

抗戰前後的兩種憲法觀

• 許章潤

中國應否立憲？如果立憲，以何種憲法形式出現？西式憲政及其連動而發的治式與治道，與既定的中國人心與人生有無扞格？如何調和？憲政究屬器耶道耶、抑或亦道亦器等等，甲午以後，一直是中國學術思想界的揪心話題。抗戰前後，憲政運動潮湧潮起，與數場政治演出聯袂出台的是數場關於憲政的筆墨官司。錢端升、梁漱溟等先生認為，以當時的中國論，憲政乃不急之務，所謂「中國尚不到有憲政成功的時候」；張佛泉、胡適之與蕭公權等先生則主張憲政隨時可以起步，而不妨於實行憲政中求憲政之進步。本文就此兩種不同的憲政觀，述其大端，論其偏全，反省中國接引異域憲政文化的心路歷程。

憲法為不急之務

作為憲法學家，錢端升對於甲午以後的中國憲政運動，不論臧否，均縈懷在心。亦嘗著〈比較憲法〉，專篇載述清末以還的歷次立憲，平章人物，檢討得失，探究因果。與同時捲涉憲政討論的梁漱溟或張君勱等兼具社會活動家型人士不同，錢先生的思慮與論述濡有濃郁的學院專家味。如同對於一切社會性設置的考察必問其目的何在，錢先生是從辨析立憲或憲政的目的來鋪陳的。在他看來，立憲不外旨在實行民主政治、奉行民權主義及樹立法治局面三端。但問題在於，民主政治的本質良不良很有問題，徑直說，民主政治本身不見得適宜於現代的國家，如為實現民主政治而立憲，則大可不必，而且當時的中國人民也沒有運用民治制度的能力或習慣。舉世滔滔，稱「德先生」乃是解決「中國問題」的救世主，錢先生卻說民主政治的本質究竟良否還有待再認識再檢驗，難怪時論直指其為「法西斯主義學者」。但在錢先生並不是故弄玄虛作驚人語，而是有其思慮與悲情所在。也就是說，錢先生不僅知道「高調的」民主，即以民主為實現道德理想的制度，而且更看到了美洲大陸和晚近歐西發展出的民主的另一義，即民主乃是針對人的有限性而設置的一種「較不壞」的繩範與程序，本身並

在錢端升看來，立憲不外旨在實行民主政治、奉行民權主義及樹立法治局面三端。但問題在於，民主政治的本質良不良很有問題，徑直說，民主政治本身不見得適宜於現代的國家，如為實現民主政治而立憲，則大可不必。難怪時論直指錢為「法西斯主義學者」。

錢端升不僅知道民主為實現道德理想的制度，而且更看到了民主乃是針對人的有限性而設置的一種「較不壞」的繩範與程序，本身並無甚麼崇高的目的。在他看來，「成功的民主憲法皆先有民治而後有憲法，先於民治的憲法皆為失敗的憲法」，猶如置車於馬前而欲車行。

