

民國史料叢刊

續編

0007

孫燕京 張研 主編

政治·法律法規

華封老人憲法意見書（一）
憲法論叢（第一卷）
人民與憲法



民國史料叢刊

續編
0007

孫燕京 張研 主編

政治·法律法規

華封老人憲法意見書（一）
憲法論叢（第一卷）
人民與憲法



大象出版社

〔英〕畢葛德著

華封老人憲法意見書（一）

序

嘗誦法國學者序英國之憲法曰。時局變遷。潮流靡定。而英國憲法。如以樹膠築河堤。時水勢之盛衰。而寬緊之約束之。無奔決之虞者。惟英國憲法爲能。有畢格德者。卽粵人所稱爲香港裴臬司也。寓港英人。至有稱爲寧黃毋白種也。其實生於英。爲英律師。綰司法及外交篆者。屢矣。所著法學書。膾炙人口者。又久矣。則其寢饋於英國之憲法也。可知。乃爲我國謀憲法。其意見書。不用英國之政黨內閣制。而本共和原理。用總統制。畢君之忠告。豈欺我哉。毋抑政黨內閣。與憲法爲兩事。且不可一蹴而幾耶。由憲法。生政黨。其理順。反之而憲法不爲黨見。所累者幾希。意欲以昔助伊滕侯。改良法律之精誠。勉貢其局外之意見。不泥於英。固矣。今復不泥於美之共和制。不泥於法之共和制。而惟求得一天下共和最精之制。所謂依憲法定總統是矣。吾不敢知曰。畢君所主張者。果

爲天下共和最精之制。其不以黨見擾其心。黨利役其心。則吾敢斷言。其非初出茅廬。一無經驗者。亦敢斷言。至畢君以華封老人自況者。則以年雖少。余一紀而亦六旬有二。其願祝吾華。世世總統。在位去位。皆以堯舜爲法。不再見湯武之革命。殆不啻吾局中者。自爲謀也矣。此無他。天文家。窺星月。反得其全。在地球。窺地球。反不得其全。一在局中。一在局外故。故樂爲序之。書凡十二章。分三冊。時癸丑立夏前二日。相伯馬良序。

華封老人憲法意見書

英國畢葛德著

緒論

制定憲法者。非今日聳動全國之一大問題乎。今已議論紛紜。甚囂塵上矣。顧此問題之中。有無數極爲細密重要之點。於憲法之施行。有深切之關係。斷非空言橫議之所能解決。必加以切實之研究。討論庶乎凡對於斯事。有切膚之利害者。得確知優劣之所在。與夫取舍之何從也。夫將來中國憲法。究取何種體制。此有待於政界之爭議。而實取決於國會之議員。則今尤宜使國會議員。瞭然於其所任者之重大繁難。而不可輕忽焉。固知凡受國民之委託者。必兢兢以盡職爲念。惟是前途之陷穽甚多。稍有不慎。失足堪虞。貽禍無窮。不能不爲之深慮耳。是以茲於各種難決之問題。擇而論之。以學理爲根據。而

不爲黨見所囿。立論亦淺近易曉。所以盡其忠告之忱而冀讀者之採擇也。

雖然。余局外人也。而欲讀者之聽信。則當先自述其發言之資格。余夙諳憲法之學。英國之不成文憲法者。其主義之潮流。各國之成文憲法多受其灌輸。有如河出星宿而分注四瀆。余蓋嘗深加探討而有得焉。自久居東方以來。與其人士相交遊。則又同化於東方之精神。而於東方人之美德多所服膺。深信其有契合於大道者焉。中國之之少年派。熱心猛進。自信甚深。余固極表同情。而老年派有如昔者日本之元老。以漸進爲主義。余亦深爲欽服。以一國之事。進行過驟。不遑熟慮。則或將致國家於危險之地。自宜有一種穩健之勢力。以調劑之。而節制之也。余尤信此兩派之政策。雖殊。而其祈嚮則一也。蓋革命流血之慘劇。既將昔日腐敗之政治。從根本上破壞。則今必力謀建設。使前之老大

帝國斯後將永爲共和之邦而得與世界各國抗禮焉而曩昔人民之美德爲野蠻政府所蹂躪殆盡者今後處於共和政府之下受文明之流澤亦必將重蘇復振有如壓折之花之復開於春煦之下也此固兩派之所同深希望而無所遜讓者也而所以鞏固此新邦之建設使天下共證之而又將由之以達其所望者則憲法是已此余所以欲於中華民國之制定憲法盡其忠告也

