

宪法论

主编 何勤华 殷啸虎
华东政法学院珍藏民国法律名著丛书



著者 张知本
勘校 殷啸虎
李莉

中国方正出版社

宪法论

主编 何勤华 殷啸虎
华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

著者 张知本
勘校 殷啸虎

李莉

中国方正出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

宪法论/张知本著. - 北京: 中国方正出版社, 2004. 7

(民国法律名著丛书)

ISBN 7-80107-855-1

I. 宪… II. 张… III. 宪法-研究-中国-民国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 065162 号

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

宪法论

张知本 著

责任编辑: 陈学军 许 睿

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66160950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66166604 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: C_X_J@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京金华印刷有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 7.875

字 数: 227 千字

版 次: 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-855-1

定价: 16.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

总 序

近代上海不仅是经济文化发展的中心，同样也是法学教育的重镇。据不完全统计，近代以来出版的法学著作中，至少有三分之二是在上海出版的。上海以其海纳百川的博大胸怀，为中国法学的发展，作出了与其地位相符合的巨大贡献。

新中国成立后，根据国家统一部署，由复旦大学、南京大学、厦门大学、安徽大学、震旦大学、上海学院、东吴大学法学院等校的法律系，复旦大学、南京大学、沪江大学、圣约翰大学四校的政治系，以及沪江大学的社会学系，合组成立了华东政法学院。这些院系原有的法学文献和资料也统一归并到华东政法学院。因此，可以说，华东政法学院汇集了原华东地区大部分的近代以来出版的法学书籍。虽然后来华东政法学院经历了“两落三起”的曲折历程，以及“文化大革命”的浩劫，但在学院历任领导和广大教师的努力之下，大部分法学书籍得以保存下来。这些书籍对于促进华东政法学院乃至上海地区的法学教育、推进和繁荣法学研究起了相当重要的作用。

然而，由于出版年代和当时印刷条件等方面的原因，这些书籍大多已经不便于翻阅，加上这些书籍多为“孤本”，从文献资料保存的角度而言，也一般都作为馆藏书而不再出借。这无论是对读者研究、还是对这些书籍作用的发挥，都是十分不利的。为此，在华东政法学院领导的关心、支持下，在中国方正出版社的帮助、策划下，我们决定对民国时期出版的一些至



今仍有较高学术价值的著作进行整理，并以“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”的形式勘校出版，以满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

本丛书的勘校工作由华东政法学院图书馆负责，参加勘校工作的主要是华东政法学院的教师、博士和硕士研究生。由于我们的学识有限，勘校过程中可能会存在这样或者那样的问题和缺陷，恳请广大读者批评指正。

何勤华 殷啸虎

于上海·华东政法学院

2004年6月

勘校者序

张知本（1881—1976），字怀九，湖北江陵人。少年家境贫困，但勤奋好学。13岁考取秀才，15岁考入武昌两湖书院。毕业后于1904年官费派往日本入法政大学攻读法律。1905年加入中国同盟会。法政大学毕业后归国，任同盟会湖北支部评议长。1911年武昌起义后，被推为湖北军政府司法部部长。1913年当选为国会第一届参政院议员。后因袁世凯任中华民国临时大总统并取消国民党籍国会议员资格而返回武昌，任教于私立武昌中华大学并致力于著述。1917年随孙中山南下参加护法运动，任护法国会参议院议员。1923年任教于上海法政大学。1924年1月，参加中国国民党第一次全国代表大会，当选为第一届候补中央执行委员。同年2月，被孙中山任命为大本营参议，旋受命负责国民党汉口执行部，主管陕西、湖南、湖北党务。同年出任湖北法科大学校长。1925年12月，派为国民党（西山会议派）湖北省党部及汉口特别市党部指导员。1926年4月，任国民党（西山会议派）第二届中央委员，同年任上海法科大学校长。1927年任武汉政治分会委员，同年12月任湖北省政府委员兼主席。1929年1月任首都建设委员会委员。1930年7月，参加了反蒋联盟在北京召开的国民党中央党部扩大会议。1931年12月当选为国民党第4届候补中央执行委员并兼任中央民众运动指导委员会主任委员。1933年1月，任国民政府立法院立法委员兼宪法起草委员会副委员长，主持《五五宪法草案》的起草工作。1935年11月，当选为国民党第5届候补中央执行委员。1936年任北平朝阳大学校长。1938年4月任司法院秘书处秘书长。1939年当选为国民党中央执行委员。1943年2月调任行政法院院长。1945年5月，当选为国民党第6届中央监察委员。抗日战争胜利后，出任苏浙皖敌伪产



