

45
時代評論小叢書

吳之椿著

法治与民治

生活書店發行

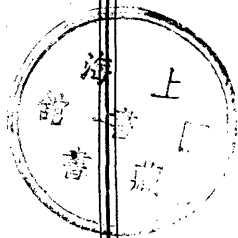


時代評論小叢書

法治與民治

著作者：吳之椿

生活書店發行



上海圖書館藏書



A541 212 0006 9698B

治 民 興 治 法

著 者
編 者
發 行 人
發 行 者

吳 之 椿
潘 光 旦 費 孝 通
吳 晗 費 孝 通
王 康
徐 伯 昕
生 活 書 店
上 海 · 重 慶

版 權 所 有 ★ 不 准 翻 印

中 華 民 國 三 十 五 年 十 月 初 版

[70] S. 1-2000

時行評論小叢書敘言

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，不論見解和我們不合，我們都願意編成這種小叢書，介紹給讀者。

編者

一 法治問題的說明

在本文的篇幅中，我不免要敘述中國法治問題的經過，困難與展望。但本文的主旨，却在說明法治是法治的基礎，無民治即無以言法治。在近代世界中，別國過去的經驗是如此，中國將來的發展，自亦不能有例外。老實說，這問題在過去的遭遇，甚屬不幸。過去對此問題的討論，無論是政府的文告，或報紙的評論，其中絕大的部份，只是一些八股式的文章。多年以來，國人對此問題幾乎不斷的在討論。若將過去的工作，綜合計算起來，數量之大，費時費力之多，是可驚人的。然而法治在中國社會上，始終難有一些進步，這原因在

那裏？就觀念與思想說，法治對大多數比較有知識的人，始終只是一個籠統的名詞，且不談一般的民衆了。我今寫這篇文章，無意於在諸般文獻之外，錦上添花；但願大家讓此舊問題，多多接觸新鮮空氣。

以下的幾種人，對法治問題，皆有話說。一是政府，二是律師，三是學者，四是人民。他們何以皆有話說，可以簡略解釋一下。首先談到政府與法律，從正面看，其間似有最明顯而自然的關係。政府統轄指揮一國之事，大之如軍事外交，小之如警察治安，皆離不開以法律爲根據。但政府機構的本身，不能做這些事，必有待於構成政府的人，就是大小文武百官，自元首以至於士兵，也就是行政各部門與各系統的官吏。這些人爲使國家之工作，得以順利進行，纔從事執行法律使之實現而生效。在國事的每一階段與每一角落，政府與法律的關係，皆是政府的人與法律的關係。最後言之，這只是官吏與法律的

關係。在此處先行提出此點，因為這是今日法治問題的一大關鍵。其次談到律師與法律，包括法官與其他司法官吏，這與兵家談兵，農家談農一樣的順理成章。律師是知法的專家，本着專業化與社會分工的原理，在社會上有一分不可少的功能。他們幫助人民知法守法；我們在報紙上常看見，『某某律師受任某某為法律顧問，如有侵害其法益情事，當依法有保護之責，』就是這個意思。以常情而論，他們這一業的發達，應該象徵社會的進步。但他們對法治的關係，並不如此的簡單。律師與法官之對於法律，只問現在確是怎樣，而不問法律應該怎樣，以及為甚麼應該怎樣。這一類的問題。屬於學者的範圍，包括在一部博大精深的法理學裏面。在表面上看起來，法治只是屬於當前的現實人生，用不着從遙遠的地方深奧或抽象的理論上去推求。但仔細一想，法究竟是甚麼東西，法之何以有效，就不是簡單膚淺的問題。這些問題的解答，有待於

豐富的學問，精密的思想方法，並且這解答也隨着學術之進步而日有不同。所以學者對於法律的理論，雖然不必與當前的法治問題，發生直接的影響，但其關係都是最重要而基本的。最後談到人民與法律，其間實是最平凡的關係，整個社會的人，以及每人的生活無時不受法律的支配。我們的衣食，行止，交易，婚喪，產業，遺囑，那一件不是受着法律的管轄。有社會必有法律；社會組織與法律是分不開的。社會裏面的人，大體言之，是想安居樂業。他們安分守法，纔能享受安居樂業的生活。法治是守法之治，這與人民一般生活的目的，相輔相成而不衝突。就一般人民說，他們利於守法合法，而不利於違法犯法。從人民的觀點而言法治，在正面幾乎沒有甚麼文章，因為法治正是他們所要求的東西。綜合以上幾種人與法律的關係，顯然皆有守法的需要。這共同的需要，未必就保證能以造成法治的社會。但今日社會之未完全淪於崩潰或回返

到原始時代，未始不是無形中，大家對於此一共同需要，還有幾分共同的感覺。以上所說，還只是一些指示問題範圍的敘述，並未談到法治問題的核心。

以上的幾種人，雖於無形中對法律感覺有共同的需要，但對法治的說法，却大有差異。這差異的起源，最主要的原因，由於各人地位之不同。由廣義言之，這也可以說是起於職業觀點的差異，但不能嚴密的一概而論。官吏與律師的觀點，是最顯然的職業觀點。學者的話就不能純粹的職業上去判斷；人民雖包括各種職業，但其以謀生與安生爲目的，都是大家之所同。歷史的傳統，社會的環境，對此差異加以渲染，使之更加複雜。差異的演進使若干類別的人，對法治的印象與觀念，立於反對的地位，而無可調和，官吏與人民的法治觀念就是如此。其他律師與人民之間，或學者與律師之間，法治的觀念，也不一致，有時且相去甚遠。在今日而言法治，不能單就設想中的社會情形，加以虛

構。法治也是現實社會中的現實問題，從虛構揣想中所得的法治觀念，不是法治的真象。更重要的，每遇討論這一類問題的時候，我們應該詢問，這是那一家之言。其所取的立場，是從甚麼方向而來。纔能明瞭每家之言，在法治真象中，佔有同等的地位。學者之言，如空谷之音，悠然意遠，但對現實社會難生速效。律師之言，徧重現實，趨於維持現狀。政府與官吏之言，能發生直接的利害關係，但亦往往最不切合法治的真象。人民之言，在中國至今仍只是微弱無力的呼聲而已。

