

胡經明著

憲法
司法

論文
文集

黃少谷題



胡經明著

憲法
司法

論文
集

黃少谷題



中華民國七十六年十月初版

憲法
司法
論
文
集

定價：新台幣

平裝三六〇元
精裝四二〇元

著作兼

：胡經明

發行人

印刷者：世樺印刷企業有限公司

台北市新生南路三段6號3樓

電話：(〇二)三四一三八〇八

總經銷：三民出版有限公司

台北市重慶南路一段六十一號

電話：(〇二)三六一七五一

版權
所有
翻印
必究

自序

訓政時期約法頒行時，作者受業老師王孝通教授票據法，留美哈佛係教授寒冰講憲法，留英劍橋費教授鞏（福熊）講比較憲法，乃對商事法暨憲法及其比較研究，發生濃厚興趣。抗戰中期，初登講壇，指定講授光華大學成都分校商學院票據法，嗣轉任教於重慶中央政治學校（國立政治大學前身），自選講授憲法，殊屬出人意料之巧合。當時，薩孟武授比較憲法，周異斌授中國憲法史，尚有羅志淵（孟浩）分授憲法。抗戰勝利前重慶獨立出版社刊行憲法綱要，係應學生提請供作補充筆記參考之講義。數年前偶遇卸任大法官某憲法學者告「當初講授憲法，即採大作憲法綱要爲教本」，殆亦初未料及之又一巧合。

正中書局請潘公展主編法律叢書，潘氏囑寫五權憲法與各國憲法小冊，追憶當時憲法著作似無專章比較三權憲法與五權憲法之不同者。劉季洪任正中書局主編時在民國三十八年，函囑修正再版，適逢來台生活甫定，無暇執筆。況且平日嘗謂「舊屋改造，不如重建新屋」，故兩位鄉長：張知本之憲法論，王世杰之比較憲法，傳誦一時，曾擬物色修正之士再版，不得已而謝辭。

國民大會問題一書，亦係應重慶大東書局因重慶大公報載一拙作時論，對抗戰前選國民大會制憲代表合法與否有所平議之請而寫。抗戰勝利至今，該書未獲一睹，連同時論之文，均無存稿。作者在授憲法期間，原擬自國民大會制度開始，繼則五院制度與均權制度，分別就各國憲政體

1114 233/03

制之異同，試作研析比較之專著問世，又一出人意料所及者爲民國三十四年八月日本投降無法如願，引爲終身之憾。國民大會之理論與實際（原名國民大會）作者金體乾於九月由葉楚傖題字並作序後，送交洪蘭友轉作者審校。延至作者來台，約十餘年前，始在舊書攤上發現此書於民國三十五年四月由南京正友法學書局總局印行，此爲五五憲法草案後以國民大會爲名之第一部專著。

梅仲協任台灣大學法律系主任之初，親至作者暫寄居所商往任教，奈以配住宿舍無着，乃赴台中重回法曹。台灣省立行政專科學校（國立中興大學法商學院前身）設司法行政科（現爲法律系）應聘專任教授刑法及刑事訴訟法、特別刑法、法院組織法外，加授憲法凡七年。休假赴美進修哥倫比亞大學法學研究所約四年，前司法院院長謝冠生面囑函叮選修美國憲法。返台廿六年公餘曾授公私立大專院校課程，多以商事法及憲法爲主，教學相長，迄未間斷，勉可自慰。

在台南舊學人教授出版憲法著作，各具特色。惟每學年度開學之始，挑選教本，頗費躊躇。本論及註解之詳略既各不一，取材及論釋之異同，復各紛歧。一般學生爲應付考試，教本簡易者顯受歡迎；對好學深思者言，即採較繁者爲教本，仍待補充加強。憲法之理想教本，無論緒論、本論、結論、理論與實際兼顧，比較與分析並重，註解儘求周延，備作深入研討之參考資料，但就正文言，摘其要，簡而明，必須避免疏漏。作者病在手低，好在自知不敏，急希飽學之士，早日達成理想之願望。

法律知識由王逸民於民國四十二年創刊，作者曾撰述專論，中途停刊至民國七十年七月復刊八月份第三期起爲作者闢「我看司法」，係當前「司法問題探討」專欄，截至民國七十三年九月

份再度停刊止，發表拙作十五編。憲政評論爲國民大會王代表雨生發行，作者爲專欄「憲法問題研究」撰文，始自民國七十年七月；司法問題，原列爲憲法問題之一，開始發表司法問題不多，嗣因法律知識停刊，王代表顧念作者從事司法實務之經歷體驗，不惜篇幅，慨許「憲法問題研究」與「司法問題探討」兩專欄論文，每月輪流刊載。