业清查团团长。1946年11月当选为制宪国民大会代表兼任国务会议法制审查委员会委员。1948年当选为行宪国民大会代表。1949年3月任司法行政部部长。南京解放前夕去台湾。1950年被聘为台湾政权“总统府”国策顾问。1960年改聘为“总统府”资政。1962年兼“光复大陆设计委员会”副主任委员。1963年任中国国民党第九届中央评议委员。1976年8月15日在台湾病逝，终年95岁。

张知本一生的著述颇丰。主要有《法学通论》、《宪法论》、《社会法律学》、《破产法论》、《宪政要论》、《宪法僭拟》、《辛亥革命论》、《张知本先生言论选集》、《中国立宪故事简编》等，译著有《民事证据论》、《土地公有论》等。其中《社会法律学》是中国学者写的第一本有关法社会学的专著，揭开了法社会学在中国发展的序幕。而《宪法论》、《宪政要论》、《宪法僭拟》则是张知本在宪法学研究领域的重要成果，其中反映的宪政理念无论是在当时还是今日读来都有相当的理论研究意义与实践价值。张知本不仅在学术方面造诣精湛，同时也积极参与立宪实践，以实现建设宪政法治国的理想。

武昌起义胜利后，成立了中华民国湖北军政府，张知本与宋教仁、居正等人按照同盟会的三民主义政治纲领和《革命方略》的精神，根据《中国同盟会中部总会章程》规定的“以推覆清政府，建设民主的立宪政体为主义”的宗旨，参照美国、法国等国的宪法，起草了《中华民国鄂州临时约法》。这部约法是中国资产阶级的第一个具有宪法性质的文件，它将资产阶级共和国的理想、资产阶级的民主、自由精神，首先以法律的形式确定下来，对于推动资产阶级革命的发展、建立资产阶级民主共和国起了重要作用。同时也成为后来南京临时政府颁布的《中华民国临时约法》的蓝本。

张知本对孙中山的五权宪法思想极为推崇。他说：“五权宪法是孙先生的创造，是化合物，不是2加3等于5的混合物。其中考试、监察两权虽然是参照中国的旧制，可是考试制度不是科举制度；监察制度不是御史制度。”他平时特别强调法治。对孙中山提出的建国三时期：军政、训政、宪政，他认为三者都不能离开法治精神。离开法律，不能谈政治。法律不是政治的工具，而是政治的灵魂。

1933年，张知本担任宪法起草委员会副委员长，主持《中华民国



宪法草案》（即“五五宪草”）的起草工作。他强调制定宪法应当以体现孙中山宪法思想的《建国大纲》为依据，贯彻孙中山的“五权宪法”思想。在讨论到有关国家政治制度的设计时，他认为，一国的政治制度，原来不必以他国为模范，他国所没有的制度，而我国特别地创新出来，自亦未始不可。不过，就我国来说，无论如何创造新的制度，总以不违反孙中山先生的五权宪法为是。否则国民党的革命，便已失掉其意义了。

在宪法草案初稿中，张知本明确提出了两项主张，一是军人不能干政，二是国家领土必须采取列举方式。关于军人不能干政问题，他主张军人退職未滿三年，不得为行政长官；现役军人不得作政治主张。他在《中华民国宪法起草意见》中提出，为了防止妨害民权的军阀政治复活的可能，应该防微杜渐，在宪法上禁止军人干涉政治，限制军人充任行政元首，规定“军人除服从国家命令防卫国土外，不得发表政治上言论”。至于限制军人当选行政元首，各国虽无先例，但中国几次大乱几乎都是由于军人当总统或觊觎总统之位引起的，为此他还专门列举了六条理由予以说明。关于国家领土必须采取列举方式的理由是：一则列举东北为我领土，表示还我河山之决心；一则列举各省于宪法，可以作为国民教育之帮助，增进他们对国家疆界之认识。

