

百 科 小 叢 書

憲 法

張 慰 慈 著

王 雲 五 主 編

商 務 印 書 館 發 行

百 科 小 叢 書

法

憲

張 慰 慈 著

王 雲 五 主 編

中華民國二十二年十月初版
中華民國二十三年九月再版

百
科
叢
書

(33308)

法

一

冊

每冊定價大洋壹角伍分

外埠酌加運費匯費

• 40 •

版 權 所 有
翻 印 必 究

著 者

張

慰

慈

主 編 兼 發 行 人

王

上海河南路
雲

五

印 刷 所

商 務

上海河南路
印 書 館

館

發 行 所

商 務

上海及各埠
印 書 館

館



憲法

目錄

第一章	緒論——法治與人治·····	一
第二章	憲法的性質·····	五
第三章	憲法的種類·····	一一
第四章	憲法的產生·····	二〇
第五章	憲法的內容·····	二九
第六章	憲法的修改·····	三六

憲法

第一章 緒論——法治與人治

世界各國所有的政府都是人治的政府，同時又是法治的政府。所謂政府祇是人類的一種組織，法律也是人造的。政府沒有人執行，法律沒有人解釋，都是死的，不能自動的發生結果。我們有時候覺得法律比人重要，又有時候覺得人比法律重要；法律與人究竟那一方面更重要完全要看我們對於當時解釋與應用法律的方法是同意或不同意爲定的。假使法庭解釋與應用法律的方法是與我們有利益的，我們就覺得法律的重要，並且又以爲這是一種法治的政府，但同時其他的人民因同樣的方法而受到損失就要覺得人是重要的，這是一種人治的政府。

所以在現代的民治狀況之下，我們是不能把人治政府與法治政府的界線劃分出來。法律是

出產品，人是產生法律的。嚴格的說起來，人與法律的關係是分不開的。沒有人解說與執行的法律，既沒有意識，又沒有生氣。我們常常說到『活』的法律，或『死』的法律，但這祇是一種比喻的話。法律的生氣是假借的，如同物質方面或智識方面各種出產品的生氣一樣，是從人的生命方面借用的。脫離了人的關係，一個法治的政府就沒有自動的能力，是無用的，所以同時也是無害的，並且除了在想像力範圍以內，決沒有存在的可能。

沒有法律的人治政府在事實上也是不可能的。假使像法國無政府主義者蒲魯東（Proudhon）所說：『國家的真正形狀是無政府主義，』那末，現今的國家還沒有變到這種真正形狀。凡是羣居的人民或是自願，或是默認一種權力的制裁；但對於人羣執行權力就不得不需要法律。有了法律，無論是治者或被治者方面，都覺得較為方便。這祇是普通常識。

所以『法治的政府』與『人治的政府』祇是比較的名詞。在法治的政府，人民羣居所需要的一切規則都是預先制定，預先公布。概括的說起來，被治者都可以知道這一切規則，知道他們自己的行動是否在這類規則所規定的範圍以內，又知道違背了規則，須受到什麼樣的處罰。但這類

規則却是種類繁多，並且又不都是絕對確定的，有許多是很普通的，有許多又是很複雜的。人民關係方面的一切狀況也是非常複雜，同時又變化無常，萬不能依照那固定的規則，一致的辦理。因此就不得不有各種法官把這類規則解說明白，應用到那隨時發生的各案件。這種情形卻又把一個法治的政府加上人治的性質。不過就是這樣，這類政府所注重之點還是法，不是人，法治與人治的數量比較起來還是更為重要更為永久。雖則有時候也有不公平的狀況發生，大概所有由人執行的政府都偶爾免不了有這種狀況，但武斷的違背確定的規則祇是特別例外而已。

人治政府所注重之點卻與法治政府相反，是人不是法。人治政府也許有種種規則，作為人民行為的標準，但規則是不重要的，解說與應用規則的人才是重要。這類規則可以武斷的解說，不必依照前例，隨時反覆更變，甚至於等到事情發生以後，再由政府另行制定新的與特別的規則。在這種狀況之下，不公平是常有的事，不是例外。被治者是不能明白他們在法律範圍以內的權利與義務。

所以法治政府與人治政府的區別祇是數量上的區別，不是質地上的區別。但這種數量上的

區別卻是一種很重要的區別，因為同時又包含精神上的區別；在政府如同在人類其他制度一樣，精神是主要的特點。

依照這樣的解說，現今各國的民治政府都可以算是法治的政府。在每一個法治的政府，法律的種類是很多的，概括的說起來，可以分爲兩大類：一類是管理政府的法律，又一類是政府管理人民的法律。第一種是叫做憲法，第二種是叫做普通法。這許多法律性質不同，重要不等，最高的一種就是憲法。我們所要討論的也就是這最重要的一種法律。

第二章 憲法的性質

『憲法』這名詞在中國是早就有的，例如書經上邊說的『監於先王成憲』，晉書上有『憲令稍增，科條無限』，又有『稽古憲章，大釐制度』，唐書上有『永垂憲則，貽範後昆』，中庸上有『憲章文武』等類，凡這種種『憲』字的意義均含有法度、法典或法令的意思在內。