無甚麼崇高的目的。在他眼裏，通常所謂的民治，即民主，其要害處在於下列五端：第一，人民在法律上一律平等，不問事實如何；第二，國家權力有限制，個人保留着一部分自由權；第三，有一代議機關，由人民依平等的原則選出；第四，議會中有兩個以上的政黨存在，互相監督，輪流執政；第五，政府採分權制。而這一切，均要求人民具有實際的參政權利與參政能力，如要奉行民權，先得訓練人民如何行使政權，就孫中山先生所倡導的民權論來看，選舉、罷免、創制和複決為四種主要政權，人民要行使這四權，必須經過假以時日的充分訓練，絕不能有所僥幸，也「決不是一紙憲法所可奏功」；而從立憲國家的成功經驗來看，「成功的民主憲法皆先有民治而後有憲法，先於民治的憲法皆為失敗的憲法」^①。換言之，民治的事實為先，肯認與記載這一事實的法律在後，憲政不過是此一事實與法律兩相結合的成果。職是之故，中國如為奉行民權主義而立憲，則猶如置車於馬前而欲車行。由此，他質問：《中華民國憲法草案》規定的「國民大會的權力俱不能謂小」，但是「誰能保障國民大會能行使憲法所賦予它的權力？誰能保障政府各部分的官吏能遵守憲法及法律？又誰能保障違法者會受適當的制裁？」^②憲法字面的堂皇掩不了實際的困境，而字面與現實間之所以上氣不接下氣，實道出了現實的困境非字紙所能即刻解除，卻又不得不借助字紙以向社會的「上層結構」有所交代，並就社會重組本身有所鋪陳這一尷尬。西方一位政治學家說，某些特定國家的憲法只表明該國存在具有良好憲法學識的人士——可能接受過並滿腹西方的憲法學知識，這就是為甚麼「落後」國家卻可能有一部堂皇的憲法^③。話雖說得刻薄，但個中過來人於此卻未嘗沒有心領神會的苦笑。

如立憲旨在建立法治，而要建立法治，人民先得有制裁違法的當局者的實力，也就是梁漱溟所說的構成憲政所以成立的「勢」^④。要是人民不能行使政權，也沒有制裁的力量，則縱有憲法的名目，民權及民治仍無存身之地，法治亦無落實之徑。法治作為一種現代政治狀態，即對於國家的非人身性、非人格化的民主的法律治理，牽纏即繁，費日亦久，其間技術要素甚眾，非一紙憲法所能畢其功，即非一大而化之的制度性設置就能解決問題。所以，從理論上來講，錢先生認為當時中國如有一部憲法，將政府各組織、職權及彼此間的關係做一扼要的規定，則「公法方面的法治」必較有把握——錢先生將「法治」劃為「公法方面」與「私法方面」兩部分，後者較難實現。但即使如此，也不要寄望過高。法治乃是奔向「新中國」這一奮鬥過程的結果與事實，而此事實非法律規定所能立刻呼喚而來。「令法律遷就事實易，而令事實遵隨法律難。」因此，「如為樹立法治而立憲，……第一須切合現時的國情，第二須簡要，庶幾遵守實行俱無問題」^⑤。「法律貴在實行，不實行的法律愈少，則法律的尊嚴愈少損失。」^⑥「如果有法而不能實行，不被人遵守，則離法治更遠，不如無法。」^⑦與其空言法治，而使人民對法治失信用，毋寧在可能的範圍內，一點一滴逐步推行法治。基於此，錢先生贈言：「腳踏實地，步步前進，為實行法治的第一要着。」^⑧

與當時知識界的「憲法迷」相反，與玩弄憲法於股掌而別有打算的權力中人更是大相逕庭，錢端升作為修業美國的憲法學家卻直認在當時的中國，無論在國民或在執政者，「憲法均是不急之務」。那麼，當務之急是甚麼？在錢端升看來，此可從治與被治兩方面來說。從執政的國民黨而言，其最大最急的任務在

維持國內治安，增進行政效率，發展國民經濟，從而完成國民革命——「三民主義的革命」。「三民主義的革命」成功了，則民治民權諸項盡在其中，憲政自然是順水之舟，不求自來。因此，當政者不要急於「字面憲法」的完成，而應努力於政治經濟的改進。政治經濟的改進，當然包括政治的民主化在內，這一切即為創造事實，立憲云云，不過為此事實的法律形式。在國民一邊，則此時也沒有要求憲法的必要。如果執政者確有「法律的修養」，而人民確有行使民權的能力，則據當時現行約法和其他法律，民權與法治已經有滿意的起點；否則，縱有一紙叫做「憲法」的空文，人民仍是缺乏有效的保護，仍然不能參加政權。如此，則有憲法等於沒憲法，立憲既非輕易實現，則要求憲法也無意義可言。基於此，他得出的結論是，能暫不頒憲最好，如果定要立憲，則也要明白，它只是借用憲法的名義，「簡要，能切合國情，不涉理想，也不誇大」^⑨，而成為國家的組織大綱，如同法國1875年的三個憲法性法律文件。錢先生說：「我總望今之當國者，不急於憲法的完成，而努力於政治及經濟的改進。」^⑩讀者由此可以看出，在錢端升心中，字面憲法——不管它多麼美妙——的頒行並不就是「政治的改進」，當然更不等於「經濟的改進」，欲以憲法的頒行而示國人以政治的進步，僅取憲法對於政權尊嚴的宣示功能這「一瓢飲」，從而賦予制憲者以合法性，在錢端升這裏就通不過，也講不通。

