過、使吾國現在世間之人、實在無人足以支持此危局、或全國人之心理、實已大

多數偏向誤信，此不能支持危局之人，則亦已耳。若此斷案而尙稍有疑義焉，則凡吾國民於今日最後之一日，曷不爲救急之手段，而姑舉平日良心上比較以爲適當之人物，試爲一擲焉。若再放棄此機會，則誠束手待斃之愚見耳。此就時局上特別情形觀察，而可悟放棄選舉權之不可也。

吾人身受君主專制之虐，已深痛心疾首矣，不知共和專制之弊，亦詎可忍受。特君主專制之虐，非革命不足以挽救。共和專制之弊，但能人人不放棄其權利，各盡其義務，卽可以消弭。所謂共和專制者，非總統專制如拿破之謂也，卽以多數心理所排斥之人，而以投票之

形式冒充爲多數代表者也。夫君主專制運用於少數人之手，若天誘其衷，有時悔禍，國民猶可少紓痛苦。卽不然，而君主所恃以爲後盾者，惟軍隊而已。無論少數軍隊，不足以敵全國人民。况專制之稔惡既久，雖有軍隊亦將莫爲之用。前清在若共和專制則不然，其所恃以爲後盾者，爲全體之國民，所恃以爲名稱者，爲人民之公意。夫人民公意，除選舉外固無從表見也。吾國民多數，既自匿其意思而不肯表示，則一部分人所表示者，詎能不承認之。浸假而使此實質上少數信用形式上多數選舉之人，而運用國家之主權，於是有應興之利而不爲興，應革之弊而不爲革，有良稅法而不用，有惡稅法而厲行，甚至有可以救亡之

策而破壞之、有足以促亡之計而實行之、凡選舉人之放棄選舉權者、至此試問能執未嘗行使選舉爲口實、而自免其責否、抑能以未嘗行使選舉、而自免於禍敗否、若在君主之國、有時因君相之專斷、而解散議會、再詢民意、各國解散議會及事後輿論反左袒君相者亦所恆有特其原因或由相激而成爲別一問題若共和國、則人民代表之權最大、限制之力亦甚薄弱、故必當於選舉之初、格外加意、否則以一時冷淡、而貽莫大之禍害、及再感其痛苦、已屬補救無從、則誠惟有束手待斃而已、此又就政體而見放棄選舉權之不可也、

二 放棄選舉權者心理上之謬誤

今人之放棄選舉者、其心理上約有數種觀念、列舉如左、

(1) 以政治爲與己無關者、此觀念在歐美最爲進步之國、習見於政治不能爲大惡、亦間有此思想、而吾國則承數千年專制之後、濡染於民可使由之、不可使知之之學說、此觀念最爲發達、然在今日、不必侈談人民國家一體之學理以破之也、卽就事實論、試問近年以來、吾國士失學、農失畝、工商不安於市廛者、推其源何一不由於政治不良之結果、自上年以來、凡今日之有選舉權者、因政體之改革、而身體財產有不受痛苦損失者、殆絕稀、則政治之善惡、無關於吾之迷夢、於此當可恍然悟矣、

(2) 以爲吾一人之行選舉與否，無關於大局，此種觀念，固與天下興亡匹夫有責之義不合，且若使人人如此，將使國家有不能成立之慮，不但此也，放棄者持此主義，而彼不放棄者，將自託於多數之名義，而使所欲舉之人當選矣，放棄者以輕視選舉價值之故，乃間接以助成平日所極不信仰之人，亦覺失計之至矣。

(3) 以爲無適當可選舉之人，此種觀念，蓋由於誤解選舉之作用，今人輒謂此時政治上如此之困難，非得極有品望能力之人，必不足以挽救，既心目中無此種合格之人，則寧放棄選舉，不知政治亦一種職業，德行純粹之人，固未必能合宜，而品望未著之人，亦未必不可由歷練而成功，國家所望於選舉人者，在因時與地選出比較的適當之人材，非必欲人人爲華盛頓、極富孫、哈密而敦、曼狄生也，況此次所公布之選舉法，仍爲複選制，則初選時所投票者爲選出議員之人，但求其不拘黨派，黨派應拘束與否爲一問題，但今日人民程度仍以不拘束爲多數人之心理。不懼權勢，略有辨別心者，已足，此外更無苛求也。

(4) 不欲干預政治以發生恩怨，此種觀念，爲今日吾國特別現象，而有財產者尤居多數，吾國人民因久受專制政治之酷虐，凡稍有資產者，非本以政治爲生活，即不敢輕於干預政治，自上年以來，因政治上軍事上第一需要者爲財政，而籌款之法，征收之人，頗多

兼擅專制官吏綠林豪傑之長，故資產家尤爲衆人所眈視。今日選舉人中之略有財產者，驚魂未定，蓋尙時時有管押勒贖之虞，其與世俗之稱爲政客者，已似立於對待之地位。因是而深閉固拒，寧拋選舉權，亦恆情所不免，無足深怪也。殊不知今日有財產者之不能安居樂業，其故仍由於掌握國權者之非其人。若使此類人常此不變，久居政治社會最高之位置，利用假託毫無憑證之所謂多數人崇拜，以浪費國家之財用，敲吸吾民之脂膏，日復一日，將使吾民無復瞧類矣。故今日選舉人中之有財產者，尤當乘此機會以選舉其所信仰之人，既可表示自由之意思，直接以救國家之危急，亦可間接以保全自己及子孫之生命財產。伸眉吐氣，在此一舉。况選舉既用無記名，更無發生恩怨之可慮，又何憚而不爲耶。

(5) 懷反對現行之選舉制度者，此種觀念，有種種之不同，其反對共和制者，在今日已居極少數，無討論之價值外，其不滿意於近日之政令，而因以反對政令中之選舉法者，實居多數。此類大率爲失職之官吏，失財產及業務之人民，蓋憔悴於今日之生計，而不快於現政府，遂聯想而不快於現政府之制度也。不知今日政府之不滿人意，決非國體政體不良之故，實由於人才之不適當，設令以今日之人才，組專制之政府，化今日之議員爲專制之官吏，吾知其不能救國，必尤甚於今日。今誠有深知灼見於行使主權之人之不善，則

立起推翻、尤不容稍緩、而所謂推翻者、非欲諸君效革命諸君冒萬死以組織秘密黨會也、特勞諸君一臨公開之投票所、一舉手以書二三小字之勞耳、諸君尙有何怨懟而憚此不爲、坐令不如吾意之人、從此又將取現在行使主權之人而代之、又使吾生惡感者數年耶、今日放棄選舉者各種心理之謬誤、不外如右所述、此外若因人強迫而不行選舉者、或因業務之牽掣而不克行選舉者、前者有內務總長之通告、且可提起訴訟、後者亦視其人視選舉權之價值何如耳、若果能深維國務之艱難、選舉之重要、則無論如何強迫、何種業務、皆當有不暇顧慮者矣、

三 選舉爲有選舉權者之特別義務

凡法律文字、稱選舉人得行投票、謂之選舉權、其實選舉爲權利耶、抑爲義務耶、學說頗不一致、最普通者謂行選舉爲人民執行公之職務、以此觀念、則已認爲義務、故比利時有強制選舉之法律、卽對於無故放棄選舉者、加以制裁也、其在各國尙未實行強制選舉者、皆因事實上恐無效果、非謂悖於法理而不敢行也、不佞所見、以爲共和國主權在民、選舉既爲國民全體行使主權之唯一方法、則放棄之者、卽爲放棄國民之義務、况選舉法使國民爲選舉、欲因以構成國家之機關也、故不行選舉、卽可爲直接反對國家之成立、第國家既

未別定法律，定不行選舉之罰，則國民對此但可爲道德上之義務，而非法律上之義務也。雖然，選舉人一方對國家爲義務，而一方對於無選舉權者不可謂非權利，現行之衆議院議員選舉法，雖面目已近於普通選舉，而實際則得有選舉權者，比之前清諮議局選舉章程固寬，可以增多數倍選舉人，而比之世界各國，以全國人民總數爲比例，恐尙居少數也。查選舉法第四條，有選舉權者之資格，可分爲二層，二層又各分爲三項如左：

第一層 (一) 男子 (二) 二十一歲以上 (三) 在選舉區內住居滿二年以上

第二層 (一) 年納直接稅二元以上 (二) 有值五百元以上之不動產 (三) 在小學校以上畢業及與相當之資格者

試依此再列舉無選舉權之人

(一) 女子 (二) 未滿二十一歲者 (三) 無值五百元以上之不動產，年納直接稅，不逾二元，又無小學校畢業之資格者 (四) 雖有上項之資格，而非在選舉區內住居滿二年以上者 (五) 雖有第四條之資格，而有第六七兩條各項，應剝奪停止者

由此觀之，則吾國之無選舉權者，但以男子計，百人中約計至少必在九十五人以上，况家族制度，財產不易分析之習慣，及教育未普及，不識文字者之多，偏僻省分，受制限者更多，

然則今日之得列入舉選人名冊者、其實際不啻以一人代表國民百人矣、夫約法所謂主權在國民全體者、非專指有選舉權者言也、今選舉法既採用大多數立憲國通例、不能行純粹之普通選舉制矣、其結果乃至以有選舉權者一人、代表普通國民至九十餘人之多、在選舉權之本義、本兼權利與義務兩種觀念、而實以義務爲重、今以吾國現行法及社會情形、更加以對於無選舉權者爲特別之權利、而附隨而至之義務、則尤不可不注意、試問選舉人以一時之疏懈或感情而放棄投票之事、縱自謂甘受多數放棄選舉所致之禍害、而對於其代表無選舉權者之若干人、將何詞以自解耶、清夜思之、當亦有不忍出此者矣、此又以選舉權之不能普及而知有此權者之尤不可不注意也、

綜上述理由、而國民之懷放棄選舉之心理者、宜可以悟矣、第在今日與選舉最有關係者、尙有政黨在、半歲以來、政黨之泉湧風發、可謂盛矣、政黨以活動於選舉爲手段、而所以活動之方法、頗有涉於不正當之所爲、此在東西各國、均不能免、亦不必爲之諱、吾國今日一切正在摹仿演習、欲求事事恰合分際、非所敢望、惟有最要之條件二端、一則所以活動者、必當在法律範圍以內、二則以能達政治上得多數之勝利爲止境、凡踰越此條件者、皆非正當之活動也、更有一各黨共通之要義、則務以喚起國民注意選舉爲政黨之職務、蓋必

國民多數知政治上之大概，然後多數黨之得多數人票選，爲真能代表民意，若利用多數人放棄選舉，而以最少僅滿票額當選，實未足以表示其政爭勝利之榮譽，此又以政黨一方言，而知國民注意選舉之不可緩也。

衆議院議員選舉法疑問二則

第二卷第四號
民國二年

衆議院議員選舉法，共一百二十一條，自第十條以下，爲辦理選舉之手續，其中雖多疏漏，牴觸可議之處，然殊無討論之價值，惟第一篇九條，爲本法主義大綱所在，有足資研究者，通觀總則九條，大概就前清諮議局章程而減少其制限，如年齡也，財產也，學識程度也，其制限均較諮議局章程爲低，應共和之國體，順世界之趨勢，自可稱爲適當，惟其中有增加及修改者二則，頗滋疑問，試述如左。

(一) 住居問題 此爲諮議局章程所無，本法特增入者，按行普通選舉之國，欲排去遊蕩無定居之徒，故設此制限，若行制限選舉之國，已不復需此，日本行制限選舉，而有居住一年之限，已爲美濃部博士所譏，見本誌第一卷十二號
雜誌欄選舉法大意篇今本法承前清憲法大綱所附選舉法要領之謬，又增爲二年，不特主義不一貫，且調查時亦頗困難，蓋吾國向重籍貫主義，諮議局章程
第五條可見故以寄居爲例外，今本法既打破籍貫，於是有一疑義發生。

(1) 是否必在非本籍地方，方可適用住居二年之條件，如照此解釋，可謂由諮議局章程第五條寄居十年之限，而縮短為二年，立法亦為適當。

(2) 是否在本籍即出之地，雖常流寓包游宦游幕游學，在外，亦得入選舉人名冊，如照

此解釋，不問其人在原籍有無親屬家屋，亦無論時之久暫，自離家數月至出外數十年，調

查人名冊時，均不得扣除，按此解釋無可反對否則今日革命鉅子奔走，若依右二條之解

釋，則本法仍當看作默認籍貫主義，吾國既無戶籍可憑，選舉區內住民之去留，無從稽考，

不能不暫時仍用籍貫主義，以為標準，然因此結果，適得美濃部所譏之反面，蓋美濃部所

慮，乃在無論有如何資格之政治家，因遷居一次，必失去選舉權若干年，舊居之選區因

居之選區因未滿，今本條之結果，則因遷居而可多取得一選舉區之選舉權，夫一人入

二選舉區以上之人名冊，原為本法所不禁，諸議局章程即不能免此現選舉法施行細則

將用何法以，然交通便利之處，一人而行使二處以上之投票，將用何法以防止之耶，各區

防止之也，然交通便利之處，一人而行使二處以上之投票，將用何法以防止之耶，各區

不僅此也，所以採住居制限者，為欲減少游蕩無定居之人也，今在本籍即出，既不能剔除，

則但令有籍貫之人，亦可并有，縱常年遊蕩在外，亦不能屏之於人名冊之外，不可謂非立

總統命令可以延期

法者之誤取主義也。

(二)不識文字 本法改諮議局章程第六條第八項、不識文義、爲不識文字、當亦不外

減低制限之意、如此、則文字二字之解釋、自當從最廣義、孔百昭著淺釋比例於小學校畢業之程度似非正當、在第

四條第三四項、與小學畢業及相當者、爲取得選舉權之資格、即縱無他種資格、指納稅財產、亦可因此而

列入選舉人名冊、第六條第六項、不識文字者、爲消極之資格、即縱有他項資格、亦當因此而失

去選舉權、故二者之程度相去必甚遙遠、因在本法可謂一爲最高度、一爲最低度也、如此

則文字之解釋、自當以能寫選舉票者爲標準、杜君亞泉著諮議局章程箋釋即以雖然、若

僅以能寫選舉票爲標準、則本法四十四條、本有投票人親赴投票所自行投票之規定、其

不能寫選舉票者、當然不能行使選舉權、更何必特別加此贅文耶、此項制限本爲各國所無、况又調查

時一一試驗、亦事實上所不許、不可謂非立法者之誤採局章也。

本法倉卒通過、於今日之參議院、吾輩本無用苛求、惟現在解釋之權、亦出之院議、深望諸

君稍爲注意、縱不能多所補救、亦不可變本加厲、前清憲政編查館人員、已貽人口實、幸勿

蹈其覆轍、或更加甚焉。

惺存遺著卷二目錄

輿論與法律·····	一
立法與行政·····	四
比較共和國憲法論·····	十二
論省長之職權及其選任·····	八十四
憲法餘論·····	九十三
論政治上之習慣·····	九十七
論法律之執行·····	一百〇六
論逮捕議員·····	一百十九
評憲法起草委員會議決各項·····	一百二十九
論官僚政治·····	一百六十

惺存遺著卷二

輿論與法律

法政雜誌第二卷
第五號 民國二年

就國家普通現象觀察、凡一國現行之法律、皆其國過去之輿論所貽留也、而一國現在之輿論、又實爲將來法律所胚胎、此在立憲國有然、在專制國亦未嘗不然、蓋專制君主、雖可任意制定法律、然除少數昏暴之主外、其心理不能不受當時輿論之拘束、若在立憲國、明定立法機關、以代表輿論、則輿論與法律之關係、尤爲密切顯著、惟輿論之變遷、其轉移之機、至無定者也、而法律之制定改廢、則有一定之手續、故就外狀觀之、頗似輿論與法律往往不能吻合、然就其不能吻合之點、愈足以證其關係之密切、是故法律者必常受輿論之掣擊、然後始有進步、而輿論者亦必以能實施於立法、方可謂之有價值、此就今世立憲各國之現象、而知其關係已有如是者矣、

若在吾國今日、則尤有一特別之現象、蓋自國體改定以來、一切法律、除一二與國體無關可以承用者外、皆須重行編訂、於是當立法之任者、往往含有極普通簡單之思想、卽抄襲世界各國成文法是也、然各國之成文法、不能相同、有國體雖同而所取主義絕異者、於是

發生第二級之思想、則究應採取何國之制度、是也、於此乃有因各人學問上及感情上種種觀察點之不同、而所主張遂異、主張既異、不能無辯論、斯時乃發生一種輿論、不意此輿論至有勢力、譬之謀都市之改良者、其設爲計畫曰、某街市應擴張也、某水道應疏通也、然所設施不能不就已有之迹象爲基礎、而加以改良、其改良之處、必有一定之範圍、不能自由布置也、若乃就廣漠之地而建一新都市焉、既無舊時街市及建築物之阻礙、又無山川之間隔、所爲計畫、可以悉憑理想、毫無拘束、前者之例、各國每歲修正法律案、是也、後者之例、則爲吾今日立法上之輿論矣、蓋一則以輿論由漸醞釀、以改變法律、一則因立法之忽促而惹起輿論、二者因果之不同、勢力因之以殊、可謂之立法上之特例、亦可謂政治界之異象矣、

試以實例證之、當南京政府之成立、輿論主張採美國制者爲多、於是乃有總統而無總理、及南北統一、政黨發生、輿論主張責任內閣制、而國務總理乃發生、又輿論多數主張二院制、而國會組織法以定、此特舉其重要者爲例、其他類此者正多、不勝枚舉、甚至如華僑之選舉議員、爲世界各國立法所無、亦因輿論謂爲有功民國而見之立法矣、輿論之力、豈不偉哉、蓋各國之輿論、但能隨時養成勢力、以期立法時之採用、吾國今日之輿論、可以朝發

布於報章、夕已成爲法律、其影響之捷、感應之速、有非世界各國所能望其萬一者、於是而吾國今日投身輿論界者、(兼代表輿論及指導輿論一種人言)知此時所處地位之重要、所採取及主持之輿論、轉瞬可成實事、與各國之須由漸而成及須受現狀之拘束者、其功用不同如此、因此而不可不注意者數事、

一此輿論若成爲法律、於國家生成發達上有無利益、夫國家之有法律、第一在維持國家之生成、第二乃謀國家之發達、若法律與此二目的無關、或且相反焉、則何用此法律、亦何貴有此輿論、

二此輿論若成爲法律、於多數人民有利益否、夫變專制而爲共和者、其第一大目的、在剝奪少數人之利益、以與多數人也、若法律而不能達此目的、或更加厲焉、則法律與國體之精神相悖、亦何貴有此輿論、

三此輿論若成爲法律、與其他法律主義能一貫否、夫國家有種種法律、直接間接均有互相關係之處、必主義一貫、然後方能互相爲用、若時時以感情作用、今日感情在甲、而主張甲之主義、明日感情在乙、又主張乙之主義、試問似此輿論、似此法律、能成爲正當之輿論正當之法律否、

以上所述、今日在輿論界者、無論當積極（自無而使之有）或消極（自有而使之無、如今日反對勳爵是）皆不可不知此義、今各省正在辦理選舉、正式國會、不久可以出見、凡自憲法以下各種法律、皆將陸續制定、深望吾國專攻政法學及於立法司法有經驗者、破除一切感情、平心靜氣、相與極深研究、互相切磋、造成一種極正當之輿論、以表示於天下、庶此後當立法之任者、於議決之際、不至茫無指歸、隨偏激之衆口爲轉移、則吾民國前途、庶有豸乎、

立法與行政

法政雜誌第二卷
第六號 民國二年

區分國家政治事項爲立法行政司法三種、此就各國政治歷史經驗所生之區別、古時希臘學者已有此說、此後英國學者、又分爲最高立法權、執行權、同盟權、特權、四種、至孟德斯鳩而有三權分立之理想、遂爲近世最有力之政治學說、此說根本上之要旨在祛除主權者專橫壓制之弊、使此三權委任於各別之機關、各有獨立對等之地位、相箝制而不相關涉、以此爲立憲國之精神、英國政治上之自由、實以此爲基礎云、此理論一時成爲政治之格言、近世各國立法受此影響不少、然於實行上殊多窒礙、故終爲今日政治學家所排棄、近時君主國之學者又於三權之上、發生元首總攬權、日本即實行此說而民主國亦有憲法制定

權以立於三權之外、有美瑞此皆鑒於三權分立之不利實行、而爲之補苴、蓋非此無以免三權之衝突及維持國權之統一也、故今日各國之立法、已無復純粹三權分立之制度、惟大多數仍用三權分立之原則、而時以例外得互相關涉以調和其間、其關涉之程度、則各依其國情歷史而異、有不能一致者、今民國成立、一切法制在草創之際、於三權間相互關係之問題、當不外採取各國通例、而求其最適於吾國情者、則斟酌損益之間、不可不預爲研究焉、其中司法一事、與立法行政關係較少、本論可暫置不議、惟立法與行政、關係最爲密切、權限分合之間、或太相隔絕、或稍形混淆、則放棄遂多、爭議屢起、處處足爲國家生成發達之障礙、今參考各國現行之制、及吾國所應採取者、分別論之如左、以備起草憲法者之採擇、

(一) 立法機關兼及行政作用者 如孟氏學說、則立法部自當禁止干預行政事宜矣、然自法蘭西人權宣言書第十六條外、雖美洲合衆國號稱最能墨守孟氏學說者、亦已不免自亂其例、大概以立法部而兼及行政行爲、其重要者約有三事、

(甲) 豫算 豫算可爲法律否、爲法學上一問題、茲姑不論、惟國家歲計出入、其性質明明爲財務行政、自當屬於行政範圍、然不出代議士不納租稅之格言、又爲議會政治根

本上之原因、與三權分立說出於客觀之觀念者、絕不相謀、因是各國通例無不認議會爲立法部、亦無不予議會以預算決定權、蓋主觀之目的、決不能爲客觀之學說所移動也、今民國成立、財政問題、關係存亡、又值人民稅源枯竭之際、吾立法部之代表人民以監督政府之財政者、較之世界各國通例、尤當格外加嚴、故凡豫算外之支出及超過預算款項以及豫備費繼續費國會閉會時財政上緊急費用必要之處分、皆當於憲法上別立條文、嚴加制限、至若君主國所謂大權所定之支出等則、尤當嚴加禁絕、不使稍留臭味於民國之憲法及習慣也、

(乙)質問查辦及彈劾 立法部制定法律、由行政部公布之、其法律能實行與否、全視行政權之作用如何、故立法部於立法權以外、必有監督行政部行法之權、因此行政部自元首以至各種官吏、苟有違法之事、立法部不可無質問及咨請查辦與彈劾之權、此雖似稍逸立法之範圍、正所以保持立法之信用、然各國通例、率不限於違法、即純粹爲行政範圍以內事件、苟有失職、立法部亦得干涉、此即所謂監督行政權、此等權限、各國憲法、大率有明文規定、惟君權偏重之國、有此權無甚勢力耳、吾臨時約法、亦分條列舉、將來憲法、自可承用、至建議事件及答覆諮詢、不過以立法部之意見、備行政部之參考、非立法部之行政作用也、

(丙)任命官吏之同意 立法部於行政部之任命官吏有同意權、此惟民主國中數

國有之、其權限有廣狹之不同、有凡任命高等文武官皆須得立法部同意者、有僅限於外

交大使公使者、於此有須注意者、則同意權皆限於上院即元老院而不及下院、蓋各國選舉法、

上院必較下院比較的嚴重、即吾國現行選舉法亦有年齡之不同故其人必比較的偏於保守、而有政治上

之經驗者爲多、其性質亦與行政官吏爲接近、故近世民主國憲法之規定、有任命官吏同

意權者、尙少顯著之流弊、及卑劣之史料、且頗能得相制相助之妙用、吾國約法抄襲美洲

合衆國成法、而變本加厲、自未可爲永久之法、詳本誌第二卷第一號論說欄茲不贅述將來定憲法時、自當取

世界民主國最近及最多數之立法例、本號葡葡牙憲法可以參考而滅除此例、或減輕其分量也、

以上所舉三項、乃通民主君主國而言、若民主國立法部之領地、其侵入行政部也、通例必

較君主國爲廣泛、如宣戰借債特赦及增減官吏稅關等、皆爲民主國立法部應有之權限、

決不可全任行政部之自由處置、此無待討論者也、

(二) 行政機關兼及立法作用者 行政部本爲行法之機關、若嚴禁其不許關涉立

法、是直一機械之作用、且既不許其關涉、即無由知立法之精神、欲望行政敏活、達國家政

治進行之目的、必不可得矣、故各國通例、行政部皆有兼立法作用之事實、特在君主國、其

行政部侵入立法範圍、尤爲廣泛、而民主國亦決不能絕對不許行政干預立法、綜其重要者、亦有三事、

(甲) 提出法律案 法律提案修改議決之權、本爲立法部之本職、然大多數國、政府亦有提案之權、誠以政府擔任行政責任、凡政治一切措置、關係較切、經驗亦較富、使之立案、以視立法部之但憑理想者、未必多遜、且或可較利於實行、故除最爲醉心於孟氏學說之美洲合衆國外、美之國務員且不得出席於議會、然可出席於審查會、實際上故少窒礙大多數均許政府有提案權、吾臨時約法、多採美制、乃亦有二十八條之規定、蓋提案之權、縱分之於行政部、而議決之權、仍完全在立法部、本毫無流弊也、定憲法時、似尤不當斬之、

(乙) 命令權 臨時約法第三十一條、『大總統爲執行法律或基於法律之委任、得發布命令、并得使發布之』此即規定行政部之命令權也、凡行政部所發布之命令、通常分爲三種、即獨立命令、補充命令、委任命令、是也、除獨立命令根據於君主大權、非君主國不容發生外、所謂補充命令者、非於現行法律之外、另一題目所發、爲另一題目、即獨立命令乃於現行法律之中、補充其條令細目之謂也、若執行命令、則根據於立法部之直接委任、蓋立法部制定法律、若於實行時之種種方法、亦同時規定、本無不可、惟法律文詞簡括、不能隨時地

而轉移、不如委之行政部之自定、較爲適宜、故各國通例、行政部皆得自定執行法律之細則、卽所謂執行命令也、今約法所謂執行、所謂委任、自當包含補充命令委任命令二種而言、而決不容疑有獨立命令之存在、然將來之憲法、有不可不詳細分別者、蓋吾國承專制之後、官吏心理、以能制作法律強人服從爲一身之榮譽、故自臨時政府開幕以來、其有類於獨立命令者、已不可勝數、此不必爲今日之政府諱、法蘭西之總統、亦時有近似獨立命令之補充命令、惟限於與其他法律之精神及文詞不牴觸而已、吾臨時政府之命令則已不免與其他法律牴觸矣

如禁止詆毀滿清書卽與約法著作出版自由牴觸

故今日所當急爲辨明者、在君主國之補充命令、與民主國之補

充命令之區別、蓋君主國凡憲法所規定、立法部職權之外、苟有遺漏空隙、或迫不及待之處、一概可以君主之命令補充之、卽國家政權之不屬於他機關者、無不保留於君主權限以內也、民主國則不然、凡憲法所規定行政部職權以外之事、總統以下、決不許以命令補充之、如有命令、非爲立法部所委任之執行細則、必爲憲法特定條文所指定之事項、如約法三

十六條三十九條四十條是然亦有範圍不容踰越

若立法部所不及制定之事、固絕對不許行政部之代庖也、前清

仿照日本凡教育事件均以部令出之以避資政院之干涉今民國教育部亦襲用其手段頒布各種部令以使議會之權其託辭或將援引補充命令不知此乃君主國之補充命令

實大背民主國立法權 民主政治之精神、全在於此、制定憲法者、不可不格外注意也、

(丙)拒否權 君主國之元首、有裁可或不裁可權、無論矣、即民主國之元首、亦有覆議之權、此亦行政部關涉立法部之一事也、雖民主國總統亦有無拒否權者、然自實際上言、如行政部以爲不可行之事、而強使執行、亦與國家之目的不合、若至覆議、而立法部仍執前議、則行政部自當守服從多數之公德、而無復異議、蓋既經一次之覆議、行政部之意見、已可發紓、多數之表證、亦較確實、故雖以採純粹三權分立之美洲合衆國、亦有覆議一次之規定、吾約法仿之、草憲法者可承用也、

其他在君主國以行政部兼立法作用者尤多、以非吾民主國所可援引、故不復置論、

(二) 議員與行政官吏之兼任、各國立法例、於行政官吏與議員得相兼與否、頗不一致、有絕對不許兼任者、有雖許兼任而加以制限、或別種條件者、其主張兼任者、必舉英國爲口實、不知英國之政府、固有特別之歷史在、蓋英國今日之內閣全體、其初本爲君主之顧問、自君主承認議會、有權力之際、選擇議會中之最有勢力者、組織一顧問團體、凡政治必先與之磋商、以期議會之不反對、久之此團體之勢力、日益膨脹、遂至實握政權、成今日之內閣、此內閣員必出於議院之由來也、今英國政黨政治益發達、內閣全體、必出於議院、已成習慣、遂有一成不可變之勢、其實閣員必兼任議員、於政治上方爲有利之理由、固

無人能推衍其說也。夫政黨內閣之優點，在有多數黨在議院爲之擁護，不在以一身兼兩種資格也。至各國之絕對禁止兼任者，固出於孟氏三權分立之學說，亦以事實上必有一方負曠職之譏，至相對的許兼任者，或則以爲無甚流弊，不妨存留，或則以爲行政官吏之地位無定，若禁止兼任議員，議員將無復願改任行政官吏者，若以爲兼任有特別之利益，則獨有前清之末造耳。前清初定資政院章程，其由官吏資格而得兼任議員者，居全額之半，後雖減少，仍有四分之一，蓋其意以爲官吏必服從上級長官之意旨，欲以之抵制反對黨耳。今民國肇建，縱不能採純粹三權分立主義，而清末腐敗之理想，急應掃除淨盡，況以今日官吏之習慣，及其態度，其能不蹈清末之非法行爲者，能有幾人，故以法理以歷史以事實以社會心理種種方面觀察，若以議員兼行政官吏，可謂有百弊而無一利，立法者於此不可不特取禁止兼任主義。今衆議院議員選舉法第七條第二項，已停止行政官吏之選舉權被選舉權，將來尤不可不推廣之於地方議會也。

