

民國憲法論綱

弁言

帝制銷沉。共和肇造。破壞已終。建設方始。南北之見。未融。新舊之爭。未泯。內外交迫。上下相疑。邦基杌隳。危如累卵。知非制定完美之憲法。不足以鞏固國家之基礎。爰本研究所得。著爲斯論。曾於民國元年十一月。送登於北京民主報。及新紀元星期報。今國會業已開幕。入手第一要事。卽爲制定憲法。而憲法之良否。實關係於國本之安危。民生之休戚。爰將舊稿再爲刊布。以與海內法學家共商榷焉。

民國二年五月水梓張葆彝識

民國憲法論綱

張葆彝

第一章 憲法之原始

憲法者國家之根本法也。自世界文明人羣進化。宗教時代趨於法律時代。人治主義變爲法治主義。於是地球之上。幾無君主專制國立足之餘地。溯自西歷一千二百年之頃。英王約翰發布大憲章。而憲法以始。一千六百八十八年。章廉三世有權利宣言。而憲法漸備。一千七百八十七年。美離英而獨立。十三州之委員組織議會。舉華盛頓爲議長。議定憲法。而成文憲法。以始。影響及於法國。遂有法蘭西之革命。於一千七百九十一年。頒布憲法。是爲大陸諸國有成文憲法之始。厥後歐美諸國次第效之。其影響漸及於東亞。一千八百八十九年。日本頒布憲法。是爲亞洲各國有憲法之始。我國迫於世界潮流。前清光緒三十四年。雖頒布憲法大綱。然不過爲專制國保守君權之計。去憲法之精神。尙遠。迄乎民國成

立共和肇造首由南京參議院議定臨時約法然寥寥數條缺而不備略具憲法之雛形暫備臨時之應用而已查約法中第五十四條與國會組織法第二十條第二十一條皆規定中華民國之憲法由國會制定今國會行將成立而於憲法制定之前不可不先爲討論以備將來國會之參考但憲法與他種法律異民刑商法各有共通之原則可互相承襲而憲法則具特質因國體之不同於是有聯邦國憲法與單一國憲法之別因政體之不同於是有君主國憲法與民主國憲法之別以憲法之體裁言則有成文憲法與不成文憲法之分以憲法之性質言則有固定憲法與可動憲法之異以憲法之制定言則有君定憲法與民定憲法之殊至於憲法之範圍有甲國不爲規定而乙國則詳爲規定者有甲國之規定極繁而乙國之規定極簡者蓋制定憲法不可不有一定之標準其標準如何而定在參酌一國之國體觀察一國之民族融化一國之歷史衡量

一國之地域又必博採各國之良規不蹈列邦之舊俗而後斟酌損益折衷至善庶足以鞏固國家之基礎調劑民族之和平試將關於憲法中重要綱目特行揭出區爲五大部分（一）國家（二）國民（三）立法權（四）行政權（五）司法權援據列邦之先例斟酌我國之國情參以己見加以論斷以與海內法學家共商榷焉

第二章 國家

自夏禹家天下以來君主以國家爲個人之私產所謂普天之下莫非王土率土之濱莫非王臣卽爲此說之代表也是以君主爲國家之主體國民其家僕也國土其家產也一切法律亦視爲君主之家法也故一代之興亡祇與君主有直接之關係而與國民無連帶之關係觀梁王衍爲侯景迫於臺城之時猶慨然曰自我得之自我失之亦復何憾蓋國家爲君主占有之私產久矣篡竊攘奪四千餘年今幸奪自君主而

還之國民卓然成爲民國則凡國家成立之要素應仿共和先進國之成例於憲法中規定之以立鞏固不拔之基夫國家組成之要素有三試分晰述之於左

一 國家之領土

領土爲國家統治權完全發動之區域本國領土內不許他國統治權之行使凡在領土內之人民不問其爲本國人與外國人皆應服從所在地國家之法律故德意志憲法第一條比利士憲法第一條皆用列舉主義規定領土之區劃而墨西哥憲法第四十三條非特詳列各州地名且標示經緯綫自某度幾分迄某度幾分蓋當此世界競爭強國日闢國百里弱國日蹙國百里非將領土明定恐邊防偶疏則山川易主而地圖變色我國西南鄰英法東北界日俄強鄰逼處焉思逞何地入何國之勢力圈某國以某省爲根據地列強謀之已熟是以伊犁劃界頻年

