

義講院學政法海上
理原法立代現

著授教若淵張

行發兼版出院學政法海上

中國制憲問題自序

當是書脫稿之夕，著者掩卷靜思，以爲中國制憲問題之困難，非在善良法制之創立，而在法治主義之推行。蓋法治之精神，非僅止於編訂白紙黑字之法典，實貴乎法律之實施，法律之擁護；法律之遵守，法律之普遍。法律之編訂，其事易，其時暫；而法律之實施，擁護，遵守與普及，則有待乎法治精神之發揚，有待乎民衆習尚之造成；其時長，其事艱，而其效尤難著。古語云，徒法不能以自行；故法律之施行，首賴信法，守法之毅力與精神。

中國憲政，前後已經數十年之歷史，反覆制憲，已非一次；皇皇憲章，幾已集世界之大成。顧歷年以來，但見毀法亂紀，反抗破壞，初未切實奉行。當局者既以憲法爲收拾時局之謀略，裝點門面之飾物；而人民之視憲法，亦與其自身之權利幸福，了無絲毫之連誼。此中國憲政之所以不上軌道，而制憲亦終等徒勞也。

懲前毖後，吾人自當勇承憲政失敗之歷史的教訓，澈底認識此次制憲之意義，非虛應歷年制憲之故事，非粉飾承平之點綴，非政客主慰之玩物。而乃建設革命主義，促進民權發展，以及約束當局，推行法治之神聖不可侵犯最高無上之原則。既經制定，誓必奉行！此愚所以不因歷年憲政之失敗，而仍毅然有是書之作也！