本論文集共七十五篇：歸屬司法問題探討者計三十篇，其半數係登載憲政評論；其餘四十五篇均歸屬於憲法問題研究範疇，唯其中「監察院聲請解釋司法院提案權之合法問題」一篇原係刊登於民國七十一年三月十六日聯合報。每篇字數早期約四、五千字以內，最近幾年常超過五、六千字。本論文集編目錄未按刊載時間之先後排到。司法按問題性質，憲法依我國憲法體例章次順序，重新編定。當時當前熱門新聞爭論問題，作者取材嚴謹積數十年心得之愚，保持客觀心態，無違背於法理，夾敘夾議，謀求問題之解決；決不盲從人云亦云，趨向流行風習，絕不存心獨持異議，企望譁衆取寵。智者千慮，尚不免一失，作者一介書生所提私見，偏失疏漏之處，尚希讀者指正。

憲政評論發行人王代表雨生學長，法律知識創辦人王逸民兄，鼓勵作者特闢專欄於先，現復惠予同意專集刊行留念，銘感五中，匪言可喻。往年出版書交書局，此係生平第一次自印，校對之繁及辛苦，偏勞中興大學法商學院法律系畢業校友吳文虎同學在辦公室，內人王亞純在家務餘暇，抽空完成交印，在此一併表示衷心之謝意。

司法院黃前院長少老百忙中親題封面，敬謝微忱，永誌懷念。

憲法問題研究

憲法，不是國家基本法嗎？	一
憲法上規定的法	八
中華民國之國號、國體與國會	二〇
中華民國之國族、國民與國旗	三二
——兼論國歌、國花與國徽——	三二
中華民國之國土與國都	四四
人權！多響亮吸人的呼號！	五九
言論自由與新聞自由	六七
戒嚴應廢止、解除、抑無可取代乎？	七七
訴願、訴訟、請願、陳情——何去何從。	八七
論民意代表所「代」之事及應「表」之型	九二
國民大會與創制複決兩權	一〇一
國大代表的當前兩大課題	一一〇

綜論「充實中央民意代表問題面面觀」	一二三
我國制憲史上總統選舉任期及連任	一三五
宣誓和監誓——國家元首、民意代表公職人員就職時	一四五
總統與行政院院長——行政權新詮	一五五
難爲巧婦的行政院院長	一六四
閣揆——必也，正名乎！	一七四
立法院是行政院「立法局」的論調	一七九
立法院也不是質詢院	一八七
論質詢權及其行使方式	一九八
立委總額二、三、四、五、六、七	二〇三
立法院議事規則的大議題	二一一
聽證、還是座談？	二一九
立委任期與政務官	二二七
監察院也不是古代都察院	二三四
彈劾權與懲戒權	二四二
監察院提糾正案之探討	二五三
從考試院新人選提名到——監察院行使同意權平議	二五三

監察院調查報告及同意權行使談起

二六三

——論監察權功能之提昇與強化

立法院多事之秋

二七四

立監兩院因職權衝突而對立嗎？

二七七

——論質詢權調查權糾正案和建議

考試權獨立論

二八一

考銓制度面臨考驗

二九三

大法官釋憲制度的先決問題

三〇一

監察院聲請解釋司法院提案權之合法問題

三〇九

司法院提案權之外一章

三一四

五院首長任期及院會，其差別何在？

三二二

對聯邦、聯邦、國協、國聯之基本認識

三二八

中央與地方權限之爭

三三八

地方自治與省政府組織法

三四七

遴選、職業代表制、選舉訴訟

三五九

論憲法上之黨派

三六九

基本國策修正論

三七七

修改憲法還是臨時條款·····	三八五
評析「回歸憲法論」·····	三九三

司法問題探討

爲法官進一解·····	四〇三
法官爲終身職之真義·····	四一一
法官身份保障之絆腳石·····	四一九
爲法官呼籲·····	四二七
推檢互調與法官訓練·····	四三四
推檢互調與公設辯護人·····	四三九
——審檢分隸後的兩件懸案·····	四三九
爲律師再一次請命·····	四五〇
法學教授，去那裏？·····	四五九
爲今日法官、律師、法學教授憂·····	四六六
今後法學人才培養的重點·····	四七六

審檢分隸前的後遺症·····	四八四
司法傳統與革新司法·····	四九四
重提幾件舊事·····	五〇二
——簡介美國法院行政與審判實務·····	五〇八
從各級法院處務規程談起·····	五一四
——司法行政監督與審判行政業務的分際·····	五二五
司法革新，從根做起，迎頭趕上，捨本逐末沉痾難救·····	五三六
救一救司法沉痾的兩帖藥方·····	五四〇
——法院組織法應予重新檢討修訂·····	五四八
司法革新，別忘了律師！·····	五五〇
我國應採陪審制之再商榷·····	五六一
——老問題的新評價·····	五八二
行政法院的當前急務·····	五九二
當前司法上幾個問題·····	
幾個值得重視的大法官問題·····	
現行司法體制之革新平議·····	

