

民國憲法問題

民治協會叢書第一種



例言

- 一 立法院近成立憲法起草委員會擬訂國憲草案廣徵民衆意見以在黨治下之機關負起草之責其所擬草案必不能副民衆之望然既以博採羣言爲號召民衆對之設無表示奚啻默認特請各專家發表意見彙爲一編以供邦人參攷
- 二 執筆者多爲大學教授對於憲法或政治研究有素且以國民立場直言無隱其文體由各人自負
- 三 各家所討論者大抵注重於根本問題因根本問題不解決縱使節目完善終不能成爲名實相符之民國憲法耳
- 四 除根本問題外其他節目如聯邦制是否可行職業代表制是否適當各家意見不盡相同兩存其說以待公判
- 五 本編爲民治協會叢書第一種民治協會以研究社會科學發揚民治精神爲宗旨撰

中華民國二十二年六月初版

定價貳角

民	會	第
治	叢	一
協	書	種

編布者 民治協會

寄售處 上海各書坊

民國憲法問題 例言

二

述者不以會員爲限

中華民國二十二年六月

編者識

民國憲法問題目次

一	立法院起草憲法之根本疑問	汪馥炎(一一—二二)
二	關於制憲的幾個根本問題	李微塵(二三—三七)
三	所謂三民主義共和國	諸青來(三八—四三)
四	憲法起草問題答客難	徐夢巖(四四—四九)
五	民國憲法與國民黨義	諸青來(五〇—五九)
六	憲法上四大問題	潘大達(七〇—七四)
七	創設經濟議會之必要	金通藝(九五—一〇六)
八	憲法與革命	余家菊(一〇七—一二三)
九	我們需要的民主憲法	徐漢豪(一二三—一二六)
十	論國民大會	陸鼎揆(一二七—一三八)

民國憲法問題 目次

十一 論思想言論自由

十二 摩登的政治機器

二

諸青來（二八五—二八七）

彭文應（二八八—二九六）

立法院起草憲法之根本疑問

汪馥炎

制憲！制憲！制憲之聲浪，從清末「請願國會」喊起，喊到民國十四年憲法草案完成為止。中間憲法之名目，頒布之次數，直不亞於重演法蘭西憲法史上所載之序幕。我國既有了這許多次的憲法，究竟每次之成績又怎麼樣？可供吾人回憶的，或則欲藉憲法爲政府之延命湯者，政府反隨憲法宣布而俱倒（如十九信條）。或則雖有一個因陋就簡的臨時憲法，不獨始終未嘗實行，且因憲法問題，而激起數年之內亂（如臨時約法）。或則在千迴百折之洶湧政變中，居然產生了一部正式憲法，但因其出生不正甫墮地即夭折了（如十二年憲法）。甚致於僅有憲法草案而未成法典的；尙不計其數（如十四年憲法草案及各省省憲法草案）。我們若將這歷次制憲之失敗史，一頁一頁的翻過去，怎不叫人心灰意冷哩！所以自從國民黨專政以來，說國民尙還夠不上運用憲政，索性不講憲法，祇講軍法或黨

法了。雖然在這一黨專政期內，亦曾頒布所謂訓政時期約法，惟黨政府自己尙不肯遵守，人民也就視爲這是黨國內部的法律，更不足重視。不料國民黨在訓政工作尙未完成以前，忽然想要開放政權，要提前召集國民大會，要命立法院限期制成憲法草案，交由國民大會批准。國民黨何以忽有此盛舉，我們姑不必問其動機之誠僞。但既是要制憲法，那「憲法」決非「約法」可比。因爲「約法」是一黨訓政的工具，「憲法」爲全民公意之表現，憲法既是全國人民所公有的，則一字一句，都與人民全體之利害息息相關，自應集合全國人士，共同擔負此制憲大業，豈可坐讓一黨一派來包辦呢？且追溯歷次制憲之史例，我人民雖派有代表參加，究嫌民意基礎，不甚鞏固，故覆轍相循。毖後懲前，我們若不事前共擔這制憲任務，難道事後反甘爲國民黨分其毀謗麼？況立法院亦有自知之明，深恐不能獨擔此任，乃遍發通啓，徵求全國人士，對於他們所制憲案的批評意見，我亦在被徵之列的一人。不過我覺得制憲問題，尙非如此簡單，先要研究制憲須經過如何

程序，次才談得到憲法內容的好壞。譬如要建築一所大廈，應先由工程師繪就圖樣，然後鳩工庀材，按部就班的做去，方可建築成功，如果先沒有一番工程設計，糊裏糊塗，動起工來，這工程決不能牢固，可斷言的。制憲之必有一定程序，也是同一的道理。我以爲現在尙不是對於憲案內容如何批評其好壞的問題，簡直是對於這制憲權應該誰屬的問題，即退一步講，專就這制定程序中之起草的一階段研究，也就是立法院能不能夠起草憲法的問題。不幸得很，我自收到通啓後思攷的結果，得到一個否定的答覆，就是立法院不能有憲法起草權。何以不能呢？我有很多的理由，逐次說明於后。

