

战时中国的宪法制定史

中村元哉

前言

(一) 围绕自由、权利的“直接保障主义”和“间接保障主义”

在展开本论之前有必要先解释一下作为专业术语的“直接保障主义”“间接保障主义”(以下这两个专业术语的引号省略)。这两个专业术语,是中国宪法学界从包括战时(1937年7月至1945年8月)在内的20世纪30年代到40年代使用的学术用语。因为本文的分析对象主要是1936年公布的《中华民国宪法草案》(《五五宪草》)和1946年制定的《中华民国宪法》,而这两个宪法与这两个专业术语密切相关,故就《五五宪草》和《中华民国宪法》的条文来说,对这两个专业术语的解说应最为恰当。

《五五宪草》:

第13条:人民有言论、著作及出版之自由,非依法律,不得限制之。

第24条:凡人民之其他自由及权利不妨害社会秩序公共利益者,均受宪法之保障,非依法律,不得限制之。

第25条:凡限制人民自由或权利之法律,以保障国家安全,避免紧急危难,维持社会秩序,或增进公共利益所必要者为限。

《中华民国宪法》:

第11条(《政协宪草》^①第12条):人民有言论、讲学、著作及出版之自由。

第22条(《政协宪草》第23条):凡人民之其他自由及权利,不妨害社会秩序、公共利益者,均受宪法之保障。

第23条(《政协宪草》第24条):以上各条列举之自由权利,除为防止妨碍他人自由,避免紧急危难,维持社会秩序,或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之。

单下线部分意味着间接保障主义(伴随有法律上的保留),无单下线或双重线之部分意味着直

^① 《政协宪草》是《政治协商会议宪法草案对五五宪草修正案草案》的略称。

接保障主义(不伴随有法律上的保留)。也就是说间接保障主义有依法限制自由与权利的可能性。与此相对,直接保障主义之设想则完全排除了依法限制自由与权利的可能性,用宪法直接保障自由与权利。因此,一般而言,从间接保障主义向直接保障主义转变,意味着向更自由更民主的宪法体制过渡。

然而实际上,这个一般论并非放诸四海而皆准。何者?有立法权的议会如果用民主主义的规则来运作的话,则法律是人民主权的,因而间接保障主义即是民主主义的。另一方面,为抵御民主主义所误导的判断和失控而重视法院司法权的直接保障主义,可以说是以彻底地追求个人自由、权利的保障和权力分立作为支柱的立宪主义思想和制度,但从制约议会的立法权这点上,它是反人民主权的,因而可以说是反民主主义的。

也就是说,围绕直接保障主义还是间接保障主义的对立,常常表述为民主主义与立宪主义是否协调或矛盾这样的普世命题。20世纪30年代到40年代中国的法学者、宪法学者,其论争焦点即在此。本文将言及的英美法系的法学者吴经熊(国民党)就是代表性的间接保障主义者,而被认为属大陆法系的宪法学者张知本(国民党)则是代表性的直接保障主义者,因此,围绕民主主义和立宪主义是调和的还是相克的这点,两者是对立的。^①从内部支撑国民党政权(国民政府)的著名法学者王宠惠(国民党),曾解释过他试图协调《五五宪草》各条文的整合性,在第24条中采用了间接保障主义。^②这个说明的深层之处也包含了他对民主主义和立宪主义的深刻洞察。

如上所述,直接保障主义比起间接保障主义应该更自由更民主这样的解释,并非自然而然就成立的。这点是值得特别留意的。

(二) 宪政史和战时宪法制定史

宪政史由宪法制定史、宪法运用史、宪法学说史及立宪主义思想构成。^③这里所说的立宪主义是指保障个人的自由、权利使权力分立得到彻底贯彻之义。因此,这里所说的宪法即指扎根于这个普遍的立宪主义之上的近代宪法。^④

此处所说的宪政史的框架是否普世的问题暂且撇开。如果从这个普遍框架来重新观察近现代中国的话,中国的宪政史应从《中华民国宪法》施行的1947年12月25日开始。这样中国至多也只有半个多世纪的宪政史。然而,不容否认清末的《钦定宪法大纲》(1908年)以来,中国存在宪法制定史和宪法学说史之事实,而且也不能否定随之而来的立宪主义思想在政界、思想界、言论界的渗透之事实。因此,我们也难以否定整个中国近现代史上可以称之为宪政史这样的领域也随之扩大这样的事实。

在整个宪政史中,本论的重点想特别限定在宪法制定史上。另外,分析时期也限定在战时。限定在宪法制定史上的最大理由是,过去考察自《五五宪草》到《中华民国宪法》的制定过程的研究,往往将围绕自由、权利上的直接保障主义与间接保障主义之对立,放在其是民主主义的还是反民主主义的单纯构图中整理,其研究上的不足显而易见。另者,将时期集中在战时的最大理由,是因为

