慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	張知本氏の『民國憲法起草意見』の解說
Sub Title	
Author	及川, 恒忠(Oikawa, Tsunetada)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1934
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.13, No.1 (1934. 3) ,p.145- 174
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19340330-0145

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

張知本氏の『民國憲法起草意見』の解說

及川恒忠

昨年六月、立法院の憲法起草委員會は起草委員の一員たる吳經熊氏の名を以て『中華民國憲法草案初稿』なるものを發表したが、爾來、這の初稿に基いて草案の審査討議が引續き行はれてゐる。若し豫定通りに進めば、今春中には立法院大會に於けるその審議が終了する筈である。吳氏の草案初稿は既に英修道君が慶應義塾政治學會誌第七號百二十五頁以下に逐條譯載されたが、予は同じく草案起草委員の一人である張知本氏の憲法起草意見を玆に解說紹介して、民國憲法史研究の一助としよう。因に原文は東方雜誌第三十卷第二十一號所載の同氏の寄書『中華民國憲法起草意見』で、文中に草案第何條參照とあるその草案は、吳氏草案初稿そのものではなく、之に基いて討議せられたる別の草案である。但し予は之を座右に藏しないから、今はたゞ原文に隨つて同じく草案第何條參照と記し、後日の研究に俟つことゝした。

一　憲法と革命

張知本氏の『民國憲法起草意見』の解說

近代憲法は多く革命の産物である。しかして革命が憲法に要求するところは憲法の力を藉りて保證に資せんとするにある。故に國家が憲法を制定するのは、一國の偉大なる立法事業であるが、決して困難なる工作ではない。苟くも革命の要求する所を認識して、立法的技術により、一定の組織ある簡單明瞭の條文で革命の要求をいちいち記載するならば、一個の憲法は完成されたと認む可きであつて、たゞ夫が良憲法と曰ひ得るや否やは、一つに革命の要求に適合するや否やを以て斷づるまでのことである。

一七八七年の米國憲法及び一七九一年の佛國憲法は、一般に個人の自由主義を奉じたもので、いずれも之を以てその軌範としたのである。一九一八年の露西亞憲法及び一九一九年の獨逸憲法は、一般に社會主義又は社會改良主義を奉じたもので、之また各々爭ふて相贊許してゐる。ところで、是等の憲法の內容は、決して憲法起草者の獨自的創作ではなく、實は革命當時、民衆の革命要求に按じて出來たものである。十八世紀、資本主義勃興の始に當つては一般市民階級は國王の專制政治下に在つて暴虐の壓迫を受け、個人の財富はたゞに自由に發展することが出來なかつたばかりか、常に侵害を蒙つてゐたから、こゝに於て、爭ふて個人自由主義の革命となり、先づ米國に一七七六年七月四日の獨立を惹起し、次で佛蘭西に一七八九年七月十四日の暴動を見たのである。世人、米佛憲法を談ずる者、此等の憲法が個人の自由權に對して規定すること甚だ詳かであり、且つ三權分立主義を以て政府專制を防止するにつとめた點を見て、個人自由に對する保護の極めて周到であることを贊稱しない者はない。しかも一とたび其實際を究むれば、米佛憲法がしかく個人自由を尊重した所以は、當時の市民階級が個人自由といふ革命要求を有したるが故に遂に之を憲法が記載したまでのことである。

二十世紀以來、個人の自由主義極端に發達して社會の財富漸く少數の手に集中し、之に由つて貧富不均衡の現象

すでに社會に瀰漫し、多數の窮逼民衆は資本家の壓迫を深く感じて、而かも生活には何等の保障が無い。こゝに於て資產階級を排除し、勞働階級を擁護する社會革命なるものが一九一七年及び一九一九年に前後して露西亞及び獨逸に爆發したのである。その結果、露西亞には無產階級を擁護し、資本家の財產を沒收する底の社會主義憲法が出現し、獨逸には勞働者の特別保護及び私有財產を制限する底の社會改良主義憲法が出現した。此等の憲法は、個人本位より社會本位に進んだもので、世人多くは憲法史上の一新階段と曰ふ。而してその憲法內容の新しい所以は、乃ち一般民衆が此種革命の新要求を持つてゐた所にあるのであつて、既に革命の新要求がある以上、七つの新憲法が之を保護せざるを得ないことは曰ふまでもなく、露獨の憲法はいずれも國內民衆の革命要求に基いて記載されたものに過ぎぬ。

孫中山先生は、民國の一般民衆が外は國際帝國主義の侵凌を受け、內は軍閥專制政治の壓迫を蒙むることを深く知り、且つ資本主義は必ずしも善良の社會制度に非ることを想ひ、民族・民權・民主の三民主義を唱へ、全國民衆を指導して革命運動に從事した。全國民衆もまた民族主義に據ることによつて始めて國際地位の平等を促進し、民權主義によつて始めて政治地位の平等を促進し、民生主義によつて始めて經濟地位の平等を促進し得るであらうことを感知した。そこで、三民主義の實行は已に全國民衆の革命要求となつたのである。故に今次制定の民國憲法は其內容を三民主義に據らねばならぬことは自ら不易の道理である。蓋し前述の如く、憲法なるものは、もと、革命の要求を保證し、革命の要求を記載する具であつて、三民主義が已に全國民衆の革命要求となつたからには、苟くも今度の憲法にして此種の要求に適應して之を規定することが出來ないならば、その所謂る憲法は已に革命の憲法であると認める譯にはゆかぬ。されば、三民主義を憲法に加へることに就て疑を懷くのは、寧ろ三民主義を誤解し、

數十年來の革命の歷史を觀ないからである。

三民主義を憲法に採入れることは毫も疑義無しとして、さて然らば如何なる規定を設くべきやは、細心に論究しなければならぬ。想ふに三民主義を實現するには二種の方法があるであらう。一つは三民主義の實行を妨害する障害物を除去することであつて、今一とつは、三民主義の理論に照して之を實際に施すことである。若し實際の施行ばかりを欲して障害物を消滅し得ないならば、三民主義の實現される日を望むことは到底出來ない。既に一般民衆が革命運動に參加したとき、あらゆる革命の要求例へば、『民族利益の擁護』とか『民主政治の實現』とか『民衆利益の擁護』とか、其他『帝國主義の打倒』『軍閥の消滅』『非資本主義道路への走向』——等の聲は、すでに全國に瀰漫したのであつたが、所謂る『民族利益の擁護』とは民族主義の實行に對する要求であり、『民主政治の實現』とは民權主義實行への要求であり、『民衆利益の擁護』とは民生主義の實行に對する要求だつたのである。而して『帝國主義の打倒』に至つては、民族主義の實行を妨害する障害物を消滅することに對する要求であり、『軍閥の消滅』は、民權主義の實行を妨害する障害物消滅の要求であり、『非資本主義道路への走向』は、民生主義の實行を妨害する障害物を消滅させやうとの要求である。かくの如くんば、憲法は一方、三民主義の實行を規定すると同時に他面、三民主義の實行を妨害する障礙に對しても宜しく之を防止するやうな規定を設けなければならない。その規定の要旨を左に述べてみよう。

