

中國新憲法論

劉靜文 著

獨立出版社印行

劉靜文著

中國新憲法論

獨立出版社印行

中國新憲法論

著者 劉靜文

校對者 徐鐵英

印行者 獨立出版社

正中書局

總經理

重慶中一路二八〇號
中國文化服務社
重慶磁器街二十二號

版權所有

實價八角五分

民國三十年一月再版

第四編 附錄 憲法之起草

中國新憲法論

目次

第一章 導論

第二章 第一節 人權與法治

第二節 法治與憲政

第三節 批評諸制之標準

第二章 總統制與內閣制

第一節 總統制

第二節 內閣制

26 24 24 20 11 11 8 16 17 011

第三章	五權制度	76
第一節	五權制度之原則	76
第二節	五權制度之特點	88
第三節	五權制中所含總統制與內閣制之優點	97
第四節	五權制爲深合我國需要之制度	101
第四章	個人對於新憲之建議	110
第三節	內閣制與總統制之優劣比較	28
第四節	總統制之優點	49
第五節	內閣制之缺點	55
第六節	二制調和之限度	66
第七節	結論	78

第一節	五院關係之調整……	110
第二節	非常事變之應付……	114
第三節	總統之功用與地位……	117
第四節	行政權限之強化……	120
第五節	立法權限之集中……	124
第六節	地方自治之統制……	128

第一章 導論

第一節 人治與法治

儒家之注重社會秩序，與法家一樣，所不同者，儒家以人爲本位，而法家則以法爲標準。從一部易經之中，吾人可以觀察出孔子的一貫的社會哲學，是由宇宙的秩序推論到人類社會的秩序的。因爲他從宇宙現象中觀察出「天尊地卑，乾坤定矣；卑高已陳，貴賤位矣」；所以推論到人類社會，就要「序君臣父子之禮，列夫婦長幼之別」；就主張「必也正名乎」；就主張「君君臣臣父父子子」。蓋必如此，而後可將一個戰爭混亂的社會，化爲「小康」之世；更由「小康」之世，進於「大同」世界的理想。可見社會秩序與文化進展，關係非常密切。試從英國史中指出一個左證。在英國都鐸皇朝時代（Tudor Period），中央政府對於國民經濟生活之操縱，已頗爲有力。此乃民族意識發達之結果，視全民族爲單一的有機體，而以中央政府爲其意思表現之代表。流行於這個時代的有權威之思想，無不以爲欲求國家繁榮強盛，必也全國上下，各安於一定的秩序之下而後可，那就是說，將

全國人民，分納於幾種不同的類別，使各盡其義務，各負其責任（見 Sir William Ashley: *The Economic Organisation of England*, Ch. V）。從英國經濟史中一個片段，足以證明社會秩序為國家繁榮的一個基本條件；更足以證明孔子的尊卑秩序的思想，絕不是一種空想，而是針對當時的社會實況而發的。即在我國今日的社會，此種思想中的大部真理，亦頗值得吾人的注意。

儒家思想的第二個特點，就是所謂「賢人政治」，換言之，聖人君子登在高位，以其道德行為相感召，則下民自然風行草偃矣。如論語中所謂「君子之德風，小人之德草，草上之風，必偃」。又如大學中所謂「上老老，而民興孝，上長長，而民興弟；上恤孤，而民不悖」。曾滌生氏所謂「風俗之厚薄奚自乎？自乎一二人之心之所嚮而已」。尤足為晚近人治主義者的代表。但是無論在什麼時候，政權總是有人把持着，若照賢人政治者的主張，遇着賢人，則「一人有慶，兆民賴之」。惟若不遇賢人，則政權必落入不肖者之手，而國家元氣，必為之斲喪無餘。根據吾國歷史經驗，賢君良相，世出，而不肖者接踵皆是，如欲避免「賢人政治」所發生的危險，必也對於「惟仁者宜在高位」一層，有充分的保障而後可。但儒家對此問題，迄無圓滿的解答，而其結論，却是「其人存則其政舉，其

