



憲法上關於人民之權利 規定之商榷

丘漢平

談到中國制憲，我真有一點不敢下筆了。第一，憲法是關係一個國家，社會，民族的生活，這是何等的慎重！差之毫釐，失之千里。古來人民屈死於立法之下的，何止恆河沙數？這種罪過，聰明人應負最大的責任。第二，憲法貴在實行。倘使人民並沒有感覺到實行的必要，或是人民無實行的能力，那末多談一次憲法，多掀一次無謂風波，社會上多受一次損失，人民多得一次失望，去法治依然很遠。第三，憲法是為國民生存的共需要。倘若憲法不能滿足這點，那末憲法又是空的。因為這個緣故，我就膽怯的很，不敢胡亂主張憲法應採什麼主義，更不敢妄主張什麼理想化。同時，我個人對於研究中國制憲問題的着手也就走開「學者」的路線了。近幾年來，似乎得到一個似是而非的結論，以為憲法不是法律問題，也不是政治問題，更不是理論問題，尤不是制度問題，乃是事實問題。像中國這個國家，就現在情形來說，無論那一國的憲法搬來，也不能實行。明乎此，就無怪過去制憲的失敗。若不改換方式，今後的憲法也

要一樣失敗。中國過去制憲的錯誤，言其大者有三：一是抄襲，二是求速，三是敷衍。這次制憲，若不痛改前非，其結果仍是等於零。

現在憲法已開始着手研究起草了。我們在未獲觀其內容時，固然不能有所論列。惟對於憲法上的幾個重要問題，在我個人看來，好似骨梗在喉，不吐覺得很痛苦。今乘東方雜誌刊行憲法專號之便，爰以一個平常國民的資格將自己的愚見說一下，也不敢認做什麼貢獻。

憲法上的幾個問題，其中最關係四萬萬人民的生存的，要算人民之權利一章了。這個問題，從歷史上說來，是憲法的重心。在法紀敗壞達於極點的中國，我們的「權利」早已剝奪無遺。不要說生存沒有保障，一切的一切都沒有保障。這是事實，不容否認。我們要研究人民的權利如何保障，就不可不注意這事實了。為便利說明起見，這個問題可分五點：第一，「人權」之意義及歷史；第二，各國憲法關於「人權」保障之方式；第三，所謂「人權」之內容；第四，過去憲法關於「人權」之規定；

第五，今後制憲應有的標準，今依次論之。在未敘述之先，我要說明一點的，是「人權」二字。「人權」這個名辭，本是不通，現在時髦的學者，都大談什麼義務本位了。我因為在中國字彙裏尚找不出比較概括的名詞，姑襲用之。

一 「人權」之意義及歷史

人權 (Right of man; Droits de l'homme) 究竟是什麼東西？在過去的西洋歷史，認為非常重要的。所謂人權，就是與生俱來的自然權利。換言之，沒有這種權利，人是不能生存的。因為這個緣故，人民不惜流血去爭「人權」。在一千二百五十年的時候，英國人民不能受專制的種種苛待，就起來與英皇反抗，結果英皇約翰承認大憲章 (Magna Carta)。大憲章一方面規定幾種基本權利，一方面卻是人民與英王訂定的契約。其中最重要的，就是國王的徵稅須先經大地主的同意。這種權利雖是限於大地主，可是這個原則一經成立，後來便慢慢擴大其應用的範圍了。其後英國一千六百二十八年之權利申請書 (Petition of Rights) 和一千六百八十九年的權利宣言 (Bills of Rights) 等等，都是人權的內容之擴大，其意義是與大憲章一樣的。降而至美國革命，法國革命，「人權」遂正式規定在憲法中，且認為是最重要的部分。

90287 這個潮流，衝破了歐美各國，人權成為憲法中之一部分。然而我們仔細的研究十九世紀末葉以前各國的憲法，有三種現象是值得注意的：

其一，在專制時代，根本無所謂人權的存在。生殺予奪，悉聽統治階級的意思。限制這種暴力並迫令統治階級承認被治者有生存的權利，便是人權運動的開始。過去二百年人類的大半殘殺，無非是爲此而已。換一句話說，人權云云，乃是被治階級迫令統治階級承認前者的生存權利，所以是消極的。何以說呢？因為被治者的生存權利是向統治者要求得來的。

其二，憲法中的人權是列舉的。就是說人民之權利，憲法明白承認之。這種意思，無異是說人民的權利是憲法所給與的。沒有憲法就沒有人權，要有人權就要有憲法。這是很不通的，很矛盾的。不通的，因爲人之生存權利是先憲法而存在；矛盾的，因爲既然承認人權是與生俱來的，那末憲法的規定是不必的。