對法治的觀念，撇開抽象的討論而就實際生活立言，在上述四大類別的人中，律師與學者是立於相對的地位；官吏與人民是立於相反的地位。所謂相對，是猶理想與現實之比；所謂相反是官吏責人民守法，人民責官吏守法，其間無可調和。這並非說律師之中絕無學者，或凡屬官吏盡皆違法，但大體言

之，照學者看，法治不僅是維持現狀；照人民看，法治的關鍵在於官吏守法。相對的差異，不同於相反的對立，而且有時可收互相攻錯之效，可以先行一言。律師與學者對法的觀念，有一大不同，在於法律的範圍。律師的法的範圍，是現行法，也就是有條文的法。他們拘泥條文，株守前例，雖致失掉法律之目的，違反公道之精神，也在所不惜。如要在律師中，求其顧到社會事實，對法能盡其斟酌的權衡的功用，真是十分稀少。所以在如美國這樣文明的國家中，在二十世紀之初年，法院中向有以禁止童工爲違反憲法的判決。照例律師與司法界是極其守舊的，尤其是在古老文化的國家中。英國是被認爲法治先進的國家；但英國的學者早已認清英國律師與司法界的頑固，引爲深病。拉斯基在『蘇聯的法律與公道』一本小冊中，比較英蘇司法異同，有這樣的一句話：『我相信的確在許多方面，蘇聯的司法制度，比英國的習慣法制度，更能在實

際上使法律與公道發生關聯。』以下的幾件事，是他所提出來，而用作比較的根據。英國重判例法而蘇聯無之。英國重證據法而蘇聯無之。英國行陪審制而蘇聯無之。專門的律師在英國極重要而在蘇聯遠不如。在英國訴訟要費錢，而在蘇聯財富對訴訟不重要。蘇聯司法界重研究而英國司法界缺少研究精神。總之，英國的司法使人民感覺到，法是在他們以外而與他們處於對立的地位。所以我提出這一段議論，尚非在比較英蘇司法制度，而在指出一點：任何司法制度的本身，單獨的並不能保證法治或其他之治。這些事項中的幾件，如陪審制，證據法，在英美等國家皆被視為神聖不可侵犯的制度。但這些並不能保證司法制度之不與社會脫節而退化為極端保守的勢力。英美等法治發達的國家，尚且如此；其他司法制度落後的國家，更不用說了。在落後的法律制度的社會中，如要以司法為發展法治的大道，其情之難，應可想見。英國既以法治著

名，何以司法制度長保頑固守舊的情形。英國的社會，現正進入改革的時期。司法制度的頑固守舊成份，將被淘汰。英國法治的含義，亦正在改變之中。今日的英國法治，已非三五十年以前的法治。關於此點，留在下面說明。

律師與司法界何以趨於守舊與落後，其原因也可得而解釋。人生本來是博大複雜，社會更是不停的在變動之中，任何詳細週密的條文，絕不能包括全部的人生經驗，更不能對變動不息的社會環境，列舉無遺。要了解一國的情形，不懂得其法律，固然不可；而僅限於注意法律，亦不能透澈明瞭。法理學者的觀點，與此截然不同。照學者看，法律不僅是條文，亦應顧及社會狀況，文化情形，人道觀念，哲學思想。合乎這個標準者謂之法，否則雖具條文亦不合。在社會變動劇烈的時候，往往也就是法理思想變動最大的時候。所謂法理學，必在求得法之理，以領導社會的改革。僅僅玩弄政術不得謂之法家。在西

方法理學，是一門極其深奧的學問。在法理學所討論的問題中，何謂之法？法何以有效？皆是大問題亦皆與法治有密切的關係。近人德儒史他姆來在其所著『公道的理論』一書中，曾予解說『法是意志之一種，涉及別人，自有力量，而不可侵犯』。這解說的若干部份，很不易懂，是由他自有立場推演而來，但可以淺近的取譬來說，所謂意志之一種，因為涉及人事，而一切人事必涉及意志。所謂涉及別人，是與道德之僅及修己有別，亦係涉及人我之關係。所謂自有力量的含義更重要了。近代法律學的一大優點，在以尊重個人人格為出發點；法律必須尊重個人的人格，而不以個人為工具。這一點是民治國家的法律與專制國家的法律之大分野。在民治國家中，在尊重人格的立場上，法律即自由。在專制國家中，在否認人格的立場上，纔演成自由即法律，亦即枷鎖。這一分野極重要，是民治法律與專制法律基本的不同。法律自有權力，不待外

求，政府頒佈的法律，不必即是法律；言其權力不待外求，更不假政府的權力。政府的權力亦不必即是法律的權力。因此，我們談政治，有一重要問題，就是所謂法治，是民治式的法治，或專制式的法治。照學者的觀點看，專制式的法治，根本不合法，不得謂之法治。政府所定的現行法，必須與法不悖，始得謂之合法。而後始能生效，如果政府所制定的條文規則，只是以人民爲芻狗，那就根本不是法，也談不到合法。以此爲根據而發號施令，當然更談不到法治了。所謂不可侵犯，是任何人皆不得而侵犯之，政府與官吏亦非例外。能侵犯者，皆不得謂之法。法治所牽涉的方面甚多，但法治的第一問題是何種性質的法治，係民治之法，抑係專制之法？近代西方法理學的派別太多，也有側重形式近於律師觀點的。大體言之，律師觀點之興盛，只是在社會靜止的時候。一到社會變動，或引起文化變動的大時代，必於新的法理學出來，以膺這

個使命。二十世紀以來的西方，就有這個新形勢。

本來律師觀點與學者觀點的官司，在西方打了一千餘年，而近百餘年來最熱鬧。我們約略提到這一點，對於法理學者所說的話，未盡百一，那也無關宏旨。我們引出這一段文章，主要的目的，是在說明一點。社會是在不停的變動，時代是在不斷的進步；我們對於法治，也同樣的不可以抱殘守缺的態度來觀察。法治雖然在表面上，只是守法之治；但法治的含義與內容，也是隨着時代的不同而可有很大的差別。這一點對中國極關重要。法治這名稱被提出，在中國已有多年。我們很容易得着一種印象，以為今日所提倡的法治，還是與多年以前的一樣，有同一的內容與同一的對象。世界的文化，在近一百年以來，有很多的變動。尤其在近四五十年以來，變動特別的快。這個情形，只須將兩次世界大戰的時代，加以比較，便可以知道。我們當前的時代更是一個劇烈變

