

現代憲政論

章淵若著

1934

中華書局印行

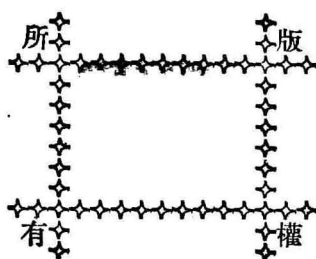
民國二十三年六月初版
民國二十三年六月初版

圖書雜誌審查會審查證第一四三號
現代憲政論 (全一冊)



定價銀一元

(外埠另加郵匯費)



著者 章 淵 若

發行者 中華書局有限公司
代表人 陸費達

印刷者 上海靜安寺路
中華書局印刷所

總發行所 上海棋盤街 中華書局

分發行所 各埠 中華書局

憲政論

中國制憲問題

林文增

三九五九

中華書局印行

吾曰：法不悖禮，註五禮寓於法；法勝於禮，禮以法張。

二 法治與禮治

法治精神，已加說明；今請進而申論法治與禮治之關係。

一、人類既營共同生活，不能不有羣治之道。誠以社會現象，錯綜紛紜；人心不同，各如其面；人欲橫流，各不相讓。吾人欲使錯綜之社會，不同之人心，橫流之衆欲，共納於一軌，相安於無事，自不能不張社會之紀律。初民之世，民智未開，理解力薄，經驗甚少，每見風雨雷電，及其他自然怪象，輒不明其理，驚駭震恐，以爲冥冥中必有主宰。此時羣治方法，便爲神道設教。及後人智漸開，事理漸明，初民恐怖之心理，既不可利用，於是神道設教之方法，亦因以廢弛。此時羣治之方，應喻之以理，化之以義，準之以道，教之以德。然此種方法，不免流於空泛，在近代複雜之社會，又復發生種種之缺陷。於是羣治方法，遂應社會演進趨勢而改爲法治。可見羣治方法，始則爲神治；繼之爲禮治；現又變爲法治；羣治方法之變化，實爲社會進化自然之要求。

二、禮治僅有道德上的意味，而無必行之社會力量。禮治之精神，當然無可非議；然其

缺點，則在僅止於空想，而無必行之方法。譬諸社會主義，有空想派與科學派，兩者之精神與目的，固完全一致；然前者之弊，則僅止於悲天憫人的主觀的感想，而不能用客觀科學方法，闡明舊社會必然崩潰之理由，尤不能說明如何實現新社會之步驟與方略。禮治派之缺點，正復相同。故吾人如欲確立社會合理的關係，實現空想的禮治主義者之目的，必然有待於客觀科學具體的法治主義也！

三、社會現象，一爲靜的秩序；一爲動的進化。故管理社會者，不僅在消極的確保其秩序，尤且在積極的保育其發展。禮治主義，誠能完全實現其理想，「教之化之，心悅誠服；治於未然，有恥且格」，則亦僅完成治理社會工作之一面；且此種工作，猶爲消極，而非積極。然而現在社會役務，日趨複雜；政府職責，初不可僅限於消極的維持秩序，而尤應積極的注意保育，以促社會之進化，而增人民之幸福。而此積極的保育主義，已爲近世各國法制演進共同之趨勢；〔註六〕禮治主義於此則已技窮而落後！

基此歸納，可知法治非但不後於禮治，且較禮治更勝一籌；而禮治理想之實現，則須恃乎法治精神之發揚！故曰：法勝於禮，禮以法張。如廢法言禮，恐終爲無法實現之空想而已！

三 法治與人治

人治主義者於此必仍憤憤不平，不肯心折；以爲有治法無治人，徒任法亦終無效！此語已籠罩數千年來中國之人心，有強固普遍之力量，吾人亦不能不辯。

一、人治主義，可謂君主專制政體之特徵；歷來君主均抱「朕即國家」之思想，過信主觀意志，不重客觀法律。蓋如重法治，則『法尊於民，令重於君』，『註七』一切均須聽命於法，雖君主有無上之大權，亦須惟法是從，故我國歷代帝王，無不罷黜百家，以法家爲殘酷寡恩，而竭力加以抑制。數千年來之學術思想，均尊君而排斥法家。僅知歌頌治人，不知尊重治法；而君主亦厭恨治法，因治法之結果，君主自身之行爲思想，亦須受法律的牽制。如此尊君廢法之結果，故中國歷來政治之良惡，全繫於機會；天子英明，則政治上軌道，一旦「人亡政息」，人民幸福權利將全失其保障矣。