總之立憲之精神，必以分權爲原則，而共和之宗旨，尤在防行政之專制，故必各權力能相消，而人始無壓制之恐，必各機關能相助，而政治始有進行之觀，立法者不可不心知其意也。

比較共和國憲法論

法誌第二年 卷

緒言

中華民國國會組織法第二十一條、民國憲法之議定、由兩院會合行之、今兩院議員已經選定、臨時大總統亦已發布召集命令、國會不日成立、所有二十一條之職權、自當於開院後首先實行、是憲法之出生期、當不甚遠、憲法而良、吾民永享其利、憲法而惡、雖有豪傑、無以圖存、是今日所議之憲法、正吾國民生死關頭臨危末一次之方劑、國家之能生存與否、健全與否、胥視此數十條文以下其休咎、吾輩心知其關係之重要、現象之危險、與其爲事後之詰責、毋寧先爲事前之忠告、亦吾國民不可自逸之義務也、不佞於半年前本誌第一號、已有關於憲法之論文、今半年來日擊政法界發生之事實、尤足以供給論斷之憑證、特再就世界各國現行憲法、比較其異同、微論其得失、吾國會諸君、倘能因此以觸發虛心討論之機會、則吾民國前途受賜多矣、

夫國體之有民主君主者、政治上組織之形式也、若言其精神、則仍各隨其國歷史社會之情狀而異、不能於君主民主之間、截然畫一分明界線、故政體雖異、而社會之情狀相同、則不能因避忌其政體、而不顧其社會、國體雖同、而歷史之經過絕異、則不能爲遷就其國體、

而不考其歷史，是本論所舉比較之範圍，自當不僅限於民主共和國，即在君主國，除皇位問題、君主特權等本與民主國毫無關係外，此外政制，當在比較之列，況君主國中，如英國之大憲章、權利請願、權利法典，尤爲世界憲法之鼻祖，無間於君主民主也，惟本論則因研究之便，姑先舉今日世界最著之民主共和國憲法以爲標準，至討論援引所及，自當不以此爲限也。

凡立法務求適其國情，以吾國民數千年馴伏於專制政體之下，一躍而爲民主共和國，謂社會心理上竟可與世界原始無君主及行民主制已久之國，毫無差異，無論如何揄揚吾國民心理者，要不能下此武斷之論定，若明知其不能無差異，而立法時悍然不顧，凡君主國憲法所有者，皆唾棄不復道，民主國憲法所有者，必不可不抄襲，則將來實行時之危險，誠有不可思議者，因此本論所比較論斷，雖以共和國爲標準，而要其指歸，必以適於國情爲斷，雖有最高之理想，多數學者最推崇之政制，亦有未敢左袒者，斯又不佞獻替於起草憲法諸君之微意也。

至憲法之起草議決，其方法亦各國不同，如美洲合衆國憲法，議定於各州代表組織之憲法會議，其後中美南美各國，率多仿之，而由各州所選之人民代表組織憲法會議，以制定

憲法、法蘭西一八七五年之憲法、則由國會議決、近時葡萄牙亦仿其例、吾國憲法之議定、應取法美洲耶、抑取法歐洲耶、此亦頗有討論之價值、以不佞所見、吾非聯邦、自不必由各州舉代表、而今日政界情狀、又以參用美制爲善、惟國會組織法已有二十一條之規定、成爲既定之局、無比較討論之餘地、故本論亦遂不復及此、

第一章 總論

最先之成文憲法、近世行立憲政體諸國、無不各有憲法、釋憲法之定義者、必曰是爲關於國家根本組織之法、考古時於國家之基礎法與一般法律、初無明確之區別、自希臘羅馬以來、始以國家根本組織之法、別之其他法律、其效力遂相懸絕、今日論憲法者、無不首舉一二一五年英吉利之大憲章、乃通觀其六十三條、實爲專制君主約以後不再施虐政於人民之誓言、卽一六二八年之權利請願、一六八九年之權利法典、亦爲人民要求不再施虐政之詞、非爲完全組織國家根本之法、故欲比較今世成文憲法者、不可不自一七八七年美州合衆國之憲法始、其次乃爲一七八九年之法蘭西憲法、蓋以前歐洲各國憲法、大率爲君主與貴族僧侶及或種團體所訂結之條約、按之今日憲法爲組織國家根本法之定義、實不能脗合、於此乃知今日世界現行成文憲法、實權輿於民主共和國、而其他各

國皆承其系統，特君主國則再加以向來保留於誓約中之君主及或團體特權而已。專制與立憲之異點，今比較憲法而尙追論專制之弊害，似爲詞費，然不知世界除極野蠻之國外，非絕對無法也。凡今日憲法中所規定之條文，其意義亦有零星散見於專制國之法律，及包含於先哲格言帝王訓令中者，故細考各國憲法，自有程度時期之不同，專制與立憲，不過相差一間，非辨別其異點，不足以見政治進化之途徑。今試細別立憲與非立憲之界限，蓋有數事之標準：（一）有憲法之國，人民方得主張個人之權利，非立憲之國，縱君主有視民如傷之仁政，其用意不過欲常保其尊榮安樂地位之手段，非對於人民本身有不容侵犯之義務也，及有憲法，而人民之權利，始有定約，雖有時亦可任意蹂躪，然彼此心目中，固認定其爲違憲，一方既未敢過於縱肆，一方亦有不甘忍受之勢；（二）有憲法之國，必有民選議院，非立憲國人民，以不干預政治爲本分，惟立憲國則以設置人民代議機關爲要件，故憲法必有民選議院之規定；（三）有憲法之國，課稅必須先得人民允諾，非立憲國，人民之財產，君主得任意取攜，而憲法則必以徵收賦稅付之國會之議決，而更以先議權付之下院；（四）有憲法之國，司法必獨立，凡直接受專制之酷虐者，首推聽斷之不公，因此人民之身命財產，日在危險之中，故立憲必以司法獨立爲要件，以上四事，爲凡有

憲法之國共通之原則、亦可謂立憲與非立憲分界之標記、而爲比較各國憲法者不可不知之前提也。

憲法以民主共和爲歸宿、英國之大憲章及權利請願等、雖不可爲憲法、而實爲此後各國憲法所淵源、已爲學者所共認、故憲法之由來、可分爲三時期、第一期、君民或君與貴族僧侶或貴族僧侶與人民相爭、而爲一方之宣言、或雙方之誓約、一方宣言、如美之獨立宣言、十九信條、亦幾類此、第二期、乃爲君民間概括一切行動之規定、今日各君主國憲法皆乃在劃定君主與人民間權力之界限、第三期、方爲純粹規定國家根本組織之法、因此

可知第一期僅爲人民攻破完全專制君主之具、而未得謂全勝也、其後乃漸成法律、以爲雙方互守之確定保證、卽第二期、今世界各君主國憲法皆是也、惟至第三期、乃爲掃除專制之後、爲國家行使主權各機關相互之規定、蓋第二期爲較量君民間權力輕重之規定、第三期爲較量國家設置各機關權力平均之規定、其用意固迥然不同、若就憲法定義之歸宿、必以第三期爲圓滿、學者論憲法有以造成共和民主方爲達山頂、其他或在山麓、或在山腹者、其說確有所見、蓋上下相爭之誓約、及相爭後互相約定之條件、均不足以當國家根本組織法之定義而無缺也。

憲法之體裁。今世成文憲法之形式，大率先規定主權、次及人權、繼乃定立法行政司法三權之界限、在聯邦國、則又定聯邦間及與中央之關係、有屬地者兼及屬地之治理方法、然大體雖如是、而所規定之詳略、則各國不同、如合衆國取三權各自獨立主義、故立法行政司法、截然分爲三節、而代議員及行政首長之選舉與職權附焉、法蘭西分政權制度法、政權關係法、以規定政權行使之大綱、而別定上下兩院議員選舉法、瑞士國法、第一章規定總綱、第二章分四節、規定議會行政會、祕書局裁判所、中美南美各國憲法、大體仿合衆國式、而益以人民權國民之資格等、葡萄牙憲法、序次最整、先政體人權、定爲二章、第三章主權、而分立法行政司法三節、次乃及地方及屬地之治理等、此就共和國憲法比較之如此、若合之其他君主國、則詳略不同、繁簡互異、如東方之日本憲法、最爲簡要者也、蓋其皇位繼承問題、別有皇室典範、兩院選舉法、則另有貴族院令、衆議院議員選舉法、及議事規則之別、有議院法、地方制度之別、有府縣制市制郡制町村制、蓋今日世界各種成文憲法、有但定總綱者、有兼及各項手續者、即可分爲但定政權大綱與包括一切手續之兩體裁、大約愈後出者、其體裁之整理愈清晰、傳之愈久者、其界限愈不分明、今日就適用之便利言、凡選舉法地方制度等、自以別立單行法爲宜、不必網羅一切於憲法中、蓋章節縱可分

明、閱者終嫌繁重、况憲法之修正、必當定較爲嚴重之手續、若以其他法律攙入其中、有過於呆滯之慮、故自以分別規定爲宜也、

憲法之用語與解釋、凡欽定憲定解釋權操之君主、民定憲法解釋權操之人民、故共和國憲法已經頒行之後、如於用語上發生疑義、其解釋之權、除極小之國外、自當付之國會之全部或一部、今於未制定頒行之前、而商量其用語、以期減少將來之爭論、則於體裁之外、不可不首注意於文詞、今所傳各國憲法、皆各由其本國文翻譯而出、無由就文詞上比較其優劣、惟起草之際、有必當留意者數事、(一)前後用意相同者、不可用相異之字、凡辭章貴

能變換字句、法文則不然、臨時約法二條之主權與四條之統治權、已生紛議、(二)規定兩方對待之權利義務、必須界限分明、不

可使其領地之犬牙相錯、(三)例外之規定、必須嚴加限制、即但書是也、如非常緊急之時等、必須加以極明白之範圍、

(四)救濟之方法、必須有切實可憑之機關、臨時約法第十條、有平政院、而此院至今未設、至其他所用文字之必須正確簡潔、尤其餘事也、

憲法之制定、世界憲法之制定、不外三途、有君主與其大臣所自定者、有君民協定者、有人民自定者、君主與其大臣自定之憲法、雖其原因亦由不勝人民之要求、及鑑於世界之大勢、自願讓出專制權之一部、以予人民、然所讓出者必爲極小部分、限制其使用、又必極

嚴、其保留於君主自身者、又必甚爲廣泛、此類憲法、世稱之謂欽定憲法、如日本俄羅斯土耳其等國憲法是也、君民協定者、由人民要求參政之實力與君主保留其地位固有之力量相等、於是協議而各定其權力之範圍、今歐洲各君主國憲法、大都由此、雖其後之演進、各有不同、今日之存於條文及製成習慣者、程度有種種之區別、而通觀大體、猶爲相類也、惟人民自定、則君主一方面之對待、已經廓清、無所顧慮、但有對於將來理想上之防制、無復關於已往事實之遷就、此爲今日歐美各共和國憲法之通例也、

共和憲法有三主義、然所謂對於將來理想上之防制者、仍不外根據於過去之事實、而生感觸、如痛恨以前專制之酷虐、遂慮及將來行政部或蹈帝王之陳迹、必力加束縛、使無舒展之餘地、如感想以前小民被抑壓之慘痛、則務伸民權、使處處得以自由、鑑於專制國中、中央權力之過大、不顧地方利害、則務思保存地方之權力、以爲抵抗、凡此皆爲草擬共和國憲法者、閉目卽現之思想、援筆卽來之文字、故今日論世界共和國憲法之精神、舉其最爲注意者、略可分爲三大主義、(一)限制行政部之權力、(二)擴張人民之自由、(三)劃定中央對於地方之權限、

起草憲法者共通之原則、凡趨於極端之理想者、往往又爲他方面之牽掣、而得相消、蓋

一念如是、既而轉一念、又覺如是、亦有流弊、遂有不敢固執前說者、世間除思想簡單之人外、往往於思慮之間、卽有種種觀念、相消於無形、於是而調和之念興焉、於是而折衷之說起矣、凡議定一國之憲法者、決非能於最短之時告成、亦不能盡託之思想簡單之人、故結果雖不能擺脫時勢所趨重之拘束、亦未必盡能一意孤行其偏見、譬如行政部之權力、當限制矣、然限制過甚、則政治不能敏活、而國家先受其害、人民之自由、應擴張矣、然擴張已極、則國家將不能保其團結力、而秩序亦無由維持矣、中央之權固不宜過大、然若範圍太狹、則對外卽行薄弱、國家將不能生存、此皆具普通知識者所能見及、故共和國憲法、雖大率不能脫上舉三大主義之精神、而終不至發現一極端持此三主義之論文者、則轉念之有以相消也、因此而世界現行憲法所存之現象、可分爲二種相對之觀念、一則不能忘其本國過去之歷史、往往有感情之作用、留貽無謂之條文、一則鑑於世界之大勢、有不敢固執其感情、遂又選舉他國法文、以冀合於世界大勢者、及按其實質、無非折衷調和於感情之勢之間、使政治上各機關相制相消、既可鞏其存立之基礎、又不礙其政治之進行、亦不至疏其理想之防制、此各國起草憲法者共通之目的、亦今後議憲法者顛撲不破之原則也、

立法者之理想、然所謂理想者、亦各因時勢而變遷、如北美合衆國之憲法、深感孟德斯鳩三權分立之說、因是創爲立法行政司法三機關各自獨立之制度、又因困於英王之虐政、各州恐中央復蹈專制覆轍、故注意於保留各州之權力、法蘭西因感受民權自由平等諸說、而有一七九三年之人權宣言書、今墨西哥葡萄牙等國憲法、關於人權、猶專立爲章節、又如主權屬之元首、及人民全體、兩說紛爭不已、最近乃謂在國家、此說幾成論定、於是
一九一一年葡萄牙憲法、乃明著之第五條曰、(主權操諸國家)學者推究一時立法之理想、往往根據其時之學說、或其輿論、故一國之法、必爲代表一國當時最占勢力之學說、及最爲流行之輿論、有在後世雖庸人亦深知此等理想之無價值、而在當時則賢哲亦不能自悟其思想之牽掣者、比較各國憲法、直可謂比較各國當時立法者之理想而已、
理想與實際、抑理想又必資實行爲試驗、而理論與實際、又往往不能符合、如合衆國創三權各不相侵之制度矣、而其實際則總統有覆議權、有令兩院休議權、上院亦有勸獎及承諾總統任命官吏之權、甚至行政部不許提案、不許到院發議、而習慣上可於審查會交換意見、又上院有干預總統用人之權、而不承諾者絕少、故南美中美各共和國之憲法系統、無一不本之北美合衆國、或在此則運用圓活、國勢日臻富強、在彼則無數十年不革命、

至今貧弱危亂無安定之期者、豈有他故哉、亦實行之不同耳、今葡萄牙共和憲法制定之期最近、可謂兼採世界最良學說之最良憲法矣、然數年來惟聞其國勢之隕阨不安、亦實際與理論不能一致耳、故立法者固不可不先從理想立案、而行使此法時之實際情形、亦不可不預爲體察者也、

共和憲法之要件、溯共和之制、在吾國或遠推唐虞、歐洲亦必稱希臘羅馬、其實彼時所謂共和、其性質制度、與今日歐美各國之共和絕異、故今論共和制度、但當託始於合衆國、蓋今日共和之精神、必當以總統民選、直接間接不問普通選舉、非極端普通但不限於一部分爲全國之少數足矣爲附隨之兩大要件、蓋必如此、方合於以人民爲主體、此與主權在國之說不悖之精神、非僅爲君主不世襲之制度也、卽議會之制亦然、凡非由普通選舉而來之議會、亦不能與今日之議會同視也、故本論所比較、首爲美洲合衆國、次及歐洲之法蘭西瑞士、再次中美南美各國、末乃及新定共和制之葡萄牙、

憲法之系統、通觀今日世界共和國憲法、約畧可分爲二系、一爲美系、以北美合衆國爲標準、凡中美南美各國憲法屬之、一爲法系、以法蘭西爲標準、今葡萄牙憲法較爲近之、然瑞士憲法、則又別創一格、故欲明白分別其統系、在學理上亦有所不許、惟以行政與立法

之關係上稍加分別，則如美制、總統民選、與國會對待，為美洲共和國共通之點。

其他不同處尚多惟

此點尙稱一致而

法制總統由國會選舉、瑞士葡萄牙同此規定，可謂自成一派，惟如法制之總統

可解散下院，則各國無繼起效之者，此外如聯邦與非聯邦、地廣民衆之國、與地狹民少之國、其政制遂不能不生種種之異點，又為一時輿論學說所左右，及鑑於實行時之覆轍，而不能盡行摹仿他國成法者，參互考證，頗多趣味，此下各章當詳細抉出，以資討論，茲特先將憲法總綱關於主權人權者，分節述之如左。

第一節 主權

北美合衆國、取三權絕對分立主義，故無復主權所在之規定，如第一節第一條，規定立法權授與元老院代議院所組織之國會，第二節第一條，規定行政權委任於大總統，第三節第一條，規定司法權委任於高等法院及下級裁判所，此為行三權分立各不相謀之原則，然第一節第八條列舉議會之權力，如第七項之設郵政，第十二三三十六之關於軍事，則軼出立法範圍以外矣，此為立法行政界限之疑問，非於分立主義特設例外也。

法蘭西憲法亦無主權之規定，然第一條規定立法權任之議會，而第三條總統亦有起草法案之權，且得解散衆議院，則非取純粹三權分立主義之證也，溯一八五二年憲法第二

條法蘭西共和政治之權、全屬於大總統、實爲重立帝政之引線、故現行之政權制度法、不
再有主權所在概括之規定、

瑞士本爲聯邦、故憲法第一條、由有主權之二十二州人民聯合以構成、是主權在人民爲
第一位、由人民以合爲州、州之主權爲第二位、由各州以合成聯邦、聯邦之主權爲第三位、
此爲民主聯邦國之原則、而在瑞士尤有特別之規定、以顯人民行使主權之能力、卽第八
十九條二項聯邦法律、於有投票人三千名或八州之要求時、得由人民認可或否拒之、又
百二十條二十一條、關於修正憲法之發議及議決是也、瑞士伯爾尼州憲法第二條、主權
屬於人民全體、運用主權者、直接爲選舉人、間接爲官吏職員、

瑞士亞奔爾州憲法第二條、主權屬於人民、人民之運用主權、直接則以普通議院、間接則
以民選之官吏、

智利憲法第三條、主權在於國家、而委託於憲法設置之權力機關以行使之、

墨西哥憲法第三十九條、國家之主權屬於人民、各種公共權力、由人民發生、又第四十一
條、人民之主權、屬於聯邦之事務、以聯邦權行使之、屬於各州之事務、以各州權行使
之、

阿根廷憲法、畧如合衆國、以立法權寄與國會、三十一條行政權寄與一公民、七十四條司法權

寄與最高裁判所及下級裁判所、四九條

巴西憲法第十五條、立法權行政權及司法權、爲國家主權之機關、須保其調和之態度、而各自獨立、

葡萄牙憲法第五條、主權操諸國家、第六條主權分三大綱、曰立法、曰行政、曰司法、雖分權治理、然相輔而行、

通觀主權之規定、美洲各國、均脫胎於合衆國三權分立主義、故無概括之規定、法蘭西瑞士、固以人民爲主體、而智利墨西哥、以美系而兼受法系者也、葡萄牙憲法出生最近、故用最新學說而定爲操諸國家、然巴西智利已先有主權在國家之條文、今論國家學者以主權歸國家之說、已爲大多數所承認、則葡國之規定、要爲今日不可易之定例矣、吾中華民國臨時約法第二條、主權屬於國民全體、是代表已經過去之學說而非今世紀所應有之產物也、

第二節 人權

一七八九年八月二六日、法蘭西立憲議會所發布之人權及公民權宣言書、學者謂其大

體實淵源於一七七六年北美合衆國諸州之權利章典及權利宣言，蓋其先歐洲大陸諸國之成法，惟規定元首及貴族與個人或特定團體之特權，其於臣民之權利，惟有對於國家之義務，無個人可主張自身之權利，自法國之人權宣言書出，此後各國成法，皆直接受其影響，自一七九一年，法蘭西第一憲法始，如德意志諸邦、奧地利，及最近巴爾幹諸新國，無不就國民權利特立章節，以上摘譯換關苦君人權宣言論，今就各國現行之條文，考之如左：

美洲合衆國憲法修正案第一條及第四條至第十條，皆爲保護人民權利之規定，瑞士巴西關於人權各項，皆規定於各州憲法，故聯邦憲法無取重複。

智利憲法第四章第十條，列舉公權之應保障者，凡七項。

瑞士伯爾尼州憲法第二章第六條以下，列舉人民參政權及提案權。

瑞士亞奔塞爾州憲法第四章第五條以下，規定人權，凡十七條。

墨西哥憲法第一章第一節，自第一條至二十九條，規定人權最爲詳密，其第一條曰：墨西哥人民認人權爲社會制度之基礎及目的，各項法律及國家官吏，必當尊重維持憲法所設之保障。

阿根廷憲法，於人權雖未特立章節，但於第一篇各條，已多規定。

葡萄牙憲法第二章第三條、列舉個人自由及安居立業等權、計三十八項、皆由法律護持、不使有所侵犯、而第四條又重言申明、謂人民應享受之權利、及應得之保護、其未經憲法載及、而已爲他法准許之各權利、仍准其享受、不得因此削奪、

按向來稱個人之身體自由、信教自由、言論自由等、謂之天賦人權、因人權之範圍太廣、故近世學者稱爲自由權、然憲法所規定、有消極積極之別、消極者、謂個人之權以如何爲界限、非外界所能侵犯、積極者、個人對於國家之權限、如選舉權爲官吏之權等、學者又稱爲參政權、或泛稱民權、在憲法中雖有不加區別混爲一章者、然自以分別規定爲是、第參政權多散見於立法行政各章、無須獨立也、

綜計世界共和國體之成立、率由人民不堪宗主國如英於北美、西班於中南美及君主貴族等剝奪侵

犯個人權利而起、故國體新立、於人權之保障、必尤爲注意、今中華民國亦不能軼此軌道、而尤有特別現象者、則一年來行政部及軍人侵迫人民權利之處、較之專制時代、非特加甚、且尤爲陵亂無序、故此次憲法、必當以葡萄牙爲標準、特立一章、去其不適國情者、加以吾國特有之事實、而尤要者、在不僅空言保障及不可侵犯、必須兼及違法後之如何負責任、如何制裁、庶此後國民可重見天日、而有安居立業之望矣、

第二章 立法權

凡各國憲法上之立法權，略可分爲三類：（一）以君主獨裁而僅許兩院爲協贊者，如俄羅斯、日本、土耳其等君權最重之國是也；（二）以君主及兩院合同行之者，如意大利、比利時、丹麥等國是也；（三）立法權爲國會所獨有，此惟共和國爲然，而君主國中如英國者，事實上立法權且爲下院所獨有，誠爲最進步之政制矣。然在共和國國會之有立法權，其權限亦有廣狹之區別，如北美合衆國以取純粹三權分立主義，故國會立法權，絲毫不容他機關參預，甚者如預算案亦不由政府提出，其他如瑞士、葡萄牙等國，率予行政部以發案權，德國雖爲君權，獨重之國然。皇帝無發案權，惟一方皇帝可以普王之資格，智利、墨西哥、阿根廷、巴西等國，行政部且有覆命參議院、普國議員提案，此爲特別之制。

議權，而法蘭西則總統且有解散下院權矣。在國會之權限，雖有廣狹之不同，然以立法權爲國會惟一之重要職務，則通世界立憲國，無有不同，故欲比較憲法上之立法權，卽不外比較各國憲法上國會之地位而已。

第一節 國會之組織

今世界大多數國，皆以兩院組織國會，故普通所稱國會，必包含兩院而言。夫一院制與二院制，固各有短長，其優劣亦未爲論定。今中美、英、都拉斯等共和國，仍實行一院制，其他聯

邦各國，其上院率含有別種職權，亦頗具一院制之性質，惟討論院制，不在本論範圍以內，茲故從略，而分述兩院之組織大概如左。

本雜誌第一年第十一篇社說，一院制與二院制之研究可參考。

第一項 上院之組織

(甲) 選舉員額及方法

(一) 北美合衆國，由各州立立法部各選出議員二名，以組織元老院，不問其州區域廣狹，人口多少，平均各選出二名，故其初十三州選出元老院員二十六名，今四十五州，其員額已滿九十名。

(二) 法蘭西元老院議員，由各縣及殖民地選舉會選出，以各縣人口比例，分配議員員額，每一縣或一殖民地，選出一人至十人不等，其總額爲三百十二人，選舉會之組織如左。

(一) 其縣選出之代議院議員

(二) 其縣之縣會議員

(三) 其縣之郡會議員

(四) 其縣內各鎮鄉選出之代表者

(三)瑞士元老院由各州各選出二名議員組織之、與合衆國同、二十二州共選出四十四名、惟選舉方法、由各州自定、或由立法部選出、或由人民普通選舉、均無不可、

(四)智利元老院議員、由各省直接投票選出、每省依每三名之代議員、選出元老院議員一名、有二名代議員之部分、亦得選出一名、

(五)墨西哥元老院、以每州選出之議員二人、及聯邦區選出之議員二人、組織之、其選舉用間接法、每州之立法部、於已得投票多數者而選舉之、

(六)阿根廷元老院、以各省選出之議員二人、及國都選出之議員二人、組織之、其選舉方法、以人民直接投票選出、視該省應出元老院議員及代議員之額、加一倍之選舉人、選舉之、

(七)巴西元老院、以每州及聯邦區人民直接投票選出之議員組織成之、

(八)葡萄牙上議院議員、各郡及附近屬島、均選舉三員、其餘屬地各選舉一員、由人民直接選舉、

大抵上院議員之名額、在聯邦必取各邦平均主義、其非聯邦則取人口比例主義、其選舉方法、則多取間接主義、蓋間接選舉、較優於直接選舉、在上院則尤以間接爲善、然如美國

形式上爲間接，而事實上仍爲直接。由立法部選出，本爲間接，而事實上則立法爲政習所限之弊也。用美國立法爲政習所改變，有利亦有弊，智利巴西，竟而葡萄牙略分爲三員一員二級，不知是否不大悖於以人口爲比例主義，要非可謂詳密之規定也。惟法蘭西另由選舉會選出，兼取複選及人口比例兩主義，實爲最善之制。至其組織之法，則各國自當因其國情而別加規定也。

(乙) 被選資格

(一) 北美合衆國，以(壹)年齡三十歲以上，(貳)爲合衆國人民九年以上，(參)爲現選出之州之住民，爲被選爲元老院議員之條件，又須非任合衆國之官職及剝奪公權者。

(二) 法蘭西元老院議員之資格，(壹)法國人民，(貳)年齡四十歲以上，(參)享有公權及私權，其消極資格，(壹)曾統治法國者之家族，(貳)海陸軍現役人員，(參)有給官吏。

(三) 智利元老院議員資格，(壹)享有公民權，(貳)年齡滿三十六歲，(參)未受刑事裁判，(肆)每年至少有二千比索之收入。

(四) 墨西哥元老院議員資格，(壹)享有公民權，(貳)年齡滿三十一歲，(參)爲選舉之州之住民。

(五) 阿根廷元老院員之資格、(壹) 年齡滿三十歲、(貳) 享受公民權已經六年、(參) 每年有二千比索之收入或同數之資本、(肆) 選出之省之士著或在選舉前爲二年以上之繼續住居、

(六) 巴西元老員資格、(壹) 享有公民權、(貳) 六年以上爲巴西之公民、(參) 年齡在三十五歲以上、

(七) 葡萄牙元老員資格、(壹) 享有公民權、(貳) 年滿三十五歲、

按瑞士上院員資格、一任各州自定、故同院不能一律、綜觀各國、於年齡之制限、頗有高下之別、上院員年齡必高於下院員、爲一定之原則、惟法國之四十歲、似失之過高、又如智利阿根廷之財產制限、或爲彼國現情所不可少、要非他國所宜仿效、至居住年限、亦爲美洲各國移住者衆、入籍之寬、故特加此制限、亦非他國所應取法也、

(丙) 議員任期及議長

(一) 北美合衆國之副總統、當然爲元老院議長、若副總統繼承大總統之職、及因他故不能到院、則另選議長、議員任期六年、每二年改選三分之一、

(二) 法蘭西元老院議員、任期九年、每三年改選三分之一、議長及副議長、每年由院內

選舉

(二) 瑞士元老院議員任期，一任各州自定，其議長副議長，於通常會或臨時會開會之始選舉，惟有二種制限，(壹) 上期通常會之議長，至次期其州選出之議員，不得再被選爲議長副議長，(貳) 同州選出之議員，不得繼續爲兩次通常會之副議長。

(四) 智利元老員任期六年，其改選方法，(壹) 一省選出之員，爲偶數時，每三年改選其半，(貳) 一省選出之員爲奇數時，除奇數之一人外，於首三年之選舉中，改選其半，其奇數之一人，於次三年之選舉中，改選之，(叁) 一省選出之員，祇有一名時，以每六年改選之，議長由議員中選舉。

(五) 墨西哥元老員任期四年，每二年改選其半，議長以副總統爲之。

(六) 阿根廷元老員任期九年，每三年改選三分之一，以副總統爲議長，副總統不能到院或代理總統時，選舉臨時議長。

(七) 巴西元老員任期九年，每三年改選三分之一，以副總統爲議長，副總統不能到院以副議長代之。

(八) 葡萄牙元老員任期六年，每三年改選其半，議長由院內選舉。

綜計各國元老員任期，最長爲九年，最短爲四年，而以六年爲折中之數。若上院員任期，必較下院爲長，及用分年改選之法，使新選到院少數之員，同化於在院之多數，以維持其稍偏於保守之性質，則爲各國憲法所同。蓋君主國之上院員，大半爲終身議員，故共和國上院亦稍留其臭味也。至設置副總統之國，必以副總統爲上議院長，因美國創之，各共和國遂蹈襲之，雖無必不可改之理由，亦爲無甚流弊之政制也。

第二項 下院之組織

(甲) 選舉員額及方法

(一) 北美合衆國代議院議員之選舉，以人口主義爲標準，定議員額數，其人口十年調查一次，故議員之額亦十年一變更，第一次議會議員之額，僅六十五人，今則自十三州加至四十五州，議員之額亦近四百人，其選舉方法以人民直接投票。

(二) 法蘭西代議員選舉方法，屢經改正，現行制度，採小選舉區制，依其國行政區，劃八十九縣，再分爲郡，每郡必選出議員一人，若郡之人口逾十萬，則加一人，然於此又必於郡中再分區，故每區決不至選出二人以上，此外本國以外之領地，亦得選出十三人，其選舉由有一定之資格之人民用無記名投票法。

