



青 年 文 庫
中 國 法 治 之 路
吳 傳 頤 著

中 國 文 化 社 務 印 行

青年文庫
吳傳頤著

中國法治之路

中國文化服務社印行

中華民國三十五年九月滬初版

青年文庫

中國法治之路

每冊定價國幣一元九角五分

(外埠酌加運費匯費)

版 所 不 翻
權 有 准 印

著 作 人 吳 傳 頤

發 行 人 劉 百 閱

發 行 所 中 國 文 化 服 務 社

印 刷 所 中 國 文 化 服 務 社 印 刷 廠

上海福州路六七九號
電話：九一七〇五
電報掛號五一二三五

自序

遠在去年暑假前，我預擬寫這一小冊子。不錯，我還欠着一筆大債。在商務出版的「比較破產法」的序文中，我預告說正在寫着一冊「私法學大綱」，寫了幾萬字，就擱了起來。由於種種問題，材料缺乏是其中之一。特別重要的是這冊沒有完成的稿件，將觸及全部私法。必然成爲我十餘年來研究私法的總報告。我總想等待着不長進的我，細微有些長進時再寫。因之，這筆債短期內還無法清償。可是利息總得支付一些。去年春天就這樣完成了「近代歐陸民法之演進」，裏面已經部份地輪廓地寫出我對於私法的基本觀念。接着我們還準備處理些比較具體而實際的問題，「中國法治之路」是第一個被選定的對象。爲了暑期重慶過於炎熱，不宜構思。纔去貴陽小住。在那裏，祇大體地擬定了綱目。回重慶後，也祇偷着課餘的時間來提筆。而「近代歐陸民法之演進」出版期的屢屢違誤，令人感到出版難，覺得沒有速寫的的必要。現在總算完成了。

這冊書裏所提供的怎樣走上法治之路的方案。如我自己在稿末所聲明的我歡迎善法界前

輩的批評，也歡迎着歷史的裁判。就爲了這點，我無意盼望這小冊子成爲學術上「不朽」的著作。相反，倒有意讓牠成爲「速朽」的東西。因爲一旦法治真正實現，不管牠怎樣實現，這小冊子的歷史使命，就會迅速喪失，那時就拿去包花生，我也感到滿意了。

三十四年四月三日於重慶

沙坪壩農莊附近。

中國法治之路目次

自序	一
第一章 反法治之原因	一
第二章 幾種常識法治論的批評	九
第三章 怎樣推行法治	三六
第四章 關於法治的幾個問題	九八

中國法治之路

第一章 反法治之原因

友：老吳，你是研究法律的。我問你：最近政府幾次重要會議，都通過了勵行法治的議案，輿論也一致要求實現法治。法治到底有什麼意義？中國到底有沒有過法治？

吳：要給法治下一個定義，是很困難的事。抽象的說，「法治」是所有一切衆人的事都得依法辦理。可是社會是變動不居的。因之，社會上的事也就變動不居。相反，法律不管是成文或不成文，一天形成以後，就含有某種程度的硬性。不問以現社會的事，強要依照古社會的法律來辦理，是做不通的。即使以嶄新社會的法律，來處理半新不舊社會的事務，一樣地感覺困難。中國立國幾千年，號稱文明古國，那裏會沒有法治？所謂中國沒有法治，意思是說沒有現代法治，好像說中國沒有工業，意思是說沒有現代工業一樣。所以，政府要求勵行的是現代法治，輿論一致要求實現的也是現代法治。