二、人治，易爲主觀感情所左右；法治，始有客觀理性的標準。彭蒙曰：『聖人者，自己出也，聖法者，自理出也。理出於己，己非理也；己能出理，理非己也。故聖人之治，獨治者也；聖法之治，則無不治矣！』（見尹文子）
慎子曰：『君子者，舍法而以身治，則誅賞予奪，從君心出！』

管子曰：『使法擇人，不自舉也，使法量功，不自度也。』商君亦云：『不以法論智愚賢不肖者，惟堯，而世不盡爲堯；是故先王知自議譽私之不可任也，故立法明分，中程者賞之，毀公者誅之！』可見人治恆爲主觀所左右，法治始有不易的規範。黃梨洲辨法治人治之功用，更爲精當。黃氏之言曰：『有治法然後有治人，使先王之法而在，莫不有法外之意，存乎其間；其人是也，則可以無不行之意；其人非也，亦不至深刻羅網以害天下！』黃氏之論，有數要點：第一，治人須先有治法而能產生；第二，治法並不妨害治人之行爲，且更能因治法而相得益彰；第三，卽無治人，治法亦可收統治之效，且可防範專制弊害。

三、人治，爲不科學的；法治，則爲科學的方法；人雖能治，然必有治之之方。管子曰：『雖有巧目利手，不如拙規矩之正方圓；故巧者雖能生規矩，不能廢規矩而正方圓。雖聖人能生法，不能廢法而治國。』可見人治亦不能放棄法治；法治則有所遵循，易於收效；人治則無所繩正，事倍功半。故人治亦不能不賴法治以濟其窮而致其效。工欲善其事，必先利其器；治法者，卽治人之利器也。

四 法治與憲政

綜上諸論，可知禮治人治，均非羣治上策，禮治人治之精神，吾人初不厚非，但在社會生活之要求上，尤在社會演化客觀之潮流上，終不能廢法而圖治。人類爲社會的動物，社會爲複雜的組織，而『法律則爲社會生活之要件。』〔註六〕複雜的社會，必有賴於精密而善良的法制，始能存在、安全、和諧而演進。

吾人生當亂世，應悟今後撥亂反正之道，長治久安之方，唯有客觀而科學的治法。當今全局鼎沸，羣失主宰，人心皇皇，生產停頓，亟宜「統一民志」，安定人心，使『百度皆準於法，萬事皆歸於一。』〔註七〕上使官吏，守法奉公，下使人民，安居樂業，莫得有法外之意，法外之行。必如是，社會始有是非之標準，人民始有行爲之規範。吾人誠欲救現狀之混亂，圖生產之發展，求民族之繁榮，當以奠定法治基礎，爲當今之要圖。今當憲法起草之時，誠恐舉國上下，對於法治精神，尙無切實之認識，奉行之誠意，因列此章，以明其義，庶政府當局，全國民衆，不再視憲章爲具文，而今後之中國，亦得日臻於法治之境也。

註一 Montaigne, *Esprit des lois* Chap. I.

註二 嚴譯法意

註三 L. Duguit: *Les Transformations du Droit prive*.

現代憲政論

註四 另詳拙著：世界法律史綱——待刊本。

註五 鍾建閔方孝嶽譯：古代法序言中有云：禮本自然，頗合斯旨。

註六 詳見本書第四章第七章

L. Duguit: *Les Transformations du Droit public.*

註七 管子：法法篇。

註八 Boncasse: *Introduction a l'etude du Droit.*

註九 尹文子：大道篇。

第二章 制憲真詮

國府立法院，既已組織憲法起草委員會，訂定憲法草案起草程序，并登報分函，廣徵海內賢達，全國同胞，盡量貢獻意見，乃舉國上下，對於茲事，仍復漠然。西儒謂政治社會之統一，民主政治之實現，首在人民對於普通政治問題，有中心之思想，共同之見解。（註一）而吾國年來民衆之大病，則每於當前政治問題，不能有共同之主張；或則模稜兩可，莫辨是非，或則逢場作戲，隨聲附和。嗚呼！此民國以來，憲政之所以失敗，而舉國民心，亦所以分崩離散，而無所宗也。夫徒法不能以自行，憲法之施行，憲政之成功，自需有信法與守法之精神與效力。故吾人對於今日之制憲，實不能徒事樂觀，首應培植推行憲政之精神與力量。否則起草諸公咬文嚼字辛苦數月之結果，亦不過一紙空文而已；蓋國民既未深明憲法之真諦，而憲法亦未具有施行之條件也。怒焉心憂，不能不言，爰列此章，以當詮釋。