（甲）　民族に關するもの

民族の團結・保護・發展に對する國家の任務は元より主要なものである。憲法は此等の任務に就て相當の條文を設く可きであるは自ら論ずるまでもない（第二編草案、第九・第十・第二、第十三條參照）。が併し、僅かに此種の規定

があるばかりでは、民族主義の實行のために尚ほ不足の嫌がある。すべからく、民族利益を妨害するところの帝國主義に對しても、法を設けて之を防止すべきであつて、かくてこそ始めて實行の目的が達せられるのである。故に帝國主義が何等かの口實を藉りて領土を覬覦するやうなことを杜絶するためには、全國領土に就き憲法は列擧的規定を設く可きである(譬へば民・元年度の所謂る舊約はその第三條に、中華民國の領土は二十二行省、內外蒙古・西藏・青海となす、と規定して列擧主義を採つた)。又、帝國主義外交上の侵略を消滅するためには、自由平等に違反する條約は改修或は之を拒絶するの規定を設く可きであり、帝國主義の武力壓迫に抵抗するためには、國防の規定を設くべきである(第二編草案、第四・第九・第十一條參照)。凡そ此等はみな半殖民地支那の國情に適合するものであつて、革命民衆一般の切迫した要求なのである。

(乙) 民權に關するもの

人民の權利は自由權といひ、參政權といひ、均しく憲法の中に之を保證して以て人民に享有及び行使せしむることは一般民主國家の同じうする所、民國憲法もまた此種規定を缺く能はざることは自ら贅述するまでもない。民國は辛亥革命以來、民主政治を以て相號召し、民權の保障に對しても元年度の臨時約法は相當の規定を持つてゐた。たゞ然し、民權を妨害する軍閥に對しては、未だ之を防止し之を消滅することを思はなかつたので、遂に武人の專橫と民權の消沈とを醸成し、袁世凱より曹錕に至る十餘年間は全く一轍であつた。國民は今に至つて之を思ひ猶ほ餘痛を有する次第である。されば今次の憲法が民權を保障する規定を設けるのは勿論、民權を妨害する軍閥政治に對しても、當さに防杜して再び軍閥橫暴の日を繰返さぬようにしなければならぬ。此種の規定に關しては先づ二つに分けて考へることが出來よう。

(一) 軍人の政治干涉を禁止すること (二) 軍人の行政元首に就任を制限すること。

先づ第一の點に就て曰へば、軍人の政治干涉は政治上の大弊害である。二十餘年來、國家が紛亂に陷り、人民がその塗毒を蒙つたのは、主要原因こゝに胚胎したと曰ふことが出來る。民國二年、各省の都督は天壇憲法草案に干涉して國民黨の解散と國民黨議員資格の取消とを主張して袁世凱帝制の謀を助成した。五年、かの八省督軍團は段祺瑞內閣を擁護して國會の解散を要求し、終に溥儀復辟の亂を釀成した。此外か安直兩系の戰爭は、軍人たる曹錕・張作霖等が安福系國務員の免職を申請したことによつて起り、また奉直兩系の爭は、軍人張作霖と吳佩孚とが梁士詒內閣に對して一つは擁護し一つは排拒したことによつて起つたのである。かくの如く國內の戰爭は多く軍人干政に端を發したものである。故に憲法を制定するに當つては、國家の長治久安を望む見地から、軍人政治干涉の一點に就き、特別の條文を設けて之を制限すべきものであつて、『軍人は國家の命令に服從して國土を防衛するを除くの外か、政治上の言論を發表することを得ず』といふやうな規定は、實に憲法の條文中に缺いてはならぬものである(第二編第十一條第二項參照)。世にはかゝる規定は軍人の言論自由に損害を及ぼすなきやを疑ふ者がある。或はさうかも識れない、が然し、單純なる言論の自由、例へば新聞雜誌に論說を發表し、或は會議場に於て學理を講演するが如きは、軍人たりとも此學識があるのであつて、國土防衛の職務に妨げなく、或は犯罪に涉らぬ限りは、當然自由に之を爲すことが出來るのである。憲法の所謂る『政治上の言論を發表するを得ず』とは、自ら之を指して曰ふのではない。乃ち軍人に制限を加へて武力を後盾とし政治に干涉するを得ざらしめやうといふのであつて、前述の如く、各省督軍並に八省督軍團等の演じたる故事を繰返さぬためである。蓋し武力を恃で政治に干涉し以て、其要求する所を成遂ぐるものとせば、軍人は、跋扈專橫、勝手次第のことをなすに至るであらう。假に求むる所を遂げざらしめば、必ずや武力を以て、其主張を貫徹すべく、かくては內亂の禍これに隨て起るであらう。されば憲法に

は上述の如き條文が何としてもなければならないのである。いつたい軍人は國土防衛の重要使命を負ふのであるから、在職期間中はその政治上の主張の當否を問はず、一時、之に制限を加へ、彼をして專心國防に服務せしむるならば、損私益公、其理も亦正しい。のみならず、徵兵制度の施行後は人は皆な兵役に服する義務があるのであつて、所謂る軍人といふ一階段は特別の事情を除く外か何人と雖も倶に經過しなければならぬのである。人人既に軍人たるの一日あるものとせば、軍人に制限を加へて政治上の主張を爲し得ざらしむるは、とりもなほさず、人人が一度は這の制限を受ける時がある譯となり、民主政治下に於ける平等の精神に毫も抵觸しはしない。此種の規定に疑を懷く者も、若し以上述べた各點を明瞭にすることが出來るならば、必ずや恍然たるに至るであらう。

第二の點に就て曰へば、行政の元首に軍人が當選してはならぬといふ制限は、各國にも先例がない。然し、これまで何回となく繰返された大亂は、多く軍人か大總統に就任したことにより、或は大總統の地位を覬つたことによつて發生したものである。譬へば袁世凱は自派以外の者を排除して帝制を自ら企て、始めは兵を派して江西・江蘇を攻撃し、續いで同じく派兵して四川・湖南を鎭壓し、以て社會を蹂躙し民衆を屠殺したが、袁世凱にして軍人大總統でなかつたならば、當時、北洋派の武力は彼と何等の私人的感情なく、彼は自己の爲に之を援用して私謀を遂げる譯には往かなかつたことであらう。隨つてあれ程の禍も起らなかつたのであらう。又、譬へば曹錕が大總統の地位を覬つて、競尙武力、始めは安直戰爭を、次いで奉直戰爭を惹起し、國內の紛亂を數年の久しきに亘らしめたが、假に當時、軍人は大總統に當選するを得ずといふ例があつたならば、曹錕は他人を征服して大權を奪ひ取らうとは考へなかつたのであらうし、隨つて安直・奉直の戰禍或は發生しなかつたかも識れない。故に憲法は、まさに退職三年に滿たざる軍人は大總統に當選するを得ずと規定すべきである。この種の制限規定を以て全くの創見である