(三) 瑞士代議員，依人口每二萬人選出一人，其餘數過一萬則加一人，其人口不滿二萬之州，亦得選出一人，其選舉由有一定之資格之人民直接投票。

(四) 智利代議員，每人口三萬人選出一人，若一區域人口僅一萬五千，亦得選出一人，由人民直接投票選舉之。

(五) 墨西哥代議員，每住民六萬人，選出一人，一區域人民過二萬人者，亦選出一人，若一州或一領土，雖人口不及此規定，亦得選出一人，其選舉由公民以間接秘密投票行之。

(六) 阿根廷代議員，每住民三萬三千人，或一區域住民一萬六千五百人，得選出一人，由人民直接投票選舉之。

(七) 巴西代議員，每七萬住民選出一人，但每州至少須選出一人，由人民直接投票選舉之。

(八) 葡萄牙代議員，由公民直接選舉，(員額比例，另有選舉法，於憲法無明文)

凡下院議員名額，必以人口比例為原則，此無間於國之君主民主也，至人口比例之標準，必繁庶之國，比例之數較高，蓋員額過多，不特非一室所能容，即議事亦艱於進行，此為事

實所制限，不能軼此範圍也。至直接投票，爲共和國多數之定例，或者謂地廣民衆之國，行直接選舉，必多困難，且人民程度較低之國，尤恐不能代表真正民意，此說在學理上頗佔優勝，然以視近日吾國所行複選之結果，頗不足爲此說之左證。

(乙) 被選資格

(一) 北美合衆國代議員被選資格，(壹) 年齡滿二十五歲，(貳) 爲合衆國住民，已經七年，(參) 爲現選出之州住民，凡在官職中及剝奪公權者，不得有被選舉權。

(二) 法蘭西代議員被選資格，(壹) 男子，(貳) 法國人民，(參) 年齡滿二十五歲，其無被選資格者，(肆) 曾統治法國之家族，(伍) 現役海陸軍人，(陸) 有給官吏，但國務員次官、大使、知事、警察總監、大審院長、大僧正等，不在此限，(柒) 關係選舉之官吏，於其管轄之選舉區內。

(三) 瑞士代議員被選資格，與選舉資格同，(壹) 男子，(貳) 瑞士國民，(參) 年齡滿二十一歲，其他政治上之權利未剝奪者，而於財產上則毫無制限。

(四) 智利被選資格，與選舉資格同，惟加以每年最少有五百比索之收入，(選舉資格爲年齡滿二十一歲，能讀書作字)。

(五) 墨西哥被選資格，(壹) 享有公民權，(貳) 年齡滿二十五歲，(參) 爲選舉區之住民，(肆) 不因曠廢選舉職務而喪失其住居。

(六) 阿根廷被選資格，(壹) 年齡滿二十五歲，(貳) 四年以上爲國家之公民，(參) 選出之省之住民或繼續居住二年以上。

(七) 巴西被選資格，(壹) 享受公民權，(貳) 四年以上爲巴西之公民，(參) 年齡滿二十一歲。

(八) 葡萄牙被選資格，(壹) 享受公民權，(貳) 年齡滿二十五歲。

各國被選資格，大略可分三類，(壹) 全然與選舉人資格同，(貳) 惟年齡加高，此外悉與選舉人同，(參) 於年齡外又加以財產制限，(壹) 之極端，普通被選制度，惟瑞士小國行之，他國無仿之者，至年齡加高，在共和國大率以二十五歲爲最高，已成通例，財產制限，惟智利有之，非他國所宜仿效也，其他如住民之年限，在多移住之民之國，誠爲不可少之制限，官吏之制限，則以其國之行政立法間關係如何而定，如美國取絕對三權分立主義，故官吏無選舉權。至若無公民權之無被選權，則爲不易之原則也。

至選舉權，在君主國多取制限主義，其制限亦各有高下，惟共和國則多取無制限主義，然

亦非絕對無制限、如男子、本國國籍、一定之年齡、爲不可少之三要件、其他教育未普及之國、則限以受教育之程度、多游民之國、則限以住居及最低之財產制限、均可審察國情、量加制限、斯固爲實行選舉時便利起見、亦可冀減少選舉不正當之弊、與共和原理、本不牴觸也。

(丙) 議員任期

(一) 北美合衆國墨西哥代議員任期二年

(二) 瑞士智利巴西葡萄牙任期三年

(三) 法蘭西阿根廷任期四年

下院議員任期、各國可分爲二年三年四年三類、二年者、選舉頻繁、未可爲法、以三年四年二類、就國情酌定之、可矣、

通觀各共和國上下兩院之組織、上院之設、有二種精神、(一)使聯邦中各邦對於聯邦政府、有同等之權限、(二)其選舉及被選資格略嚴、以期抑上下院之輕躁、前者爲聯邦國不可少之組織、蓋聯邦各邦間、實含有同等之關係、若但以人口比例、舉出議員、以組織立法機關、則以議員員額之多寡、易生不平均之感、故不可不另設權限較爲平均之機關、以消

弭此缺憾、

若德意志聯邦、參議院員額、則反以之代表各邦間相對不平均之勢力、則同、

後者脫胎

於君主國之上院、蓋君主國上院、大都以貴族爲中堅、貴族一階、本爲歷史所留貽、自有特

別之勢力、表異於平民、今共和國既無貴族、吾國今日基於待遇皇族待遇滿回蒙藏條件、尙未克臻無貴族之地位、而因他之

方面、如補助行政緩和下院感情等不能不採用兩院制、而設上院、則組織之法、不能不稍帶特別勢力之

臭味、於是而年齡之加增也、選舉會用特定之人以組織也、皆由此摹仿貴族之意味而來、

在單一國惟法蘭西制大體最可取法、若其選舉會之如何組織、當視各國社會之情勢而

異、不能一一吻合也、至下院之組織、共和國必取相對之普通選舉制度、及採用相對之無

制限主義、已成爲定例、惟其制度與主義、至如何程度、方爲適當、則依政治學上原理、必以

一國國民政治上能力爲標準、故夫國民政治能力薄弱者、選舉權不可過濫、被選權亦不

可不稍加制限、國民政治能力優裕者、選舉權不妨普及、被選權亦不妨從寬、美洲諸共和

國、其人民多由各國移來、故不復注意其人民之程度如何、惟定其入籍之年限、若法葡瑞

士等國、則或因人民政治能力、早經發達、或因地狹人寡、故採用普通選舉、而少制限、至有

廣土衆民、人民政治能力尙在幼稚時代之共和國新發生、固不必拘泥於各共和國現行

之制、而蹈削趾適屨之誚也、其他若選舉各種方法、如大選區小選舉區制度等、各國大

率別以選舉法定之、既不在憲法範圍以內、本論亦不贅及、

第二節 國會之權限

國會權力之見於憲法者、以立法爲最重要、其他亦尙有種種職務、大略可分爲國會之職權、立法之方法、及議員之權利、院內之事務、又別爲兩院共通與一院所獨有、而分項述之如左、

第一項 兩院共通之權限

(甲)國會之權力、各國憲法於國會所有權力之規定、分二種主義、一概括主義、一列舉主義、如北美合衆國瑞士智利墨西哥阿根廷巴西葡萄牙取列舉主義、如法蘭西取概括主義、大抵聯邦國必取列舉主義、因欲與各邦議會劃清權限也、君主國必取概括主義、蓋君主國之國會、除立法權外、無有他權也、今分述各共和國國會權力之見於憲法者於後、

(一)北美合衆國憲法第一章第八條、規定議院立法之權、計十八項、約舉之如左、

(一)歲入(第一二項)

(二)歲出(第一項)

(三)與外國及各州間又與土人通商之事(第三項)

(四) 制定歸化法及破產法(第四項)

(五) 貨幣及度量衡(第五項)

(六) 關於偽造證券通貨及犯海盜重罪與國際法上之犯罪(第六項十項)

(七) 郵政(第七項)

(八) 著作及發明(第八項)

(九) 設置下級審判廳(第九項)

(十) 外交宣戰(第十一項)

(十一) 海陸軍制(第十二二十三二十四五十六項)

(十二) 地方與聯邦制度關係之事(第十七項)

(十三) 發行行政命令(第十八項)

其他議會得以法律設大總統副總統之免職身故辭職及無能力時之規定(第二章第一條)

(二) 法蘭西政權制度法第一條、立法權由兩議會行之、又政權關係法第八條、總統得修訂或批准條約、如與國家保安及利益無礙時、必立即布告議會、又和約商約、關於國

家財政之約、關於法國人民在外國所有人權財產權之約、非經議會可決不爲定、國土非有法律規定、不得割棄交換及增併、第九條、總統非經兩院同意不得宣戰、(三)瑞士國會之權限、最爲廣泛、蓋不僅立法權、且兼及行政司法、茲將憲法第八十五條所規定者、述之如左、

- (一) 選定聯邦機關之職員、並議定其俸給、(第一項第三四項)
- (二) 關於聯邦政府權限內各事項之立法、(第二項)
- (三) 保持國家之安全與獨立及中立之方法、並宣戰講和之事、(第六項)
- (四) 保持國家安寧秩序之立法、(第七項)
- (五) 管理聯邦軍隊之立法、(第九項)
- (六) 外交條約之認可、(第五項)
- (七) 豫算之決定、決算之檢查、聯邦借債命令之認許、(第十項)
- (四) 智利憲法第二十七條二十八條、爲兩院共通之權力、列舉如左、
 - (一) 議決預算、(二十七條第一項二十八條第二項)
 - (二) 是認或否認宣戰、(二十七條第二項)

- (三) 關於總統之辭職選舉代理之事(二十七條第三第四第五項)
- (四) 制定例外法(二十七條第六項)
- (五) 徵課租稅(二十八條第一項)
- (六) 決定每年平時或戰時海陸軍之軍力(二十八條第三項)
- (七) 關於債務之事(二十八條第四項)
- (八) 建設新省新州及其分界、又設定貿易口岸及稅關(二十八條第五項)
- (九) 定貨幣及衡度之制度(二十八條第六項)
- (十) 允許內外軍隊常駐停留之期限(二十八條第七第八第九項)
- (十一) 設置或廢除官職並其職務年金等(二十八條第十項)
- (十二) 大赦或減刑(二十八條十一項)
- (十三) 定國會及國家機關開會住在地點(二十八條十二項)
- (五) 墨爾哥憲法第七十二條、規定國會之權力如左、
 - (一) 關於新州領土及加入聯邦之事(第一二三四六項)
 - (二) 變更聯邦最高權之所在地(第五項)

(三) 議決豫算案、及徵收租稅與舉債、(第七八項)

(四) 設置對外稅則、(第九項)

(五) 制定礦法及商法、(第十項)

(六) 設置或廢除官職、並定其俸給、(第十一項)

(七) 認可宣戰及戰時之立法、(第十四十五項)

(八) 徵集編制海陸軍、及允許內外軍隊之派遣入境、(第十六十七十八十九二十

項)

(九) 制定歸化殖民及公民權之法律、(第二十一項)

(十) 制定交通方法及郵路郵局之法律、(第二十二項)

(十一) 關於造幣、及定外國幣價格與度量衡制度、(第二十三項)

(十二) 制定公地徵收及讓售之規則、與其價格、(第二十四項)

(十三) 赦宥罪犯、(第二十五項)

(十四) 定給報酬與有益國家或人類之人、(第二十六條)

(十五) 制定執行法律、(第二十項)

(六) 國根廷憲法第六十七條，規定國會之權力如左

(一) 制定進口出口稅則，及徵收直接稅(第一二項)

(二) 借債及籌備償還(第三第六項)

(三) 整理國有地及河流，設置口岸及稅關(第四第九項)

(四) 設置銀行，並授以發行鈔票權(第五項)

(五) 議定豫算決算及與以補助金(第七八項)

(六) 鑄貨幣定國幣及外幣之價格與衡度制度(第十項)

(七) 制定民刑商礦法典，破產及質造貨幣證券之法律(第十一項)

(八) 整理貿易，設置郵政(第十二十三項)

(九) 定國家與各省之疆界，與其組織管理保守及與土人交通(第十四十五項)

(十) 制定教育案與企業移民工業建築等之獎勵保護(第十六項)

(十一) 設置審判廳，及其官職職務，或廢除之，並定恩給金，及榮譽宣布大赦(第十

七項)

(十二) 總統副總統辭職選舉之事(第十八項)

(十三) 認否條約及宗教職位(第十九二十項)

(十四) 認可宣戰媾和及制定捕拿令等(第二十一二十二項)

(十五) 定海陸軍兵力並管理規則及其組織召集(第二十三二十四項)

(十六) 認許內外兵之派遣及進入國境(第二十五項)

(十七) 宣布戒嚴令(第二十六項)

(十八) 行使單獨立法權於國都及由各省所得屬於國家之領土(第二十七項)

(十九) 制定執行法律(第二十八項)

(七) 巴西憲法第三十四條規定國會之權力如左、

(一) 豫算(第一項)

(二) 委任行政部締結債款、制定公債法律、並籌劃償還(第二三項)

(三) 管理歲入之徵收及分配(第四項)

(四) 整理貿易、建設稅關、及因此給與各州以補助金(第五第十四項)

(五) 規定經過一州以上或入外國領土河流之航行(第六項)

(六) 貨幣鈔票衡度之事(第七八九項)

- (七) 定聯邦區及各州之疆界(第十項)
- (八) 委任政府宣戰媾和及決定條約(第十一十二項)
- (九) 變更聯邦國之首都(第十三項)
- (十) 關於郵政及其法律(第十五項)
- (十一) 保護邊境(第十六項)
- (十二) 定海陸軍之軍力及組織準備調遣民兵(第十七十八二十項)
- (十三) 允拒外國兵經過領土(第十九項)
- (十四) 宣布戒嚴(第二十一項)
- (十五) 定官職及其資格及選舉方法並職務與俸給(第二十二項二十五項)
- (十六) 制定民法商法刑法及聯邦行政法入籍法(第二十三項二十四項)
- (十七) 設置聯邦司法制度(第二十六項)
- (十八) 宣布大赦減輕懲罰(第二十七項二十八項)
- (十九) 制定土地及礦山之法律(第二十九項)
- (二十) 制定聯邦區內地方組織法律等(第三十項)

- (二十一) 管理聯邦領土之特別立法(第三十一項)
- (二十二) 各州間犯罪之交付(第三十二項)
- (二十三) 制定執行法律(第三十三項)
- (八) 葡萄牙憲法第二十六條規定國會之權限如左
 - (一) 訂立頒行或停止註銷法律(第一項)
 - (二) 監察人民遵守法律及籌劃全國公益(第二項)
 - (三) 酌定豫算、查核決算、並核議增減稅則(第三項)
 - (四) 議決國債及其償還(第四五項)
 - (五) 訂立保守疆土之法、解決勘界劃界事務(第六項十二項)
 - (六) 增廢官職、並定其權限薪俸(第七項)
 - (七) 增廢稅關(第八項)
 - (八) 定幣制及度量衡之制(第九十項)
 - (九) 設發行公債、及各項票券銀行(第十一項)
 - (十) 定治理章程、及行政規則(第十三項)

(十一) 決定宣戰(第十四項)

(十二) 議准條約(第十五項)

(十三) 宣布戒嚴(第十六項)

(十四) 組織司法各機關(第十七項)

(十五) 特赦(第十八項)

(十六) 選舉及撤退總統(第十九二十項)

(十七) 定管理讓售國產章程(第二十二二十三項)

(十八) 制定執行法律(第二十四項)

凡國會所有職權、以立法爲最完全、然聯邦國必有一部分立法權存留於各邦、故於立法事項、尤不可不列舉、其權限如何、當視其國情以定、若在單一國、則立法權全屬於國會、非地方所能分割、其權限自必完全無缺、於此而用列舉主義、則反多掛漏之虞矣、其次爲財政之事、如豫算國債等、雖在君主國、亦必由國會議決、其事項既不甚繁、自可列舉於憲法之中、如貨幣銀行鈔票等、以法律規定者、亦可歸入立法中、其次外交、如宣戰議和訂約等、在君主國亦大多數須經國會承認、惟日本俄羅斯、凡宣戰議和訂約、均不許國會預聞、在共和國、自必在國會職權以內、無疑義也、以上所舉

三事、可爲國會普通之職權、其他如戒嚴應以法律定其條件、而宣告戒嚴、尤爲一時停止人民應有之權利、不可不掌之於國會、定稅則及度量衡制度、及獎勵保護各農工商業、必以法律行之、故亦可謂之國會普通之職權、其爲共和國所獨有者、爲選舉總統一事、此當於第三章論之、爲聯邦國所獨有者、爲聯邦與各邦及各邦間之權限爭議、單一國亦有各清以核議之權、予資政院、其實各省行政部與立法部之爭、當由平政院判決、各省間之爭、當各就其事、由各省主官與判決、不必經國會議決、及新州新省之設置分合疆界、與罪犯之交付、此在單一國無研究之價值、其有足資討論者、約有數事、分論之如左、

(一)官制官規及俸給等 在君主國、惟日本憲法第十條、定官制俸給爲天皇之大權、國會不能干預、此外各君主國憲法均無明文、在學者間有官制爲法規與非法規兩說、其實重要官制、不可不經國會議定、若屬官制等、不妨以憲法委任於行政部、至俸給關係、預算國會尤無放棄職權之理、此可不問其國爲君主或民主也、

(二)大赦特赦減刑 此在君主國、必爲君主特權、共和國此權大半爲行政部與立法部共有、然此爲司法上不得已之救濟方法、以予立法部則欠敏活、專委行政部必多冒濫、能原則上委之行政、而限於若干程度、得由立法部干涉、則善矣、

(三) 酬賞 此與上項理由相同，原則委之行政，而受立法部相當之監督，方爲盡美。

(四) 軍政 君主國以軍事爲君主之特權，民主國則以軍政爲國會職權之一，此當分別規定者也。若兵額、編制及徵集方法，當由國會主之，此外如分配、調遣、設備、教練等，當委之行政部。蓋兵事爲專門之學，又行動貴秘密敏捷，國會議員未必能得多數通曉兵學之人，而國會會議亦不及總統專斷之迅捷而慎密。在民主國通例，已必以行政首長爲海陸軍統帥，則以經常之制定之國會，隨時行動，委之統帥，亦法理事實兩無妨礙者也。此外如外兵之入境，及派遣外國之兵，則關係重大，不可不使國會預聞也。

(五) 國都地點 此爲聯邦國最易發生之問題，若歷史上國都久經確定之國，不必多此無用之規定，倘果有此事實發生，當與變更憲法同爲重要問題，決不可以尋常立法程序議決之也。

(六) 施行細則 立憲國通例，由國會議決者爲法律，由行政部發布者爲命令，命令不能變更法律，故通例均以執行法律之詳細辦法，如細則、規程等，委之行政部自定。然共和國國會權限既極廣泛，於是並施行之細則，亦由國會自定者，如上所舉各國是也。既由國會所定，故名法律，其實性質與命令相仿。然按之實際，行政部執行法律之細則，自以委之行政部自定爲宜，但當

明定界限，不至竟以命令代法律足矣。凡世界非取三權絕對分立主義之國，無事效顰也。其他如郵政、郵路、通商、貿易、口岸、航路，及國有產之管理、讓售等，苟須以法律定其辦法者，自當在國會職權以內，否則管理及規畫利用之行爲，不妨悉委之行政部。至於保守疆土及保持安寧秩序及公益等空泛之規定，如非實有所指，殊爲無益之條文。總之共和國憲法既因效法美國以三權分立爲原則，而一方又務擴張立法部之權力，不惜以立法部干與行政爲分權之例外，斯皆根源於防制行政部專橫之迷想，遂生此不能畫一之政制，且於國家之活動進步，多生窒礙，此今日草議憲法者所當加意也。

(乙) 立法方法

(一) 北美合衆國兩院各有提出議案之權，兩院通過之議案，當呈送總統裁可。若以爲然，即署名頒布，否則附以異議書，交還發議之院再議。若再議時，議員有三分之二到會，多數仍執前議，再送他一院。若仍三分之二到會，多數仍執行前議，則此議案不須經總統裁可，即成爲法律。又總統若十日以內除日不交還，即視爲已經裁可，但休會時不在此限。兩院開議及議決，均以過半數爲限。

(二) 法蘭西兩院與總統均有提案權，總統無不裁可權，惟有一特別權利，即於兩院通

過之法案，可於一定期限之內，說明理由，送交兩院，重加討論，兩院於此不得拒絕，但以通常方法再議，若再可決，總統即須公布，兩院議事方法，定於議事規則，元老院開議投票，均須過半數，代議院但於開議時有過半數足矣。

(三) 瑞士兩院及聯邦行政會，均有提出議案權，總統無不裁可權，惟有特別制度，即有選舉人三萬人或聯邦二十二州中之八州請求，可將兩院通過之法律，付之人民總投票，兩院之開議投票，均以過半數為限。

(四) 智利兩院及總統均得提出法案，兩院通過後，由總統頒布，若不以為然，須在二星期內，附以意見書，送還於提出之院再議，倘兩院仍執前議，得到院議員三分之二表決，即須頒布，如總統於議決案送到後，二星期不送還，此案即作為法律，倘未滿二星期，而國會已閉會，則次年開會之前六日送還之，元老院開議，以議員三分之一到會為限，代議院以四分之一為限。

(五) 墨西哥法律案之提出權，屬於兩院、總統及各州之立法院，議案通過後，送交行政部，倘行政部不能承認，限十日內附以意見書，送還於提出之院，若逾限不送還，即作為已經承認，但在閉會或停會期間，得在次會期開議之第一日送還之，若兩院再議，仍得

絕對多數通過、此案即成爲法律、元老院以四分之三、代議院以過半爲開議之定員、

(六) 阿根廷立法方法、與墨西哥同、惟各州立法院無提案權、

(七) 巴西立法方法與阿根廷同、惟總統無發案權、

(八) 葡萄牙提案權、除特別各項即規定於憲法二十三條爲下院之特權者外、兩院及行政部均有提案權、

議決之件、應由總統於十五日內頒行、若在此限內未聲請兩院覆議、即作爲頒行、

按美國總統無提案權、然可以其意見、勸誘國會提出、故實際上尙無不便、此外各國皆明予行政部以發案權矣、墨西哥仍推及於各州立法部、至覆議權惟瑞士無之、然有人民投票權、以爲補救、亦不慮國會之專橫、至開議及表決定員、以過半數爲通例、英制之貴族三人庶民院四十人、未可爲訓也、

(丙) 議員權利

(一) 北美合衆國憲法第一章第六條、規定議院在院內言論自由之權、除叛逆及重罪外、於各議院出席及往復中、不得逮捕、

(二) 法蘭西政權關係法三十四條、兩院議員在執行職務表示意見及表決之時、不得被捕或被訊問、在會期內、非經其院許諾、不得被拘、但現行犯不在此限、

(三) 瑞士憲法於議員言論身體之自由、無明文規定、

(四) 智利憲法第十二三條、規定議員言論身體自由之保障、

(五) 墨西哥憲法五十九條、規定議員言論自由之保障、

(六) 阿根廷憲法六十條、規定言論自由之保障、六十一條、規定議員自被選之日起滿任之日止、不受逮捕、但犯死刑及剝奪名譽權及體刑者、不在此限、

(七) 巴西憲法第十九二十條與阿根廷同、

(八) 葡萄牙憲法第十五至第十七條、規定議員言論身體自由之保障、

議員言論身體自由之保障、起源於英國之權利法典、蓋因英國十六世紀以前、議員屢以言論獲罪也、其後各國效之、然言論之在外自行刊布者、仍須負責任、亦爲通例、至不受逮捕、有限於會期中者、有通一任期皆不受逮捕者、立法有寬嚴之別、第既有重罪及現行犯之例外、則時期從寬、亦可以稍戕行政官吏之羅織、

其他如召集開會、在共和國通例、常年會均有一定期限、不必待行政首長召集、惟臨時會有由大總統召集者、如美法會期長短分爲無制限及有制限二主義、無制限者、如美國瑞士等、憲法毫無規定、一任國會之隨時自定、有制限者、憲法規定一定期限、如法蘭西阿根

廷五月、巴西葡萄牙四月、智利三月、墨西哥每年兩次共五月、雖有制限之國、亦必可以延長會期、及開臨時會、至行政首長命國會停會、在共和國惟法國有之、蓋停會爲解散之初步、共和國國會與行政部對待、除法國有例外之規定外、他國皆能保其獨立之原則也、若休會閉會、大抵限以兩院合意同時爲之、且必有期限、凡兩院共通之權限、可徵之於憲法者、略盡於斯、尙有議員受俸給與否、則今日各共和國大抵取有給主義、如美國等亦規定於憲法、又如院內審查議員資格、及徵罰議員、分配事務、表決方法等、雖亦有規定於憲法者、而要以讓之議院法爲宜、故於此不復比較其異同、

第二項 下院單獨之權限

各國憲法於兩院共通職權以外、必另有各院單獨之職權、茲仍分國述之如下、

(一) 北美合衆國代議院、於徵收歲入之法案、有先議權、又有彈劾之全權、

(二) 法蘭西衆議院、可以叛逆罪控告民國總統、及告發國務員因職務上之犯罪、

(三) 瑞士下院無單獨之權限、

(四) 智利憲法第二十九條、代議院有彈劾下列官吏之權、即(壹)國務員及國家顧問、

(貳) 海陸軍大將、(參) 行政委員會之委員、(肆) 各省之總監、(伍) 上級審判廳判事、

(五) 墨西哥代議院之特別權限、(壹) 組成選舉團體、以選舉總統、副總統、最高審判廳判事、聯邦區元老員、(貳) 斷定或承諾總統、副總統之退職離任、及最高審判廳判事之退職、(參) 派出檢查委員及指任會計檢查之重要官吏、與其他員役、(肆) 高等官職之訴訟、以代議院組成陪審員、(伍) 審查決算、認許預算、提出租稅案、決議徵稅、

(六) 阿根廷關於租稅及補充軍隊之法律、其提案權、絕對屬於代議院、又代議院得彈劾總統、副總統、國務員、最高審判廳判事、關於行使職務之過失及罪惡、或其他普通罪名、

(七) 巴西代議院單獨之發案權如下、(壹) 立法會議之延期、(貳) 課稅之法律、(參) 海陸軍軍力之規定、(肆) 行政部推舉案之討論、(伍) 總統與國務員之彈劾、

(八) 葡萄牙代議院之特權如下、(壹) 訂立稅則、(貳) 組織海陸軍政、(參) 提議行政官交議及請核准各案件、

(四) 核定議員及行政官被控交審各案、

大抵財政案先議權、爲下院最普通之特權、蓋君主國上院多爲貴族等特別之階級、故財政案須與徵稅痛癢最爲關切之下、議院員先議、若在民主國、則上下院員雖選出之方法

不同，而上院員非爲特別階級之人則同，故先議之理由，已失根據，雖然，凡議案必有先議之院，則與其予上院以先議也，毋寧付之下院爲宜，况上院之設有抑止下院輕躁之意味，則下院主動，而使上院覆核，深合兩院制之精意，若英國竟不許上院修改財政案，則精神上已成爲一院制矣，共和國防制總統及國務員叛逆及失職之權，自不可不付之兩院，於是以下院爲原告，上院裁判之，亦適當之分業制也，至其他下院之特權，由其國情而異，若葡萄牙，下院亦有司法權，則尤爲奇特也。

第三項 上院單獨之權限

在各共和國憲法，上院之特權，比君主國尤多，茲將其干涉行政及任司法審判各權限，述之如左。

(一) 北美合衆國元老院有特權三、(壹) 批准條約，憲法第二章第二條，總統依於元老院之勸獎及承諾，有締結條約之權，但須到會議員三分之二以上之同意、(貳) 承認任命官吏權，總統得指名法律所設定之全權公使，其他之外交官，高等法院判事，及其他合衆國官吏，以元老院之勸獎及承諾任命之，然議會得以法律使所屬官吏之任命，委任於總統或法廳，及各省之長官、(參) 審判各種彈劾權，凡由代議院提起彈劾總統副

總統及其他官吏者，由元老院審判之。

(二) 法蘭西憲法，上議院於代議院控告總統及告發國務員職務上之犯罪時，由上議院組織法院以審判之。

(三) 智利憲法第三十條，元老院之特權，(壹) 審判被代議院彈劾之官吏，(貳) 承認總統指任之大僧正僧正等，及外交公使，其他民事軍事上級官吏之授職，(參) 承認總統斥免高級官吏赦免罪名，及總統之親身統率海陸軍。

(四) 墨西哥元老院特權，(壹) 承認外交盟約及條約，(參) 總統任命公使，外交事務官，財政及海陸軍高級官，表其同意，(參) 承認行政部調遣軍隊及許外兵之入境，(肆) 承認行政部指任臨時知事，(伍) 斷定州之各機關間起政治異議而來申訴時。

(五) 阿根廷元老院有審判代議院所彈劾之官吏之權，又得令總統宣布戒嚴，及承認任命大使公使及判事之權，又得提出任命僧正，由總統選擇。

(六) 巴西元老院有審判總統及其他官吏彈劾之權，又承認總統任命大使公使及判事之權。

(七) 葡萄牙上議院，有准駁政府擬簡本國及各屬地高級長官之權。

各國上院、除瑞士外、均有特權、大抵可分爲三類、(壹)審判權、共和國之總統及官吏、多數國予下院以彈劾之之權、既經彈劾、必須有審判機關、然通常法院判事、本爲行政部所任命、使任裁判、非所以示鄭重也、故以上院組織法院、庶體制可以相稱、(貳)外交權、外交貴敏捷、不可不委之行政部、然關係甚重、又不可無監督、共和國多數國以此承認權付之兩院、惟美國及墨西哥、獨以與上院、亦猶君主國外交大多數爲君主特權、惟少數乃許國會預聞、其得失如何、當視其國外交情勢而定、不能一概論也、(參)承認任命官吏權、此權創之美國憲法、中美南美各國憲法效之、獨國務員爲例外、又有但限於外交官判事者、以立法干涉行政、惟此任命同意權爲最著、其用意本在防制總統之專橫、然最先創此同意權之美國、已許以法律委任所屬長官、是不啻已經打消、且事實上亦無不承認者、至智利墨西哥阿根廷巴西各國、明著國務員可由總統自由任免、故今日共和國上院承認任命官吏權、多數國已限於外交判事二種、蓋美國已以法律習慣取消此權、智利墨西哥兼及軍事財政各職、本太廣泛、事實不便、甚爲顯著、至外交司法二種官吏之任命、是否必須經上院之同意、頗有討論之餘地、但同意權之創設、本爲防制行政部之專橫、則第一所當討論者同意權究能防制行政部否、今先就法律上言、如欲減少行政部之權限、自可於別條縮