於實行憲政中求憲政之進步

與錢端升具有大致相同的教育背景，並且亦以政治學和憲政理論為治學領域的蕭公權先生，在中國應否立即實行憲政問題上，卻有着截然不同的態度。話得從1937年說起。是年，張佛泉與胡適之相繼在《獨立評論》發表文章，主張即行憲政。張氏在文中舉列了自梁任公至梁漱溟的若干關乎憲政的「錯誤觀點」，並逐一匡謬。梁任公的錯誤在於他先立下一個全民「躬親政治」的理想，認為必先實行開明專制，「牖進國民程度」，才可以談憲政的實行。孫中山先生是第二例，因為他立下了一個人民運用「四權」的理想，所以主張在施行憲政之前，必須先有一個訓政階段，藉此逐步過渡到憲政階段，而使一完整的憲政過程人為地裂為兩截。梁漱溟是第三例，因為梁主張憲政須有政治、經濟和人民的心理習慣等確實的事實為基礎，而凡此事實均為中國所無，因此，「中國此刻尚不到有憲法成功的時候」。張氏認為，這幾種見解的錯誤就在於把憲政看得太死板，把憲政的理想看得太高遠，非用多年的工夫去準備，沒有實行的可能。而實際上，憲政「應是個生活的過程，決不是個死的概念」，「憲政隨時隨地都可以起始」，既用不着訓政，也不是甚麼「此刻尚不到有憲法成功的時候」的問題。適之先生與此相呼應，認為人民的政治能力固有高低，但這並不意味着低程度的人民就不能行憲政，從而也就無須經過甚麼訓政的形式，「我們不妨從幼稚園做起，逐漸升學上去」，達致完善、真正的憲政。張佛泉更具體提出了從具有一定教育程度、從而也就具備一定「政治能力」的少數都市成員起始，經由「選舉」等等技術性措置，「逐漸推廣政權」的「行憲」辦法^⑪。

與當時知識界的「憲法迷」相反，與玩弄憲法於股掌而別有打算的權力中人更是大相逕庭，錢端升作為修業美國的憲法學家卻直認在當時的中國，無論在國民或在執政者，「憲法均是不急之務」。在錢端升看來，當政者不要急於「字面憲法」的完成，而應努力於政治經濟的改進。只要民治民權得以落實，憲政自然是順水之舟，不求自來。

在蕭公權看來，憲政是一種以憲法為核心的政治的生活方式，並不是甚麼「高遠玄虛」的理想，他同意張佛泉與胡適主張隨時可以開始憲政的意見，並指出梁漱溟的錯誤只在於「不知道於實行憲政中求憲政之進步」。而他自己則認為，對中國來說，「除實行憲政外，別無其他訓練憲政能力的方法」。