動的時代。其實這種現象在今天，大家已經感覺到很清楚。問題之在如何的適應這樣的變動。在生活的各方面，我們必須適應這變動，決無可以倖免之理。因為不能適應的，必然是歸於淘汰。在法律方面，我們自然也須適應這變動。比較具體的說，法治是保障人權。但人權的內容是甚麼，就必然的是隨着時代而不同了。假如私產權是人權，應受法律的保護。但在今天，如果私產所建的房屋有礙別人的安全或者所辦的工廠有妨公共的衛生，遺產權的行使，便不能受保護而應受限制了。自然，這文化的劇變，不能立時對中國廣大古老的社會，發生很大的影響。古老的中國社會，在甚多的方面，仍然是生息於舊日的傳統空氣之中，但亦慢慢的在步履維艱，蹣跚的前進着。對此世界文化劇變大洪流的力量，中國幾無力抗拒的。所以在新的法治的觀念中，纔有若干方面與中國的現社會，不能立刻或很快的發生接觸，因為中國的社會尙未變到具有

現代文化的形態。然而在今日討論法治，而撇開因近代文化變動對法治內容可能產生的影響，必然使人對近代法治的真象，得着一個極不完全的印象。所以我們今天談法治，第二問題應當注意的，是甚麼時代或甚麼內容的法治？

現在談到政府與人民在法治問題上對立的真象，也就是官吏與人民之對立，這是值得反覆申明的要點。在日常生活中，政府有守法之循吏，人民有違法的暴徒，這些僅是枝節。就此問題在歷史上發展的大脈絡而言，法治是人民要求政府或其官吏守法。就歷史而言，這是法治的定義。所謂法治史，就是人民爭取官吏守法的奮鬥史，也就是民治戰勝專制的歷史。但民治之終於戰勝專制，都經過若干階段，也是比較屬於近代的。就政府的功能來說，人民終於在爭取官吏守法上，獲得勝利，這是側重在馴服政府的行政權，使之守法。以下的幾件事，使政府之於法治，雖然在名義上是與人民居於平等的地位，但在實

實際上却是居於特殊的地位。其一，政府是有權力的，象徵政府權力的東西，就是其海陸空軍及其警察。政府的軍警是貫徹法令的工具，也就是強迫的使法律得以生效。此外，政府往往有若干特殊而在法外的組織與人員，但範圍的大小，以及是對內或對外，亦每有不同。特務或偵探，甚或在若干的國家之內，有所謂政治警察之設立，是皆於原有的軍警之外，而另行組織的武力。特別法是法外之法，特別法庭是法外的法庭，特務人員是法外的人員，這些皆是政府的爪牙，而為法治所不容。法院與司法機關，所以持社會之平；中國人稱司法為邦之司直，外國人將天秤象徵公道。在事實上這些機關，也就是變成了政府執行行政令的工具，或純然是工具。但這些還可以說是正常的工具。此外，還有特別法庭，甚至特務法庭，是祕密的生殺機關。歷來專制帝王皆有這一套把戲，也往往利用這一套特別法庭，以控制正常的政府機關，並箝制一般的人民。

這一次盟軍統帥在日本所釋放的大小政治犯，據說有三十萬人之多，多半是經特別法庭與特務機關所逮捕而永久繫獄的人。明朝的廠衛以及東廠西廠，皆是使人戰慄的特別法庭。與這些特別組織相輔而行的，又有法律系統以外的特別法。近代國家的軍事法與軍事法庭，如用到軍事人員以外，也是變相的特別法與特別法庭。在國家之內的各團體，只有政府有這樣的武力；所以別的團體，除公然變叛外，只有聽任宰割。使用這種武力的是政府，也正是政府的官吏，自元首以至於士兵。這些人正是國家行政權之所寄托。但一切權力，對於使用的人，皆有麻醉性，而趨於濫用與誤用。法治就是要防止行政權之濫用與誤用。行政權是一匹猛獸，法治就是要使之馴服。中國有一句名言曰『苛政猛於虎』，正是描寫行政人員的兇暴。這是中國法治呼聲的起點，也是一切專制社會的通病。

其二。政府是處於特殊便利地位的，也就是說，政府的官吏，比之一切人民，是處於這樣的地位。這一地位也因政府所轄事務範圍之擴大，而日益增加。譬如說，當日的政府是政減刑輕。十八世紀的末年斯密亞當舉治安軍事外交為政府之事務。其實在封建成半封建的農業社會中，政府的事務也不過是這樣幾種。在這幾門事務中，政府的官吏，或則是幕中之人物，或則是近水之樓台，就能利用這地位以便利私圖。現在政府所轄的事務，範圍比昔日增加不知若干倍，例如經濟金融交通工礦醫藥教育等等門類，此所皆屬前未有。昔日官吏舞弊的機會少，今日官吏舞弊的機會多。但在已經進步到現代文化的國家內，今日的官吏，不必比以前更貪污，而大率比以前的吏治更清潔而更有實效。要達到這個目的，就不是簡單的事，除非是全部行政能夠近代化，就很難有近代的吏治。在這近代化的程序中，所涉及的條件不只一端。有效的技術，與有效

的人事行政與組織，固屬決不可少，但官吏必須具備近代的頭腦與近代的社會責任心，尤屬必要，更重要的，是納官吏於法治，要他們都守法，並在違法的時候使他們負有效的責任。要求官吏的守法，人民同具此心；但實際上要做到這一點，是一件極不容易的事。僅僅對官吏通過一些整頓官常的條文，或頒佈一些肅清吏治的文告，去獎勵和叮囑他們守法，其效力是等於零。必須使法律的程序，能以有效的對他們實施，更必須社會對官吏予以永恆不斷的監督，纔能夠產生有效的近代吏治。官吏犯法，應當逮捕審訊或處刑的，不應當比對一般人民更爲困難或更受政府與特殊勢力的蔭庇。在舊社會中，要做到這一層，已是難於登天。至於談到監督官吏，固然若干的監察或懲戒組織，勢所難免。但在近代的社會中，對政府及其官吏，能作有效的監督的，首先是言論自由與基於言論自由的新聞事業。這在近代已是天經地義，可以在任何國家獲得證