疏導訟源的根治之道·····	六〇三
寄望全國司法會議·····	六一二
審判還給審判，行政歸於行政·····	六二一
審判獨立與民意至尊·····	六三〇
——爲「政治歸政治司法歸司法」再進一解·····	六四二
司法尊嚴與法官風格·····	六五三
——古聖時賢箴言詮釋·····	六五八
維護司法威信的起步——審判獨立·····	六五八
司法革新開創歷史性新紀錄的一頁·····	六五八
——先從兩階段分案辦法談起——·····	六五八

憲法，不是國家基本法嗎？

一

民國六十七年十二月五日，當前活躍於政壇上而引人注視的所謂無黨籍之黨外人士，曾在臺北市中山堂舉行一次「全國黨外候選人座談會暨中外記者招待會」，參加人數約有五百人，發表共同政見十二項。七十一年九月二十八日，在同一地點，我們早年稱爲「社會賢達」之濟濟多士，又舉行一次「臺北市政研討會」。依報載新聞估計參加人數也有五百人之衆，同樣發表共同政見，數量却少一半，祇有六項。據說此次由臺北市、縣的「黨外人士」以聯誼聚餐方式作東，輪在屏東、高雄市及桃園分別舉行三次之後，算是今年度聯誼活動的第四次。參加記者報導，應邀賓客憑證入場，席開十八桌，全省各地重要黨外從政人物約二百人，餘三百人係另約關心政治的民衆旁聽，再邀幾位自由派教授，並請一位教授作專題演講。會場秩序井然，氣氛和諧自然，「今已不見四年前的紛亂」。

據報刊載在臺上宣讀，在臺下無人異議的這份「國是聲明」，就教於全國同胞的「政治主張」計六項，除將「臺灣前途，應由臺灣的一千八百萬人民共同決定」列爲一、外，並將目前爭議中的問題如「嚴守黨政分際」、「釋放政治犯」，「貫徹民生主義的理念」等列爲四、五、六外

，還有「立即通過省縣自治通則」及「依據憲政精神」，「開放黨禁、報禁」，「解除戒嚴令」，「取消臨時條款」，「制定國家基本法」列爲二、三，關係中華民國憲法的實施，自然涉及臺灣的現狀，影響臺灣的前途。

憲法是民主、法治、憲政的表徵，早爲憲法學者及近世自由國家所公認的理論和實況。

此時此地，無黨籍，號稱黨外的重要政治人士，公開集會「呼籲海內外同胞共同促其實現」其「共同的政治主張」六大項目之最具重要性者爲重新另再「制定國家基本法」，使人不得不發生疑問：「國家基本法」是屬於那一類的法？憲法，算不算「國家基本法」？憲法，不是「國家基本法」嗎？什麼法才是「國家基本法」？「國家基本法」以後，僅僅「取消臨時條款」「解除戒嚴令」「並重組國會」「開放黨禁、報禁」，還要不要現行「中華民國憲法」？

二

什麼是憲法，在公民教材及憲法著作裏都有解釋。本刊「憲法講座」專欄作者志豪先生所寫中華民國憲法釋義，定有明確的答案。這裏將改變一種說明的方法。

人，合群的動物，天賦智慧才能。聚衆在一起生活工作，無論其型態爲原始的部落或古代諸侯帝王或近世的國家，有時要向外拓展或對抗外來的侵略或爲合縱連橫，需要一個強有力領導人與管理機構，於是形成國家之構成的四大要素：人民、領土、主權和政府機關。發展到現代，又具有政治性的人群，憑其天賦的人權，於是再形成各色各樣的國體及政體，形成許多類型的中央及地方政府制度配合代表民意的國會，在實施國策，並實現立國精神及理想上，完成保障人民

權利，維護國家的安定、安全和全民的社會福利之目的。

憲法英文曰：CONSTITUTION 原指結構組織之意，演進爲國家政府的組織法。日本首譯曰「國法」（民初商務印書館有譯本），改譯爲憲法，亦係淵源我國古典「國之憲法」（國語）「其永無愆」（尚書）「貽範後世」（唐書）之意。此就憲法二字之來源及其文義而言，其所包含的內容，國父中山先生說得最簡短明白：「憲法者，國家之構成法，人民之權利保障書也」。因此，憲法是每一國家所需要而不可缺少的法，不論其在形式或實質上，或是成文的或不成文的；其修改程序的難易係剛性的或柔性的。