其三，制憲的目的在於限制統治者的權力以達到人權的保障。這個原因完全是由於過去專制的狠毒，給人民一種很大的刺戟，以爲好政府是要留給人民較大的自由。十七世紀以來，個人主義之雷厲風行，就是這個緣故。

二 各國憲法關於人權保障之方式

朱執信先生說，憲法是人民的血換來的。這是個至理名言，因爲不是血換來的憲法，無論怎樣的齊整完備，卻多是等於具文，無保障的效力。過去保障人權的方式有二：一是革命的方式，一是制裁的方式。前者

90288 的方法是人民一致起來和壓迫階級反抗，非達到保障不止。英國的不成文憲法所以能這樣地穩固，就是英國的不成文憲法中的每字每句都是流過血換來的。這和孟子說的道理一樣。天子不能行使天子的職務的時候，他就失了天子的資格，人民就可起來責罰他。所以他說，聞殺一夫紂矣。未聞弑君也！人民起來推翻暴力，是天賦的權利。孫中山先生

所以畢生要革命，無非是行使天賦的權利。人權的保障最後的方法，便是革命。而且「英國人的權利」(Rights of Englishman)乃完全是用革命的方式取來的。抗納捐稅爲其最有效的方法。

第二個方式是制裁的方式。就是把人民認爲應享的基本權利，先去迫令統治階級一一的承認，後來便一一規定在憲法。倘若有任何人違背憲法的規定，就依照憲法的規定制裁。通常憲法的制裁機關，不外是法院和幾種鐵似的辦法。因此歐美對於司法的權力，依照其本國的歷史習慣及人民希望的程度加以嚴密的限定，以期執法如山。祇因各國的民族背景不同，於是對於法律的觀念就有些差異。在大體上來說，英美是推崇法律神聖，尤其是美國，憲法的解釋權是操於最高法院。百餘年來的經驗，所得成績甚佳。而國會和行政首領也就無從逞其橫行的機會。英國則因習慣的長久，在法律上議會雖可把所有英國人的權利一律取消，可是過去的歷史和人民的選舉權的緣故，議會也就向來不敢做出這樣事情出來。講到法國，其法治精神固遠不及英美。但是自一七八九年革命後，人權宣言被認爲是天經地義。長期內訂，迫得人民

個個走險，把革命後的種種暴力先後打倒，建立一個民主國家。人民遂握得選舉的權利。同時政黨的林立，互相排擠攫取政權，在不知不覺之中，就成爲一種自然的牽制。因爲法國的政治，一個政黨要想把持，是一椿很難實現的事。每次的政潮和選舉，結果都是一個政黨和其他政黨妥協。因此，未握到政權的黨派，就時時刻刻尋機會來攻擊政權在握的黨派。於是黨爭的結果遂造成法國憲法的穩定。所以大陸幾個先進的國家，他們的法治雖比不上英美，而因政治習慣之故，人權也就得了差不多穩固的保障。

所謂人權之內容

自英國的大憲章起以至今日，人權的意義和內容均經劇烈的變動。我們可以說，在十九世紀末葉以前，所謂人權的內容，都指個人自由和參政權而言。關於個人自由方面，則以國家不干涉限制爲原則。詳細說來，除了爲社會的利益得加以限制外，人民應有絕對的自由。這種觀念，完全受自然法的影響。現在看來，似乎是不通，可是在當抵抗暴力的時代，這個學說卻是最有刺激性的藥劑。當時所謂個人自由者，不外是人身自由，居住自由，工作自由，財產自由，信教自由，意見自由，集會自由，結社自由等。因爲這等自由，在專制時代，都是受箝制或甚至不容許的。其中信教自由，尤其是歐洲人流了億萬人的鮮血始換得來的。打倒暴力之最主要目的，厥在恢復此個人自由。到現在，各國憲法都有這個自

由的規定，其後民主政治盛行，深感這種漫無限制的個人自由大足障礙社會的進步及多數人的利益，於是較新的憲法就覺「人權」二字有些危險。德國的新憲法，就把「人權」改為「德意志人民之基本權利及義務」，將範圍大加擴充。仔細的研究起來，德國的憲法實已別開蹊徑。不但消極地承認個人自由，且積極地去幫助個人取得自由。然而尚有一個缺點，就是這等個人自由，是先憲法而存在，抑是因憲法的規定纔存在？關於這點，德憲仍是因襲，不能有所說明。而立憲的真精神也就失之過半了。