① 中村元哉「国民党『党治』下の憲法制定活動——張知本と吳經熊の自由・權利論」、中央大学人文科学研究所編『中華民国の模索と崩壊1912—1949』、中央大学出版社、2010年;中村元哉「世界の憲政潮流と中華民国憲法——張知本の憲法論を中心に」、村田雄二郎編『リベラリズムの中国』、有志舎、2011年;中村元哉:《直接保障主义与中华民国宪法——以张知本的宪法论为中心》,王贵松主编:《宪政与行政法治评论》第6卷,中国人民大学出版社2012年版。

② 参见金鸣盛编《国民政府宣布中华民国宪法草案释义》,张研等主编:《民国史料丛刊》政治法律法规(2),大象出版社2009年版,第112页。

③ 尾佐竹猛『日本憲政史大綱』、日本評論社、1938—1939年;坂野潤治『日本憲政史』、東京大学出版会、2008年。

④ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』、有斐閣、2010年。

过去的研究可能无意识地被战时这个前提所左右,将战时的有关自由、权利的考察从宪法制定史中删除了。^①

一、近现代中国宪政史中的“战时中国宪法制定史”——旨在超越既有研究

正如以上指出的,围绕战时自由、权利的宪法制定史尚未得到充分研究,故关于中国是怎样接受和开展立宪主义的这点,在研究领域里还没有达到从整个近现代史的时间轴上来概观总结的阶段。本文的目的是,联系权力分立之情形来分析与战时的自由、权利有关的宪法草案,将战时近现代中国的宪政史的一幕编入中国宪法制定史中,以构建“近现代中国立宪主义的接受和展开”这样的研究课题之基础。但本论不是用法学和政治学的方法论重构战时中国的宪法制定史,以普遍概念的立宪主义为基准衡量战时中国的立宪主义。最终目的是,着眼于分析宪法草案制定现场和此现场的政治、社会形势。^②同时利用笔者以往研究成果简略地言及与国际形势的关联性。

需要说明的是,回应以上问题意识之研究可谓基本上没有,但并不是说,《中华民国宪法》制定过程的研究成果全无。此研究领域,可以大致分为两部分,一是深受中国共产党“革命中心史观”影响时期的研究,一是此影响消退时期的研究。前者的研究倾向大致可以概观如下。

1. 忠实于孙中山五权构想的《五五宪草》,虽然赋予民选的国民大会以政权机关(行使主权的机关)的地位,然而实际上仍是总统独裁型的宪法草案,难以做到权力分立。而且,国民党政权,在宪法制定史里没有提出过拥护自由、权利的宪法论、宪政论,只主张间接保障主义,一贯限制自由、权利。

2. 在强化战时体制的状况下,即使《五五宪草》确实是朝着重视议会政治的方向而得以修正,其独裁性质也并未从根底上铲除。

3. 战时高涨的宪政运动与国民党政权有疏离,寻求民主政治的社会与极力维持独裁政治的政权(政府、国家)从正面对立冲突。在这样的二元对立的关系下开展的战时宪法制定史,一律拒绝排斥了来自社会的民主要求。

4. 总统独裁型的《五五宪草》,在中日战争结束后的政治协商会议上,有朝着既有民主主义又有立宪主义内容之方向转变之可能性。也就是说,代替民选的国民大会,以民选的立法院作为事实上的政权机关,为保障最大的自由、权利而打出直接保障主义。然而,国民党政权却没有运用发挥政治协商会议的成果,《中华民国宪法》在国民党主导下制定通过。它虽然采用了议会内阁制与直接保障主义,但是丝毫没有改变其独裁性质。^③

然而,在“革命中心史观”渐渐退潮后的今天,学界普遍认为这些历史评价有其片面性。新的研究潮流下衍生的历史事实可以整理如下(上述1—4与下列A—D并非一对一的对应关系,但涵盖了1—4的主要争点)。

A. 围绕自由、权利的直接保障主义,20世纪30年代开始即从国民党政权内部提出。《中华民

^① 石川忠雄「中国憲法史」、慶應通信、1958年;荆如仁:《中国立宪史》,台北,联经出版事业公司1984年版。如果把焦点放在战时,就不得不从宪政史中去掉宪法实践史,加之篇幅有限,有关宪法学说史及立宪主义思想在此割爱,请参考韩大元《亚洲立宪主义研究》,中国人民公安大学出版社2008年版;桂宏诚:《中国立宪主义的思想根基——道德、民主与法治》,社会科学文献出版社2009年版;韩大元:《中国宪法学说史研究》(上、下),中国人民大学出版社2012年版。

^② 有关方法论,可参考曾田三郎「中国近代史の描き方——近年の二つの著作を中心にして」,『史学研究』第278号、2013年1月。

^③ 林建华:《1940年代的中国自由主义思潮》,社会科学文献出版社2012年版。另,从国民党的立场叙述《中华民国宪法》制定史的研究成果也有必要重新评估。请参见荆如仁《中国立宪史》;乔宝泰:《中华民国制宪行宪史述》,台北,近代中国出版社1998年版。