保障人民的自由与权利是宪法的基本目的和应有之内容。张知本对“扩大会议”所制定的《太原约法》中有关人民权利的规定给予了较高的评价，认为该约法对于人民之自由权利义务，均详为规定与保障，不受其他法律之侵害与限制，以视前此之各项宪法草案，是较为进步的。他在《宪法草案委员会之使命及草案中应行研究之问题》一文中认为，起草宪法“就是建立一种拥护人民自由平等的强大的法律力量之开始”。他将人民的权利分为消极的权利和积极的权利，认为消极的权利之中偏于个人方面的自由权（如身体、居住、言论、出版、集会、结社等自由），“无妨使之绝对化，换句话说，即无妨在宪法上加以直接的保障。”有了宪法上直接的保障，就是立法机关也要受其限制，而不得另外制定某种限制人民自由的法律，如制定《治安警察法》以限制集会结社自由，制定《出版法》以限制言论出版自由等，都是违背宪法的。人民的积极权利则包括了人民的受教育权、劳动阶级受特别保护



权等。

张知本为人正直，一生保持谦虚谨慎的作风。早在1913年时仅30岁时就任武昌军政司法部长，就职之日，便在门前书写八个大字：“维持秩序、整肃纪纲”，还写下“不侮鰥寡、不畏强御、如临深渊、如履薄冰”以自警。他对人极为谦恭。有人评价他说：“自养者深，宜其待人之厚”，他常提到孔子的话：“士不可不弘毅。”他说：“弘就是广大，毅就是坚强；毅是坚持原则性，弘是运用灵活性。”

深厚的学识与谦恭的作风，树立了张知本在学术界与政界崇高的威望。李宗仁在其回忆录中就回忆道：“我们既不愿乱荐私人，只有在湖北本省贤能之中，择人而荐。几经思量，才想到湖北籍第一届中委张知本君。张君虽以接近‘西山派’，不为党中有成见的领袖所喜，然渠究系法学界中人，久享清誉，甚为当时湖北各界人士所推重。当我提出张氏时，鄂籍人士及军人如胡宗铎、陶钧等，均甚折服。众望所归，我遂向国府保荐张君为湖北省政府主席。时人咸知我是张主席的保荐人，但鲜有知道我与张氏故素昧平生。”“张知本到职后，励精图治，严、张两厅常微服出巡，探听民隐，侦察县吏，不期年而湖北省政积弊一扫而空，为全国所称誉。”到了1948年，当南京时局岌岌可危，蒋介石引退，李宗仁当代总统时，极力邀请张知本担任司法行政部长，实有“受命于危难之时”之意味。

张知本的至交张玉清后来回忆说：“张居正是湖北江陵人，史称张江陵。在明末，锐意改革，整肃纪纲，有文治，有武功，确定了明朝的天下四十年。张知本也是湖北江陵人，但他不是江陵的后代，而其它心处事，却有与张江陵近似的地方！”陶希圣更是称赞张知本：“先生于我国宪政之贡献，如富兰克林之于美国宪政。”

《宪法论》是张知本最主要的一部宪法学专著。1929年，蒋桂战争爆发，李宗仁通电反蒋，张知本在电文上名列第二。桂系军阀失败后，张知本也受到开除党籍的处分，避居上海租界，潜心著述。正好上海会文堂书局编印法学丛书，约张知本写一本宪法，并预付了一千元稿费。张知本就用这笔钱买了几百本参考书，包括日本宪法学界的各派理论著作以及翻译成日文的各国宪法著作。张知本在通读这些著作的基础上，摘出要点，写成了《宪法论》一书，于1933年由上海法学编译社出



版，至今无再版。该书根据孙中山的五权宪法思想和《建国大纲》所设计的政治主张，参照了外国宪法学家尤其是日本宪法学家的相关著作，运用分析比较的方法，对宪法学的基本理论和基本制度作了深入细致的阐述，并集中反映了作者本人的宪法思想和主张。虽然本书自出版至今已逾 70 年，但经常被研究者引用，对于我们今天学习、研究宪法学仍然有较高的参考价值。

殷啸虎 李莉

2004 年 4 月于沪上

目 录

第一编 总 论	(1)
第一章 国家之概念	(1)
第一节 国家之本质	(1)
第二节 国家之目的	(6)
第三节 国家之起源	(7)
第四节 国家之政治形态	(12)
第五节 国家之结合	(18)
第二章 宪法之概念	(27)
第一节 法律之概念	(27)
第二节 宪法之意义	(29)
第三节 宪法之类别	(31)
第四节 宪法之修正	(32)
第五节 宪法之解释	(37)
第六节 宪法之内容	(38)
第三章 大战后世界宪法之新趋势	(40)
第一节 总 说	(40)
第二节 社会改良主义之宪法	(44)
第三节 社会主义之宪法	(49)
第四章 各国宪法之沿革	(54)
第一节 英国宪法之沿革	(54)
第二节 美国宪法之沿革	(57)
第三节 法国宪法之沿革	(61)
第四节 德国宪法之沿革	(70)