小其範圍、不當於行政活動之間、使別機關常掣其肘、如以政治上言、國民既信任而委託爲行政首長、奉之以種種政權、不當於用人之權、反生猜忌、再以歷史上言、美洲各國及葡萄牙、上院可干涉用人者、未見因此點而政治加良、最近證之吾國、尤覺其禍中於國家者爲巨、而防制之效果、無一毫之可見、因是可悟同意權、其實質已成廢物、草議憲法者、當決然刪除者也、若外交官雖當慎重、未必更重於國務員、亦無庸獨留之、使爲上院干預之理由、至判事爲司法官、本立於行政立法二部以外、事實上既不能使之民選、而以行政立法合同任命、聊可表三權互相維繫之深意、固不妨承用也、其他各權絕無上院必須獨有之理由、雖各國憲法有此、無可深論、

以上所述國會之權限、規定於憲法者、大概盡此、尙有議員職務上之制限及行政委員會、再分述如左、

(甲)議員職務上之制限、美國議員不得兼行政官、六條、此三權分立之結果也、法國上

院員、亦有不許兼任之職、列舉於上議院選舉法第二十條、下議院員、亦不許兼任行政官、

見代議院選舉法
八條至第十一條

瑞士議員、不得兼行政官、智利代議員、不得兼任有給官職、與外國開
戰時爲例

外、並不得與國家締結公共事業或供給貨物之契約、並受此等契約之保護、墨西哥代議

士不得兼有給委任及官職、阿根廷雖許兼任、惟限於得其院之同意、而各教職員及省長、仍不許兼任、巴西議員不得與行政部締結契約、及受有給官職及委任、例但有葡萄牙同、是議員不得兼任行政官職、及與政府訂結契約、已成爲共和國憲法上之通例、惟美國法國瑞士憲法不及訂立契約、不可謂非疏漏、若夫人民於行使參政權權限觀念尙未分明之國、則於此尤當加意也、

(乙)常設委員會、常設委員會者、當國會閉會之際、兩院選出議員若干人、爲代表國會監督政府之機關、前請各省諮議局常駐議員即仿之其職務雖簡、而監督行政部之行動則嚴、且憲法有明定某事須得常設委員會同意者、此制惟智利墨西哥有之、蓋共和國國會之權限既多、侵入行政範圍以內、然國會既有停閉、而行政不可少有停滯、在君主國於此可由政府以命令行之、俟國會開會時、再求承認、共和國國會所掌既繁、自不可不另立常設機關、此委員會之所以不可不設也、此爲減少國會臨時會、且使行政不至失之遲緩、一方且免專權、不可謂非良制也、惟其員額宜少、而職務必限於急迫不可緩者、庶不至爲行政部所利用、而得舉其監督之實矣、

凡君主國之憲法、以行政侵入立法範圍爲多、而民主國憲法、則必以立法權多侵入行政

範圍爲原則、此爲不可掩之偏見、至兩院之立法權、除瑞士外、均略有輕重、大抵上院往往含有參事院之性質、有監督行政部之權、第其監督權之行使、亦自有限度、蓋監督過嚴、反使行政部減少責任、而生惡果、故國民行使參政權熟練之國、必有穩當之習慣、不使立法部踰其立法以外之權力、庶兩部權力、常得保其均衡、而國家之活動、亦賴以有從容餘裕之致、此草擬憲法者、不可不知之要義也、

第三章 行政權

凡君主國行政權屬於內閣、君主雖事實上多暱就行政一部、而名義上則多號稱立於立法行政司法三權之上、若民主國、則大總統必爲行政部之首領、此就事實言若美國聯合條例固謂總統副總統皆

非居行政部蓋其初之觀念亦頗似君主也

雖其職權、亦得參預立法、而本位則必在行政部也、今世共和國如

美洲制、大總統與立法部相對立、國務員隱於總統身後、而不負責任、法國制、則總統略如君主、居於行政部之上、而使國務員對於國會負責任、此卽學者所稱總統制內閣制之區別也、行總統制之國、總統之競爭最劇烈、和平時以選舉護亂時以武行內閣制之國、內閣

之更迭又頻繁、故今日世界共和國、尙未見有盡美盡善之政制、北美合衆國由其運用上之良習慣及國民智識富

力之程度足以相消致尙不至釀亂然選舉總統時之舉國若狂亦未可謂良法至瑞士地狹人少自當別論自未易下軒輊之論定也、

第一節 總統之選舉

總統之選舉，有由人民選舉者，有由國會選舉者，可分爲美制法制二類述之如左。

(一)北美合衆國選舉總統，由各州所選之選舉人選出之，其選舉選舉人方法，由各州立法部自定各州之選舉人數，與其州所選出之代議院、元老院議員之額同，各州選舉人，於其州集合爲一團體，以選舉總統副總統，名曰選舉團，用祕密投票法，分票選舉總統副總統各一人，此二人中至少有一人與選舉人非同州之住民，選舉人作被選人表及其票數表，簽名其上，並附以證明而封印之，送致合衆國政府所在地，呈於元老院長、元老院長、當元老院議員及代議院議員之前，開示證明書，計算票數，得票之多數過全數選舉人數之半者，卽爲當選，總統若得過半數者，不僅一人，或得票同數，再由代議院議員，用祕密投票法，就得票最多數者三名以下，決選一名爲總統，又若無得票過半數者，則擇最多數者五人，決選一人爲總統，但決選時之投票權，爲各州所有，各州之代表，有一總選舉權，行此投票權之定額，當有三分之二之州所出之議員，且須以過半數之州爲定，總統既選定，其次多數一人，卽爲副總統，若次多數不止一人，由元老院議員用祕密投票法，決選一人爲副總統，若代議院之決選，至次年三月四日仍未選定，則以副

總統代行總統之職務、與總統身故及其他無能力時無異、於此則許元老院於副總統被選人名冊中、擇其得票最多者二名、先選一名、爲副總統、行此選舉時、以元老院議員總數三分之二出席爲定足數、以得總數之過半數爲當選票額、凡憲法上不能就大總統之職者、亦不能就副總統之職、總統副總統任期均四年、

(二)法蘭西總統、由上議院與衆議院聯合、爲國會從事選舉、以得過半多數爲當選、凡兩院聯合爲國會時、以佛爾薩伊宮中作爲議場、總統任期七年、

(三)瑞士聯邦行政會會員七人、由代議院及元老院開聯合會議、於有被選爲代議院議員資格之瑞士公民中選舉之、但每州不得選出一名以上、聯邦行政會會長副會長(準他國之總統副總統)各一人、由聯邦議會、就聯邦行政會會員中選舉之、任期一年、不得連任爲會長、或副會長、并不得兩年間連任副會長、

(四)智利總統之被選舉資格、(壹)出生於智利國之領土、(貳)有爲代議員之法定資格、(參)年齡滿三十歲、其選舉以直接普及投票選出之選舉人選舉之、選舉人之數、比每州所選代議員之總數、增加三倍、選舉人之資格、與代議員同、選舉人於總統任滿之年之七月二十五日、各於其選舉所遵普通選舉法之規定、舉行選舉總統、選舉畢、製成

表冊二分、經選舉人簽字封固加印、以一分送於州城之自治局、存儲於其文庫內、以一分送於元老院、至八月三十日、在元老院之兩院聯合會議前、將表冊開啓宣讀、計算票數、得過半多數者、當選爲總統、若無得過半數者、由國會於票數最多之二人中、決選其一、若得多數不止二人或祇有一人、國會須在得最多票數之諸人中選舉之、國會內之選舉、須以祕密投票得過半數爲當選、倘第一次無得過半數者、則以得票最多之二人、中行第二次投票決選、倘結果票數相等、則俟國會議長（卽元老院議長）投票決定之、總統任期五年、

（五）墨西哥總統之選舉、以間接及祕密投票選舉之、其詳細另規定於選舉法、惟憲法七十七條、定總統之資格、（壹）出生於墨西哥之公民、（貳）滿三十五歲、（參）非宗教師、（肆）選舉日爲國中之住民、副總統由選舉總統之選舉人、在同日同一方法選舉之、資格與總統同、總統副總統、任期均六年、

（六）阿根廷總統及副總統之選舉、國都及各省、以直接投票選出選舉人、其數視其省、在國會兩院議員之數、增加一倍、其資格及選舉方法、與選舉代議員同、議員及官吏、均不得爲選舉人、當總統任滿之前四月、國都及各省之選舉人、各集於其首府、以附記號

之選舉票、分別投票選舉總統及副總統、選舉畢、以兩表填寫選出總統及副總統之人、名各兩分、分別記其票數、由選舉人簽押加封、以一分送於省立法院議長、國都則送於市長、各保存於文書庫、其一分則送於元老院議長、元老院議長收齊各表後、合兩院議員爲國會、當國會前開揭各表、計算票數、得絕對多數者爲當選、若無絕對多數時、國會於得票最多之二人中、決選其一、倘得最多數不止二人時、則在最多數諸人中決選之、倘得最多數者止有一人、而得次多數者在二人以上、則在得最多數與次多數諸人中決選之、國會之決選、須有四分之三到會、及絕對多數之表決、其表決須爲口說、倘第一次不能得絕對多數、則就得最多數之二人中、爲第二次之決選、倘表決數二人同等、則由元老院議長決定之、總統副總統任期均六年、

(七)巴西總統副總統之選舉、以國民之直接投票及絕對多數選舉之、各選舉區之投票、在聯邦及各州首都內檢查之、由國會計算其票數、倘無得絕對多數者、國會就得最多數者二人中、決選一人、其選舉方法及計算票數、另以普通法規定之、總統副總統任期均四年、

(八)葡萄牙總統、由兩院合爲國會、以無記名投票法選舉之、首二次投票、如無得票過

在場議員三分之二者、不得作爲當選、至第三次投票後、則得票最多數之人、卽當選爲總統、其被選資格、(壹)年滿三十五歲、(貳)享有完全公權私權、又曾爲葡國君主之宗族、及甫經離任之總統第一第二級之血統、及姻親、不得有被選權、總統任期四年、

大抵選舉總統之由人民直接選舉者、亦可分爲二類、如美智墨阿均選出選舉人選舉之、是仍採複選制、惟巴西乃確爲直接選舉、此無論爲最少數國所採用、不足取法、况地廣民衆之國、於選舉手續及事實上必生非常困難、已無討論價值、至由人民用複選制選舉、說者謂國會議員、本亦由人民選出、委任爲選舉總統之選舉人、與另行選出選舉人、其結果無乃相同、惟國會議員、若由複選選出者、共和國下院議員選舉則爲重疊之複選、否則美制法制二派、其精神上蓋無以異、而所省選舉時種種煩費紛擾、至難限量、則美制誠屬無謂、而法葡制似可取法也、不知此但就政制之形式言則然耳、若以國家各機關組織權限精神上觀察、自有絕然相異之處、夫觀察政制、非可僅就一隅以立論、必當通計夫全局、美洲各國之採總統由人民選舉、實根據於三權分立之原則、故總統對於人民負責任、對於國會爲獨立、法蘭西葡萄牙之總統、均承君主之後、稍留餘影、除在憲法上特別指定各項外、均不負責任、而另以內閣對國會負政治上之責任、故總統由人民選舉、則可與國會對

待、而無行政部附屬於立法部之嫌、總統由國會選舉、則總統有超然之致、內閣須視國會之意嚮爲進退、而立法部有操縱行政部之事實、此美制法制區別之點也、又總統若由國會選舉、國會之任期、與總統之任期、若不一律、今通例皆不一律、總統任期至短爲四年、則總統之責任、必須減輕、而權限亦隨以縮小、蓋非此則總統失國會信任時、行政立法兩部、必有時起衝突之虞、是故行總統制者、總統必須由人民另選選舉人以選總統、行內閣制者、總統不妨由國會選舉、此不可易之定例也、至人民選舉之結果、無得絕對多數時、再由國會決選、則爲事實便利起見、與前說不相鑿柄、蓋決選固有制限、與普通之自由選舉、不可同日語也、

總統任期最長爲七年、最短爲肆年、瑞士爲例外太長則遇不孚人望之總統、難於撤換、易啓革命、太短則又不足以展布政事、必多紛更、又行總統制者、總統權重、任期不可太久、行內閣制者、總統權輕、任期不妨稍長、斟酌於兩制之間、折中於四年七年之中、或定爲五年、或定爲六年、似較適當、至聯任限於一次、亦少流弊、若如智阿巴葡等國、均不許連任、似覺過嚴也、

至總統是否可以辭職、惟墨西哥憲法八十二條、有以重大原因提出辭職書於代議院得

其同意之規定、葡萄牙憲法四十六條、倘總統有負責任、或因他故經國會三分之二議決、即可黜退、此等規定以防制大悖民意之總統、未嘗不可、但重大原因有負責任等之界說、最難下明確之判斷、深恐國會爲一時感情所蔽、致起非常之變故、則非可謂良法也。

第二節 總統之權限

總統之權限、行總統制之國、較行內閣制之國、必爲廣泛、分述如左、

(一) 北美合衆國、

(壹) 爲合衆國陸海軍及召集爲合衆國服務各州民兵之大元帥、

(貳) 對於行政各部之重要官職、得以關於官職問題徵集意見書、

(參) 緩刑及赦免、但因受憲法上之彈劾而犯罪者、不在此例、

(肆) 締結條約、但須得元老院之同意、

(伍) 委任全權公使其他外交官高等法院法官及其他合衆國之官吏、但須得元老院之同意、(自一七八九年國會議決之後、除全權公使、外交官外、凡升遷罷免官職之權、已獨立委之於大總統)

(陸) 委任元老院閉會期中缺額之議員、但至次會期之終、即失效力、

(柒)以合衆國聯合之狀況報告於國會、

(捌)決定爲必要且便利之籌劃、可命國會審議、

(玖)當非常之時、可召集兩院或一院、

(拾)兩院於延會之時日不同意時、可爲決定、

(拾壹)接受外國全權公使及其他公使、

(拾貳)考查施行法律之適當與否、

(二)法蘭西、

(壹)起草法案、

(貳)頒布法律並監督保證其實行、

(叁)恩赦、

(肆)統率海陸軍隊、

(伍)任命文武各官、

(陸)遇國家大典及外國來聘之大使公使爲之主、

(柒)得上議院之同意解散下議院、

(三)瑞士聯邦行政會之會長無特別之權限、(其行政會責任當述於下節)

(四)智利、

(壹)參預及是認公布立法案、

(貳)爲執行法律發布命令章程及教令、

(參)監督司法官之行爲、

(肆)使國會延長以十五日爲限、

(伍)以國家顧問院之同意召集臨時國會、

(陸)自由任免國務員及各區之官吏、國家顧問外交公使領事各種外交官省總監邊防知事法官、但外交公使之指任、須得元老院之同意、法官之任命、由國家顧問

院承認、

(柒)任免民事軍事各官吏、但上級官吏、須得元老院同意、軍職如在戰地、不在此限、指任大僧正等、但須由國家顧問院提出、元老院承認、

(捌)給與官吏償金、年金及其妻子撫養金、

(玖)監督公共歲入之徵集、並承認其費用、

(拾)赦免，但由代議員彈劾者，不在此例。

(拾壹)指揮及組織或分配海陸軍，但統率海陸軍，須元老院之承認。

(拾貳)以國會之承認，宣布開戰並頒布捕拿令及復仇令。

(拾參)接待外國公使，認許領事及外交談判締結條約，但條約批准以前，須得國會之承認。

(拾肆)當外國侵入之際，以國家顧問院之承認，頒布戒嚴令，若內亂之際，戒嚴令由國會頒布，惟閉會期間，以顧問院之助言得頒布一定期間之戒嚴令。

(拾伍)按照法律保護教堂教職及入教之人。

(拾陸)以國家顧問院之承認，發布或收回顧問院之命令，羅馬法皇之命令行文及答書，但宗教命令，包含普通適用之規定時，須以法律定之。

(拾柒)監督警察及公共建設之各種事業。

(五)墨西哥

(壹)頒布及執行法律。

(貳)自由任免國務員及其他聯邦官吏，自由撤免外交事務官財政高級官。

- (參) 以國會之同意、任命公使、外交事務官、領事、海陸軍高級官、財政高級官、
 - (肆) 指揮常設之海陸軍、
 - (伍) 依國會通過制定之法律、宣戰及發捕拿狀、
 - (陸) 指導外交談判、訂立條約、付諸國會、待其批准、
 - (柒) 接待外國公使及其他使節、
 - (捌) 以常設委員之同意、召集臨時國會、
 - (玖) 赦免罪犯、
 - (拾) 開設口岸、設立稅關、
 - (拾壹) 給與專利權於工業上發見發明及完成之人、
- (六) 阿根廷
- (壹) 因執行法律發布教令及章程、
 - (貳) 贊助立法案、並承認而宣布之、
 - (參) 以元老院之同意任命司法官、
 - (肆) 赦免減輕刑罰、但代議院之彈劾案、不在此例、

(伍)任免國務員各部官吏領事及其他官吏、

(陸)以元老院之同意、任免大使公使、

(柒)依法律令軍官退役、而與以償金及其妻子之恩給金、

(捌)就元老院所提出之諸人中、任命僧正、

(玖)以最高審判廳之同意、是認或否拒教會之教令、及羅馬法皇之勅令、行文與答書、但宗教法令含有普通及永久之性質者、須以法律定之、

(拾)以國家之狀況、報告於國會、且以認爲必要及有利之方法、陳說於國會、令其審查之、

(拾壹)延長國會或召集臨時會、

(拾貳)徵集國家之歲入、並按照豫算表、宣布國家之歲出、

(拾參)簽押於條約及約商、接待外國公使及領事、

(拾肆)爲國家海陸軍之元帥、指揮及組織分配之、

(拾伍)任命軍官、但高級軍官及發生新職時、須得元老院之同意、

(拾陸)以國會之認許、宣布開戰、及發捕拿令與復仇擄獲令、

(拾柒)當外國侵入之際、宣布戒嚴、若在內亂、則以此權屬之國會、限於國會閉會時、亦得行使之、

(拾捌)徵求政府各局及各部首長之報告書、

(拾玖)在國會閉會期中、因公事務得出離國都、

(貳拾)兼任國都之地方長官、

(七)巴西

(壹)承認及公布國會議決之法律案、發布命令教令及執行法律之細則、

(貳)自由任免國務員、

(參)管理指揮聯邦之海陸軍、分配其軍隊、

(肆)任命聯邦之軍事及民事官職、

(伍)赦免及減輕罪名、但被彈劾之罪、不在此例、

(陸)以國會之決議、宣戰及媾和、但於外國侵入之際、得立時宣戰、

(柒)以國家狀況、通牒報告於國會、並指陳必要之立法與改良、

(捌)召集臨時國會、

(玖)因最高審判廳之推薦、任命聯邦法官、以元老院之同意、任命最高審判廳之法官及外交公使、

(拾)宣布戒嚴、

(拾壹)維持外交、加入談判、締結契約、條約、假條約、其條約假條約、當呈出於國會、

(八)葡萄牙

(壹)任命本國人有被選議員權者爲部長並可黜退、

(貳)召集臨時國會、

(參)頒行法律案及議案、並頒行命令、

(肆)依各部長之擬呈、任免文武各員、

(伍)總理外交、代表本國、

(陸)宣布戒嚴、

(柒)與外國訂約、但須經國會議決批准、

(捌)赦減罪犯、

(玖)統籌內外治安之道、

總統之權限、約可分爲五類、(一)行政上固有之權、如頒布法律、發行行政命令、任免官吏等、皆是也、(二)軍事上之權、如統帥指揮編制軍隊、及宣布戒嚴令等、是也、(三)外交上之權、如接待來使談判訂約等、是也、(四)監督司法之權、如任命司法官、及赦罪減刑等、是也、(五)補助立法權、如提案報告召集臨時會等、是也、此五類、爲普通之權限、其他各以國情而有種種特別之規定、如法蘭西乃有解散下院權、美國乃有委任上院員及決定停會權、不可謂非異點、其他則皆無甚關係、如任命宗教職、及議院教員命、令、又兼任國都行政長官等、無可討論、惟就上述五者分別論之如左、

夫行政與立法、雖云分立、而各國憲法、其權限關係之間、犬牙相錯處最多、若夫純粹行政

事宜、自當悉付之總統職權以內、爲概括之規定、不當再爲列舉、且加牽掣、任命國務長等、

國內事、不當予立法部、以參預之權、已詳論於上章、軍事關係國家存亡、且與財政尤爲密切、故宣戰等權、自不可獨

任行政部掌握、或有關係、不可全委之行政、外交尤關國家安危及人民前途之榮瘁、故

除儀式上以總統爲代表外、凡訂約必須得國會之同意、監督司法、爲保全司法獨立起見、

宜由立法部規定法律、行政部依法律執行之、赦罪減刑、本爲政治與法律不相一致之際

爲補救之一手段、故不妨由行政首長主之、而立法部監督其後、至補助立法、因立法部不

能常年開會、且不能悉知行政情況、如臨時會之召集會期之延長等、正以使行政部不至專橫、諉卸、而非以此許其干涉立法也、總之共和國總統、爲行政之首長、凡關於行政一部分之權限、不可不使其有圓滿展布之餘地、而可以侵礙立法權之處、則又不可不嚴杜、以如

命令代立法、共和國皆無此例、共

至若解散下院、則全出於政黨內閣之結果、而以持上下兩院之均衡、非濫

予總統以侵礙立法權也、蓋政黨內閣、必下院有多數議席之黨魁、方能組織內閣、故非國內僅有二十大政黨、則組織內閣時、必糾合數小黨、方克成立、其團約力決不堅固、此內閣之所以屢倒也、在下院既得多數黨矣、政府與下院可以聯爲一氣、然法案必經兩院可決、方能有效、若能得到多數於下院、而不能得多數於上院、政府猶不能實行其政見、於此既不能

解散上院、

上院之不能解散、因君主國上院爲特別階級、解散與不解散等、若共和國之爲聯邦者、則因聯邦之關係、不便解散、若在非聯邦、宜亦可解散矣、第因初意本出於摹仿貴族院、故除羅馬尼亞等

於摹仿貴族院、故除羅馬尼亞等

則惟有解散下院以詢民意、若仍得多數、是民意確定、上

院即不容堅執、此英國嘗行之、一九一十年、英國下院與上院爭持、至一年解散下院兩次、而上院卒飲恨吞聲以讓步、此其例也、故共和國之解散下院、全屬於上下兩院衝突之結果、而非立法與行政兩部齟齬之解決、讀法蘭西憲法第五條者、當注意於得上議院之同意一句、蓋解散既須上院同意、則上院若不與下院異其意見、決不能成爲事實、今之論者、

方欲以解散下院權予總統，謂可擴張總統之權力，并能同時解散兩院，或解散下院，不須得上院同意方可，否則與總統之權限，可謂毫無關係，若夫解散下院之規定，究可採用與否，則有二前提，即法律上必須採用內閣制，及政治上必有二大政黨是也。若并解散上院，爲別一問題，不在本篇比較論範圍以內。

第三節 國務院之組織及國務員之責任

君主國之內閣，與國會相對待，而事實上且代表君主，故其權勢在國內爲最優勝，非其他國家機關所能企及，共和國之國務院，則非爲總統之祕書，即爲國會之委員，因其爲祕書也，故北美合衆國不見於憲法，其他美洲各國，亦多明著其任免爲總統之自由，非其他國家之官職可比。合衆國憲法陳文，元老院有任免官吏之同意權，其初意自欲以立法部不行，行政部之專橫，但其意在一般官吏，並不注重國務員，故雖列舉各項，亦防特提國因其爲國會之委員也，故對於國會負責任，而進退且視國會之意嚮。此在英國最望，英開先例，法向望塵莫及也。今撮舉國務院之組織，及其責任之見於憲法者，如左。

(一) 法蘭西 各部總長於政府之政策，對議會負連帶責任，又總統任免常務參政官，必經國務院會議之議決，總統頒發之件，必有一部總長加副署，各部總長均有蒞議會發言之權。

(一) 葡萄牙 國務院爲行政之總機關、於各部總長中、舉一總長爲領袖、卽爲總理、擔負行政上一切責任、凡總統頒發之件、均應兼有該部總長之押、議院開會時、各部總長、均當到院與議、辯護其政策、

(二) 智利 國務員之數、及其管轄之部、以法律定之、總統之命令、須有該部總長署名、國務員於自己之署名、單獨負責、於與其他國務員聯合署名、連帶負責、國會開會之際、各國務員、須以關於本部之情形、報告之、並以本部之豫算決算、呈出於國會、國務員犯叛逆、濫用職權、誤用公款、受賄、破壞憲法、執行法律時不遵守法律、損害國家之安全榮譽、均得由代議院彈劾之、元老院審判判決之、

(四) 墨西哥 以國務員數名、處理聯邦政務、由國會以法律定之、並定其各部之分配、總統發布規則法令等、須有國務員之署名、國會開會時、國務員須呈出各該部之報告書、

(五) 阿根廷 國務員八人、擔任國家政務、總統之命令、由國務員副署、國務員於自己署名之命令、單獨負責、與他國務員合署之命令、連帶負責、國會開會之始、國務員當以本部事務報告之、

(六)巴西 國務員輔助總統副署於其命令、每人爲一部之主任、國務員不得出席於議會、其商議方法、以書信或自身與兩院之委員交通、國務員之年報、呈由總統、分送國會議員、國務員對於總統輔助之言、對於國會或審判廳不負責任、但行動依法視爲有罪時、不在此限、

(七)瑞士 瑞士之聯邦行政會、實準各國之國務院、其會員七人、分任各部行政、亦畧如國務員爲各部總長、惟會員全出於選舉、且每年改選會長副會長、斯爲異耳、其權力義務、則限於行政及財政事件、而無外交及統帥海陸軍之權、

綜觀各國憲法上之國務員、美國及巴西、純粹爲總統之祕書、瑞士行政委員會、權限本狹、無足討論、其他各國實與君主國之內閣無異、蓋君主之內閣、在憲法上不過輔弼君主、代負責任、今民主國如法葡與智墨阿諸國、亦以副署負責爲要件、則形式上亦正相類、惟實質上稍有不同者、則君主爲神聖不可侵犯、毫不負責任、故立憲國君主之責任、悉由內閣擔任、若民主國之總統、雖負責有輕重之不同、惟法總統僅負叛逆責任終不能謂爲無一毫之責任、故國務員之負責、涉於自身之職務爲多、至內閣會議、自爲一機關、各員負連帶之責任、亦無分國體之君主民主、惟國務院以若干人組織、除阿根廷瑞士外、不規定於憲法、則以官制時

有變更、人數時有增減、若規定於憲法、則修改時手續甚難、不如別以法律定之、之爲愈也。夫非立憲國之行政、包括立法司法、自有立憲、而始以國會立法、法院司法、然行政部之權猶廣泛、且時時思侵入立法司法、而立法司法以外之事、無論矣。共和國則反是、立法部權限最廣、行政部僅僅以行政事件爲限界、惟總統有軍事外交一部分之權、國務院爲總統之輔助、雖憲法上有對於國會負責、與不對於國會負責、二種制度、而其權限之廣狹、亦隨總統之權限以爲斷。今論者有欲以總統比君主、使之垂拱無爲、而以國務院負全國行政之責者、不知共和國總統之權限、本非君主可比、今將崇總統之權、使比肩於君主、然後再以國務院取而代之耶、抑將使國會牽制總統、而又使國務院代總統受牽制耶、使國務院而由國會多數黨首領所組織也、則正恐其權力之不廣、不足以發揮其黨綱、不可因防制總統、而縮小其活動之範圍、使總統而爲人民直接所選舉也、則應有獨立之精神、以與國會對抗、既不能使國務院代之負責、自當稍隘其動作、是故總統民選也、與國會對立也、無提案權、解散權也、不使國務員負責任也、相連而爲一系、總統由國會選出也、除叛逆外、不負責任也、以國務員負行政上之責任也、有提案權、解散權也、亦相連而爲一系、兩系不可混淆、不可用此而舍彼、或留彼而置此、至兩系之孰爲優勝、孰可取法、則今日在美法兩國、

尙未得圓滿無弊之效果、况吾方將學步之國民耶、夫主張總統制者、自謂效法美國、欲擴張總統之權限、使得發舒其才力、以救叢弊積弱之國、冀得漸臻富強、主張內閣制者、自謂效法法蘭西之形式、而得英倫之精神、注重政黨內閣、使政權常在國會多數黨之掌握、政府隨政黨以進退、庶幾代表民意之政治、可以實現、二說皆以國家爲前提、均能言之成理、持之有故、本已無可軒輊、但有當研究者、美國今日之富強、是否由行總統制之故、學者所舉總統制之弊、是否吾國民之能力性質、足以消弭之、法國政黨內閣、行之數十年、尙不能及英國之穩健圓融、內閣既屢易、政黨亦尙無合併爲二大黨之望、又英國政制現狀、是否一蹴可幾、吾國現在政黨之內容、是否已足與英國之政黨相提並論、凡此種種、皆事實之不可掩者也、是故論政制而舍事實、其理論雖健、實行時未必得有善果、今之當立法之任者、亦惟默察國情、近按事實、立正當久遠之制、勿爲感情利欲所驅、勿創矯揉割裂之制、而徐待試驗而改良焉、斯善矣、（本論闕第四五六三章）

論省長之職權及其選任

法誌第二卷第十
二號民國二年

自黎副總統提創軍民分治、各省都督贊成者過半、中央政府尤趨其議、於是一年來已由中央任命民政長者、逾各省總數三分之一、已由理論而成爲定制矣、誠以國家當兵革之

後必有武人專制之弊、人民不堪暴亂者之蹂躪、於是有識者必以實行軍民分治、爲由亂世以入承平時第一徑途、此蓋爲各國鼎革後之常軌、甚至有以軍民兩政不許一人獨掌、規定於憲法者、委內瑞辣憲法一百十條可證其非爲吾國獨有之現象也、惟各省自設民政長以來、一方則居此職者往往不能安於其位、受任未久、卽極力求去者、已不一其人、一方則民政長由中央任命及由地方選舉二說、爭議頗爲劇烈、前者雖原因不一、而職權之關係、實爲一最大原因、後者方借爲今日政爭黨見中之一利器、夫國家設官分職、必有其歷史習慣、及社會心理之作用、非可憑一時一事之感觸、而定爲經制、至地方長官、可否驟定爲民選、尤與政治前途有絕大關係、是非可狃目前政爭之利益、而忘國家永久之危害也、不揣固陋、謹就政治法理方面、研究省長之職權、及民選之利害、分述於後、幸海內不入黨爭之政治家、一爲平心體察焉、