国宪法》采用直接保障主义,不仅仅是政治协商会议的成果。^①

B. 战时体制有着统制和缓和的两面性,而且非常涣散,并非人们想象的那么紧张。^② 正如此,国民党政权一方面镇压社会,另一方面也不得不应对来自社会各阶层的各种各样的压力。换言之,国家、政府与社会并非单纯的对抗关系,昆明等地的自由主义的公共空间打造出的民意也反映到政策上(政策是否反映现实则是另一个问题)。战时的宪法制定史,与当时的宪政运动也不能分割。^③

C. 《中华民国宪法》虽然并未全面反映政治协商会议的民主主义、立宪主义这样的修改原则,但是,部分地接受了修改原则,因此本质上异于《五五宪草》。总之,可以说立法院通过民选变成了被组织起来的政权机关,赋予了比民选的国民大会更大的权限,脱离了孙中山的五权构想。这样的向议会政治的倾斜,也可从该宪法导入议会内阁制向三权分立型的宪法转换这点看出。关于自由、权利也大都认为采用了直接保障主义以代替间接保障主义(对此变化也有讥评^④),将更为立宪主义的条文纳入了宪法。^⑤

① 中村元哉「国民党『党治』下の憲法制定活動」、中央大学人文科学研究所編『中華民国の模索と崩壊 1912—1949』;中村元哉「近代中国憲政史における自由とナショナリズム——張知本の憲法論と中華民国憲法の制定過程」、石塚迅等編『憲政と近現代中国』、現代人文社、2010年;中村元哉「世界の憲政潮流と中華民国憲法」、村田雄二郎編『リベラリズムの中国』;中村元哉:《直接保障主义与中华民国宪法——以张知本的宪法论为中心》。

② 王良卿:《三民主义青年团与中国国民党关系研究》,台北,近代中国出版社1998年版;Edmund S. K. Fung, *In search of Chinese democracy: civil opposition in Nationalist China, 1929—1949* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000);土田哲夫:《抗战时期中国国民党党员成分的特征和演变》,《民国研究》第6辑,2001年;王奇生:《党员、党权与党争——1924—1949年中国国民党的组织形态》,上海书店出版社2003年版;劉維開著、加島潤訳「国防最高委員會の組織と活動」、石島紀之等編『重慶国民政府史の研究』、東京大学出版会、2004年;閻黎明:《第三种力量与抗战时期的中国政治》,上海书店出版社2004年版;土田哲夫「抗戰期の国民党中央党部」、中央大学人文科学研究所編『民国後期中国国民党政権の研究』、中央大学出版部、2005年;中村元哉「国民党権と南京・重慶『中央日報』」、中央大学人文科学研究所編『民国後期中国国民党政権の研究』;高橋伸夫『党と農民——中国農民革命の再検討』、研文出版、2006年;張瑞德著、鬼頭今日子訳「遠隔操作——蔣介石の『手令(直接指令)研究』」、山田辰雄等編『中国の地域政権と日本の統治』、慶應義塾大学出版会、2006年;土田哲夫:《抗战时期中国国民党中央的人事结构与派系变动》,《民国研究》第10辑,2006年;笹川裕二、奥村哲「戦後の中国社会——日中戦争下の総動員と農村」,岩波書店、2007年;味岡徹『中国国民党訓政下の政治改革』、汲古書院、2008年;西村成雄等『党と国家——政治体制の軌跡』、岩波書店、2009年;深町英夫編『中国政治体制100年』、中央大学出版部、2009年;金以林:《国民党高层的派系政治——蒋介石“最高领袖”地位是如何确立的》,社会科学文献出版社2009年版;岩谷将「党と国家の困難な関係——中国国民党の訓政建設」、高橋伸夫編『救国、動員、秩序——変革期中国の政治と社会』、慶應義塾大学出版会、2010年;久保亨「東アジアの総動員体制」、和田春樹等編『東アジア近現代通史——アジア太平洋戦争と「大東亜共栄圏」1935—1945年』(第6卷)、岩波書店、2011年;笹川裕史『中華人民共和国誕生の社会史』、講談社、2011年。

③ 请参考水羽信男系列研究业绩,也可参照以下研究:章清:《“胡适派学人群”与现代中国自由主义》,上海古籍出版社2004年版;中村元哉『戦後中国の憲政実施と言論の自由 1945—1949』、東京大学出版会、2004年;中村元哉「戦時言論政策と内外情勢」、石島紀之等編『重慶国民政府史の研究』;謝慧:《西南联大与抗战时期的宪政运动》,社会科学文献出版社2010年版;西村成雄『中華民国・中華ソヴィエト共和国・国民参政会』、和田春樹等編『東アジア近現代通史——新秩序の模索 1930年代(第5卷)』、岩波書店、2011年;西村成雄「憲政をめぐる公共空間と訓政体制」、久保亨等編『中華民国の憲政と独裁 1912—1949』、慶應義塾大学出版会、2011年。