在歐洲，『憲法』這名詞也是在古代就有的。有人說，希臘時代的雅典在紀元前六二四年至四〇四年的中間曾經有過十一種憲法。並且政治學的老祖宗亞里士多德也曾收集了當時的許多憲法，在他的政治學裏邊，曾經討論過『立憲政府』、『最好的憲法』、『憲法的定義』等類問題。羅馬學者也說到憲法與普通法、制憲權與立法權的區別。

世界各國都有一種憲法，或類似憲法的法度與法典。但從其歷史上的來源、形式、內容、固定性、與永久性方面着想，這許多憲法都是各不相同的。因此，我們就很不容易下一個確當的憲法定義。

法律家與政治學者確已給了我們許多憲法的定義，但這類定義祇可以算是那一個國家的憲法的定義，並不能算是一切憲法的概括定義。我們可以批評這種定義，但也沒有方法可以修改。我們姑且約舉幾個例。

有一個美國法官 Justice Joseph Story 說：『憲法是人民以主權者地位設立的根本法律或政府基礎。』但有許多國家的憲法都不是人民設立的，人民祇默認而已；所謂人民主權至多亦祇是一個極空泛的名詞。

英國學者蒲徠斯 (Bryce) 在他的美國平民政治中把憲法看作『規定政府組織，及人民與政府間各種權利與義務的根本規則或法律。』但有許多憲法並沒有規定政府與人民間的權利與義務。

所以學者們對於憲法的觀念也不一定能與一切實際上的情形完全相合。但他們的憲法觀念之中卻有一點是完全與一切事實相合的，並且又是他們一致同意的，這就是上述的與其他所有憲法定義中的『根本的』這幾個字。各國憲法無論怎樣的不同，這一點總是相同的，既稱為憲

法，那就是根本的法律，是一種基礎，凡法律與政府其他的規定無論怎樣的重要，祇是基礎上部的建築物。

從憲法在法律中的地位上着想，這是極頂的，超過於一切法律之上。從憲法與其他法律的關係上着想，這又最下一層的基礎，其他一切法律是靠其維持的，並且又必須依照其基本原則。所以我們可以說憲法是一國的最高法律——最高一層的極頂，同時又可說是一國的根本法律——最低一層的基礎。

我們雖則可以說無論那一國都有一種類似憲法的法律，但把憲法看做超過普通法律的根本法法律觀念卻是經過一個極長時期逐漸變化出來的。在歐洲中世紀時候，城市，公司，教會與封建貴族的權利有時候是規定在一種有契約性質的約章之內。從這樣的慣例，人民往往再進一步，要求國王特許他們種種權利，規定在成文的約章之內，算是國王與人民間所訂立的一種契約，規定以後，就是國王本人也得遵守。這一類的約章也許可以算是以後成文憲法的先鋒。

在十六世紀時候，一般學者的著作中又發現一種『根本法律』觀念，就是超過於普通法律

的基本法律觀念。這種觀念是發源於法國，再散布到英國及其他各國。法國的自然法律派學者早已把國家的根本法律與國王的法律分開；所謂根本法律就是歷史上遺傳下來的，並經人民一致承認的習慣與原則，凡未得國會的同意，國王是不能更改的。在英國，詹姆第一曾經在他的演說中說到『根本法律』，並把這種法律看作是神授的，他自己是法律的保護者。在他的兒子查理第一時代，這種觀念又在國會與國王衝突方面佔到一個重要地位。並且英國國王所公布的幾種重要法律有時候也就叫做『憲法』。

所以查理第二時候所規定國王與教會關係的法律就叫做 *constitutions of clarendon*。到了十七世紀時候，『憲法』這名詞又屢次發現於英國人民為開闢新大陸所組織的各種公司的規約內，各殖民政府的組織法中，及幾個學者的著作中。當時幾種較為重要的文件，如一六四七年克林威爾兵士所訂定的人民約法，一六五三年克林威爾公布的政府組織法，美洲殖民地議會在革命時候宣布的各種宣言與議案等，均可以算是現代成文憲法的先導。從十七世紀下半期起，『憲法』這名詞就指那種較為根本的法律，特別是關於政府的組織。美洲殖民地於十八世紀下

半期與英國脫離關係，把他們新政府的組織大綱叫做憲法以後，這個名詞就有了現今那種確定意義，是指一國政府組織的根本法律，成文的或不成文的。

從一七七六年美洲殖民地宣布獨立起至一七八九年美國聯邦憲法成立時止，這十三年時期可以算是現代歷史上第一個並且最重要的制憲時期。在這時期之內，現代的成文憲法是初次發現於美國新獨立的十三邦，那最重要的最有研究價值的美國聯邦憲法也於一七八七年在費立特而費埃城制定，於一七八九年公布實行。