蕭公權先生自道「對於張胡兩先生隨時可以開始憲政的意見是同情的」，進而認為梁漱溟的錯誤只在於「不知道於實行憲政中求憲政之進步」，而對中國來說，「除實行憲政外，別無其他訓練憲政能力的方法」^⑩。好比孩子學走路，當然只能走起來才學得會，儘管不免磕磕碰碰。在蕭先生看來，憲政是一種以憲法為核心的政治的生活方式，並不是甚麼「高遠玄虛」的理想；另一方面，憲政又確乎是一種理想，在現代憲政國家的憲法中，不乏包含政治理想的諸多實例。因為，「憲，法也；政，治也」；所以，「憲政者法治也」^⑪，即是「民主的法治」^⑫，而法治的完成便也就是憲政的完成^⑬。既然憲政是一種多數同意的政治 (Government by consent)，也是多方議論的政治 (Government by discussion) ^⑭，那麼，在憲政實施之初，與其勵行全民政治，何如照顧國情，實事求是，先側重於法治思想及習慣的養成^⑮。總之，憲政「是一種政治制度，也是一種政治習慣。前者成於法律的創造，後者成於心理的修養。沒有民主的修養，憲政的制度便成為無效的空文」。如願憲政早日成功，「我們應當努力於民主習慣的培養而不可僅僅注意於憲法的公布」^⑯。理想也罷，政治的生活方式也罷，就當時的中國來說，蕭氏主張：第一，憲政可以隨時開始，但比較完美的憲政需要經過相當時日的推廣與進步；第二，由低度憲政到高度憲政的實行過程，在實質上包含一個學習的或教育的過程，而且學習的過程應與實行的過程融為一體，不容分割為先後的段落，不能將「預備憲政」與「實行憲政」打成兩橛，從而也就不應有甚麼「訓政」與「憲政」的階段劃分；第三，憲政既是過程，又是目標，而目標即是過程的一部分。借用胡適之先生的譬喻，他主張由「幼稚園」的憲政「逐漸升學上去」是過程，「大學」的或更高階段的憲政是目標；「從少數有政治能力的人做起」是過程，養成多數人的「民主氣質」以達到「全民」「普選」是目標，而要實現較圓滿的憲政，只有從較幼稚的憲政做起，一步一步走到目標。公權先生並常常引用《大學》中「未有學養子而後嫁者也」為譬喻，反覆申說自己的主張^⑰。

幾點評論

在超逾一個世紀舉國強力整合向「現代化」的長程歷史中，革命也罷，改良也罷，即時行憲政也好，認為憲政乃不急之務也好，實際均是針對中國的憲政之一時不能「真正」實行這一尷尬而發。不管是認為中國彼時的「憲政」是「憲政初步」、「不急之務」，對於憲政名義的「借用」，抑或真正理想的憲政的實現「尚不到成功的時候」，但他們都認同中國最後將以實現真正的憲政為歸宿。蕭公權謂憲政的實現必伴有一個「學習」或「教育」的過程，實是基於對當時中國社會狀況與包括知識階層在內的民眾政治能力的擔憂，因而「學習」或「教育」的內容便主要為民主與法治精神及其行為方式與習慣的養成，此於梁、錢、胡諸位，並無不同。但是，問題在於，此一進路與所有制度性設計一樣，最終還得落實到「事」上，而「事」的選擇與操作，才真正是要害處。就如蕭公權之問胡適之只要「絕大多數的阿斗」，「逢時逢節，來畫個諾，投張票，做個臨時諸葛亮，就行了」，但如果這些阿斗根本不肯到場，或到場後不畫諾、不投票而打人罵人，則