④ 松井直之「中華民国期の諸憲法における権利概念の変遷」、『横浜国際社会科学研究』第11巻第1号、2006年;味岡徹『中国国民党訓政下の政治改革』。

⑤ Andrew J. Nathan, *Political Rights in Chinese Constitutions*, in R. Randle Edwards, eds., *Human Rights in Contemporary China* (New York: Columbia University Press, 1986);日文版見斎藤惠彦等訳『中国の人権——その歴史と思想と現実と』、有信堂、1990年;横山宏章『中華民国史——専制と民主の相克』、三一書房、1996年;张晋藩:《中国宪法史》,吉林人民出版社2004年版;金子肇「戦後の憲政実施と立法院改革」、姫田光義編『戦後中国国民政府史の研究』、中央大学出版部、2001年;金子肇「国民党による憲政施行体制の統治形態」、久保亨編『1949年前後の中国』、汲古書院、2006年;薛化元著、吉見崇訳『憲法の制定から憲法の施行へ』、石塚迅等編『憲政と近現代中国』、現代人文社、2010年;金子肇「知識人と政治体制の民主的変革——『憲政』への移行をめぐる」、村田雄二郎編『リベラリズムの中国』、有志舎、2011年;荆月新:《1947年宪法体制下的中央立法权研究》,法律出版社2012年版;李在全:《法治与党治——国民党政权的司法党化(1923—1948)》,社会科学文献出版社2012年版;中村元哉「張君勱」、趙景達等編『東アジアの知識人——さまざまな戦後(第5巻)』、有志舎、2014年。

D. 从《五五宪草》到《中华民国宪法》的宪法制定史,不但受到来自中国国内形势的影响,也受到同时代的国际环境以及来自各国(美国、英国、法国、德国、苏联、日本)的宪政认识的影响。特别是20世纪30至40年代前期,在世界民主主义阵营和法西斯主义阵营对立中,中国作为民主主义阵营的一员参与第二次世界大战,战后作为五大国之一与美国的自由主义和民主政治步调一致而决定倾向实施宪政,这点尤为重要,不可忽略。国民党政权的战后设想与中国共产党的“联合政府”论对峙,其背景与这样的国际关系密切关联。^①

本文将根据以上所述的《中华民国宪法》制定史的研究状况来展开讨论,厘清以下观点:中国的宪法制定史上,围绕直接保障主义和间接保障主义的对立,战时复燃,战后也被继承。人们往往以制宪国民大会(为制定《中华民国宪法》的国民大会,1946年11月至12月召开)的主要争论点认为是20世纪30至40年代的中国,特别是战时中国,轻视自由和权利问题,但这样的对战时中国的认识有必要改变。只有这样才能加深包括日本在内的各国对近现代中国的认识。

再者,《中华民国宪法》制定史的关键人物,主要是孙科、吴经熊、张知本、张君勱、王世杰等。孙科(国民党)是一贯推行宪法制定的实质上的负责人,吴经熊(国民党)是制定间接保障主义宪法草案的主要法学者,张知本(国民党)是制定直接保障主义宪法草案的主要宪法学者。而张君勱(国家社会党)是《中华民国宪法》最后阶段的宪法草案制定者,王世杰(国民党)一直担任宪法制定的实际性工作。本论也关注这些政治家、学者的动向。^②

二、国民参政会宪政期成会的宪法草案修改意见和自由、权利的保障

九一八事变后国难意识高涨,国民党政权随即以孙科为中心开始了宪法制定工作。其成果即是《五五宪草》(1936年)。《五五宪草》放弃张知本的直接保障主义,采纳了吴经熊的间接保障主义。但《五五宪草》在民选的国民大会上制定非民选的立法院议决的法律方案,赋予司法院以法律的解释权。但同时,立法院和司法院都置于拥有强力权限的独裁型总统之下,因此,法律到底是否是民主主义的,与法治(≈立宪主义)的理念是否符合就成为争论焦点。^③ 战时的宪法制定工作,可以说是继承了这一个争论点,首先在国民参政会上展开。

国民参政会,是1937年9月新设的战时民意机关。据以前的历史评价,国民参政会只是单纯的咨询机构,但是如果根据该组织条例第5条及第7条,称其为在一定程度上能反映民意的“准决策”机关也不为过分。事实上,一般认为,国民党的王世杰、汪精卫等对这样的“政权机关”化并没有提出异议^④,而国民参政会的意见有的也反映到了法律和政策中(是否实行了另当别论)^⑤。

有如此性质和功能的国民参政会,对人权和宪政表现持续强烈的关心就很自然了。譬如,第一

① 石毕凡:《近代中国自由主义宪政思潮研究》,山东人民出版社2004年版;中村元哉『戦後中国の憲政実施と言論の自由1945—1949』;味岡徹『共産党根拠地の憲政事業』、中央大学人文科学研究所編『中華民国の模索と苦境1928—1949』、中央大学出版部、2010年;味岡徹『民国憲政の二つの潮流』、久保亨等編『中華民国の憲政と独裁1912—1949』;家近亮子『中国の抗日戦争と戦後構想』、和田春樹等編『東アジア近現代通史(第6巻)』;中村元哉『世界の憲政潮流と中華民国憲法』、村田雄二郎編『リベラリズムの中国』。