是書之作，都半係歷年舊稿；其中四，七諸章，則係中央大學學生滕碩所筆記。故前後文筆，不免互異。年來俗務鞅掌，苦無寧思執筆之暇；粗疏之處，諸希當世明達，有以教之。

民國二十二年春淵著自序于上海

中國制憲問題目錄

上編 總論

第一章 緒論

一、法治之精神

二、法治與禮治

三、法治與人治

四、法治與憲政

第二章 制憲真詮

一、緒言

二、消極方面之意義

1. 非因襲歷年憲法之遺制

2. 非師承天賦人權之舊說

3. 非抄襲歐美之成法

4. 非粉飾承平之點綴

上海法政學院 現代立法原理

上海法政學院

中國制憲問題

目錄

三、積極方面之意義

1. 完成革命主義

2. 促進民權發展

3. 建設地方自治

4. 培養法治精神

第三章 中國憲法淵源之檢討

一、革命建設之基本問題

二、法律之根本精神與事實基礎

三、歷來法律精神之錯誤

四、創建法律科學之新系統

五、三民主義立法之基本原則

六、民族主義的法律觀

七、民權主義的法律觀

八、民生主義的法律觀

第四章 近代憲政改造之原則

第一部 改造憲政之基本概念

一、歷來法學基礎之動搖

二、近代法學之重要原則

三、近代法學之新意義

四、近代法學之新基礎

第二部 代議制度之改造

一、代議制度理論之缺點

二、職業代表主義之缺點

三、如何鞏固代議制度之基礎

四、上院存廢問題

五、直接民權問題

第三部 行政之改造

一、均權主義

二、地方分治

三、公務分治

四、團體法與契約法

五、行政行為之新觀念

六、行政裁判制度之改造

上海法政學院 現代立法原理

第五章 近世憲法之趨勢

一、戰後世界憲法概觀

二、民族主義之趨勢

三、民權主義之趨勢

1. 人民權高於政府權

2. 創制複決罷免權之應用

3. 選舉制度之革新

4. 職業代表制之實行

5. 上院權力之消滅

6. 憲法最高性之保障

四、民生主義之趨勢

1. 私有觀念之革新

2. 社會生活之改善

3. 勞工之保護

4. 地權之平均

5. 資本之節制

五、結論

下編 本論

第六章 制憲原則

一、緒言

二、形式上之原則

1. 詳盡

2. 切要

3. 淺顯

三、實質上之原則

1. 權利觀念之革新

2. 義務觀念之並重

3. 私有觀念之革新

4. 自由觀念之革新

5. 人民生活之保育

第七章 人民權利義務之基本原則

一、傳統私法學之基礎

上海法政學院

現代立法原理

二、歷來私法學基礎之動搖

三、近代私法學之新基礎

四、保障權利之理論的革新

五、最近各國對於私有權之限制與革新

六、自由新義

七、平等新義

八、意志自主說

九、法律行為觀念之革新

十、契約問題

十一、責任的客觀主義

第八章 中央與地方之權限

一、問題之焦點

二、各國之制度

三、中央列舉之內容

四、吾國應採之制度

第九章 中央制度

一、總說

二、委員制

三、內閣制

四、總統制

五、結論——吾國今日應取之方針

第十章 地方制度

一、緒言

二、憲法之精神

三、地方制度總理遺教

四、地方制度憲政原理

五、地方制度與時代趨勢

六、地方制度與歷史背景

七、地方制度與中國特情

八、結論

第十一章 制憲與民生

一、緒言

上海法政學院 現代立法原理

上海法政學院

中國制憲問題

目錄

10

- 二、現代國家之觀念
- 三、近世憲政之缺陷
- 四、蘇俄革命之影響
- 五、德國憲法之貢獻
- 六、結論

第十二章 民族與憲法

- 一、憲法新義
- 二、主權新詮
- 三、獨立精神
- 四、鞏固國本
- 五、自強精神
- 六、適合國情

附錄一 人權論辯

附錄二

- 一、辛亥年十月十三日中華民國臨時政府組織大綱
- 二、民國元年三月十一日中華民國臨時約法

三、民國五年五月一日中華民國約法

四、民國十一年一月一日湖南省憲法

五、民國十二年十月十日中華民國憲法

六、民國十七年十月三日中華民國國民政府組織法

七、民國二十年五月十二日中華民國訓政時期約法

上海法政學院

現代立法原理

現代立法原理

章淵若

近代私法學之改造

一、傳統私法學之基礎

「權利」，爲歷來傳統私法學之精神的寄託，認權利和法律爲一物的兩個方面，從權利的表面說是法律，再看法律的內容便是權利，所以自拉丁以至德法意諸國文字權利法律皆一語而用，但是這種見解，是否爲正當？這種觀念，是否合乎客觀的條件？我們如把歷來私法學上所認爲權利的內容分析一下，便可窺其豹而定敗捨。

根據歷來傳統法學家所下法律定義之內容，對於私有權之意義，可求出下面幾個特性——排他性，絕對性，強占性，殘忍性，暴業性，利己性——蓋歷來法學家謂私有權，由於對抗他人之作用而產生，故曰有排他性；認私有權有絕對的使用性，得自由使用，收益處分其所有物，他人不得干涉之，在時間方面，有絕對的無限性，可傳之萬世而無損，故曰有絕對性；又說私有權之生，由於占有的關係，此占有關係，分外形和內形的兩種：外形者，所有者占領所有物之事實的表現；內形者，取得所有物之意識上的淵泉，不論其意識之爲善惡，法律同認其爲占有，故曰有強占性；同時債權人對債務人要求償還其債務時，即債務人果處於窮困狀態，而其實施之壓迫，榨取的手段，在法律上，仍認爲合法，故曰有殘忍性；且許所有者對所有物，有無限制的消費權，破壞之可，遺棄之可，非善意的使用亦無不可，故曰有暴業性；并謂所有權之主要作用，在爲獲得自己之利益而使用，固不含有其他之何任使命，故曰有利己性，以上所述，即歷來法學家對於權利的觀念，同時在私法上，亦有其根深蒂固的基礎。

二、歷來私法學基礎之動搖

(一)主觀權利之動搖 A事理之顛倒本末 向來法家之學說，法律的規定，皆先言權利，後及義務，即側重權利，忽視義務。然從社會的立場，客觀的態度，分析其內容，則其理論之顛倒本末判然。蓋權利本身固非目的，僅爲達到目的之手段。前人不察，遂誤認權利即爲人生目的。要知人類之目的，在求生存；欲達此生存的目的，必須爲社會盡一部分義務；爲使各人之義務能充分的表現，始有客觀權利的產生，可見誤認權利爲目的的主觀權利，實在顛倒了事理之本末，當然的失其立足點。B實際上之不良結果 因主觀權利之流毒，不知義務爲人類之天職，終日的爭權奪利，演成慘淡無光的歷史，鑄成不可挽回的大錯，不斷的流血，到處是戰爭，盲目的活動，唯利的追求，這樣的乎人生之真義的主觀權利論，雖欲其基礎之不動搖，亦不可得。

