



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

民國史料叢刊

續編
0151

孫燕京 張研 主編

政治·法律法規

從法律之外到法律之內
刑事訴訟法論

大象出版社

民國史料叢刊

續編
0151

孫燕京 張研 主編

政治・法律法規

從法律之外到法律之內
日本刑事訴訟法論



大象出版社

費青著

從法律之外到法律之內

時代評論小叢書敍言

建設民主的中國是艱難而繁重的。要使中國的政治能向人民負責，不但政治機構要改造，人民對於政治的設施還要能積極的參加。人民對於國家建設的問題若沒有意見，民主的政治是沒有基礎的。因之，我們爲了要促進民主的中國，所以願意盡量的啓發，組織和表達人民對於中國建設的意見。這是時代評論社發刊小叢書的目的。

時代評論小叢書將陸續發表我們對於當前中國各種基本問題的意見。我們希望因這些意見的提出能引起讀者的討論和批評，我們願意爲讀者服務，凡是有系統的論文，不論見解和我們合不合，我們都願意編成這種小叢書，介紹給讀者。

編者

一、
二、
三、
四、
五、
六、
七、
八、
九、
十、
十一、
十二、
十三、
十四、
十五、
十六、
十七、
十八、
十九、
二十、
二十一、
二十二、
二十三、
二十四、
二十五、
二十六、
二十七、
二十八、
二十九、
三十、
三十一、
三十二、
三十三、
三十四、
三十五、
三十六、
三十七、
三十八、
三十九、
四十、
四十一、
四十二、
四十三、
四十四、
四十五、
四十六、
四十七、
四十八、
四十九、
五十、
五十一、
五十二、
五十三、
五十四、
五十五、
五十六、
五十七、
五十八、
五十九、
六十、
六十一、
六十二、
六十三、
六十四、
六十五、
六十六、
六十七、
六十八、
六十九、
七十、
七十一、
七十二、
七十三、
七十四、
七十五、
七十六、
七十七、
七十八、
七十九、
八十、
八十一、
八十二、
八十三、
八十四、
八十五、
八十六、
八十七、
八十八、
八十九、
九十、
九十一、
九十二、
九十三、
九十四、
九十五、
九十六、
九十七、
九十八、
九十九、
一百、

「法律之外」和「法律之內」這兩個名辭，是胡岡先生和筆者有一次在討論偵探小說和俠義小說的問題時所提出的。胡先生把那次討論的大意寫成了一篇「偵探和俠義」的短文，發表於時代評論第九期。這裏可先簡述那篇短文的内容，來做本文的楔子。偵探小說是現代英美一般人民間最流行的讀物，它們的翻譯本在中國也已相當流行。可是中國作家却始終未能用中國背景來寫一本偵探小說。反之，在中國一般人民中最流行的讀物是俠義小說。這兩個互相對照的不同事實，實乃發生於同一基本原因。這兩種小說的所以為一般人民所喜

讀，除了它們故事內容的緊張離奇外，是因為它們都能夠滿足一般人民心理上對於公平正義的需求。所不同者，偵探小說乃是從法律之內獲得公平，而俠義小說則是從法律之外獲得公平。於是：偵探小說在現時英美的流行，正表示在現時英美一般人民意識中，公平正義乃存在於法律之內；而俠義小說的在中國流行，以至偵探小說的迄今未能用中國背景來寫，正又表示在迄今中國一般人民的意識中，公平正義祇存在於法律之外，在中國，這個人民意識的形成實已有了很久的歷史。俠義的崇尚，可上溯至專制政制的開始建立。所謂俠義，乃指對於合法政權的一種反抗，而想用法律以外的方法來獲得公平。到了明朝，以政治的極端黑暗與專制，於是俠義小說如水滸等乃普遍流行於民間。這個事實所反映的乃是一個深切和廣汎的人民意識，這意識認為用合法的方法是無從獲得公平的。具體地說：中國人民很久以來對於政府，官吏，以至一切官方制

度，不僅是懷疑，甚至深惡痛疾。抽象地說：在中國人民意識中，法律和正義早已分了家。

在本文裏，我們想從上述的基本論點，作進一步的探討。我們認為：不僅是在人民的意識中，即是在事實上，中國人民的生活，多的是在法律之外，很少是在法律之內。不僅是正義與法律分了家，即是人民的生活亦和法律脫了節。我國現時「紙上的法律」儘管很多，學校裏儘管講授着分門別類的法律，而人民的實際生活却是另外一套。時至今日，世界的大潮已逼着我們不得不步武民主，而民主復與法治相表裏。所謂法治，最廣義地講，就是一種在法律之內的生活方式。於是，我國當前的大問題乃成爲：如何使一向在法律之外的人民生活方式，能進到法律之內？這大問題的解決，乃在先找到爲什麼中國人的生活一向多是在法律之外的真正原因。當然，在找尋這種原因之前，我人更得

詳確說明：什麼叫做「法律之外」和「法律之內」？爲什麼民主與法治相爲表裏？以至到底什麼是法治，什麼是法律？等等基本問題。在本文裏，我們想嘗試解答這些問題。

我們要說明：中國人民的生活，大部分是在法律之外，就得先確定法律的意義。所謂法律，可有種種不同層次的含義，我們先從最起碼的意義說起。依此起碼含義，法律是一種以國家公力為制裁的生活規範。這正是普通人心目中所謂法律。它也是在任何社會已進入了具有政治組織的階段後，從形式上着眼的法律定義。中國，既不能不說是一個國家，或是一個已有政治組織的社會，於是所謂法律便也不得不指此種以國家公力為制裁的生活規範。所謂以國家公力為制裁，便是說：人民若是不依此種規範而生活，國家便會利用公力出來強