第五节	俄国宪法之沿革	(72)
第六节	日本宪法之沿革	(75)
第五章	吾国制宪问题之经过	(77)
第一节	清季之预备立宪	(77)
第二节	民国建立时之临时宪法	(83)
第三节	天坛宪法草案	(85)
第四节	袁世凯之新约法	(87)
第五节	安福国会之制宪	(91)
第六节	省宪运动	(92)
第七节	民国十二年之北京宪法	(93)
第八节	民国十四年之宪法草案	(95)
第九节	民国十九年北平扩大会议约法草案	(96)
第十节	民国二十年之南京约法	(97)
第二编	人民之权利与义务	(99)
第一章	总 说	(99)
第二章	平等权	(102)
第一节	平等说之由来	(102)
第二节	平等之意义	(105)
第三节	现代宪法中之平等权	(106)
第三章	自由权	(109)
第一节	总 说	(109)
第二节	身体自由	(111)
第三节	居住及移转自由	(113)
第四节	工作自由	(115)
第五节	财产自由	(117)
第六节	契约自由	(120)
第七节	信教自由	(121)
第八节	书信秘密自由	(123)
第九节	言论、著作及刊行自由	(124)
第十节	集会、结社自由	(127)



第四章 受益权	(131)
第一节 受益权之概念	(131)
第二节 司法上之受益权	(132)
第三节 行政上之受益权	(134)
第四节 教育上之受益权	(137)
第五节 经济上之受益权	(139)
第五章 参政权	(141)
第一节 总 说	(141)
第二节 选举权	(142)
第三节 罢免权	(160)
第四节 创制权	(163)
第五节 复决权	(165)
第六节 官吏权	(167)
第六章 人民之义务	(170)
 第三编 国家机关之组织及其职权	(175)
第一章 总 说	(175)
第二章 行政机关	(177)
第一节 行政机关之组织	(177)
第二节 行政机关之职权	(189)
第三章 立法机关	(201)
第一节 议会之起源	(201)
第二节 议会之组织	(202)
第三节 议会之职权	(205)
第四章 司法机关	(215)
第一节 司法机关管辖之范围	(215)
第二节 司法法院之组织	(218)
第三节 司法法院之职权	(220)
第五章 考试机关	(222)
第一节 考试制度之沿革	(222)
第二节 考试院之组织	(223)



第三节	考试院之职权	(224)
第六章	监察机关	(227)
第一节	监察制度之沿革	(227)
第二节	监察院之组织	(228)
第三节	监察院之职权	(229)
第七章	地方制度	(232)
第一节	总 说	(232)
第二节	地方之组织	(233)
第三节	地方之职权	(234)

第一编 总论

第一章 国家之概念

关于国家问题之研究，德国学者大概均以之属于国家或国法学之范围，在宪法学中，鲜有加以论列者。惟法国及日本学者，则往往以之置于宪法著述之中，详加研究，此盖以宪法之大部分，乃规定国家机关之组织及其职权之根本法，其国家问题，亦为宪法学者所应当讨论之中心问题也。不过国家问题之讨论，虽为宪法学中所不可少，然详细之研究，仍当让之于国家学或国法学中。故本书仅就（一）国家之本质；（二）国家之目的；（三）国家之起源；（四）国家之政治形态（政体）；（五）国家之结合等。略述其大概如下。

第一节 国家之本质

国家之本质如何？自来学者之间，见解极不一致。就其最主要者，约可分为二类：（一）系从社会阶级立论，谓国家系人类社会之一种阶级组织，而为治者阶级所节制管理之团体；（二）系从国家所具有之几种特征立论，谓国家系以某几种要素为基础而成立之团体。