明。凡不能具備言論自由的國家，決無希望可以得到一個普遍清廉而有效的吏治。根據以上的觀察，我們可以想像到，在落後的社會中，官吏的貪污與違法，必然成爲行政中的常例，層見疊出，無有寧日。這些落後的國家，也就是由舊文化進入新文化，而在過程中掙扎的國家。其所遇之諸般困難，不難想像，吏治只是其中嚴重的一端而已。官吏本是容易得着舞弊的機會，而在此新舊社會組織尙未融合，一切尙在動盪不定的情形之下，官吏更有肆行無忌的良好環境。這種情形，我們現時的中國人民，最能體會清楚。只看我們抗戰時期，國家官吏對有關生死勝敗的諸般政令，加以積極的破壞或消極的敵視，便可以知道。在中國社會中，大小官吏不守法的現象，如此普遍，值得痛心但不灰心。我們應知正確的補救之道，不可徒托空言。空談法治是無濟於事的。

其三，政府的官吏往往構成一種特殊階級，也往往以特殊階級的利益，犧

牲社會大眾的利益。在現時經濟制度之下，政治上的實權，往往是執在資產階級的手中。在無形之中，資產階級左右國家的大政方針與法律實質。這影響雖使大政方針法律實質完全破壞國家的利益違反全民的公意，亦非罕見。舉一例說，近代的憲法，對於國民生計多有列入。即久爲人所詬病的五五憲草，亦有這樣的規定。該草案的國民經濟章第一二一條有云：『國家對於私人之財富及私營事業，認爲有妨國民生計之均衡發展時，得依法節制之。』第一一六條：『中華民國之經濟制度，以民生主義爲基礎，以謀國民生計之均足。』這些理想且不提，但保障人民生計與社會安寧，是任何政府最低限度的責任。不幸抗戰期間，因政府決定堅定的經濟政策與通貨膨脹之故，演成中國歷史上前所未有的嚴重現象。三十三年五月楊西孟等五教授對於這現象，除軍事等方面外，曾作下列的若干評語：『就對分配的影響說，財富更進一步的集中到富裕階級手

裏，而富裕階級以外的人民，差不多一律淪爲赤貧，」『就對吏治影響說，近年在物價劇烈高動之下，政治機構，稅務機構，及公營事業均日趨腐敗。……』；『就對社會的影響說，近年來財富分配日益違反正義，富者愈富，貧者愈貧，危害國家利益的人愈加得勢，而從軍壯丁與公教人員的生活，也愈加困難。在這種情形之下，物價騰漲對於社會所發生的反淘汰作用，實係變本加厲……』。以上所引的評語，不能更嚴重了。昔者斯賓塞所說，生存競爭，最適者勝。在上述的情況之下，政府的措施，使整個社會中，除貪官污吏富商巨賈，流氓宵小，土匪盜賊以外，一概歸於日就漸滅的境地，國家還像甚麼樣子。就狹義的法律條文而言，政府及其官吏，儘管沒有一字違法。但就法律的目的，社會的公道而言，無論在積極負責與消極止弊方面說，政府已經是極度的違法。就法治的意義而言，這是最大的違法。或有人說，像這樣的事情，究

竟是少數，只是戰爭時代不可免的現象。但在平時來說，在一般的國家內，政府的立法，尤其是財政關稅以及其他金融政策，最容易對國內的各階級，發生畸輕畸重的弊病。一般的法律每每發生對各階級不公平的選擇影響，這也大違法治的原意。

自然，在落後的國家中，將歷史上一切的污點，與社會上一切的罪惡，都加在政府的身上，不是公平的看法，這一層並非為政府的地位，作任何的開脫，而是對政府的責任，加重的予以點清。在一般的情形之下，政府有責任為全國的事務，慎選賢能；在針對落後社會所賦予的環境，政府更應加重選擇賢能的注意。但任何賢良有為的政府，皆非歷史傳統與社會惰性的敵手，所以希望政府本身促成法治，真是南轅北轍，背道而馳。以上所述三點，對任何社會，皆是有甚大的威脅。在這些社會情形之下，人民與官吏對法治的觀念，必

然是完全相反。政府所提倡的，是人人守法的公式。但在此公式下生活的實際情形，是人民守法，官吏違法。從人民的觀點看，法治在歷史上，大別之有兩個階段。在封建時期內，人民的法治觀念，是消極的，就是要求政府干涉人民的事，愈少愈好，官吏隔人民愈遠愈佳。這自然一部份是由於當時一般的社會情形，確有政減刑輕的意味。另一部份的理由，是人民對政府與官吏，完全是消極的態度，既不信任，更懷畏懼。所以中國人民不敢見官，亦不敢輕於上衙門打官司。在這時候，最好的政府是管事最少的政府。在中國的社會中，這種情形一直到現在，依然存在於廣大的人民心理中。這自然是歷史遺傳下來的流毒，廓清起來，殊非易事。在西方社會中，直到後來人民在政治上抬頭，民主義逐漸興起之後，纔對於上述的三大流弊，開始設法加以廓清，而人民纔敢要求官吏守法。在法治的完全含義中，一個政府的合法，必須盡到兩種責任。

其一應做依法所應做的事，其二不做依法所不可做的事。如果這兩方面皆有缺陷，政府皆爲失職，應負法律上的責任，亦皆爲違法。今日在西方先進的國家中，多已做到第二件事，也多正在努力於做第一件事。在落後的國家中，第二件工作，尙未開始，更談不上第一件工作了。綜合以上官吏與人民對法治不同的觀點，法治應該注意的第三個問題，是何人守法的法治，係官吏抑係人民？