美國聯邦憲法已經有了一百四十年的歷史，要算是各成文憲法中歷史最長的一種。法國發生了革命以後也即仿照美國的先例，入手制憲，其第一次成文憲法是於一七九一年的九月公布的。德意志各邦也即行仿效，在一八一四年至一八二九年間，多數的邦均已採用成文憲法，祇有普魯士與其他幾邦直到十九世紀中期才制定憲法。歐洲其他幾國亦均逃不了這種潮流，在十九世紀中期以前，先後公布一種成文的憲法，如西班牙（一八一二年），挪威（一八一四年），丹麥與荷蘭（一八一五年），葡萄牙（一八二二年），比利時（一八三一年），意大利與瑞士（一八四

八年），奧大利（一八六一年），瑞典（一八六六年）。總計自一八〇〇年起至一八八〇年止的八十年之內，歐洲各國曾經公布過三百多種的成文憲法。到了十九世紀末期，除了英國，奧德意志聯邦中的一邦外，歐洲其他各國都有一種固定的成文憲法。

最近歐洲大戰以後的幾年之內，又是一個重要的制憲時期，因為歐戰結果俄德奧三個大帝國是都分裂了，從他們舊有的區域以內劃出了許多新國家，舊邦改造，新邦建立，都得要靠確定的成文憲法做基礎的，所以在這十多年之內，又發現了十多種的新成文憲法，就是德國，普魯士及其他各邦，奧國，捷克，南斯拉夫，俄國，波蘭，鄧席克自由城，厄司陀尼亞，芬蘭，臘忒維亞，匈牙利，愛爾蘭自由國。

第三章 憲法的種類

從人民參與政權的數量做標準，憲法可以分爲自由的，民治的，貴族的，等類。憲法的本身上着想，又可以分爲彙集的與制定的。彙集的憲法就是那種出源於風俗慣習的憲法。這是歷史上進化的結果，並不是人民在確定的時期制定的。這類憲法大都是由歷史上各時期的風俗，習慣法的原則，法庭的判斷案等類積聚而成的，其起源的時日是不能確定的，其修改的手續也是很方便的，隨時可以因風俗習慣的改變而更變，不必以正式的程序來改訂。制定的憲法是正式由制憲會議或國王在確定的時期制定與公布的，其內容都表示於一種成文的憑據。所以制定的憲法又可以分爲兩種：欽定的憲法與人民的憲法。

彙集的與制定的憲法的區別是與普通所謂不成文的與成文的憲法區別約略相同。所謂不成文的憲法就是那種逐漸發展而成立的，其大部份的原則並沒有確實規定在一種或幾種的正

式公文。歷史上積聚下來的風俗習慣，法庭的判決案，與立法機關在各時期所制定的重要法律，合併起來，就成爲一種不成文的憲法。這是依照社會情形自然而發生出來的，並不是制憲會議或其他機關在確定時期制定的憲法。這是自然生長的，並不是人造的憲法。

成文憲法是正式制定的憲法，大部份的原則都是規定在一種成文的憑據之內。這是人造的，不是自然生長的憲法。凡關於政府組織及其行爲的根本原則都經過一種協議的手續，正式規定下來的。

大概說起來，成文憲法的全部總是在一個時日制定，是規定在一種正式的公文之內的；但也有規定在好幾種的公文之內，並且其制定的時日又是不相同的。例如法國憲法是由三種根本法律及其修改案合併而成的。又如從前奧國的舊憲法也包括五種根本法律。還有匈牙利的憲法是由六百五十多年時期內（一二二二年到一八七三年），所制定的重要法律合併而成的。

凡成文憲法總有一種最高的效力，其性質是與普通法律不同的，其成立及修改的手續也與普通法律各別的。在採用成文憲法的國家，制憲權與立法權大概是分開的，有兩種立法機關，制定

兩種法律：一種是憲法，有最高效力，又一種是普通法律，是附屬的。普通法律條文一定要依照憲法條文的規定，才能發生效力。

這樣一種區別雖是很普通的，但採用成文憲法的國家並不都有這種狀況。有少數的成文憲法並不是由特別的制憲會議，卻由普通的立法機關制定的，所以從法律上着想，其性質也與普通的法律相同。例如奧國從前的根本法律祇是立法機關所制定的法律。意大利憲法雖不是立法機關制定，是國王欽定的，但其地位是與普通法律相等，並且又能以普通的立法手續修改。西班牙的憲法中沒有修改手續的規定，立法機關也許就能以普通立法手續修改。在這類的國家，制憲權與立法權是沒有區別的，所以憲法的效力並不能高出於普通法律之上。

但成文與不成文憲法的區別也祇是一種表面上的區別。成文憲法不一定完全成文的，不成文憲法也不一定完全不成文的。成文與不成文的區別祇是一種數量上的不同，並不是性質上的差異。我們似乎不能根據這種表面上的區別，把憲法分爲成文的與不成文的兩種。所有成文憲法，經過了長久的時期，自然而然的就會有種種不成文的份子，如法庭的解釋，與風俗習慣等類，加入其