第一类学说，以为真正之全民政治，纯是一种幻想，其政治组织体之国家，不过系某一阶级，为保持本阶级之利益，而抑压利害相反之其



他阶级之机关。此种论旨，吾人一观从前一般国家盛行之限制选举制度，纯依财产之有无及受教育之程度，以作选举权及被选举权有无之标准，而参与国家政权者，仅为有产阶级，复观现今一党专政之苏俄国家，不认资产阶级有选举权及被选举权，而参与国家政权者，仅为无产阶级，则所谓国家为一种阶级组织，本不能目为一种臆断。不过现在尚未成为一般人之通说耳。

第二类学说，为一般学者所倡导，其中又分为二：（一）以国家系由人民、土地、主权三种要素组织而成者，若连结成为定义，则是“国家乃由定住于一定土地内之人民，在惟一主权之下，结合而成之团体”。（二）以国家系由人民、土地、权力者、权力（主权或统治权）、宪法五种要素组织而成者，若连结成为定义，则是“国家乃由定住于一定土地内之人民，依据宪法所规定，在权力者行使权力之下，互相结合而成之团体”。前说本为多数学者所主张，吾国学者向多以此为根据，而说明国家之意义。后说亦为近代学者之通说，惟吾国学者，尚少以之为依据者。余意后说实较前说为完备，因为国家未有权力者及宪法，则尚不能成立国家也。兹特就后说之五要素分述于下。

（一）人民

国家为人类之集合体，而国家之成立，自非有若干之人民不可。此项组织国家之人民全体，学者即称之为国民。国民有为同一人种或同一民族者，亦有不然者。同一人种之国家，以在经济上自足自给之封建时代为多，现在已少其例。民族之成立，不是以种族同一为要件，凡历史、言语、文化等相同者，即可形成为同一之民族。近代国家，多有以民族主义相号召，而成立“民族国家”者，更有以一民族征服其他民族，而合许多民族成为一个国家者。

至于组成国家之人民，其人数几何？原不必有一定之限度。如希腊哲学家亚里士多德（Aristotle）之理想国家，限定人口须为一万至十万，卢梭（Rousseau）亦主张国家人口至少须在一万以内，均系无甚意义。只要有成立国家之可能，虽人口不及一万，或超过十万，又何尝不可成为国家？且事实上人口超过十万若干倍之国家，比比皆是，而人口不及一万之国家，历史上亦所稀见，由此可知限定国家人口之多寡，诚属毫无意义。



(二) 土地

土地亦为国家之要素，若仅有人民，而未占领一定土地，定着于其上，即不能成立国家。如游牧种族，迁徙无常，既无固定之土地，即不能有所谓国家之组织。此种属于国家要素之一之土地，即^①称为领土。所谓领土者，乃表示某一定土地为自国行使权力区域之意，从积极方面言，自己可以对于领土内之一切人民（不问本国人或外国人）行使权力，从消极方面言，可以禁止他国在其领土内行使权力。

(三) 权力者

国家之成立，必须有立于国家内多数人民之上，行使权力以维持国家秩序之权力者，此项权力者，即称为国家之机关。所谓机关者，乃指为国家作成意思或执行其意思之个人或团体而言，国家即以其意思或行为，作为自己之意思或行为。如君主国家之君主、共和国之大总统、国会、法院、国民代表大会等，均为机关之主要者。凡有组织之团体，如无机关，则不能发生其意思或行为。国家既系一种团体，自非有其机关（即权力者）不可。否则国家即不能成立。

国家机关中具有最强大之权力者，称为最高机关或最高权力者。所谓最高机关云云，即系具有作成、废止或变更国家最高意思之权限者之谓，如君主国之君主、共和国之国会或国民代表大会属之。

(四) 权力

此处所谓权力云者，乃国家特别权力之谓，又称为国家之权力或国权。此项权力，即国家一面对于领土内之人民可以命令强制，一面不受任何较高权力所支配之力量也。国家如无此种权力，即不能谓之为国家。

国权可称为主权，亦可称为统治权，故吾国学者列举国家要素时，有用主权一语者（如王世杰比较宪法），亦有用统治权一语者（如钟赓言宪法讲义大纲）。不过国权虽可称为主权或统治权，然主权与统治权二语，究各有不同之意义。据多数学者通说，大概系以主权为表示国权之最高性质之语，换言之，即指不受任何较高权力支配之权力而言，统治权为表示国权之支配权之语，换言之，即指对于人民之命令强制之权

^① 原文为“既”字，略显文意不通，现酌改为“即”字。——勘校者注