要達到個人自由，自英國大憲章起，人民就覺得參政是必要的。在專制時代，參政的意義祇是人民對於租稅負擔方面有參加意見之權而已。其後根據這個原則，慢慢應用到小地主，終至一般人民。法國亦然。故參政云云，在當初只是人民有說話的機會。進一步纔是選舉權。更進一步纔有限制被選舉權。到現在，有些憲法且給人民有創制複決諸權。由此看來，參政權的內容也是跟政治觀念的進化擴大的。

90289
晚近的政治，又慢慢走入一條路，從前人民以國家是不得已的東西，政府是個人自由的障礙物，故當時人民的唯一要求是限制政府的權限和確認人民的幾種根本權利。個人主義學說之盛行於十九世紀就是這個道理。花開了結子，纔發現個人主義的弊病和專制政體所造成的結果不相上下，甚且遠而過之，對於已往的所謂個人自由權，就不得不懷疑起來。蓋自個人主義制度成立以來，社會上忽然間產生了許

多徒手的工人。他們勞苦得來的生產，都跑入資本家的私囊。要解除他們的痛苦，惟有廢除現存的制度，不是推翻便是改進。推翻是革命的，如蘇俄是。改進是緩和的，如歐美是。社會上的貧民（即無產者）既佔極大多數，那末他們的威嚇自然是很大的。為求社會的穩定，就不可不設法安置他們。所謂社會政策乃應運而生。而國家的萬能信仰也就逐日增厚了。到現在，幾乎視為天經地義。這種思想和從前的極端放任思想適成相反。其來勢猶似洪水，會幾何時，汎濫到全世界。較新的憲法遂列入為重要的事項。人民的基本權利就從消極方面的保障擴到積極方面的培養，如人民有受最小限度免費的教育權利，勞工階級的特別保護，婦女及殘廢者的特別救卹，失業之救濟等等。

綜上所觀，「人權」的內容，是從消極的到積極的，從個人的到社會的；從抽象的到實質的，——簡單一句話說，從消極的放任進至保育政策。

四 過去憲法關於人權之規定

中國人在過去二十餘年，實際上可以說完全沒有絲毫的「人權」。現在更進一步，從文字上來研究有無人權的規定。先從民元臨時約法說起。該法第二章為人民，共十條，除關於納稅當兵二條不問外，今抄錄於後，以便研究：

第五條 中華民國人民一律平等，無種族，階級，宗教之區別。

第六條 人民得享有左列各項之自由權：

- 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；
- 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 人民有訴訟於法庭，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。
- 第十一條 人民有應任官考試之權。
- 第十二條 人民有選舉及被選舉權。
- 第十三條 人民有選舉及被選舉權。
- 第十五條 本章所載人民之權利，有認爲增進公益，維持治安，或非常緊急必要時，得

以法律限制之。

約法既出於臨時，瑕疵自多，本毋庸置議。不過我現要說的有二點：

一是當時秉政的人對於此項人民根本權利之觀念；一是約法所規定的條文有無達到保障的程度。關於第一點，我們可以客氣地說，當時草約法的人都是薰染了西洋的膚淺學說，以爲這等權利是人民的自由。同時他們又錯解了約法的意義，當約法是賦人民權利的源泉。因此，以上條文的意義都是表現上帝創造天地一樣的口氣。關於人民權利的限制，第十五條規定三種情形：一、增進公益；二、維持治安；三、非常緊急

必要時。照這條的規定解釋，官署既遇有上述三種情形之一時，僅可限制人民的根本權利之行使，卻不能停止之。限制與停止，結果大不同。限制一個人的自由和停止一個人的自由，相差很遠。由此看來，民元臨時約法在文字上對於人民的消極根本權利並無剝奪摧殘的機會。惟第六條所謂「非依法律」云云，意義不明瞭。所謂法律，當然是經參議院通過的。倘使參議院受大總統的操縱或武人的威迫通過一剝奪人民權利的法案，照約法的解釋，仍是發生效力。但就大體說來，臨時約法對於人權消極方面的規定，還算達到保障的標準。這是因爲辛亥革命之後，受了西洋自由思想的影響所致。至民國五年之約法，關於人民一章之規定，和臨時約法大同小異。文字上稍加修正；對於人民之自由權加「於法律範圍內」等字，以示限制；對於請願訴訟選舉等權，則加「依法律所定」五字，以示根據；法律須經立法院之通過，但「大總統爲維持公安，或防禦非常災害，事機緊急，不能召集立法院時，經參議院之同意，得發布與法律有同等效力之教令。」此種權宜辦法，乃所以應非常的事變。然因約法上將人民的自由權及參政權須依法律所定或於法律範圍內方可行使，就不免給握政者一個專制的機會。議員的選舉既未規定妥善的方法，則議員人選大都是官僚，離開民衆的利益，對於維持他們的地位及權利的法律自必通過，而約法規定的人權遂等於具文矣。故自民元以來，收買國會幾成原則，而依約法制定的種種剝奪人權的法律或教令，從純粹法理立場來說，均可說是合法的。過去的經驗