無成。片馬交涉。數次失敗。今則西藏告警。庫倫獨立。而邊界之風雲益急。若猶不採列舉主義。將領土之區劃明定於憲法。恐不待均勢之局破瓜分之禍成。而四境已蠶食無餘矣。前清憲法大綱。尙未鑒及。固無足論。臨時約法。僅取概括主義。亦屬未當。此制定憲法者所急宜注意也。

二 國家之民族

國家爲人民之集合體。一國之中必有多數民族互相結合。以達其共同生活之目的。然國內之民族雖多。而國家之法律則一。法律格言有曰。法律之下人人平等。蓋處一國之中。自應受同一之保護。享平等之權利。意大利合古托日耳曼富蘭克數部落之人民而組成者也。其憲法第二十四條曰。凡國民在法律中爲平等。英吉利由英倫蘇格蘭愛爾蘭三小國而合併者也。其憲法卷一第六條曰。凡屬王國之民均享平等權利。今我中華民國亦合漢滿蒙回藏五大民族而組成。然同

爲國家組成之分子應受同一法律之支配邊境與內地雖習俗不同語言各異苟交通漸臻便利遷徙任其自由默化潛移久自融洽今雖蒙民梗化自外生成然庫倫一部分之人民非蒙古全體之人民與五族共和之主義仍不相背將來制定憲法時宜用奧地利比利士之渾括主義（奧大利憲法第一條凡王國及部屬之民人皆有奧地利國民之通權比利士憲法第六條國中無種族之區別凡比利士人立於法章之下皆平等）不宜稍存歧視蓋民族與領土有相互之關係領土宜用列舉主義使國家之區域分明民族宜用渾括主義使一國之人民平等吾國臨時約法第五條（中華民國人民一律平等無種族階級宗教之區別）與此主義正合若國會組織法中蒙藏別爲規定以之爲暫行法則可以之移用於憲法則不可至於寄居外國之華僑其權利是否同等歸化本國之外人其國籍若何取得憲法中皆應規定者也

三 國家之統治權

民主國與主國之判點卽視統治權之所在而定統治權由君主一人總攬爲君主立憲統治權由國家機關分掌爲民主共和蓋統治權爲不可抵抗之權力自其性質言之爲國家之生命與國家同時存在自其效力言之強制其命令之行使及於國之全部故欲防共和流於專制之弊不可使統治權握於一人然採絕對三權分立主義則又有害於國權之統一近代學者已多非之緣統治權有不可分之性質欲得其完全之效用莫若使歸之國家由國家應事務之分配設置數種獨立機關各掌統治權之一部吾國將來制定憲法時應採最新之立法例如墨西哥共和憲法第五十條謂國家之最高權爲便於行使之故分爲立法司法行政三部此權力之兩部或三部不得集合於一人或一團體並不得以立法權授於個人依

此規定既可免國權分裂之憂又可防一人專權之弊若我臨時約法第五條關於此點以客觀主義定之（中華民國以參議院臨時大總統國務院法院行使其統治權）於法理遂不能融洽至於法美憲法之規定猶惑於孟氏三權分立之說茲姑勿論

第三章 國民

國民爲構成國家之要素亦爲權利義務之主體專制國之人民祇有義務而已無所謂權利也吾國固然歐美古代亦無不然人民有權利之觀念自西歷一千六百二十八年英國之權利請願始其次則有法蘭西之人權宣言其說之根據謂人民之權利爲天所賦與謂之天賦人權但天雖賦人民以權利而君主必欲攘奪之摧殘之於是不惜冒白刃出死力以奪之於君主之手美利堅之血戰八年法蘭西之革命三次皆爲購此權利之代價也其後權利思想日形發達將一切權利歸之於已各