要問立法院何以不能起草憲法？先要明白憲法的真正性質。憲法是國家的什麼法律呢？稍有法律常識者，不難一口回答說是國家的「根本法」，不過再追問下去，怎麼樣叫「根本法」呢？那就答覆這問題的學說很多。依我所見，以「契約說」爲最完善。——憲法是全國人民共同締結的一張契約——攷「契約說」的

思想，自中世紀發生，至美法革命時代，極顯揚其權威。學者對這契約說的駁辯，雖已體無完膚，但契約說之受人打擊，僅在其與國家起源的事實不合之一點，殊不知創契約說之較有體系的學者，如波西爾 *Beanssie* 輩，本沒有說國家由契約而成立，契約乃就已經存在之國家，而規律其構成員之相互間及其對於國家相互間的關係而已。這種契約，不必限於明示的，即默認的，亦不失為契約，不必拘束現代人的，即後代人隨時變更，隨時亦可發生效力。可見這契約說的思想價值並不是「歷史論」，乃是「觀念論」，縱令這觀念不足說明國家之起源，而把牠說明憲法的意義，（不管憲法是成文的或不成文的），則千真萬確，決不是持形式法學論調者，所能打得倒的了。我以為契約說最能道出憲法真理的地方，在於締約之始，須得人人同意，何以要得人人同意呢？盧梭說得好，他說，「政治運用，雖是依多數取決的；然此多數取決之辦法，是締約時大家同意後確定的。苟締約未經人人同意者，則多數取決的權利，豈非沒有根據了嗎？」這人人同意的原則，

不僅是學者的理論，且載於憲法之條文。如美國獨立宣言說：「政府合法之權，得自被治者之同意」。法國人權及公民權宣言說：「法律是人民公意之表現」。足見憲法與普通法律不同，應當由人民或人民代表來制定，決非任何政府或政黨所能代庖。憲法既非人民本身之共同決定不可，那麼，黨意當聽命於民意之取捨，民意不可供黨意之指揮，自屬一貫邏輯。現既預備結束黨治，厲行憲政，理當擺脫一切黨義之束縛，於現在黨治的系統以外，另闢一民治的系統出來，方足表示政府交還政權於人民之決心。然而試問立法院是不是政府之一部份？立法院委員，是不是由政府所任命？以政府任命之官吏，掌握憲法起草之大權，是不是與湯姆士佩英 Thomas Paine 所說「政府應由憲法而產生，憲法不應為政府所訂立」的原則，剛剛相反哩？說到此處，我想政府一定不服，說立法院不過起草憲法而已，至於這憲法草案，還要提交「國民代表大會」表決，方為正式法典。「國民代表大會」，不是明明由民意組織的嗎？這種辨護恐明眼人不為所欺，因為憲法內容的良

善與否，完全繫於草案之頭一步工作。如果草案不良，縱令大會如何修改，也是難爲根本糾正的。況「國民大會」既是純粹由民意組織，那麼，「國民代表大會」之地位，一定在「黨民代表大會」之上。「國民代表大會」之分子，一定包羅各黨派各階級各區域各團體的人數，始爲合理。何以「國民代表大會」之組織及選舉法須經由「立法院」起草「中央政治會議」通過，選舉國民代表之各縣人民，須指誓行三民主義的人們？甚至「國民代表大會」召集之期間以及能否召集，均須要取決於不久將開之黨民性質的「全國代表大會呢？」這不是國民代表的行動，明明要聽黨民代表之指揮操縱麼？以這樣產生的「國民代表大會」，所謂國民代表也者，究竟是「國民」的？還是「黨民」的？抑是名爲國民實則黨民的大會呢？實叫人不得不有所懷疑。起草機關，既屬於政府。批准機關，又不見得是真正人民代表，是於憲法爲契約之原理不符。此以憲法之性質言，我認爲立法院，無起草權之理由者一。

其次：憲法之性質，既是人人同意的一張契約，可見憲法制定之程序，總脫

不了人民或其代表意思的根據，與普通法之僅由議院制定者不同。這叫做「制憲權與立法權分離主義」，乃是制憲的一個大原則。攷這個原則的來源，也是很久了，不過表現於事實，而聲光燦爛者，不得不推北美各州的制憲史例，尤以一七八七年北美合衆國現行憲法之成立更有一述之價值。先是美國在邦聯時代，雖有一個成文法規名叫「邦聯公約」Articles of Confederation 但內容異常簡陋，而當時「聯合國會」Congress 的權力薄弱又不足以收拾分崩離析的局面。於是有紐約州所派的代表哈米爾敦 Hamilton，在阿那波里 Annapolis 「商法會議」席上，演說商業問題，聯帶指摘公約種種不良之點，並提議由各州推選代表集議於費拉得爾費亞 Philadelphia 以從事於修正邦聯公約，此議一倡，多表贊成。集會既以修正公約爲目的，那就不能不受邦聯公約第十三條修正程序的束縛，所以當各州代表向「聯合國會」請願的時候，「聯合國會」就通過一「決議案」說：「費府會議應將所修正及增訂各點，報告國會與各州州議會，俟得國會同意及各州州議會之批准方爲有效。」不