友：什麼是現代法治呢？現代法治和過去法治有什麼區別呢？

吳：這說明有同樣的困難。我勉強的可以說：現代法治是現代社會的事完全依着現代的法律辦理。這句話實在很空洞，我承認。假使你要具體，就得深入現社會機構和現社會關係中去。因為祇有在這裏面，你才會理解現社會生活之中心，生活資料生產方法和組織是怎樣的，生活品的交換和分配關係是怎樣的，文化水平是怎樣的，再回頭看現行法律秩序時，就明白後者是怎樣立足在前者上面並以之為內容了。這裏，有個假定的前提，就是限於社會和法律正常發展的場合。否則，兩者的發展失去平衡，一方違反了法治，他方給你的啓示，也應該不同了。至於你說現代法治和過去法治有什麼區別？這等於問現代社會和過去社會的區別一樣。讀了整部社會史你會明白。因為法治的名詞和牠抽象的含義既然沒有什麼不同。不同的祇有具體社會事務和具體法律秩序，以及牠們相互間的關係了。我可用一個比喻來使牠稍稍容易明瞭些。你知道原始工具牠也合乎機械原理的。如農家礱米的水磨和抽水的水車。縱然當時的人沒有意識地瞭解，可是並沒有妨礙牠吻合着力學的原則。然而這類工具即使稍有殘缺不全，牠照常可以運動。現代的機器便大不相同，少了一顆螺絲釘，就要立刻停滯。新舊工具的依賴機械原理是抽象地同一的，但依賴的程度，就顯示了區別。然則具體的區

別，祇是工具構造上的區別，誰也不會表示異見吧。

友：照你這樣說，假使拿現代法治標準來衡量，中國是大大不能合格的吧？這倒不消問你，少許觀察深刻一點的人，都能指出中國社會種種不合法治的現象。究竟這是什麼原因呢？

吳：你說得對，反法治的現象是容易指出來的，詳細地敘述反法治的現象，至多是問題的提出，決不是問題的解決。患病的人十之八九能夠說出自己的病的現象來，然而病分明是不會就這樣好了的。針對着現象講究治療的方法，也是十之八九不能奏效的。單是發燒這現象，可能由於種種的原因，感冒，傷寒，肺結核，盲腸，甚至外症；假使你單靠吃退燒藥，誰都知道不中用的。所謂「對症發藥」，是找到了病的原因，然後設法把這原因除去的意思。所以，你想知道反法治的原因，纔真是設法解決問題的第一步。

友：我完全同意你這話，就請你告訴我中國為什麼沒有走上法治之路的原因吧！

吳：這原因說起來似乎複雜，其實也簡單。中國社會比人家落後了二百年到三百年，可又讓先進社會的風吹到了這裏。使社會極度複雜化，形成了一個不三不四的社會，舊的法律秩序開始瓦解了，可是瓦解得並不徹底；新的法律秩序建立了，可是還沒有全部完成。一個

變態的社會，在青黃不接之中，你說要老百姓遵守那一種法律秩序呢？不錯，你也許會提醒我，中國祇有一本六法全書，這自然是無法否認的。不過這本六法全書，牠的內容是跟到外國的加農砲，軍艦，以及其他廉價商品一路來的。假使你看到穿西服的人有時會打恭作揖，你就可以明瞭這舶來的六法全書在目前是怎樣和中國社會不能調協啊！例如在一個以個人爲本位的社會裏，一個人死了，應結束他個人一切的關係，很自然的他太太恢復了她性的自由，從而她和人發生婚姻上或婚姻外的性的關係，任何人都不能加以干涉。舶來的民法也承認這種自由。可是，以家族爲本位的社會中，婚姻不僅是兩個人的結合，同時還是女的取得男的家族一份子身份的行爲。貞操義務，不祇是爲了她丈夫個人，而且是爲了她丈夫家族全體。爲了她丈夫家族血統的純潔。不幸而丈夫死了，除了夫的家族可以把她作爲一件東西處分外，她本人應該固守「餓死事小，失節事大」的成訓。假使一時由於本能的衝動，和人發生性的關係，連她自己都感覺這是犯罪的行爲。所以，「×你的娘」，這句「國罵」，在中國確實使聽者生氣；要在国外，會使聽者茫然，甚至不明白你在罵他。和這適應的法意識，直至現在，還深深埋在中國一般人心裏。孀婦捉姦，在內地鄉村中還是時常演出的把戲。可是一旦送將官裏去，「奸夫淫婦」，受到了望外的恩寵；受懲罰的倒是「仗義」的「風」。