(一) 省長之職權

今現行制、於各省任民政之最高長官、稱民政長、蓋以別於專任軍事之都督也、此名稱當否、姑置不論、惟所謂軍政民政者、其界限如何、是一重要問題也、查畫一現行各省地方行政官廳組織令第二條、各省行政長官之職務權限、依現行法規之例行之、所謂現行法規

者、於前各省各自爲制、無統一之成文法規、至此組織令公布二閱月以後、乃有各省行政公署暫行辦事章程之頒布、此項章程所列舉行政公署之總務處、及內務財政教育實業各司所掌之事務、卽民政長之職務權限也、試詳按之、則各國之所謂內務行政者、已包括靡遺、以此推之、所謂軍政者、亦當如各國之例、僅限於軍隊之計畫編制及訓練設備等事、於是所謂都督之職權者、僅有受參謀部軍令之指揮、及陸軍部軍政之處分、其他與民政接觸者、亦僅有如現行都督府組織令第四條、所稱於地方治安之關係上、依地方長官或其他地方官之請求需用兵力時、得酌量情形、派兵協助、及第五條所稱因執行職務有與地方關係者、應與地方協議行之而已、試問今日吾國之軍政民政其相關處果能如此簡單否乎、若果能此、則不當謂於都督之外另設民政長以治民事、直可謂以民政長任一省之政令、而都督則但爲中央所置之高級軍官可矣、今既不裁都督、又暫定爲每省一人統轄全省之軍隊、於此則有二問題發生、其一卽國防以外之軍隊、是否民政長可不過問、今日吾國之軍隊、是否全爲對外而設、僅限於有特別事故時、協助地方行政官、如各國之通例、此稍有常識者、知其不然也、卽讓一步言、凡新軍之已編制成師者、謂爲國防上正式之軍隊、而其他之巡防隊、則明明爲保持地方治安之用、今雖有改編爲警察者、不過換一名

稱其性質則仍爲軍隊也。此項軍隊其從前之職務本全屬於警察內容之教練，又不合於各國普通之軍隊。然在今日，則固與新軍並立，而非可以尋常警察法令約束之。故無論其名稱之已變更與否，其指揮之權，將仍屬之都督乎？抑屬之民政長乎？屬之都督，既有侵入民政之嫌，屬之民政長，又有兼縮軍事之疑。夫吾國內治，動輒需用兵力，及伏莽之多，盜賊之橫，實有不可諱者。故近來各省多與縣知事以直接調兵之權，誠勢有所不得已也。若於一縣之行政官，則有直接調兵之權，一省之民政長，反需事事請求都督，亦不便之甚矣。然今若使民政長而得統轄巡防隊耶？則巡防隊無論如何改易名稱，其編制作用，決不能純粹同於警察。蓋仍必有軍隊之嫌。於是一地方而有二種軍隊，以二長官統之，縱能和衷共濟，能保其部下之不因此生門戶之見耶？今日軍警交關已成習見之事且於一區域而置二種軍隊，幾若互相防制，如清初駐防旗兵之與綠營兵對峙然，亦非政治之通例也。此關於軍隊分配問題之難解決也。又其一則財政問題也。今各省養兵之費，尙不能全由中央擔任，猶需各省都督就本省財政自爲籌畫，此不可掩之事實也。今使民政長指揮所屬財政司之事務，僅有徵收地方稅事，其職務內之監督歲出及編製預算，皆限於地方財政，而於其區域內所駐軍隊之費，可全不過問，豈非合於各國內務行政之常軌，然在今日尙爲不可能之事也。

試問今日各省財政司職務之困難、果僅爲地方行政費耶、今若欲使地方財政獨立、必先酌量裁併都督、使軍費全由中央支配、與所駐地方無涉、則民政長之職權、庶無牽掣、若猶未也、則財政問題、亦爲今日民政長職權之難解決者也、

由此觀之、則今日民政長之職權、有不可不應時世之需要、而特別規定、決不可摹仿各國現制以自取紛擾也明矣、試設爲數例以明之、

(甲) 將使同於前清之巡撫乎、巡撫兼轄一省軍民兩政、職權至爲廣泛、然在咸豐以前、則巡撫固專治民事、除撫標兵外、其餘綠營兵皆受提督總兵節制、巡撫不得直接調遣也、其

撫之兼任提督及得節制總兵者爲例外、其時尙不聞有隔膜之患者、則吾國相仍重文輕武之習、有以補救之

也、蓋其時文武雖號稱並重、而習慣則武職對於文官奉令維謹、苟有所命、無敢違抗、且專制之國、各省長官、事事須請命於君主、既得君主許可、即可據以壓倒同僚、故凡有奏事權之官吏、其權力必較大於無奏事權、或雖有奏事權而有限制者、因此事實上巡撫得以指揮高級武職、雖定制其地位本屬相等、而實際則無異屬吏也、自光復以來、則現象適與前者相反、蓋革命後軍人地位既驟超越文職之上、而都督之行動、既不受中央元首之壓制、又無同僚之牽掣、其行使權力之習慣、已視清末之督撫有過無不及、今另設民政長與之

並立、勢必大反前清之習慣、名義上雖爲職權相侔、而事實上必不能相應、此民政長之職權、將使同於前清巡撫之例之不能行也、

(乙) 將使同於前清之布政使乎、布政使之職權、本除軍政外、凡一省之政令、無不統轄、雖司法審判另掌之、按察使、而藩司亦有時可以預聞、如列席秋審及奉派會審、咸豐以後、藩司以督撫屬吏長之資格、及財政之關係、乃有兼營務處以預聞軍政者、清末增設提學、巡警勸業等司道、職權似多被分、然仍無礙其爲專任民政之官也、今民政長之職權、若同於布政使、則必須定爲都督之屬、更方可、是又與軍民分治之本旨不符、若使不受都督管轄、而爲獨立之職、如現行制者、則一方既須時時仰都督兵事之協助、一方處處受省會之監督、加以財政之艱難、軍政民政權限之混淆、蓋未易舉其職也、

然則軍民果未可分治乎、抑民政長之職權、果未能獨立乎、曰是又不然、夫軍民分治、爲政治之通例、各國除治屬地外、無不皆然、吾國亦豈能獨異、惟在今日、則不能不酌量變通、創爲特例、以適應於時世耳、夫歷史上督撫之權限既如彼、今日都督之現狀又如此、驟欲以民政長取而剖分其職務、其勢固未易變易、當局及社會心理上之觀念也、若欲因勢而利導之、似當於都督之職務、稍加釐正、不必節外生枝、於都督之外、另設長官、夫今日之都督、

已非純屬軍人、而軍人而兼政治家者、亦世所恆有、故欲於政治上定經久之規制、不當就治者主體上生避忌、但當於被治者客體上定其範圍、其初提倡軍民分治、全由都督多出身軍人不諳政治而起、故與其另設民政長、不如徑改都督爲省長、使盡轄一省之政令、其關於國防之軍政、則縮之師長、一省或駐數師焉、或數省合駐一師焉、在腹地及交通便利之處、由中央直接管轄、邊疆及交通不便之處、則另設軍長或加鎮守使等名稱、以重其權、於此蓋有數便也、使省長盡仍督撫都督之舊狀、既合社會心理、其威望亦足爲全省之重鎮、其便一也、釐定辦事權限、一方無事事請命中央之繁、一方使受省會之監督、既得於權限內執行其職務、又可少專橫之弊、其便二也、國防軍隊、既另轄於師長、不相統屬、無軍民二政混淆之慮、其便三也、巡防隊等漸次改編爲警察、以地方之現象、爲進行之遲速、無削趾適履之誚、其便四也、省長之個人、不問爲軍人與非軍人、惟以能稱職者爲限、因此省長之職、軍人亦可擔任、無歧視之虞、其便五也、有此五便、又能維持現狀、而不礙其進步、在今日之制、似莫善於此矣、至其職權範圍之詳細規定、及對於省會之關係、當參酌中外現行之制、而擇其善者從之耳、

(二) 省長之選任

省長民選、其初僅爲地方擁護一二人私黨之託詞、其後漸移爲政黨之主張、而國民黨人

主持尤力、其黨中法學家發表於文字者、則自宋君教仁、王君寵惠始、宋君宣布政見書、有省長將來應由中央任命、此時暫由民選之說、宋君此語、前半爲政治家之常識、後半爲政客黨爭之作用、吾無間然、王君所著中華民國憲法芻議、其憲法草案第九十六條、曰省長由省議會選舉之、及觀其說明、則謂省長係專辦省內之事、故應由各省自行選舉、以符民權之意、按此語殊不足以說明其所主張、若以民選方爲符合民權、則凡國家一切官吏、無論外交官、軍人、何一不當民選、何獨於省長必著之憲法、使與元首代議士並重耶、誠百思不得其解者也、近時言論界於省長民選之弊、論之已詳、不再贅述、茲特就官吏民選之根據、分晰論之如下、

大抵選舉與任命之標準、前者以普通人知識所能辨別爲限、後者則必需有特別技能、非專門家不能衡量其高下者也、凡人之知識、但辨別人之有無技能、與身懷技能者、固屬有間、然在專門之技能、則終非局外者所能窺測、又在顯著之譽望、衆人皆能辨別、若由經驗所心得、則非考驗無從知其淺深、今民主國通例、總統必由民選、則以總統必爲一國所推重、其譽望顯著、爲常人所得辨認、亦猶議員之但須制行端正、略有政治法律上普通知識者、亦爲常人所易辨認者也、至若行政官吏、實爲一種特別職業、今歐洲吏治最爲修明之

國、如德意志等凡爲官吏者、自受驗入官以至進級轉職、皆有一定之限度、亦猶軍隊中之將校、學問與經驗並重、不容越級冒進、亦無可造就使速成也、故行政官吏之任用、世界通例必委之上級長官、誠以此中得失因應之間、非共事者末由心領神會以辨別其適否也、美洲合衆國官吏、民選爲多、而中南美各國憲法、皆摹擬北美者、獨於此絕少襲用、若省長由中央任命、尤多規定於憲法、可見美制之未可爲訓矣、此省長民選不合於法理也、若北美之州長民選、則由於聯邦之故、蓋聯邦之州長、略同於總統、特其權限有若干爲中央所限制耳、若單一國之省長、實爲中央行政部之手足、而受其指揮、其職權亦多執行中央所委託之事件、凡行政之系統、省長既爲地方長官、則必屬於中央內務部、在行政法上、固無以屬吏而出於他機關所選舉者、至若今日行省之多、政務之繁、若不由中央任命、殊覺有礙統一、王君憲法草案說明、謂凡應統一事項、均歸中央政府辦理、是選舉省長一層、與國家之統一、絕不相涉、不知其所指由國家辦理者、是否依其草案九十九、一百一十二、一百二十三條以外之事項、中央政府、皆必須於各省另設專官辦理、然如其九十三條、又明明許各省受政府委任辦理矣、各省既得受政府委任、則省長與政府之關係、自較密切、若使政府委任於渺不相關舉措無從預聞之人、安得有指臂相使之便利耶、於此而謂其與統一絕不相

涉、誰其信之、此省長民選不合於政治作用之理由也、
總之、省長民選、與國務總理、由國會選出、皆誤視民權、而特創新例、非聯邦國地方行政長官由民選、亦可謂創例、
按之政治原理與法理、固無一而當也、

憲法餘論

中華民國憲法、依國會組織法第二十條二十一條、應由兩院起草議定、今兩院之成立已二閱月矣、民國憲法之出生、以常理論、爲期當不甚遠、所有關於憲法內重大各問題、年餘以來、議論家已各有主張、互相辨論、如總統之選舉及權限也、內閣之任命及責任也、國會職權之範圍也、修正憲法之手續也、以及主權問題、彈劾總統國務員問題、解散國會問題、省制問題等、皆已甲論乙駁、推敲盡致、義蘊畢宣、此後但期有不泥黨見不挾感情之兩院議員、虛懷研究、平心採擇、再無煩局外者多加討論、徒取詞費、惟是憲法中各國成例、尙有特別之點、視之若無甚關係、而確含有必須規定之理由者、其例亦殊不少、雖此類率隨國情而異、然亦有爲他國所可取鑑者、茲就吾民國憲法所可採取之點、略述數端、以備起草者之參考、因其事非若前舉各問題之重大、本誌對於憲法問題論著已多、故作爲餘論、然亦頗望當此任者之勿輕忽視之也、

(一)國會不得以非常職權及完全統治權、給與行政長官、例如阿根廷憲法二十九條、巴拉圭憲法第十三條、共和國主權在國民、而立法權則必委託於國會、除小國如瑞士等、遇有重大事件、尚須召集國民會議以議決外、此外率以國會完全主持立法權、故抱有野心之政治家、往往利用國會、以擴張其權力、彼一方既用種種手段、以操縱國會議員、一方對於人民、則謂此等權力、爲國會正式行使立法權時所議決而授與者、非彼一人所私定也、此時人民而欲反抗之、於力既有所不足、欲援據法理、亦究無明文可以難之、若憲法特別規定此類之條文、則國會自不敢輕於議決、國民亦可不必要承認、使野心家無可藉口、是亦防制行政長官挾制國會之一法、而吾起草憲法者所當注意也、

(二)不得有權力職務未經法律規定之官職、例如巴拿馬憲法一百三十四條、凡行政部最不正當之行為、爲濫置官職、而共和國行政首長、由選舉而來及出身政黨者、尤易犯此病、蓋選舉完全出於爲事擇人之理想、非由於運動者、今世界尙少此實例、故被選後利用其職權以圖報償選舉人、爲歐美各國現情所不免、至現有官職不足分布、特設不必要之新官新職、爲位置私人之計、此等擾亂行政、增加國用、實爲政治上最惡之例、尤不可不立法防制、而明著於吾民國憲法尤爲不可緩也、

(三)公署不得作爲總統及其他官吏住屋。例如巴拉非憲法一百二十四條、葡萄牙憲法四十五條、共和國官吏。總官也暫時受國民委託、除執行公務之時間以外、皆猶是平民之生活也、故攜帶眷屬、安居公署、實爲不合共和原理及官吏之性質、若夫承君主之後、一切宮殿衙署、體制崇闕、猶帶專制氣息者、尤不宜使之改作住屋、以啓驕盈之漸、此亦應規定於憲法、而在吾國尤爲不可少也。

(四)總統國務員之俸給、任內不得變更。例如秘魯憲法八十七條、巴拉非憲法九十二條、古巴憲法八十條、葡萄牙憲法四十五條、烏拉憲法七十八條、凡常人貪得之慾望、往往非公平之理想所能克制、故自定

俸給、必不能得報酬平均之準則、其結果易生財政上之濫費、近日國會議員議俸給之事、可證也、故共和國定制、皆不許行政官吏變更俸給、卽事實有不得不增加者、亦須俟之次期總統、方得實行。可倫比亞憲法一百十二條、規定議員俸給旅費之增加、於表決增加之議員未滿任以前、不生效力、誠爲防弊所不得已之規定也、此亦爲憲法所不可不特著之條文、至官吏不得受兼俸爲普通之制定、於官規、足矣。

(五)不得設置特別法廷。例如瑞士憲法五十八條、巴西憲法七十二條、危地馬拉憲法三十三款、烏拉非憲法九條、所謂司法獨立者、一方便司法機關不受行政立法二機關之干涉、一方保護

人民使不受行政官之蹂躪、蓋人民若有違犯法律、既有執行法律之普通司法機關以糾問之、已足以保持國家之治安、而達刑期無刑之目的矣、若特別法廷、但當限於身居特別地位之人、如軍人、由軍事法廷審判、如施之平民、不特侵礙司法獨立、且與國家刑罰之目的不符、反足以擾亂政治之常軌、各國憲法特設此禁令、固不僅爲保護人權、亦維持政象之一要件也、此亦起草吾國憲法者所可仿效也、

(六) 軍人不得干預政治、例如葡萄牙憲法六十九條、智利憲法一百四十八條、巴拿馬憲法一百二十七條、可倫比亞憲法一百六十八條、桑薩爾瓦多耳憲法一百三十三條、海地憲法一百七十三條、多米尼加憲法八十八條、厄瓜多爾憲法一百三十條、危地馬拉憲法廿二

條、岡都拉斯憲法一百十六條、凡軍隊集會議事及上書請願、各共和國憲法、大多數特設專條、絕對禁止、

蓋軍人以服從爲天職、若人人發表其自由意思、以干涉政治、則安得集合羣衆、使之齊一其心志、軍隊不能齊一其心志、卽失軍人之本性、而不足以爲捍衛國家之用矣、考各共和國立國之初、大半由於革命、凡革命之際、必有偏重於軍人專擅之弊、故憲法特注重此點、亦吾國今日起草憲法者所宜效法也、

(七) 凡個人及團體、不得自稱國民代表、犯者以騷擾罪論、例如智利憲法一百五十一條、哥斯德爾黎加憲法三十四條、玻利非亞憲法三十八條、奧都拉斯憲法一百三十七條、共和國主權在國民、然國民何以表示其意思、則有

憲法設置之機關在、故國民如有意思、可以國會之代表、代爲表示、或向合法機關、依法定手續、上書請願、此外不容再有其他議事機關、歧出其間、因是而冒用人民全體名義、以干預政治者、無論其集合人數之多少、國家皆不能視爲正當之行動、且當以刑法上騷擾罪處罰之、誠以一國人民之衆、若人人可以假用代表名義、則國家政令、無從統一、必至失其團結力、而至於滅亡矣、此弊在共和國民、尤易誤犯、故憲法特立條文、亦吾國起草者可取法也、

以上七事、但擇其與吾國國情相合者而舉之、其實亦含有不可不特別規定之理由、至其他如禁止財產限定由一人繼承、中南美各國均有此規定、可規定於民法、禁止奴隸、可規定於刑法、不必再於憲法中贅及、又如出廷狀之使用、例如闕部拉斯尼加瓜拉、可規定於刑法、變更改體之禁止、例如法國西憲法八條、烏拉垂憲法一百五十九條、似亦不容遺漏、惟民主國不得有世襲貴爵、則爲優待條件所制限、當別以法律嚴定其範圍、若夫政府之違法行爲、作爲無效、例如委內瑞拉、則用意雖善、而界限難清、恐因此以啓頑吏暴民之誤解、尙以不明定之爲愈也、

論政治上之習慣

法誌第三卷第一號
民國二年

今世界各國、於國家機關內部之活動、其形式雖大致相類、而各機關關係權力輕重之間、

各有不同、其故半由於立法、半由於習慣、故有立法之精神、本無不同、而其後運用時之習慣、則不能無差異者、此等政治習慣之結果、若在強盛之國、論者必指此爲良習慣、爲其國強盛之原因、他國之政治家及學者、必翕然稱之、甚或極意贊歎、深惜己國之不能企及者、且有因此以創立新說、發明政治原理、如孟德斯鳩鑑於英制而創爲三權分立之說、此因他國政治習慣、而發理想欲見之事實之例也、今吾民國肇建、國體與政體同時並改、凡社會風俗上之習慣、容或尚有商量保存之餘地、若夫政治上之習慣、則因政治機關之組織全變、凡向來官吏間相關之成例、及其地位輕重之觀念、無一端可以節取、一事足以容留、於是而當創立國家久遠之規制者、以無本來政治上之習慣、足受拘束、遂若任取世界何國之制度、無不可以仿行、陳書數編、取捨由吾、閉門造車、不憂出門之不合轍也、可謂極理想家遊行自在之制矣、乃猶以爲未足、更於成文法制之外、將盡取世界強國政治上之習慣、卽世所稱爲良習慣者、亦一一摹仿之、將使吾政治家以後日日如登演臺而演劇然、凡各國政治演進之事迹、吾人理想上善良之景況、必一一來集於吾目前、然後以爲快、其用意亦何可厚非、惟此理想果能實現否、吾國家果有餘閒、容此摹仿家作爲試驗之劇場否、吾等國民不可不一深長思也、

今人所稱爲世界立憲國之良習慣而急欲摹仿者，第一非所稱爲議院政府耶？議院政府者，以議院爲政府之主體，而使政府受議院之支配。引王君憲法中語其立法明文，僅有政府對議會負責任一語，其事實則推衍爲由議院多數黨組織政府，而習慣遂至元首之任命國務總理，必擇議院多數黨之首領，不容以個人意思自由選擇，此習慣以英國行之最久，歷代遵守勿替，他國雖欲仿之，未能脗合也。若竟以之定爲成文法，如今日吾國政客所主張，國務總理由總議院選出者，如王君憲法草案之七十一條今日世界上尙絕無此例，夫世界之成文法，皆先由不成文之習慣而來，果此習慣，通世界皆可行之無弊，則自吾作古，首以明文規定，亦未嘗不可，惟政治之性質，最爲複雜，凡一事之得良結果者，必有種種相連之事，爲之輔助，而非僅恃單獨一事之效顰，即可成立，且所稱爲良結果者，是否確爲此事之功效，觀察稍誤，斷案遂有不可信者，是當屏斥私見，虛心研究焉，今試循各國所以造成議院政府之途徑，而一按之於吾國之現情，

夫議院政府之成熟，必因議院實已握有偉大權力，足以陵駕政府，而政府遂不得不爲議院俘虜之故，論三權分立之原則，行政部與立法部，本立於對等之地位，今不惜破此原則，使行政部爲立法部之附屬品，則因政治演進之結果，實含有不得不然之事實，故議院政

府成立之前，必以議院實已握有最大之權力爲前提，

更進、議院何以能握有最大之權力，則以大政黨之團結鞏固，比較上有永久不可搖動之性質也。夫議院爲多數人集合之體，使無政黨以指導涵養之，其心志必不能齊一，所表示之意思，亦不能確定。此政黨所以雖有種種罪惡，而議院政治終不能排斥之者，以此議院既有大政黨爲之主持，於是其行動始有正當之規則，其主張必求含多數之心理，以正當之行動，代表多數之心理，權力所以偉大，而爲政府所不能抵抗也。故欲議院握有最大之權力，又必以有大政黨爲之主持爲前提。

又進、政黨所以能常主持議院，則又以院內有二大政黨互相對峙之故也。使議院而僅爲一黨所獨占，則結果必有議院專制之弊。蓋一黨專政，無同勢力之異黨相伺，以養成互爲起伏相競爲善之習慣，則腐敗墮落，必至流於專制。議院既流於專制，使再組織政府，獨秉國鈞，則不惟破三權分立之原則，且失立憲政治之本意，而復返爲專制矣。若有二大黨以相對峙，則一方雖稍有立法與行政相混之嫌，而一方仍有立法部監督行政部之實。蓋兩大黨互相監督，在朝黨以一時之多數，而握政權，設行政稍失民意，卽予敵黨以口實，易失其多數之地位，是議院雖以一部與政府鈞連，而他一部仍得舉其監督之職，較之立法行

政完全分立形式雖似不同，精神更爲密切，蓋與其分立監督，至易陷隔膜，而有局外不諒苦衷之訴，不如使同一地位之人，交互執政，既身親其事，則贊否皆由經驗而來，自少空言不負責任之弊矣。此欲以政黨主持議院，又必以有二大黨對峙爲前提。

其他如議院有多數政黨及二大黨外，尙有數小黨，其力足以左右輕重者，亦足以阻礙議院政府之成立。蓋議院有多數政黨，則意思不能確定，而多變動，如欲制多數，必須結合數黨，方克有濟。惟數黨以一時感情而結合，其本來政綱未能脗合，必不能持久，縱能組織政府，其命運亦必不長。此證之法蘭西近事可知，無煩深論也。

再進，有二大政黨之議院，宜可行議院政府矣。然又必須國民多數有政治常識，然後行之無弊。蓋國民之行使選舉權也，縱不能全數合於公正之原則，亦必以有多數人能明白現在本國政治之狀況，及此後施政之大綱，然後政黨以所定政綱運動選舉，方爲針鋒相對，爲政治上有意識之活動。於此而選舉勝利，得多數於議院也。浸假而組織政府，實行黨綱，其所施政策，方爲確實有據。雖今日歐美號稱文明各國，尙不免有不正当之選舉運動，而

下等社會不滿於政府及議院多數所主張之政策，而起反抗者，亦時有所聞。然不正当之投票，決非多數。

不正當指利用誘惑或與不自由不同，不自由如聽受黨中之指名、黨首之支配、雖所舉非所素識、而政策大概仍必相同、其中流以上社

會必確有政治上之見地，足以辨別政府施政之良惡，故一政策之行，能繼續永久得達其國利民福之目的，雖遭少數人之反對，而不輕爲動搖者，以政府議院以外，有多數有知識有勢力中等社會之人，足以擁護其後也，故欲以二大政黨交互執政，又必以國民多數有政治常識爲前提。

由此觀之，他國議院政府之所由成立，其途徑可得而言也，蓋其始必先以國民多數具政治上之常識爲社會之中堅，其輿論足爲一時民意之代表，其繼乃有政黨發生，又經歷歲月，以養成政黨必須之團結力，及堅確之政見，而又幾經淘汰磨練，乃併合而爲二大政黨，以成對立之形勢，其勢力足以左右社會，而表見於議院，有永久不變，固定不移，不爲他勢力屈伏之基礎，其終遂足以挾持政府，使政府非得議院同意，不能一日存在，而議院政府，遂不得年成立矣。

故議院政府之成，其途徑之紆徐曲折如此，決非一蹴可幾也，今試按之吾國之現情，過去之參議院，及現在之參衆兩院，果具有政治上最高之權力否乎？

若以法律言則憲法未定，尙不知其權力是否最高，但據國會組織法十四條，證之事實，前參議院屢提彈劾政府案，而終不成立，政府屢以命令代法律，而議院無如之何，久且熟視無覩矣。

正式國會成立以來，推翻政府之聲，幾爲議

院中發言口頭之語助，而殘缺脆弱之政府，屹然如故也。借款受虧，外交失敗，僅足爲議院內鬩之題目，曾不足以損政府之毫末，以如此之議院，謂其勢力足制政府之死命，將兼併侵奪，使面縛請降，永爲議院不侵不叛之臣，其誰信之。此議院政府終級之途徑，尙未達到之證也。然使二大政黨已經鞏固，則未達一問，程度相去，尙不甚遠，猶可謂今日雖不能，尙可望之異日。今國民進步兩黨，誠有兩大黨之形式矣。然試問其內容之結合，果能如他國政黨之鞏固乎。三黨甫通告合併，而共和已宣布獨立，國民黨員之另組政團者，尤不乏其人。此猶可謂爲一時之現象也。及推求所以獨立另組之本意，則道路傳言，大抵謂在於利用第三黨之地位，以期獵取權勢，雖不能謂今日政客，盡含此等思想，然以政界程度言之，亦不能否認此說，謂爲必無若此，則去他國政黨以政見爲團結之本義甚遠，卽爲一時尙不能入正當相競軌道之憑據。此摹仿他國之二大政黨尙難得其精神之證也。再視吾國民政治之常識，則選舉時各地方之事實，尙在吾人耳目間，雖落選者之忿詞，報紙之譏評，容有過甚之詞，然卽以形之公牘及訴訟者證之，吾國民之不以政見之選擇爲投票之標準，已彰彰不可掩，且懸揣其數，決不能謂在全體選舉人半數以下。此今日政黨中之身親其事者，當能默喻，以此現象而欲使議院所主持之政策能得國民多數之擁護，恐必不能。

之事也、假令議院政府而得實行、行見議院多數所主張之政策、反對者即出於選舉此議員之人、議員之乏信用、政策之鮮實行、皆意中事也、此根本上條件不能具備之故、尤爲今日政治現象最惡之證據也、

吾國政治之現情既若此、而驟欲行議院政府、且將變習慣而爲成文、是猶孩提尙未能扶牀學步、而即令距躍三百、定爲日課、其亦顛撲而已矣、且將永絕其扶牀學步之機會、日趨於夭折之途也、

且若議院而果已具有陵駕政府之權力、則即不規定於憲法、亦無人能使議院政府之不成立、如議院而不表同情於政府也、則有二種手段、足以推翻之而有餘、且推翻之後、繼任者若仍非議院多數所贊成、亦不能一日安居、且非議院多數黨之首領、亦決不敢擔任組織政府、事有必至、理有固然、不必於憲法特定條文、而此習慣已足使之成爲事實、所謂二種手段者、

(一)爲使預算案不成立、凡租稅須經國民代表承認、爲議院最重之天職、故各國議院反對政府、無不以預算案通過與否、爲最大之利器、日本憲法於預算不議定或不能成立時、得用前年度預算施行、此爲袒護政府特別之規定、他國決不能仿效、故預算不通過時、非

政府總辭職、即解散議院、爲政治習慣上之通例、日本政府雖有此例外規定、吾國憲法、行政部有解散立法部之權與否、尙不可知、然民主國之解散議會、決非如君主國之可以輕易嘗試、故將來憲法縱規定有解散之文、而實行時必多困難、如參議院是否亦解散、不散散、散散是否須得其同意、又解散次必有制、限、非相逼至萬不得已、而總統又有偉大權力得國民之信用者、決不敢出此、況政黨之政策及其團結力、果完全鞏固、解散後亦不慮驟失多數、故行政部縱排萬難而敢於出解散之手段、亦不過爲暫時之戀棧、而議院以不通過預算案爲推翻政府之手段、固不可動搖也。

(二)爲不信任投票、各國憲法、議院皆有彈劾政府之權、惟君權最重如日本俄羅斯等國憲法無之然必有制、限、手續亦必繁重、故政治上習慣皆以不信任投票代之、蓋議院既多數不信任政府、已經明白表示其意思、政府即不能不辭職、此證之各國歷史、而確爲議院推翻政府手段之一也、

總之、議院而果有實力、不患議院政府之不成立、議院而尙爲國民所輕視、雖於憲法定若何條文、強迫議院政府之成立、其結果至多不過襲其形式、而遺其精神、且因此形式、亦必貽大害於國家、吾國一年來之往事可鑑也、故論者而果欲渴望議院政府之出現、宜於國