憲法真詮，概分八點。其屬於負面者四；正面者亦有四。今請一一加以詮釋，是否有當，願共商焉。

一曰非因襲歷年憲法之遺制

民國以來，雖曾反覆制憲，但僅見反抗破壞，並未

認真實行。而憲政之所以不能實行，即因無推進憲政之原動力。開國時制憲之動力，僅爲若干革命派與立憲派之熱心；自是以降，益復不堪，神聖憲章，或爲軍閥裝點場面之飾物；或爲官僚收拾時局之謀略；或爲學者空想之主張；或爲政客自慰之成績。總而言之，既非多數人民政治慾之表現；又非執政諸公約束自身之戒律；制憲不成，自屬當然。前事不忘，後事之師，今日負制憲之責者，實不能再蹈民國以來憲政失敗之覆轍，勿僅在紙面上制憲，勿僅在委員會制憲，而應於國民身上制憲，努力啓發其政治慾，應於有實力者之腦中制憲，激發其遵守戒律之信心。〔註二〕故中山先生於孫文學說中，論約法之目的，一則曰，建設地方自治；再則曰，促進民權之發達。吾人懲前毖後，自不能仍襲遺制，再蹈以往之覆轍也。此其一。

二曰非師承天賦人權之舊說

近年以來，國人頗多惑於『人權』之說。吾人謹就學理而研究，則不能不認此說有『失諸毫釐，差以千里』之危險！天賦人權，非特在革命民權主義下，不能予以保障；即在法治精神最發展之文明各國，其憲文亦無人權之字樣，甚至首創天賦人權說之法國，亦已諱用此種玄學之名稱。〔註三〕蓋此種十八世紀之思想，已首受黑格兒、耶林輩之痛擊，而失其哲學的基礎；各國因受此種個人主義之遺毒，亦

已遭焦頭爛額之打擊！殷鑑非遠，吾人苟非喪心病狂，何可再承他人之舊說。國民黨第一次全國代表大會宣言曰：『吾黨之民權主義，與所謂天賦人權者殊科；唯民國之國民，乃能享民國之權利；凡賣國國民以效忠於帝國主義與軍閥者，皆不能享此等自由與權利。』中山先生，更反覆慨乎言之曰：『自由不可用到個人上去，要用到國家上去，個人不可太自由，國家要得完全自由。』吾人遠鑑各國之覆轍，上遵總理之遺教，當知憲法精神，決不可復承天賦人權之舊說也矣。此其二。（註四）

三曰非抄襲歐美之成法

法律隨時代需要而轉變，而尤爲民族精神之反映。現代社會生活之變革，固爲古昔法家所未料；而各國民族精神之特徵，尤非一紙律令可強同。工業革命以後，經濟社會狀況，以及人民經濟關係，已有重大之變革。法國人權宣言、拿破崙法典，亦已百孔千創，備受打擊。歐美各國法制之精神，亦均未脫拿破崙法典之窠臼。吾人後來居上，何能盡以抄襲爲能事。戰後德國憲法，竟能突圍而出，注意人民之生活，論憲之學者，奉爲近世憲政之模楷。然而橘逾淮爲橙；一國民情互異，歷史不同；一切時代之背景，社會之需要，均不能絕對相一致，吾人又何可一一移植，而使之發生同樣美滿之結果！何況訓政之治，尙未實現，人民智能，尙甚幼稚；自應有其特殊之工作，特殊之問題，以及特殊

之需要。中山先生在學說第六章曾明白指示吾人曰：『第二爲過渡時期，擬在此時期內施行約法（非現行者）建設地方自治，促進民權發達……將人口清查，戶籍釐定，警察衛生教育道路各事，照約法所定之低限程度，而充分辦就。』可見今日所需之憲法，其實質與精神，均不能與歐美成法相提並論也。此其三。

四曰非粉飾承平之點綴

吾恆言之，法治之精神，非徒編訂完備之法典已也；而

尤貴乎法律之實施，法律之擁護，法律之遵守，以及法律之普及。法律之編訂，其事易，其時暫；而法律之實施、擁護、遵守與普及，則其事艱，其時長，而其效尤難著。（註五）立法易，行法難。倘使律文所規定者，陳義過高，離事實之需要太遠，與民衆之痛癢不關，則必難得擁護與遵守，更難期實施與普及；而僅成爲鋪張揚厲，裝點門面之具文。民國以來，所有一切之約法憲法，所以不能實施而卒失敗者，實坐是弊。此所以毀法亂紀，迄無寧日也。繼此以往，吾人應奮力求之者，爲永久和平之實現，人民福利之保全。決不能一誤再誤，以憲法爲白紙黑字之具文，爲粉飾承平之點綴！務使一字一句，均能切實奉行，切實生效。上自官吏，下至平民，莫不受法律之管轄；莫得逃法律之制裁；莫得有法外之意見；莫得有法外之行動！立法寧恕，行法貴嚴；吾人不必於條文上虛張聲勢；而應於實施時切實奉行。必如是，庶能救