紀維持者」。人們於是不能不懷疑司法官的操行或法律的合理性了。像這般的不合法的現象，你說是誰的罪過呢？

友：我可以姑且承認你說的例子是對的。可是，中國人不守法不守秩序的習慣，幾乎深入了骨髓。例子是俯拾即是；先從小的說起：到處吐痰，隨地小便，乘車看戲，什麼地方不是打架似的。重慶最近的情形，算是例外的進步。不問甚麼的會，那一個會守時守刻，守時的反被看做呆子。再說大的，明明是件公事，要照公辦的話，就做不通。即使做得通，不知要多幾許麻煩，假使講些私交，事情就迅速而順利的辦到。明明是公家機關，偏偏當作私人財產，所用之人，不是裙帶親戚，便是同鄉世交；安置不下，何妨再來幾個額外。用錢則更無所謂，待遇雖有統一標準，祇是特殊處所，儘可多支幾文，共沾春色。心目中何會有什麼詮敘審計法規。這一切的一切，簡直是訴說不盡，你也能夠依你的說法來解釋嗎？

吳：這是我的過失，爲了容易明白起見，因之，舉了一個實例。對概括的說明未免不充分了。現在我重新從頭說起。歐美的現代社會，可以用下面三個特徵描繪出來。政治上的民主，經濟上的工業革命，社會上的個人主義。恰和我們固有社會的政治上的專制，經濟上的重農政策，社會上的家族本位完全對立。當鄉下人到了城裏，從初來以至某一時期，由於生

活習慣的懸殊，總有種種不合標準的舉動。你未必感覺驚奇。那麼，爲什麼看到老大民族，千年積習，正在轉變期中，無可避免底夠不上現社會標準的行動，便大驚小怪起來。我肯定地答覆：你所講的全然可以在這裏找到解釋。在地廣人稀的農業社會中，衛生常識既沒有普及；文化陶養也不夠深邃；特別是個人行動，尙欠公共干涉，像今日警察這類制度。吐痰小便，自然毫無限制。可是在今日都市中到底已大大改觀。同樣我們應知道人爲的秩序是基於需要而產生的。乘車觀劇的購票秩序也不能例外。生活在古老社會的人，旅行先是難得的事情，旅客運送也還是初興的事業；從酬神的草頭戲到電影話劇，還同時存在於距離不遠的區域之內。購票秩序即使已經建立，訓練總欠充分。這樣自然秩序不成問題在多數場合還處於優越地位。所謂自然秩序，就是近乎原始的依着各自的力來決定先後的秩序。打架似的，誰說不是這種秩序的表現。最近重慶這方面情形的改善，正因爲需要的增加，和人爲秩序強制式的維持，日益在克服自然秩序中，也正是正規的進步，那裏可以倒因爲果，認係例外的進境呢？至於時間觀念，農業民族的含糊與工商業民族的精確，原不能相提並論。習慣了「日出而作，日入而息，」乃至「春耕夏耘秋收冬藏」的人民，對時間的把握，既然這般大來大往；那麼，以分秒計的時刻，自然沒有重視的素養了。相反，工業機械的運轉，商業行情的

變化，都是瞬息弛鬆不得的。這樣生活的人民纔能澈底理會時間的價值，誰也不願浪費了。你假使稍一留意今日中國都市商人和鄉村農民對時間觀念的參差，也就不會對一般國人不守時刻發生詫異了。其次，真正的民主沒有誕生，官僚主義還籠罩着政界；民族和國家觀念不夠抬頭，封建的家鄉意識仍擁有深厚的基礎。加上人事制度會計制度都還祇在不適宜的土地上下種。這一切，都使我們不能不視公產爲私產，公事與私誼不分，援用私人等等現象的存在，也不足爲奇了。否則，必然引出了中華民族的民族性不配法治等類玄學而悲觀的結論。必須謝謝科學的分析，我們可以斷然說：現階段反法治的直接原因，是現在畸形社會的必然結果。社會的畸形却由於社會發展越出了正常的軌跡。中國固有社會這階段，原來是社會發展過程所必經的，人們早越過了，我們偏停滯在這上面這樣久遠。停滯原不一定造成畸形。好似「木乃伊」沒有接觸空氣以前，不見得就變形態。可是等到時代的洪流衝到了這腐朽的裏海，平靜的死水，既然再也維持不了過去的平靜，却也無法和新湧的高潮匯成巨流。注入的水雖時常激起浮面而渺小的波瀾，可是深厚的河床，不斷發出腐朽的氣息。這，也許是裏海過於龐大了，縱然注入了新流，還不夠使牠咆哮。然而主要的不平等條約像閘一般障礙了獲得正常底吞吐口，迫使牠永久成爲時代大洋的排洩池。在這樣一個畸形社會中，不問在物質生活方