② 中村元哉『国民党「党治」下の憲法制定活動』、中央大学人文科学研究所編『中華民国の模索と崩壊1912—1949』;薛化元著、吉見崇誠『憲法の制定から憲法の施行へ』、『憲政と近現代中国』;中村元哉『世界の憲政潮流と中華民国憲法』、村田雄二郎編『リベラリズムの中国』;中村元哉『張君勱』、趙景達等編『東アジアの知識人』。

③ 中村元哉『国民党「党治」下の憲法制定活動』、中央大学人文科学研究所編『中華民国の模索と崩壊1912—1949』。

④ 雷震:《中华民国制宪史——制宪的历史轨迹(1912—1945)》,台北县板桥市,稻乡出版社2009年版,第102页。

⑤ 中村元哉『戦時言論政策と内外情勢』、石島紀之等編『重慶国民政府史の研究』。

届第一次大会(1938年7月)上沈钧儒(抗日救国会)等提出“切实保障人民权利案”,强烈谴责军队、警察、特务机关的非法行为,连一部分国民党员也对这个抗议表示赞同。^①另外,第一届第四次大会(1939年9月),以宪政运动的高扬为背景,左舜生(青年党)、张君勱、章伯钧(中华民族解放行动委员会)等提出了“请结束党治,立施宪政,以安定人心,发扬民力,而利抗战案”。该建议虽最终被国民党员抽掉了核心部分,但以此为契机,组织起了国民参政会宪政期成会。

这个国民参政会宪政期成会制定的“国民参政会宪政期成会五五宪草修正案”(1940年3月30日),其特征之一就是要切实保障自由、权利这点。譬如,“身体之自由”(第8条)和《五五宪草》(第9条)为同一条文,然而,修正案的做成过程中,多次强调遵守“提审法”(1935年)这样的要求保障身体自由的声音中,就连国民党员李中襄、许孝炎、叶楚伦、陈立夫、朱家骅等也未能反驳。^②另外,有关各种自由(第11条至第15条)的条文承继《五五宪草》(第12条至第16条),但围绕是否删除间接保障主义语句之对立仍在水面下持续进行。

争论点中应关注的是,国民党员李中襄、许孝炎主张维持间接保障主义,而同为国民党员的钱端升、周炳琳等则反对间接保障主义。反对理由是因为担心民主主义有可能导致多数派的议会专制,使间接保障主义空文化。^③甚而通过这样的争论,修正案第24条变更为“凡人民之其他自由及权利均受宪法之保障,非依法律不得限制”,这个变更也非常重要。该条文删掉了《五五宪草》第24条中的“不妨碍社会秩序公共利益者”,使之尽可能排除借由法律而恣意限制的可能性。更为重要的是,该会陈述“(间接保障主义的)原意在以限制之权嘱托于民意机关,法律诚为行政当局所遵守,则人民权利自得所保障”^④,重视间接保障主义的民主主义之侧面。自此可以窥见调和了民主主义和立宪主义的思考。

这样国民参政会,强调间接保障主义是基于民意,以强调民主主义侧面来最大限度地吸收同样持反独裁立场的直接保障主义的主张。实际上修正案从根本上修改了《五五宪草》的权力构造,导入议会政治原理,故说法律反映民意绝非诡辩之词,也就是说修正案改变了《五五宪草》下的非立宪主义的且反民主主义的间接保障主义的性质。正因如此,“中华民国宪法草案说明书”做了如下总结:

宪法草案关于人民之自由与权利,有详细之规定,但得以法律加以限制。此以国家社会利益为前提,无取于天赋人权之旧说,而摒去个人主义之所谓绝对自由也。盖社会人群随时演进,现代国家,人民本无绝对自由之可言,惟对于自由权利之限制,必须有法律之根据,故曰非依法律不得限制,正所以防止行政机关之滥用权力也。又限制自由权利之法律,依第25条之规定……,又所以明示此种法律之严格标准也。如此则于法律保障之外,兼采宪法保障之方式,庶于国家及人民之利益,双方均能兼顾矣。^⑤

然而,这个修正案虽然在国民参政会第一届第五次大会(1940年4月2日)上审议通过,但最

① 雷震:《中华民国制宪史》,第109—110页。

② 雷震:《中华民国制宪史》,第121页。

③ 雷震:《中华民国制宪史》,第122—123页。

④ 国民参政会:《修正理由报告书》(1940年4月5日),夏新华等整理:《近代中国宪政历程——史料荟萃》,中国政法大学出版社2004年版,第1056页。

⑤ 立法院《中华民国宪法》草案宣传委员会编:《中华民国宪法草案说明书——民国29年7月》,正中书局1940年版,第1—2页。

终却被国民党政权搁置不提。就间接保障主义而言,王世杰、叶楚伦、张群召集陈立夫、陈果夫、陈布雷、王宠惠、朱家骅、魏道明、许孝炎、李中襄及立法院宪法起草委员等,决定恢复《五五宪草》第24条(1940年5月)。其理由如下:

