

謝瀛洲先生編

五權憲法大綱

張人傑題



五權憲法大綱

謝瀛洲編

第一編 緒論

第一章 憲法

第一節 憲法之淵源

憲法者，公法中之根本法也，其內容一方面在明主權之所在，及政府各部之組織；他方面在保護人民之權利，而設定政府權力之範圍，故在立憲政治之下，政府當有積極及消極兩種任務，所謂消極的任務，則在不逾越其權利之範圍，以侵害個人之權利是已。然學者間於此每多致疑，彼以政府即為國家，國家既有最高權，則政府之權力亦應廣大而無限。此種見解，混政府與國家為一談，實足以造成專制政治。

在立憲國家中，政府祇是國家之機關，國家之權力雖最高而無限，而政府之權力，則決非最高而無限也。假使政府受國民之服從而毫不被羈束於他權，一切措施，任其專斷，則祇足謂之專制政治耳。若明國家與政府之別，確立國憲

以定政府職權之範圍，且規定其行使之方法，以保護人民之權利，而防止一人之專制，是謂之立憲政治。

立憲政治之發達，始自十八世紀之末期。以前足稱爲立憲國者，僅英與瑞士而已。自北美合衆國之離英獨立，法蘭西之革命成功，立憲風潮，遂洶湧澎湃，不可遏抑。在歐洲則西班牙，葡萄牙，意大利，普魯士，奧大利各邦，在美歐則有巴西，麥西哥，亞爾然丁等國，均先後將千數百年之專制政治，次第廢除。廢除專制政治之方式，或由於革命之成功，或由於君民之妥協，或由於外國羈絆之解除，而在十九世紀之中葉，尙能保存專制政體者，環顧歐洲，祇是土耳其，與俄羅斯等國耳。——土耳其于一八七六年，俄羅斯於一九〇六年，亦均頒布憲法，召集議會：惟兩國君主，當時實無立憲之誠意，故形式上雖有議會之存在，（土耳其自一八七八以後，並議會亦無之，）而權限均極微薄，實質上不足以當立憲政治之名也。——然自經一九一四——一九一八年之大戰後，專制政治之遺跡，已完全掃除，最近百年間政治之進化，可謂極急烈之

致矣。然人類政治之發展，斷非出于偶然，而實由於當時社會思想之鼓動；故欲追溯於專制政治之消滅，及立憲政治之成功，不能不歸本於英憲之成績，及學者之理論矣。因此，吾人可分憲政之淵源爲學理的淵源，及實際的淵源。

第一款 學理的淵源

人類政治的發展，不外分化作用之一現象，而思想實爲其根據。思想實足以支配世界之一切者也。近代之政治思想，已發生於古希臘時代，柏拉圖 Platon 之共和論，及法律論，雅里士多德 Aristotle 之政治學，影響中世紀及近代思想者甚大。十三世紀之 Saint Thomas D, aquin 即以雅里士多德之學說爲宗，於其所著之宗教總論中 Saint Thomas d, aquin 謂最良善之政府，在以君主握統治權，而佐以民選議會。故君主之權力，並非廣大無限；此實代議政治論之發端。但在中世紀之封建時代，人民方處於君主及貴族雙重壓抑之下，此種理想，安有實現之希望？其後法律學派力張君權，乃將封建制度，一掃而清之，此實大有造於民權。蓋法律學派雖力主張君主獨裁政治，不許人民有參與政治之機會，

然彼因此而打破貴族政治，實代人民除去一重桎梏也。

至是人民所畏者，祇餘君主政治之一重桎梏耳，及「自然法派說」興，則並此而去之。此一派之首領者，實爲格老秀斯，*Grotius* 其學說不外建於兩個設想之上：

第一 自然世界觀 在自然世界中，無社會之組織，無最高權，各人獨立生存，不受他種權力之限制，處此情形之下，*Hobbes* 洛布希，*Locke* 盧梭，*J.J. Rousseau* 之推想，各不相同。*Hobbes* 以爲此時之人類，當發現三種情形：(1)爲滿足人類的嗜慾，彼此戰爭；(2)互相妒忌；(3)各欲獲得特種勢力，高居於他人之上，故生在此世界中之各人，非常痛苦，因不能忍受此痛苦，遂感結締社會契約之必要。*Locke* 以爲在自然世界中，人類祇受自然法之約束，然自然法隨人性而生，並不限制人之自由，故各個人對於其生命財產，均有絕對的自由權，但各個人均行使其絕對自由權，則不免有侵犯他人之事件，爲避免此項衝突，故有社會契約之發生，此二人之推想，雖相距