面，精神生活方面，都是新舊雜陳，光怪陸離，試瞧，穿了長袍馬褂在跳狐步舞，洋房的鐵門上黏着春聯和門神。社會的二重性，必然產生意識形態的二重性。你假使把純一標準來衡量，總是無法符合尺度的。現在你應該不奇怪中國爲什麼沒有法治了。

第二章 幾種常識法治論的批評

友：然則怎樣纔能使中國走上法治之路呢？中國法家說過：「國家有法，而無使法必行之法。」這句話到底有幾許正確性？我時常在報章雜誌上讀到怎樣推行法治的文章，我想你一定比我看得多，而且比我更能估計牠們的真實價值。我願意知道你同情那一種說法。

吳：假使法是由當時社會所產生，是立足在當時社會組織與關係之上。那麼，法是社會生活的全部還須要什麼「使法必行之法」呢？相反，你的法是閉門臆造的，那麼，這法至多會存在在紙上，那裏去找「使法必行之法」呢？即使你勉強去找，必然會發現這是雙料的徒然……

友：照你說來，法的推行是機械的，法治是宿命的。完全依賴着社會的發展。法律秩序的運行，對於社會絲毫沒有作用，而作為社會主體的人，他的意識也全然沒有主動的作用嗎？

吳：你別心急，你沒聽完我的話。我不但不會作這樣機械的論調，並且反對作這樣的論

調。不過，你也得知道，法誠然有推動社會的作用，人的意識有時也具有加強法的運行的作用。可是，必須記得這是有限度的，誰都明白一部最新的法典並不能使非洲土人現代化，一個或一羣最有才幹和意志的人並不能使他理想的法律秩序實現於現實社會。假使可能的話，拍拉圖的理想國不早已實現了嗎？

友：你也不必作另一極端的推論。到底在怎樣的限度內，法纔能有推動社會的作用，人的意志和才識才有助於法治之推行？

吳：我始終認定一個前提，就是法律不可能脫離社會的發展而發展的。僵死的法律有時也妨礙着社會的進展，可是活的有機體到底不能在條文語句中標準化起來。社會時常突破了法律形式而前進，把法律拋在後面。誠然我們也可以想像法律有時可能遠遠地站在時代的前面，社會的前面。但這至多是烏托邦的法律而不是人間的法律。社會的發展有一般的方向和個別的條件，有內在的因素和外在的環境，有漸進也有飛躍。假使法律能夠使一般方向個別化，內在因素世界化，同時在漸進或飛躍許可的限度內，法律在前面領導着社會，這不但是可能的而且是確切有效的。至於人的意志和才識怎樣纔有助於法治之推行？人們祇須記得當人類智慧發現了某一自然法則時，就可以利用現實的知識複製出活的自然圖景來。例如懂得

了摩擦轉變成熟的原理，就複製了一般底機械運動。然而社會法則不過是高級而複雜的自然法則，澈底把握了這法則，顯然也不難複製出具體性的社會圖景來。如一個不完全的例，好些落後民族，曾模糊地基於民主政治的根據與條件，如此這般地仿行了民主政治。可見祇須具有科學的預知，必然會對法治的推行有重大貢獻的。

友：我有些懂得你的意思了，人們忽視了社會的進展，企圖把舊法制來遷就停滯的社會，是愚蠢的。現在，兩個大前提你都肯定了：法律是可能推動社會的，人的意志和才識是可能加強法治的。然則，許多人在報章雜誌上提供的方案，到底牠們價值如何呢？

吳：這點，我想借人家的話來答覆你：「惟統觀年來討論法治的文字，對於如何推行法治一層所提出的建議，都未能把握着問題的根蒂深處，未能概括了問題全盤意義，不失之於浮泛空虛，則失之於機械瑣細，因此而談法治，未免有類於暗中摸索，不見目標。」同時，我們必須引為遺憾的，就是說上面話的人自己所提的建議，也不免受他自己批評所包括。

友：請你具體些討論一下，好嗎？

吳：假使要逐篇的來討論，未免太瑣碎了。這些人的見解，雖則互有出入。至少有一點是共通的，就是他們都企圖用常識的知識來解決問題。常識的知識，不是沒有用處，我們必