と見る向きもあるから、特に再び其理由を擧げて之を明にしよう。(一)軍人が總統たり得るものとせば、たゞに其在位中、原有の武力を挾み、倒行逆施、橫暴を極むるばかりでなく、就任以前に於ても、大權を覬覦して、窮兵黷武、大に其暴力を逞しうすることは、往事に之を按すべく、茲に多く述べるまでもない。されば、懲前毖後、まさに預じめ之を防止しなければならぬ。(二)軍人は武事を專らとし、政治的經驗を缺くことは自ら通例である。遽かに行政の元首たらしめば、對內政治に於ても對外政治に於ても適當の處置を缺く場合が必ずや多いことであらう。よしんば、故意の倒行逆施ではなくとも國を禍し國民を殃するに變りはない。故に退職三年後に始めて當選し得るものとすれば、一つには退職期間內に於て政治智識の培養に從事することも出來るし、今一つには久しく兵權から離れてゐるから武力を利用することも出來ず、隨つて彼の當選は眞正の民意に出づるのであつて、勢に迫まられて其人に非ざる者を選出する處が無くなるであらう。(三)軍人は既に總統に當選するを得ずとすれば、善良なる軍人は政客の慫慂に隨つて政權に熱中し、その一意衞國の素志を變へることも無く、又、野心軍人も始めから企圖すべき所が無いから、國土を防衞する以外には、國內に於て無益なる私人の窮兵黷武を爲す譯がない。されば軍人の總統當選に制限を加へることは、軍人道德を培養し、軍人人格を增高する譯にもなる。(四)軍人の總統當選に制限を加へた例は各國にも無いが、議員に當選することを制限するものは決して少くはない。抑も議員は立法權を行使する者で、總統は行政權を行使する者である。而して他國がその特殊事情により軍人の立法權享有に對して制限を加へるが如く、民國が特殊の事情により軍人の行政權享有に制限を加へることゝしても、其理は全く同じである。(五)權利の平等は本と民主國の特徵である。軍人の總統當選制限に反對する者は、大概ね平等權に違反するといふことを以て唯一の理由とするが、然し前述の如く徵兵制度の施行後は人人均しく軍人たるの一日があるのであつ

て、表面上、制限を受くる者は軍人に限られるが、其實、人々は均しく這の制限を受ける可能がある譯である。此點に就ては權利平等の精神を損ずることはない。(六)佛蘭西現行憲法には君主の後裔は大統領に選ばるゝを得ずとの規定がある。君主の後裔も亦人民に外ならぬ以上、其被選擧權に制限を加ふ可きでないとも考へられるが、ナポレオンの事實に鑒みて帝制の復興を恐れるが故にかゝる規定が設けられたのである。是と同じの意味で軍人に制限を加へることは、事情は彼此不同であつても、民主政治の敵人が再起するのを防止することは、兩者とも二つではない。

(丙) 民生に關するもの

憲法の中に民生に關する一項、譬へば農工の保護、老弱の撫卹など、直接に民生を維持する規定は今日の貧富懸殊の社會に在ては自ら缺けてはならぬものである。故に、今日に於て資本主義に對し法を以て制限を加へ、以て社會を『民生主義道路への走向』へ導くにあらざれば、民生問題は終に解決するの日が無いであらう。則ち個人の私有財産に對してはその享有及び使用に制限を加ふべきものであつて、殊に土地に就ては漸時に之を國有に移し、以て中山先生の『耕す者は其田を有す』といふ主張を貫徹すべきである。又、公益に直接關係する企業は勿論、一切の大企業等も、法を設けて國營に收歸し、以て資本家の私利を圖り勞働者を壓迫する機會を減少せしむべきである(第二編草案第百五十四條・第百五十五條參照)。かくすることによつて始めて民生問題は圓滿に解決するであらう。

總じて之を曰へば、三民主義を實行することは今次革命の目的であつて、三民主義實行の障害物——則ち帝國主義、軍閥、資本主義等を消滅せしむることも亦一般革命民衆の切迫せる要求である。果してさうならば、今次の憲法には此種の要求に就ての相當規定が設けられねばならぬのであつて、是が無い限りは三民主義を根據とする憲法

なりとは曰はれない。別言すれば革命後の憲法ではないと謂ふべきである。

二　憲法の編成

各國の憲法編成を見るに、原と一定の形式がある譯ではない。その編・章を分つのは、主要內容が其內に包括されて遺す所無いことを求むるである。故に先日、立法院憲法起草委員會の某某委員が民國憲法はまさに民族・民權・民生に基いて編を分つ可きであると提議した時、余は此編成法は形式極めて新しいが、同時に甚だ機械的となり、措置に餘裕を置くことが出來ないことを恐れたのであつた。然し其後詳に考へた結果、三民分編の形式は、實に三民主義を根據として規定する憲法に應はしいものであることを認めるに至つたのである。且つ提案者は民族・民權・民生の三編の外に基本原則と附則との二篇を增して是をその前後に分置すれば憲法の內容を全部包括し能はぬ處が無いと主張してゐる。故に今次の憲法は此提案を採用して妨げないと想ふ。たゞ章の名を用ひて必ずしも篇名を用ひぬとゝしたい。何ぜなれば、基本原則と附則とは其內容極めて簡單であり、吾國の文字使用上の通例では、大概ね篇と名づくるものは內容複雜のものであるから。今、茲に形式を略述すると——

一　基本原則
二　民族
三　民權
四　民生
五　附則

（一）基本原則の章は、建國の大本を規定すべきで、所謂る建國の大本とは即ち三民主義であるから、先づ最初に國體を三民主義共和國と爲す旨を規定すべきである。此點に關して一黨の私稱に渉る嫌があると疑ふ者もあるが、それは大きな間違である。抑も三民主義は國民黨の主張ではあるが、同時にまた一般民衆が崇奉するところの革命主義である。之を以て國體を定めることは、一般民主主義國家が國體を民主共和國と定むるのと少しも違つてはゐない。決して『一黨の私稱』を以て非難すべきではないのである。又、建國の大本既に立つならば、完全の政府組織が有つて以て之を維持せざるを得ない。孫中山先生の五權憲法の說は、實に一つの完全なる政府組織法であるから、本章は亦その大體を規定すべきである（第一編第二條第三條參照）。

（二）民族の章が規定するものは、領土・國籍・國旗・國都等より民族の團結・民族の保護・民族の發展並に異種族の侵略を排斥する等の事項である。此點に關して或は孫中山先生が講演した民族主義は、其意義がしかく廣いものでなく、隨つて民族の一章中に此等の事項を包括せしむることは牽强の嫌があると曰ふ者もあらうけれど、孫先生の講演は原と其主要の點、譬へば民族精神の團結とが民族地位の增進とかに就て立論したものであつて、實際に施す場合には之を發揚して光大するは少しも妨げない。且つ領土・國籍・國旗・國都等は皆民族に關係するもので是を本章の中に規定するとも決して不當ではないと想ふ。

（三）民權の一章で規定するものは、人民の權利義務並に國家機關の組織及權限等である。孫中山先生が民權主義講演の中で民權に就て述べた所は、本と人民の政治上の權力に重きを置いたものに過ぎぬ。此點を捕へて論者或は民權の一章で人民の權利義務を包括するは不當であると曰ふ。然し、人民の政治權力を增進することは、即ち政府が專制に流れるのを防止する爲めであつて、政府の專制を防止することは即ち人民の權利義務に公平の結果を得