(二)個人主義之崩潰 昔之學者，認人生而自由，生而孤立，生而有自主權，故力倡個人主義，然而從歷史的眼光，生物之原則，社會的立場來觀察，則立知人爲社會之一員，絕非孤立的動物，有羣居的特性，互助的本能，生而不自由，隨時隨地，皆受有社會之拘束，有求同的要求，共存共榮的心理，爲達到共同生存之目的，乃有分工合作之必然的關係，根據此點，個人主義，已失其活動之中必，或曰，廢除個人主義，不啻宣告個人死亡，不知倡此說者，實爲一孔之見，杞人憂天，若人類皆極端的發展其個人主義，於定害衝突的時候，自然不免於鬥爭，這樣，人類的生存，還有什麼保障！社會的目的，誰云乎如此！唯有社會職務說，始足以維持個人的生存，助長社會的進化，且爲權利立一永久鞏固之基礎，使人類於社會聯立關係上，定有活動的範圍，調和各人的慾望，保護全體的生存。

從上面兩點觀察的結果，得知歷來私法學之基礎，已趨於動搖，而其改革之事實，亦將呈於吾人之目社。

三、近代私法學之新基礎

根據前面的論點，已知傳統私法學人個之主義的基礎，趨於崩潰；新的社會職務說，將代之而滋生。此固爲近代私法學上之一大改革，然亦因此而引起許多的爭論。擁護個人主觀權利者，誤解社會職務之精義，以爲社會職務說之實行，不啻宣告個人死亡；然而一求社會職務之真諦，便知社會職務說，非但不是宣告個人死亡；且正足以使個人復活，蓋從前因爲極端發展個人主觀權利的原故，使社會形成畸形的狀態，呈露冷酷的病象，社會的機體，既多病菌；個人的生命；亦無確切的保障！而社會職務說，實足以保護個人之生存，完成社會的使命。此於前節已言之矣，夫徒有權利而不工作——義務，則生產停頓，而人類將何以生存？且財產之所以有實際利益於人類者，不在財產之無謂的占有，而在善意的使用。故近代私法，必須與以客觀的社會職務之基礎，始可完成社會之作用，維持個人之生存，達到人類共存共榮的目的。

四、保障權利之理論的革新

權利一物，是否先天的已有其存在，抑係後天的產生，既定有權利以後，應否加以保護，保護的方式又應何如，此類問題，在近代法學論壇上，時有激烈的爭執，傳統法學家，則絕對擁護主觀權利之理論；過激社會主義者，則主張根本的廢除，否認其在法律上之存在，更無所用其保護。吾人如能立乎中流，客觀的以事實來觀察；則權利之功用，固亦不可盡廢，而在現時秩序紊亂，產業落後，生活要素缺乏，實業狀況幼稚的中國，對於財產權利，尤有保護之必要。然而我輩所謂權利，固非傳統法學上之天賦的主觀絕對權；而係根據客觀的事實，社會的要求，歷史進化的程序，達人類最後目的，而設定之客觀權利。故一方面既能矯正過激社會主義者主張根本廢除權利存在之因噎廢食的錯誤；一方面又與歷來傳統法學之絕對擁護主觀權利的閉門造車者異其趣。歷來傳統法律思想，對於保護財產私有權之理論，綜析之，可歸納爲以下諸說：

(一)社會德性說 保護財產私有權，足以培養社會德性，個人氣度必偉大，對人類同情心必增加，所謂「富而好禮」之意。然而求諸事實，有未盡然。富者不必皆富於同情心；富於同情心者，正不限於富者。即有一二富者之義舉，然其慷慨解囊之所費，較諸彼私人財產之所有，亦九牛之一毛。若即以此推定富者氣度偉大，富於同情心，又豈事理之所許？

(二)文化說 私人財產權，得有法律之保障，則各人之生活，乃能安定，行有餘暇，而可運用其智慧，從事文化之發展，真理之闡明。然徵諸歷史，此說頭臻健全。歷來學者，類皆生於窮困之境，固不限於生活之安定，而其目的，更不在個人之幸福，一生之溫飽。私人財產問題，與文化之進退，初無與焉。然則此說，未足以使人心折也。

(三)勞力說 私人財產，為各人勞力之報酬，此所以法律應予以保護也。然而勞力者，未必皆得有財產，挾有巨資者，未必皆來自勞力。況所謂勞力者，又未必皆從民於社會職務，若以不正當之手段，有害社會之勞力，而取得財產，法律亦予以保護，三尺童子，固知其妄也。勞力說者，對此又將何以解釋？