民教育及政治道德、力求促進、庶幾循此軌道、尙有可至之一日、否則猶使懦夫舉鼎、斷脰絕臙、其命運蓋不可終日矣、

其他政治上之習慣、尙有種種在他國皆行之而得良結果者、如元首不裁可權之不行使也、覆議權之不常用也、凡此皆因他種原因俱已成熟、自然得此效果、決不可倒果爲因、謂必先有此習慣、然後可得良政治也、如不裁可權與覆議權之不行使、亦因議院中政黨已有鞏固之勢力、雖欲廢棄其所決之案、其結果終必失敗、遂不必行使耳、若議院之決案、全出於感情、今日所決、明日可以破棄、多數所是、少數可以牽制、以不堅確無意識之決案、縱令憲法明定議院議決卽成法律、不必經行政之承認、而其案之不能實行如故也、無他以議院無受國民信用之程度故也、

是故政治家苟忻慕他國政治上之良習慣、宜求所以致此良習慣之原因、而養成之、凡國民政治知識之普及、政黨政治道德之修養、議院政爭正大之規律、皆良習慣之所由出也、若不揣其本、而齊其末、未見其可也、

論法律之執行

法誌第三卷第二號
民國二年

法治國之可貴者、以立法能實行也、故國家之盛衰興亡、以法之實行程度如何爲比例、而

立法之良否其次也、自古創業專制之國、立法多不良不備、然上令下行、能保其一時之治安者、以能實行其不良不備之法也、世之衰也、法令繁滋、上下以法爲文飾、豪猾玩法、而自逝於法之外、良儒不知法、以日陷於法之中、亂亡之源、率受於此、統觀中外古今、政治蛻變、如出一轍、是故國家立法、非爲美觀也、亦非爲誇示於鄰國也、惟期能實行而已、有法而不能實行、雖榮幸世界最良之法於一國、亦無救其國之亂亡也、

吾國立法之不能實行、自前清以來已然、至民國而尤甚、在反對今日之立法者、輒曰非憑講堂之課義、卽虛夢寐之理想、於中國歷史人民情勢、懵然未聞、此言也、固不能謂無一部份真理、然若反詰之曰、吾中國之歷史人民情勢、此時究以採用何種法理爲最相宜、於此反對論者、一部分之心理、必憶及前清中葉以前之法矣、第試思彼時之法、固足以維持今日國家之治安否、雖在極鋼鐵蔽者、度亦不敢主張此說矣、故反對者之論據、旣非採用外國

某法系之爭、

本論所指反對論、以近日江蘇都督程德全呈大總統論司法文、見前號記事爲代表非法律家主張德國法系法國法系及英美法派大陸法派區別之爭論

亦萬不容主張用閉關時代之舊法、更非主張全廢法治、然則今日究應立如何之法、當亦有詞窮之感、此鑒於今日法律之不能實行、而但知咎立法之不善、以敷衍因循玩愒延宕爲補救之計、非探本之論也、

程氏謂治本之道、在調查風俗習俗、普及教育、養成法官、夫立法在全國通行、其範圍極寬、自有伸縮之餘地、不必與各處之

風俗習慣、一一體合、若其大體、則合各選舉區選出之議員、而任立法、已無異實地調查、豈必再需時日、至教育人才、本無限度、尤不應主張於教育未普及、人才未充足之際、反可無玩愒延宕之故智耳、亦

夫法之不能實行、其本原固在立法、而直接則在法之執行、夫法之爲物、與人民之生活、無不有直接間接關係、羅馬古賢曰、（吾人以法律而生活、以法律而動作、以法律而存在、）蓋吾人生活所需、空氣而外、首當及法、是故國家立一法而應受此法範圍之人、有及有不及焉、或一部分完全得受法之保護及制裁、而一部分則輕減其分量焉、或僅得其一偏焉、皆爲立法不能實行之證、凡此諸弊、率由法律執行之點而生區別、故法律之執行如何、法律實行與否繫焉、今世之立法及批評者、但知就法之本身以論其良否、而於執行方面、似稍未注意、此今日不能實行政治之病源所在也、今試就吾國各種法令、而一考其執行之現象、然後再論其補救之方法、

一 今日吾國各種法令執行之現象

國家立法、非爲統治全國人民乎、故凡屬國民皆當受治於同一立法、君主國以君主皇族爲例外、民主國自當平等、若國內有一人而爲法之執行所不及也、國家立法之精神已被破壞、法蘭西總統非一切平等、若國內有一人而爲法之執行所不及也、國家立法之精神已被破壞、衆議院不得以非之爲被告、非上議院不得裁判、規定於憲法、亦猶刑法中規定不論
罪及宥減、緩刑假釋各條、正以見法之作用、非破壞立法精神也、今吾國人民受治於法

之程度果何如乎、除鄉僻之處、尚留太古遺風、社會交際極簡、若無待於法而自能生活者外、非真無待於法而生活、不過指極方面比積極方面爲多耳、此外各人所受法治之利害、可謂千變萬化、極參差不齊

之觀矣、蓋非過卽不及、卽同一人也、亦因時因地而不同、今試舉國家法令犖犖數大部而歷數之、國家根本組織法、非爲約法乎、今試檢約法第二章、吾人民果已完全享有此各項權利否、第三章參議院職權果不被行政部侵奪否、第四章總統之職權果完全無缺否、此吾人民、吾議院、吾總統、不能執行約法之證也、然此猶可謂牽涉政治上問題、原因複雜、今再就刑法民法及國家徵收租稅各法令、而一考察其執行之程度焉、

第一刑法 凡人類社會組成國家之初、欲維持其安寧秩序、必恃刑法爲維繫、刑法之進化、必先簡單而後繁複、至今日人民程度漸高、形式必又反於簡單、各國新刑法主義、皆多與審判官以自由裁量、餘地、爲刑法學之最進步、然在精神上仍爲繁複、故其初凡有人犯結果相同之罪、卽受同一之刑、如殺人者死、不問故殺謀殺等、其次悟其不平、乃細加分

別、務使罰當其罪、吾國前清刑律果不良不備矣、今日所用之暫行刑律、非同化於文明各國繁複完備之法律乎、今行之逾年、而反來盜賊橫行、民生痛苦之譏評、亦程氏呈文中語、此橫行

痛苦之來、果由立法之不善乎、抑由執行之不善耶、是不可以不辨也、今之不悅於新刑法者、多慮處刑太輕、無論新刑法較之舊刑律、除酷刑數端、如絲坐凌遲斬梟等及專爲保護專制君主

各項外、本互有加減、並非一律減輕、卽以減輕論、凡人類之畏刑也、其慄然於有犯必懲獄、訟得平而不敢輕犯者、比之畏重刑之感覺、效力爲多、古時以夷族爲極刑、則人但知畏夷族、今世廢死刑之國、以無期徒刑爲極刑、則人之畏剝奪自由也、亦等於夷族、故自犯人方面觀之、夷族與剝奪自由同耳、非全由亂國與文明人民程度之差異也、故今日刑事犯處罰之不當、其病殊不在輕刑、而破壞立法之精神者、蓋另有故、試分晰論之如左、

(甲)濫用軍法也、軍法本爲制裁軍人及在戒嚴地點所用、今則惟意所欲、卽可從事、毫無制限、江蘇各縣知事、均加軍法科銜、前清已廢惡法、如就地正法者、民國時聞援用、而結夥行劫之盜、直無不以內亂罪相待、且不適用普通刑法矣、夫法之作用、貴得其平、今當局者以欲擅威福、及疑刑法太輕二種、思想結合、遂成此現象、使一國之內、犯同一罪名之人、受相異之刑罰、於是不平之感、愈日深、且物必有比較、而後感其輕重、使一般之劇匪巨盜、悉受刑法第三十二章而受罰焉、本無不平之可言、特一方既以軍法處治、不特其刑比普通法爲重、且省略一切手續、於是由法院控訴審判、循一定之手續、用正當之法律者、驟覺其輕、而有永無就逮受戮之誚矣、是今日劇匪巨盜之藐視法律與法院而輕於犯法者、非法律及法院自身之過、而實由疑法律爲不善、侵奪法院權限者、所製造造成之也、譬之學校懲

戒生徒面壁叱責，已足示警，乃必欲予杖，既受杖矣，則視面壁叱責爲無足重輕，而敢於違矣，以小喻大，事實相類，此今日法律之執行，爲濫用軍法者所破壞之故也。

(乙)牽入政治手段也，政治爲國家活動之狀態，法律則其活動之規則也，二者本互相爲用，惟政治之運用，隨時勢爲轉變，於是乎有手段，然所謂政治上之手段者，仍以不越法律之範圍爲原則，蓋必以不礙立法之精神，方得謂爲良手段，今吾國一年因政治上手段而不惜蹂躪立法者，多矣，立法行政二部，皆不能免，此如特赦之履行，國會不服從最高法院之判決，其尤甚也，夫特赦雖爲行政首長之特權，然行使此權，亦必有限度，今試檢臨時政府所下之特赦令，有一合此限度否，在各國立法部，方以監督執行法律爲天職，今則反以不服司法判決爲自高其地位，凡此皆由牽入於政治手段之故，此今日法律之執行，又爲政治手段所破壞之故也。

(丙)內務行政之不良也，司法之權，雖屬法院，而執行方法，必需內務行政之補助，如逮捕被告搜查罪證等種種行動，無不賴警察之力，直接執行，今各省於前清差役之蠹，雖似驅除，而警察之組織未備，公役疲玩無能，不負責任，又成積習，夫鼠竊狗盜作奸犯科之人，何地蔑有，從前官吏以差役爲爪牙，其擾良民者常七八，而捕執莠民亦有二三，今則擾民者

仍未盡免、而摘發之能、一無所有、遂使法院空擁司法審判之名、而無判決執行之實、此內務行政之不良、足以影響於法律之執行而破壞之之故也。

以上三端、其害足以及於國家、特於刑事方面、尤爲密切、所謂盜賊橫行、民生痛苦者、病根正在於此、幸反對今日之司法制度者、一反而自思焉、

第二民商法 吾國民商法、向不專立爲法典、而混合於刑律之中、然其大要、如物權、債權、親族繼承、以及商行爲等、卽所謂田婚戶債者、向來地方有司指爲雀鼠之爭、隨時按律例以爲判斷者也、今民商法未全頒行、而司法已分別民刑、於是法官之視民商事、不及其視刑事之重、而執行之方、尤爲弛懈、在人民財產身分之關係、亞於生命、今保障之力、遠遜於民刑不分之時、無賴浪費者、因以得志、勤儉貯蓄者、動輒破家、此怨咨之聲所由作也、然此亦非立法者分別民刑之咎、仍由執行之不力、及補助之無術耳、約舉其故、亦有數端、

(甲)登記制度之不完備也、訴訟之重要者爲證據、而證據之中、以登記爲尤要、今吾國一切登記制度、既未開辦、而向來所恃案卷契據、又半從習慣、無一定之準則、故凡民事訴訟、往往以證據不完全、法官憚於判決、因此推諉延擱、而原告之權利、不克回復矣、此執行民事法令之阻礙一也、

(乙) 扣押之不能實行也、物權債權訴訟之結果、必令敗訴者對於勝訴者交付財產、然奸詐之徒、必豫爲毀損隱匿、各國訴訟法、且有假扣押之規定、今吾國則因上述公役之無能力、凡扣押之事、十九無效、遂至被侵害權利者、費幾許精神財力、僅得勝訴、而歸結仍不得完全之補償、此保有財產者、所以有不安之念、而凡一切以不動產動產租借及以金錢權子母者、因之畏難束手矣、此扣押不能實行、又爲執行民事法令阻礙之一也、

(丙) 豪猾之無制裁也、當民刑不分之時、官吏於民事案件、多予被告以剝奪自由、甚至有予體刑者、今民刑既分、此等違法行爲、固不容再存、然豪猾者、遂藉此以自遁矣、其甚者負債鉅萬而逍遙自若、豪奢如故、國法既不執行、社會亦無制裁、輿論亦少譏評、且反有尊奉崇信之者、流風所布、凡尋常民事商事中、欠款無多、倒閉不鉅者、遂視若執行之可有可無、於是而良民之生活苦矣、此亦爲執行民事法令阻礙之一也、

凡此諸故、或由他項法令補助之不備、或由社會信用法令之觀念未著、實皆足爲法治前途之障礙也、

第三租稅法令 國家政費所出、全恃租稅、吾國專制時之租稅、可謂最不公平矣、無論稅率之不平、卽人民之納租稅者、亦各以身分地位而異其程度、此等積弊、久爲有識者所痛

惡、今民國成立、一切平等、無貴賤階級之可言、宜若於納稅之義務、亦可均一矣、然現象有大謬不然者、向時之享特別權利者、僅在縉紳、今則普及於議員政黨員矣、向者縉紳之稍知廉恥者、尙不屑享此權利、今則以敢於反抗官吏爲伸張民權而恬不爲怪矣、向者有強項之官吏、尤足以抑制之、今日則行政官求媚議員政黨之不暇、何敢少抗、凡此積弊、其禍中於國家、而實承其弊者、仍在善良窮苦之國民、推求其故、亦有數端、

(甲)由政爭之不依正道也、夫政黨之標幟、乃在國利民福、而非爲私利、此語已人人引爲口頭禪矣、然其思想手段、必一出於正道、方能名實相副、若惟求一時之便利、專以得多數爲目的、苟能達目的、卽不惜盡棄正道而不顧、常人之心理、公誼不敵私慾、故以私利爲誘、自可收效於一時、於是遂忘國家前途之危險、而抗租之擔保竟成爲運動選舉時一絕妙方法矣、此決非出於政黨重要人物之本意、第流風所被、變本加厲、自有必至之勢、此租稅法令不能執行之故一也、

(乙)由執行官吏少經驗學識、且乏虛心體察之誠也、前清收稅、委之胥役、久成弊藪、咸豐後釐捐名爲用士人、而其後幕友司事、率爲無業遊惰、而稍得輿援者所窟宅、其面目久爲商民所痛心疾首、光復以來、徵收員役、非用舊官僚、卽付之光復有勞之人、若輩於新章之

施行既非素加研究，無前清胥役父子師徒相傳之精熟，又粗浮高傲，其氣矚且過於從前之幕友司事，至人民之持金錢實物以盡納稅之義務者，奔走百十里，往返七八次，勞費已多，終不得當，字迹稍誤，項目偶脫，即遭駁拒，試一問詢，則盛氣相待，甚於刑事被告之遇檢察官，鄉曲懦夫，往往痛哭而返，而抗租者反擲掄其旁，能不令守法者短氣耶？前清胥役之得賄，然亦略有其度，已成習慣，今之辦事者，未必有借此得利之意，而絕少親切體諒之心，又不知立法精神，無執行知識，以多挑剔爲自己免過之地，無論其解譯亦不免錯誤也，即毫末錯誤，而絕少虛心體察之誠，而手人已受累不堪矣，又不許代納稅人書寫及辦事時，間有一定苛刻，其限甚短，此雖文明國通例，然與吾國習慣不合，鄉僻處尤爲不宜，似亦應通酌量變也。此亦租稅法令受阻礙之一故也。

以上二端，不特爲執行國家徵收租稅法令最大之障礙，且爲財政困難之一因，今論者不察，徒咎立法之不善，未可爲通論也。

總之，今日執行法令之現象，諸弊叢生，互爲因果，就上述諸端，或得一二，或兼種種，凡一法令之頒行，幾至無一能施行無阻者，是尙得稱爲法治國乎？不及今推求病根所在，急爲補救，將不可以爲國矣。

二 補救之方法

今日法令之不能實行，其總因涉於一國政治之全部，本非就一部分之救治，所能奏效，特

就社會心理及政界情狀與執行法令有密切關係者、推論其補救之法如左、

第一國民宜知尊重法律、以養成守法之習慣也、吾國民號稱數千年蹉伏於專制政治之下、其實多數人習於寬簡、其生活自由、反爲世界國民之冠、試檢歷史新興之朝、法令簡約、衰亂之世、乃苦束溼、循環往復、已成通例、吾民因此習慣、遂視法令若惡物、而爲今日勵行法治之極大阻力、夫今日民智既開、人口之衆、治理之繁、加以對外之競存、自有不得不順世界潮流而勵行法治之勢、則吾民向來未習於法治之習慣、急應設法改變也、夫樂於寬簡、本爲吾人之本性、特物質之進化既驟、社會之競爭愈劇、小之欲維持個人之生活、大之以保護國家之存在、皆非依賴法律不可、故吾國民必以能知尊重法律、人人知法律爲一日不可缺少之物、及養成守法之習慣、不以違法自喜、然後足以自立於世界、否則內治既不寧靜、對外卽乏團結力、欲求長保其國家及個人之安全、難矣、

第二、凡向來在社會上地位較高之人、宜知對於法律、必須人人平等也、吾國習慣、凡訴訟案件、社會上身分較高之人、必有特別權利、雖半由習慣、亦半由法律認定、如官吏可遣抱告、不必親身對質等、雖諺有王子犯法與庶民同等之語、不過言其極端、其實地方紳士、對於尋常民刑案件、實享有優勝之勢力、其他如官紳間之迴護請託、習爲固然、更無論矣、今

新法頒行、司法獨立、凡一切訴訟手續、實行人人平等主義、故社會上向佔優勝地位、及新獵得此地位者、驟被剝奪、雖於全國民總數之中、此輩本居少數、而其力皆足以表示其反抗之意、又各地方之胥吏差役、向亦窟宅於官署、以城狐社鼠之地位、與紳士競享其特別之權力、若輩弄法之巧、習與性成、今亦因驟失其地位、而羣思反抗、故今日反對法律之執行、而訾議蠶起者、半出於此二種人之口、夫爲國家謀幸福者、本不能容少數人保有特別勢力、卽以此特別勢力論、其間亦至不平等、有高級之壓制、有同類之傾軋、紛亂擾攘、徒見最下級人民多受痛苦、而高級人亦未必得永享其利、坐使社會含有冤抑之氣、時時足以發生反動、民生憔悴、國勢不進、胥原於此、故今日有特別勢力者、亟應掃除、自私自利之見、以擴充人人平等之思想、破除成見、力爲提倡、庶幾法律得以執行、而政治可望改良矣、

第三、司法人員、宜知立法之眞意也、古稱治獄者、曰哀矜勿喜、誠以國家制定制裁、人民各法、本爲行使統治權不得已之舉、非欲以恣威福也、今司法人員、因習見專制時代、官吏高坐堂皇、以喜怒任意鞭笞人民之態度、於審判之際、不免時時流露其摹仿之意、其稍能研究法理者、又染文人積習、以膠執章句、咬文嚼字爲能、全不顧立法之本意、及執行之事實、此亦今日司法人員見輕於社會之一原因也、不知文明國任用法官、必須備一定之資格、

程度、期其能深知立法之真意而活用之也、故於運用之際、一切態度、必當熟察社會之情狀、以爲消息、若狃於積習、不特國家不能得法治之益、且將增法治之阻力矣、

第四、行政官吏、宜知司法獨立爲分工、而非侵奪權利也、行政與立法、職業既異、經驗亦不同、固當各具相當之知識、在主張三權分立之本意、雖爲防行政之專橫、而現在實行三權分立之作用、實含有分工之意味、今吾國行政官往往狃於從前皆兼任司法而司法又最足表示其威權之故、遂若另設司法官吏爲侵奪其身分中固有之權利、因此對於司法官吏俱含有敵視之意、遇事多譏誚及持冷眼旁視之意態、一若惟恐其不失敗者、苟於職務上遇有需相助之處、自難望其無阻撓之舉、雖行政官未必盡屬此類、而此類實居多數、不知行政司法之地位、本聽人各就其性之所近而自擇爲職業、非爲特別階級所永佔也、至若今日政治之繁曠、行政與司法、縱無前賢三權分立之學說、亦當因分工而相離、若忘分業之便利、以侵奪爲難堪、可謂極悖事理之觀念矣、

第五、立法部宜慎重立法也、夫法律至執行時而感其不便、補救已難、故立法者、必須於起草審查議決之際、預爲執行時着想、若但求主義之新穎、條文之雅潔、而不顧執行時之困難、是誤認立法爲著作事業、而忘其爲國家機關之職務矣、况施行細則、各國通例、大半委

之行政部自定、而必以不牴觸法律爲限、故法律而於實行有困難也、非施行細則所能補救、本論於法律之執行、既述立法以外種種原因、而陳其補救之方、至最終則仍不能不望立法者之預爲執行時地步、而勿徒恃理想也、

上術五端、果能破除積習、注意改良、則吾國新法律之實行、不至動輒阻礙矣、

抑尤有可慮者、以吾國今日執行法令之現象、若社會及政界之積習不急挽回補救、則凡法令之頒行、亦將呈格里森姆原則、即英國經濟學家發明惡貨弊驅除其貨弊之原則者而惡法令必將驅除良法

令矣、蓋法令而良、與吾社會政界、動多牴觸、必不能推行盡利、法令而惡、以一部分人得享利益、不惜強制執行、於是良法令則務減少效用、惡法令則愈益其紛擾、縱令立法者瑕瑜互見、得失各半、而吾國民則惟受惡法之害、不食良法之賜、將使立法者雖有良法、無益國家、法治前途、不愈益無望耶、是故欲望立法之實行者、毋徒苛責立法之人、而不可不注意於執行法律之際也、

論逮捕議員

法誌三卷三號
民國二年

凡立法部議員與行政司法官吏常立於反對地位、故各國憲法皆有保障議員之規定、以預防行政司法官吏之蹂躪、茲將各國條文列舉而論之、如左、

美洲合衆國第一章第六條、兩院議員除叛逆及害靜謐之重罪外、於各議院會議及其往復中、不得逮捕之、

烏拉圭第五十條、兩院議員自當選之日起、至任滿之日止、除現行犯外、永不得加以拘捕、第五十一條、兩院議員、自當選之日起、至任滿之日止、除控訴之於所屬之本院外、不得控訴之於刑事法廷、

智利第十三條、議員自被選之日起、非其所屬之院、宣布有被控之理由而承認之、不受告發控訴或逮捕、但現行犯不在此例、

墨西哥第一百三條、聯邦國會之元老員代議士、於任期內之普通犯罪及行使職務時所犯之重罪輕罪或過失、均須擔其責任、

阿根廷第六十一條、元老員及代議員、自被選之日起、至任滿之日止、不受逮捕、但犯死罪及其他不名譽與須受體刑者、不在此例、

秘魯第五十五條、元老員及代議員、於開會一月以前及閉會一月以後、非國會預先承認不得控訴或逮捕之、但現行犯不在此例、

巴拉圭第六十四條、元老院或衆議院議員、自當選之日起至任滿之日止、不得逮捕之、

雖犯有重大罪案而在現行犯罪被捕者、不在此例、

哥斯德爾黎加第六十七條、代議員在開會期間、非由國會認可或自己承諾、不得因民事案件逮捕之、代議員或候補代議員、自被選之日起、至任滿之日止、非由國會預先停職、不得因刑事上之重罪或輕罪、拘留或逮捕之、但現行犯或放棄權利時、不在此例、

法蘭西政權關係法第十四條、兩院議員在會議期內、非有所屬議院之許諾、不得因輕罪或刑事罪、而受逮捕、但現行犯不在此例、

危地馬拉第四十四條、各代議院自當選之日起、如未經國會許可、皆不得被告或受審、但現行犯不在此例、

玻利非亞第四十七條、代議員或元老員、自被選之日起、至還家之日止、非所屬議院之認可、不得控告公訴或逮捕之、但在犯應受體刑之現行犯時、不在此限、

可命比里第七條、在會議期間、及開會之前四十日內、對於議員之民事或刑事訴訟、非所屬之院許可、不得提起之、但現行犯不在此限、

桑薩爾瓦多第六十五條、凡議員自被選之日始、至議會閉會後十五日止、如犯民事

過失、不得提訊、如議員在任期內犯有重大罪惡、由議會審判得有確實證據、再行交與法庭、如所犯過失非重大者、由正當法庭處理之、惟非俟閉會後不得拘留捕緝勸察、如現行犯被捕後、須於二十四點鐘以內、交與議會處理、

海地第八十五條至八十八條、立法部人員、自當選之日起、至任滿之日止、有不可侵犯之權利、除現行犯及應受體刑及不名譽之罪名者外、非經所屬之院允許、不得加以控告及拘捕、

巴西第二十條、代議員及元老員、自受任時起、至新選舉時止、非本院之預先承認、不受逮捕及刑事起訴、但犯不能保釋之罪名時拘執者、不在此例、

多米尼加第二十四條、議員非經國會許可、及犯應受體刑之罪名、不得加以逮捕、厄瓜多爾第五十七條、議員在開會之前三十日、閉會之後三十日、得享受特權、非本院之承認、不得審判起訴或逮捕之、如於現行犯罪中被捕、須送本院處分之、

古巴第五十三條、兩院議員、除現行犯外、在開會期內、非經本院之允許、不得加以拘捕或檢舉、

巴拿馬第六十條、國會議員、在開會期間及其前二十日、後二十日、非本會之許可、不受

刑事審判、並不受刑事訴訟之拘束、惟現行犯得逮捕之、

委內瑞辣第四十六條、元老員與代議員、自開院日期之前三十日、至閉會後三十日之
際、皆免受法院一切民刑訴訟之審判、但所犯當受禁錮刑者、檢察程序、可照常進行、
惟審判與判決、須俟其特權屆滿時辦理、第四十七條、無論何時、兩院無許可本院議
員被捕受審之權、

閩都拉斯第七十一條、代議員不受侵犯、

尼加拉瓜第五十九條、代議員自被選之日始、法廷不得捕緝提訊、惟經議會宣告理由
應受正當之審判者、不在此例、開會前三十日閉會後十五日、不得控告議員、

葡萄牙第十六條、兩院議員當會議期內、不得侵犯其身、第十七條、兩院議員不經其院
許可、在集會期內、除現行犯及犯重大罪案外、不得拘捕、

凡欲保障議員之地位者、君主國較共和國尤急、右所舉僅限於共和國者、特就其與本國
國體相同而舉之耳、世界惟瑞士國憲法無保障議員之規定、殆因瑞士為純粹民權國、立
法部於最高地位、在行政司法之上、瑞士聯邦行政會、聯邦議員、聯邦選出、本無行政司法蹂躪立
法議員之可慮、故不需此規定耳、

統觀各國憲法所規定、其程度頗有寬嚴之不同、茲爲區別之、

(一)期限

(甲)自被選起至任滿止

(乙)開會期內及其前後各若干日

(丙)僅限於開會期中

(二)本院許可權之有無

(甲)須得其本院之許可

(乙)國會無許可議員得逮捕之權

(三)重罪等之例外

(甲)但以重罪爲例外者

(乙)兼及應受體刑及不名譽罪者

(丙)無此例外者

(四)現行犯及其他之例外

(甲)以現行犯爲例外者

(乙)放棄權利之例外

(丙)無此項規定者

各國憲法所規定不同之處既如此，今再以吾國臨時約法比較之。

臨時約法第二十六條參議院議員除現行犯及關於內亂外患之犯罪外，會期中非得本院許可，不得逮捕，按本條規定脫胎於日本憲法第五十三條實爲最嚴格之制限，不特爲共和國所稀有，即在君主國亦大多數無此嚴重之規定，試就本條之解釋設爲事實而比較之如左。

(一)期限 依本條之規定其保障之期限僅限於會期中，如此則行開會式之前一夕及行閉會式後出門之際皆可逮捕矣，夫所以設保障議員之規定者因議員所主張或不利於政府可借輕罪以羅織議員而逮捕之使不得到會以減少院內之反抗力也，議員表示其反抗政府之言論不必在開會之際，通例於將開會前集會演說最爲頻繁而反對黨對於政府之失政亦於此時最爲激昂，故政府若利用此時機以逮捕議員雖非設立本條保障之本意而不啻爲本條法文所明許，是未可謂爲得當也，又閉會之際政府與議員正惡感最深受痛最切之際，今亦許其逮捕是不啻授政府以洩忿之機，故各國通例或定會期

前後各三十日、或限於途中往復之際、蓋已深鑒及此、而予以從容猶豫之期限、使得消弭於無形也、此吾約法摹仿日本憲法之不當也、若竟限一任期中、則有三年或六年之久、似亦嫌太長、不足取法、

(二)本院許可權之有無 凡議員之神聖不可侵犯者、因其爲組成國會之一分子也、是其不可侵犯之原理、在欲保障國會全體、故不得不先保障議員之個人、若議員之個人、已爲國會全體所排斥、自無再與保障之理、因此、而議員犯罪、由其本院決定、實最爲正當、約法本條所規定、凡得本院許可者、皆得逮捕、頗爲得當也、

(三)重罪等之例外 內亂外患、雖大都爲重罪、而附和之徒、未必盡爲重罪、依本條之規定、凡與內亂外患稍有關係者、皆可不得其院之許可、卽行逮捕、而其他如殺人等重罪、則仍須得其院之許可、其意不外以內亂外患之犯、必須急速祕密逮捕、方足以遏亂萌、若向議院請求許可、必至遲延洩漏、縱議院表決許其逮捕、而其人已經遠颺、殊足爲保持國家安寧之阻礙、不知內亂外患之首魁及執重要事務者、必爲重罪無疑、則不如改爲重罪二字、較爲無弊、蓋重罪之解釋、既可包含暴動之首要及私通外國各犯、又可兼及殺人放火妨害國交各罪、而一方於內亂外患之有附和隨行等嫌疑者、以本非重罪、可不至受政府之羅織、使凡爲兇惡之徒、不得依議院爲護符、而事涉輕微、亦不致動遭繯絏、至吾國刑法、

除死罪外本無體刑、而姦非欺詐鴉片賭博等、不名譽罪、亦無急速逮捕之必要、自可不必贅及也。

(四)現行犯及其他之例外 逮捕議員、現行犯不須得議院許可爲大多數之立法例、蓋事實所必要、毫不挾疑義也、惟逮捕後之處置、約法並無規定、不可謂非疏漏、按現行犯有種種、除重罪不計外、其他輕微之罪甚多、若不規定於被捕若干時以內、必須報告議院、則以微罪而失身體之自由、並剝奪其到會議事之權、殊失保障立法人員之本意、故必須專項規定、限期報告、由議院議決、如許可其送審判廳受審問、則即停止其議員之權利、否則即須釋放、近來議員有以賭博罪被捕者、此本爲現行犯、捕之者不爲違法、其後此議員方自諱飾、而他人又欲提出質問、此皆本法無規定之咎也、夫曾經逮捕議員、無論已否釋放、及所犯之重輕、逮捕者皆應有正式之報告、既不勞質問、亦不容諱飾、以議員而犯賭博、事縱輕微、亦非立法者所欲保護也、至若議員因過失而現行犯違警各罪、在違警律罰例、雖亦可拘留至三十日之久、然自可適用罰金之換刑、且可適用違警律第六條第二項以有公事在身爲例外、不慮行政官吏之借此蹂躪也。