二 中國法治的困難

在中國的社會環境中，欲行法治，其大小困難，何止千萬。但約而言之，計有三端。一是法律與社會的距離；二是官權至上的傳統，三是社會條件之不具備。法治的困難，儘管形形色色，但歸納起來，總不外這三種因素交相爲生所產生。第一種是文化的，也是最根本的。第二種是歷史的，也是最深刻的。第三種是社會的也是最普通的。這三種病根，交互影響，推波助浪，因而演成我們在中國社會中所常見的紊亂腐敗的狀態。這種現象，大而言之，是政治大局之長期失調，顯出此一社會，雖有政治之常誠而無政治之重心。若依法而

治，首先的是政治上的各種勢力，皆已獲得共同遵守的法度，而共同信守不渝。今中國的近代史，長久的時間，處於內部不安的狀態中，其間原因至不簡單，亦即表示國家的大法未立，而各方無法可守。簡言之，是中國缺乏國是。政治勢力之不守法，國家法治更無從說起。小而言之，一般法吏風紀墮落，貪污以及蹂躪人權之事，層見疊出，下至於自私自利因循敷衍，行政實效，異常低落。這些毛病，雖然比之政綱不立，已屬毫末，亦為法治不行之徵象。故在今日言法治，而欲明其真象，首先應撇去若干舊日之成見，尤其不應對此問題的觀察返於簡單化。這是一個涉及整個社會生活的問題，而不僅是局部的，或行政的，或司法的問題。

其一，法律與社會的距離，這是談中國法律的人首先須要注意之處。自憲法以至民刑法，以及工商法等等的全部的新法律，如欲加以研究，誠有許多方

面應當顧及。但撇開法與社會距離之觀點，便甚難瞭解其現狀。此一觀點，須略加說明。中國努力於法的改革，說起來已有七八十年的歷史。由歷次的制憲以及法律的修訂更改，其文獻亦可謂豐富，工作亦可謂辛苦，若干年前即已有人提出『變法維新』的口號，大家對於此一口號，認為是正確而從未深究其意義。直到今天我們纔比較的能夠了解這一句話，實在含有深刻的意義。在這一句話裏『變法』是手段，『維新』是目的；變法乃所以求得維新。經過數十年的慘淡光陰，中國制法的工作甚多，中國變法的成就甚少，而中國維新的成績，至今天仍是相當的微小。大體言之，中國的社會，仍是農業國家的舊社會，中國的法律乃是做照工業國家的新法律，因以構成法律與社會在中國的距離。關於此點，我可以簡單的引出蔡樞衡先生的話，見於他的近著『中國法律的批判』：

『三十年來的中國法制現象，雖然應該是高度工商業社會秩序和工商業的政治

政策或目的結合的表現，但是中國國民自今還沒有自傳統的社會束縛中解放出來。傳統的官權至高原則，也還沒有澈底推翻。貨幣制度的統一只是近年的事實。苛捐雜稅的存在，還是普通的現象。民族工商業還幼稚得難以形容。產業革命離完成的時候還很遠，換句話說，中國歷史上還不曾有過普通澈底推行自由主義和個人主義和產業資本主義的事實。憲政或法治至今還是當作運動目標的理想。……職業和社會層間的團體意識，還只在萌芽時代，既不深刻也不普遍。從這幾點看，中國法律的現象和法律應有的本質，顯然沒有因果關係。』中國社會與法律間，存着甚為遙遠的距離。對此，凡曾留心體察實況的人，當可認此評語不為苛刻。寄以太息，誠屬無益。問題是能從此中，獲得甚麼推論與組織。依我們看，有兩點推論，一好一壞，值得留心。

就好的方面說，這距離係屬人爲之差，用以牽制社會，使之向前，順着法

律所指示的方向，以求社會之革新。法或者跟在社會後面，或者站在社會前面，這兩種偏差，勢所難免。法如能緊隨着社會之後，亦步亦趨，可使施行比較順利。法如落後過遠，必不能當法之用，而反足以爲社會進步之累。法如站在社會前面，這正是法理學家對社會所能有的重要貢獻。但如相距太遠，必致與社會完全脫節，亦並不能保證社會將隨法而前進。若干人或者有一幻想，以爲政府既然制法，必能力促其實現。此一幻想，甚爲危險。政府可以制法，但政府極少力量能保證法之有效施行，能保證的力量，乃是社會所具的諸般條件。再就壞的方面說，法與社會間的距離，既因太遠而使二者脫節，必致使社會無所適從。在此情況之下，社會在各方面的法，雖已具有法的條文，事實上並無法之存在。法且不存，更何從談起合法與守法，亦更何從談起法治。我們且仔細想想，中國製憲已數十年，全部文獻累積甚多，但實際上與社會實際無關，

而中國至今並無憲政。原因固然是不簡單，但就本文之觀點而言，憲法與憲政

的事實分解不開，中國之無憲法，正因中國之無憲政。我們不能倒因為果，以為中國一有憲法便會有憲政。憲政之成功，不賴憲法，而有賴於社會的諸般條件。由法律以至於凡百庶政，中國這幾年的經驗，從抗戰時代以至於初步的復員時間，皆已充分證明這一點。中國之希望在於維新。中國的困難亦在於維新。抗戰期間的物價是新政，所以一敗塗地者，雖有法而不能守。戰時及復員初期的工業之一蹶不振，仍因新政。中國在新政上，無論就那一方面說，是用力多而成功少，我們對於此種經驗，應該知所警惕。新政之成功，繫於新的知識，新的習慣，新的合作精神三者，皆須在民間深刻而普遍化。這就有待於社會的諸般條件，非政府或官吏所能為力，三者普遍而深刻化增加一分，新政成功的保證也多一分，法治也不能是例外。就這一觀點講，中國之維新是對的，

僅恃變法來維新是錯的；加緊注意培養維新所必需的社會條件，維新纔有成功的希望。西方國家中有變法維新而成功者，如十九世紀初年邊沁之於英國。但中國法律與社會距離之遠，恐在任何國家的歷史中，尋不出前例。此中原因正因為中國的遭遇，是文化的。中國近數十年所以長久掙扎在革命的空氣中，而少有成就，其原因在此。