甚遠，而結論均歸到於社會契約。

第二 社會契約 社會契約成立後，自然世界之狀態即行停止。顧對於社會契約所以成立之原因，浩布斯與洛克之推想，既不相同，對於社會契約成立後之結果，二人之理論亦復異致。浩布斯既以爲自然世界，乃不安不幸之痛苦世界，當時人類，當然思所以造出一種法律的社會，於是彼此互相定約，將自己的主權，讓與於一人或一團體。由此種一致結合而成之政治團體，即爲國家，承受主權之人，即爲君主。所以君主一旦獲主權者之資格後，個人權利，遂永遠消滅。

此種約契，既完全是由人民與人民結立，君主實在契約之上，故君主之行動，毫無限制，而人民欲解除契約，或廢除君主制度，則非得君主之許諾不可。

洛克之理論則異是：洛克雖以契約爲社會成立之本源，然個人依據此種契約，僅以特種權利，委託於政府，特種權利以外，仍爲各個人所自有，若政

府之行爲，侵及個人之權利，則爲越權。個人對於政府之越權行爲，不但可以反抗，且可以起改造政府的革命。且洛克以爲統治者之權力，是委託的，如統治者用之不得當，委託人可隨時收回；換言之，則人民於統治者不能盡契約上之任務時，隨時有權將之革除也。

總上所述，浩布斯與洛克之結論完全不同，浩布斯引社會契約說以擁護君權，洛克引社會契約說以伸張民權。然此實時勢使然也。當十六七世紀，學者處於專制政治之下，不得不使彼之學說，遷就於當時之情勢。故格老秀斯 *Grotius* 虛方閣 *Puffendorf* 過路佛 *Wolff* 均與浩布斯，採同一之論調。此中隱情，馬部黎嘗於其所著之「公民之權利及義務」一書中論之：「方格老秀斯之著『開戰與和平之權利』一書也，實處於路易十三養養之下，虛方閣生長於專制國中，雖或窺透民權之真理，而不敢言；浩布斯本可發揚社會之根本的原理，與洛克爭榮，然因一己之利害關係，混入於專制黨中，遂誤用其聰明，制出一種有害人類之法則。」

此輩學者，雖未能發揚民權，然其學說則闡明人類之原始的情形，及社會之組織，有功於思想界者，實爲偉大。故盧梭以格老秀斯爲政治學者之先進，馬部黎亦甚專心致意於格老秀斯虛方閣及渦路佛之學說。蓋十八九世紀之學說，實根據斯派學者所推定之前提，而演繹之耳。

盧梭當着手於政治哲學之研究時，其精神已浸潤於浩布斯及洛克之教訓；其著名之作，則有民約論。盧梭民約論之發端，與浩布斯初無少異，彼理想中亦有一自然世界，各個人處此自然世界中，均自由而平等，惟人類不能孤立而自存，乃相而約組成公共團體；藉公共勢力，以保持各人之生命財產，勿使蒙他方面之侵害。組織團體之各人，均服從於團體，而實不損其固有之自由，盧梭曰：「吾儕各將一部分自然的自主的權力，放置於最高的國民總意指揮之下，吾儕認各分子爲全體不可分之一部。」又曰：「各自奉於全體而非給與於一人。」因此，人民於締結社會契約之後，雖不能不服從於總意，然仍不失其固有之自由權利。蓋所謂總意者，原爲各個人意思之集合，而個人之服從總意，亦正爲

個人之自由耳。

盧梭之意，以爲國民之總意，即爲法律，法律即爲國家之主權；但國民總意，須由國民大會直接發表；若採代議政治，則絕對不能現之。蓋固絕對主張直接政府者也，彼嘗曰：「英人之自信爲自由者誤也；彼之自由，祇存在於選舉時，選舉以後，則均爲奴隸。」奴隸云者，其意謂英人於選舉之後，即退於單純的被治地位，須完全服從於其代表之揮也。

盧梭之民約論，在歷史上實佔莫大之勢力，多索Togers氏曰：「在革命時代，民約論被認爲立法者之標幟，法律家及公法學者始終行用之。」斯言誠當，近代國家之組織，及法律之觀念，均莫不受民約說之影響。歐洲各國，受此影響，遂將專制政治的國家，變爲立憲政治的國家。美洲各邦，受此影響，遂將專制政治的國家，變成自由獨立之邦國。故各國之憲法，莫不印有此種學說之痕跡，法國之人權宣言書，有曰：「在法律上，各人生而自由平等，且常處於自由平等。」又曰：「國家之最高權，寄存於人民。」美國之獨立宣言，及各州