種義務。誨之於人。而權利與義務之間。仍不能收平等之效。於是乃規定於憲法。一方爲保護人民之權利。一方爲擔負國家之義務。故憲法中國民權利及義務之規定。亦爲重要之部分也。

一 國民之權利

國民之權利有二種。存於平等之間者。如國民與國民之關係。曰私權。存於不平等之間者。如國民與國家之關係。曰公權。私權規定於私法。公權則於憲法中規定之。查各國憲法中。雖皆列記臣民之權利。而學者之解釋。則有積極與消極之二派。一積極說。主張概括主義。謂國民之權利。不勝枚舉。除國家有法令特別制限外。皆屬憲法所允許。列舉各端。不過爲類推之根據耳。二消極說。主張制限主義。謂國民之權利。既列舉於憲法中。則列舉以外之權利。除有法令特別允許外。皆非憲法所認可。列舉者。卽以示制限之意義也。二說對峙。各有根據。然解釋法律爲憲法制

定後之事。今於制定之先。宜採各國多數之立法例。而擇權利之重要者。分別說明之。

(甲)參政權 民可使由。不可使知。天下有道。庶人不議。此專制時代愚民之說也。民主國之精神。在實行民意政治。蓋國家無意思能力。必以全國人民代表之。故國家之意思。不可不爲全國人民之意思。欲使人民之意思。表示於國家。不可不與人民以參政權。參政權之種類。約舉之有三。(一)承受國民之委託。處理國家之政務。此爲官吏之權也。(二)代表國民之意思。會議國家之政治。此爲議員之權也。(三)直接選出代議士。間接行使參政權。此爲選舉人之權也。凡此三種公權。除歸化人有特別制限外。而於本國人民。苟達法定年齡。莫不享有之。前清憲法大綱舉而不備。臨時約法第十一條(人民有任官考試之權)第十二條(人民有選舉被選舉之權)備而不詳。

蓋今日女子是否應有參政權亦一疑問。觀世界各國之先例與我國國民之程度其時間似屬未至今約法中僅曰人民並無何種法定之資格而女子亦佔人民之大部分是與女子以參政權矣。試問立法者之初意是耶否耶。將來制定憲法時於此點應附加以條件此不可不留意者也。

(乙)自由權 人民之愛自由出於天性。然必兼有服從法律之性質。蓋自由由於法律之中不可自由於法律之外。於法律之中而不知自由是自棄其權利也。於法律之外而任意自由是自忘其義務也。故各國憲法規定自由之權利莫不有在法律範圍中或除法令規定外之條件。(法蘭西憲法第四條所謂自由之權者除不妨害他人者外一切行事之權行使此權之限界以使他人得行同一之權爲限界其限界惟法律得以定之。意大利憲法第二十六條保護國民之自由非由法律所揭之

時。機。及。法。律。所。定。之。規。程。外。無。論。何。人。不。得。侵。害。之。吾。臨。時。約。法。第。六。條。所。列。舉。之。自。由。權。一。人。民。之。身。體。非。依。法。律。不。得。逮。捕。拘。禁。審。問。處。罰。二。人。民。之。家。宅。非。依。法。律。不。得。侵。入。或。搜。索。三。人。民。有。保。有。財。產。及。營。業。之。自。由。四。人。民。有。言。論。著。作。刊。行。及。集。會。結。社。之。自。由。五。人。民。有。書。信。秘。密。之。自。由。六。人。民。有。居。住。遷。徙。之。自。由。七。人。民。有。信。教。之。自。由。一。亦。云。備。矣。而。於。第。三。項。以。下。皆。未。設。一。定。之。範。圍。將。來。制。定。憲。法。時。苟。僅。依。本。條。爲。根。據。非。特。視。自。由。過。重。視。法。律。過。輕。極。其。弊。勢。必。自。由。與。法。律。相。抵。牾。而。法。律。與。法。律。相。衝。突。試。舉。例。以。證。明。之。著。作。刊。行。自。由。而。無。制。限。則。著。作。權。律。及。出。版。法。皆。可。取。消。矣。集。會。結。社。自。由。而。無。制。限。則。集。會。結。社。律。當。然。無。效。矣。且。營。業。自。由。而。不。以。法。律。爲。範。圍。則。有。販。賣。猥。褻。之。書。畫。物。品。者。將。受。暫。行。刑。律。第。二。百。九。十。二。條。之。處。分。乎。抑。仍。爲。營。業。之。自。由。乎。言。論。自。由。而。不。以。法。律。爲。範。圍。則。有。指。摘。事。實。公。然。侮。辱。人。者。將。受。暫。