是這樣，則未來的憲法若不改此錯誤，也一定是失敗的，且多給握政者一個剝奪人權的根據。現在我們再來研究民國十二年的所謂「中華民國憲法」。這次憲法的章目將「人民」改為「國民」。茲錄出於後：

第四條 凡依法律所定屬中華民國國籍者，為中華民國人民。

第五條 中華民國人民，於法律上無種族、階級、宗教之別，均為平等。

第六條 中華民國人民，非依法律，不受逮捕、監禁、審問或處罰。人民被羈押時，得依法

律，以保護狀請求法院提至法庭審查其理由。

第七條 中華民國人民之住居，非依法律，不受侵入或搜索。

第八條 中華民國人民通信之祕密，非依法律，不受侵犯。

第九條 中華民國人民有選舉住居及職業之自由，非依法律，不受制限。

第十條 中華民國人民有集會結社之自由，非依法律，不受制限。

第十一條 中華民國人民有言論著作及刊行之自由，非依法律，不受制限。

第十二條 中華民國人民有尊崇孔子及信仰宗教之自由，非依法律，不受制限。

第十三條 中華民國人民之財產所有權，不受侵犯；但公益上必要之處分，依法律之

所定。

第十四條 中華民國人民之自由權，除本章所規定外，凡無背於憲政原則者，皆承認

之。

第十五條 中華民國人民依法律有訴訟於法院之權。

第十七條 中華民國人民依法律有請願及陳訴之權。

第十八條 中華民國人民依法律有選舉權及被選舉權。

第十九條 中華民國人民依法律有從事公職之權。

第二十一條 中華民國人民依法律有受初等教育之義務。

這次憲法關於人權的規定有數缺點：其一，每條冠以「中華民國」

四字，就變了不通的解釋。如訴訟權，不但中國人有此權利，即外國人來到中國者亦應享有此權利。憲法規定「中華民國人民」云云，不啻否認在中華民國之外國人享有此項權利。固然，其中有幾項權利，祇中華民國人民始得享有，但憲法不加分別，一律以中華民國人民為限，是為不通。其二，人民受羈押時，憲法上規定得以保護狀請求法院移至法庭

審查其理由。表面上，好像和英美的「身體出庭狀」(Writ of Habeas Corpus)相彷彿。然稍經研究，則可知此項規定有等於無。既不示其效果，則法院審查羈押為無理由時，是否有權即可釋放。縱令保護狀依憲法發生效力，而時間上的限制亦無規定。如果法院將保護狀束之高閣，試問保護狀又有何用呢？譬如公安局拘到某甲，謂其觸犯違警罰法。可是甲自被捕數日後，並未得到處分的決定。依憲法第六條規定，自可引用以保護狀申請法院，法院收到保護狀後，亦可遲延若干時日，才送到公安局，公安局又可攔了一星期才將甲解至法院，法院又拘押一星期才提甲審問。如此拖延下去，甲的羈押日數不知到何日才了結。我們小百姓的自由更無保障了。其三，「制限」二字，又是個模稜兩可的字眼。嚴格說來，限制是包括「制止與限制」的意思。人民的幾種根本自由權，為了國家或整個社會的利益加以適當的限制，這是不能否認的。倘若更進一步，可以將根本權利制止，那末所謂人民的權利又是空言了。關於此點，遠至英美憲法，近至德國新憲都有幾條不准變動的規定。其四，關於信仰一條，亦加「非依法律，不受制限」等字，更是不通，違背時

90292 代的思想。其五、人民財產權固得因社會公益上爲必要之處分，可是如何處分及人民有無要求給價卻未規定。於是人民田地每被政府或腐敗官僚藉徵用爲名以盡剝削之能事。那末憲法上的規定，又是有等於無。