憲法之權利法典，均以個人之權利作根據，獨立宣言有言：「人生有一種與生俱來，不可割讓的權利。」新韓樸霞 New Hamp Shire 憲法曰：「一切人均生而自由平等，一切政府權利，均由人民而來，由人民允許而成立，爲公共福祉而建設。」馬沙諸斯 Massachusetts 憲法序文中有言：「政治團體，是各人自己願意的契約結合，各個公民，與全體人民，爲公共福祉起見，以此種契約，承認同受某種法律之管束。」北加羅尼納 North Caro lina 憲法亦有一切政權，祇在人民，祇由人民而發生」之語。此足見自然法派的學說之勢力之普遍矣。

第二款 實際的淵源

『英國憲法，列國憲法之母也』。斯語固無人不承認之。顧英國憲法與尋常法律無少差異，唯就其法律之性質而加以區別，則關於國家大本者爲憲法，不然者爲尋常之法律而已。英國憲法，發端于千二百一十五年之大憲章，是年六月，英倫諸貴族及其人民代表，迫英皇約翰在倫尼米達 Runnymede 署名于公文書，以屬于王權者若干事，讓之彼輩，即所謂大憲章也。此物一出，歐洲自由

之勾萌，以次畢達，故號爲自由之祖，自由之神。然大憲章之內容，固甚簡畧耳，舉其重要者，不外左之二點。

第一 凡徵收租稅，不可不經國民全體之承諾。

第二 一國之人民，非依其同等人民組織之裁判，不得罰處。

大憲章發布後，國王之專制如故，屢次違犯大憲章所確定之權限，至Edward第一世之時，始設立由州County及市Borough選舉代議士之制，暨乎Edward第三世州市之代議士乃與貴族會議分離，而爲獨立之會議，國會之兩院制度，自茲始矣。

英國之國會組織，自中世之終，則有確定之形式，迨第十六世紀Tudor王朝之世，雖因王權之實力，非常增加，致政治上之實際，國會之勢力，甚形衰薄。然形式上，國王猶不得不尊重國會之權限，而互相調和。降至Stuart王朝，則情勢爲之一變。Charles一世，本于君主神權之思想，蔑視國會之權限，其即位之第三年，即一六二八年，乃由議會之僧侶貴族及庶民，強迫國王，

批准權利請願，(Petition of Right) 此請願之內容，蓋以要求國王，遵守自由大憲章，爲其重要之旨趣也。

權利請願雖經批准，而國王之專恣依然，致與國會有激烈之衝突，卒遂陷于革命之慘禍。自一六四九年，Charles 失其王位以後，以迄一六六〇年之間，英國一時遂立于共和政體之下，暨乎王政回復，而 Stuart 仍不改其舊政，八年，乃有第二次之革命，國會之兩院，宣言廢止 Stuart 王家，迎 Sorange 公 William 至，六八爲國王，所謂光輝之革命 Glorious Revolution 者是也。當 William 未至以前，國會已起草權利法典，(Bill of right) 迨 William 卽位之初，遂提出求其承認，此權利法典之重要條項如左。

- (1) 國王非得議院之承諾，不得變更或廢止法律。
- (2) 非得議院之同意，不得以其特權賦課租稅。
- (3) 人民有請願之自由。
- (4) 議員之選舉，可以自由。

(5) 代議士有言論自由權。

(6) 議院不可不定期召集。

(7) 須設陪審官之制度。

自由大憲章，(一二二五年)權利請願，(一六二八年)及權利法典，(一六八八年)可稱之爲英國憲法史上之三大成典，然英之憲法，太平不文法也，除散見于尋常之條例者外，其餘均存于歷史漸次長成發達之慣例。而此等慣例，隨時勢而有推移，則必待解釋之而始適用。解釋此慣例者，屬于法院之職權；故英國憲法，賴法院之補助而藉以發達者甚多；法院之例案，亦英國憲法之一部也。總上所述，則英國之憲法，實集法律，習慣法，及判例而成，而其內容，實包藏三種模範制度。曰模範制度者，以其爲各國憲法採用也。