哥斯德爾黎加憲法於現行犯之外、又加放棄權利一項、此頗有研究之價值、所謂放棄權

利者、應分爲客觀與主觀二項、主觀爲其人自己情願放棄者、此在事實絕少、且果有此事、實發生、其所屬之院、亦應議決停止其權利、若客觀之放棄權利、則在吾國頗多實例、如當開會期中、並無正當理由、而遠離開會地點是也、開會已久而不到會者亦同此等議員、若於國會所在地以外地方犯罪被議、自不能享約法二十六條之特權、惟所謂正當理由者、應以極狹義解釋、尤應專就法律解釋、不當參以政治上之見地、誠以立法機關之重要、無他事足與抵抗、故除議院法所許請假之範圍外、皆爲不正當、即議院法所許之請假、而別無必須遠離開會地點之理由者、仍可謂爲不正當、如病假等以吾國習慣言之、獨有父母疾亟及三年喪百日以內、方足以當遠離開會地點之正當理由、此外無他事可與並論、縱其原因極有關係於政治、且爲輿論所許如調停政界消弭內亂等、而此等議員、既已犧牲其立法之權利、即亦何妨停止其法律上之特權、故此項規定在今日吾國現象亦不可不加入者也、

綜舉以上所論、吾國憲法對於約法二十六條之修正、計有數點、(一)期限必須加長、(二)內亂外患罪應改爲重罪、(三)現行犯逮捕後、必須急速報告於所屬之院、聽其處置、(四)應加放棄權利之例外、以今日政爭之劇、而行政立法二部程度之不齊、若立法者不加注意、而惟襲用外國憲法條文、恐將來事實發生、不特無以弭二部間之衝突、且益爲厲階也、

至墨西哥之規定，雖與各國通例不同，而仍以代議院爲陪審官，則議員仍保有特權，其結果無大殊也。

又保障議員身體之外，尙有保障言論一條，吾臨時約法第二十五條參議院議員於院內之言論及表決，對於院外不負責任，此亦仿各國通例，毫無疑義，在日本憲法^{第五十條}尙有議員自將其演說刊行公布之例外，吾約法不採之，可謂得當，蓋若非祕密會議，議院自有刊布議事錄之職務，且亦不能禁止新聞記者之記載，本人再爲刊布與否，於事實上毫無關係，若本人刊布之件，於院內言論之外，更加以敷衍，或且加激其論調，則自當受其他法律之制裁，本爲另一事件，無須規定於憲法也，至保障議員之言論，既不設例外，則縱有關係內亂外患之嫌疑，亦不能借用保障身體之條文，若夫言論上之無現行犯，尤爲明顯，自無影射之餘地也。

評憲法起草委員會議決各項

法誌第三卷第五號
民國二年

中華民國第一次正式國會，於二年四月八日成立，至七月一日始得依國會組織法第二十條，由兩院選出議員各三十人，組織憲法起草委員會，至九月二十日，爲時幾及三月，始將提出各大綱議決，乃推定五人，依議決大綱起草全案，爲起草中一段落，綜計委員會八

十日間、其內部之爭論、外界之刺激、與夫委員之逮捕、總統之先舉、種種事實問題、直接有關於起草應詳載於中華民國憲法史者、茲不具論、惟就議決各大綱而評論其得失、按議決各項、不下數十、今爲評論之便、分爲數類如左、

(甲) 憲法之體裁

(一) 領土規定取概括主義 各國憲法於領土之規定、取概括主義爲多、惟聯邦國間有取列舉主義者、中南美各共和國憲法、半取列舉、並有鄭重聲明其國界者、蓋新組織國家領土之範圍、自應確定、若在聯邦國、則地域密邇、各邦加入與不加入、尤不應曖昧、故德意志憲法、亦取列舉、以此觀之、凡新國取列舉、舊國取概括、已爲憲法上之大原則、吾中華民國舊國也、本無列舉之必要、惟共和肇建、外蒙西藏、已告獨立、故臨時約法、特取列舉以示組織民國範圍之決心、亦時勢所不得已也、至今日蒙藏之地位事實、已將確定、則憲法自應適用原則、是議決取概括主義、不可謂不適當也、惟是或取列舉、或取概括、要當以起草憲法時立國之情勢爲斷、蓋憲法本爲規定統治權之所在、及其行動之方法、故若領土之範圍久經確定、毫無異議者、自可不再贅舉、而說者乃有謂是對於將來領土之變更、頗有關係、夫領土變更、實舍二義、一爲區域之變更、如廢省問題等、此與列舉與否、本無影響、如

約法規定二十二行省、若非改統一爲聯邦、則將來若分之爲四十四省、或合之爲十一省、與所規定之二十二行省之語、實質上本無觸礙也、一爲領土之得喪、如新增及割讓領土二種事實發生、誠與憲法之規定有關係、然使吾國將來、幸而有如日本割併樺太朝鮮之事、不幸而再有割讓臺灣之事、關係何等重大、詎不可與變更憲法同視、一循嚴重之手續、或開國民特會姑借用進步黨憲法草案所創之名耶、是可知取概括主義之決、非爲將來領土之得喪便利計也、

(二) 人民權利義務取列舉主義、憲法上列舉人民權義與否、乃根據於其國之歷史、故其國人民之權利被蹂躪最甚、負義務最重者、其後所爭得之憲法、其列舉也必更詳備、若夫新定共和國體之國、其嫌忌行政權之心愈甚、則其列舉權義也亦必細密無遺、此由於一時心理之偏重、無可矯免也、吾臨時約法第六條至第十四條、亦取列舉主義、則半出於摹仿各共和國之立法例、半由於嫌忌行政權之專橫、與歷史無關也、蓋吾歷史雖稱專制、因政治多取放任、人民少特種階級、行政機關不備、故專制之威不甚普及、除極少數人偶罹文網外、大多數人仍得享有自由、不特任官考試居住遷徙書信營業、本無限制、卽信教言論著作、亦非全受干涉、惟清末因仿行立憲、始稍有拘束、自共和立憲確定以來、卽臨時

約法施行以後、人民權利、遂多被剝奪、而義務則愈覺其日益加重、故今日憲法取列舉主義、誠爲必不可少、蓋在各國本爲彌過去之缺憾、在吾國實恃爲將來之保障也、惟列舉仍必多遺漏、則最後加以概括之條、如阿根廷憲法三十三條、凡未列舉於憲法之其他權利而根據於憲法及共和政體之原則所發生者、不得因憲法未舉及而拒絕之例、是也。巴西憲法

七十八條、葡萄牙憲法第四條、古巴憲法三十六條、其用意均同、古

(乙) 國家機關之組織

(一) 兩院制 國會組織法已定兩院制、今委員會之議決、爲承用現行制、及採取大多數國立法例、不可謂不得當、僕於本誌第一卷第十一號、曾發表一院制與二院制之研究一文、亦主張採二院制、蓋就學理上言、今日仍無復異議也、惟是二年來所目睹之事實、則覺採二院制者、必當兼視其選舉法之如何、然後方能斷定其制之良否、若如吾國現行之國會兩院選舉法、誠未見二院制之優於一院制也、夫主張二院制之最强理由、非爲緩和立法與行政之衝突、及補救立法輕躁之二點乎、其他理由雖多、欲實現此二優點之作用、則終以此爲最強、參議院組成之分子、必須較衆議院多具政治上之經驗、及富於保守之品性、在各國立法例、除聯邦別有作用外、其他於上院今所稱二院制一院制者、易調卽爲上院之選舉、無不注

重此點、今吾兩院選舉法、其差異之處、僅有一點、卽一爲複選、一爲三選、省議會本爲複選、故由省議會爲選、舉團體所選出者、稱爲三選、因其爲第三次選舉也、參議院議員、本不全由省議、會選出、但由省議會選出者、居全額五分之四、故但舉省議會選出者言而已足、及一爲年齡

滿二十五歲以上、一爲滿三十歲以上、兩院年齡限度、僅差五歲、爲各國立法例中最低之限度、殊難達性質較保守之希望、今姑不深論、至不於被選資格特加嚴重、而惟於選舉機關委之省議會、尤未見有彼善於此之證也、上次各省選舉之事實、往往以所推爲上等人、人才者、留充衆院議員之選、而以次等者供省議會之當選人、及至選舉參議員時、乃使以次等人才爲選舉人、而物色於不入上選之中、駟之間、縱不爲利誘威脅、已苦乏才之歎、夫是否乏才、固爲別一問題、而被選資格、除年齡外無制限、則決不能較衆院議員爲多經驗及保守性者、則斷然矣、今試證之兩院之現象、前日之國民黨、非吾國所稱爲最急進最激烈輕躁之政黨耶、乃在衆院則居少數、在參院反占大多數、其結果衆院乃有接近政府之勢、而參院反多破壞之舉、如否決俄約及反對大借款尤烈等反是各國設上院以緩和下院與政府之爭、及抑止下院之輕躁者、吾國乃賴參院始圓滿其衝突、克達其輕躁也、是以一院之輕躁衝突、尙未足以動搖國本、必設兩院以揚其波也、故委員會若無改正選舉法之決心、則與其採兩院制、毋寧採一院制、雖不免有弊、而決不至如今日之甚也、凡立法必有相副之精神、始克

享其利、否則反承其弊、吾今日兩院制之謂乎、

(二)總統由兩院議員組織選舉團選舉、世界各國選舉總統不外三例、一由人民直接

選舉、如巴西二由人民選出選舉人選舉之、如美國三由國會兩院議員組織選舉團選舉之、

如法葡等國又如委內瑞辣乃由議員中互選十四人為選舉團為極少數之制不具論此三例之外、尚有由各省議會加入選舉團一

說、前此各省省議會頗有此主張、僕於本誌第二卷第一號亦持此說、見中華民國之憲法篇今以一

年來各省省議會情形觀之、此說已不能堅持、且實質與第二例亦相似、更無特別之優點、

故不再研究、至第一例、在地廣人眾之國、實行亦多困難、不足取法、於是今日所應研究者、

惟採用人民另行復選、與即以國會議員充選舉人之二例耳、前例適用於採總統制之國、

後例適用於採內閣制之國、本誌第二卷第十號僕所選比較共和國憲法論會持此說今姑不拘束於此說、而以吾國

現情證之、經一次選舉、全國騷動、勞費無限、而結果所選出之選舉人、未必勝於現在之國

會議員、或且大半相同、甚或當選人非受脅迫運動、即忿而棄權、誠不如即借用國會議員

為之事、既輕便易舉、且於國家財政、國民道德風紀上、保留無量之元氣、故此項議決、不可

謂非良制也、至出席定額票數計算、無關宏旨、可不深論、

(三)總統任期定為六年不連任、總統任期、各國之例最長七年、如法國最短二年、如瑞士

外例以事實言、由國會選舉者、程序簡、爲期不妨略長、由人民另行選舉者、程序繁、爲期必須略長、乃美法二國之律反之者、則以行總統制之國、總統權重、任期應短、行內閣制之國、總統權輕、任期可長也、然無論行總統制或內閣制、總統決不能如君主之高拱無爲、其言動之所表見、卽人心向背之所繫屬、各國立法例、固有總統受彈劾去位、及自己辭職之舉、然必以重大之事爲限、若夫人心已去、而穢德未彰、任滿之期尙遙、遂初之計難償、於是人民因小嫌而浸成大釁、總統非戀棧而勢成騎虎、其有損於國家者甚鉅、故任期必以愈短爲愈善、在吾國遵孔子三年有成之訓、定爲三年、實爲至當、况如下院任期爲三年、則凡任議員者必遇一次選舉、亦足以覘人心之向背、至連任與否、中南美各國憲法有種種之限制、或許連任、或不許連任、或許間一任連任、其實自以美制不規定爲最善、蓋絕對不許連任、或僅許連一任、使其人至任期之末、將存五日京兆之思、故不限連任與否、使如美國之將來自以事實造成習慣、實爲最善、若以連任爲恐養成帝制、則尤非事實、使有人而其勢力已足以變更國體、則憲法條文數字、亦何足以束縛之耶、今大總統選舉法已經先行議決、任期改爲五年、得連任一次、較原議自爲略勝一籌也、

(四)置副總統於總統虛位時、暫爲代理、仍卽補選、各國有不置副總統者、有置副總統

二人者、亦有不置副總統而別以其他名義代副總統者、如危地馬拉等大抵置副總統者、必於總

統未滿任而虛位之時、代行其職、夫總統既由國會選舉、則程序較簡、縱不預置副總統、俟

總統有故時、再召集選舉、如法葡之例、本無不可、惟吾國交通尙多未便、設事實發生、在國

會閉會之際、自召集以至集會、爲期至少須二三個月、以一國元首虛位至二三月之久、於

政治進行、必多窒礙、故依吾國現情、預置副總統爲代理總統之用、亦自不可少、至總統有

故、代理其職務之順序、大底有副總統者、必以副總統居首位、其他如上院議長、下院議長、

內務總長、國務總理、國務員、國家顧問等、定制紛歧、且有以臨時於國務員中投票抽籤或

指定者、若如吾國現制、則設遇副總統同時有事故不能代理時、憲法上不可不預爲規定、

於此似以指定國務總理爲最宜、至代理之久暫、以副總統代理者、自以美制滿了之任

期爲最善、况既決議採內閣制、則以副繼正、較之美國之採總統制者、尤爲相宜、或者恐當

選副總統者、必爲次等人材、不足以當元首之任、不知此說在美國已失左證、如羅斯福繼

任、况在吾國政黨之訓練未熟、當選爲副總統者、亦未必定爲與總統同黨、而人材較次者、

是故既議決置副總統矣、又議決採內閣制矣、乃又但許副總統暫代、即須召集選舉會補

選舉繼任大總統、此可謂主義之不一貫矣、且總統未滿任虛位、即須補選、其補選當選人

之任期，將仍依法定任期耶，則選舉總統之年，遂生參差，必如美國選舉總統，必為子卯午酉年。若但滿了前任之期耶，則設遇期甚短促，不亦多此勞費，誰願居此短期總統之任也。今選舉總統法已提前議，決改為副總統之繼任，以本任大總統任滿期間為限，誠為得當也。

(五)行政採內閣制 內閣制應稱國務員負責制，易詞言之，即大總統不負責任也。此制之表示於憲法者，僅國務員負責，及總統發布命令須國務員副署。但亦有非採內閣制而亦須副署者。之二條文，而設置國務總理亦為內閣制之要件也。夫君主不負責任之原理，因君主世襲，其人材未必堪以總攬政務，又以歷史及社會心理習慣之關係，驟加排斥，恐國家損失過鉅，不得已而使君主享其尊榮，內閣負其責任，蓋亦過渡時代絕妙之調停方法也。若共和國之總統，不過為行政首長之一人，本無特殊之關係，乃亦仿君主國使不負責任，此無異東施效顰也。且既嫌忌總統有實權矣，則何妨廢而不置，乃既奉以虛名，又縛其手足，可謂無病呻吟矣。法蘭西採內閣制，自為革命來種種事實所造成，其後各國有仿之者，未必皆有此事實，故政治上絕少良果。若民主國而採內閣制，理論上實難得圓滿，惟今日人心，目覩世界各國，半為君主，又耳目間常留暴君之影，於是一方不欲己國無與君主地位相等之元首，一方又不欲啓暴主虐政之萌芽，乃造出一不負責任之民主，以投合人心之希望，若言

其事實上之利益、則總統有任期、而國務員可以一歲數易、而總統決不可時時更選、故使國務員當政治之衝、而總統有屏障、足以隱匿、可以厚顏自解、素餐無譏、亦政治上一圓妙方法也。國務員由總統提出、如國務員一旦失國民之意、總統亦至少以保證之資格而為有責國民之至附隨於內閣制之種種政治上慣例、如政黨內閣等、則姑先以憲法上之內閣制為強迫教育、使之不容不發生、或者政治上之蛻化遞進、容亦有此軌道乎、

(六)國務院採合議制 尋常官廳分獨任制與合議制者、僅為其表示意思、或以一人專斷、或以數人會議從多數表決而已、若內閣之為合議制與否、則根原於內閣負責任而來、即聯帶責任問題也、聯帶責任者、凡經國務院會議之事、全體國務員同負其責任也、吾現行國務院官制第九條列舉十一項、皆應經國務會議、凡國家重要政務殆悉包括於此條中、則現行制已為合議制矣、世界各國行內閣制者、無不為合議制、蓋所謂內閣者、必指全體閣員、非指總理一人也、故國務院合議制、為設置總理採內閣制附隨之條件、毫不容異議也、惟以近來一年半所經驗、國務院運用聯帶責任之制、不甚分明、憲法條文、於或應聯帶負責或應單獨負責、其界限不可不區分明晰也、

(七)不設平政院以司法機關兼行政審判 歐洲大陸制、凡行政訴訟、特設官廳審理、其

意在使行政權獨立，不與司法權相混，惟英美制不特設官廳，凡人民對於官吏違法損害權利之行爲，亦由司法機關審判，與尋常民刑事件無復區別，吾約法第十條，採大陸制，今憲法委員會，又改從英美制，就二制比較，其得失優劣，學說甚多，無暇博引，大抵主張英美制者，謂官民平等，不當別設機關，以保護官吏，使自異於平民，且與民主政體尤爲相合，主張大陸制者，謂官吏於公法上之行爲，及職務上之犯罪，必須以特別機關審判，庶足以保行政之獨立，且行政行爲之適當與否，非有專門審判官，其中曲折有未易默喻者，此二說固各有理由，吾約法雖有平政院之規定，而迄未設立，無由發見利弊，惟行政事件所適用爲各種行政法規與司法事件之適用刑法民法等者，確有不同，則司法與行政，以性質上言，確不宜混同者，一也，民刑訴訟之結果，爲回復權利及適用制裁法，與行政訴訟之效力，可以拘束行政官廳者，不同，此以效力上言，不宜混同者，二也，况行政訴訟之被告，爲行政官廳，若以民刑訴訟之程序行之，實有以司法侵入行政之嫌，爲破壞三權分立之原則，且今日行政專橫，陵轍司法之習未除，欲使人民受行政之損害者，轉而求直於司法官之前，亦事實上有所不能，故憲法若能特設行政審判廳，其保護人民之功效，必較保護官吏之程度爲多，今憲法委員會，遽改約法之規定，不知其用意如何，而究未可謂適當也，若因減

少機關節省國用起見，則亦當援合國會兩院組織選舉團以選舉總統之例，認定爲另一機關，雖同此自然人，而作用各別，決不可與司法機關相混，若再能規定取富有行政經驗之人加入爲臨時之評定官，備會議時之咨詢，則尙足以稍資補救也。

(八) 審計院獨立，其職員由參議院選舉，任期九年，每三年更選三分之一。審計院之職，乃介於政府與國會之間，對於政府財務上之行政審查，其結果與預定之計畫，是否相合，加以公平無私之裁決，而對於國會爲確認之保證也。故國會之監督財政，乃監督財政大體之計畫，並及其收支，審計院乃專監督國庫之收支，查核其事實與計畫是否相符，一爲具體之監督，一爲專門及就事實隨時之糾正，且備國會之參考，其責任甚重，各國立法例皆爲獨立之官廳，吾臨時約法，不及審計一職，故審計處暫行章程，隸於國務總理，致一年來不克舉其監督之職，今議決爲獨立機關，不可謂非立法之進步也。又議決職員由參議院選舉，按法院亦爲獨立機關，而法官由大總統及司法總長任命，惟資格必合法律所定，今審計院職員，由參議院選舉，更可絲毫不受行政部之牽掣，惟資格亦須以法律預定，庶少流弊也。至任期雖不必限定終身，應許其受無限之再選，庶不致有人才缺乏之慮，又審計院必爲合議制，則暫行章程，已經規定，必可承用也。

(丙) 國會特權

(一) 任命國務總理須得衆議院同意 約法之任命國務員同意權、二年來輿論之抨擊、官僚之怨恨、已沸騰於一時、而按之各國立法例、證之過去之事實、亦確有不能再爲辨護者、今委員會既不能全行廢棄、而惟縮小其範圍、蓋其意既不敢抗一般之輿論、又不能釋然於總統之任用非人、遂有此類於月攘一鷄之決議、今且先就其讓步之處評論之、但須總理同意而寬免其他國務員者、非鑒於前此陸趙兩總理皆得通過、而其他卽生波折耶、不知不同意權之濫用、乃生於黨派及感情、前次之否決全體國務員、由於與陸總理之惡感、此後國會若對於總統感情不甚融洽、前劇必至再演、故同意之難易、全視議員黨派感情之作用如何、非人數多寡之問題也、易言之、卽國會與總統感情善、雖多數中下人材、亦可得同意、國會與總統感情惡、雖僅一總理、仍足以釀成無政府之惡例、其次同意權擴充於兩院、本因繼承約法之故、非設此同意權者之本意也、但排斥一院、而乃以予衆院、則與初創同意權爲摹仿美制之本意、又刺謬矣、夫美制以同意權與元老院者、正以元老院中人資格地位經驗皆接近政府之故、亦賴此故至今未承其弊、今乃反以予衆院、是與國務員責任問題、預算先議問題、視爲同類矣、今之排擊同意權者、最要之點、非謂與責任問題

不相容乎、

即國務員既對衆院負責任、則有失職時可以彈劾、及不信任投票、推倒之、若任命時已表同意、則若非爲時稍久、其人政見變更、或議會已經改選、而即起彈劾、

或不信任、有出爾反爾之譏、

若以同意權與參院、而責任獨對衆院負之、猶足以相避、今之議決、是又自

生牴觸也、若夫不釋然於總統之任用非人、此亦徵之事實而無可諱者也、或謂既信任其可勝任總統而選舉之、即不當復疑其用人、此說殊不足以釋疑、世固有種種資格、皆足以望其勝任總統、而獨用人不無可議者、蓋百行皆善、而獨少知人之明、亦史所恒見、惟是同意之規定、究足以補救總統用人之不當否、此不可不明辨也、夫同意雖在衆院、而提出必由總統、設衆院所滿意之人、總統終不肯提出、而總統所提出之人、自一人以至數十人、皆爲輿論所不與、則將何以善其後、斯時因政府虛位、政務停滯、總統諉過於上、人民怨咨於下、是同意之權不足爲衆院增勢力之地、而反導議場入荆棘之途、不亦可悲之至耶、是故國會而恐政府之不得人也、以彈劾不信任盾其後、已嫌其晚、根本之計、要在議員高尚其品性、養成其信用、使一般國民皆有信仰國會之心、夫一國之政治、一國人心所造成也、未有爲一國人心所信仰之機關、而不能占勢力之優勝者、既爲一國中勢力最優勝之機關、即不患其他機關之敢於反抗其意思矣、故若不於國會自身養成勢力量上注意、而惟知組織政黨、期達政黨內閣目的、已爲忘本逐末、若夫於憲法條文之必欲保存任命國務總理

同意權，則又末之末也。近聞此項議決將在大會修正，則誠將來衆院諸君之幸也。

(二) 宣戰須國會同意，惟閉會期內爲防禦戰爭，亦得宣戰，但須於下期國會求其承諾。

凡君主國以宣戰爲君主之特權，不容國會干預，惟間有事後通知國會而已。如西班牙、荷蘭等若

共和國則無有不須經國會同意者，誠以兵凶戰危，合之主權在民之旨，以此權付國會，理極正當也。惟在事實上，則此權在國會毫無實用，蓋凡一國與他國啓釁，必先經種種談判，政府不能於談判未破裂之時，卽以開戰與否求國會議決，若至事機已促，則國會但能就已成之局而爲決定，勢已處於不得不宣戰，縱政府於過去有種種謬誤，以萬不必宣戰之交涉，而竟至不得不出於宣戰，國會此時亦豈能不表同意，故國會若欲以宣戰同意權限制政府之窮兵黷武，實爲必不可得之數也。且財政預算及其他關於軍事之立法，無不與戰事有關，國會果可以立法權限制戰事，政府亦得以戰事牽掣立法，故國會弭兵之策，當於他種職權隨時防閑，若專恃同意權，實未見其有效也。至於防禦之戰，亦猶個人之正當防衛，召集特別會，既須時日，事實上不能不許政府專斷，若所謂求事後之承諾者，尤爲形式而已，但在法理不可少此手續耳。

(三) 關於立法事項之條約皆交國會同意 君主國除日本俄羅斯等以訂結條約爲

君主特權不使國會預聞外，其他如比利時、意大利、瑞典等，皆限於條約之關係變更國土增加負擔等者，須得國會承認。若在共和國，則除法國外，和約商約關於國家財政及法國

人民在外國所有人權財產權之約，必經議會可決，其無不以承認條約之權付之國會，今

議決關於立法事項，須得國會同意，是仿法蘭西制也。凡條約有商訂及批准二次手續，商

訂必爲行政部之職權，批准亦必以元首署名，外交總長副署爲要件，惟商訂已經草定之後，未經正式批准以前，國會或有承認及否決之權，或但有聞知之權，如西班牙但許聞知

者，卽由政府通知國會，不許祕密不宣，然亦任政府之自由酌定，若政府指爲與國家利益

及安寧有關，必須祕密者，國會亦無如之何，故實際與不得預聞者，無甚差異，惟必須得國

會同意者，倘表決不同意，政府卽不得批准，商訂之約，卽須作廢，於此乃有數問題：（一）條

約全文雖不承認，而所以訂約之故，則不得不承認者，是否可由國會另提一案；（二）條約

內僅有一條或數條不承認，非全約否決者，可否加以修正，夫法律爲統治權對內之作用，

人民爲統治之客體，而國會爲人民之代表，故國會通過之法律，卽可頒行無阻，若條約則

爲對外作用，爲雙務契約，國會縱一致提案修正，而對手國不肯承認，卽不能成立，故夫立

法部與行政部遇有此等事實，不能全恃法律之作用，必須參以政治之行爲，如行政部於

商議之際、不可不默察立法部之意見、立法部於議決之際、亦不可不體驗行政之情勢、若二部間各自守成見、意思隔閡、未嘗預爲疏通、則臨事各不相謀、大之禍中國家、小亦貽笑鄰國、是條約同意之權、不待無補於監督政府之本意、且爲辱國病民之厲階矣、故此項議決雖甚適當、而不可不知善用之術也、至所謂關於立法者、似不可不列舉、並須視法蘭西爲加詳、庶足以杜將來之爭論、

(四)國務員受衆議院彈劾、以違法有限、被彈劾後、以參議院爲審判機關、其處分免官外、並褫奪公權、倘得國會同意、亦可特赦、凡立憲國國會、除日本等國外、日本國會無彈劾權、今實際有彈劾

者、皆假借四十九條上奏權以行之、

多數皆有彈劾國務員之權、此爲國會監督行政不可少之規定、吾臨時

約法亦曾仿此、而有十九條十二項及四十七條之設、但約法定彈劾之條件爲失職及違法、失職二字太廣泛、今議決但限於違法、不可謂非進步也、又彈劾後審判之機關、各國有以最高法院當之者、亦有以上院當之者、約法爲一院制、遂僅與總統以覆議一次之權、若三分二以上仍執前議、即應免職、如此規定、立法者當亦自知其輕率、故又加嚴重於提議彈劾時之出席及可決之人數、因此事實上又至不能實行、可爲立法之前鑒、今出席表決之數、未聞議及、大約決不再承用約法矣、至判決之處分、自當視彈劾之範圍爲斷、今彈劾

既限於違法，似但以免官懲戒爲已足，惟今日人心方痛恨國務員違法後之悠然自去，人民雖痛恨而無如之何，故必再益以褫奪公權，徵之近來政象實例，誠不爲過，然此區區公權，恐非慣於違法者之所愛惜耳。

(五) 國務員得兼任兩院議員 立憲國以三權分立爲原則，故行政與立法兩部人員，自以不兼任爲合於立憲原理，自英國因政治上習慣，使議員任國務員不必辭議員之職，於是世界立法例，遂分得兼任與不得兼任二派，其限制不得兼任者，固合乎立憲之原理，原則毫無可議，即得許相兼者，似亦無礙，蓋國務員得兼議員者，不過因議員有任期，而國務員無任期，設議員入短命內閣，不至因此失其固有之地位，可免其顧慮耳，若夫議員在國務員任期中，往往放棄其職務，以八百之議員，偶因十餘人兼國務員，而放棄其職務，殊無大害，且國務員得兼任議員者，非國務員必須經議員一階也，非不先爲議員即不得任國務員也，故反對者之極論其流弊，亦有過當之處，蓋此項規定，不過消極的，使將來果有政黨內閣可望實現之時，不至生阻礙，並非積極的欲恃此以促成政黨內閣也。

(丁) 總統特權

(一) 大總統有執行命令及委任命令權，無獨立命令權，惟限於下列各項，有發布緊急教

令權、(壹)維持公共安寧、(貳)防禦非常災變、(參)因故障不及召集國會、(肆)不牴觸憲法、(伍)下次開會第一星期交議追認、(陸)全體閣員署名連帶負責、凡命令畧可分爲四種、一執行命令、卽執行法律之命令也、二委任命令、由立法部委任行政部所發之命令也、以上二種命令之權、凡立憲國行政部無不有之、不分君主與民主、今議決承用約法第三十一條毫無疑義也、三獨立命令、爲行政命令之一種、其性質在補充法律、卽法律所未規定者、以命令補足之也、四緊急命令、當議會非在開會之時、因事情緊急以命令代法律也、獨立命令、卽日本憲法第九條所謂保持公共之安寧秩序增進臣民之幸福、蓋全出於積極之行爲、使法律果有所缺、政府儘可提出法案、交立法部議決、何必卽以命令補之、爲越俎之代謀、日本憲法所規定、全出於爲政府多開方便之門、於法理事實均無存留之理由、今議決不採用、洵爲得當、若夫緊急命令、爲君主國所恆有、惟民主國頗少其例、亞倫比

但一百十八條、稍爲近之、
但仍以戒嚴爲前提、

國家當議會不在開會之際、設遇饑饉疫癘及其他災患、偶發須速

圖補救防禦者、若政府不能發與法律相等及廢止變更已定法律之命令、或有坐失事機、不足保衛之慮、此主張設緊急命令之理由也、大抵各國憲法有許發緊急命令、但須於下期國會開會時、請求承諾者、亦有不許發緊急命令、如有類此之處分、俟下期國會開會時