未來的憲法，仍是抄襲舊文，一樣的畫蛇添足，那末四萬萬人民的自由權，又有如何的保障呢？

於無。

五 今後制憲應有的標準

以上是民國十二年以前的舊思想，本無置議的價值。今更進一步討論二十年六月一日國民政府公布的中華民國訓政時期約法。在該法起草之前，我曾說牠的效果將等於具文。不料竟成事實。公安局時常將無辜的學生拘禁至四五個月以上，警備司令部亦時常將普通人民拘禁或槍斃。凡此都是事實，萬目共覩。姑不論該約法的施行效果如何，今祇就該約法關於人民之權利一章提出來研究一下。

訓政約法第八條第二項規定：「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者，其執行逮捕或拘禁之機關，至遲應於二十四小時內移送審判機關審問，本人或他人，並得依法請求於二十四小時內提審。」這和民十二年的憲法第六條規定的保護狀差不多。所不同的，訓政約法有時間限制。但因對於逮捕或拘禁機關不遵本條規定時沒有示以如何效果，故收效亦等於無。倘若逮捕機關對於本人或他人之請求不執行時，被捕犯人的身體自由是否可以恢復，法文並無規定。這和英國的「身體出庭狀」大不相同。那末約法上所給予人民的自由和保障亦是一樣的空洞。不但如此，訓政約法關於人民自由的規定較之民十二年的憲法更是剝削。人民的自由權，均可依法律而停止或限制，這是多麼危險！倘若

中國已往的錯誤是立憲走錯了路。天天跟人唱自由的高調，卻未找出自由的正途。英憲法專家戴西氏說得精透：「承認個人自由權的存在並無絲毫的困難，亦無甚益處。其實在的困難乃在於如何使其實行保障。」這是一句至理名言，不朽偉論！中國過去制憲的失敗，就是在唱高調，沒有實行的方法。自民元臨時約法以至民二十訓政約法，中間經過二十年，個人的自由權，不但沒有尋出如何實行保障的方法，即文字上的規定也一次不如一次，甚至更加剝削。民元臨時約法對於人民自由權之行使，尙僅定有有限的標準。到訓政約法，除漫無標準的限制外，更有停止的規定。這種開倒車的進步，實甚驚人。未知習憲諸家作何感想！我以為今後憲法不求實行則已，倘是要見諸實行，應該明瞭過去的錯誤，同時還要參照國情，茲特提出標準於後：

一、在憲法上祇可規定國家有權限制的人民根本權利，但須提出限制的標準和程度。依此原則，就應該刪除什麼信教自由等等的規定。在人民之權利一章，首宜這樣的規定：「凡人民之自由無背於憲法精神者，皆承認之。」如是，則憲法中無須列舉的規定。倘若人民的自由違反憲法精神時，國家自可依法律限制之。

二、憲法中所言「法律」云云，應該明定其意義。

三、應規定『人民之生命權依法律審判定罪後不得剝奪。』過去憲法，忽略此條。

四、遷徙通信通電秘密等自由權祇可依法律限制，不應有受停止的規定。

五、結社集會應依法憲第一二三條的精神，茲略為修正於下：『中

華民國人民有和平及無武器集會之權，無須呈報及特別允許。

露天集會，須向地方官署呈報，但若與治安有緊急危害時，得禁止其露天集會。』

六、凡中華民國人民，於不違反刑法時，有組織團體及結社之權，不得加以預防限制。（註）

七、人民所發表演論及刊行著作若與治安發生緊急危險者，得依法律處罰限制或停止之。

八、國家徵用或徵收人民財產，須依法律給與相當代價。

九、政府約法第八條第二項保留，惟須增加『若主管機關不遵請求時，得申請法院發給出庭狀於二十四小時內提審或釋放之。』

十、無論何人之自由權受限制停止或剝奪時，本人或他人得請求

法院於二十四小時內發給出庭狀提審。如法院認為無正當理由時，應當庭釋放之。

十一、法院有發給出庭狀之特權，不得以任何法律限制或停止之。

十二、人民除現役軍人外不受軍事審判。

十三、於普通法院及行政法院外不得設立特別刑事審判機關。

十四、於普通刑法外，不得制定特別刑法。

十五、不得以立法方法處罰人民，法律不得溯及既往。

十六、公務員故意違反憲法者，處無期徒刑。

十七、官吏為人民之公僕。非一黨之傭役。（德憲第一三〇條）

以上大綱十七條，我以為這次憲法應該注意的。我們希望這次憲法能實行，能使人民有保障。否則，這次的起草憲法，就是無謂了。倘我這篇拉雜文字，能夠引起國人的注意，共起督促新憲的完成，斯乃個人的大願！

註 關於第六點，因時間迫促不能一一敘述其理由，俟來日再為文論之。又此文祇為個人的意見，從民衆的立場來說。

民國二十二年三月九日漢平識