憲政云乎哉？！蕭公權所要中國人「學習」或「教育」的民主與法治精神及其行為方式與習慣的養成，究竟要從何「事」下手？一如錢端升之如何使「當國者」「努力於政治及經濟的改進」，亦終是語焉不詳，而使他們所標舉的憲政不免成為梁漱溟所譏嘲的「請願式的憲政」。而當時的中國「社會構造」中既無「選區」(constituency)這一黃仁宇先生一再申說的所謂「下層結構」的存在，便也就無其利益代言人出現的可能，投票與芸芸眾生有何關係，而被選之人究竟替誰說話，他自身也是做不了主的。在此情形下，欲經由選舉等等而行憲政，實為將中國組織成一個國家的措置，社會與國家兩分的嘗試，代議制度的一環節一方面，在當時的中國雖不得不做，實際上卻確乎無從下手^②。而且，就如梁漱溟所言，即使民主實現「還政於民」，末了出頭來過問政治的，仍不外幾個政黨，在此情形下，則政黨只能為黨自身說話，縱然阿斗們肯點卯畫諾，他們究竟是在為誰點畫呢？這與他們的生計究竟又有何重大關聯而令其「行使」這一「神聖權利」呢？公權先生說：「清潔的選舉不能一蹴而及。『譬如為山，初覆一簣』，能夠實行選舉就是憲政的具體開端。」^③但倘若一開始這「選舉」就是場太過骯髒的政治把戲，而投票人因厭惡不堪而拒絕投票，則究竟是憲政的——借用一句名人名言——「開始的結束」呢？還是「結束的開始」呢？公權先生基於憲政既是一種理想，卻又不是甚麼「高遠玄虛」的、理想的、以憲法為核心的政治生活方式這一看出事物兩面的道理的理念，轉而求「於實行憲政中求憲政之進步」，實在是精辟的話。但是，另一方面，蕭先生等人的線性文化進化模式，無視東西方人生態度的重大差別，欲強擰中國人的人生態度以適應新的治式，將既是「類型」又是「程度」的問題，倉卒間徑直簡化為一元的從「幼稚園」一路升學上到「大學」的程度高低問題，因而，其「於實行憲政中求憲政之進步」，實際乃是「於實行新的治式中求改變中國人的治道」，首先是改變作為基礎的人生態度、行為習慣，這便不免本末倒置了。

清末以後，中國知識界均希望以立憲為起點，通過憲法所構建的制度性設計，自上而下層層落實、強力全面推行，而達成憲政與民主的結果，進而實現救亡圖存、富國強兵、建設「新中國」的「最終目的」，「半部《論語》治天下」遂無形被換喻為「一部憲法治天下」。在抱持此一美好願望並進而付諸實際操作時，他們卻全然忽略了憲政是一個長程奮鬥的終點與結果，而非起點與前提。民國後的十餘年，國人苦惱於「在約法憲政題目下所演紛爭變亂」，「急思調換一條路走」，此既為革命成為時代最強音而取代憲政訴求的民眾心理原因^④，也是經由制度性設計而解決「事實」問題之必敗的表徵。與錢端升一樣，梁漱溟悟然於中國的人生與人心這一「事實」較憲法憲政這一「制度」更為強大有力，憲法之於前者，乃一不折不扣的「外來物」，強加在中國社會這一機體上以為起點來改造這一機體，結果不僅可能失卻憲法的真義，還必然會導致社會本身的巨大的內在衝突與高度緊張。梁漱溟之所以一再申說中國需要憲政與法治，但這一切都需從自家生活中演來，與中國固有文化接上頭，而最切要處乃須顧及眼前現實，從中國社會本身在現有條件及其建設與改善的過程中點滴落實、慢慢生成，蓋有悟於此，而不得不說。而正是在這一點上，當時的大多數中國知識份子不明白，近世西方的民主、法治等等，實是其「理性」、「歷史」與「人」等等關鍵性理念的知識化產物，而這些理念又是他們的生活方式，其中主要是中產階級的生

蕭公權所要中國人「學習」或「教育」的民主與法治精神及其行為方式與習慣的養成，究竟要從何「事」下手？一如錢端升之如何使「當國者」「努力於政治及經濟的改進」，亦終是語焉不詳，而使他們所標舉的憲政不免成為梁漱溟所譏嘲的「請願式的憲政」。

在社會本身尚未成熟到具備民意集團時，希望藉一紙立法而自上而下一時間改變包括億萬人的生活方式和社會，此種法律要麼是「必犯之法」，徒然造成社會的巨大緊張，而最終被社會生活所否定；要麼是「必死之法」，變成與所寄身的社會無關痛癢的「外來物」，而從頒行之日起就已經自己將自己放逐。