原文其他自由及权利范围甚广,本以法律设定限制,仅只规定其行使时,如妨害社会秩序公共利益时,不受宪法之保障,以期减免流弊,自属正当,应从原条文。^①

如果考虑到国民参政会提出的议会政治原理被一并否定,说回归间接保障主义即是为了强化独裁权力,这样的评价也不为过。

但也许是立法院长孙科暗中与蒋介石争权,并想在较量中占据优势,实际上在国民党政权内部对自由、民主、宪政比较宽容。孙科考虑到战时的紧急状态,对《五五宪草》的间接保障主义的回归表示理解^②,而因他信赖立法院(立法院)^③,故也不能排除他曾支持过间接保障主义的可能性。他的间接保障主义并没有预想到法律的失控,从这个意义上,他的构想是基于法治主义(≈立宪主义)的,这点也值得注意。

当然,立宪主义的直接保障主义,比起五权宪法下的反民主主义的间接保障主义要普遍受到欢迎,这样的一般论在当时的政权内外渐渐扩大。如国民革命时期国民党左派的徐谦,也许掺杂《太原约法》以来的反蒋逻辑,如下所引,呼吁采用直接保障主义。

人民权利,宜以宪法为之保障。普通宪法,皆以规定人民权利为原则,此即宪法史上革命之结果。惟权利非绝对的,因而又有依法律限制之之规定,如此不但失去宪法保障之精神,且有宪法授权于法律,而宪法反居于次位之嫌。质言之,宪法规定,法律取消,是即口惠实不至。此等规定,实不足以唤起民众。故关于人民权利之规定,应以宪法保障之。其必要限制者,即以宪法限制之。^④

此外,如广西宪政协进会指出“一般法律限制宪法所保障的人民自由,是无异使宪法屈从法律,实易于发生流弊”,而主张直接保障主义的优越性。共产党机关报《新华日报》(1940年4月7日)也刊载类似宗旨的社论批评国民党政权的反民主性。^⑤

三、国防最高委员会宪政实施协进会的宪法草案意见书和自由、权利的保障

战时宪法草案的重订工作是从1943年秋天开始的。意大利的投降使“民主”势力——包括苏联社会主义型全民政治——对法西斯主义势力的胜利变得越来越现实,其结果是,战时中国也开始关注以提倡自由和民主主义的美国为中心的战后国际政治舞台的展开,认为应确立战后作为五大

① 《对于国民参政会宪政期成会关于宪法提案之审查意见(1940年5月)》,台北,“国史馆”藏,蒋中正总统文物档案,002—080101—002—006。

② 1940年4月16日香港《大公报》刊登的孙科质疑应答(杨纪编:《宪政要览》,香港,出版社不明,1940年版,第106页)。

③ 孙科:《中国宪法的几个问题》,南京《中央日报》,1934年10月10日,第1版。参见陈盛清《五五宪草释论》,张研等主编:《民国史料丛刊》政治·法律法规(4),大象出版社2009年版,第279—281页。

④ 1940年4月23日香港《星岛日报》刊登的徐谦的论说(杨纪编:《宪政要览》,第103页)。

⑤ 杨纪编:《宪政要览》,第123、133页。

国之一的国际地位,使国内宪政运动随之再次高涨。在这样的内外环境变化之下,国民党政权在国民党第五届第十一次中全会(1943年9月)上明确提出战后宪政的实施,国防最高委员会——战时最高决策机关,但事实上并未发挥那样的机能——决定新设宪政实施协进会。^①自此以后,中国进入作为国民党战后设想的“宪政”论与作为共产党战后设想的“联合政府”论的对峙阶段。

按以前的评价,1943年11月发起成立的国防最高委员会宪政实施协进会(简称“宪政实施协进会”)是国民党主导的组织,而王世杰和吴铁城等虽对自由、民主、宪政较有理解,但对该会活动并不是那么投入。^②然而,此评价近年也有所改变,有论者认为,该会与孙科等部分国民党党员携手联合,扩大宪政运动^③,为创造战时社会的公共空间做出了贡献。^④

如宪政实施协进会对有关自由、权利部分,将其观点做了如下整理,即“宪法对于人民自由权利之限制,应如何规定:(甲)应否在宪法上予以规定。(乙)宪法应否准法律予以限制。(丙)宪法应否准命令予以限制”。^⑤该会自1944年1月至5月活动积极,其中也确实包括了限制自由、民主、宪政的内容。谷正刚(国民政府行政院社会部长)做了如下论述:

顾目前国内宪政实施运动正蓬勃兴起,结集团体,从事研究,果能因势利导,则众议群谋,自能有助于宪政之实施而宏扬三民主义宪法之精义,若任其自然演进,则凌乱散漫,不独言论纷歧,且主张庞杂,转足阻碍宪政之推行,是宜确定方针,积极领导。^⑥