しむる譯である。孫先生の講演した民權主義はたゞ政治權力に就て立論したものであるとはいへ、決して人民は僅かに政治權力だけを具有し、其他の一切の權利及び義務は政府の任意剝奪或は賦與に由るべしと謂ふのではない。若しさうとすれば、民權主義なるものは殆ど無意義無目的の說となるであらう。故に本章では、たゞに政治權力を行使する國家機關を規定するばかりでなく、人民の權利義務も併せて規定することが出來るのであつて、編制の上から曰ふても、勉强湊合の嫌は決して無い。たゞ民生の一章が別にあるのであるから、人民の權利義務にして民生に關するものは、まさに民生の一章中に之を讓るべきである。

（四）民生の一章に規定すべきものは、會計・教育・經濟の三項である。孫中山先生の所謂る民生は『社會の生存、人民の生活、國民の生計』を指したものである。隨つて先生の民生主義の講演が言及した所は僅に國民經濟方面の衣食住であるから、會計及び教育をも併せて這の民生章の中に規定するのは不適當の如く想はれるが、然し必ずしもさうではない。會計は國會の財政に屬し、整理の法が無ければ社會の生存、人民の生活、國民の生計等みな其影響を蒙るであらう。又、教育に至つては一面、社會進步の源であると同時に人民が生を謀るの本であつて、之を發展させなければ、個人も社會も必ず同じく其害を受けるのである。此理の明白であることは言ふまでも無い。故に會計・教育・經濟の三事項をも同じく民生の一章中に規定すべきである。

（五）附則の一章中に規定さる可き事項は、主に憲法の修正、解釋並に憲法を制定し頒布する機關である。此外か憲法施行後に於ける公務員選任の過渡的方法、公務員の就職宣誓並に損害賠償等に至るまで、是等はみな本章中に規定さるべきものである。

三　政權と治權

國事を管理するの權を政權とし、國事を理治するの權を治權とする。この種の區別は孫中山先生の創說であつて、其五權憲法の理論は即ち之に基いて組立てられたものである。五權憲法の理論は思想精密で、洵に政府組織法の模範である。而して現在の國民政府の組織は已に略ぼ其意を師として出來たものであり、且つ數年以來、之にてあまり多くの困難は生じなかつた。今次の憲法で、孫先生五權憲法の理論を實際に施すやうにするのは望ましいことで、之がためには、政權と治權とを區別して詳細の規定を設くべきである。

（甲）政權に關する規定

政權とは選擧・罷免・創制・複決の四權で、人民が直接或は間接に之を行使するのである。之れ孫先生が民權主義及び五權憲法の講演の中で明に述べた所である。然らば人民が直接又は間接に行使する政權の範圍は如何。學者間に主張の一致を見ないが、支那は幅員遼闊、人口衆多。故に中央たると地方たるとを問はず、一概に直接民主制を採用するとも、人民が直接に其政權を行使することは自ら不可能である。余の見る所では、『建國大綱』第九條の規定に根據して、縣の政權は人民が直接に行使するものとし、中央の政權は人民が代表を選擧して國民大會を組織し、之を通じて行ふものとなすべきであらう（省の政權は省民大會が人民に代つて行使する）。（第二編草案第四十條參照）

國民大會が既に人民を代表して政權を行使するの機關である以上、必ず之に下記の特點を具有せしめて、其代表たるの機能を盡さしむべきである。

1　權力は制限を蒙つてはならぬ

權力が制限を受けぬといふことは、國民大會は最高の權力を具有し、隨つて政府を控制することは出來るが、政府は之に對して制限を加へ得ぬといふことを意味するのである。多數民主國家の議會に就て曰へば、其政見が政府と合致せぬ時、政府は議會を解散する權を有するのであるから、議會の權力は毫に其制限を受ける譯である。孫先生五權憲法の主張は乃ち議會政治の此種の缺點を矯正しようといふのであつた。故に國民大會を一般議會と同一視せず、之に無制限の最高權力を具有させれば、則ち『四億萬人の主人』たるの職權を代つて行ふことが出來るのである。かくすることに因つて、政府人員にして擧措當を失したる者は隨時に監察院の彈劾を受け、國民大會が之を裁判して罷免することが出來るのであつて、多數の民主國家に見られる如く、政府に一種の對抗權を與へ、國民大會が罷免權を行使する時、國民大會を解散して其戀棧を遂ぐるやうなことが絕對に出來ぬこととなるのである。尤も此點に關しては、國民大會の權力無制限に失し、政府が其治權を行使する場合に困難を極めるであらうことを慮れる者も無いではない。然し、人民は國家の主人で、政府人員は人民が僱傭するところの公僕たるに過ぎない。その公僕が事を處理するとき、主人の意に添はぬならば、主人は其職を去らしめ別に他人に易ゆることは全く主人の權限である。國民大會にして既に人民を代表する機關である限り、政府に對して無制限の權力を具有すべきは、自ら當然の道理であらう。かりに政府をして人民を代表する國民大會に對抗させれば、國民大會は政府の試みる驅逐策によつて必ずや其權力を失ひ、而して人民また政府の藐視欺淩を受けることになるのである。尤も國民大會は政府の制限を受けぬからと曰ふて、人民の監督をも受けぬ譯ではない。人民は國民大會に對して監督權を有するから、もし國民大會の代表にして職に不適當なる者あれば、其有する罷免權に基いて彼を撤回することが出來るのである（第二編草案第四十四條參照）。

2　權力は其範圍を擴張すべきである

國民大會の權力範圍如何に關しては、自ら議論の岐れる所であるが、國民大會は既に人民を代表して政權を行使する機關であるから、其權力の範圍を擴張して民主政治の實效を收めることは少しも差支へないと想ふ。則ち（第一）に選擧權及び罷免權の行使は、たゞに大總統及び五院の院長に對するばかりでなく、立法委員・最高法院の司法官・試驗委員・監察委員・審計委員等に就ても國民大會が之を選擧し或は罷免するものとすることは正さに當を得てゐると想ふ（第二編第八十八條第九十九條第一百〇六條參照）。蓋し立法委員等は其地位、大總統や各院々長の如く崇高ではないが、其司る職務は均しく重要なもので、苟くも之が任免の權を民意機關に委すにあらざれば、職務に當を失することあるべく、則ち國を害し民を傷くる所以である。（第二）に複決權の行使も僅に立法院の預算案及び其他の法律案に對するばかりでなく、大總統の宣戰媾和及條約の締結案・司法院の赦免案・監察院の決算案に就ても、國民大會が複決權を有するものとなすべきである（第二編草案第六十八條第九十條第一百四十條參照）。蓋し之等の案件は、或は國家の榮辱に關し、或は司法判決の變動に關し、或は財政上の計算に關するもので、その情形みな重要であるから、決を民意機關に取る方がよいのである。（第三）に國民大會は立法院に對して當然法律の創制權を有するが、之と同時に其他の各院に對しても建議するを許さるべきである（第二編草案第五十七條）。蓋し僅に立法上の創制權があるばかりで、各院に對して建議することが許されないならば、立法以外の人民の意見は之を各院に轉達することが出來ないからである。（第四）に監察員が中央公務員に就て提出せる彈劾案に對しても、國民大會に之を審判するの權を與ふ可きである（第二編草案第五十一條參照）。此種審判權が果して誰に屬するかに就ては、主張一つならず、彈劾機關は監察院に屬すと謂ふ說あり、或は特別機關を設けて之を行使すべしとの主張もあ