人亡則其政息」。因此，國家的命脈，政治的隆污，皆繫於一人一身，這當然不是長治久安之計！故法家者流抨擊之曰：「且夫堯舜桀紂，千世而一出。……中者不及堯舜，而下者亦不爲桀紂。抱法則治，背法則亂，背法而待堯舜，堯舜至乃治，是千世亂而一治也。抱法而待桀紂，桀紂至乃亂，是千世治而一亂也」（韓非子難勢篇）。法家的最大優點，即在法治的範圍之內，可使中材之主，不致有隕越之虞。故韓非子難勢篇有言：「夫曰『良馬固車，臧獲御之，則爲人笑；王良御之，則日取乎千里』。吾不以爲然。……夫良馬固車，五十里而一置，使中手御之，追速致遠，可以及也，而千里可日致也；何必待古之王良乎？」所謂賢君良相，在法家者流的心目中，完全屬於偶然的天幸，絕非治國之常經。況且若照孔子之言，「性相近也，習相遠也，惟上智與下愚不移」，尤足證明堯舜桀紂，皆爲例外，惟中材之主，乃通常的治國之君。故治國之道，當在國家設有根本大法，而納中材之主於範圍之內，使其承緒不墜而已。故曰：「釋法術而心治，堯不能正一國，去規矩而妄意度，奚仲不能成一輪。……使中主守法術，拙匠守規矩尺寸，則萬不失矣」（韓非子用人篇）。

但儒家的人治主義，亦非如此之脆薄而易破，非若世俗謂「賢人政治」者，專以一聖

君賢相之存沒爲興替。儒家之言政治，務在養成多數人的政治道德。政治能力，及政治習慣，以養成健全的人民。而後方有健全的政治之可言。達此目的之手段，則爲仁義禮樂等。就中尤以禮爲主要的工具，故亦名之曰「禮治主義」。如孔子比較禮與法之功用曰：「凡人之知，能見已然，不能見將然。禮者禁于將然之前，而法禁于已然之後。……禮云禮云，貴絕惡于未萌，而起敬于微眇，使民日徙善遠罪而不自知也」。由此可見儒家欲以禮引導人民，使其於不知不覺之中，從細微的地方，養成一種良好的習慣。不待法律制裁，而已發生功用。若此種習慣，再能使之普及起來，強固起來，則又成爲一種強有力的習俗，可爲此後人民守法精神的基礎。故儒家深信良好政治的基礎，在養成全國人民之合理的習慣。若不此之務，而朝制一法律，暮頒一命令，則不惟無益而反有害，其結果不至「法令滋彰，盜賊多有」的境地而不止。況人們自由意志的活動，既日新而月異，因之而人類社會的關係，亦變化而不測，絕非客觀的標準所可衡量。故法令雖如牛毛，終有其不至之處。「特法以爲治，則法所不至之部分，或聽人民自由行動，或由官吏上下其手，二者皆所謂「廢」也」（本段意見，部分的參考梁著——先秦政治思想史）。

人治與法治兩種思想，不但在我國政治思想史中，占着中心的地位。即在歐美各國法

律史中，也占有同樣重要的位置。在英國整個的法律系統之中，普通法（Common Law）向占基本的地位。因為法官將普通法應用得太呆板，有時甚至違反情理之常，人民不得已，乃有向國王訴願之舉。迨後國王無暇一一審理，乃將此等案件，交與其樞密大臣，迨後樞密大臣，亦無充分之時間，以審理此等案件，於是有平衡法院之設立及平衡法例之發展，以救濟普通法之不足。至普通法與制定法（Statute Law）的關係亦然，近數十年來，由於社會事業發展之迅速，行政機關的司法權限，亦日見擴大。但法庭對此，則取干涉破壞的態度，以致行政命令，常被判為越權無效，議會不得已，乃為之制定法令，明白承認某種行政機關，依據授權法令所頒布之命令，為有最後之拘束力。再普通法法庭之對於新的社會事業，如工會等等，亦同樣的採取頑強破壞的態度，致議會一再加以糾正而不止（採自拙著，Judicial Functions of Public Authorities），由此可見平衡法（Equity）與制定法常以人治精神，來矯正普通法嚴格的法治精神之流弊，因以調協人情與法理的衝突，且減除呆板法律對於社會發展所加之障礙，故從政治史或法律史的觀點來講，人類歷史常為人治與法治兩種思想範圍着，有時偏重人治，有時偏重法治；有時二者發生劇烈的衝突，有時在企求着二者的調和。人類過去的經驗，由人始所發生的流毒，常為專制、貪污、任