料各州代表於五月間在費府一經討論後，發生兩派相反的意見。如曼狄孫 Madison 的一派，覺得邦聯公約內容之腐敗，已百孔千創，要修改幾無從下手，不如根本將牠廢掉，另外提出憲法草案作爲討論基礎，而皮得孫 Patterson 的一派，以爲討論不得越出公約修正的範圍，幾經爭論調停，最後竟另外制成了一個聯邦憲法。他們將憲法全案議決了，乃向「聯合國會」提出一報告書說：「此次憲法，祇須交由九州之「特別制憲會議」 Convention 批准，即發生效力。」我們若將美國這樣制憲的情形，一加回顧，顯見其與修正公約之程序，有三大不合法的地方。第一，拋業「邦聯公約」，「另制「憲法」，第二，不交「國會」同意，僅向「國會」報告一下，不交各州「州議會」批准，另由各州組織「特別制憲會議」以批准之，第三，不是經過十三州「州議會」之全體批准，祇要九州之「特別制憲會議」承諾，就算有效，故柏哲士 Burgess 批評費府制憲的行爲，說是法律之革命行爲，這話是不錯的。然而費府會議諸代表，爲什麼要用這偷關漏稅的手段來革命呢？且後世的人，反稱道他們

爲謀國公忠，不罵他們爲謀反叛逆呢？此正由於諸代表深曉得「聯合國會」的議員們眼光祇看到本黨的利害，看不到全國的利害，如將制憲大業，付託在這般人手，所制成的，必是偏利於一黨一派的憲法，不是造福於全國全民的憲法，所以一起首，就離開國會，另集議於費拉得爾費亞，免得捲入政治旋渦。惟起草雖不受國會的牽制，若把這草案交由各州州議會去表決，那一般州議會的先生們，還不是眼光祇看到本州一地方的利害，看不到十三州全體的利害嗎？若將辛苦制成的草案，交託這般人去批准，一經否決，豈不是功敗垂成嗎？所以索性也離開州議會，另由有選舉權的人民推選代表，組織制憲機關來批准。他們用了這遮眼法，成就自始至終澈上澈下之制憲權與立法權分離主義，這種一貫到底的精神，真令人欽佩。可是主義雖抱得堅決，實行却真不容易，我們祇看諸代表自五月十四日集會：至九月十七日草案完成，不到五個月的期間，進行是何等的迅速。一切討論表決諸手續，皆絕對謹守祕密，臨事是何等的慎重。代表共有五十五人，簽

字於案尾的，祇有三十九，辯論是何等的激烈。當草案送到各州去表決的時候，人民不了解諸代表的苦心，街談巷議，盡是反對新憲法的論調，幸賴哈米爾敦曼狄孫各同志，用盡了他們的筆尖舌頭，極力宣傳憲法之重要，紐約一州贊成的票數，僅較反對的多三票，更可見批准是何等的困難了。有志者事竟成，自從聯邦憲法公布，不獨建大功於其本國，而所倡「制憲與立法分離主義」，竟如風發泉湧，傳播到法國的一般學者腦海中，給予大陸成文憲法不少的影響。蓋法國自一七八九年大革命後，人權及公民權宣言雖公諸世，但法國究應適用一種什麼樣的政治制度？尙覺空空洞洞無所依傍，於是有一三個人物，就應運而生。這三個人的政制主張如何，是另一問題；此處祇介紹他們的制憲見解。第一個是孔道西Condorcet 他很熟悉美國的邦憲和國憲，以爲一國憲法之制定，完全要以理智爲根據，而理智又是從人民公意推演出來的，所以祇有由人民全體大會或由人民代表大會，制定憲法，然後憲法才能良善，才能憲固。因此他主張制憲機關之地位及權

力，應該高於一切，絕對不受政府任何勢力之牽制，如果讓政府有制定或修改憲法權，那就危險不可思議。第一個是史鄢 *Sieyès* 他在「什麼是第三階級？」一書內，有兩句名言說：「憲法是原始的制憲權之產品，不是依憲法而生之立法權的產品」，這話是何等的簡明扼要。第三個是佩英 *Paine* 他雖是英國人，因為信仰美國成文憲法主義，與柏克 *Burke* 的不成文主義之意見相反，他倆往復辯論的文字很多。如說憲法雖可產生政府，但是爲人民而制定的，不是爲政府而制定的，修正也是一樣，祇有人民有此權，政府是不能過問的。這三個人的說，不僅僅是一種空想，他們都曾參加實際工作。譬如一七九一年憲法之批准，就是實現了史鄢理想之一部分，而一七九三年和一七九五年的兩次憲法，都經過公民的投票可決，雖一則尙未實行，即被廢棄，一則實行的壽命亦不長久，這要歸咎於法國人民的政治經驗太淺，認識不足，他三人的制憲主張，並不什麼錯誤的。自從美法兩國創造了「制憲立法分離」的先例，後來歐洲各國立憲運動，接踵而興，固然制憲的程