(1) 代議制度，

(2) 兩院制，

(3) 責任內閣制，

英國憲法何從而傳播于歐美各國乎？當十八世紀之初期，英國憲政，尚未爲世人所注目，及一七四八年，孟德司鳩 Montesquieu 之法意 *L'esprit Des Loix* 出，一七七一年，羅模 Genevais De Lolme 之英國憲法出，*Constitution De L'Angleterre* 一七六五年，布拉士頓 Blackstone 之英國法律解釋出，*Commentarie The Laws On England* 英國憲法之精神，遂傳播于世矣。孟氏常旅居英國，熟察英政，以此邦立憲政治，足爲各國模範，故于法意第二部第六章，英國憲法中，將英憲之精神及特色，表現無遺焉。

法意一出，大受各國人士歡迎：兩年之間，翻版者二十二次。自是以後，已無人不知英憲之特色矣，是時歐洲各邦，方苦于專制政治之壓迫，一旦得睹英憲之完善，咸醉心焉。故法意以一七四八年出，合衆國憲法即于一七八七年，法蘭西憲法即于一七九一年成功，此二國憲法，即受法意之影響，採用三權分立之原則者也。

第二節 憲法之種類

第一款 成文憲法與不成文憲法

定建國之大本，其規條皆以特別法典載之，此法典爲成文憲法；如北美合衆國憲法及法蘭西憲法是。不制法典，國之根本法，或散見之於尋常之法律，或存於歷史上漸次長成法達之習慣法，此種普通法律或習慣法之具有憲法之實質者，卽爲憲法，是謂之不成文憲法；如英吉利憲法是。英國憲法之大主義，既胚胎於洒克宋時代，經數百十年，漸達完全之域。其中雖有所謂大憲章，權利條款，權利請願，權利法典，及王位確定法種種，皆成文之法律，然其他大部分均出於歷年之習慣，故英國憲法，爲不成文憲法也。格蘭斯頓嘗比較英法二國之憲法曰：「一國國民之相異，可於憲法見之：一有生長之憲法：一有製造之憲法；一涵數百年之結果，一以一代之人爲；一經年累月，出歷史之胚胎，恍若生人；一則構造美善，出于一時之思想；如人造之物，二者各盡其美」。

英國憲法，既無成文之法典，故「國王不能爲惡」，「內閣諸臣對議院負責」，

「關於重要政策，與議院爭而敗者須辭職」，「上議院不起財政之議案」，種種主義，非出於慣法，則出於慣行，非出於格言，則出於共通原則也。此皆基於政治之德義，Political Morality 而非純粹之法律，富里門曰：「政治之道德之全體，指導政治之全典，質之於普通法，Commons Law 尋之於議條例，皆不見，然此等原則，實與大憲章及權利書所載，有同一之效力，故英國憲法，既有有文之法律而發達，又以無文之約束而長成者也。」

在十八世紀間，論者每謂成文憲法，優於不成文憲法：（1）成文法之效力，常在習慣法之上，憲法之規條，若表見之於成文之法典，則其効力當更爲強固。（2）由人民制定之憲法，即從新訂定之社會契約也，此種社會契約之條文，當以完整的，及莊嚴的形式表現之。（3）成文憲法之內容，較有條理，其意義亦較明晰，使人民易於了解，此實足爲人民的政治操練之助。故十八世紀以後之憲法，大都以成文的形式出之。（4）若以憲法之明文規定政府之權力範圍及人民之自由權利，則於政府之超出軌外，損害人民時，人民得依據憲法以

糾正之。成文憲法之始祖，爲一七八一年之北美合衆國邦聯憲法，及一七八七年之聯邦憲法，繼之者爲一七九一年之法國憲法。法國自大革命以至一八七五年，其憲法凡十一易，均以成文的形式出之。英國雖爲不成文憲法國，然此僅指英國本部而言耳，英之殖民地，如加拿大，南非洲，印度，奧大利亞，紐西蘭等，均有一成文憲法；且在英國本部言，近亦有以成文憲法替代不成文憲法之趨勢。

第二款 剛性憲 與軟性憲法

憲法之制定及修改，屬於特別機關，或須遵依特別之形式者，謂之剛性憲法。反之，憲法之制定或修改，屬於普通立法機關，且無須遵特別之形式者，謂之軟性憲法。採剛性憲法之國，其憲法効力，在於普通法律之上；採軟性憲法之國，則不然：憲法與普通法律，立於同等地位。

採剛性憲法之國，普通立法機關，多無制憲之權，故在立法機關之上，尙有造法機關 *Pouvoir Constituant* 造法機關所定之法律，卽爲憲法，普通法律，不能