但另一方面这里也包括了张君勱、王世杰、邵力子、孙科等的推广自由、民主、宪政论的诸活动。^⑦张君勱寻求身体之自由,集会、结社之自由,出版言论之自由,向该会提交“人民基本权利三项之保障之建议方案”。此建议经由该会秘书长邵力子,送交给对蒋介石的政策决定过程具有影响力的军事委员会委员长侍从室第二处的陈布雷。虽然这个建议被判为“暂存”^⑧,不过,被通过宪政运动而不断扩大的公共空间积极地接受了。这一建议不只是第三势力也得到亲苏亲共派张友渔等的支持,可见其影响之广泛。^⑨

战时中国即使因日本的一号作战正面临危机的局势下,如上所述,关于自由、民主、宪政的讨论在政权内外仍然活跃地展开。这个时期的宪政运动即使不能说对宪法草案进行了决定性的修正,但事实上也可以说为战后大幅度的修改开辟了道路。这点将在以下进一步确认。

宪政实施协进会,在1944年2月就表明维持《五五宪草》第24条,明确了坚持间接保障主义的方针。该会对其理由做了如下说明:

非依法律不得限制之真义,为对人民之一种保障,即不得以命令等限制之意,可维持草案

① 劉維開「国防最高委員會の組織と活動」、石島紀之等編『重慶国民政府史の研究』。

② 雷震:《中华民国制宪史》,第186页。

③ 中村元哉『戦後中国の憲政実施と言論の自由1945—1949』,39—46頁。

④ 西村成雄『中華民国・中華ソヴェト共和国・国民参政会』、『東アジア近現代通史——新秩序の模索1930年代(第5卷)』;西村成雄『憲政をめぐる公共空間と訓政体制』、久保亨等編『中華民国の憲政と独裁1912—1949』。

⑤ 宪政实施协进会:《酌提研讨中华民国宪法草案各题》(1944年1月31日),夏新华等整理:《近代中国宪政历程——史料荟萃》,中国政法大学出版社2004年版,第1089—1090页。

⑥ 《宪政发展》,台北,“国史馆”藏,国民政府档案,001011000A008。

⑦ 中村元哉『戦後中国の憲政実施と言論の自由1945—49』,42—46頁。

⑧ 《宪政发展》,台北,“国史馆”藏,国民政府档案,001011000A008。

⑨ 张友渔:《中国宪政论》,生生出版社1944年版,第139—151页。

原文。至宗教信仰,为预防以迷信邪说假名宗教蛊惑愚民起见,亦仍以依法律限制为宜。^①

这里也强调了不能根据权力一方之命令而恣意蹂躏自由、权利。反过来说,五权宪法让法律反映民意,在重视法治这样意义的立宪主义的解释下,间接保障主义的人民主权的性格得以认识,从而放弃采用直接保障主义。然而,因为宪政实施协进会次年总结推出的“宪政实施协进会《五五宪草》研讨意见”(1945年2月19日)未加任何修改而承认《五五宪草》的权力结构,这样间接保障主义就没能变成民主主义(人民主权)。

然而,这个宪法草案意见书虽然提交给了国民参政会第四届第二次大会(1946年3月),但并不意味着最终正式决定采用间接保障主义。因为在五权这个特殊的权力结构下,并未解消人们对间接保障主义到底是否人民主权的疑问,这样围绕间接保障主义与直接保障主义的争论与“权力分立”论搅在一起持续到战后。

至中日战争结束之前,间接保障主义论争仍未见分晓,这与当时的国际形势也密切相关。譬如,将五权宪法视作是人民主权的,通过直接保障主义的制度化,即使在五权宪法下也能保证实现立宪主义,持此想法的国民党的张知本,就如下述一样认识国际形势。即第二次世界大战后的世界,彻底否定了招致法西斯主义的日本和德国的旧式宪政和没能保障个人自由、权利的苏联社会主义型宪政,战后世界将会采用彻底贯彻权力分立下的直接保障主义,因而主张战后中国应该适应世界宪政潮流采用直接保障主义。^② 对苏联社会主义宪政持肯定态度的直接保障主义,也由国民党内的亲苏派邵力子以及孙科展开过讨论,他们撤回战时限定间接保障主义论以聚集国民党内反蒋派与自由、民主、宪政派,作为国民党的新领导人美国也予以期待。^③ 然而,总的来说,战后世界的主要宪政潮流朝向直接保障主义已是必然之势,并被广泛认识。

这样基于世界各国宪政观寻求采用直接保障主义的呼声日益高涨,这些呼声来自国民党政权内外——国民党(张知本等)、第三势力(张君勱等)、共产党、言论界及专家、学界。^④ 围绕自由、权利之政策与实际状态也发生变化。就表现之自由这点来说,国民党政权与国际报道自由运动的展开步调一致,检查渐渐缓和,激活了战后初期的言论界、出版界、新闻界之言论。^⑤ 就集会结社之自由而言,虽说已制定了“限制异党活动办法”(1939年1月),但如战时民盟的活动事实上被承认所象征的一样,已经出现了国民党以外的政党的生存空间。并且就身体之自由而言,各地对不当逮捕的国民党政权予以严厉弹劾,促使国民党政权不得不颁布“保障人民身体自由办法”(1944年7月)。确实,沈钧儒等的要求——要求切实运用该法——经由邵力子(宪政实施协进会秘书长)递交给蒋介石(该会会长)以及陈布雷(军事委员会委员长侍从室第二处)。^⑥ 当然非法逮捕并非立即根绝,然而正因为非法逮捕反复重演的状态没有改变,故切实要求身体自由的呼声也不会消失。