行。刑。律。第。三。百。六。十。條。之。處。分。乎。抑。仍。爲。言。論。之。自。由。乎。以。憲。法。爲。根。據。則。刑。律。失。其。效。力。欲。保。持。刑。律。之。效。力。則。憲。法。等。於。具。文。將。來。制。定。憲。法。時。於。此。不。可。不。注。意。也。又。觀。普。魯。士。憲。法。規。定。婚。姻。之。自。由。比。利。士。憲。法。規。定。國。語。之。自。由。以。吾。國。之。國。情。論。此。等。規。定。似。非。必。要。

(丙) 請求權

國。家。之。行。爲。以。保。護。個。人。或。公。共。之。利。益。爲。目。的。然。有。時。個。人。之。私。益。或。社。會。之。公。益。國。家。疏。於。保。護。被。不。正。之。行。爲。侵。害。者。則。不。可。不。請。求。國。家。之。行。爲。以。排。除。此。侵。害。而。恢。復。其。權。利。此。請。求。權。之。所。以。必。要。也。自。其。請。求。之。目。的。而。區。別。之。(一) 對於司法機關而請求者如損害賠償履行債務之訴訟是也。(二) 對於行政機關而請求者如違法處分侵害權利之訴訟是也。(三) 對於立法機關而請求者如革除積弊振興新業之請願是也。各國憲法中雖皆有明文規定。

而以葡萄牙之憲法最爲詳晰（第三條下列各款）吾國臨時約法中亦有列舉（第七條人民有請願於議會之權第八條人民有陳訴於行政官署之權第九條人民有訴訟於法院受其審判之權第十條人民對於官吏違法損害權利之行爲有陳訴於平政院之權）惟未能完備耳將來制定憲法時以約法爲根據再借鏡於葡國之憲法庶爲得之

二 國民之義務

義務與權利相對待者也。人民對於國家既有各種之權利，自應盡各種之義務。專制政體時代，其義務無限制，立憲政體時代，其義務由法律而設定。故各國憲法中關於義務之規定極爲簡單。約舉之有三：（一）服從法律之義務。法律由代議機關而制定，以維持治安爲目的。國家無法律不能治安。人民無法律不能生存。故服從法律爲必要。（二）服兵之義務。人不能離國家而獨立。國不能不養兵以自衛。人民之服兵役直接以保國家間接即以

自保故服兵爲必要。(三)納稅之義務不出代議士不納租稅各國之通例也。既出代議士不得不納租稅。又國家之公理也。故納稅爲必要。此三者由國民之方面言則爲義務。由國家之方面言則爲權利。所謂權利者國家能行使其強制服從之權力也。吾臨時約法中於後二者則規定之。(第十三條人民依法律有納稅之義務。第十四條人民依法律有服兵之義務)於第一端則闕如也。此亦一缺點也。又觀普魯士憲法國民有應受教育之義務。(卽義務教育)比利士意大利憲法國民有擔負國債之義務。墨西哥憲法國民有投票選舉之義務。吾國教育亟宜普及公債素失信用選舉每多放棄若做先進國之成例將此數項明定於憲法中或可以增進國民之程度而激發其愛國心與責任心乎。

第四章 立法權

國家之有立法部猶身體之有腦海也。一身之行動基於意思腦海者一人意