現狀之混亂；必如是，庶能望邦國之長治。

以上四點，僅就消極方面，闡明制憲之意義也；至其積極之意義與功用究何在？請更展之：

一曰完成革命主義

韓非有言：『治民無常，唯法爲治。』羅馬法家之言曰：『社會存在之處，卽有法律。』吾國革命方略，雖有軍政、訓政、憲政三期之分；而治國原則，則無時無期，不以法治爲中心，故曾規定軍法、約法、憲法三期之治，俾與革命程序相輔而行，莫得有法外之意，法外之行。誠以法律爲維持國家組織、社會生活、人民關係，不可須臾離之要素。吾人欲圖革命理想之實現，不能不求革命法律之實施；吾人欲求革命的新社會之創建，尤不能不以法律爲工具也。總理主義，固爲現在制憲立法最高之原則；然而『聖人者，自己出也；聖法者，自理出也。理出於己，己非理也；己能出理，理非己也。故聖人之治，獨治者也；聖法之治，無不治矣！』〔註六〕可知以黨治國，絕非挾一派之偏見，箝制民衆，更非恃本黨之勢力，壓迫民衆。『己能出理，理非己也；』國民黨之主義，乃爲順天應人而制成，初非以一黨利益爲根據。以黨治國之所以異於獨裁政治者，以此！復次，三民主義，固爲建國治民之最高原則；然而主義未經法律化之時，僅有道德之意味，而無必行之保障。主義固爲

今後法制之基礎，而法律則爲推行主義，保障主義之要素。訓政之時，固有總理遺教作循準，然總理遺教，必先使之化成客觀，嚴明具體之法規，始有實施之可能。能具體，則當局者不得以主觀而左右，可以行之而無誤；能嚴明，則當局者不得以私利而逆施，可以行之而無害；能客觀，則反對者亦不得有所藉口與攻擊，可以行之而無阻。尹文子所謂聖人之治獨治，聖法之治無不治，其故亦在此。憲法訂定以後，則黨與民已有公約，而主義亦已爲民衆所接受，已有法律之基礎，已得必行之保障，故曰制憲之功用，首在完成革命之主義，此其一。

二曰促進民權發展

近世政治演進之特徵，爲民權主義之發揚與普及。然民權主義，所賴以發展之原素，厥有二點：一曰民意，一曰法律。此近世政治學家蒲徠斯氏之名論也。^{〔註七〕}吾國談民權主義者，輒奉歐美爲規範，殊不知歐美民權之發展，亦不過近代事耳。百餘年前，其政治之黑暗，皇權之專制，民意之不張，較諸吾國，有過之無不及也！十九世紀以後，立憲運動，風靡各國，法治精神，貫徹上下，民權主義，遂得奔放千里，發揚光大，弼成今日之成績。故民權主義，非得移殖，非可抄襲也。吾人如用客觀之態度，歷史因果之定律，尋解歐美民權主義發展之原因，實不能不歸功於法治精神之發揚。蒲徠斯之論，實有不

可否認之價值也。吾國民族，數千年來，深受專制君皇人治主義之壓迫，民氣沈淪，民意渙散；而民國以來，專制餘孽，軍閥官僚，仍復僭竊權位，無惡不作；法紀蕩然，無可收拾，民意蹂躪，益復不堪。吾人既鑑於數千年來政治之積弊，二十年來民權之失敗，自應根本澈悟，目前制憲之重要。今日之憲法，實爲政府與人民相互間之公約，無論政府與人民，均受憲法之支配。憲法施行以後，政府之權力與行爲，均有嚴格法律的限制，不得任意支配，此一義也。復次，中國憲政，已一再失敗，如仍蹈已往之覆轍，則現代民主國家之建立，永爲空中之樓閣。故目前最大之任務，厥爲促進民權之發展。人民之四權，究應如何訓練，如何運用，如何保障，此爲實現憲政之中心問題，亦爲革命成敗之重要關鍵，此又一義也。故曰制憲之功用，在促進民權之發展，此其二。

三曰建設地方自治。地方分治，爲近世政治演進之特徵。顧地方自治之工作，千頭萬緒，至形繁雜。如訓練四權，上已言之矣。他若調查戶口，測量土地，修築道路，開辦學校，辦理警衛，規定地價，育幼養老，濟貧救災，以及其他地方人民事業，凡此種種，行之非艱，而定之維艱！倘不爲嚴密妥善之規定，必增以後無限之糾紛，即貽以後實施之困難。吾國幅員遼闊，政務紛雜，交通梗阻，民情異趣，中央鞭長莫及，允宜因地制宜。近代各國政治之進