如上所述,推动直接保障主义的政治、社会状况促成了战后的修改宪法草案。1946年1月的

① 雷震:《中华民国制宪史》,第191页。

② 中村元哉「世界の憲政潮流と中華民国憲法」、村田雄二郎編『リベラリズムの中国』。

③ 中村元哉「国共内戦と中国革命」、木畑洋一等『東アジア近現代通史——アジア諸戦争の時代1945—1960年』(第7卷)、岩波書店、2011年。

④ 中村元哉「戦後中国の憲政実施と言論の自由1945—1949」、75—77頁;中村元哉「近代中国憲政史における自由とナショナリズム」、石塚迅等編『憲政と近現代中国』;中村元哉「世界の憲政潮流と中華民国憲法」、村田雄二郎編『リベラリズムの中国』。

⑤ 中村元哉「戦時言論政策と内外情勢」、石島紀之等編『重慶国民政府史の研究』。

⑥ 《宪政发展》,台北,“国史馆”藏,国民政府档案,001011000A008。

政治协商会议采纳包括“人民之权利义务应享有凡民主国家人民一切之权利及自由。法律规定应出之于保障精神,不以限制为目的”在内的12项原则,正式提议采用直接保障主义,在这些原则的基础上,张君勱完成了“政治协商会议对五五宪草修正案草案”(“《政协宪草》”)。

结 语

1946年11月至12月召开的制宪国民大会,《政协宪草》作为最终宪法草案审议通过,从而制定了《中华民国宪法》。这里的主要争论点围绕基本上已成大势的自由、权利,也展开了最后的论争。比如围绕身体之自由(第9条)之论争仍激烈地持续着,围绕直接保障主义也像下述一样对立凸显。

《中华民国宪法》第22条大幅度地修正了《五五宪草》的第24条——与宪政期成会的修正案比较其修改可谓大胆——的同时,在第23条中明确表示是从间接保障主义向直接保障主义的转移。围绕这个第23条,仍有像20世纪30年代吴经熊那样依然主张间接保障主义,期盼恢复《五五宪草》第25条的有识之士。信赖此法的有识之士的间接保障主义论,对在五权宪法下策划强化行政权的政治家、知识分子来说可谓好机会,如王子兰(经历不明)就出于维持五权宪法之目的主张回归间接保障主义。^①

但是另一方面,也引发了主张废除第23条的呼声。废除论大致有二,一是国民党系的政治学者萧公权,制宪国民大会代表中由会计师名额中选出的何元明、湖南省选出的罗心冰、九三学社成员孟宪章等论者从自由主义立场出发展开的废止论。^②他们认为,即使向直接保障主义倾斜的第23条也潜藏着向间接保障主义后退的危险性。二是作为专家、社会贤达参加制宪国民大会的罗家衡等从间接保障主义与直接保障主义折中的立场展开的废除论。^③他们试图在各条文中表达直接保障主义精神的同时废除第23条,改变宪法结构使第22条能得以切实保障以达成间接保障主义的目的。同样是折中论,河南省选出的代表刘锡五,从应该维持五权宪法的立场出发,支持间接保障主义与直接保障主义的折中论^④,这种折中论应予注意。

从上可知,围绕间接保障主义与直接保障主义的最后对立,不是民主主义还是立宪主义、反自由主义还是自由主义这样清晰的两分法。《中华民国宪法》第23条,综合了担心在三权分立型的权力结构下立法府(民主主义)失控的张君勱原案,与认为五权宪法是人民主权(民主主义)的张知本的“立宪主义”论而最后确定。但应该注意的是,无论张君勱还是张知本,两者都认为第二次世界大战后的世界宪政潮流倾向自由主义,出于这样的认识而一贯主张采用直接保障主义。^⑤

[作者中村元哉,日本津田塾大学学艺学部副教授;译者姚毅,日本东京大学教养学部兼任讲师]

(责任编辑:高士华)

① 王子兰:《中国制宪问题》,中国印书馆1946年版,第95—98页。

② 《宪法草案代表建议意见摘要》,台北,“国史馆”藏,国民政府档案,001011002A001。

③ 罗家衡:《中华民国宪法台议》,自由出版社1946年版,第9—10页。

④ 刘锡五:《为促进宪法实施宣言(1947年2月)》,刘锡五编:《中华民国宪法阐明》,台北,民主宪政杂志社1968年版。

⑤ 中村元哉「世界の憲政潮流と中華民国憲法」、村田雄二郎編「リベラリズムの中国」;中村元哉「張君勱」、趙景達等編「東アジアの知識人——さまざまな戦後(第五卷)」。