制你必得遵守。最淺顯的例便是刑法。人民犯了刑法，國家便會來刑罰你。但與人民生活更有密切關係的還是所謂私法，它是規定人民間私人關係的法律。譬如有人欠了債不還，我們便得請國家出來用公力強制他還。這些道理，是學校裏所讀法律教科書上的天經地義。可是，若是我們看看中國人民的實際生活上是否如此，便會引起我們絕大的失望。國家所從而執行法律，使它對於人民發生效力的機關，最重要的是法院。人民要請求國家保護他們法律上的權利，便是向法院提起訴訟。可是中國人民對於法院，對於訴訟的態度，是怎樣呢？要答覆這問題，我們祇須每個人問問自己，誰還信任了現在的法院？到了今天，法院的黑暗，賄賂的公行，已成了一個任人皆知的公開秘密。法院除了成為政權握有者的工具外，便是一個出賣判決的鋪子。人民既已無從由法院獲得權利的保護，國家既已不是法律的後盾，於是人民間在實際生活的關係上乃是

一個不折不扣的自然狀態，強者可以無惡不作，弱者惟有一任宰割。所以，在現在的中國，紙上的法律，從約法起一直到私法，規定得儘管周密詳盡，即與先進諸國比較，亦無遜色，但這一切，與人民的實際生活是很少發生關係的。這便是人民生活於「法律之外」的第一層意義。

「法治」這口號，在中國不是現在纔開始叫起。從清末的維新變法運動起，已是叫的不祇一次了。站在統治地位的人，始終以我國人民沒有守法的習性，或不夠法治資格，認作法治不成功的原因。國民黨現行的訓政制度，便是這種見解的最具體的表現。統治者可以譴責人民的知識如何不夠，人民不懂得什麼是法律，即使懂了，却又祇想怎樣規避法律。這些事實，我們並非不承認，但問題却還在：造成人民不守法習性的原因究竟是什麼？我們得就法律所具意義，作進一層次的論列，以解答這個問題。上節所舉法律的定義，祇說到

了法律的制裁是出自國家的公力，但並沒有說及這種規範究竟從何而來。在中國人民的心目中，法律乃指由統治者所制定的規範。這種見解的形成，也已有很久了。歷史。韓非子所下法律的定義：『法者，憲令著於官府，刑罰必於民心，賞存乎慎法，而罰加乎姦令者也，』早已深入了人民的意識。甚至我們現在一聽到「法治」這名辭，便立刻會聯想到法家與儒家間關於「法治」與「人治」的爭論。雖我們通常認為在這個爭論中，儒家占了勝利，但所謂「法治」，以至所謂「法律」，則幾千年來，我國人實完全接受了法家所賦與的意義。法家所予法律的意義，若用現在的術語來說，便是「統治者所頒的命令」。刑與賞便是這命令的制裁方法。法家認法律為君主統治人民的一種工具。所以常與「術」和「勢」相並舉。法家所提出的法治問題，乃是如何使這種命令能發生最大效力，能使人民完全服從。所以在命令說的法律定義下，人民祇站在被動

和服從的地位。若是我們打開中國自秦以來的歷史看看，尤其是在北宋以後的幾朝，無論君主們在表面上如何把儒家抬出來做幌子，骨子裏却十足的循奉了法家的主張。儒家對於君主的權力，雖曾想加以道德上的制限，但在法律上則亦不得不承認他的絕對無上的地位。法律既是人君的命令，於是人民對它的服從，乃完全是出於強迫的，不得已的。因此，人民對於法律的深惡痛疾，無時不在想規避，乃是必然的結果。民國成立後的幾十年中，名義上的君主是沒有了，但這幾千年來歷史所造成的人民對於法律的心理，却不是朝夕間所可改變的。何況民國以來的統治者，那個不在效尤着法家的主張，而間接更加强了人民對於法律的仇視？

儒家對於君主的權力，曾設法加以道德上的制限，雖告失敗了，但在另一方面，他們對於人民互相間的關係，另給以法律以外的道德或禮教的規範，却

獲得了成功。這事實足以說明我國舊律內爲什麼多的是刑法或其他公法法規，而很少是私法規定，即使有些，也脫離不了刑罰的制裁。孔子所謂：「聽訟我猶人也，必也使無訟乎？」實不啻對人民說：你們自己間的事還以少經官涉訟爲得，經官涉訟是不會便宜的。於是我國舊有法律，便縮小到公法，尤其是刑法的範圍內。國家與人民間祇有一個統治者對被統治者行使其刑罰權和其他統治權的關係，而並不像在他國，國家常以公力來做人民間互相關係的仲裁者。在羅馬及其後的歐美國家，法律本以私法爲其主要部份，但在我國，這一個主要部份却劃入了道德或禮教的範圍。直到現在，我國人民的生活，除了觸犯刑法和在其他公法關係如賦稅兵役等外，可和官府很少發生干係。外國人常指摘我國法律的民刑不分，殊不知我國的私法本來就不在法律範圍之內。也因此，我國人民的生活，大部份便在法律之外了。

有些人讀了上面二節所講關於法律的制裁和它的制定，一定會覺得我們的立論過於偏頗。他們會說，在我國過去，法律的制裁和制定，雖確都握在統治者手裏，但前者乃是社會進入政治組織階段後所必然，而我們現有的司法黑暗乃是政治未上軌道前暫時的反常現象，我們不該因此而放鬆人民守法的責任。至於法律的由誰制定，則祇是一個形式問題，我們祇須問法律的實質是否合乎公平。至少我國過去和現在所頒布的法律實質上是合乎公平者的多，反乎公平者的少。所以更不能因一時政治上的原因，使法律不能完全生效，便寬宥人民