

新時代法學叢書

比較憲法

阮毅成著

新時代法學叢書

阮毅成著

比較憲法

商務印書館發行

中華民國二十三年三月初版
中華民國二十四年四月再版

(32535)

新時代比較憲法一冊
法學叢書

每冊定價大洋伍角

外埠酌加運費匯費

著者 阮毅成

發行人 王雲五
上海河南路

印刷所 商務印書館
上海河南路

發行所 商務印書館
上海及各埠

版權所
翻印必究

弁言

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

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

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

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

四

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

阮毅成二十二年十二月十二日南京。

比較憲法

目次

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

第九章 憲法保障·····	一六
---------------	----

比較憲法

第一章 法與憲法

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

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

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

法者復訂之爲法律、并保障他的施行，一切人都須遵守。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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