活方式的自然結果。微觀言之，在立法機制本身並不足具收集和表達並技術性地處理(如妥協的達成、故意的模稜兩可的措辭)民意而使其表現為較為成熟的法意時，在社會本身尚未成熟到具備足將一個個具體民意整合成為集團民意而形成利益——民意集團時，希望藉一紙立法而自上而下一時間改變包括億萬人的生活方式在內、作為既定事實存在的社會本身，此種法律要麼是「必犯之法」，徒然造成社會的巨大緊張，而最終被社會生活所否定；要麼是「必死之法」，變成與所寄身的社會無關痛癢的「外來物」，起不到連接社會上層結構與底層結構而成「法制」的效用，而從頒行之日起就已經自己將自己放逐。從純粹法律社會學的立場來看，一個近乎嚴酷的公律是：立法者希望經由立法來創制事實，而不只是表述事實，也不承認自己本身亦為事實，而事實證明，事實——一定社會歷史條件下的民眾的生活方式，這個族群的人生與人心——總是較立法更深厚、更具生命力，最終使立法無效。蕭公權先生晚年慨言：「民主不能隨叫隨到，即使最有決心的改革派與革命派也難立致。如歷史可提供線索，建立民主的捷徑，除了良好的環境與領袖外，要有許多像1775年在美國殖民地爭取自治的、普里斯頓隊長(Captain Preston)一樣的農民，雖然他們從未聽到哈林頓、薛地尼、洛克等人所倡導的『自由的真諦』。」²⁰只要將這話中的「民主」換為「憲政」，同樣適用於此刻的論題。

註釋

- ①⑤⑥⑦⑨ 錢端升：〈評立憲運動及憲草修正案〉，原載《東方雜誌》，第31卷第19號，重印於《錢端升學術論著自選集》(北京：北京師範大學出版社，1991)，頁460-61；462；468；462；463。
- ②⑩ 錢端升：〈評中華民國憲法草案〉，原載《東方雜誌》，第31卷第21號，重印於註①書，頁478；486。
- ③ William S. Stokes, *Latin American Politics* (New York: Crowell Co., 1959), 457.
- ④ 詳梁漱溟：〈憲政建築在甚麼上面〉，載《梁漱溟全集》，卷6(濟南：山東人民出版社，1993)，頁463-68；〈由當前憲法問題談到今後黨派合作〉，同上；並參詳拙文：〈憲法與帳單〉，《讀書》(北京)，1998年第3期，頁102-107。
- ⑧ 錢端升：〈政治活動應制度化〉，寫於1935年，收註①書，頁500。
- ⑪⑫⑬⑭⑮ 以上有關張佛泉和胡適的論述，轉引自蕭公權：〈憲政的條件〉，原載《獨立評論》，第238號(1937年6月13日)，現收氏著：《憲政與民主》(台北：聯經出版事業公司，1982)，頁22-26；24、26；26；26；23-26。
- ⑯ 蕭公權：〈憲政卑論〉，作於1943年，同註①書，頁31。
- ⑰ 蕭公權：〈怎樣研究憲草〉，原載1944年2月6日《燕京新聞》，同註①書，頁42。
- ⑱ 蕭公權：〈憲政實施後之中央政制〉，原載1944年1月1日《三民主義半月刊》，同註①書，頁35。
- ⑲ 蕭公權：〈憲政二疑及其答覆〉，原載1944年11月12日成都《星期週報》，同註①書，頁50-51。
- ⑳ 詳參黃仁宇：《中國大歷史》(台北：聯經出版事業公司，1993)，頁131。
- ㉑ 蕭公權：〈低調談選舉〉，原作於1946年，同註①書，頁108。
- ㉒ 梁漱溟：〈中國政治問題研究〉，同註④書，頁771。
- ㉓ 蕭公權著，汪榮祖譯：《近代中國與新世界——康有為變法與大同思想研究》(南京：江蘇人民出版社，1997)，頁227。