つて、各々相當の理由があるけれども、想ふに公務員の罷免は既に國民大會の特權であるから、罷免權の精神を貫徹する見地から、彈劾案の審判權をも國民大會に與へる方が適當であらう。もし果して審判權が國民大會以外の機關に屬するものとせば、國民大會の罷免權行使は他の機關の判決を執行するに過ぎぬのであつて、その決定權は國民大會に無いのであるから、名は國民大會が罷免權を有し、實は獨立に之を行使することが出來ない次第である。かゝることは罷免權の精神を失つたものでなくて何んであらう。

3　常設機關を設置して經常的に權力を行使せしむること

國民大會は原と縣・市の人民が代表を選擧して組織するもの、其人數も極めて多くして一般國會と同じく開會・閉會の期間がある。然し國民大會は既に人民に代つて政權を行使する機關で、其職務も極めて繁雜であるから、其閉會期に在つては一執行委員會を設けて經常的に權力を行使せしめなければならぬ(草案第四十五條參照)。もし國民大會の權力行使が僅に短期の開會期間に限られるならば、閉會期內に發生したる事項にして國民大會の權力範圍に屬するものは、放棄不問に附せられずとも、開會時まで延ばして再び之を處理しなければならぬこととなり、かくては政府に橫暴の機會を與へ、國事は紊脞の中に陷り、國事を管理し政府を監督するといふ國民大會は、已に其名あつて實を虛しうする譯となる。各國憲法中には國會をして充分に政府の行動を監督させる見地から、閉會或は解散期內に在つて國會が選擧した議員若干名を以て、議會委員會を組織させることを認めたものがある。獨逸憲法・チェッコ憲法は皆此種の規定を設けた。民國の天壇憲法草案も亦さうであつた。國民大會に至つては、其權力之を一般國會に較らべて一層大であるが故に常設機關を設けて閉會期內には之をして一切の權力を行使せしむることの理由あるべきは明白な事柄である。且つ現在は國民大會の職權は凡て中國々民黨全國代表大會が代つて行使し、代

表大會閉會時に在つては、國民黨中央執行委員會が之を行使するのであるから(訓政期約法第三十條)、今日政權を經常的に行使するものは國民黨中央執行委員會といふ常設機關なのである。故に政治上の經驗から之を曰ふも、今次の憲法は國民大會に對して一つの常設機關を設置する規定を設けなければならぬ。

(乙) 治權に關する規定

治權は行政・立法・司法・考試・監察の五權であつて、前言の如く、政權が人民方面の權であるに對し、治權は國家機關方面に屬する權である。治權にして既に國家機關の權である以上、憲法中治權に關する規定には、國家機關の組織及び職權に就ても其大綱を釐定すべきであつて、苟くも治權に關する規定に於て之を釐定しないならば一國の政務の圓滑なる其進行を期することはむづかしい。茲に主要の點幾つかを略述しよう。

1 各院を各々最高の獨立機關たらしむること

茲で最高の獨立機關といふのは、各院の上に他の政府機關があつて各院を統轄するやうなことが出來ないことを指すのである。現在の中央政治制度では、五院の上に別に一つの國民政府があるのであつて、各院は決して最高の獨立機關ではない。固より今日の訓政時期に於ける過渡的辯法で、經常の制度と觀る可きではないが、今次憲法を制定するに當つては、舊制を改めて各院を最高の獨立機關たらしむべきである。その理由は左の六點を擧げることが出來ると想ふ。

(一) 孫中山先生五權憲法の理論は、五院を以て中央の獨立機關たらしむるにあるのであつて、決して五院が別に一つの政府機關を組織し、之によつて統轄されることを主張したのではない。若し現制の如く五院が國民政府を組成し、國民政府が五院を統轄するものとせば、是れ五權を合して一權となすもので、一權憲法と曰ふことは出來

るが、五權憲法の意義は失はれて了ふ。

（二）政治制度を三權分立に採る國家でも、その立法・行政・司法の各機關は各〻獨立した機關であつて、各機關が、依つて以て統轄されるところの政府機關を合組するのではない。立法機關は議會であり、司法機關は法院であり、行政機關は國務院（內閣）であり、いずれも獨立の一機關で、之等は如何なる形の政府機關をも別に組成してはゐないのである。今次の憲法が仍ほ舊制を採らうとすることは、各國の實例に徵して全く通じない次第である。

（三）各國の所謂る政府とは大概ね最高行政機關を指すのである。獨逸憲法第五十二條の如きは、聯邦政府は聯邦行政院長及び各部々長を以て之を組成すと規定してゐるが、是によつても政府が最高機關であることは顯然として明かである。若し現制の國民政府の如く、五院が之を組成するものであるならば、所謂る政府とは已に最高機關の專稱ではなく、立法・司法・監察・考試の各機關も亦政府の列に屬する譯となり、世界各國に實例が無いばかりか、理論上も妥當を缺くと曰はざるを得ない。

（四）五院を以て國民政府を組織し、國民政府を以て五院を統轄すれば、五院の院長は宛ら國務員の地位に立つのである。然し各國の政治制度では國務員には行政部（或は國務院とも曰ひ得る）の各部長が當るのであつて、立法機關及び司法機關の長官は決して國務員には當らぬのである。若し現制を採れば、立法院・司法院等の各院長も國務員と等しいものとなり、隨つて行政元首の屬僚となる譯である。そのやうな道理はあるわけのものでない。

（五）一國の政府領袖（君主國の君主・民主國の大統領）は學說上之を行政元首と呼ぶが、若し五院の上に國民政府を設け、而して大總統が之を主持するものとすれば（假に獨任制を採り委員制を採らないものとして）、大總統はたゞに行政元首たるのみならず、立法司法等等の元首ともなる次第である。而して猶、行政元首と呼ぶならば名實

已に合はず、若し又、行政元首と呼ばなければ、學說上の根據を缺くであらう。即ち此一點だけから見ても、各院が獨立機關であらねばならぬことは釋明されて疑の無い所である。

(六) 五院が國民政府といふ一個の最高機關から統轄されるといふことは、五權分立の精神を喪失したもので、此點は毫も疑ふべきでない。然るに或は五院の上に國民政府を設けても、各院に獨立して職權を行使することを許すならば、五權の獨立を妨げないであらうと謂ふ者がある。が併し、五院と國民政府との間に一種の從屬關係ある以上、國民政府は各院の事務に就て命令し處分すべく、此に對して各院が必ずしも服從しなくてもよいならば、國民政府は全く虛設となる譯であつて、かゝる贅瘤機關を置く必要が何處にあるであらう。假に又、服從しなければならぬものとすれば、各院は既に其獨立の精神を喪失する譯である。