其二，官權至高的傳統，是中國歷史遺留下來的毒素。蔓延到社會組織的各部，使全體皆呈中毒之象。中國社會之不健全，這是重要的原因。官吏之魚肉人民，官吏之橫征暴斂，官吏之非刑殺戮，官吏之舞文亂法，這在中國的社會中已是常見的現象。這些在中國被認為是無足怪異；被懲治者固有，未揭發者更多。凡屬中國人民，無不知官之可畏，這自然是數千年來專制之餘毒，至今未能清除，可以撇開不提。中國有官治無吏治，更談不上法治，官權毒素對

中國社會最大的危害，是以官爲一切的掠奪。中國之官素不安分，而妄想以官爲領導，改變社會之舊風氣，造成社會之新風氣。中國舊日的傳統觀念，重官而輕民，以官爲父母而以人民爲赤子。所以一縣的知事，便可高懸匾額，自稱爲民之父母，這可謂之無恥。近年來此種陋習，甚少改變。甚且下至警察皂隸，亦敢在衙門旁邊標榜『民之保姆』或『民之導師』。試想堂堂三民主義共和國家的主人，如何甘心奉警察皂隸爲保姆導師而能自保體面與人格。情性太深，積習太重，一時甚難望其能有澈底的改革。在西方閣員乃是公僕，最大的官吏與最小的官吏，儘管在衙門內，各有上下與主從。但一經公退，回到社會裏面，無論大小官吏，皆是完全平等。在美國社交場中，各大官要指揮小官，或想領導甚麼風氣，無不立刻被人笑罵。如中國舊日所說，『君子之德風，小人之德草』等語，在西方人的眼中，簡直無法可以懂得。至於中國官吏犯法贖

職，人民簡直無敢如何，更談不上進一步使官吏負責。官吏蔑視法紀，本爲專制餘毒，積重難返，民國以來，未經改善，且亦隨社會之不安，有變本加厲之勢。最近昆明所發生封疆大吏主使的屠殺學生的重大慘案，是其明證。國立西南聯合大學教授會呈國民政府軍事委員會的告訴狀有云：『利用職務上之權力及方法，阻撓開會，妨害自由，聚衆強暴，擾亂秩序，違法殺人，加侮辱傷害於教授，施毒打轟炸於青年，敗法亂紀，罪大惡極。苟不法嚴懲，豈僅死者含冤，生者啣恨，實足以沾辱法紀，影響人心……』此外還有幾句話，可以描畫中國吏治敗壞以及官吏的窮凶極惡：『被告等或主管行政，灸手可熱。或軍權在握，叱咤風雲。』中國官吏之違法，只有一種等差，就是官階越隆，權力越大，也越敢明目張胆的殺人越貨，無所不爲，自勾結土匪以至於販賣煙土，皆可行之而肆無忌憚。政府防不勝防，人民亦只有側目而視。至於軍士警察，

不但爲國家的公僕，且爲地方基層治安所繫。但在中國社會中，軍士警察任意對人民行兇用武之事，更是不可勝紀了。中國要行法治而僅以整頓官常肅清吏治入手，最好的成績，只可以見功於一時一地，而不能普遍收效於永久。由用官推行法治，是永無希望的。原因甚爲簡單，違法亂紀，在中國已成爲官吏的第二天性，也是一套舊社會的條件的產物。中國的吏治說得最好，只是以大官治小官，以大權壓小權，以大亂法治小亂法，其必終歸無效，乃事有必至理有固然，又何以引以爲怪？

其三。除上述二事外，中國法治之不易行，另一嚴重的原因，是法治所需的近代社會條件之具備。中國對近代社會所需的一般條件太不完備，已無容諱言。單就所缺比較嚴格的屬於實行法治所需之社會條件而言，有下列數事最堪注意。一是教育之落後，二是言論自由之未建立，三是司法制度之不健全，

四是一般人民中近代社會觀念之不普遍。這些情形，與一般的近代社會條件，相生相聯，相輔相依，未可以割裂而論。中國一般社會水準落後，法治的水準因而無法單獨提高。近代的社會，大體言之，是高度的分工合作，大家對社會一體的信念，須有明確的認識。在近代社會中，權利的界限分明，但必基於權利與義務相對相聯的觀念。單獨擴張自己之權利，必致犧牲他人之權利以肥己，將與法治背道而馳。在近代社會中營生活，必不能須臾離開共存共營之觀念。一人之繁榮，有待於大家之繁榮，一人之權利得保障，有待於衆人之權利有保障。要普遍養成同情深厚合作盛旺之觀念與習慣，最後言之，必有待於教育之普及與提高。必須有這樣的社會習慣，纔能全國上下皆充滿法治的精神，而後法治纔成爲生活的常軌。中國以社會愚而私，因愚而更私。法治必是天下爲公，遇到中國社會之愚與私所以倍盛竭蹶了。司法制度是法治中的技術問

題，亦只法治問題中之一環。此事牽涉甚廣，未可一言而盡。大體言之，中國司法制度，太不完備，而用以行使此種制度的力量，乃是舊社會的傳統觀念與習慣。司法之功用，所以保障人權。但在現狀之下，人權問題，一遇司法機關的作用，決無獲得保障的把握。此種情形，遇到人民控告官吏的時候，尤為明顯。但改革司法的問題，在現時社會條件之下，亦非輕而易舉之事。談到言論自由，更是法治的決不可缺的重要條件。無言論自由，絕不能有法治，亦絕不能有憲政。中國現時雖已廢除了事前檢查等類似的法令，但事實上並無言論自由。報紙出版可以不送審查，但報紙對事實真象，可以不予登載，更可以任意造謠。至於立場不同的見解，幾乎完全得不着發表的機會。在近代社會中，宣達民隱揭發社會的黑暗，最有效而迅速的工具是報紙。在有言論自由的國家，官吏如有失職或重大過失，馬上會被報紙揭發出來，昭告國人，與衆共棄。除