憲法中關於政府之問題至夥人心之不同如其面焉中國之人民對於此種問題決不能皆抱同一之意見者勢使然也意見不同則會議之時彼此爭持有如水火發而爲激烈之辯論在所難免然而兩方所由之道雖歧而所赴之的本同則辯論之餘斷不可繼之以腕力當視以武力解決國事爲卑劣之行爲而平心靜氣尊重公理以聆他黨之言論有可訾議者則和衷商榷之有理由充足者則或竟舍己意以從之此排難解紛之

不二法門

也。斯書之作。即將啓此法門於當局者之前。庶可使將來凡憲

法之所規定者。諸政黨及諸個人。無不誠心服從焉。其視專主調停之說。徒敷衍一時。不足以折服人心而爲異日留紛爭益烈之地步者。優勝萬萬也。書中全旨。以期得**立憲之總統**爲主。讀者當知其爲極要之問題。不煩余多論矣。

第一篇 憲法之體制

中國憲法究將採用何種體制。此制定憲法之第一問題也。余聞有主張用美國式者。斯固不足爲異。以中國人之曾遊學美洲者甚衆。其有尊崇美國憲法之心者宜也。余輩則多贊法國憲法之優。以其曾歷經禍亂而尙鞏固如初也。然觀於中國之情狀。與其他各邦迥乎不同。若徒抄襲他國之憲法。必不適於施行。況美法二國之憲法。其不宜採取。尙有他種之理由乎。就美國憲法而言。

其條文之中有以保存昔時獨立諸邦爲主義者已與中國不宜而此外尙有甚多之缺點焉。卽如其載聯邦憲法之大綱雖甚清晰而法學大家戴雪君 Prof. Dickey 則謂「美國憲法之條文其布置既不合論理其詞意亦不甚明瞭」斯言實非誣也。其他缺點茲不具述。若夫法國之憲法則雖類分爲若干互相關連之法律而竊病其不合學理且其所設之政制有酷似英國之政黨政府者。此在今日之中國決不適用也。各君主國之成文憲法以國體之不同其不能全然襲取更無待言矣。然無論各國之爲君主爲共和也其憲法之中要皆有適於中國而可採取之原則在。惟當精於選擇。察其善者兼蓄並收而復折衷於本國之情狀以合成一最宜之政制耳。信由斯道也。則英國憲法中之原則固大有可採者。余敢深信不疑也。

茲復舉一關於學理而不可忽視之點。則各邦憲法中之細規繁簡迥殊。有極疏略者。亦有極煩瑣者。南美各共和國之憲法尤甚焉。此中蓋有。大可研究者。在制定憲法之先。不可不預加詳察也。夫憲法亦法律也。而與尋常立法機關所通過之普通法律異者。則以普通之法律立法之機關可任意易之。憲法則必使之極難變更。欲變更之。或修正之。非依規定之特別方法。不可。其在北美合衆國。則凡欲修正憲法。必先由兩院議員全體三分之二認爲必需。而由國會向各聯邦提出修正之議案焉。故凡各事之宜有永久性質者。必皆載之於憲法之中。而其不可持久者。則不宜闡入也。以余觀之。凡泰西各國之憲法。除美國以外之各共和國。不論幾無不病於細規之不完備焉。今中國之制定憲法。當力免此弊也。抑余所謂不可忽略者。尤指憲法之法律與習慣中有永久性質之原則。而與政治之原則不相

干涉者而言。請取譬以明之。設如憲法中有總統得以國會之同意與他國締結及批准條約一語。其意義卽不完備。以其未曾言明國會之決其同意與否。當在商訂條約至何地步之時也。蓋締結條約當經三級第一級總統派代表商訂。第二級提交國會請其贊同及限期決議。第三級國會若同意由總統批准。此三級者皆當詳載之。以免他日之困難。非必與政治之方針有關也。又有他種關於學理之點。如總統之特赦權之施行及其免於逮捕之權利等。皆當詳加擬議。此係制定憲法中之一種專門學術。設出之以疏忽貽患。或將無窮。故制定憲法一事。寔自別爲二部。一屬於政治家。一屬於憲法專門家。各有專責。而互相補助。若能和衷共濟。焉尤國之福也。依臨時約法之第五十四條。制定憲法。惟國會是賴。故上所言者。尤爲國會議員而發。俾其於所任之事之性質。咸了然於胸中焉。諸公而不河漢余言也。則