2 各院は各と獨立して職務を行使すること

前述の如く各院はまさに最高獨立機關であらねばならぬから、各院の職務に就ても各院は獨立に行使せねばならぬ。五權の分立は正にかくあるべきものであるが、三權分立の國家に在つても獨立に職務を行使するを認めたものもある。立法機關の用人行政は多く立法機關自體が之を主持するが如きはそれである。三權分立の國家に在つて獨立して職務を行使し得るものは、僅に立法機關があるだけで、司法機關は審判に就ては獨立し得るが、その用人行政は仍ほ多く行政機關の下に隷屬し、獨立に之を主持することは出來ないのである。此點は權力分立の精神と合致してゐない。今次憲法は五權分立の精神を貫徹して各院が均しく獨立に職務を行使し得るやうにしなければならぬ。されば左記數點に就て一般國家の先例を改め、憲法の中に特に明白の規定を設くべきである。(一)各院所屬の公務員は、國民大會が選任した者を除いて、凡て各院々長が之を任免するものとし(第二編草案第八十九條第九十

七條第一百〇七條參照)、大總統にはたゞ行政方面の公務員を任免する權を認めること。(二)法律の公布は立法院長が之を爲すこと(第二編草案第八十三條參照)。抑も一般國家に在つては、法律公布の權は行政元首にあるが、それは要するに元首に法律の覆議を要求する權あることを認めた爲で、隨つて元首に法律の公布權を與へ覆議を要求するの機會あるを得しめたまでである。五權憲法の下に在つては、國民大會が法律の複決權を有するのであるから、行政の元首に再び覆議權あるを認めることが出來ない。故に法律の公布は立法院長が之を行ふこととし、かゝる權能を行政元首に授けないのである。(三)司法行政は司法院の管轄に屬せしめ、赦免案件は司法院の院長が獨立して處理すること(第二編草案第九十條參照)。一般國家に在つては、司法行政は行政機關に屬し、赦免宣告の權は之を行政元首に認めてゐる。然し是等は皆權力分立の精神に背くもので、特に取るに足りない。

3　各院は各〻國民大會に對して責任を負ふこと

各院が國民大會に對して責任を負ふとは、即ち各院々長に違法或は失職のあつた場合、國民大會に其責を負ひ、國民大會は之に對して相當の制裁を加くべきであるといふのである。前に述べた通り、各院は最高の獨立機關で、各〻獨立に其職務を行ふのであるから、其責任の關係上、一つの監督機關があつて違法失職を防止しなければならない。ところで、國民大會は原と各院の治權が由つて出づる所である。故に各院はいづれも國民大會に責任を負ふべきであるが、然し必ずしも憲法の中に『各院は均しく國民大會に對して責を負ふ』といふ條文を明記しなくてもよい。此種負責の事實に就て規定して置けばそれで足りる。譬へば第二編草案第五十條が國民大會は五院々長に對し之を罷免するの權を有すと規定したるが如き、或は又、第五十一條が彈劾案を審判し並に自ら監察院人員を彈劾するの權を行ふと規定したるが如きは、皆な各院が國民大會に對して責任を負ふ事實を明にしたもので、此程度に規

定して置けば夫れでよい。たゞ行政院長の責任だけは之を明記して大總統の責任と區別してをく必要はある(第二編草案第七十條參照)。

4　行政には總統を設け責任內閣制を採ること

中央行政に於て大總統が行政院長を兼職するか、抑も又、行政院長の外に大總統を設く可きかに關しては、學者間に意見の一致を見ない。又『建國大綱』と『孫文學說』載する所のものとは、盡く相同じである譯でもない。建國大綱第二十一條には『憲法頒布以前は各院々長は總統が任免して之を督率す』とあり、所謂る各院とは五院を指して曰ふたのであるから、此規定によれば行政院には行政院長があつて、大總統が兼任するのではないのである。然るに孫文學說第六章には『憲法制定の後は各縣の人民總統を投票選擧し以て行政院を組織せしむ』とあり、是又、明かに總統は則ち行政院長であつて、行政院長の外に大總統があることを曰ふたのではないのである。かくの如く建國大綱と孫文學說とは必ずしも一致してはゐないが、今次の憲法では總統を設けて一國の元首とすべきであると想ふ。蓋し現行制度を按ずるに、行政院長の外に『國民政府主席』なるものがある。しかも此制度を行つて久しきに及ぶが、猶ほ何等の窒礙がない。故に此意をとり、國民政府主席を改めて總統とすれば政治上の實情にも添ふことであらう。たゞ行政方面に關しては行政院長と大總統とがあるのであるから、兩者の責任關任に就ては明白に規定じてをかねばならぬ。各國の政府制度を考へるに、總統制と內閣制の別がある。民國の現制は內閣制を採つたもの、今次の憲法も亦這の內閣制を採る方がよいであらう。何ぜかなれば、內閣制を採用すれば、總統は責任を負はず、行政院長が國民大會に對して代つて責任を負ふことになるから、一つには總統の尊嚴を保つことが出來るし、二つには總統の專橫を防止することが出來るからである(第二編草案第七十條第七十四條參照)。

5　行政訴訟は司法院が管轄すること

行政訴訟は司法法院の管轄に屬すべきものであるかどうかに就ては、由來ゼルマン法主義とローマ法主義との別がある。ゼルマン法主義は事務の結果を以て其管轄の範圍を定めるのであつて、隨つて行政訴訟は其結果も亦審判を經過するものであるから之を一種の司法事務と認め、司法法院が管轄するものとしてある。之に對してローマ法主義は事務の原因を以て其管轄の範圍を定めるのであつて、隨つて行政訴訟は其發生の原因が一種の行政行爲であるから、行政法院を別に設けて之を管轄し、司法法院は之を受理してはならぬものとした。然しいつたい司法といふことは、法律を適用して人民の爭議を解決し社會の秩序を維持する國家行爲である。民事の審判は民法を適用して理の曲直を判定するのであり、刑事の審判は刑法を適用して罪の有無を判定するのであつて、固より司法に屬してゐる。而して行政裁判は行政法を適用して國家の官吏が人民に施したる處分が違法であるかどうかを判定するのであつて、司法に屬するものと認められぬ理由はない。故に今次の憲法は行政訴訟も最高法院が之を受理するものと規定して一向に妨げ無いと想ふ(第二編草案第九十一條)

6　典試・彈劾・審計は皆獨立たるべきこと

三權分立の國家には僅に所謂る『審判獨立』の制があるばかりである。故に憲法にも多くは『法官は獨立に審判し干渉するを得ず』といふ規定があるに過ぎぬ。蓋し司法の審判は訴訟當事者に就て罪の有無又は理の曲直を判定するに過ぎぬのであるから、固より獨立を保持して何人にも干渉することを許さぬのである。然し典試(國家試驗)委員の典試は受驗人員に就て其去取を定めるのであり、監察委員の彈劾は公務員に就て其過失を檢擧するものであり、審計委員の審計は國家の收支に就て其當否を審定するのであつて、いずれも重要な事項であることは言ふまでもな