用私人、營人命等弊。對此所生的反響，則爲嚴密的法治主義，但其結果，又易流於法律呆板，舞文弄法，機械主義等弊。於是人們又欲從道德人情方面以求救濟。如此輾轉相承，曾無已時。但我們每以得着一個結論，就是絕對的人治與法治，都是行不通的。必也二者能有了適當的調和，而後方可爲人類社會造福利。

以上所述儒法二家的理論，乃先秦時代的產物，其時尚屬君主政治時代，二派立言，皆不能離開君主，故儒家推論之結果，常有「人存政舉，人亡政息」之嘆；法家雖欲鼓吹法律爲神聖不可侵犯，但亦不能保障法律之不爲君欲所搖動。雖然，卽使當時，儒家已知注重人民的政治能力及政治習慣之養成；而法家亦已苦心譬喻，以求人民法律智識之普及（此句意見，採自梁著：先秦政治思想史）。故吾以爲若在今日的社會，二派理論，必可彼此調和，而絲毫不相衝突。儒家必注重人民健全的政治習慣，公共意見之養成；而法家必注重於法治精神之培植。這種健全的政治習慣，和强有力的法治精神，若能調劑適當，對於國家社會，只會有益而不會有害的。然而時至今日，猶常有人在那兒鼓吹有治人無治法，或則在那兒提倡有治法無治人，這種一偏之見，完全由於不明瞭兩派學說的時代背景，及其本身的價值！

爲求減免今後學說上的紛歧，爲求社會事業得有長足的進步，著者於此，大膽的主張，兩派學說的調和！這主張是有幾個理由的：第一，從個人方面說，道德以陶養其內心，法律以規範其外表的行爲，乃是同等的重要，譬如社會上有一個人，若沒有一點道德的觀念，單靠法律來制裁他，那是不夠的。因爲他可以在法律所不到的地方（例如律無明文者不罰），儘量的爲非作惡，而社會上的道德制裁，他又置之不顧，豈不成了個害羣之馬了？反之，若捨了法律的制裁，而單靠道德的修養，那也是不行的。因爲道德的感化，在封建的農村社會裏，雖不無相當的勢力，但在工業化的社會裏，則不能生效。加之社會事務，日見繁盛，社會上權利契約關係，亦日見複雜，若無法律以爲規範，則其現象真有不堪設想之概！總之，欲造成一個健全的公民，必使其生活不離道德的習慣，行動不出法律的範圍而後可。再就二者之性質言之，道德之制裁較寬，而法律之制裁則較嚴；前者令人積極的爲善，而後者令人消極的不爲惡；前者注重內心的修養，而後者則規範其外表之行爲。故二者實乃一物之兩面，相助相成，而不可偏廢的。

第二，從國家方面說，健全的公共意見和強固的法治精神，乃政治機構運動中的兩個礎石。著者常將近代政治機構之運用，加以分析，因得一圖解如左。

文化上的遺產
社會風氣
政治習慣
(政治遺產)

國民

↓

↓

行政

政治

法律

(人治遺產)

人民承受了先民文化上的遺產，再加上法治精神和良好的社會風氣與政治習慣，因以造成了健全的國民全體。這種健全的國民，即是整個政治機構運用時的動力！然而這種動力，終嫌空泛散漫。故須由黨將它集中起來；代表人民來策動這個政治機構；授權政府，使其專司用人行政之資。請到政府方面，法治精神，必須充分的表現，方得成爲一個廉潔完善的政府。規範政府的法規，可分爲組織法與行政法兩大類。前者爲靜的，側重於政府權之劃分及各機關間相互關係之規定。後者爲動的，側重於整個政治機構之運用，尤其關於用人行政二端。關於政府事務，雖以法治爲主體，但同時亦須容納若干人治精神，以爲調劑。統括言之，公共意見，以人治精神爲主體；政府事務，以法治精神爲主體；政黨則介乎二者之間，作溝通策動之用。在這樣一個健全的政治機構之中，既有生動敏活的動力；而其活動，又是循着縝密詳靜的規律。敏捷活潑，而不失之鹵莽滅裂；縝密詳嚴，而不失之呆板拘泥；既無軟弱之虞，又無停滯之患。這樣分配稱爲一個近代的民治