苟有一委員會盡其忠告。貢其條議。以供採擇。諸公必樂受之。使此所獻之條議。爲會以憲法專家之協助。詳加審慮。而後定者。則其必足以輕諸公之仔肩。而絕不干涉其權力。且又足使其事業之成就。更爲圓滿焉。蓋有可斷言者矣。

第二篇 憲法之細規與其原則

憲法者。所以授予人民以公權。及權力與職任之證書也。公權。人民共之。無所輕重。權力與職任。則不能不特有所歸。而受之者。即爲國家之公僕。以保護而發揮人民之公權焉。防權力之施用。或將不合規則而流於濫也。則設爲種種之條文。而復立種種之機關。以節制之。而平衡之。國會者。此類機關中之最要。而所以便於發表民意者也。使此諸機關之自由。不被侵涉。而其組織之及規範之之道。亦以確能代表民意爲標準也。則其在於共和政體。抑專制政體之下。實罕殊異之處。惟儀節之繁簡。有不同耳。在於此種君主之國。其元首是曰。

立憲之君主在於此種共和之國。其首長是曰立憲之總統。今所望於中國之政治家及其有識之士者。當制定此人民自由證書之際。能和衷共濟。詳爲商榷。庶乎中國得成。一如是之共和國。而其國民之長爲一如是之總統也。余曾謂各國之憲法似大都皆坐細規不完備之弊。然此固有其故焉。蓋各國憲法條文所未載之細規。常可自其國歷來之成例與習慣中求得之。故雖不詳於記錄。而當事者自無不由之也。余前亦述戴雪君之言。以明美國憲法所以不可做襲之第二理由。戴雪君以爲欲深曉美國憲法條文之意義。必當先知合衆國聯合之約文。及華盛頓等之意見。卽謂美國憲法中習慣例之多。幾與英國憲法相埒。亦非過焉。蓋美國憲法文字之中。隱含有若干原則。爲施行該憲法之人所熟悉。而爲解釋憲法所不可少。此種原則皆出於習慣。日積月累。隱附於條文之內。雖視之不可見而已。幾成爲憲

法中之部份矣。此所以細規雖略而流弊尙少也。然此在美國或他國則然耳。中國固不能援以爲例而於憲法中之細規不求完備也。以中國尙無憲法之成例可以解釋意義不備之條文而使合於憲法之主義也。故欲中國之憲法有效力必不可徒將大略之條文抄錄於紙上而卽謂已足。必當將施行之細規詳爲訂定於憲法之中焉。不然則必須另憲法以外之法律以規定之。而憲法以外之法律固可由國會照普通之方法隨時變更者是憲法之一要素所謂永久之性質者必損失於無形之中矣。

讀者或尙有惑於吾言乎。請取譬以釋之。今設爲英國制定一成文憲法而曰「赦罪之特權惟君主得以施用之」。此條卽已完足以赦罪二字之意義在英國有習知之解釋絕無可疑。若在中國則不然。以中國祇有施用專制權之前

例此與赦罪權之施用正相對也。依憲法主義之解釋。赦罪特權祇可施之於國事犯而不能施及對於個人而犯之事。如侵害著作人之版權是也。此特權不得包括未經審判以前之預赦。以此卽所謂免罪之權。用之不當。殊爲危險。亦不得包括政治犯之大赦。此二者蓋惟國會方可施用之。此種原則在英國不待解釋。若在中國則無人知之。必制定於憲法之內。庶可以永久不更易也。茲請再取一例以明吾言。如一國之元首有免於逮捕之權利者。勢使然也。若其於日行之事。常有獲譴之虞。則政府之事無從進行矣。然歷來所謂「君主不能有過失」之一言。在共和國究當譯爲何語乎。凡總統當在任之時。應免於逮捕。絕無可疑。及其卸任以後。亦不能用其任內之公事發生訴訟之問題。惟若在任內有私人違法之舉動。是否亦可永不過問。則實一疑問。而爲各國憲法所未曾明言者也。今設懸擬有一總統在市上毆人或毀人物件。則當