

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

法 治 與 民 治

著 者

吳 之 椿

編 者

潘 光 旦
吳 吟 費 孝 通
王 康

發 行 人

徐 伯 昕

發 行 者

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

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，却在說明民治是法治的基礎，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，但對現實社會難生效。律師之言，偏重現實，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

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。這一點是法治國家的法律與專制國家的法律之大分野。在法治國家中，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，只是以人民爲羈狗，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，這產權的行使，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，因為中國的社會尚未變到具有