憲法以外的法律如私法性的民法及公法性的刑法、行政法，常因適用競合關係，定有普通法與特別法，母法與子法的優先原則。在普通法爲母法，特別法爲子法，並在不違背母法所定明文或立法原旨之大前提下，子法有優先適用的優越性，一般法律稱普通法爲母法，特別法爲子法者，其故在此。姑舉一例：土地法爲民法物權的特別法，耕地三七五減租條例，實施耕者有其田條例及平均地權條例，又是土地法的特別法。試問：憲法有無優越性呢？

憲法學者談到憲法的特性，一定少不了「最高性」。我國憲法第一七一條規定：「法律與憲法抵觸者無效」，第一七二條規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效」，可見憲法具有優越性之最高性。正因爲憲法是國家不可缺少的最高性之特質，多數成文憲法國家的修憲程序採不易修改的剛性，憲法學者乃進而認爲憲法尚具有垂諸久遠的根本性。美國又稱憲法爲國家大法（LAW OF NATION）或稱爲國家根本大法（THE FUNDAMENTAL LAW OF NATION）。

政治大學前法學院院長鄒文海先生所著政治學內提到憲法的特質之一即謂憲法爲基本法。

民國三十六年十二月二十五日施行至今，即將達三十又五年之久的中華民國憲法是我國的「國家基本法」，應當是無可置疑的。自民國成立，袁世凱於民三年毀滅臨時約法，直至民十二年才有曹錕的「賄選憲法」，民十三年段祺瑞藉名臨時政府制又推翻十二年憲法。訓政時期國民政府於民二十年頒行約法後，經五年的研討結果，才有五五憲草，再經八年對日抗戰勝利，又經兩年的政治協商會議的協議，始產生這部現行三十五年的中華民國憲法。

海內外中國同胞對這部歷經艱辛的中華民國憲法，試冷靜的想一想：值不值得珍惜愛護？

三

我國憲法，條文前列六十六個字說明憲法之制定機關、依據及目的，學者稱爲前言，此例如法國人權宣言與美國獨立宣言，復在條文之後附「動員戡亂時期臨時條款」。形式上看，既無條項，僅列一、二、三、四款。從民國三十七年五月十日頒行，經四十九年三月十二日第一次修正增至七款，五十五年二月十五日第二次修正增至八款，同年三月二十二日增至十款，六十一年三月二十三日增至十一款。就其主要內容言，除授權總統得設置動員戡亂機構，調整中央政府之行政機構及人事機構及其組織暨在閉會期間設置憲政研究機構外，最重要者爲變更憲法第三十九條規定戒嚴及第四十三條規定緊急命令規定程序上須經立法院之通過或追認之限制，第四十七條規定總統連任一次之限制，第二十七條第二項規定創制複決兩權之限制及第二十六條、第六十四條及第九十一條規定中央民意代表選舉之限制。惟在條款之前均予說明：「茲依照憲法第一百七十

四條第一款程序，制定動員戡亂時期臨時條款如左」，可見臨時條款在實質上是修正憲法原文。不過，此項修正案是臨時性，其時限爲「動員戡亂時期」。

就本條款之體例言，在普通法律，如我國民法，同時頒行民法各編施行法，抗戰中頒行法律名曰「非常時期」，抗戰復員初頒行法律名曰「復員後」，頗不乏例。各國憲法，有無同例？論者有指各國憲法關於緊急命令規定係戰時憲法爲例，亦有謂「國人未必知道緊急命令之性質，誤以英國之緊急權法爲歐洲大陸之緊急命令」。故就本條款之效力言，論者除主戰時憲法說外，尚有授權法說及特別法說，因動員戡亂時期總統因授權而加強戰時統帥權之行使，臨時條款之適用，優先於憲法。實則，本條款之制定既依照憲法第一百七十四條第一款所定國民大會所提合法修改程序自行制定，並無授權可言，憲法亦分別有平時和戰時一如國際公法，尚有普通憲法和特別憲法一如本文前舉民法物權和土地法、耕地三七五減租條例、耕者有其田條例及平均地權條例，不僅各國憲法史無前例，即以普通法一般概念引用於最高性與根本性之唯一母法——憲法——爲「國家基本性」之理論依據，固少闡見，尙未爲識者採信。

薩孟武先生（現任立法委員前政大元老教授）在所著「中國憲法新論」臨時條款，首先開章明義的說：「在民國三十五年制憲之時，赤禍已有燎原之勢。我早已主張此時不宜制憲而實行憲政。」當時就作者記憶，執政當局乘「抗戰必勝，建國必成」之信念，求治心切。復因政治協商，包括各方人士及社會賢達，懷抱「畢軍政、訓政及憲政全功於一役」的願望，終將這部中華民國憲法——曾有人謂爲「五權其名，三權其實的憲法」付諸施行了。三十七年五月十日頒行臨時