提出、請免除責任者、二者形式不同、而結果無異、說者謂後者限制雖嚴、然默許其違憲、不如明許發緊急命令之愈也、在民主國而有緊急命令之規定、似爲創聞、惟吾國由不完全之法治國、一躍而爲民主共和國、一切法律闕漏不備之處尙多、又以領土遼遠、召集臨時會動需數月、則於國會不開會時、誠不可不設一應變方法、留行政部活動之餘地、今議決總統有發布緊急教令權、而嚴加制限、亦應於國情之立法也、查制限六項、一二爲必爲消極行爲、則凡積極行爲、類於獨立命令者、皆不許之矣、三爲以不及召集國會爲斷、則凡將近開會期前或於閉會前已發生之事實、卽不許矣、四爲嚴禁違憲之行爲、五爲定提出請求追認之期限、以防政府有意延長緊急教令之效力也、六使全體國務員負責、則倘遇不承諾之結果、國務員必須引咎、若情事重者可致全體辭職、庶無濫發之弊、果能謹守此六項制限而不逾越、則設此緊急教命、可望國家但受其利益、而不患行政權之借此以侵入立法部矣、

(二)得參議院到會議員三分貳之同意可以解散衆議院、總統有無解散國會權、爲近時論憲法者之爭點、主張無解散權者、謂共和國主權在民國會代表民意、不當反客爲主、使行政部有主裁立法部之權、主張有解散權者、謂國會既有彈劾及不信任投票以行使

監督行政權卽當與政府以解散國會權、以詢真正之民意、庶兩機關權力相等、無畸輕畸重之弊、此兩說各有至理、未容軒輊、若各國立法例、各共和國、除法國外無解散權、秘魯憲法且列

爲被彈劾條件之一

君主國無不有解散下院權、且有得解散兩院者、吾既爲共和國、卽當援共和國

通例、故約法無解散權、今議決總統可以解散衆院、而又加以須得參院三分之二同意之制限、其用意無非既欲持兩部之平、又不能釋然於共和國通例、因而採法國之折衷制、不知法制近亦久不實行、仿行之殊無意味也、夫欲解決此問題、當先說明二義、一解散並非制裁手段、二以立法部駕行政部之上、久成空想、不能成爲事實、更有附隨之義、則上院之性質、各國不同、尤當辨晰也、所謂解散非制裁者、政府與國會衝突時、如國會所表示意見、確爲真正民意、政府自不可不服從、惟國會雖名義上代表國民、而究竟事實上是否翁合民意、不能無疑、若非真正民意、而政府遽服從之、對於國民未免負放棄責任之譏、故解散國會者、非蔑視國會之機關也、乃有疑於組織國會之各員耳、使如瑞士小國、隨時可行全國民投票、以決定國會所決之是否、卽亦無須解散、惟全國民投票、雖行於地廣民衆之國、故不得已而以解散代之、至立法部權力駕乎行政部之上、瑞士最爲適例、觀憲法第七條自明瑞士之聯邦行政會會員七人、全由國會選舉、故行政部全受立法部支配、葡法等國選舉總統亦由國會聯合此自

為別一資格、不過為便利計、借用國會議員為選舉總統之選舉人、與瑞士制之精神不同、其他各國如美國則確守三權分立、行政立法

立於對等地位、凡仿美制所謂總統制者、皆取對等不相干涉之主義、其次行內閣制者、必又更與行政部以種種便利之權限、此類以法蘭西葡萄牙為代表、蓋承君主之後、國民視聽不易徹底變更、故定制往往留有君主國之遺制、夫君主國之行政部、其權力駕乎立法部之上、此不足為諱也、故承君主之後者、雖總統與議員同出於選舉、而人民之心理、視總統必較議員為重、因是而一方於其撫我之信仰、及虐我之怨恨、關係既切、則一方於負責任之義務、亦必加重、既欲其責任之重、自不能不稍寬其還旋之餘地、是故既知解散之非制裁、則不特無違反共和原理之嫌、且有尊重民意之善、既知承君主之後、及地廣人眾之國、決不能仿瑞士之以最高權專與國會、則解散權尤不宜靳、若夫解散僅限於眾院、且須參院三分二同意、則正坐未辨上院性質各國不同之故耳、君主國多數無解散上院之規定者、不過為上院組織分子、其範圍甚狹、解散重選、其結果必無殊異、且其地位多與平民相隔、於重詢民意之用意、關係較淺、故省此重選之勞、若上院之組織、與下院不甚殊異者、如僅差年齡、即有可以解散之規定、如荷蘭丹麥比利時上下院、被選舉資格、除年齡外、無如吾現行制、即有可以解散之規定、甚差異、故兩院皆解散、即如普魯士西班牙羅馬尼亞亞上院、亦有特別資格、至吾國之參院、既無特別被選資格、絕無不可解散及解散無益之理、

由、則何憚而不可解散耶、吾國參院較之衆院無優異之點已詳上文乙之一節不贅論、故此項議決、調停於可以解散及不可解散二說之間、而皆失其精意、又盲從法制、須得參院同意、使同一條之規定、前後相消、歸於無有、可謂極不適當矣、

(三)對於議會議決之法律案有咨交覆議權 覆議權與不裁可權不同、不裁可權可以

消極行之、覆議必限定時日、說明理由、咨交覆議、且覆議權對於一法律案不能行二次、故

若覆議而國會仍執前議、總統卽不能不屈從、不過覆議時表決之人數、特別加嚴、此制蓋

有二善焉、自總統方面言、國會而有不利實行之法案、輕率議決、總統可以覆議權裁制之、

覆議之表決、必須加多人數、自無再陷於輕率之弊、凡法案之僅以過半數通過者、遂無實

行之效、自國會方面言、總統如不滿於某法案、必須說明理由、若國會而有大多數主張欲

行者、總統卽無權阻止、於此蓋兩方面、各得盡其研究之功、而無偏倚之患、今日共和國大

多數採用此制、薩瑞士委內瑞、辣外、凡共和國總統、全有覆議權、惟覆議時之人數、問、吾臨

時約法亦採之、今議決承用、可謂適當也、雖然、此制在總統與國會均能以國家爲前提、但

就法案虛心研究者、自可得上述諸利、若兩方均恃客氣以搗亂爲競爭、則徒爲引起衝突

之利器、有何益哉、

(四)總統無大赦權、有特赦權、但須得最高法院之同意、共和國立法例、凡赦免權規定與國會及與行政部者、約各居其半、亦有行政部與立法部共有此權者、有兼有大赦特赦、有僅有特赦而無大赦者、亦有須得他機關同意或報告、亦有不須者、夫赦免之起原、在君主國爲表示專制君主不測之恩威、或承前代苛刑之後爲蕩滌瑕垢與民更新之一術、在民主國體立憲政治之下、已無存留之必要、然今日世界各立憲民主國、尙未有能全廢赦免者、則以近世社會日趨繁曠、法律與政治不免有衝突之時、如依法判決須執行某刑、而自政治上觀察、執行時頗有

望礙者、亦有因外交上之望礙、

故以赦免爲調停補救之策耳、今但就法律與政治衝突之點觀之、則但有

特權而無大赦、亦無不可、今議決總統無大赦權、必爲絕對廢止大赦、而非以與別一機關也、是誠爲得當矣、至特赦權、必當由大總統行使、固爲歷史上元首行使恩赦遺制之蛻化、亦以政治之變遷、行政部較立法部感覺爲尤切也、同意之機關、自不可少、約法僅大赦、須國務員之任命、則每人皆須求同意、是蓋重視行政機關司法之意所表現、以立法部之非常年開會、自不如最高法院之較爲合宜、至既有特赦權、則減刑復權亦必包含在內無疑矣

(五)總統所犯刑事、非解職後不得訴追、共和國總統、其性質無異尋常一官吏、本不得妄擬君主神聖不可侵犯之條、惟共和國之行內閣制者、總統除叛逆違憲之外、凡政治上

之行爲，均不負責任，是蓋鑑於政治上之衝突，無論何國，時所不免，而總統有一定之任期，不可屢易，遂仿君主國內閣制，使國務員代元首負責任，以當政治之衝，故行總統制者，總統受彈劾之範圍甚廣，行內閣制者，則僅限於叛逆而已，至刑事上之責任，亦以總統地位之尊嚴，若受訴，追於政治上必受影響，故大多數亦定爲不受責任。哥斯德爾黎加憲法總統之刑事訴訟由下院

定決今議決總統在任期中不受刑事責任，而解職後仍可訴追，殊爲創聞，夫總統職務上之犯罪，國家所損必鉅，故不可不即時彈劾審判。指總統制之一切職務上犯罪及內閣制之叛逆罪言若刑事責任，如美祕哥等國，由下院起訴，上院審判，亦可隨時斟酌於案情之輕重緩急，而定訴追與否，是亦一主義也，若在任期中則概不得訴追，一滿任期，卽不論輕重，皆可訴追，是總統乃有訴追猶豫之資格，夫刑之執行，可以猶豫，若訴追則決無猶豫之理，蓋刑事發生之時，至總統任滿之間，爲期頗有短長，凡一切刑事訴訟程序，如偵查起訴豫審公判，若必待至若干時日以後，其不利於原告或被告者，必多，况如關於共犯時效等，窒礙尤多，而證據之湮滅，關係人之物故，尤爲必有之事，此就法理言也，若就事實言，則偶遇輕微之事，詞連總統，在常人本可以一次辨論結案者，今總統因不受訴追之故，遂無術以自明，甚或至含此瑕垢至數年之久，是欲尊崇總統之地位，而反剝奪其辨訴權也，且任滿之後，總統已爲平民，如果

有刑事尙未罹時效、起訴權未消滅者、檢察官當然可以依法起訴、亦無庸規定於憲法、故此項議決、但解爲總統在任期中不受刑事上責任則可、若謂總統於任期中所犯刑事、必待至解職後乃訴追、則不可也、至叛逆罪之必須彈劾、自必承用約法、當無異議也、

(戊)豫算

(一)豫算編製屬於行政機關、豫算之性質有認爲法律者、有認爲由議會委任政府處理財政上之事務者、有認爲政府對於議會免除責任之一手段者、美國採法律說、又因三權嚴格分立之故、遂至與其他法律案同視、豫算案亦由立法部編製、然事實上頗多不便、各國亦絕少仿行、今議決認豫算爲行政行爲委任行政機關編製、是採第二說也、如此則與政府對議會負責任、及豫算否決必促政府更迭之主義相合、可謂適當之議決也、

(二)議定豫算之制限分爲三部、皆無庸置議、(壹)法律所定之官俸、法律未改者、(貳)有契約性質之義務、如內外公債優待費契約未解除者、(參)繼續費、豫算中有不可動部分不許國會自由議決、惟日本憲法以明文規定、竊謂此乃事實問題、不當定之於憲法、以明示拘束國會之議決權也、如第一項、由法律所定、倘國會欲加修改、必須另提修正法律案、不當但於豫算案中加以修正、此僅爲修正程序問題、非議決權有限制也、第二項、則關

係國家信用、非有絕大理由、自不能議改、此亦爲事實輕重問題、亦非議決權有不足也、至第三項、當第一年議決時、本已預料須數年方能完成、則當時議決之精神、已貫注數年、後之議會、自當尊重前議會之議決、不可以否決權溯及既往也、大概此三項事實上、各國情形皆同、獨日本以類此者規定於憲法者、當因初行憲政、恐議員不習各國故事、多無謂之爭執、故預爲箝束、其實此類但須規定於議院法、以示議事之標準已足、今委員會議決、以日本之制、行之共和國、尤爲不切也、

(三) 豫算不成立或不及議決時、以前年度豫算十二分之一爲每月支出額、名曰假豫算、豫算不成立之救濟方法、各國皆無規定、惟羅馬尼亞有暫用上年度豫算之列、土耳其西班牙日本遂仿行之、日本學者且自詡其爲良制、其實國家歲出入依常例必歲有進步、且有決不可繼續者、暫用上年度豫算、亦萬不得已之舉、事實上決不能實行也、在共和國既不認豫算爲元首所與行政官廳財政上之訓令、之獨日本認豫算之性質如此今吾既議決認其性質爲行政行爲、而委託行政機關編製、若至全部否決、國務院自當隨以交替、決不許其永久不成立也、故不成立之救濟、似不必規定、以免政府借此以自遁於國會監督之外、若不及議決、而年度已經開始、則爲事所恒有、於此設假豫算、而以上年度每月之額爲比例、爲暫

時處置之標準亦未嘗不可也、

(四)參議院對於豫算案、但許就全體表決可否、不得修正、如參議院否決時、衆議院可覆議一次、如再通過參議院即不得再加否決、豫算案先提出於衆議院、各國有明定於憲法者、亦有不明定而成爲慣習者、若下院於預算有先議權、則已成爲通例、上院於預算案有修正權否、各國立法例亦不一、今議決參議院但有就全體加以可否之權、而不得加以修正、免支節之爭論、促議事之進行、誠爲良法、至參院否決時、衆院但須爲第二次之議決、即可公布、且不加以人數須三分二之限制、仿英國最近之例、減少上院干預財政案之權、亦可謂進步之制度也、

(巳)憲法之解釋及修正

(一)解釋憲法屬於國會 凡民主國憲法、其解釋之權、以屬於國民會議及國會爲原則、亦如君主國憲法、其解釋權必屬於君主也、惟君主國亦有別設機關、如德國聯邦中案通法及由元老院其如土耳其解釋者、民主國解釋憲法、以明文規於憲法者、亦僅智利烏拉乖數國、蓋解釋機關即屬之議定機關、本無疑義、惟是解釋之方法、似亦當與議定時同、由兩院開會合會議決、庶不致有兩院解釋不一、致再開協議之勞、且亦不當與尋常法律案議決

程序相同、行政部不當有覆議權也。

(二)以制定憲法機關爲修正機關、兩院各以四分一之連署、得提出修正憲法之動議、經一院三分二以上之可決、轉交他院、經他院三分二以上之同意、得提出憲法修正案於憲法會議、總員三分二以上之出席、四分三以上之可決、得修正之、憲法有固定與可動之分、今世界憲法、除意大利西班牙及德國聯邦中之數國外、皆爲固定憲法、卽於修正憲法之時、必較其他法律爲嚴重也、惟其嚴重之程度、亦有不同、就民主國言、智利祕魯、皆以通常程序議決、惟須再經下次國會之批准、是不過多一次議決爲最輕之制限、其他制限之方法甚多、試分別舉之、

第一發案 凡君主國修正憲法之發案、必爲君主、亦間有許國會發案者、但常有制限、民主國則有種種之不同、

(壹)兩院議員

民主國原則由兩院發案、有發案後國會卽解散重選者、如危地馬拉等、

(貳)聯邦國之各邦立法部

如美國墨西哥巴西委內瑞拉等、限於多數或三分之二或四分之三、可以發案、

(參)國民五萬名上書

如瑞士投票人五萬以上可以請求修正、但須再具全國人民投票決定、若一院發案一院不同意時亦同、

第二議決之機關

(壹) 憲法會議 如美國、巴拉拉、危地馬拉、飛尼加、瓜地馬拉、馬拉尼等

(貳) 兩院議員組織之國民會議 如法蘭西

(參) 解散後重選之國會 如比利時、荷蘭、盧森堡、羅馬尼亞、烏拉、飛尼等，又瑞士亦由重選票得過半數同意、國會須依其意思修正之、

(肆) 通常國會 如智利、秘魯等

第三議決之程序

(壹) 人數 出席議決、均限於三分二、亦有須四分之三之出席者、

(貳) 次數 有須經二次、三次之議決者

第四批准

(壹) 須經下次國會批准 如智利、秘魯、亞魯巴、西薩爾、哥斯達黎加、多耳等

(貳) 須經聯邦各邦之立法部批准 如瑞士、須經各州之過半數認可、又墨西哥、須經各州立法部多數之認可、

(參) 須經國民投票 如瑞士

第五修改之時期

(壹) 限定十年修改一次者、如葡萄牙、但有國會議員三分二之決議、可提前五年、希臘、則十年內不得全修改、

(貳)五年內不許修改者如巴

(參)四年內不許修改者如厄瓜多爾

由此觀之、各國對於修改憲法制限之嚴如此、今議決即以制定機關爲修正機關、不須他之同意、又但經二次之議決、提案一次即可成立、無解散國會及經下次國會再議與國民同意等之種種牽掣、是在固定憲法之中、可謂最可動者矣、吾國此次制定憲法、雖亦經歷歲月、但以從古未有之大業、出之素無經驗諸議員之手、又以國家多故、事實問題、不免有所牽綴、及遷就之處、若修改手續、遽從最嚴之例、將來如遇不得不修改之時、頗多空礙、故議決爲較尋常法律稍爲固定、而不以經過歲月及一定之年限爲條件、可謂折衷之制也、

上論各條、但就憲法起草委員會所已經議決之憲法大綱、而評其得失、若其未經議及與夫尙未決議者、姑俟他日、再爲評論、惟今日尙有應注意二事、(一)國會組織法及兩院選舉法、此項法律、因現在已經議決採用兩院制、故尙無顯然抵觸即須改正之處、然精神上事實上發見主義不一貫之處、已屬不少、如總統選舉法年輪定爲年滿四十歲、按各國多以上院議員被選資格爲總統被選資格、今雖不必探此例、而參議院議員被選資格、年輪爲三十歲、比較上似嫌太低、又中央學會選舉、事實上已同廢止、故不特阻織法在今日會議憲法時

毫無採取之價值、卽選舉法亦不必規定於憲法中、蓋選舉方法時有變更、自當別以法律定之、爲有伸縮之餘地也、(二)總統選舉法、雖已經提前通過、且已實行一次、迨至憲法會議時、仍可任意修改、蓋憲法會議決全部憲法、自必包含此一部在內、此次先行議決之六條、但足備參考、無絲毫拘束力也、此二事之界限既明、則今日預於憲法會議諸君、直可根據學說、脫去一切障礙、而發揮其所主張矣、

今總統已就職矣、憲法會議規則、亦已通過、約計起草委員會、提出全案、開始憲法會議、當不出旬日間、凡吾國民應表示正當之輿論、以爲憲法會議之獻替、謹先草此篇、以質海內之國法學家、十月二十日稿

論官僚政治

法誌第三卷第六號
民國二年

緒言

近數年來、吾國言論家有官僚派之名詞、習見於報章等文字中、其初蓋襲用日本書報中語、按日本之所謂官僚、乃指藩閥之以官吏爲職業者、因其臭味與出身民黨之政客不合、常立於反對地位、而凡言論家如報館記者等、則皆自託於民黨、以攻擊官僚爲職志、故官僚之名、遂若爲政治上之惡名詞、成爲盤踞政界不可撲滅之一種蠱物、其實官僚二字之

本義僅爲一種特別職業，本不含惡性，至日本譯歐文官僚之本字，其語原之義，或爲布帛，或爲几案，蓋歐洲古時官吏辦事之室，率以布帛覆案，遂以布帛覆案之義，轉用爲指目官吏之代名詞，若在吾國亦承用官僚二字，則不過爲官吏之異名，不足表示其內容，其在向來通行文字之差與日本所稱官僚之本義相近者，惟官派官氣官樣等字，然文不雅馴，且亦不能驟轉爲形容之詞，故今論官僚政治，仍援用近時言論家所襲日本名詞，不復別定確當之語。

一 官僚政治之意義

欲知官僚政治之意義，必先定官僚政治之範圍，即欲知何者爲官僚政治，必先知何者爲非官僚政治也，凡與官僚政治立於反對地位之名稱頗多，今舉其最顯著者如左。

平民政治

議院政治 此就性質方面觀察，爲官僚政治之反對。

放任政治

清簡政治 此就運用方面觀察，爲官僚政治之反對。

就性質方面言之，所謂平民政治者，證之美國，則以官吏多數由人民直接選舉爲特質，所謂議院政治者，證之英國，以政府出於議院爲慣例，是亦不啻官吏由人民間接選舉也，故官僚政治，與非官僚政治，其性質上之區別，全在官吏之出於任用及出於選舉，所謂出於

任用者、其方法不外以考試及學習及格辦事成績爲標準、所謂出於選舉者、其任官以臨時得票多寡爲定、而無一定之資格、故就性質方面定官僚政治之意義、可謂官僚政治者、國家任用官吏、非由選舉乃以考試學習辦事爲標準之政治也、

就運用方面言之、凡官僚政治之最大弊病、爲文書之繁複也、束縛之民之自由也、重形式而忘實際也、官吏聲音顏色之傲慢也、故凡政事之簡捷敏活、與凡可任人民自治之事件、皆取放任主義、及重精神而不拘形式、官民親切、一洗自尊自大之習氣者、皆非官僚政治、而可爲官僚政治之藥石者也、故就運用方面、定官僚政治之意義、可謂官僚政治者、多繁文、重形式、尙干涉、崇體制、之政治也、

就此二方面觀察所得之定義、而官僚政治之真相、可得其大概矣、

二 歐洲之官僚政治

今試徵之歐洲之所謂官僚政治、凡在議員政黨平民之不快於官僚、亦歐洲各國所同也、然官僚政治特長之點、亦未嘗一概抹煞、今世官僚政治最盛之國、非德意志乎、世之稱美德國政治者、謂其官吏上下相維、指臂相助、如軍隊然、有壁壘森嚴不容外界侵入之勢、蓋凡官吏自試驗入官、學習期滿、進級轉任、皆有一定之限度、必具何等之學識經驗、始任何

種之職務、負何種之責任、故官必稱職、事無廢弛、以官吏爲一種專門技術、非局外人所能濫竽、此官僚政治之特長也、其他行官僚政治之國、雖未能盡如德國、亦必含有此種特性、雖他方面之弊病、必與之相因而至、然必先具一方面之特長、然後方可議其他方面之所短、蓋利害相倚、得失參半、具不易企及之程度、乃生不可避免之流弊、此今日歐洲之官僚政治也、

三 吾國有官僚政治否

試問吾國果曾有官僚政治否、此一極可研究之問題也、周以前、爲世卿制度、且其時政事簡單、自無官僚政治之發生、漢以後、雖有鄉舉里選及徵辟之制、然其標準以道德爲上、才能爲次、凡有道德者、天子有使居上位以異於平民之義務、蓋不以官吏爲職業、故其取舍、亦不拘拘於辦事之技能也、及後世定考試入官之制、於是無論其爲詩賦、爲經義、爲入股、爲策論、其用意皆在借此以估量其人聰明記問之程度、故學非所用、用非所學、久爲詬病、此但以入官之初言也、若筮仕以後、就最近世如前清中世之例、一部曹非二十年無望遞補外放、一分省知縣、亦非十數年無望實授、以此寬閒之歲月、宜若可以養成從政之技術、而成爲官僚政治之特色矣、乃按之實際、則殊不然、所謂浮沈郎署聽鼓轅門者、其銷磨之

方法、上者閉戶閒居、下者奔競鑽營、直無一與練習政治技術有關係者、從前刑部問有諳蓄例案之司員、不

過爲一部分之特長、不可以例全局

及一朝補缺任事、於政治上之經驗仍毫無所知、而不能不聽命於幕友

胥吏、故謂吾國自古以來、從未有官僚政治、亦未嘗不可、惟是歐洲官僚政治之精神、雖爲

吾國所無、而官僚政治之形式、則未嘗不具、歐洲官僚政治之特長、雖未嘗夢見、而官僚政

治之弊病、則仍無一不備、何謂官僚政治之形式、卽任官之法同一由考試學習資格也、惟

吾之考試學習、均用非所學、而資格又僅爲經過歲月短長之計算、故其結果全失其精神、

而但存其形式、何謂官僚政治之弊病、則因入仕途之人、經歷歲月太久、階級太多、於是養

成一種特別階級、而自成一社會種種習氣、遂與平民隔絕、由此言之、又可謂吾國未受官

僚政治之益、而獨受其害矣、雖然、官僚政治之實際、在吾國亦未嘗無類似者、惟其人乃在

官僚以外、卽幕友胥吏是也、前清未變法以前、各省刑錢幕友、及各部書吏、皆父子師徒、口

耳相授、習業有期限、研鑽及終身、成爲一種特別職業、特別技術、惜其地位不能直接與官

吏銜接、書吏本有入官之途、惟循此者甚鮮、而其經驗又偏重於弄法舞弊、一方面、遂不能得官僚政治之長、

特不可謂非官僚政治之雛形耳、漢唐刺史守相方鎮、皆得自辟僚佐、此中頗多練習政事

仿行、良法美制、消滅無形、殊爲可惜、

四 今日之所謂官僚派

夫吾國既無正當之官僚政治、自亦無官僚派之存在、今言論家所稱之官僚派、大抵指在前清曾任官吏者、以與國體變更後始服公職之民黨相對稱、今試檢民國職員錄、在前清時已經筮仕者、固居大多數、然再一按其實際、無論以之比擬歐洲日本之官僚派、毫無所似、即如上節所述吾國素有之形式上官僚派、及實際具官僚雛形之別一社會、亦皆毫不相涉、何也、前清自庚子以後、凡向來考試入官、循資補缺之習、久已破除、而幕友書吏、以變法之結果、亦漸失其根據、試考今日之在政界者、惟今大總統在庚子前已任封疆、然其登進、已非循前清中世服官之常格、此外則或甫經通籍、或浮沉下吏、蓋其出身大率爲庚子以後不拘資格破格拔擢之人才、而非庚子以前循資按格之形式上官僚派也、今日中立溫和派之言論、往往以官僚與暴民對舉爲雙方貶抑之詞、是官僚派者、乃反對暴民之官吏耳、故如欲求名實相副、寧稱前清曾經任官爲暴民所反對者、謂舊官僚之名詞、而別以新官僚之名詞、奉初登仕版未染習氣之流、雖然、凡稱官僚派者、必兼含短長二觀念、若今之舊官僚、其長處固何在乎、經驗二字、非舊官僚自詡者耶、所謂經驗者、凡一事臨前能記憶其從前所經過類似之事、而定一適當之方法、以爲處理也、試問今日留遺於吾民國之

前清官吏、其所經過、及其所謂適當之處置者何如耶、度亦不過重演前清末造之政象耳、如外交之延宕、理財之侵蝕、教育之敷衍、司法之經驗也、故今日所稱之官僚派、乃與日本所譯歐洲相傳之官僚派、毫不相涉、而絕無造成官僚政治之希望者也、

五 今日應歡迎官僚政治抑應排斥耶

今日所稱之官僚派、既非合於真政官僚政治之人物矣、然就吾國今日政治現象、究竟應否歡迎官僚政治、亦一重要問題也、今試舉官僚政治之長、及其所短如左、

官僚政治之長

處事熟練 監督嚴密 服從上官 辦事秘密慎重

官僚政治之短

濫用官權、以壓制民權、 墨守慣例、文書繁重、處事遲緩、 度量隘狹、不屑採取人民意見、尤反對改革、 專斷自是、口吻傲慢、 終日爲機械之作用、無進步及新思想、 自視尊嚴、注重虛文儀式、

就上所舉短長二例、在前清時之官吏所謂長者、皆僅得其形式、而所謂短者、則頗有其精神、試再證之民國成立後之政界現象、凡傳之報章種種可笑之事實、固已不勝枚舉、

畧示其例、如處決甲囚而誤斬乙囚、甲縣請兵而派兵至乙縣者、皆爲前清所無、是可謂形式上官僚政治之長、今亦絕傳矣、至所謂短者、在前清曾爲官吏之人、固不容諱飾、謂有一能免乎、卽光復後以平民而任公職者、今雖服務未久、試請諸君撫衷自問、此類思想及形迹、果能毫不萌於心曲而發於事實否、故夫今日吾國之政界、第一當先養成真正官僚政治所長各項之精神、其次乃慎防官僚政治所短各項之發生、蓋官僚政治之功罪、一方能處理日常事務、恪守法令、保持秩序、維持現狀、一方無活潑進取、及挽回國家頹運拯民水火之能力、然政治上欲望後者之實現、必先以前者爲基礎、世固未有無普通技術而能成爲大技術家者、亦無有不具政治上之普通手腕、而能成救國變法之大政治家者、由此觀之、官僚政治之長、固今日所應馨香禱祝以望其出現、官僚政治之短、亦當隨時立法補救而豫遏其萌芽、若夫言其方法、則政務官與事務官之區別也、立法爲行政之監督也、而高級官吏、注重實驗、勿憑理想、尤爲調劑官僚政治與理想政治之前提、

結論

既知官僚政治、非純粹惡名詞矣、則吾輩對之、但望其改良而不容撲滅、亦事理之當然、雖然、豈特不容撲滅而已、且將因其適於政界之優勝、而有流行世界各國之趨勢、其原因蓋

有三、

一 勵行法治之結果也 今世界各國、皆勵行法治、故法令日密、遂成爲一種專門學問、非普通人所能了解、官吏之職責、大半爲執行法律、故法學遂爲官吏不可少之知識、惟官僚政治、任官多由考試、近世文官考試之科目、不外法律經濟、官吏之由考試進者、始爲用其所學、故必行官僚政治、方能圓滿法治之精神、而其他平民政治議院政治之任官以選舉黨派者、皆不適用於法治、而政治必相形而見絀矣、此官僚政治優勝之原因、一也、

二 社會人智之日趨繁複進步也 今日之社會、決非古時清靜無爲之學理所能治理、今日之人智亦非古時簡單之理想所能約束、故政治日趨繁密、非數十年學問歷練、不足勝任、無論半部論語治天下之語、本不足信、即僅恃先哲所傳政論精義、亦不足以窮今日之變、故試爲官吏者、必須分工研究、實地練習、以自成一社會、而非他社會中人所能半途攙入、此官僚政治優勝之原因、二也、

三 由於國際競爭之劇烈也 近世各國間競爭愈烈、政治上關係外交而牽涉內治之部分、日益擴張、凡國家對外之作用、必須各機關指臂相使、敏活祕密、若夫平民政治之事、事須邀結民心、取悅衆論、爲固官吏一時之位置計者、實不適於今日之國際競爭、故以

平民政治之疏略、遇官僚政治之經練、頗有整渙堅脆之別。此官僚政治優勝之原因三也。由此諸原因、故美國極反對官僚政治之國、而近年實行文官任用令、減少官吏選舉之範圍、爲歷任總統注意之政策。歐洲除英國不發生官僚政治外、其原因詳日本後藤新平所譯官僚政治此外各國行官僚政治者、毫無改革之動機、可見其勢力尙在有增長而無衰歇之時代。雖官僚政治似不適於民主國、然苟能棄其所短、而取其所長、又以他主義爲調和、如減政放任等則與民主之精神、亦本無牴觸、所望今之言論家、首宜了解於官僚政治短長各點、然後歡迎其長而痛遏其短、幸勿誤認今之舊官吏、卽爲外國之官僚派、遂并官僚政治之長、而亦一概排斥之也。