開在法律上應負其所負的責任外，輿論上的處罰，已足寒奸人之胆，而使之有所顧忌。昔日的御史，今日的監察與彈劾機關，皆是以官吏來監察官吏。今日的法治，是以人民監察官吏，也惟有能享受言論自由的人民，纔能有效的監督官吏。只看在另一社會環境中所產生的事例，便可明瞭法治之不容易，在此次戰爭期間，美國的第三軍長巴頓將軍，打了一士兵的嘴巴。此事馬上轟傳了全美，激動了全國的輿論，主帥嚴詞切責國會也要澈查。後來這一位戰功赫赫的方面軍統帥，也不能不親自向士兵賠罪，纔算了事。以與中國的情形相比，我們只覺國家法紀紊亂到無顏見人。在中國軍長師長可以隨便屠殺學生，而毫不畏法。至於軍長之對於士兵，上司之對於下層，任意打罵，又幾是家常便飯了。我們對於如美國這樣法治的風氣，覺得可敬，對於中國的事例，覺得可恥。但二者間的距離，是兩個不同的社會間的距離，亦是兩個不同文化間的距

離。中國的法治問題，最後言之，是社會環境與歷史遺傳的問題，亦是文化的問題。

中國法治問題的歷史，時期不算太長。鼓吹得很熱鬧，還只是近幾年的事。在抗戰的末期，軍事打得最艱危的時候，憲政的討論亦一時甚喧囂，談到憲政，就離不開法治。文獻甚多而長，將法治當作運動來宣傳，亦未嘗不有微末之用，但對此問題在民間的實質，又何嘗刻畫出來絲毫縐紋。最近因為國內時局的大轉變，政治協商會議召開成立，集全國各黨派領袖於一堂開中國政治史上未有的局面。我們誠懇希望，在新的政治環境之中，今後憲政與法治，能力矯既往之失，而在實際上有所成功。下面所引出的幾段，是國民政府主席在此會議開幕時所說的，這是關於中國憲政與法治最近與最重要的宣示：『我們中國必須實行三民主義已為全國所公認。中國必須成爲統一而強盛的國家，更

爲世界所切望。所以我們一方面促成國民大會的如期召集，民主憲政的及早實施……今後政治上和社會一切的設施，都要盡量的納之於正常的軌轍，加強法治的精神，以立憲政的基礎。」他又說「今天我們人民最關切的要求，是求安定，求復興，求國家的統一進步與繁榮以增進他們的生活。最低限度也要求他們的生活有保障，使他們得以安居樂業，使他們得自由不受侵害。」最後他還宣佈了涉及法治的幾件比較具體的事。他說：『現在我還要乘此機會，向各位宣佈政府決定實施的事項。（一）人民之自由，人民享有身體，言論，集會，結社之自由。現行法令依此原則分別予以修正或廢止。司法及監察機關以外，不得拘捕審訊及處罰人民。（二）政黨之合法地位，各政黨在法律之前，一律平等；並得在法律範圍之內公開活動。（三）普選，各地積極推行地方自治，依法實行由下而上之普選。（四）政始犯，除漢奸及確有危害民國之行爲者外分別予

以釋放。』我們對於這一宣示，最公平的觀感，是一則以喜，一則以懼。所喜的，在中國國內局面有大轉機之後，應富有朝氣的情形之下，政治能有機會腳踏實地走向憲政與法治。這是全國人民久已企望的改革，不可再緩。所懼的，政府以及各黨領袖國內賢達，提倡憲政法治於上，而社會的事實與惰性，極不容易受空言的支配。我們提倡法治，既已有年，應當鑑於既往徒託空言之無效果，積極的改絃更張，在社會的基層上面，植下堅定不拔的基礎。我們必須在政治經濟教育法制各方面，扶植培養近代法治所不可少的各種社會條件，中國纔有法治可言。全國上下應以戒懼的心情，不斷的努力，期待法治大業的成

功。

三 近代民治與法治

且從一二一五年的英國說起。當年的英國皇帝在一度軍事大敗之後，與諸侯開了一個鴻門宴式的會議，也就是當時的政治協商會議以解決政治問題。該集會雖被稱為議會，但與會的諸侯，都是仗劍發言。皇帝於會後發了一篇罪己之詔，即被稱英國的大憲章。其中涉及司法的，有以下的幾句話，至今被奉為司法的金科玉律：『凡屬自由人皆不得加以逮捕，監禁，奪其產業，逐諸法外，或以任何方式加以毀滅，除非依照本國的法律，經同類合法的判決，不得對於任何人加以處罰。』此外還有一句話說：『我們對於任何人，決不出賣正

義或公道，也不拒絕或延遲正義或公道。」英國的司法以這幾句話爲其精神之所寄托。史家也公認這是英國憲政的先河，與法治的始基。廣義言之，這樣的論斷，未嘗不有道理。但嚴格的講起來，只能在一種最狹義的界說內，纔能說這是英國的法治。在當時以及以後的二三百年之內，英國政治上有地位的人，只是皇帝，貴族，僧侶數階級而已。其他近百萬的人民在政治上的分量，輕於鴻毛。所以在這幾百年之內，如果要說英國有政治，也只限於這幾種在政治上地位與喉舌的少數人。這時候的法治問題，是將政權，尤其是皇帝之特權置之於共同承認的法律之上，不是近代的法治。這特權包括軍事財政用人立法司法諸大端，也就成爲此後數百年經過無數戰爭與無數穿插，成爲英國政爭的大題目，但扮演的角色，仍然是這一夥少數的人。十四世紀與十五世紀情形不同了，城市已經興起，人民開始抬頭，但替人民包攬政權的人，只是城市所興的

資產階級與鄉間的土著士紳。這時候的下議院始具雛形，也就是士紳階級活動的場所，與近代廣大的民衆，完全無干。十六世紀王權特盛，不但以樞密院令代替立法，且於正常法律系統之外，另設特別法庭。十七世紀，英國近代的憲政與法治始放曙光，有幾件大事值得提出。一六七九年的人身保障法，這是英國法治的一塊基石。這一法強制行政官吏將所逮捕的嫌疑犯，移交司法機關審理。這是議會對皇帝的行政權加以重要的限制。更重要的，一六八八的革命，決定立法權屬之議會，也成立議會至上的地位，奠定了近代憲政的基礎。這是議會對皇帝的行政權，加以根本的限制，使之不得干涉立法，所以英國的政爭，千頭萬緒，但在趨向法治的過程中，其歷史的教訓與意義，是一貫的在於限制行政權濫用。就英國或其他國家的歷史看，只有對政府與其官吏所施用的行政權，加以有效的限制，使之有法律的根據，纔有法治之可言。英國這一段