い。されば憲法はまさに『典試の獨立』『彈劾の獨立』『審計の獨立』を認むべきである(第二編草案第一百一條第一百十四條第一百十八條參照)。

四　地方制度

地方制度は憲法の中に規定さるべきものであらうか。各國の通例に依ると、單一國家では大概ね普通の法律を以て之を規定し、聯邦國家では憲法の中に規定する者が多い。民國は單一國家で、聯邦ではないから、各國の先例から曰へば憲法の中で之を規定すべきではないやうに想はれるが、然し此種の先例は必ずしも立法上不易の原則たるわけではなく、地方制度を憲法中に規定すべきや否やは、其國情如何を視て斷定すべきである。而して國情とは、中央に果して地方の權力を侵犯して絕對的中央集權を圖る虞があるかないか、又地方に自己の權力を擴張して割據獨立を形成する勢があるかないかが即ち夫れであつて、いずれかの一つでもある場合には、地方制度を憲法の中に規定する必要がある譯である。

民國過去の情勢から曰へば、中央は絕對中央集權を希圖し、地方また割據獨立を希圖するのが常の習はしであつた。されば中央權力が地方の侵犯を受けず、地方權力が中央の侵犯を受けぬやうに保障するためには、地方制度を憲法の中で明白に規定することは極めて必要なのである。されば孫中山先生も『建國大綱』の中に地方制度をも加へて明白に之を規定したのである。猶、此外か民國十二年の憲法(曹錕憲法)、北京擴大會議の約法草案、南京訓政時期約法等はいずれも地方制度の專章を設けてゐる。此に因つて、多數の人士が地方制度を憲法中に規定することを宜しとする主張を持つてゐることが識れるであらう。然し各國の憲法が地方制度を規定する場合、其規定に自ら詳

略の差はある。僅に權限に就て規定して其組織を規定しないもの、譬へば歐洲戰爭前の獨逸憲法の如く、僅に中央と地方との權限を劃分したに過ぎぬものがあるし、權限の劃分以外に其組織の原則をも規定したもの、譬へば米國及び瑞西憲法が、各邦は必ず共和政體を採用すべき旨を規定したものもあるし、或は更に一方に於て權限を劃分し他方に於て各邦の組織を詳かに規定したもの、譬へば加奈陀憲法、墺太利憲法の如きものもある。然らば今次の憲法は地方制度に就て如何なる規定を加ふべきであらうか、所見を左に略述する。

（甲）地方組織の規定

地方組織に關しては憲法は僅に其原則を規定すればよいのであつて、詳細の情形は普通の法律を以て別に定むるがよい。而して規定さるべき原則は是を次ぎの三つに分けることが出來る。（第一）は地方の區分であるが、是は現制の舊に倣つて省・縣・市の三種とすればよい。（第二）は地方の政權機關である。之に就ては省には省民大會を設けて全省の人民を代表して政權を行使せしめ、縣・市の政權は縣・市の人民が直接に之を行使するものとすればよい。（第三）は地方の治權機關に關するもので、省には省長・省立法院・省監察院を設け、縣・市には縣長・市長・縣市立法院・縣市監察院を設くべきである（第二編草案第一百十九條乃至一百三十二條參照）。以上三項の原則の中、第一點は舊制に依るのであるから無論問題はないが、第二點に就ては省の政權は人民が直接に之を行使すべきであると主張する者がある。然し各省は、地廣く人衆く、直接民主制度は之を施行するに極めて不便である。又、第三點に就ても省・縣の機關複雜にして官を設くる多きに過ぎたりと曰ふ者がある。或はさうかも識れぬが、然し省・縣・市の政權及び治權は相當の機關があつて之を行使すべきであることは當然である。事に因つて官を設けるのに何ぞ多きに過ぎるの嫌があるであらう。

(乙) 地方權限に關する規定

建國大綱第十七項には『×××中央と省との權限は均權主義を採り、凡そ事務にして全國一致の性質を有するものは中央に劃歸し、地に因つて宜しきを制するの性質を有するものは地方に劃歸し、中央集權或は地方分權に偏せず』とある。此規定によれば、地方權限の範圍如何は自ら其性質を以て斷ずべきであつて、如何なる事務が其性質中央に屬し、何種の事務が其性質地方に屬するや、憲法が具體的に其大概を規定して始めて中央地方の紛爭を免れることが出來るのである。たゞ此種の具體的規定に就て各國の立法例が採る方法は必ずしも一致してはゐない。僅に中央權限に屬する事務を列擧し、而して列擧せざる事務を地方に屬せしめたもの、譬へば米國憲法の如きあり、或はこれこれは中央權限に屬し、これこれは地方權限に屬すると雙方を憲法に並列せるもの、譬へば加奈陀憲法の如きものあり、更に又、中央權限の內に屬する或る一部に就き中央に立法權あるを認め、而して執行權は之を地方に與へたもの、譬へば獨墺諸國憲法の如きものもある。

いつたい一國の政務は至つて繁雜である。中央と地方とに屬すべきものを、雙方とも、一ち一ち是を列擧することは、甚だ煩瑣に涉るばかりか、抑も又、掛一漏萬の嫌がある。僅に中央の權限に屬する事務を列擧して、其餘の事務は之を地方に歸する方が一層簡明であつて、是即ち地方權限に概括主義を採り、中央權限に列擧主義を採る譯である。此點に關して、聯邦國家に在つては中央の權限は地方が中央に賦與したものであるから、地方が賦與したるものを列擧して規定するのは當然であり、單一國家に在ては地方の權限は中央が地方に賦與したものであるから、中央が賦與したるものを列擧して規定するのが當然であるといふ者が無いでもない。彼等は之に因つて民國憲法は中央の權限に就て概括主義を採り、地方の權限に就ては列擧主義を採るべきであると主張するのである。固より民

國は單一國家であるから、地方の權限は中央の賦與する所であるが、然し聯邦國家の中央權限が列擧主義を採る所以は決して中央の權限は地方が賦與したものであるからといふ理由によるのではなく、中央權限に屬する事務は其性質比較的簡要で、列擧するに便利であり、地方の事務は瑣細にして列擧するに不便であるといふのに過ぎない。ともあれ、今次の憲法は地方權限に就き概括主義を採ればよいのである。又、獨墺憲法の如く中央の權限に屬する事務の一部に就き地方をして執行せしむることは、中央が立法して地方に其執行を委託する譯であつて、疆域遮闊の民國に在つては之に倣ふ可きであらう(第二編草案第三十四條第三十五條參照)。

五　人民の權利

憲法の中に規定される人民の權利に就ては、一般學者は大概ね之を自由權・受益權・參政權の三種に區別する。此等の權利は人民の國家に對して有する權利であつて、均しく公權である。然るに人によつては憲法上の某某權利を私權なりと認め、私人間の權利關係をも憲法の中に規定せんことを主張する者がある。が、是は概ね憲法上所謂る人民の權利なるものの性質を誤解してゐるのである。自由權とは人民の國家に對する消極的權利であつて、詳しく曰へば、各人の有する種々の自由は國家の侵犯を受けずして國家の不行爲(消極)を要求する權利なのである。受益權とは人民の國家に對する積極的權利で、詳しく曰へば、各人が享有する利益は國家に責任を負はせて國家行爲(積極)を要求する權利なのである。これによつて看れば、自由權も受益權も均しく公權であることは自ら疑ふ餘地が無い。殘りの參政權が公權なることは更に言を待たぬ所で、一般人も亦之を知り誤解する者などはありやう筈がない。