(四)欲望滿足說 英國 Lord Cecil 氏，著保守主義一書，謂保護私有財產權，可以滿足人類之慾望，然而此說，太偏於主觀，且屬虛構。其說無社會的價值，事實之基礎，無庸置辯也。

(五)進化說 私有權之有保障，為促進社會進步之動力。此比諸前數說，固較有相當的根據，稍具社會的觀念，然以純客觀態度的研究，則知此說，尤有未然。若奴隸制度，於古羅馬時代，主人對之有絕對的使用處分等權，法律亦予以明文之保護；及至近世，則認此制，為非人道的表現，有辱人類的文明，於是此制之廢除，不容稍懈；但當時，亦何嘗不理直氣壯，一若此權利之廢除，將陷社會於紊亂，而致不可收拾也。又如遺產制，在昔時

有絕對的性質，認為天經地義之原則，然而於今，此制之內容，則有許多的改良和變改，再觀乎婦女財產權問題，先是女子在法律上之地位，去物不遠，而獨立之財產權；今則男女平等，其整個的權利之享受，固不後於男子，至財產權，更無論矣。故從以上歷史事實之觀察，可知財產私有制，非永久不變；亦非永為促進社會進步之動力，有時且適為妨害社會演進之障礙！

此所以吾人研究近代權利之觀念及保障問題，應根據歷史全部事實及社會客觀要求，而立一新理論之基礎。

Label 評此制甚洋，其批駁之理由有六，在理論方面：

- A 私有權制度，實為一種錯誤的觀念，易受傾覆的危險；
- B 私有權制度，實屬虛無而漂渺，為烏託邦之思想；
- C 私有權制度之根本缺點，便是其本質與人性定例全相違背。

在實際的弊害方面：

- A 若私有權制度存在，人心將陷於患失之不安狀態，此其心理上之不健全；
- B 此制實行之結果，有終身苦而不能保全其生存者，同時亦有安閒適逸之徒，竟居大廈，衣輕裘其不公平孰甚，此其道德上之不健全；
- C 此制之最使人不能已於言者，厥為演成社會上貧富懸殊之狀態，及守藏其資本而不為充分的利用，其違背經濟原則又何如哉。

故氏最後之見解，認財產私有權，不應為主觀的虛構，當根據社會作用，客觀事實以立論，隨時代的潮流以變

革。

故我靠研究此權利之正當的理論基礎，應捨棄一切的主觀成見，虛構的根性，建立一客觀的，合乎社會要求的，有歷史事實之科學的基礎。不認天賦之權利，對於不勞而獲之財產，絕不予以保障；且加以取締。所謂財產私有權，非含有永久和絕對的性質，當以社會職務為中心，其目的在完成社會使命，謀得人類最大幸福，所以有此權利之產生，在使各人得有法律之保障。防他人之侵害，而能充分的發展其責任，安心地謀使用的改良，以盡其社會之職務，完成人生之使命。此始為保障私有權之最初的動機和最後之目的。所以我們對於私法學之理論的革新，基礎的改造，不是絕對否認個人私有權；而仍是保障個人私有權；非為宣告個人死亡，而是求其靈魂的復活，維持社會應有的安全，合理的秩序，恢復人類固有的優性，真善的文化，攻破從前造成病象社會之私有財產制的謬見，創立有科學精神的客觀基礎。

五、最近各國對於私有權之限制與革新

前面所講的，皆偏於理論的探討，而求私有權之科學的客觀基礎。現在再從近世（歐戰後）各國的立法精神，潮流趨勢，求其實例，以固吾人理論之基礎，於此可分四點說明：

（一）在列國的憲法裏，我們可以看到：各國的趨勢，一方面仍保障私有權；一方面在社會公共利益的要求上，國家對人民私有物，有最高的收用權。為滿足人民居住的需要，獎勵人民的開墾，移植，發展國家的農業等社會利益的作用上，國家對私人土地有收用權，（德國憲法第二章第五節第一五三條及一五五條之第二項）於此足以表明近世立法例之事實的蛻變此種趨勢，正合於吾上述障礙權利之革新的理論

（二）近世立法例，對於規定個人財產的使用，大抵皆以社會公共利益為範圍，此與前此之絕對使用權的旨趣，已完全相反，（同上二五三條第二項）