歷史，何等艱辛，也就說明行政權在任何專治國家中，何等的猖獗。要使這樣根深蒂固的力量，就範於法律的力量之下，其工作也是何等的困難。捨去歷史上的含義，而空言法治，必無任何意義之可言。所以法治起碼的定義，不是泛言人人守法，而是官吏守法。

英國的法治，基本的精神，在限制行政權，以保障人民的權利，但亦隨着時代的進展，染上特殊色調，而成爲保障個人自由。這一轉變，須略加解釋，而亦涉及近百餘年的歷史。英國現代民治的發展，是十九世紀初年以後的事。地主財閥包辦選舉的陋規，在一八三三年的選舉法內，纔告取消。郵電鐵路市政教育皆是這以後的發展。報紙與言論自由，在英國的發展，也是在十九世紀中葉以後，纔開始有現代的規模。就法治所必需的現代社會條件而言，到十九世紀英國已算是相當可觀。這時候英國法治有下列幾方面的含義。人人守法，

無人在法之上；這自然是針對官吏而言。除習慣法的系統外，人民不受其他法律的管轄。這就是說，一切特別法與特別法庭，以及類似此等系統的法，皆爲非法。在此法治中，人人在法律之前，一律平等。這些只是法治所具的格式，而非法治所保障的對象。此一對象，必然決定於當時社會的形態。十九世紀的英國社會，是極端個人主義盛行的時代。因此在這時候，法治以保障個人自由爲其目標。個人自由中，包含財產獲得的自由；財產享受的自由；職業選擇的自由；人身的自由，遷徙之自由，言論之自由，集會的自由等等。這些也就是近代憲法涉及人民權利部份所規定之各項自由。這些保障的對象，皆屬於個人自由。到了十九世紀的末年，二十世紀的初年，自由主義的黃金時代，逐漸消逝。因着資本主義的發展，證明個人的種種自由，雖於法律上得着保障，但在現行的經濟制度之下，這種自由，多半是有名無實。在此新覺悟之下，法治保

障個人自由的觀點，遂不得不加以修正，以求與社會的事實相符。這一修正的程序，今日仍在進行之中，尙未完全成立，但這是二十世紀的工作。

特別是上次大戰以後發生了世界空前的經濟大恐慌，並由此恐慌，所產生的政治後果。在第二次世界大戰中，更加强一種信念，貧乏是罪惡的淵藪，獨裁興起的根源，與國際不安的基本因素。羅斯福總統所提倡的四大自由，也就是此一新信念的說明。就是言論與發表的自由，宗教信仰的自由；生活需要的自由；無所恐怖的自由。大西洋憲章於其第六條中說的最爲透澈：『待納粹之專制宣告最終之毀滅後，希望可以重建和平使各國俱能在疆土以內定居樂業，並使全世界所有人類悉有自由生活，無所恐懼，亦不虞缺乏之保證。』戰事結束以後，若干先進國家，正從事於全部社會保險事業的立法與推進。此種新措施，旨在使全國人民，生老病死衣食居行教育衛生醫藥等等，皆能獲得近

代生活標準所需的最低的保障。這樣纔能使人民的自由，獲得實惠，人民的法律平等獲得實質。這些無疑地將成爲將來人民的新權制。將來的法治，亦必以保障這些新權利爲其對象。這些對中國的現狀，又將使法律與社會之間，增加更大的距離。中國果將由何道克服這種距離以達到現代生活的目標，值得深思。

討論法治而參考別國的歷史，其可以取鑑之處，不只一端。此種他山之助，得自別國之失敗者，比得自成功者，更可寶貴。英國的歷史，似可幫助我們對中國法治的努力，在數方面增加了解。其一，失敗是成功之母，鑑往知來，鑑彼知己，法治是需要長期的努力，纔能實現。英國政爭的歷史，何等綿長慘重，經數百年的努力，幸底於成。我們對法治不諱言失敗，但失敗後更須加緊努力，更須本自己失敗之經驗，不斷的改正努力的方向。對法治的信念必

須堅定，對法治的方向必須正確，而對法治的努力更必須持之以恆，其成功方可期。其二，促進法治必須在事實上爭取，而不重在口頭上宣傳。更應當全國民衆，事事必爭法治，時時必爭法治。每一成功的特殊事例，皆足以壯正義之氣，懾奸人之膽，而對社會培植法治的習慣，厚增其力量。積多數與長期的成功事例，纔能使法治在社會上成爲普遍深厚的習慣，也纔能使法治成功。這件事，政府與民間皆宜有所盡力。其三，法治是法治之基礎，英國歷史的教訓最爲明顯。中國人民能在民治上多盡一分力量，即法治多有一分基礎。舍民治而言法治，即非粉飾太平，亦只是捨本逐末，其結果必終歸於失望。在養成法治所需的工作中，機械與技術所佔的成份較少，營養作育所佔的成份甚大。注意民生，提高民智，發揚民權，光大民治，中國可能於三十年之內，成功一個像樣的法治國家。中國是處於社會革命的過程中，儘管對急進緩進，意見各有不

同；中國的法治問題，必是這過程的一部份。我從前雖說過，中國法治的水準，不能高於民治的水準。此一信念，亦隨我對中國近事發展的觀感而日益增強。

國儲移贈圖書

上海圖書館

50

新知識初步叢刊

胡 繩：思想方法論初步
趙冬垠：經濟學初步
陳 原：戰後新世界
孫 起孟：演講初步
蔡 儀：文學論初步
莫 偉夫：我們的地球
廖輔叔：中國文學欣賞初步

生活書店發行

時代評論小叢書

費孝通：人性機器
潘光旦：宣傳不是教育
費青：從法律之外到法律之內
吳之椿：法治與民治
費孝通：農民和士紳
潘光旦：永恒的三角

生活書店發行

上海圖書館藏書



A541 212 0006 9698B

活生