憲法が規定する人民の權利の範圍如何は、時に因り地に因つて同樣ではない。今次の憲法は如何なる程度の規定を設くべきであらうか。

(甲) 自由權。人民の有する各種の自由には、社會生計と直接の關係を有たぬものと、重大關係を有するものとがある。前者は身體の自由、居住及移轉の自由、通信言論出版及び集會結社の自由が夫れで、後者は財產の自由、契約の自由等が夫れである。

憲法は、社會生計に關しない人民の自由に對しては、正に嚴格の保障規定を定むべきである。各國の憲法を見るに、人民の自由に對しては直接保障主義を採るものと、間接保障主義を採るものとがある。後者は行政權を制限して人民の自由を侵犯するを得ざらしむるもので、前者に在つては立法權も亦制限を受けるものである。例へば『某々の自由は法律に依るに非れば侵犯するを得ず』とか『法律の範圍內に於て某々の自由を有することを得』とかの規定は、是れ僅に行政機關を制限して人民の自由を侵犯する命令を發するを得ざらしむるだけで、立法機關は猶ほ法律を制定して人民の自由を制限することが出來るのである。故に是はたゞ憲法の間接保證と謂ふべきもので 直接の保障ではない。又例へば『人民は某々の自由を有し、法律を制定して之を拘束するを得ず』とか或は『人民は某々の自由を有す、犯罪に因るか或は其他公安を妨害する事情に因るに非れば剝奪或は制限するを得ず』とかの規定では、立法機關も亦任意に法律を制定して人民の某種自由を制限することが出來ないのである。中國人民の自由は從來政府が法律を任意に制定して之を制限したことによつて慘害を受けたこと屢々である。今次の憲法は社會生計と關係の無い自由に對して直接保障主義を採り、以て嚴格の保障規定を設けなくてはならない(第二編草案第十五條以下參照)。此點に關して、かくの如きは從來の個人自由主義の立法であつて、現代社會の潮流に適合しないと

曰ふ者がある。然し社會が如何やうに進歩しても人類は自己の自由に對しては力をつくして之を維持し之を鞏固にすることを圖るであらう。たゞ同じでない所は、從來の個人自由主義では、少數資產階級の利益を發展するために少數人の自由を尊長したのに、今日では人類全體の利益を發展するために一般人の自由を尊長するやうになつた點である。前者はたゞ一種の假自由で後者は一つの眞自由である。眞自由の社會を追求することは正に現代人類の努力する所であつて、憲法が人民の自由を直接に保障することが現代の潮流に適合しないといふならば、所見の廣からぬ嫌があると謂はざるを得ない。歐洲戰爭後の許多の新憲法例へば獨逸・土耳古・希臘・西班牙等の憲法を觀るに、人民の自由に就て直接に保障したもの決して少くはない。蘇露共產主義國家の憲法の如きは、特に民衆の集會結社の眞正自由を認めてゐる。則ち社會愈〻進歩すれば、人民自由の保障も愈〻嚴格に向ふものである。

社會生計と重大關係のある人民の自由則ち財產の自由又は契約の自由に至つては、又、加ふるに嚴格の制限を以てすべきである。蓋し現代社會の病徵は從前の憲法が財產の自由及び契約の自由を保護する點に於て餘り甚しきに過ぎたことにあるのである。今日この弊害を救ふには、自ら嚴格に制限を加へるにあらざれば不可なりと曰へよう。故に歐戰後の各國新憲法は、多く財產の自由、契約の自由を制限する規定を有してゐる。獨逸憲法が、『私有財產は義務を含有す、私有財產の使用は公共の幸福に反するを得ず』とか『善良の風俗に反するの法律行爲は無效とす』と規定したるが如きは則ち夫れである。孫中山先生の民生主義は現代社會の病徵を洞察して此等の自由に對し嚴格に制限を加へようとしたのであつて、地權平均、資本節制の說は皆これである。されば、今次の憲法は此主旨に依據してかゝる規定を設くべきであると想ふ(第二編草案第一百五十三條以下參照)。

(乙)　受益權

受益權とは訴願權・訴訟權・教育を受くる權・救邺を受くる權・特別保護を受くる權等であるが、憲法に規定すべき此種受益權の範圍は抑も如何。此點に就て各國の立法例は多く一致してゐない。歐洲戰爭以前の各國憲法は、其主要任務が少數資產階級の個人自由を保護することに在つたので、受益權に關する規定も、多くは此種自由の保護を貫徹するために設けられたのであつて、訴願權・訴訟權等は皆さうである。而して救邺を受くる權、特別保護を受くる權に至ては憲法の中に之を規定したものは甚だ少なかつた。然るに歐洲戰爭以後、社會の情況一變して昔日の比ではないから、隨つて徒に舊の如く個人自由を保護する見地より僅に訴願權訴訟權等少しばかりの受益權を憲法に規定して滿足することは、已に多數人の生活に適應しない事柄である。されば現在幾多の新憲法は、前記の受益權の外に老弱殘廢が救邺を受ける權、勞苦民衆が特別保護を受ける權並に青年が教育を受ける權等をも規定するに至つた。孫中山先生の民生主義も一般貧民青年を社會的に安んぜしむることを考へたのである。故に今次の憲法は是等の受益權に就て詳細な規定を設くべきである(第二編草案第一百六十條以下參照)。

(丙) 參政權

參政權とは選擧・罷免・複決・創制の四種政權並に官吏權を指すのであつて、此等の權利に就て憲法は豫じめ規定を設く可きであることは自ら何等の疑ない所である。たゞ人民は如何なる資格を具有して始めて此等の權利を享有すべきやといふに、滿二十歲の人民にして精神病等の消極資格なき者には權利享有の資格を與へても差支ないと想ふ。然し官吏權に至つては、もともと官吏たるには相當の學識技術のあることを必要とするが故に之に就ては別に法律の規定を設けねばならぬ(第二編草案第二十八條第二十九條參照)。

六　憲法の保障

憲法の保障に關しては、特別機關を設けて(國事法院の類)、之を保障するを宜しとする、と主張する者がある。然しさうは想はれない。抑も民主國家に在つては、國の主權は國民の全體にあるのであつて、政治上偉大な勢力を占むる者は自ら人民以外にはない。されば、憲法は人民を代表するところの國民大會が之を保障するものとするのが最も至當であると想ふ。且つ國民大會は、元來、憲法制定機關である。故に自ら制定したものを自ら保障するのは、事きはめて便利であるであらう。若し特別機關を設けて憲法保障の任を負はせれば、假に國民大會がまさに保障すべきであると認めた事項に就いて、特設機關が責任を以て之を保障することが出來なかつた場合には、結局、その事は民意に反することゝなるであらう。この故に、憲法の保障は國民大會が其責任を負擔すれば足りるのである。猶ほ國家機關が憲法を誤解して憲法の實行を妨害するを防ぐために、憲法を解釋する權を國民大會に與へ、國家機關が故らに憲法に違ひ憲法の尊嚴を破壞するを防ぐために、彈劾案を審判する權、並に彈劾を提出する權等をも國民大會に與へなければならぬと想ふ(第二編草案第五十一條第五十三條第一百七十條)。