政制！但是這樣的一個政治機構，必先調和了人治與法治兩派的精神，而後方可運用得穩定而靈活！

第三，從領袖與制度的關係上說，也有調和人治與法治兩種理論之必要。在一個民族的精神方面，總有幾種力量為造成國民性格的元素。政治社會，譬如一個機器，這幾種元素，就是推進這個機器的動力。大凡一個民族中的偉大領袖，必能從歷史中間，體察出來民族文化精髓之所在。因而將發皇前人遺緒的鉅任，負擔在自己的雙肩上，因為他能有這樣深刻的眼光，遠大的心胸，和超凡的氣魄，所以他能以深切的了解那幾種深入人民心理的潛在的勢力；能鑑別到何者為人民所需要，何者為人民所厭惡。這樣偉大的領袖，不但能繼承歷史的遺緒，和了解本民族的需要，並且能以其一己的人格來感召人民，蔚然造成一時的風氣；這樣的偉大領袖，就是儒家所夢想的「賢君」；就是民族復興運動中的救星！因此難免不有人出來提倡人治主義，好似法治主義，就會成了他的救國計劃的阻礙。殊不知一人的時期有限，精力有限，而國家政務，真是一日萬幾。若說事必躬親，這絕非一人的精力與時間所能及；若說凡事委託親信之人，則日久必有其蒙蔽之弊。歷史上常有許多政治家，每因用人不慎，以致身敗名裂，豈非憾事！救濟之道，莫若對於領袖，採取

人治主義，舉國上下，應以救國之大任相付託，且無時不致愛戴之忱。但關於用人行政方面，則宜採取法治主義，以防欺蒙隱匿之弊，這種辦法，在實際運用之時，必發生如下之結果：或則法治精神太強，而領袖的一切行動，皆不能出乎法律的範圍之外；或則領袖之毅力特大，而制度不過爲其駕馭一般服務人員之工具。總之，領袖之與制度，人治之與法治，可以並道而行，則可斷言的。現今法國行政法及地方行政制度，其規模猶爲拿破崙時代所樹立。以拿破崙蓋世英武，且能樹立行政基礎，並造成一部拿破崙法典，足見領袖可以憑藉制度以治國，絕不是一般所想像的，只要推崇領袖的人治，就可以把所有的法治精神，都一概抹煞了。

人治精神與法治精神——在近代政治機構中，是可以調和起來以謀國家社會的福利。這層已在上文略爲討論了。此後著者將把關於人治方面各問題完全拋開；而集中論點於法治中的一個基本問題——憲政問題。討論憲政問題，若專門在死的條文方面去推敲比較，頗爲無味，故本書的一貫精神，在從實際政治運用的觀點來比較各國憲政運用的利弊得失，來闡發五權憲法的特點，這是要請讀者注意的。

第二節 法治與憲政

吾人研究憲法，應自英國開端，以便有所取法。因為英國憲法，就是各國憲法的祖宗。但法儒杜奇微勒（Alexis de Tocqueville）有言：所謂憲法云者，在英國就沒有真實的存在；然則英國果無這樣東西嗎？曰：有！既有這樣東西，還按照美國憲法那樣開明瞭呢？還是像德國新憲法那樣冗長詳細呢？還是和法國憲法相似，是由幾種憲章和組織法所湊合而成的呢？曰：都不是，英國憲法，是於不知不覺之中，由繼續不斷的壘砌而成的一種產物。英國憲法乃由憲章、法令、法庭判決、司法前例、及政治慣例等所日積月累，而多年演進而成的，它本身不是一種文書，而是多種文書的集合體！它本身不是一件已經完成的東西，因其無日不在生長進展之中。凡稍讀英國歷史的人們，當無不知一二一五年的大憲章（Magna Carta）、一六八九年的權利宣言（Bill of Rights）、一八三二年的改革法案（The Great Reform Act）及一九一一年之議會法（The Parliament Act）等。在英國憲法中，所占的地位之重要。試以一二一五年的大憲章而言，其歷史上的重要性，不在其所具載的條文，而在其所昭示的兩大原則。第一，任何國家之內，必有若干法律之存在，以為